

Dr. Ludwig Enneccerus.

Nach dem Original-Gemälde von Professor Dr. E. Banzer.

Lehrbuch

des

Bürgerlichen Rechts

von

Dr. Ludwig Enneccerus,
Geh. Justizrat,
Professor an der Universität Marburg.

Dr. Theodor Ripp,
Geh. Justizrat,
Professor an der Universität Berlin,

und

Dr. Martin Wolff,
Professor an der Universität Berlin.



Fünfundzwanzigste bis neunundzwanzigste Auflage

Erster Band, erste Abteilung:

Einleitung, Allgemeiner Teil

von

Dr. Ludwig Enneccerus.

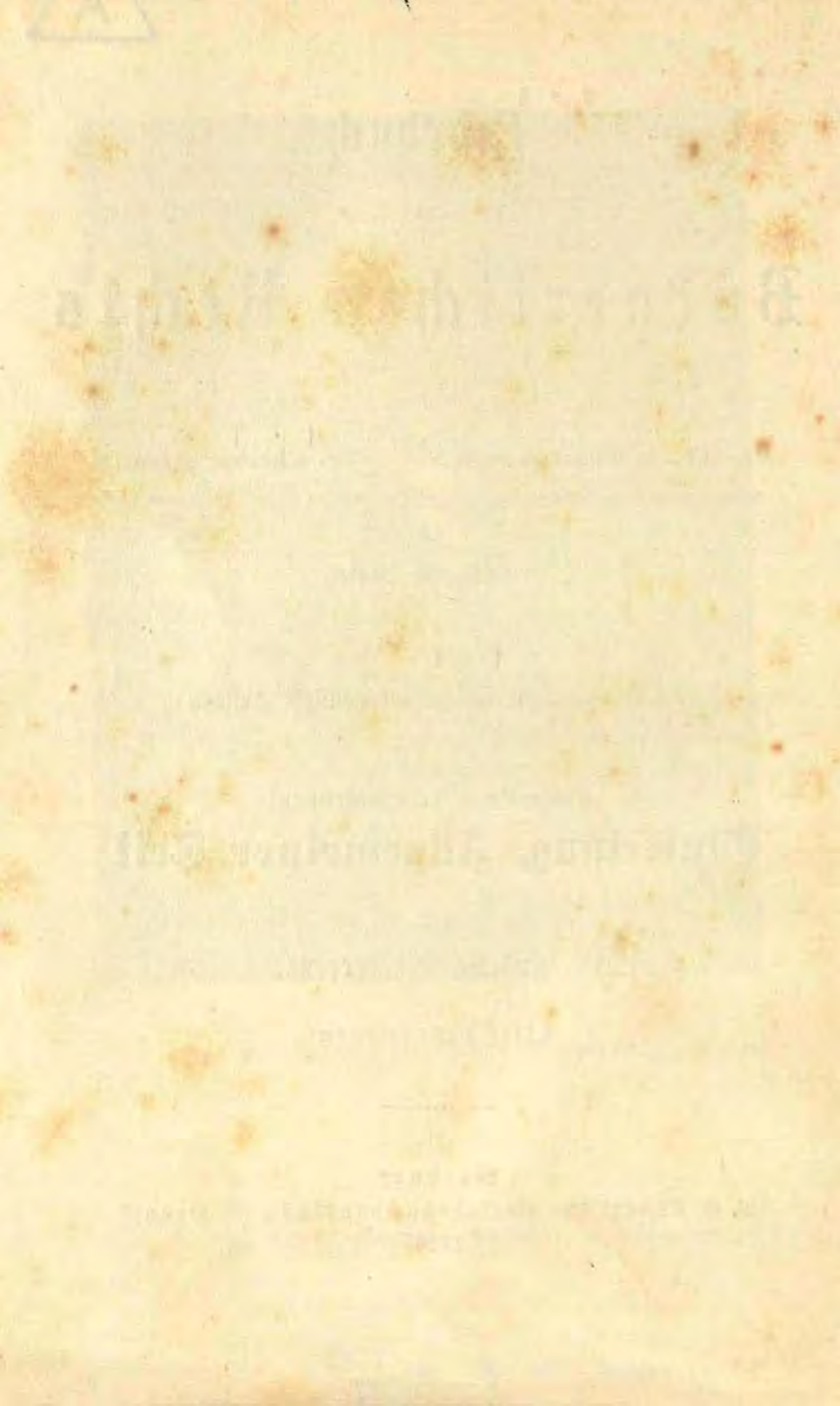
Elfte Bearbeitung

Marburg

R. G. Elwert'sche Verlagsbuchhandlung (G. Braun)

1926

Lu 30217 (54)



Vorwort

zur fünfundzwanzigsten bis neunundzwanzigsten Auflage des ersten Bandes.

Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs ist seit seinem Inkrafttreten der Mittelpunkt der Rechtsprechung wie der wissenschaftlichen Erfassung und Lehre des Privatrechts geworden. Es muß daher, wie früher das Pandektenrecht und deutsche Privatrecht, im Zusammenhange mit der deutschen Rechtsentwicklung und mit der allgemeinen Rechtslehre behandelt werden. Deshalb ist der vorliegenden Darstellung des bürgerlichen Rechts eine Übersicht der Entwicklung des Privatrechts und seiner Wissenschaft als Einleitung vorausgeschickt, ferner im ersten Abschnitt des allgemeinen Theils die Lehre vom objektiven Recht, insbesondere seiner Entstehung, Auslegung, zeitlichen und örtlichen Anwendung, und im zweiten Abschnitt die für ein eindringendes Verständnis des Privatrechts ganz unentbehrliche Lehre vom Begriffe und den Arten der subjektiven Rechte behandelt.

Das Buch will das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs klarlegen, aber auch dessen Lücken ergänzen und innerhalb der Grenzen, die der Wissenschaft und Rechtsprechung gesetzt sind, zu seiner Fortentwicklung beitragen. Dafür maßgebend ist jedoch nicht nur der Wortlaut des Gesetzes, geschweige denn die in den Materialien niedergelegte Meinung seiner Verfasser, sondern der gesamte in dem Gesetze sich offenbarende geistige Gehalt im Zusammenhang mit den von der Wissenschaft und Rechtsprechung getragenen Rechtsanschauungen und in seinem Verhältnis zu unseren wirtschaftlichen Bedürfnissen und ethischen Überzeugungen. Über die (freilich nicht schrankenlose) Berechtigung zu solcher Fortbildung hat sich der Verfasser in der Lehre von der Rechtsfindung (§§ 53, 54) ausgesprochen. Wer sie leugnet, verurteilt das Recht zu Stillstand und Rückschritt; wer ihre Schranken nicht beachtet, fördert unter dem Scheine der Freiheit nur Rechtsunsicherheit und Willkür.

Das Buch ist in gleicher Weise für das Rechtsstudium und die Wissenschaft wie für die praktische Anwendung des Rechts bestimmt. Der Studierende kann (schon der Übungen wegen) ein Lehrbuch nicht entbehren, das ihn tiefer,

als es eine bloße Überlieferung des Stoffes vermöchte, in das Wesen der Rechtserscheinungen einführt und ihm zugleich in kurzer, übersichtlicher Darstellung den Stand der wissenschaftlichen Lehre wie der Rechtsprechung vor Augen führt. Ganz das gleiche Bedürfnis aber besteht für den Richter und den Rechtsanwalt, wenn er nicht in der Beschäftigung mit Einzelfragen und dem Suchen nach Vorentscheidungen den lebendigen Zusammenhang mit den grundlegenden Fragen und dem ganzen System verlieren will.

Der Klarheit und Schärfe der Begriffsbildung und Darstellung ist besondere Sorgfalt gewidmet und das Streben überall darauf gerichtet gewesen, das massenhafte, durch Rechtsprechung und Literatur gebotene Material zu einheitlich geschlossenem, das tiefere Eindringen fördernder Form zu gestalten. Eine möglichst übersichtliche Anordnung nicht nur des Gesamtstoffes, sondern auch der Einzeldarstellung, auf die für das richtige Verständnis kaum genug Wert gelegt werden kann, ist erstrebt und auch äußerlich kenntlich gemacht durch die Unterabteilungen der Paragraphen sowie durch Kleindruck ausführlicherer Begründungen oder minder wichtiger Einzelheiten.

Die durch den Krieg und seine Folgen veranlaßte Gesetzgebung ist berücksichtigt; soweit sie vorübergehender Natur ist, in den für eine systematische Bearbeitung des gesamten Bürgerlichen Rechts gebotenen Grenzen. Die Vermögensverschiebungen infolge der Geldentwertung und deren Ausgleich, insbesondere das Aufwertungsgesetz und das Anleiheablösungsgesetz werden bei der Besprechung der Geldschulden im Recht der Schuldverhältnisse behandelt werden (§§ 231a, 231b u. 231c).

Marburg, im April 1926.

Der Verfasser.

Inhaltsübersicht.

Einleitung.

Begriff und Entwicklung des bürgerlichen Rechts und seine Wissenschaft. Schrifttum.

		Seite
§ 1.	I. Begriff des bürgerlichen Rechts	1
	II. Rechtsentwicklung bis zum Bürgerlichen Gesetzbuch.	
§ 2.	1. Das deutsche Recht vor der Rezeption der fremden Rechte	2
	2. Die Rezeption des römischen Rechts.	
§ 3.	Die Geschichte der Rezeption	4
§ 4.	Die Geltung des römischen Rechts infolge der Rezeption.	8
§ 5.	Anhang: Die römischen Rechtsquellen	11
§ 6.	3. Die Rezeption des kanonischen Rechts	14
§ 7.	4. Das gemeine Recht bis zur Gründung des Norddeutschen Bundes	16
	5. Die Partikularrechte.	
§ 8.	Stadtrechte und Landrechte	17
§ 9.	Landesgesetzliche Kodifikationen	19
§ 10.	6. Die Gesetzgebung des Norddeutschen Bundes und des Deutschen Reichs	21
	III. Das Bürgerliche Gesetzbuch und seine Nebengesetze.	
§ 11.	Vorgeschichte und Bedürfnis	22
§ 12.	Abfassung und Gestalt	25
§ 13.	Verhältnis zum Reichsrecht; Nebengesetze und neuere Reichsgesetze.	28
§ 14.	Verhältnis zum Landesrecht. Ausführungsgesetze	31
	IV. Geschichte der Privatrechtswissenschaft.	
§ 15.	Früheres Mittelalter	35
§ 16.	Glossatorenschule 1100—1250	36
§ 17.	Die Postglossatoren 1250—1500	37
§ 18.	Die humanistische und elegante Jurisprudenz	38
§ 19.	Die Praktiker im 16. bis 18. Jahrhundert	40
§ 20.	Die Naturrechtsschule	42
§ 21.	Die historische Schule und die neuere evolutionistische Richtung	43
§ 22.	Die Wissenschaft des deutschen Privatrechts insbesondere	48
§ 23.	Rückblick und Ausblick	49
	V. Literarische Hilfsmittel. Materialien.	
§ 24.	Gemeines Recht und Landesgesetze	51
§ 25.	Bürgerliches Recht	52
§ 26.	Zeitschriften, Gerichtsentscheidungen, Sammlungen v. Aufsätzen usw.	54

Erstes Buch.

Allgemeiner Teil.

Erster Abschnitt. Das Recht.

	Seite
I. Begriff und Haupteinteilung des Rechts.	
§ 27.	Die Rechtsätze: Gebote und Gewährungen 56
§ 28.	Abgrenzung von Sittengesetz und Sitte. Erzwingbarkeit? 59
§ 29.	Ursprung des Rechts 62
§ 30.	Zweck des Rechts; Naturrecht; Rechtsphilosophie 67
§ 31.	Öffentliches und Privatrecht 71
II. Entstehung und Aufhebung der Rechtsvorschriften.	
1. Gesetzgebung.	
§ 32.	Begriff und Erfordernisse 74
§ 33.	Fortsetzung: Reichsgesetze insbesondere 76
§ 34.	Inkrafttreten, richterliches Prüfungsrecht, Beweis 78
2. Gewohnheitsrecht.	
§ 35.	Wesen und Ursprung 79
§ 36.	Erfordernisse und Beweis 82
§ 37.	Verhältnis zum Gesetz 85
§ 38.	Anhang: Verkehrsitte 86
§ 39.	3. Wissenschaftliches Recht. Gerichtsgebrauch 87
§ 40.	4. Autonomie und Observanz 89
§ 41.	5. Aufhebung der Rechtsvorschriften 91
III. Arten der Rechtsvorschriften.	
§ 42.	Gemeines und partikuläres, Reichs- und Landesrecht 92
§ 43.	Generelle und Individualvorschriften, Privilegien 93
§ 44.	Regelmäßiges und regelwidriges, allgemeines und Sonderrecht 96
§ 45.	Ermächtigende, auslegende, ergänzende, zwingende Vorschriften 99
§ 46.	Strenges und billiges Recht 102
IV. Ermittlung und Anwendung des Rechts.	
§ 47.	1. Kritik 103
2. Auslegung.	
§ 48.	Begriff und Arten im allgemeinen 104
§ 49.	Die Aufgabe 105
§ 50.	Gesetzesmaterialien 108
§ 51.	Die Methode 110
§ 52.	Erfolg 113
3. Rechtsfindung.	
§ 53.	Ergänzende Rechtsfindung 115
§ 54.	Abändernde Rechtsfindung 120
V. Der Herrschaftsbereich der Rechtsvorschriften.	
1. Der zeitliche Herrschaftsbereich. Übergangsvorschriften.	
§ 55.	Allgemeines 123
§ 56.	Leitende Grundsätze 125
§ 57.	Zweifelhafte Fälle und Besonderheiten 130
2. Das internationale Privatrecht.	
§ 58.	Begriff und Ursprung 132
§ 59.	Die Arten der staatlichen Kollisionsvorschriften 136
§ 60.	Die deutschen Kollisionsvorschriften und ihre Ergänzung 139
§ 61.	Die leitenden Gedanken des Kollisionsrechts 144

§ 62.	Nichtanwendung fremden Rechts aus bes. Grunde. Vergeltungsrecht	Seite 148
§ 63.	Einzelvorschriften und Anwendung	150

Zweiter Abschnitt. Begriff und Arten der Rechte.

§ 64.	1. Die Rechtsverhältnisse	151
	2. Das Wesen der (subjektiven) Rechte.	
§ 65.	Begriff der Rechte im allgemeinen	153
§ 66.	Verschiedene Natur der Rechtsmacht	157
§ 67.	Die Rechtspflicht	160
§ 68.	Das Rechtssubjekt	161
§ 69.	Mehrheit von Subjekten insbesondere	164
§ 70.	Die Objekte der Rechte	166
	3. Arten und Entwicklungsstufen der Privatrechte.	
§ 71.	Haupteinteilung der Privatrechte	168
§ 72.	Übersicht der Vermögensrechte	171
§ 73.	Fortsetzung: Recht und Besitz. Recht und Scheinrecht	177
§ 74.	Absolute und relative Privatrechte	180
§ 75.	Entwicklungsstufen der Privatrechte	181

Dritter Abschnitt. Die Rechtssubjekte, Personen.

§ 76.	Die Personen im allgemeinen. Rechtsfähigkeit	185
-------	--	-----

Erster Titel. Die natürlichen Personen.

I. Rechtsfähigkeit.

§ 77.	1. Beginn und Ende	187
§ 78.	2. Beweis. Vermutungen	189
	3. Todeserklärung wegen Verschollenheit.	
§ 79.	Voraussetzungen und Verfahren	191
§ 80.	Wirkung	195
§ 81.	Persönliche und zeitliche Anwendung	198

II. Rechtlich bedeutsame Eigenschaften und Zustände.

§ 82.	1. Geschlecht	200
	2. Lebensalter.	
§ 83.	Altersstufen	201
§ 84.	Bolljährigkeitserklärung	204
	3. Geisteskrankheit und Entmündigung.	
§ 85.	Gebrechen und Geisteskrankheit im allgemeinen	206
§ 86.	Entmündigung	208
§ 87.	4. Bürgerliche Ehre, Ehrenminderung	212
§ 88.	5. Staats- und Standesangehörigkeit	214
§ 89.	6. Wohnsitz	217
§ 90.	7. Religion, Klostergelübde	220
	8. Familienstellung und Verwandtschaft.	
§ 91.	Elterliche Gewalt	221
§ 92.	Verwandtschaft	222
§ 93.	9. Name	224

III. Anwendungsbereich der Vorschriften über die natürlichen Personen.

§ 94.	Internationales Privatrecht	228
§ 95.	Zeitliche Anwendung	230

Zweiter Titel. Juristische Personen.

	Seite
I. Die juristischen Personen im allgemeinen.	
§ 96.	Begriff 230
§ 97.	Arten 235
§ 98.	Umfang der Rechtsfähigkeit 237
II. Die Vereine im besonderen.	
1. Entstehung.	
§ 99.	Allgemeines 238
§ 100.	Eingetragene Vereine insbesondere 241
2. Verfassung.	
§ 101.	Die Verfassung im ganzen 247
§ 102.	Vorstand 248
§ 103.	Haftung des Vereins (u. anderer jur. Personen) für Verschulden der Willensorgane 251
§ 104.	Mitgliederversammlung 254
§ 105.	3. Mitgliedschaft. Mitgliedsrechte und -pflichten 256
§ 106.	4. Ende der Rechtsfähigkeit 260
§ 107.	5. Schicksal des Vermögens und Liquidation 263
6. Nichtrechtsfähige Vereine.	
§ 108.	Nach gemeinem Recht 267
§ 109.	Nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch 268
III. Die Stiftungen.	
§ 110.	Begriff und Entstehung 273
§ 111.	Verfassung, Umwandlung, Aufhebung 278
§ 112.	IV. Die juristischen Personen des öffentlichen Rechts 281
§ 113.	V. Vorbehalte. Übergangsvorschriften. Internationales Privatrecht. 284

Vierter Abschnitt. Die Rechtsobjekte.

I. Sachen.	
1. Begriff und Arten.	
§ 114.	Sachen, Sachgesamtheiten 286
§ 115.	Arten der Sachen 289
§ 116.	Geld 292
§ 117.	Wertpapiere 296
§ 118.	2. Bestandteile 298
§ 119.	3. Zubehör 305
4. Früchte, Nutzungen und Lasten.	
§ 120.	Begriff der Früchte und Nutzungen 300
§ 121.	Frucht- und Lastenverteilung 313
5. Rechts- und verkehrsunfähige Sachen.	
§ 122.	Allgemeines 315
§ 123.	Die einzelnen rechtsunfähigen Sachen 316
II. Vermögen und Sondervermögen.	
§ 124.	Der Vermögensbegriff 320
§ 125.	Sondervermögen 322

Fünfter Abschnitt. Entstehung, Untergang und Veränderung der Rechte.**Erster Titel. Allgemeines.**

§ 126.	1. Die Begriffe 325
§ 127.	2. Entstehungs-, Aufhebungs- und Veränderungsgründe. Tatbestand. Juristische Tatsachen 326

		Seite
§ 128.	Die juristischen Handlungen und ihre Arten	328
§ 129.	Die Handlungsfähigkeit	334
	3. Der Rechtserwerb insbesondere.	
§ 130.	Arten des Erwerbes	335
§ 131.	Bedeutung der Rechtsnachfolge	337
§ 132.	Der sog. Erwerb vom Nichtberechtigten	338
§ 133.	Die Gesamtnachfolge	340
	4. Rechtsverlust und Rechtsverminderung.	
§ 134.	Verfügung, Veräußerung, Belastung, Verzicht	342
§ 135.	Verfügunqsmacht, Veräußerungsverbote	343

Zweiter Titel. Die Rechtsgeschäfte.

I. Begriff und Hauptarten.

§ 136.	1. Willenserklärung und Rechtsgeschäft	348
	2. Hauptarten der Rechtsgeschäfte.	
§ 137.	Einseitige Rechtsgeschäfte und Verträge	358
§ 138.	Andere Einteilungen und Arten	359
§ 139.	Abstrakte, kausale, fiduziarische Geschäfte insbesondere	361

II. Die Erfordernisse des Geschäftsabschlusses.

§ 140.	Übersicht	366
	1. Die Geschäftsfähigkeit.	
§ 141.	Geschäftsunfähigkeit und Bewußtlosigkeit	367
§ 142.	Beschränkte Geschäftsfähigkeit	368
§ 143.	Zustimmung des gesetzlichen Vertreters	373
	2. Die Erklärung des Geschäftswillens.	
§ 144.	a) Die Erklärungshandlung überhaupt	377
	b) Form der Erklärung.	
§ 145.	Formfreiheit und Form im allgemeinen	380
§ 146.	Gesekliche Schriftform	383
§ 147.	Gesekliche öffentliche Formen	386
§ 148.	Durch Rechtsgeschäft bestimmte Form	390
	c) Vollenbung der Willenserklärung.	
§ 149.	Hauptregeln	393
§ 150.	Selbständigkeit der Erklärung nach der Abgabe	398
§ 151.	Besondere Vorschriften	400
	3. Erfordernisse des Vertrages im besonderen.	
§ 152.	Vertragsantrag	401
§ 153.	Annahme	407
§ 154.	Der Vertrag als Ganzes	411

III. Fehlen des Willens und Willensmängel.

§ 155.	1. Bedeutung des Willens im allgemeinen	413
§ 156.	2. Bewußtes Fehlen des Willens	417
	3. Unbewußte Nichtübereinstimmung von Wille und Erklärung (Geschäftsirrtum).	
§ 157.	Anfechtbarkeit wegen Geschäftsirrtums	420
§ 158.	Anfechtungserklärung wegen Geschäftsirrtums	429
§ 159.	Entschädigungspflicht	431
	4. Willensmängel.	
	a) Drohung und arglistige Täuschung.	
§ 160.	Übersicht, Vergleichung mit dem gemeinen Recht	433
§ 161.	Anfechtbarkeit wegen Drohung	435

	Seite
§ 162.	Anfechtbarkeit wegen arglistiger Täuschung 438
§ 163.	Anfechtungserklärung und ihre Wirkung 441
§ 164.	Konkurrierende Ansprüche 442
§ 165.	b) Irrtum und andere Beweggründe 444
IV. Stellvertretung.	
§ 166.	1. Begriff und Zulässigkeit 445
§ 167.	Sog. mittelbare Vertretung 449
§ 168.	2. Grund und Umfang der Vertretungsmacht. Selbstkontrahieren 452
§ 169.	3. Wirkung der Vertretung mit Vertretungsmacht 455
§ 170.	4. Wirkung unberufener Vertretung 457
	5. Die Vollmacht im besonderen.
§ 171.	Begriff und Erteilung 462
§ 172.	Umfang und Wirkung 467
§ 173.	Erlöschen der Vollmacht 469
§ 174.	Fortwirken der erloschenen Vollmacht gegenüber gewissen Personen 472
§ 175.	Ermächtigung 474
V. Inhalt der Rechtsgeschäfte.	
	1. Im allgemeinen.
§ 176.	Geschäftsbestandteile 476
§ 177.	Verbotene Geschäfte 477
§ 178.	Sittenwidrige Geschäfte 479
§ 179.	Die wucherischen Geschäfte insbesondere 485
	2. Bedingte und befristete Rechtsgeschäfte.
	a) Begriff und Arten der Bedingung und Zeitbestimmung.
§ 180.	Befristen und Bedingen im allgemeinen 489
§ 181.	Die Bedingung im besonderen 490
§ 182.	b) Zulässigkeit von Bedingung und Zeitbestimmung 496
§ 183.	c) Erfüllung und Ausfall der Bedingung 499
	d) Wirkung des aufschiebend bedingten oder befristeten Geschäfts.
§ 184.	Gemeines Recht und Prinzip des BG 501
§ 185.	Wirkung der aufschiebenden Bedingung nach dem BG 503
§ 186.	Wirkung des Anfangstermins nach dem BG 506
§ 187.	e) Wirkung der auflösenden Bedingung und des Endtermins 509
§ 188.	f) Unmögliche und unsittliche Bedingungen 511
VI. Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte.	
§ 189.	Nichtigkeit 511
§ 190.	Anfechtbarkeit 517
§ 191.	VII. Zustimmung. Konvaleszenz 523
VIII. Auslegung der Rechtsgeschäfte.	
§ 192.	Grundlegung 528
§ 193.	Ausführung 535
§ 194.	IX. Analoge Anwendung der Vorschriften über Rechtsgeschäfte 541
Dritter Titel. Schuldhafte Handlungen.	
§ 195.	1. Unrecht, unerlaubte, schuldhafte Handlungen 544
	2. Verschulden.
§ 196.	Vorsatz 547
§ 197.	Fahrlässigkeit 550
§ 198.	3. Verantwortlichkeit 554

Vierter Titel. Schuldlose zu Schadensersatz verpflichtende Handlungen.

§ 199.	Gründe der Haftung für schuldblose Handlungen	Seite 555
§ 200.	Ausnahme. Höhere Gewalt	561

Fünfter Titel. Fristen, Termine.

§ 201.	Allgemeines	563
§ 202.	Berechnung der Fristen und Termine	565

Sechster Abschnitt. Ansprüche und Einreden.

I. Begriff und Arten des Anspruchs.

§ 203.	Begriff	568
§ 204.	Arten und allgemeine Behandlung	571
§ 205.	Das Klagrecht	574
§ 206.	Arten der Klagen	576

II. Einreden, Replikten.

§ 207.	Begriff	580
§ 208.	Arten der Einreden	585

III. Endigung der Ansprüche.

§ 209.	1. Die Endigungsgründe im allgemeinen	589
	2. Die Anspruchsverjährung.	
§ 210.	a) Vorbemerkung: Verjährung überhaupt.	590
§ 211.	b) Die Anspruchsverjährung im allgemeinen; Ausschlußfristen	591
	c) Erfordernisse der Anspruchsverjährung.	
§ 212.	aa) Verjährbarkeit des Anspruchs	594
§ 213.	bb) Beginn der Verjährung	595
	cc) Verjährungszeit.	
§ 214.	Verjährungsfristen	597
§ 215.	Hemmung und Ablaufhemmung	601
§ 216.	Unterbrechung der Verjährung	605
§ 217.	Zeiteinrechnung	610
§ 218.	d) Wirkung der Verjährung	610
§ 219.	e) Übergangsvorschriften	614

Siebenter Abschnitt. Ausübung und Sicherung der Rechte.

§ 220.	1. Verbot mißbräuchlicher Rechtsausübung	615
	2. Selbstverteidigung und Selbsthilfe.	
§ 221.	Notwehr	617
§ 222.	Notstand	621
§ 223.	Selbsthilfe	624
§ 224.	3. Sicherheitsleistung	627
	Gesetzesregister	631
	Sachregister	641

Abkürzungsverzeichnis.

1. Die §§ des BG sind nur mit der Zahl unter Vorjahr von „S“, die Artikel des Einführungsgesetzes zum BG mit der Zahl unter Vorjahr des Wortes „Art.“ zitiert.
2. Die §§ des vorliegenden Buches Bd. I sind unter Vorjahr von „oben“ oder „unten“ zitiert; die §§ des zweiten Bandes unter Vorjahr des Namens des Verfassers der Abteilung.
3. Verfasseramen ohne Zusatz beziehen sich auf die gängigen Lehrbücher des Pandektenrechts, des deutschen Privatrechts, des preußischen Rechts, sowie auf die Lehr- und Einführungsbücher des bürgerlichen Rechts und die Kommentare zum BG. Wo Zweifel entstehen könnten, sind die Lehrbücher des Pandektenrechts durch P, des deutschen Privatrechts durch DPr, des preuß. Privatrechts durch PrR, des bürgerlichen Rechts durch BR, die Kommentare zum BG durch „Komm.“ kenntlich gemacht.

4. Einzelne Abkürzungen:

AbzG = Abzahlungsgeſetz.

AG = Ausführungsgeſetz.

AV = Ausführungsverordnung.

BG = Bürgerliches Geſetzbuch.

BauFG = Bauforderungsgeſetz.

BinnenschG = Binnenschiffahrtsgeſetz.

BörſG = Börſengeſetz.

BürgA = Archiv für bürgerliches Recht.

Denſchr. = Denſchrift zum BG.

DogmZ. = Jahrbücher f. d. Dogmatik d. heut. röm. u. diſch. Privatr., jetzt d. bürgerl. R.

EI = Erſter Entwurf zum BG; EII = Zweiter Entwurf; EIII = Reichstagsvorlage.

EG = Einführungsgeſetz zum BG.

FrGG = G. üb. d. Angelegenheiten d. freiwill. Gerichtsbarkeit v. 17. Mai 1898.

GD = Grundbuchordnung.

GenG = Genoſſenſchaftsgeſetz.

GewO = Gewerbeordnung.

Gruchot = Beitr. zur Erläuterung des deutſchen Rechts, gegründet v. J. Gruchot.

Grünhut = Zeiſchr. f. das Privat- u. öffentliche Recht v. Grünhut.

GG = Gerichtsverfaſſungsgeſetz.

HaſtpfG = Haſtpflichtgeſetz.

HGB = Handelsgeſetzbuch v. 10. Mai 1897.

JdR = Jahrbuch des deutſchen Rechts.

JurW. = Juristiſche Wochenſchrift

JurZ = Deutsche Juristenzeitung.

KrFG = Kraftfahrzeugegeſetz.

KO = Konkursordnung v. 20. Mai 1898.

Mot. = Motive zum Entw. eines BG (amtliche Ausgabe).

Mot. z. EG = Motive zum Einführungsgeſetz zum BG (amtliche Ausgabe).

NPrV = Neue Preußiſche Verfaſſung v. 30. November 1920.

NRV = Neue Reichsverfaſſung v. 11. August 1919.

NRG = Rechtſprechung der Oberlandesgerichte, hrsg. v. Mugdan u. Falkmann.

Prot. = Protokolle der Komm. f. d. II. Leſg. d. E. d. BG bearb. v. Achilles u. a.

Recht = Das Recht, Rundſchau f. d. deutſchen Juristenſtand.

RG = Entſcheidungen des Reichsgerichts in Zivilſachen.

RGKom. = Kommentar von Reichsgerichtsräten zum BG.

RGStr = Entſcheidungen des Reichsgerichts in Straſſachen.

RWarn = Warneher, Rechtſprechung des Reichsgerichts.

RWB = Reichstagskommiſſionsbericht zum BG.

RV = Geſetz betr. Verfaſſung des Deutschen Reichs v. 16. 4. 1871.

RVN = Reichsverſicherungsordnung v. 19. Juli 1911.

StrG = Strafgeſetzbuch für das Deutsche Reich.

WBG = Wettbewerbsgeſetz.

V oder VO = Verordnung.

VVG = Verſicherungsvertragsgeſetz.

Warn = Warneher, Jahrbuch der Entſcheidungen.

WO = Wechſelordnung.

ZivA = Archiv für zivilistiſche Praxis.

ZPO = Zivilprozeßordnung in der Faſſung vom 20. Mai 1898.

ZwVG = G. üb. d. Zwangsverſteigerung u. Zwangsverwaltung v. 24. März 1897.

Einleitung.

Begriff und Entwicklung des bürgerlichen Rechts und seine Wissenschaft. Schrifttum.

I. Begriff des bürgerlichen Rechts.

§ 1.

I. Das bürgerliche Recht ist Privatrecht, d. h. es bestimmt die Verhältnisse der einzelnen als einzelner. Es bildet einen Gegensatz zu dem öffentlichen Recht, das die Herrschafts- und Pflichtverhältnisse der öffentlichen Rechtsgemeinschaften (des Staates, der Gemeinden, der Kirche usw.) als solcher ordnet¹⁾.

Ursprünglich umfaßt der Ausdruck alles Privatrecht²⁾. Seit dem Erlaß des Bürgerlichen Gesetzbuchs aber hat man sich mehr und mehr gewöhnt, nur das auf diesem Gesetzbuch und seinen Nebengesetzen beruhende Reichsprivatrecht als bürgerliches Recht zu bezeichnen. Mit dem Sprachgebrauch stimmt das Bedürfnis der systematischen Behandlung überein; die Darstellung des ohnehin gewaltigen, schwierigen und verwickelten Rechts des BG darf nicht mit Rechtsmaterien belastet werden, die infolge der äußeren Selbstständigkeit ihrer Quellen und nach ihrem Inhalt gesonderter Behandlung fähig sind und durch eine solche nur gewinnen.

Die folgende Darstellung versteht also unter bürgerlichem Recht nur das in seiner Grundlage auf dem BG und den es ergänzenden Ge-

¹⁾ Nicht alle Verhältnisse einer solchen Rechtsgemeinschaft gehören dem öffentlichen Rechte an. Soweit sie in Rechtsbeziehungen steht, wie sie auch für einzelne vorkommen, wie namentlich im Vermögensverkehr, handelt es sich um Privatrecht. Näheres unten § 31.

²⁾ So ist z. B. in Art. 4 Nr. 13 der Reichsverfassung (Fassung vom 20. Dez. 1873): „die gemeinsame Gesetzgebung über das gesamte bürgerliche Recht, das Strafrecht und das gerichtliche Verfahren“, und in Art. 7 Nr. 1 der neuen Reichsverfassung v. 11. Aug. 1919 unter bürgerlichem Recht unzweifelhaft das gesamte Privatrecht zu verstehen.

setzen beruhende deutsche Reichsprivatrecht und behandelt es im allgemeinen nur in diesem Umfange.

In der gegebenen Begriffsbestimmung liegt ein Dreifaches:

1. Das bürgerliche Recht ist Reichsrecht und geht als solches allem Partikularrecht vor. Es beruht in der Hauptsache auf Reichsgesetzen, doch ist eine Fortbildung durch Reichsgewohnheitsrecht möglich (näheres unten § 37).

2. Das Handels- und Seerecht sowie die verwandten Gebiete des Wechselrechts, der Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften, der Gesellschaften mit beschränkter Haftung, der Binnenschifffahrt, des Börsenrechts und des Versicherungsrechts sind durch besondere Reichsgesetze geregelt. Deshalb und wegen ihres vielfach abweichenden Inhalts sind diese handelsrechtlichen oder dem Handelsrecht verwandten Materien gesonderten Darstellungen vorzubehalten und nur soweit zu berühren, als es der Hinweis auf charakteristische Unterschiede und Besonderheiten erfordert. Dagegen sind einige reichsrechtliche Materien, die dem bürgerlichen Recht näher stehen als dem Handelsrecht, insbesondere die durch das Haftpflichtgesetz, das Kraftfahrzeuggesetz, das Luftverkehrsgesetz, das Abzahlungsgesetz und das Bauordnungsgesetz geordneten Lehren, soweit sie privatrechtlicher Natur sind, mit aufgenommen worden.

3. Auch das sog. Immaterialgüterrecht, insbesondere das Urheberrecht, das die ausschließliche Verfügung über Geisteserzeugnisse bestimmt, und die verwandten Gebiete des Patentrechts und Verlagsrechts sind durch besondere Reichsgesetze geordnet und zugleich eigenartig genug, um eine selbständige Behandlung wünschenswert erscheinen zu lassen.

II. Inhaltlich ist das bürgerliche Recht in der Hauptsache eine Fortentwicklung des vordem in Deutschland geltenden gemeinen Rechts unter Berücksichtigung der Landesgesetzgebungen. Ein tieferes Erfassen erfordert daher ein Eingehen auf das gemeine Recht und, wo diese vorbildlich gewesen sind, auf die Landesgesetzgebungen. Namentlich ist die hochentwickelte gemeinrechtliche Rechtswissenschaft für das bürgerliche Recht voll zu verwerten.

Eine derartige Behandlung ist aber nur möglich nach einem Blick auf die äußere Entwicklung, welche das Privatrecht in Deutschland vor dem BG (unten §§ 2—10) und durch dieses (§§ 11—14) genommen hat, und erfordert ferner eine Übersicht der Entwicklung der Privatrechtswissenschaft (§§ 15—23) als Spiegel und Mahnung für die heutige Rechtswissenschaft.

II. Rechtsentwicklung bis zum Bürgerlichen Gesetzbuch.

§ 2. 1. Das deutsche Recht vor der Rezeption der fremden Rechte.*)

I. Das deutsche Volk bestand bei seinem Eintritt in die Geschichte aus einer größeren Anzahl von Völkerschaften, die kein staatliches Band zusammenhielt. Demgemäß fehlte ihm auch ein einheitliches Recht; es kannte nur Rechte der einzelnen Völkerschaften, und als sich viele von diesen später zu Stämmen zusammenschlossen, Rechte der einzelnen Stämme (Stammesrechte, Volksrechte), die freilich aus gemeinsamer urgermanischer Wurzel entsprungen, also innerlich verwandt waren, sich diese Verwandtschaft auch infolge der Be-

*) Heusler, Institut. des deutschen Privatrechts I §§ 1—10; Stobbe, D. PrR I § 1; Brunner, D. Rechtsgeschichte Vb. I u. II; v. Gierke, D. PrR. § 1; Schröder, D. RG 5. Aufl. §§ 30ff., §§ 52ff.

rührung der Stämme untereinander und der Gleichheit ihrer Lebensweise erhalten hatten, aber doch auch erhebliche Verschiedenheiten zeigten.

Die Vereinigung der meisten Stämme im fränkischen Reich wirkte freilich naturgemäß ausgleichend, wobei das fränkische Recht zu überwiegendem Einfluß gelangte. Die Volksrechte wurden teils schon früher, teils unter Karl dem Großen unter Mitwirkung von Herrscher und Volk aufgezeichnet, und auch die Kapitularien der fränkischen Könige, mochten sie den Volksrechten angefügt (*capitularia legibus addenda*) oder als selbständige Gesetze erlassen werden (*capitularia per se scribenda*), stellten sich vorwiegend auf den Boden des fränkischen Rechts. Aber eine völlige Verdrängung der übrigen Stammesrechte durch das fränkische ist nicht eingetreten¹⁾; vielmehr bestanden jene auch in den folgenden Jahrhunderten fort.

II. Die Fortbildung des Privatrechts in der Folgezeit beruht wesentlich auf Gewohnheitsrecht. Die Aufzeichnungen der Volksrechte veralten und geraten im 11. Jahrhundert ganz in Vergessenheit. Die Stammesrechte selbst aber werden nicht nur weiter entwickelt, sondern erleiden auch bezüglich ihres Anwendungsgebietes sehr wesentliche Veränderungen:

1. Während früher jeder nach dem Rechte seines Stammes beurteilt wurde, setzen sich die Stammesrechte jetzt allmählich örtlich fest; sie werden in langsamer Entwicklung aus Stammesrechten zu Landrechten.

2. Auf diesen Landrechten aber erwachsen in üppiger Fülle Rechte für noch kleinere Gebiete; jede Landschaft, jeder Gerichtsbezirk, jede Herrschaft hat ihr besonderes Recht; denn das Gewohnheitsrecht strebt der Sonderung zu, während das Gesetz die Rechtsgleichheit fördert.

3. Neben das Landrecht treten besondere Rechte für die Lehns-, Hof- und Dienstverhältnisse. Werden dadurch die Lehnsleute, die Hörigen und die Dienstleute (Ministerialen) auch dem Landesrecht nicht völlig entzogen, so umfassen doch diese besonderen Rechte (zumal das Hofrecht) so zahlreiche und mannigfaltige Rechtsverhältnisse, daß sie Landesrechten für die bezeichneten Personenklassen ziemlich nahe kommen.²⁾ Auch die Hof- und Dienstrechte waren örtlich sehr verschieden gestaltet.

4. Endlich wurde das Landrecht in den Städten infolge der Veränderung der Lebensverhältnisse, namentlich des Übergangs von der Naturalwirtschaft zur Geldwirtschaft, mannigfach abweichend höher entwickelt. Neben das Landrecht trat also das Weichbildrecht oder Stadtrecht, das dem deutschen Sunde-

¹⁾ Abw. Sohm, der eine völlige Rezeption des fränkischen Rechts und eine Verdrängung der übrigen Stammesrechte annimmt, *Zeitschr. f. Rechtsgesch.*, Germ. Abt. 14 S. 1ff. Dagegen Heusler S. 20ff.; Brunner S. 22ff., 259ff.; Siegel, *Deutsche Rechtsgeschichte* § 15 Nr. 1; Stobbe I § 1 Anm. 6; Schröder, *Rechtsgeschichte* § 52 Anm. 13.

²⁾ Genau ist es freilich nicht, wenn man von ständischer Gliederung des Rechts spricht; denn das Lehnrecht, Hofrecht usw. galt für die Betreffenden nicht kraft ihres Standes, sondern nur, wenn sie in einem solchen Rechtsverhältnis standen und soweit dieses reichte. Heusler S. 28—42.

ungstrieb entsprechend ebenfalls vielfach wechselnde örtliche Färbungen aufwies³⁾.

III. Bis zu einem gewissen Grade ausgleichend wirkten allerdings die sog. Rechtsbücher des 13. und 14. Jahrhunderts, private Rechtsaufzeichnungen wesentlich landrechtlichen (und lehnrechtlichen) Charakters, wenn sie sich auch zum Teil die Aufgabe der Darstellung allgemein gültigen Rechts gestellt hatten.

Namentlich der von Eike von Repgau (einem sächsischen Schöffen aus dem Gau Serimunt zwischen Elbe, Saale und Mulde) zwischen 1198 und 1235 (wahrscheinlich nach 1215) verfaßte Sachsenspiegel, eine für ihre Zeit vortreffliche Darstellung des sächsischen Land- und Lehnrechts, gelangte zu hohem Ansehen und errang im 14. Jahrhundert in Norddeutschland geradezu die Bedeutung einer subsidiären Rechtsquelle⁴⁾.

Ihm folgte in Süddeutschland der „Spiegel deutscher Leute“ (zwischen 1235 und 1275), eine mit schwäbischen Rechtsanschauungen gemischte, unvollendete Bearbeitung des Sachsenspiegels, welche die Darstellung eines allgemeinen deutschen Rechts bezweckte.

Die Arbeit wurde mit Veränderungen fortgesetzt und vollendet in dem etwa 1275, vermutlich in Augsburg, verfaßten „Landrechts- und Lehnrechtsbuch“ oder „Kaiserrecht“, dem man später wegen seines, wo es selbständig ist, schwäbischen Charakters den Namen „Schwabenspiegel“ beilegte. Obgleich der Schwabenspiegel dem Sachsenspiegel an Wert weit nachsteht, erlangte er doch in Süddeutschland eine große Verbreitung.

Das „Kleine Kaiserrecht“, ein wohl in Franken und zwar in Hessen im Anfange des 14. Jahrhunderts entstandenes Rechtsbuch, unternahm es sogar, ein gemeinsames Recht der ganzen Christenheit darzustellen.

IV. Aber private Arbeit, so wertvoll sie sein mochte, war nicht imstande, dem Überwuchern der Sonderrechte dauernd Halt zu gebieten, und die Reichsgesetzgebung schwieg. Auch in und nach der Zeit der Rechtsbücher setzt sich daher die partikuläre Rechtsbildung durch Gesetz, Autonomie und Gewohnheit fort.

Seit dem 13. Jahrh. erschienen insbesondere die auf der neu entstandenen Landeshoheit der Fürsten ruhenden Landesordnungen, z. B. die Kulmsche Handveste Hermanns v. Salza (1232), die salzburgische Landesordnung (1328), das oberbayerische Landrecht (1346) u. a. m. Aus der Autonomie der Städte fließen die Stadtrechte, unter denen das Magdeburger Recht den ersten Platz einnimmt, aber auch die Goslarer Statuten, das Augsburger, das Quedlinburger und andere Stadtrechtsbücher hervorzuheben sind.

V. Erst die Rezeption des römischen Rechts gab uns in dem wertvollsten, freilich fremden Erbe antiker praktischer Geistesarbeit das einheitliche Recht, dessen der Verkehr dringend bedurfte.

2. Die Rezeption des römischen Rechts.

§ 3. Die Geschichte der Rezeption*).

Wie auf allen Kulturgebieten zwischen entwickelten Völkern ein unablässiges Geben und Nehmen stattfindet, wie ein jedes in Wissenschaft und

³⁾ Viele Städte empfangen ihr Recht durch Übertragung eines schon ausgebildeten Stadtrechts. So entstanden Stadtrechtsfamilien, unter denen die des Magdeburger und des Lübschen Stadtrechts besonders hervorzuheben sind.

⁴⁾ Man hielt das Landrecht für ein den Sachsen von Karl dem Großen erteiltes Privileg, das Lehnrecht für ein Gesetz Friedrichs I.

* Stobbe, Geschichte der deutschen Rechtsquellen I S. 609—655, II (1864) S. 1 bis 142 und KritRS XI S. 1—33; Ruther, Zeitschr. f. Rechtsgeschichte IV S. 380—437.

Kunst, Gewerbe und Technik, Religion und Moral Förderungen, ja nicht selten bestimmende Einflüsse von anderen (gleichzeitig oder früher lebenden) empfängt, so ist auch die Schöpfung seines Rechts nicht ausschließlich eigene Tat des einzelnen Volkes¹⁾, sondern wird — je höher die Kultur, um so stärker — auch von ursprünglich fremden Rechtsgedanken beeinflusst und bereichert²⁾.

Eine Einwirkung des römischen Rechts auf das deutsche, ja selbst eine tiefgreifende Umgestaltung unseres Rechts nach dem Vorbilde römischer Rechtswissenschaft würde also kaum auffallend erscheinen. Besonderer Erklärung aber bedarf es, wie sich diese Einwirkung bis zu einer Aufnahme fast des gesamten römischen Rechts unter Verdrängung des größten Teiles des deutschen steigern konnte.

I. Das deutsche Recht in seiner unsäglichen örtlichen und ständischen Zersplitterung konnte dem aufblühenden Handel und Verkehr und der gesamten, eine freie Betätigung der Persönlichkeit fordernden Zeitrichtung nicht genügen. Ein in ganz Deutschland und für alle Stände geltendes, freies und wissenschaftlich entwickeltes Recht war zum dringenden Bedürfnis geworden. Allein die Gesetzgebung war nicht imstande, ein solches heranzubilden.

Was das deutsche Recht versagte, suchte man beim fremden, und das Herübernehmen fremden Rechts war in jener Zeit nicht so verwunderlich, wie es in der Gegenwart erscheinen würde. Die Urteiler jener Zeit betrachten das Recht nicht als etwas Gegebenes, von außen mit bindender Kraft an sie Herantretendes; sie finden das Recht in sich selbst, in ihrem eigenen Bewußtsein³⁾. Die geschriebenen Rechtsquellen bedeuten ihnen nur eine Unterstützung in der freien Bildung der eigenen Rechtsüberzeugung. Darum fragte man wenig nach der Herkunft einer Rechtsquelle. Man benutzte, wo das eigene im Stich ließ oder nicht befriedigte, das Recht anderer Städte, anderer Landschaften oder holte sich Rat bei auswärtigen Gerichten. Man war geneigt, das brauchbarere oder formvollendetere, woher es auch kam, als das wahre Recht hinzunehmen, das minder vollkommene, auch wenn es das eigene war, als Irrtum oder Mißbrauch zu verdammen.

II. Dem römischen Recht aber wandte man sich leichter als jedem anderen zu, nicht nur weil diese Zeit, das Jahrhundert der Renaissance und des

namentlich S. 341—437; Stölzel, Die Entwicklung des gelehrten Richtertums in den deutschen Territorien, 1872; Muther, Zur Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft und der Universitäten in Deutschland, 1876; Roddermann, Die Rezeption des römischen Rechts, übersetzt mit Zusätzen von R. Schulz, 1875; Stinzing, Gesch. d. D. RW I S. 1—88 u. KritW V S. 557—576; Sohm, Fränkisches Recht u. röm. Recht, 1880; Wächter, Band. I § 11; Schröder, D. RW § 66; Regelsberger, Band. I § 1; v. Gierke, D. RW I § 2; v. Below, Ursachen der Rezeption des röm. Rechts in Deutschland, 1905; Carlebach, Bad. Rechtsgeschichte I, Das ausgehende Mittelalter und die Rezeption des röm. Rechts, 1906.

¹⁾ Savigny und die älteren Häupter der historischen Schule betonen zu einseitig das nationale Element der Rechtsentwicklung unter Verkenning des universalen.

²⁾ Einige Beispiele: Einwirkung des griechischen Rechts auf das römische; Bildung des *jus gentium*; Einwirkung des fränkischen auf andere Stammesrechte in Frankreich und Deutschland; Rezeption des römischen, des kanonischen Rechts und des kanonisch-italienischen Prozesses; Ausbreitung des Wechsels über die ganze zivilisierte Welt von in Italien und Südfrankreich liegenden Anfängen; Einwirkung der französischen Prozeßreform auf Deutschland und andere Länder; Einwirkung der deutschen Arbeiterversicherungsgesetze auf das Ausland.

³⁾ In freilich weit geringerem Maße trifft dies auch heute noch zu (siehe Auslegung).

Humanismus, in der Aneignung der antiken Kultur überhaupt eine ihrer vornehmsten Aufgaben erblickte, sondern auch weil man das römische Recht, wenn auch auf Grund einer irrthümlichen geschichtlichen Anschauung, als bindendes Reichsgesetz betrachtete.

Das gesamte Mittelalter sah in dem deutschen Kaiser den Nachfolger der römischen Kaiser, den Herrn der abendländischen Christenheit. Daher behaupteten die Kaiser, lehrten die italienischen Rechtsschulen, glaubten die Gebildeten ganz Europas, daß in dem römischen Weltreich auch das römische Weltrecht fortbestehe⁴⁾, und man bezeichnete das Justinianische Gesetzbuch wie die deutschen Kaisergesetze als Kaiserrecht⁵⁾. Dieser allgemeine Glaube an die Geltung war die Vorstufe der Rezeption⁶⁾; aber noch nicht die Rezeption selbst, denn es fehlte noch viel, bis das römische Recht in den Gerichten zur tatsächlichen Herrschaft gelangte.

III. In Italien war die Anwendung des Justinianischen Gesetzbuchs nie ganz erloschen, aber stark zurückgedrängt. Man kannte nur noch Institutionen, Novellen und Auszüge aus dem Kodex.

Einen durchgreifenden Umschwung aber bewirkte die Rechtsschule der Glossatoren des XII. und XIII. Jahrhunderts in Bologna, die das gesamte Justinianische Gesetzbuch interpretierte und seine Kunde in der damaligen gebildeten Welt verbreitete. Zu der gewaltigen Anziehungskraft, die Italien als Träger der höchsten Kultur, als Vermittler der antiken Bildung, als Sitz der um die Weltherrschaft ringenden Kirche ausübte, kam der besondere Reiz hinzu, den die Beschäftigung mit dem hochentwickelten römischen Recht gewährte.

Nicht nur aus Italien, aus allen Teilen Europas zogen die Schüler nach Bologna, und die Zahl der Studierenden wuchs bis zu 10000 an. Die Glossatoren und ihre Nachfolger, die Postglossatoren, aber lehrten das römische Recht nicht als Recht Italiens, sondern als das Weltrecht, welches für das ganze Abendland gelte, sofern nicht besondere örtliche

⁴⁾ Schon Otto III., Heinrich II. u. III., Konrad III. brachten vereinzelt „das Gesetzbuch ihres Vorgängers Justinian“ in Anwendung. Friedrich I. stützte sich auf den Satz „Quod principi placuit, legis habet vigorem“, urteilte nach römischem Recht, verordnete Zusätze zum Justinianischen Gesetzbuch und berief sich auf römische Kaiser als seine Vorgänger. Friedrich II. machte den Satz „Princeps legibus solutus est“ gegen den Papst geltend. Der Reichsabschied von 1342 wies das kaiserl. Hofgericht an, nach des Kaisers und seiner Vorfahren geschriebenen Rechten zu urteilen, worunter unzweifelhaft das Justinianische Gesetzbuch mit verstanden ist; Stobbe, Gesch. d. d. Rechtsqu. I S. 613 ff. Nach einer Sage soll schon Lothar II. die Lehre und Anwendung des röm. Rechts gesetzlich vorgeschrieben haben.

⁵⁾ Die Bezeichnung als römisches Recht ist erst im 18. Jahrh. üblich geworden.

⁶⁾ Brinz I § 1 spricht hier von theoretischer Rezeption, die er von der praktischen unterscheiden will. Daß nur die letztere eine wirkliche Aufnahme, d. h. ein zur Geltung kommen ist, ergibt sich aus der Bedeutung der Übung für die Entstehung des Gewohnheitsrechts, unten §§ 29 u. 35.

Rechte entgegenständen. Sie stützten diese Lehre einmal auf die schon besprochene Annahme der Fortdauer des römischen Reichs, andererseits auf den inneren Wert des römischen Rechts. Die Übereinstimmung mit den Bedürfnissen des Verkehrs, die Durchführung der Gesetze der Billigkeit, vor allem die formalen Vorzüge klarer Begriffsbildung und Folgerichtigkeit ließen es der Zeit nicht nur als römisches Recht erscheinen, sondern als das Recht schlechthin, die *ratio scripta*.

Was Bologna begonnen, setzten andere italienische und französische Rechtsschulen, namentlich Padua und Bourges, welche stark von Deutschen besucht wurden, und sodann die neugegründeten deutschen Universitäten fort.

IV. Mit der Kenntnis des römischen Rechts in Deutschland hielt sein Eindringen in die Gerichte gleichen Schritt.

Seine erste Einführung verdankt es der Kirche, für die das kanonische Recht galt, das aber selbst wieder das römische anerkannte, ja voraussetzte. Und nicht nur in den geistlichen Gerichten mit ihrer weit reichenden Zuständigkeit fand es durch den Einfluß der Kirche Anwendung; juristisch gebildete Geistliche waren Räte der Fürsten und urteilten mit abligen Räten häufig als freigewählte Schiedsrichter in wichtigen Rechtsfällen. Diese Schiedsgerichte bilden den Übergang zum Kolleg der fürstlichen Räte und zu den gelehrten Gerichten überhaupt.

Was die Kirche begonnen, setzten die Laiengerichte fort. Das im Jahre 1495 gebildete Reichskammergericht wurde erst zur Hälfte, bald aber ganz mit Rechtsgelehrten (*doctores juris*) besetzt⁷⁾ und angewiesen „nach des Reichs- und gemeinen Rechten, auch nach redlichen, ehrbaren und leidlichen Ordnungen und Gewohnheiten“ zu entscheiden⁸⁾. Unter „des Reichs- und gemeinem Recht“ ist aber vorzugsweise das römische zu verstehen. Nach dem Beispiele des Reichskammergerichts wurden die landesherrlichen Hofgerichte umgestaltet oder neu begründet. An die Stelle der Oberhöfe, die man früher in schwierigen Fällen um Recht fragte, traten die juristischen Fakultäten.

In sehr bemerkenswerter Weise vollzog sich endlich das Eindringen der Juristen in die untere Instanz. Die altdeutschen Volksgerichte, bei denen die Gesamtheit der freien Grundbesitzer mitgewirkt und das Urteil unmittelbar aus dem Rechtsbewußtsein des Volkes geschöpft hatte, waren zu bürgerlichen und bäuerlichen Standesgerichten geworden⁹⁾, in denen eine kleine Zahl bestimmter Schöffen urteilte, die der höchsten Aufgabe, der Fortbildung des

⁷⁾ RGD v. 1521 Tit. 1: „Die andere Hälfte aus der Ritterschaft soll auch der Rechte gelehrt sein, sofern man die haben kann.“

⁸⁾ RGD v. 1495 § 3.

⁹⁾ Der Ritterstand hatte einen bevorzugten Gerichtsstand am Hofe des Landesherrn erhalten.

Rechts, nicht gerecht werden konnte. Die Zeit bedurfte geschulter Richter. So erklärt sich die auffallende Tatsache, daß seit dem 16. Jahrhundert die Parteien in stillschweigendem Einverständnis statt des Schöffengerichts den juristisch gebildeten landesherrlichen Verwaltungsbeamten, den Amtmann, anzugehen pflegten. Der gelehrte Richter wird dem ungelehrten Schöffen vorgezogen.

Mit dem Eindringen des gelehrten Richterstandes in die weltlichen Gerichte aller Instanzen gelangt das römische Recht zu allgemeiner tatsächlicher Geltung, d. h. die Rezeption ist vollendet.

Zwar hat es an Widerstand namentlich aus den Kreisen des Adels und der Bauern nicht gefehlt, aber alle Gegenbestrebungen konnten dem dringenden Bedürfnis gegenüber nicht standhalten. Sie vermochten einzelne deutschrechtliche Institute zu schützen, aber nicht die Rezeption im ganzen zu hindern.

V. Anerkennd und befestigend hat auch die Gesetzgebung mitgewirkt, so die oben erwähnte Vorschrift der RGD. v. 1495 und zahlreiche ähnliche Bestimmungen in Hof- und Landgerichtsordnungen, Stadt- und Landrechten des 16. und 17. Jahrhunderts. Ganz verkehrt aber wäre es, in diesen Vorschriften den Grund der Rezeption zu erblicken.

Die Vollendung der Rezeption, die naturgemäß nicht für alle Teile Deutschlands gleichzeitig ist, dürfte für Süddeutschland etwa in die Mitte, für Norddeutschland in den Ausgang des 16. Jahrhunderts zu setzen sein, in dem Sinne, daß von da an die Anwendung des römischen Rechts in allen Instanzen die überwiegende geworden ist.

§ 4. Die Geltung des römischen Rechts infolge der Rezeption.

I. Das römische Recht ist zur Geltung gelangt in der Gestalt des Justinianischen Gesetzbuchs, das man seit dem Ausgange des 16. Jahrhunderts *corpus juris civilis* zu nennen pflegt. Es sind nicht etwa nur einzelne Rechtsfälle oder Institute rezipiert. Vielmehr beweist die gesamte Geschichte der Rezeption, daß man das Justinianische Gesetzbuch als Ganzes als für das Reich verbindliches Gesetzbuch betrachtete: die Rezeption erfolgte, wie man zu sagen pflegt, in *complexu*¹⁾. Darin liegt aber nicht, daß jeder einzelne im *Corpus juris* befindliche Satz angewandt wäre — vielmehr sind eine ganze Reihe von Regeln und ganzen Rechtsinstituten in Deutschland niemals anerkannt — nur bildete die Nichtrezeption die Ausnahme: man betrachtete

¹⁾ Dies ist die unter Romanisten und Germanisten herrschende und in der Praxis stets befolgte Meinung, vgl. u. a. Wächter, *Gemeines Recht Deutschlands* S. 198 ff., *Pand.* I § 11; Windscheid I § 5; Stobbe, *D. PrR* I § 4; Stinzing, *KritRS* 6 S. 565. Die Frage war schon im 18. Jahrhundert streitig: doch ist die im Texte verteidigte Ansicht durchgedrungen. Stinzing, *Gesch. d. D. RR* 2 S. 17 ff.

das Corpus juris als gültiges Gesetzbuch, obgleich man einzelne seiner Lehren für unanwendbar hielt.

Wäre das unrichtig, wären, wie manche behaupten²⁾, die einzelnen Rechtsätze und Rechtsinstitute als einzelne rezipiert, so müßte vor der Anwendung jedes einzelnen Rechtsatzes der wissenschaftliche Nachweis erbracht werden, daß er in Deutschland und gerade in jener Gegend ständige Anwendung gefunden habe³⁾, eine Aufgabe, deren Lösung auch, von den Anhängern der Einzelrezeption niemals weder in wissenschaftlichen Erörterungen noch in der Rechtsprechung versucht ist.

Aus der Rezeption in complexu folgt aber nicht, daß die Behauptung einer Prozeßpartei, ein römischer Satz sei unanwendbar, des Beweises bedürfe;⁴⁾ denn die Anwendbarkeit oder Nichtanwendbarkeit von Rechtsätzen ist nicht Gegenstand des Beweises, sondern vom Richter kraft seiner Amtspflicht zu prüfen. Und ebensowenig ist die Behauptung richtig, daß sich die Unanwendbarkeit nur aus einer geradezu entgegenstehenden Übung ergeben könne; sie ergibt sich ebenso sicher aus der bewußten tatsächlichen Nichtanwendung. Wären in Deutschland niemals Testamente gemacht, so wäre eben daraus zu schließen, daß man das Recht der Testamente für Deutschland nicht anwendbar erachtete, und dieser Schluß wäre ebenso sicher, als er sein würde, wenn Testamente gemacht, aber von den Gerichten nicht anerkannt wären⁵⁾.

II. Das römische Recht ist bei der Rezeption den Zeitverhältnissen und deutschen Rechtsanschauungen und Bedürfnissen angepaßt oder doch genähert, wie man am besten aus den Schriften der Praktiker im 16. und 17. Jahrhundert erkennt⁶⁾.

Oft gehen die Abänderungen auf die italienische Doktrin, namentlich der Postglossatoren zurück; unrichtig ist es aber, diese Doktrin für den Gegenstand der Rezeption zu halten. Rezipiert wurde das Justinianische Gesetzbuch, das „Kaiserrecht“. Die bei der Rezeption entstandenen Abweichungen beruhen, auch wo sie durch die italienische Doktrin beeinflusst waren, nicht auf der Annahme, daß diese Doktrin als solche für uns verbindlich sei, sondern lediglich auf der veränderten Anwendung in Deutschland, die auch durch viele andere Gründe mitbestimmt wurde und oft genug von der italienischen Doktrin abgewichen ist⁷⁾.

III. Auch der äußere Umfang des Rezipierten deckt sich nicht völlig mit dem Justinianischen Gesetzbuch.

²⁾ Veit, *Ziv. Studien* I S. 12ff.; Beseler, *D. PrA* § 9; Dernburg, *Handb.* § 4 u. a. Brunner nimmt eine theoretische Gesamtrezeption und eine praktische Einzelrezeption an, vgl. dagegen oben § 3. Auch die Anwendung des einzelnen Rechtsatzes erfolgte auf Grund der Überzeugung, daß das Justinianische Gesetzbuch in Deutschland gelte, ist also eine Anerkennung des Ganzen als unseres Gesetzbuchs.

³⁾ Hierin, nicht in den gleich zu erwähnenden irrigen Schlußfolgerungen aus der Rezeption in complexu, liegt der wahre Kern der Streitfrage.

⁴⁾ Früher stellte man den Satz auf: wer sich auf römisches Recht berufe, habe fundatum juris intentionem.

⁵⁾ Die entgegengesetzte Deduktion Samuel Strys ist also allerdings zweifellos unrichtig, aber eben deshalb durchaus nicht geeignet, gegen die richtig verstandene Rezeption in complexu verwertet zu werden, wie mehrfach versucht ist.

⁶⁾ Das Slavereirecht ist nicht rezipiert; das eheliche Güterrecht der Römer unverändert kaum irgendwo in Deutschland zur Geltung gelangt; die väterliche Gewalt wurde abgeschwächt und durch die emancipatio Germanica abgekürzt; das Vertragssystem durch Anerkennung der formlosen Verträge und Wegfall der Stipulation durchgreifend umgestaltet; das Erbrecht durch Zulassung der Erbverträge bereichert usw.

⁷⁾ *V. A. Stobbe* II S. 224; *Stinzing* S. 49; *v. Hertle* I S. 13; wie oben Regelsberger, *Wächter* u. a.

1. Rezipiert sind nur die in Bologna bearbeiteten und insolge dessen mit der *glossa ordinaria* des Accursius (unten § 16) versehenen Teile. Das besagt der im 17. Jahrhundert formulierte Satz: „*Quidquid non agnoscit glossa, nec agnoscit forum*“^{*)}.

Das Fehlen der Glosse ist aber nicht der Grund, sondern nur ein Kennzeichen der Nichtrezeption. Der Grund liegt für die der damaligen Zeit bekannten Stellen in ihrem Inhalt, der sie wie den Glossatoren, so auch der nachfolgenden Doktrin und Praxis als unbrauchbar erscheinen ließ, für die unbekanntes darin, daß bei ihrer Auffindung und Wiederaufnahme in die gängigen Ausgaben die Rezeption bereits im wesentlichen abgeschlossen war^{*)}.

2. Die Glossatoren haben dem *Corpus juris* Stücke hinzugefügt; nämlich:

a) eine Anzahl von Auszügen aus den Novellen (dem *Authenticum*, oben Anm. 9), die bei verwandten Stellen in den *Codez* eingeschoben wurden (*Authenticae*). Sie sind nicht rezipiert und haben geringe Bedeutung, weil ihr Inhalt sich schon in den Novellen findet und bei einer Abweichung die letzteren entscheiden würden;

b) die sog. *Authenticae Fridericianae*. 2 Gesetze von Friedrich I. und 11 von Friedrich II., die auf Veranlassung dieser Kaiser ganz oder teilweise aufgenommen wurden und hierdurch und infolge der kaiserlichen Autorität zu allgemeiner Geltung gelangten;

c) Die *Libri feudorum*, ein langobardisches, von den Glossatoren den Novellen angehängtes Lehnrechtsbuch, das übrigens seine Rezeption nicht allein dieser äußeren Verbindung, sondern zugleich dem Umstande verdankt, daß es größtenteils aus Gesetzen deutscher Kaiser besteht.

IV. Das römische Recht ist nur als subsidiäres Recht zur Geltung gelangt, d. h. nur soweit nicht Partikularrechtsnormen entgegenstehen^{1*)}.

*) Landsberg, Über die Entstehung des Satzes *quidquid etc.*, 1880; Stinzing, Gesch. d. D. RW II S. 19 ff.

*) Die Institutionen sind ganz glossiert, die Pandekten mit Ausnahme zweier Stücke, die in den Handschriften fehlten und später aus den Basiliken ergänzt wurden (L. 7 § 5 bis L. 11 D. de bon. damn. 48, 20; L. 10—19 D. de interd. et releg. 48, 22). Im *Codez* fehlt die Glosse bei zahlreichen Konstitutionen, meist weil sie griechisch abgefaßt und wegen Unkenntnis der Sprache in den Handschriften ausgelassen waren. Sie sind seit dem 16. Jahrhundert aus den Basiliken und anderen griechischen Quellen tunlichst wiederhergestellt (*leges restitutae*). Die Novellen hatten die Glossatoren in doppelter Gestalt, erstens in einem lateinischen Auszuge aus 124 Novellen, den der Antezessor (Rechtslehrer) Julian noch zu Justinians Zeit angefertigt hatte (*Epitome Juliani*), zweitens in einer lateinischen Übersetzung von 134 Novellen (*Authenticum* genannt), von denen 96 glossiert waren. Nähere Nachweisungen über das Glossierte bei Rengerow I § 6 Anm. I, Arnolds § 2 Anm. 3.

1*) Man hielt es in der Rezeptionszeit (irrig) für das ältere, ursprünglich geltende Recht, das nur durch Statuten und Gewohnheiten abgeändert sei. So sagt z. B. die Publikation des Solmer Landrechts, daß sich „neben dem kaiserlichen Recht ein gemeiner unbeschriebener Landgebrauch eingeschlichen habe, welcher seit alten Zeiten gehalten werde“. Die Statuten und Gerichtsordnungen bezeichnen das röm. Recht daher oft geradezu als Ergänzung, und die *RRGD* von 1495 nennt es als Rechtsquelle neben den Ordnungen und Gewohnheiten.

V. Die Rezeption hat sich zwar nicht auf das Privatrecht beschränkt¹¹⁾, aber freilich für das öffentliche Recht nur einen weit geringeren Umfang erreicht. Die Verfassung des Reichs und der Territorien war schon so fest ausgeprägt und vom römischen Recht so abweichend, daß die anfangs allerdings angenommene subsidiäre Geltung des römischen Rechts praktisch nicht allzuviel bedeutete. Im 17. Jahrhundert aber wurde geradezu die Ansicht aufgestellt und schließlich herrschend, daß das römische Staatsrecht überhaupt nicht rezipiert sei. Stärker war sein Einfluß auf strafrechtlichem und prozessualen Gebiete.

§ 5. Anhang: Die römischen Rechtsquellen*).

I. Die Justinianische Gesetzgebung im ganzen.

1. Die Justinianische Gesetzgebung hat die zersplitterten, schwer übersehbaren römischen Rechtsquellen in brauchbarer Kürze zusammengestellt, dabei manche veraltete Unterschiede ausgeglichen und im Fluße befindliche Rechtsentwicklungen zum Abschluß gebracht. Sie hat dadurch die feste Form geschaffen, in der sich der geistige Gehalt des römischen Rechts durch Jahrhunderte erhalten und am Ende des Mittelalters eine zweite Weltherrschaft erringen konnte.

Sie ist keine einheitliche Verarbeitung des Rechts nach Art der heutigen Gesetzbücher, sondern in ihren Hauptteilen, Digesten und Kodex, nur eine Sammlung (Kompilation) im ganzen wörtlicher Auszüge aus Juristenschriften bzw. Kaiserkonstitutionen mit vielen, zum Teil durch die inzwischen eingetretene Fortbildung des Rechts gebotenen Abänderungen (Interpolationen). Beide Exzerptensammlungen sind in Bücher und Titel geteilt. Innerhalb der Titel sind im Kodex die einzelnen Konstitutionen nach dem Alter geordnet, während die Reihenfolge der einzelnen Pandektenfragmente nur als das unbeabsichtigte Ergebnis der Arbeitsteilung der Kompilatoren erscheint¹⁾.

2. Während die Glossatorenzeit und die zunächst folgenden Jahrhunderte dem Justinianischen Gesetzbuch übertriebene Verehrung erwiesen, haben seine formalen Mängel namentlich im 18. Jahrhundert ebenso scharfen Tadel gefunden. Heute erkennt man, daß eine wirkliche Neuformulierung die Kraft der justinianischen Zeit weit überstieg, daß also ein solches Unternehmen gerade den Hauptwert des römischen Rechts dauernd zerstört haben würde. Als wissenschaftliches Vorbild und als Schule der Rechtsanwendung wirkt das römische Recht eben deshalb, weil uns in der Kompilation die Geistesarbeit der römischen Juristen zu einem guten Teile nahezu unverändert erhalten ist. Wir hören ihre Gründe und Zweifel, erkennen ihre, der toten Einzelregel abgeneigte, stets auf das lebendige Recht gerichtete Denkweise, lernen von ihrer, nicht das Wort, sondern den wahren geistigen Inhalt entwidenden Auslegung der Gesetze und Geschäfte, von ihrem juristischen Takt und ihrer bewunderungswürdigen Kunst der Rechtsanwendung. Indem wir so nicht nur abstrakte Regeln und Begriffe empfangen, sondern an der gesamten Durchbringung und praktischen Verwertung des römischen Rechts teilnehmen, sind wir in den Stand gesetzt, das römische Recht und die römische Rechtswissenschaft, ohne uns ferner von ihr beherrschen

¹¹⁾ A. A. Savigny I §§ 1 u. 17; dagegen Wächter, *PrivR* 23 S. 434 ff.

* Krüger, *Gesch. der Quellen u. Literatur des röm. Rechts*, 1888; Ripp, *Gesch. der Quellen des röm. Rechts*, 4. Aufl., 1919.

¹⁾ Wie Bluhme, *Zeitschr. f. gesch. RW* 4 S. 256 ff., eben aus der Reihenfolge der Fragmente nachgewiesen hat, sondern die Kompilatoren die zu exzerptierenden Juristenschriften in drei Abteilungen, die man Sabinusmasse, Ediktmasse, Papinianmasse zu nennen pflegt, weil in ihnen die Sabinuskommentare, die Ediktcommentare und die Schriften zu Papinians Response die erste Stelle einnehmen. Die Schriften jeder Masse wurden von einer Abteilung der Kommission bearbeitet und die Exzerpte in die vorher aufgestellten Titelrubriken gesondert. Dann wurden die drei so gebildeten Exzerptreihen in den einzelnen Titeln aneinander gefügt, so daß jede innerhalb des Titels in der Regel ein Ganzes bildet. Gleichsam als vierte, jedoch viel kleinere Masse kam ein Appendix hinzu, der wohl die während der Arbeit noch beigebrachten Schriften enthält. Die Bluhmesche Ansicht ist lebhaft, aber mit nicht ausreichenden Gründen angefochten von Hofmann, *Die Komposition der Digesten Justinians*, 1900. Gegen Hofmann vgl. Hoffmann und Krüger, *Zeitschrift der Sav.-Stiftg.* 22 S. 1 ff., 12 ff.; Först, *Digesta in Paulus Realencyklopädie*.

zu lassen, zum tieferen Verständnis und zur freien Fortbildung des heutigen Rechts in neuer, selbstgeschaffener Form zu verwerten.

II. Die Teile des Corpus juris.

1. Die Institutionen, 4 Bücher, sind ein einleitendes Rechtslehrbuch und zugleich Gesetzbuch, das auf Anweisung Justinians von dem Quaestor sacri palatii (etwa Justizminister) Tribonian und zwei Antezessoren (Rechtslehrern) Dorotheus und Theophilus auf Grundlage der Institutionen des Gajus und unter Mitbenutzung ähnlicher Werke verfaßt wurde. Sie haben Gesetzeskraft v. 30. Dez. 533*).

2. Die Digesten oder Pandekten, der an Umfang und Wert hervorragende Teil, enthalten Exzerpte aus den Schriften von 39 Juristen, von denen 34 der Zeit der klassischen Jurisprudenz von Augustus bis Alexander angehörten. Ulpian hat $\frac{1}{2}$, Paulus $\frac{1}{6}$ des gesamten Stoffes geliefert; dann folgen Papinian, Pomponius, Gajus, Julianus, Modestinus usw. Außer der Haupteinteilung in Bücher und weiter in Titel (nur die Bücher 30, 31, 32 bilden umgekehrt zusammen einen Titel „de legatis et fideicommissis“) findet sich eine solche in 7 partes für Zwecke des Unterrichts.

Verfaßt sind die Digesten von Tribonian und einer nach kaiserlichem Auftrag von ihm gewählten Kommission (4 Professoren, 11 Advokaten, 1 Beamter), publiziert am 16. Dez. 533 mit Gesetzeskraft v. 30. Dez. 533.

Unter den Handschriften²⁾ steht die aus dem 6. oder 7. Jahrhundert stammende, in der Laurentianischen Bibliothek zu Florenz befindliche sog. Florentina (die Littera Pisana der Glossatoren, weil damals in Pisa) so sehr im Vordergrund, daß alle anderen nur sporadisch in Betracht kommen³⁾. Die übrigen (mit Ausnahme keiner älterer Fragmente) gehören der Zeit der Glossatoren an und werden Vulgathandschriften genannt. Sie stammen sämtlich von einer etwa im 11. Jahrhundert genommenen Abschrift der Florentina ab, die aber von Irnerius oder noch früher aus einer jetzt verlorenen, von der Florentina unabhängigen alten Handschrift korrigiert worden ist⁴⁾.

Von hervorragender Bedeutung für die Kritik der Digesten (auch der übrigen Teile des Corpus juris) sind ferner die Basiliken, das Gesetzbuch Leos VI. (886—911); denn sie geben den Inhalt von Digesten, Kobex und Novellen zwar nicht unmittelbar nach dem Corpus juris, aber doch nach eng anschließenden verkürzten Übersetzungen (sog. Indizes) byzantinischer Rechtslehrer des 6. und 7. Jahrhunderts wieder. Wo Basiliken und Florentina übereinstimmen, ist hohe handschriftliche Sicherheit gegeben. Aber auch eine Lesart der Vulgathandschriften erhält durch die Zustimmung der Basiliken nahezu den Wert einer selbständigen Handschrift⁵⁾, so daß innere Gründe über den Vorzug entscheiden müssen.

¹⁾ Über Handschriften u. Ausgaben vgl. Vorrede zu Krügers Institutionenausgabe und Krügers Quellengeschichte § 50 S. 371 ff., woselbst weitere Literaturangaben.

²⁾ Zum Folgenden vgl. besonders die Vorrede zu Mommsens Pandektenausgabe; Mommsen in Bekkers Jahrb. d. gem. R. 5 S. 407 ff.; Brinz I § 3.

³⁾ Sie enthält (von neueren wertlosen Korrekturen abgesehen) eine durchlaufende, nicht von den Schreibern der Handschrift, aber aus etwa gleicher Zeit stammende Korrektur, die den Text meistens entschieden verbessert (nur selten verschlechtert) und eine Reihe von Lücken in ungewisshafter echter Weise ausfüllt. Mommsen schließt daraus, daß dieser alten Korrektur noch eine zweite Handschrift zugrunde lag, die freilich, da einige größere Lücken unausgefüllt blieben, nicht vollständig gewesen sein kann. So hat uns die Florentina nahezu den Wert zweier uralter Handschriften erhalten.

⁴⁾ Gründe: Manche Fehler der Florentina kehren in den Vulgathandschriften wieder, daneben neue Fehler, die durch offensichtliches Mißverständnis richtiger Korrekturen der Florentina entstanden sind (Mommsens Pandektenausg. I p. LXVII); Lücken der Florentina finden sich auch in ihnen (z. B. in B. 48 Tit. 20 u. 22); ja selbst eine durch falsches Festsetzen zweier Blätter der Florentina entstandene verkehrte Ordnung der Fragmente ist beibehalten (auf L. 117 D. de reg. jur. 50, 17 folgen zunächst L. 158—199, was in allen Vulgathandschriften wiederkehrt, nur daß die Verschiebungen hier nicht mehr mit dem Anfang und Ende der Blätter zusammenfallen und der zerrissene Zusammenhang durch schülerhafte Verbesserungen notdürftig wiederhergestellt ist). Andererseits aber enthalten die Vulgathandschriften einzelne unverkennbar echte und zum Teil durch griechische Quellen bestätigte Verbesserungen und Lückenausfüllungen. Daß diese, wie Mommsen annahm, nur bis Buch 34 einschließlich reichen, dürfte nicht zutreffen.

⁵⁾ Das ergibt sich aus dem in der vorigen Anmerkung Gesagten.

Zu selbst bloße Konjekturen können bei Übereinstimmung der Basiliken eine große Wahrscheinlichkeit bieten, zumal wenn die Lesart der Florentina in sich als fehlerhaft erscheint oder die Fehlerquelle mit Wahrscheinlichkeit gezeigt werden kann.

Unter den Ausgaben steht die vorzügliche, auf einer neuen Vergleichung der Florentina und der besten Vulgathandschriften beruhende kritische Ausgabe von Mommsen, 2 Bde., Berlin 1890, so sehr im Vordergrund, daß die älteren Ausgaben fast nur literarhistorisches Interesse haben⁷⁾.

3. Der Codex enthält kaiserliche Konstitutionen von Hadrian (1) bis Justinian, und zwar aus der vorkonstantinischen Zeit vorwiegend Restripte, von Konstantin ab mehr *leges edictales*. Er zerfällt in 12 Bücher und weiter in Titel. In seiner ursprünglichen, im Jahre 529 publizierten Gestalt (Codex vetus) ist er uns nicht erhalten, sondern nur in einer weiteren, insbesondere durch 50 inzwischen ergangene Entscheidungen von Streitfragen vermehrten Redaktion (Codex repetitae praelectionis), die am 11. Nov. 534 veröffentlicht wurde mit Gesetzeskraft v. 29. Dez. 534. In den Handschriften⁸⁾ (von einem sehr alten Fragment abgesehen) fehlen die griechischen Konstitutionen (*graeca non leguntur*); sie sind seit dem 16. Jahrhundert aus griechischen Quellen dem Sinne nach wiederhergestellt, aber nicht rezipiert (*leges restituta*). Unter den Ausgaben ist bei weitem die beste die kritische Ausgabe von Krüger, Berlin 1877.

4. Die Novellen sind Spezialgesetze, die Justinian nach der Vollendung der eigentlichen Gesetzbücher erließ (535—565). Von den erhaltenen Novellensammlungen sind hervorzuheben:

a) Die sog. *Epitome Juliani*, eine lateinische, von dem Rechtslehrer Julian noch unter Justinian verfaßte Privatammlung von 124 Novellen im Auszuge.

b) Eine gleichfalls lateinische Sammlung von 134 Novellen, von denen 96 glossiert sind. Manche wollen in ihr eine offizielle Sammlung für das wiedereroberte Italien erblicken⁹⁾. Bei den Glossatoren heißt sie *Authenticum* oder *Liber Authenticorum* im Gegensatz zur *Epitome*, später wird der Name *Versio vulgata* üblich.

c) Eine griechische, im Abendlande erst im 16. Jahrhundert allgemeiner bekannt gewordene Privatammlung von 168 Nummern, zur Zeit Libers II, in Konstantinopel entstanden. Sie ist die Hauptgrundlage der neueren Ausgaben¹⁰⁾.

III. Verhältnis der Teile zueinander.

Im Fall eines Widerspruchs gehen natürlich die Novellen als die jüngeren Gesetze den übrigen Teilen vor, und unter den Novellen selbst hat die jüngere vor der älteren den Vorzug. Dagegen ist dem Codex, obgleich er ein Jahr jünger ist, vor den Pandekten und Institutionen kein unbedingter Vorzug zuzugestehen; denn Justinian hat bei der Publikation der Pandekten (in der *Const. Tanta*) ausdrücklich verordnet, daß die drei Teile seines Gesetzbuches ein Ganzes bilden und Institutionen und Pandekten die gleiche Geltung wie der Codex haben sollen. Freilich bezog sich die *Const. Tanta* ursprünglich auf den *Codex vetus*; allein sie ist auch in den neuen Codex aufgenommen (L. 2 C. de vet. jur.

⁷⁾ Zu nennen sind: die Ausgabe von Haloander, Nürnberg 1529 (vgl. Stinzing, *Gesch. d. d. RW* S. 180 ff.); die Ausgabe der *fratres Taurellii*, Florenz 1553, ein korrekter und schöner Abdruck der Florentina; die Pandekten in der Göttinger *Korpusjuris*-Ausgabe von Gebauer u. Spangenberg, 1776, in welcher eine Vergleichung der Florentina von Brenmann benutzt wurde.

⁸⁾ Hervorzuheben sind 40 restribierte Blätter eines der Florentina gleichaltrigen Codex, Stücke aus Buch 4—8, 11 und 12 enthaltend; ferner drei verkürzte Codizes der ersten 9 Bücher (sog. *epitomati*) aus dem 10. u. 11. Jahrhundert (in Pistoja, Paris und Darmstadt); endlich die Handschriften der Glossatoren, die auf den *epitomati* beruhen, aber aus anderen, nicht erhaltenen Codizes ergänzt und verbessert sind. Die drei letzten Bücher erscheinen erst in der Mitte des 12. Jahrhunderts und scheinen keine *epitomati* zur Grundlage zu haben. Vgl. Krüger, *Kritik des Just. Codex*, 1897, und die Vorrede zu Krügers *Codexausgabe*.

⁹⁾ So Zachariae v. Lingenthal, *Sitzungsber. d. Berl. Akad.* v. 1882, 2 S. 993 ff.; Karlowa, *RG* I S. 1021; dagegen Krüger, *G. d. Qu. d. R. R.* S. 357 Anm. 29; Conrat, *Gesch. d. Quellen* S. 133.

¹⁰⁾ Ausgaben von Zachariae v. Lingenthal 1881; Schöll (vollendet von Kroh) 1895.

enucl. I, 27), und hier muß sie auf den neuen Kodex bezogen werden. Widersprüche zwischen der drei ersten Teilen sind also lediglich nach allgemeinen Auslegungsgrundsätzen zu heben.

IV. Unter den Ausgaben sind hervorzuheben:

1. Die glossierten Ausgaben (letzte und beste von 1627, 6 Bde.). Sie enthalten sämtlich die Affursische Glosse und zerfallen entsprechend der von den Glossatoren beobachteten Einteilung in fünf Teile:

Digestum vetus. Buch 1 bis Buch 24 Tit. 2 der Pandekten.

Infortiatum. B. 24 Tit. 3 bis B. 38. Das Schlusstück des Infortiatum, mit den Worten tres partes in L. 82 D. ad leg. Falc. 35, 2 beginnend, wird „Tres partes“ genannt.

Digestum novum. B. 39 bis 50.

Codex, die ersten 9 Bücher des Kodex.

Volumen (parvum), die 3 letzten Bücher des Kodex (gewöhnlich tres libri genannt), ferner die glossierten Novellen und die Institutionen enthaltend.¹¹⁾

2. Von den nichtglossierten älteren Ausgaben sind die Gothofredischen Ausgaben mit Noten wegen der Angabe der Parallelstellen brauchbar, aber ihr Text ist minderwertig.

3. Von den neueren Ausgaben hat die Mommsensche 1877—1895, in der Mommsen die Digesten, Krüger Institutionen und Kodex¹²⁾, Schöll und nach dessen Tode Kroll die Novellen herausgegeben hat, alle anderen durch feinsichtsvolle Benutzung des gesamten kritischen Materials weit überholt.

§ 6. 3. Die Rezeption des kanonischen Rechts.*)

I. Unter kanonischem¹⁾ Recht verstehen wir das im Mittelalter von den kirchlichen Organen geschaffene Recht, besonders das Recht des Corpus juris canonici, da sich in dieser für die Anwendung maßgebenden Zusammenfassung das auf kirchlicher Autorität beruhende Recht abschloß.

Das kanonische Recht ist keineswegs ausschließlich Kirchenrecht. Es hat auch den Zivil- und Strafprozeß wesentlich umgestaltet, das Strafrecht beeinflusst und auf privatrechtlichem Gebiete eine Reihe von einzelnen Regeln geschaffen. Es ist nicht in sich selbständig abgeschlossen, sondern beruht auf dem römischen Recht, das es (in den einzelnen Rechtsgebieten in sehr verschiedenem Maße) abändert. Dem germanischen Recht steht es

¹¹⁾ Die Veranlassung der Einteilung der Digesten ist ungewiß. Am wahrscheinlichsten erscheint folgende, sich in der Hauptsache an einen Bericht des Odofredus (+ 1265) anschließende Vermutung. Man hatte anfangs zwei Bruchstücke einer Handschrift (einer Abschrift der Florentina, oben II), die man nach der verschiedenen Zeit ihres Erwerbes Digestum vetus und novum nannte (bestätigt wird dies dadurch, daß das Digestum vetus viel früher als das Dig. novum in der Literatur zitiert wird), ersteres in der schon angegebenen Ausdehnung, letzteres von den Worten „tres partes“ in L. 82 D. ad leg. Falc. 35, 2 bis zu Ende reichend. Als man später das fehlende Mittelstück aus der aufgefundenen Florentina ergänzt hatte, verstärkte man es durch das Stück „tres partes“, um die Teile einigermaßen auszugleichen und die Scheidung mitten im Satz zu vermeiden, und nannte das so verstärkte Mittelstück Infortiatum. (Auch hier dient die Tatsache, daß aus dem Infortiatum erst später als aus dem Dig. novum zitiert wird, zur Bestätigung.)

¹²⁾ Nach Mommsens Tode hat Krüger auch die Digesten neu bearbeitet und teils in den Text, teils in die Anmerkungen sehr zahlreiche Hinweisungen auf vermutliche Interpretationen aufgenommen.

*) Schulte, Gesch. d. Quellen u. Literatur des kanon. Rechts 3 Bde. (1875—80); Hirschius in Hopfendorfs Enzyklopädie I. Gesch. u. Quellen des kanon. Rechts; Süßler, Kirchenrechtsquellen §§ 12—18; Richter, Kirchenrecht §§ 54—59.

¹⁾ Canones, wörtlich Regeln, werden im Mittelalter die von der kirchlichen Autorität aufgestellten Regeln genannt.

im ganzen fremd, ja feindlich gegenüber, wenn es auch in einzelnen Beziehungen gleichwohl von germanischen Anschauungen beeinflusst ist²⁾.

II. Als Recht der Kirche galt das kanonische Recht zunächst in den geistlichen Gerichten mit ihrer weit über kirchliche Fragen hinausreichenden Zuständigkeit. Seine Rezeption auch in den weltlichen Gerichten beruht in der Hauptsache auf ähnlichen Gründen wie die des römischen und ist mit ihr gleichzeitig. Ja sie erfolgte leichter und anstandsloser als jene, teils weil das kanonische Recht als das modernere dem Bedürfnis in manchen Beziehungen mehr entgegenkam als das römische, teils weil es auf den deutschen Universitäten früher in ausgedehntem Maße gelehrt wurde³⁾.

III. Wo das kanonische Recht von dem römischen abweicht, geht in der Regel das kanonische als das jüngere vor; denn wenn beide auch gleichzeitig in Deutschland zur Geltung gelangten, so ist doch das kanonische als das jüngere rezipiert. Dies schließt aber nicht aus, daß bisweilen bei der Rezeption, die ja überhaupt mit mannigfachen Änderungen erfolgte, ein mit dem Bedürfnis nicht in Einklang stehender kanonischer Rechtsatz von der Rezeption ausgeschlossen und statt dessen ein römischer aufgenommen wurde. So ist z. B. das kanonische Zinsverbot nicht rezipiert, man ging vielmehr auf das römische Recht zurück.

IV. Das Corpus juris canonici enthält 4 Sammlungen: das Decretum Gratiani, die Dekretalen Gregors IX., den Liber sextus von Bonifaz VIII und die Clementinen.

1. Das Decretum Gratiani ist eine von einem Mönch Gratian, der zuerst in Bologna kanonisches Recht lehrte, wahrscheinlich zwischen 1139 und 1142 verfaßte systematische Zusammenstellung kirchlicher Rechtsquellen (zumal von Konzilienbeschlüssen und päpstlichen Verordnungen), welche durch kurze, von dem Verfasser herrührende Regeln und Schlußfolgerungen, die sog. dicta Gratiani, eingeleitet und verbunden sind, so daß die Rechtsquellen selbst als die Belegstellen dieses Textes erscheinen. Bezweckt war nicht nur eine übersichtliche Sammlung, sondern zugleich eine (scholastische) Lösung der Widersprüche, was auch der Titel „concordantia discordantium canonum“ andeutet. Das Werk als Ganzes hat nie Gesetzeskraft erhalten; rezipiert sind nur die aufgenommenen Beweisstellen (nicht die dicta Gratiani). Das Decretum besteht aus 3 Teilen. Der erste zerfällt in 101 Distinktionen, welche die einzelnen canones enthalten; der zweite erörtert 36 Rechtsfälle (causae), deren einzelne Rechtsfragen (quaestiones) die Unterabteilungen bilden und die einzelnen canones enthalten; der dritte, bei weitem kleinste Teil „de consecratione“ zerfällt in 5 Distinktionen⁴⁾.

2. Die Dekretalen Gregors IX. sind eine Zusammenstellung seit dem Dekret erlassener Dekretalen in 5 Büchern, die wieder in Titel zerfallen⁵⁾. Die Sammlung wurde im Jahre

²⁾ Solche haben z. B. auf das Benefizialwesen eingewirkt.

³⁾ Stobbe, Gesch. d. deutsch. Rechtsquellen II S. 134f.; Stinzing Bb. I S. 37f.

⁴⁾ Demgemäß zitiert man aus der ersten Pars: c. 1 D. 5 (lies: canon 1 Distinctio 5); aus der zweiten: c. 29 C. 17 qu. 4 (lies: canon 29 Causa 17 quaestio 4); aus der dritten: c. 1 D. 4 de consecratione. Da indessen die von der Buße handelnde 3. quaestio der Causa 33 wieder in 7 Distinktionen zerfällt, so zitiert man aus ihr einfach, folgendermaßen: c. 2 D. 4 de poenitentia.

⁵⁾ Den Inhalt der 5 Bücher gibt der Memorialvers an: Iudex, iudicium, clerus, connubia, crimina.

1234 durch Übersendung an die Universität Bologna publiziert und hat als Sammlung Gesetzeskraft⁶⁾.

3. Der Liber sextus von Bonifaz VIII., im Jahre 1298 durch Übersendung an die Universitäten Bologna und Paris publiziert, bildet eine Ergänzung der 5 Bücher der Gregorianischen Sammlung, was der Name andeutet. Die Einteilung in die 5 Bücher, Titel und Canones ist die gleiche⁷⁾.

4. Die sog. Clementinen, eine von Clemens V. aus Beschlüssen des Konzils zu Siene (1311) und eigenen Dekretalen zusammengestellte Sammlung in 5 Büchern, die von seinem Nachfolger Johann XXII. durch Übersendung an die Universitäten Bologna und Paris im Jahre 1317 publiziert wurde.⁸⁾

V. Mit diesen 4 Sammlungen schließt das in Deutschland rezipierte Corpus juris ab (Corp. jur. canonici clausum). Spätere (den Ausgaben angefügte) Sammlungen, nämlich die Extravagantes Johannis XXII. und die Extravagantes communes sind nicht rezipiert.

Erheblichen Einfluß auf die Ausbildung des Eherechts haben die Beschlüsse des Tridentinischen Konzils (1545—63) ausgeübt; allein zu gemeinrechtlicher Geltung sind sie nicht gelangt.

VI. Neuerdings ist das kanonische Recht neu kodifiziert, aber nur das innere Kirchenrecht, das die Verhältnisse der Kirche zu ihren Mitgliedern und der Mitglieder untereinander regelt. Auf diesem Gebiete ersetzt dieser Codex juris canonici Pii X. alle katholischen kirchlichen Verordnungen, promulgiert Pfingsten (27. Mai) 1917. Der Kodex zerfällt in 5 Bücher. Für das Privatrecht kommt er nicht in Betracht.

§ 7. 4. Das gemeine Recht bis zur Gründung des Norddeutschen Bundes.

I. Nach der Rezeption der fremden Rechte beruht die Fortentwicklung des gemeinen Rechts wesentlich auf Gewohnheitsrecht, das sich besonders in dem von der Wissenschaft stark beeinflussten Gerichtsgebrauch offenbart. So entstand der römische, kanonische und deutsche Recht verbindende usus modernus pandectarum, der nicht nur das römische Recht und die in Geltung gebliebenen deutschrechtlichen Institute fortbildete, sondern auch manche neue ins Leben rief (Verschollenheit, Auslobung, Verträge zugunsten Dritter, Erbverträge usw.).

Die Schöpfungen dieses Gewohnheitsrechts werden für die ältere Zeit am besten aus den Schriften der Praktiker des 17. und 18. Jahrhunderts erkannt, für die neuere aus den später anzuführenden Sammlungen oberster richterlicher Urteile; unter Umständen können aber auch innerlich übereinstimmende Vorschriften der Partikulargesetzgebungen, ferner Rechtsgeschäfte und andere Äußerungen des Rechtslebens genügenden Anhalt für das Vorhandensein eines Gewohnheitsrechts gewähren, zumal wenn ältere deutschrechtliche Anschauungen und das Verkehrsbedürfnis diese Annahme unterstützen.

II. Die Reichsgesetzgebung ist in dieser die Zentralgewalt des Reichs allmählich auflösenden Zeit gleichwohl auf dem Gebiete des Staats-

⁶⁾ Da sie alle neben dem Dekret in Kraft bleibenden Dekretalen enthielt, so nannte man sie den Liber extra (sc. decretum), woraus sich die Zitierweise erklärt: c. 5 X (lies: extra) de praescriptionibus (Titelüberschrift) 2, 26.

⁷⁾ Zitierweise: c. 2 in Vito de lit. contest. 2, 3.

⁸⁾ Zitierweise: Cl. 2 (lies: Clementina 2) de jud. 2, 1.

rechts nicht untätig gewesen, wie der ewige Landfrieden (1495), der Augsburger Religionsfrieden (1555), der Westfälische Frieden (1648) und manche Gesetze über Kreisverfassung, Münz- und Heerwesen zeigen. Auch der Prozeß ist durch die Reichskammergerichtsordnungen und den jüngsten Reichsabschied (1654) erheblich fortgebildet, und Strafrecht und Strafprozeß haben durch die peinliche Gerichtsordnung Karls V., die sog. Carolina (1532), eine feste Grundlage erhalten. Das Privatrecht aber ist nur sehr wenig gefördert, ja fast nur gelegentlich in hauptsächlich öffentlich-rechtlichen Gesetzen berührt.

Die für das Privatrecht in Betracht kommenden Reichsgesetze sind:

1. die Notariatsordnung (ND) Maximilians I. vom Jahre 1512 (sie enthält über die Form der Testamente einige wichtige Vorschriften);
2. eine Reihe von Reichsabschieden (RA), zumal der Reichsabschied von Speier 1529 (in dem sich eine Bestimmung über das Erbrecht der Geschwisterkinder findet) und der jüngste Reichsabschied von 1654 (ZMA);
3. die Reichspolizeiordnungen (RPD) von 1530, 1548 u. 1577 (die wesentliche Veränderungen des Vormundschaftsrechts herbeigeführt haben);
4. die peinliche Gerichtsordnung Karls V. (POD oder CCC, d. h. Constitutio Criminalis Carolina), gegeben in Regensburg 1532;
5. die Kammergerichtsordnungen, zumal die erste von 1495 und die letzte von 1555.

III. Böllig mangelt die gemeinsame Gesetzgebung nicht nur in der napoleonischen Zeit, als kein staatliches Band die früheren Reichsteile zusammenhielt, sondern auch in dem nach den Befreiungskriegen unter den deutschen Staaten geschlossenen Deutschen Bunde (1815—1866); denn diesem fehlte eine unmittelbar über die Bevölkerung herrschende Zentralgewalt und folgeweise das Gesetzgebungsrecht. Er war nur ein Bund der Regierungen (und Staaten); am Bundestage konnte also höchstens der Erlaß von Gesetzen übereinstimmenden Inhalts vereinbart werden, während der wirkliche Erlaß dieser Gesetze lediglich den einzelnen Bundesstaaten zukam.

In dieser Weise sind die Allgemeine deutsche Wechselordnung von 1848 und das Allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch von 1861 entstanden (die erstere allerdings nach einer vorgängigen Publikation durch die Reichsgewalt des Jahres 1848). Gemeines Recht haben sie demnach damals nicht begründet, sondern nur tatsächlich gemeinsames, für die verschiedenen Teile auf besonderen Gesetzgebungsakten beruhendes, sog. allgemeines oder gemeinsames Recht. Doch sind sie später durch norddeutsches Bundesgesetz v. 5. Juni 1869 zum Bundesgesetz und durch das Gesetz betr. die Verfassung des Deutschen Reiches v. 16. April 1871 § 2 zum Reichsgesetz erhoben.

5. Die Partikularrechte.

§ 8. Stadtrechte und Landrechte.

Die aus der Rezeption des römischen Rechts sich ergebende mannigfache Mischung fremder und einheimischer Rechtselemente und die, teils hieraus, teils aus der Verschiedenheit des bestehen gebliebenen Partikularrechts hervorgehende Rechtsunsicherheit erforderte dringend eine Feststellung des Rechts in greifbarer Form. Bei der Untätigkeit der Reichsgesetzgebung schiefen daher

überall partikuläre Rechtsbildungen empor, die (entsprechend dem aus der Rezeption erwachsenen Rechtszustande) vorwiegend auf römischem Rechte beruhen, daneben aber (namentlich auf dem Gebiete des Familien- und Erbrechts) auch deutsches Recht enthalten, für das besonders die vor der Rezeptionszeit entstandenen Stadtrechte und Landesordnungen einen Anhalt boten.

So entstanden die Stadtrechte des 16. und 17. Jahrhunderts und die Landrechte des 16. bis 18. Jahrhunderts, die übrigens den Stoff nicht zu erschöpfen streben, sondern meist nur für die untergerichtliche Praxis und das Leben des gemeinen Mannes besonders wichtigen Gebiete ordnen wollen¹⁾ und sämtlich die subsidiäre Geltung des römischen Rechts anerkennen.

1. Unter den Stadtrechten sind besonders wichtig die sog. Reformationen (der Stadtrechte), welche unter Anerkennung der subsidiären Geltung des römischen Rechts namentlich das Privatrecht darzustellen unternehmen. Sie verbinden deutsches und römisches Recht und sind insofern Vorläufer der modernen Gesetzbücher.

Hervorzuheben sind:

die Nürnberger Reformation von 1479 als die erste achtungswürdige systematische Verarbeitung deutschen und fremden Rechts, die (namentlich in ihrer letzten Redaktion von 1564) weiten Einfluß gewann;

das sog. revidierte Lübbische Recht von 1586, das auch in Pommern rezipiert wurde;

die Wormser Reformation von 1498;

die neueren²⁾ Frankfurter Reformationen von 1578 u. 1611, das umfassendste stadtrechtliche Gesetzbuch, das in 10 Teilen den Prozeß, das Privatrecht und das Strafrecht auf deutsch-römischer Grundlage darstellt;

die Hamburger Statuten von 1603;

und die Lüneburger Reformation 1577—83.

2. Von den Landrechten beschränken sich einige auf Feststellung deutscher Gewohnheitsrechte, die meisten aber wollen unter Mitbenutzung des römischen Rechts eine Feststellung des Rechtszustandes überhaupt herbeiführen.

Die wichtigsten unter den letzteren sind:

die Solmscher Gerichts- und Landesordnung von 1577³⁾, die bis 1900 in Teilen beider Hessen und des Frankfurter Gebietes galt;

das württembergische Landrecht von 1555, 1567 und in letzter Bearbeitung von 1610; die kurfürstlich-sächsischen Konstitutionen von 1572 mit dazu erlassenen Dekretionen von 1661 und 1746, welche Rechtsquellen in Sachsen bis zum Jahre 1866 galten;

die Gerichts- und Landesordnung für Nassau von 1616, wesentlich römisch;

das Landrecht des Herzogtums Preußen von 1620, revidiert 1684 u. 1721;

endlich das bayerische Landrecht von 1616 und namentlich der von Fr. v. Kreittmayr verfaßte Codex Maximilianus bavaricus civilis von 1756, ein ziemlich umfassendes Gesetzbuch, das aber doch die subsidiäre Geltung des römischen Rechts anerkennt und auch die Partikularrechte zum großen Teil bestehen läßt.

¹⁾ Sie beschränken sich daher meist in der Hauptsache auf den Prozeß und die Gerichtsverfassung; vom Privatrecht auf Kontrakte, Testamente, eheliches Güterrecht, Intestaterbrecht und Vormundschaft; außerdem auf Strafrecht und Polizei.

²⁾ Es gab auch eine ältere von 1509.

³⁾ Verfaßt von dem Frankfurter Syndikus Dr. Johann Richard, von dem auch die Frankfurter Reformation von 1578 herrührt.

§ 9. Landesgesetzliche Kodifikationen.

Im 18. Jahrhundert, zumal seit Friedrich dem Großen, war das Deutsche Reich tatsächlich in eine Anzahl selbständiger Staaten aufgelöst, die nur ein schwaches staatliches Band mehr scheinbar als wirklich zusammenhielt, bis auch dieses (im Beginn des 19. Jahrh.) zerrissen wurde. Mit der Selbständigkeit aber waren auch die gesetzgeberischen Aufgaben der Staaten erweitert. Es genügte nicht mehr, nach Art der bisherigen Landrechte die partikulären Abweichungen vom gemeinen Rechte zusammenzufassen und die für das Leben des gemeinen Mannes besonders wichtigen Verhältnisse zu ordnen: der souveräne Staat hatte das gesamte Recht brauchbar zu gestalten und die mannigfachen Unterschiede des römischen und deutschen, des gemeinen und partikulären, des Stadt- und Landrechts entsprechend der straffen staatlichen Einheit auszugleichen. Seit der Mitte des 18. Jahrhunderts erwacht daher in den größeren Staaten das Streben, das Recht zu kodifizieren, das heißt es in einheitlichen, mit Ausschluß anderer Rechtsquellen geltenden Gesetzbüchern zusammenzufassen. Den Anfang machte Preußen.

I. Das preußische Landrecht. Schon im Jahre 1746 hatte Friedrich der Große den Großkanzler v. Cocceji mit der Abfassung eines „bloß auf die Vernunft und die Landesverfassung gegründeten“ Gesetzbuchs beauftragt, das an die Stelle des „lateinischen und ohne Ordnung kompilierten römischen Rechts“ treten sollte; allein dieser Versuch war an der Unzulänglichkeit des fast ausschließlich auf naturrechtlich-romanistischer Grundlage von Cocceji hergestellten Werkes gescheitert. In der Kabinettsorder v. 14. April 1780 an den Großkanzler v. Carmer griff daher der König auf das geschichtlich Gegebene zurück und gab den doppelten Befehl, einerseits das besondere Recht der einzelnen Provinzen in Provinzialgesetzbüchern zu sammeln, andererseits auf Grundlage des Corpus juris und der einheimischen Gesetzgebung unter Ausschreibung alles Veralteten sowie des mit dem Naturrecht nicht Vereinbaren oder Unnützen ein subsidiarisches Gesetzbuch herzustellen. Carmer selbst übernahm den Vorsitz der von ihm gebildeten Kommission, als deren geistiges Haupt sich bald Karl Gottlieb Svarez¹⁾ herausstellte. Neben dem römischen wurde deutsches Recht, namentlich der Sachsenspiegel, Magdeburger und Lübisches Recht benutzt. Der Entwurf wurde in den Jahren 1784—1788 in 6 Stücken veröffentlicht und nach einer Umarbeitung zuerst am 20. März 1791 als „Allgemeines Gesetzbuch für die preussischen Staaten“

¹⁾ Geboren zu Schweidnitz 27. Jan. 1746, gestorben als Geh. Obertribunalsrat und Mitglied der Gesetzkommission in Berlin 14. Mai 1798. Vgl. namentlich Stölzel, Karl Gottlieb Svarez, 1885. Neben Svarez hat sich auch Ernst Ferdinand Klein um das Gesetzbuch verdient gemacht.

und dann nach einer Suspension und Revision als „Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten“ am 5. Februar 1794 von neuem publiziert. Es erlangte am 1. Juni 1794 Gesetzeskraft. Zur Kodifikation der Provinzialrechte dagegen kam es nur für Ostpreußen (1801 und 1802) und Westpreußen (1844).

1. Um den Übergang milder zu gestalten, waren anfangs die drei ersten Titel des II. Teils, welche das Ehe- und Familienrecht einschließlich des Familienerbrechts enthalten, bis zur Feststellung der Provinzialrechte insoweit suspendiert, als sie unstreitig geltendem römischen oder sächsischen Recht direkt widerstritten; allein diese Suspension wurde allmählich fast überall (mit Ausnahme der Kurmark, Neumark und des Rottbuser Kreises) beseitigt und ist auch, wo sie bestehen blieb, durch die Praxis in ihrer Bedeutung verringert. Dieselben Teile und einige andere Vorschriften des Landrechts sind in dem größten Teil der Provinz Westfalen nicht zur Geltung gelangt.

2. Das Gesetzbuch besteht aus 2 Teilen, die in 23 Bz. 20 Titel und mehr als 17000 Paragraphen zerfallen. Das System steigt (nach Pufendorf's Vorgang) von den Einzelpersonen zur Familie, Standesgemeinschaft, Kirche und Staat auf, zeigt aber erhebliche Mängel, wie es denn z. B. Obligationen- und Erbrecht bei den Erwerbsgründen des Eigentums behandelt. Geradezu fehlerhaft ist die Zurückdrängung allgemeiner Prinzipien und Begriffe und das Streben, das Recht in Einzelregeln aufzulösen, die alle Kontroversen verhindern und der wissenschaftlichen Behandlung alle Freiheit entziehen sollen und dabei doch nicht den Einzelfall zu erfassen imstande sind. Neben diesen Mängeln aber stehen auch erhebliche Vorzüge: gesunder praktischer Sinn, Lebensbeobachtung und Billigkeitsgefühl, Berücksichtigung deutschrechtlicher Anschauungen und leichtverständliche, durchweg deutliche Ausdrucksweise. Als der erste Versuch, das gesamte durch den Gerichtsgebrauch veränderte römische und das deutsche Recht in gesetzlicher Form festzustellen, zu einer Einheit zu verschmelzen und so auch das ursprünglich Fremde uns ganz zu eigen zu machen, hat es eine nicht zu unterschätzende nationale Bedeutung.

3. Das Gesetz hob das gemeine Recht auf, ließ aber die Partikularrechte bestehen, die indessen durch das tatsächliche Übergewicht des geschriebenen Rechts allmählich zurückgedrängt wurden. Wo jedoch während der napoleonischen Zeit der Code gegolten und die Partikularrechte beseitigt hatte, wurden diese nicht wiederhergestellt, galt also das Landrecht in erster Linie.

4. Am Ende des 19. Jahrhunderts galt es in den 7 östlichen preußischen Provinzen außer Neuvorpommern und Kügen; in der Provinz Westfalen und einigen niederrheinischen Kreisen (Rees, Essen, Duisburg); in den vor 1815 preußischen Teilen der Provinz Hannover (Ostfriesland, Lingen und einem Teile des Eichsfeldes); in den bayerischen Fürstentümern Anspach und Bayreuth sowie in den früher erfürstlichen Distrikten des Großherzogtums Weimar.

II. Das österreichische Gesetzbuch. Auch in Oesterreich scheiterten die ersten von Maria Theresia und Josef II. gemachten Entwürfe eines gemeinsamen Gesetzbuchs. Unter Leopold II. und Franz II. wurde jedoch ein neuer Entwurf ausgearbeitet und nach mehrfacher Begutachtung und einer eingehenden Revision am 1. Juni 1811 als „Allgemeines Gesetzbuch für die gesamten Erbländer der österreichischen Monarchie“ publiziert mit Gesetzeskraft vom 1. Jan. 1812. Das Gesetzbuch ist während des Krieges durch drei Teilnovellen verändert und gilt gegenwärtig nur noch in der Republik Oesterreich und der tschechoslowakischen Republik.

Das Gesetzbuch zerfällt in 3 Teile und 1502 fortlaufend gezählte Paragraphen und enthält nur das allgemeine Privatrecht mit Ausschluß der auf bestimmte Lebenskreise oder Personklassen bezüglichen Teile (Spezialrechte). Es ist kurzgefaßt, übersichtlich und klar, aber vielfach dürftig und steht wesentlich auf römischrechtlicher Grundlage, obgleich als ver-

meintliches Naturrecht doch auch einiges deutsche Recht Eingang gefunden hat. Der bestimmende Geist für den Inhalt des Gesetzbuchs war Franz Moys v. Beiller, anfangs Naturrechtslehrer an der Wiener Universität, später Mitglied der Hofkommission für Gesetzgebungssachen, von Kaiser Franz 1811 als der „Verfasser des bürgerlichen Gesetzbuchs“ bezeichnet. Es hebt nicht nur das gemeine Recht, sondern auch die Partikularrechte auf.

III. Der Code Napoléon. Die Kodifikation des französischen Privatrechts wurde, nachdem ein früherer Entwurf im Nationalkonvent gescheitert war (1793), von Napoleon als erstem Konsul wieder begonnen (1800) und das rasch hergestellte und dann mehrfach revidierte Gesetzbuch am 20. März 1804 als „Code civil des Français“ und dann wiederholt im Jahre 1807 als „Code Napoléon“ publiziert.

1. Der Code zerfällt in 3 Bücher, Titel und 2281 fortlaufend gezählte Artikel und enthält eine Verschmelzung des in den südlichen Provinzen geltenden, vorwiegend römischen *droit écrit* mit dem im nördlichen und mittleren Frankreich geltenden, mehr germanischen *droit coutumier*, weshalb er an germanischen Rechtselementen in manchen Beziehungen reicher ist als die anderen Gesetzbücher der Zeit. Durch seine gefällige, klare und präzise Fassung, besonders aber wegen der Durchführung voller Rechtsgleichheit und der Beseitigung aller feudalen Reste hat das Gesetzbuch auch in den nichtfranzösischen Ländern, in denen es Geltung erlangte, warme Anerkennung gefunden.

2. In Deutschland galt es bis 1900 in allen linksrheinischen Teilen, also in dem größeren Teil der Rheinprovinz, dem zu Oldenburg gehörigen Fürstentum Birkenfeld, in Rheinhessen, der bayerischen Pfalz und Elsaß-Lothringen, auf dem rechten Rheinufer nur in den dortigen Teilen des ehemaligen Herzogtums Berg. Es hebt nicht nur das gemeine Recht, sondern, von besonderem Vorbehalt abgesehen, auch die Partikularrechte auf.

IV. Das badische Landrecht. In Baden wurde (nachdem seit 1808 der Code gegolten) im Jahre 1809 eine Übersetzung des Code mit Zusätzen, die bei den betreffenden Artikeln eingefügt sind, als „badisches Landrecht“ eingeführt. Das Gesetzbuch hebt wie der Code gemeines Recht und Partikularrechte auf.

V. Das sächsische Gesetzbuch. Auf Grund einer durchgreifenden Umarbeitung eines Entwurfs der Jahre 1851 und 1852 wurde das „Bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen“ am 2. Jan. 1863 veröffentlicht und trat am 1. März 1865 in Kraft. Es beruht auf der gemeinrechtlichen Wissenschaft seiner Zeit und dem älteren sächsischen Recht und behandelt in 2620 Paragraphen das Privatrecht mit Ausschluß mancher Spezialrechte. Es hebt das gemeine Recht und die Partikularrechte auf.

§ 10. 6. Die Gesetzgebung des Norddeutschen Bundes und des Deutschen Reiches.

Die Gründung des Norddeutschen Bundes und dessen Zusammenschluß mit den süddeutschen Staaten zum Deutschen Reich gab uns mit der Einheit und Wehrhaftigkeit des Reichs auch eine Zentralgewalt mit dem Recht unmittelbarer Gesetzgebung für das ganze Reich. Zwar beschränkte die Verfassung des Norddeutschen Bundes vom 1. Juli 1867 und ebenso ursprünglich die Reichsverfassung vom 16. April 1871 dieses Gesetzgebungsrecht, was

das Privatrecht betrifft, auf das Obligationenrecht, Handels- und Wechselrecht. Allein infolge eines fünfmal wiederholten Antrages „Miquel-Laster“ wurde die Kompetenz des Reichs auf das gesamte bürgerliche Recht ausgedehnt durch das Gesetz vom 20. Dez. 1873 betr. die Abänderung des Art. 4 Nr. 13 der Reichsverfassung.

Das Menschenalter seit der Gründung des Norddeutschen Bundes war eine Periode gesetzgeberischer Tätigkeit, wie sie bis dahin nur Frankreich in der auf die große Revolution folgenden napoleonischen Zeit erlebt hatte. Nicht nur das Staatsrecht des Reichs, sondern auch Gerichtsverfassung und Prozeß, Gewerberecht und Arbeiterversicherung wurden teils neu geschaffen, teils auf mehr oder weniger neue Grundlagen gestellt, und am Schluß des Jahrhunderts wurde durch das Bürgerliche Gesetzbuch und seine Nebengesetze das gewaltige Werk einer einheitlichen Privatgesetzgebung in der Hauptsache vollendet.

Aber auch schon vor diesem im folgenden zu besprechenden Hauptgesetze haben zahlreiche Reichsgesetze in das Privatrecht eingegriffen, teils solche von ausschließlich oder doch vorwiegend privatrechtlichem Inhalt, teils in der Hauptsache dem öffentlichen Recht angehörend, aber das Privatrecht mit berührend.

III. Das bürgerliche Gesetzbuch und seine Nebengesetze.

§ 11. Vorgeschichte und Bedürfnis*).

I. Schon in der Zeit der Rechtsbücher war das Streben nach einheitlichem Recht deutlich hervorgetreten, und die Rezeption des römischen Rechts hatte dieses Bedürfnis zwar zunächst befriedigt, aber bald nur um so zahlreichere partikuläre Rechtsbildungen hervorgerufen, die das fremde Recht mit den heimischen Anschauungen in Einklang zu bringen suchten. In der wachsenden Rechtszersplitterung wies zuerst der Begründer der deutschen Rechtsgeschichte Conring¹⁾ (Professor in Helmstedt) und nach ihm Leibniz auf die Bedeutung eines gemeinsamen Gesetzbuchs hin, jedoch ohne nachhaltige Wirkung; vielmehr wurde das Recht durch Stadt- und Landrechte und später durch die größeren und deshalb für die Rechteinheit doppelt gefährlichen Modifikationen stets tiefer gespalten. Es ist ein Verdienst der deutschen Wissenschaft, zumal der deutschen Universitäten, gleichwohl den Einheits-

*) Thibaut, Über die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland, 1814; Savigny, Vom Verfall unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, 1814 (1828, 1840, 1892); Fitting, RivA 54 S. 263ff. (schlägt Spezialgesetzgebung vor); Büchel, daselbst 55 S. 145ff.; Sohn in Grünhuts Zeitschr. I S. 245ff.; Schwarzh, BürgA I S. 1ff.

¹⁾ Über die Notwendigkeit eines allgem. bürgerl. Rechts für Deutschland, 1643.

gedanken stets aufrecht erhalten zu haben, indem sie fast ihre ganze Arbeit der Pflege des gemeinen Rechts zuwandten. Freilich sind darüber die Landesrechte oft allzusehr vernachlässigt worden.

II. Der nationale Aufschwung der Freiheitskriege gab den Einheitsbestrebungen neues Leben. Mit patriotischer Wärme forderte der Heidelberger Rechtslehrer Thibaut 1814 ein gemeinsames Gesetzbuch als unermesslichen Gewinn für die tiefere Rechtsbildung der Zeit wie für das Glück der Bürger und als ein bedeutendes Gegengewicht gegen die politische Zersplitterung. Er fand begeisterte Zustimmung.

Aber mit überlegener Kraft trat ihm Savigny in seinem berühmten Buche „vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft“ entgegen. Er erkannte zwar die Bedeutung eines gemeinsamen Gesetzbuchs für die Einheit der Nation an, bekämpfte aber den Erlaß eines solchen für die damalige Zeit hauptsächlich aus drei Gründen: weil Preußen und Oesterreich doch nicht auf ihre eben geschaffenen Gesetzbücher verzichten würden, also die Einheit des Rechts nicht erreicht, die einheitliche deutsche Rechtswissenschaft aber zerstört werden würde; weil der Zeit die Fähigkeit zu einem guten Gesetzbuch fehle, wie schon das Fehlen jedes auch nur erträglichen Lehrbuchs der Pandekten beweise; und weil eine brauchbare Rechtssprache noch mangle.

Diese Gründe, von denen übrigens nur der erste als durchschlagend anzuerkennen ist, sind längst weggefallen; auch ist die Überschätzung gewohnheitsrechtlicher Entwicklung, welche den Savignyschen Ausführungen im übrigen zugrunde liegt, einer richtigen Würdigung der freien Tat der Gesetzgebung gewichen.

Die Kodifikationsbestrebungen waren denn auch keineswegs endgültig besiegt, wenn sie sich auch zunächst nur in den Einzelstaaten geltend machten.

Von diesen strebten namentlich Preußen, Bayern, Sachsen, Hessen nach neuen Gesetzbüchern. Allein nur Sachsen brachte ein solches zum Abschluß (1863, oben § 9 V), jedoch nur für sich selbst, nicht auch, wie anfangs beabsichtigt, für die thüringischen Staaten.

In Preußen geriet die Abfassung eines preußischen bürgerlichen Gesetzbuchs 1842 nach 31-jähriger Arbeit ins Stocken.

In Bayern wurde seit 1854 und erneut seit 1858 an einem Entwurfe gearbeitet, von dem einzelne Teile, namentlich Obligationen- und Sachenrecht, in den Jahren 1860 und 64 veröffentlicht, aber nicht Gesetz wurden.

In Hessen wurden in den 40er und 50er Jahren Teilentwürfe veröffentlicht.

III. Den Ruf nach einem deutschen Zivilgesetzbuch erhob zuerst wieder die deutsche Nationalversammlung, indem sie in ihrer am 28. März 1849 verkündeten Verfassung neben anderen Gesetzbüchern ein solches über bürgerliches Recht forderte (§ 64). Allein dem wiederhergestellten Deutschen Bunde fehlte schon die Möglichkeit der Erfüllung dieser Wünsche. Er konnte nur die einzelnen Bundesstaaten zum Erlaß gleichlautender Gesetze veranlassen,

und so sind, wie wir gesehen haben (oben § 7 III), die allgemeine deutsche Wechselordnung und das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch (übrigens treffliche Gesetze) entstanden. Auch die Herstellung eines gemeinsamen Obligationenrechts wurde vom Bunde — freilich gegen Preußens Protest²⁾ — beschlossen und in Dresden eine Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs niedergesetzt. Die Kommission beendete ihr Werk, den sog. „Dresdener Entwurf“ unmittelbar vor Auflösung des Bundes im Jahre 1866³⁾.

IV. Das Deutsche Reich hat sich alsbald nach seiner Wiedererrichtung der großen nationalen Aufgabe der Rechtseinigung zugewandt. Zwar galt es zunächst, das in der mangelnden Zuständigkeit der Reichsgesetzgebung liegende Hindernis zu beseitigen; aber nachdem dies geschehen (oben § 10), begannen sogleich die Vorarbeiten für den Erlass eines Bürgerlichen Gesetzbuchs.

Die hohe Bedeutung eines solchen für Volk und Staat ist jetzt allgemein anerkannt. Ein einiges Volk bedarf einheitlichen Rechts; denn das Recht ist nächst der Sprache vielleicht das stärkste der nationalen Bande; zumal gilt dies vom Privatrecht, das als Ordnung unserer Familien- und Vermögensverhältnisse unser ganzes Leben durchbringt.

Das geltende Recht Deutschlands litt an unsäglicher Zersplitterung; es schied sich in die großen Gebiete des gemeinen, preussischen, französischen, bairischen, sächsischen Rechts, und die Gebiete des gemeinen und des preussischen Rechts waren zudem von einer unübersehbaren Menge von Partikularrechten, hunderten an der Zahl, überwuchert. In einer Stadt galten nicht selten mehrere Rechte, und die Grenzen waren oft kaum noch zu erkennen.

Das deutsche Volk kannte sein Recht nicht, weder das lateinische Corpus juris, noch den französischen Code, noch das preussische Landrecht mit seinen 17000 Paragraphen. Ein deutsches Gesetzbuch mäßigen Umfangs kann ihm im Laufe der Jahrzehnte die Rechtskunde zurückgeben. Nur ein Volk, das sein Recht kennt, kann es lieben und wird es mit seiner ganzen Kraft gegen äußere und innere Feinde verteidigen.

Auch die Wissenschaft bedurfte der gemeinsamen Grundlage. Bisher hatte sie sich ganz vorwiegend nur dem gemeinen Rechte zugewandt und sich mehr als gut auf die geschichtliche und begriffliche Klarlegung des Gewordenen beschränkt, dagegen dem werdenden Rechte, der Gesetzgebung, wenig Arbeit gewidmet. Schon mit der Publikation des ersten Entwurfs des bürgerlichen Gesetzbuchs war darin ein erfreulicher Wandel eingetreten.

Solange sich die Praxis vorwiegend mit der Anwendung der Partikularrechte, die Wissenschaft mit der Pflege des gemeinen Rechts beschäftigte, war eine Wechselwirkung beider aufeinander nur in beschränktem Maße möglich. Das Bürgerliche Gesetzbuch gibt beiden die gemeinsame Grundlage und verbindet die vorher einander allzusehr entfremdeten in gemeinsamer Arbeit.

²⁾ Als Grund wurde die Inkompetenz des Bundes und die Beeinträchtigung der Kammern angegeben; hauptsächlich bestimmend aber waren wohl die Pläne des Prem.-Ministers v. Bismarck auf Umgestaltung der Bundesverfassung, denen diese an sich dankenswerte Tätigkeit des Deutschen Bundes nicht erwünscht sein konnte.

³⁾ Am 13. Juni. Am 14. Juni brach der Bund zusammen.

§ 12. Abfassung und Gestalt*). Einwirkung auf fremde Rechte.

I. Am 28. Februar 1874 wurde eine Kommission von fünf angesehenen Juristen¹⁾ beauftragt, über Plan und Methode der Aufstellung eines Gesetzentwurfs für das bürgerliche Recht sich gutachtlich zu äußern.

Wesentlich nach den Vorschlägen dieser sog. „Vorkommission“ beschloß dann der Bundesrat am 22. Juni 1874, eine Kommission von 11 Mitgliedern²⁾ zur Ausarbeitung des Entwurfs zusammenzurufen mit der Aufgabe, das in Deutschland geltende Privatrecht auf seine Zweckmäßigkeit, innere Wahrheit und Folgerichtigkeit zu untersuchen, Abweichungen zumal der größeren Gesetzgebungen von der römisch-deutschen Grundlage auf ihre Berechtigung zu prüfen, womöglich einen Ausgleich zu versuchen und so einen zusammenhängenden, den Anforderungen der modernen Wissenschaft entsprechenden Entwurf herzustellen. Unter dem Vorsitze des Präsidenten des Oberhandelsgerichts Pape ordnete die Kommission im September 1874 ihren Arbeitsplan und übertrug die Herstellung der Vorentwürfe für die fünf Bücher an 5 Redaktoren, von denen jeder ein Buch, jedoch in steter Fühlung mit den Übrigen und unter Mitwirkung der ganzen Kommission bei prinzipiellen Fragen herstellen sollte.

In siebenjähriger Arbeit wurden vier dieser Teilentwürfe vollendet, das Erbrecht von v. Schmitt 1879, das Familienrecht von Pland 1880, das Sachenrecht von Johow 1880, der allgemeine Teil von Gebhard 1881; für das Recht der Schuldverhältnisse dagegen, dessen Redaktor v. Kübel nach langer Krankheit verstorben war, legte die Kommission für die fehlenden Teile den Dresdener Entwurf³⁾ zugrunde. Am 1. Oktober 1881 begannen die gemeinsamen Beratungen, deren Fortgang durch die wesentliche Verschiedenheit der 5 Teilentwürfe erheblich erschwert wurde. Weber die Teilentwürfe noch die von der Kommission gefaßten Beschlüsse wurden veröffentlicht; die Kommission arbeitete, ohne sich mit Vertretern der wirtschaftlichen Lebensberufe oder auch nur mit anderen juristischen Kreisen in irgendwelche Verbindung zu setzen oder ihnen eine Unterlage zur Kritik zu gewähren.

Ende 1887 war der erste Entwurf (EI) vollendet und wurde am 31. Jan. 1888 der öffentlichen Kritik unterbreitet nebst Motiven in 5 Bänden, welche letztere von den Hilfsarbeitern der Redaktoren unter deren Mitwirkung herrühren⁴⁾, der gesamten Kommission aber nicht vorgelegen haben.

*) Pland I S. 1—20; Hölder I S. 6ff.; Vierhaus, Entstehungsgeschichte des Entwurfs, 1895; Reaß, Literatur über den Entwurf des BG, 1895; Denkschr. S. 1ff.; Schwarz, BdrzA I S. 1ff.; v. Tuhr, Grundlagen und Ausbau des BG, 1918.

¹⁾ Goldschmidt, v. Kübel, Meyer (nach dessen Erkrankung v. Schelling), v. Neumahr, v. Weber.

²⁾ Sechs Richter, Pape, Derscheid, Johow, v. Kübel (nach dessen Tode v. Mandry), Pland, v. Weber (nach dessen Tode Rügler), drei Ministerialräte, Gebhard, Kurlbaum II, v. Schmitt, und zwei Rechtslehrer v. Windscheid, v. Roth. Ein Anwalt war in der Kommission nicht vertreten, und manche gerade für die Fortentwicklung des Rechts besonders bedeutsame Kräfte (z. B. Zhering, Bähr und Dernburg) fehlten ihr.

³⁾ Vgl. oben § 11 III.

⁴⁾ Zu Buch I Börner, II Ege, III Achilles u. v. Liebe, IV Strudmann, V Neubauer.

Eine Flut von Äußerungen aller Art, Kritiken, Gegenentwürfen, Verbesserungsvorschlägen usw. erschien in den folgenden Jahren. Rechtslehrer, praktische Juristen, Korporationen, Behörden, Vereinigungen und einzelne Männer aller Berufsstufen haben mitgearbeitet. Hervorzuheben sind besonders die Gutachten und Verhandlungen des deutschen Juristentages und die Gutachten aus dem Anwaltsstande⁵⁾, ferner eine geistvolle, vielfach berechnete, aber auch häufig weit über das Ziel hinaus schießende Kritik von Gierke⁶⁾ und eine von Keller und Fischer herausgegebene Sammlung von Arbeiten verschiedener Verfasser über die einzelnen Abschnitte des Entwurfs⁷⁾ sowie ein vollständiger Gegenentwurf von Bähr. Im ganzen sind mehr als 600 Schriften über den Entwurf erschienen, eine Mitarbeit der ganzen Nation, wie sie niemals einem Werke zuteil geworden.

Manche verwarfen den Entwurf völlig als hyperromanistisch, undeutlich, doktrinär, den sozialen Anforderungen der Zeit nicht Rechnung tragend und in der Form schwerfällig und unverständlich. Weit überwiegend aber erklärte man ihn für die wertvolle Grundlage, auf der an der Hand der literarischen Kritik unter stärkerer Berücksichtigung des wirtschaftlichen und sozialen Bedürfnisses und des deutschen Rechts eine weitere Neubearbeitung erfolgen müsse. Allgemeinen Tadel erregte die doktrinäre Form und die Überzahl der Verweisungen.

Das Reichsjustizamt ließ eine geordnete Sammlung der außerordentlich zahlreichen Verbesserungsvorschläge in 6 Bänden zusammenstellen, und der Bundesrat betraute am 4. Dez. 1890 eine zweite Kommission aus 10 ständigen⁸⁾ und 12 nichtständigen⁹⁾ Mitgliedern mit der Umarbeitung. Vorsitzender war anfangs der Staatssekretär des Reichsjustizamts, stellvertretender Vorsitzender Künzler; im Jahre 1893 aber ging der regelmäßige Vorsitz auf Künzler über.

Da die Kommission nicht nur aus Juristen, sondern in den meisten ihrer nichtständigen Mitglieder auch aus Angehörigen anderer Berufsstufen bestand und in voller Öffentlichkeit unter Mitwirkung ihrer Beschlüsse im Reichsanzeiger¹⁰⁾ arbeitete, besonders aber infolge des wertvollen, ihr durch die Kritik des ersten Entwurfs gegebenen Materials ist die Arbeit der zweiten Kommission weit mehr als der erste Entwurf mit den Anforderungen der Zeit im Einklang. Während die erste Kommission sich ihrem Auftrage gemäß in der Hauptsache auf eine ausgleichende Darstellung des geltenden Rechts in präziser Form beschränkt hatte, trat in der zweiten Kommission und den Reichstagsverhandlungen mehr das Streben hervor, das Recht im Anschluß an die gegenwärtigen Lebensverhältnisse fortzubilden, namentlich den wirtschaftlich Schwachen den nötigen Schutz zu gewähren. Auch hat der Entwurf in der zweiten Kommission an Klarheit und Einfachheit der Sprache sichtlich gewonnen, wenn auch immer noch nicht in dem Grade, der wünschenswert wäre, und die Verweisungen sind mehr als früher vermieden, freilich doch noch viel zu zahlreich. Die wertvolle Grundlage des ersten Entwurfs aber ist geliebt.

⁵⁾ Herausgegeben im Auftrage des deutschen Anwaltsvereins, 1890.

⁶⁾ Der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht, 2. Aufl. 1889. Vgl. ferner: Menge: Das bürgerliche Recht und die Besitzlosen Klassen, 1890; v. Jacubezky, Bemerkungen zum Entwurf eines BG, 1892.

⁷⁾ Beiträge zur Erläuterung und Beurteilung des Entwurfs eines BG f. d. D. Reich, 18 Hefte.

⁸⁾ Der Staatssekretär des Reichsjustizamts (v. Dellschlager, dann Bosse, Hanauer, seit 1893 Rieberding), ferner Gebhard, v. Mandry, Pland, Käger, die schon der ersten Kommission angehörten, sowie Künzler, Eichholz, v. Jacubezky, Dittmar, Wolffson, später Hanauer (1891), Strudmann (1892), Börner (1895 an Kägers Stelle).

⁹⁾ v. Cuny, Spahn, Hoffmann, Wille (seit 1891), die den Sitzungen ständig beizuhnten, v. Gagern (Rittergutsbesitzer), Conrad (Professor der Nationalökonomie), Sohn, Dandelmann (Oberforstmeister), die sich meistens, endlich Leuschner (Geh. Bergrat), Ruffel (Bankdirektor), v. Mantauffel (Rittergutsbesitzer), v. Hellendorff (Rittergutsbesitzer), die sich nur bei einzelnen Materien beteiligten.

¹⁰⁾ Vgl. auch Künzler, der E eines BG in II. Lesung, in Gruchot Bd. 39ff.

Die Arbeit der Kommission wurde zunächst in Teilentwürfen der einzelnen Bücher (EIIa) veröffentlicht, dann nach einer Schlussredaktion dem Bundesrat Ende Oktober 1895 als Ganzes vorgelegt und auch in dieser Form veröffentlicht (Bundesratsvorlage, zweiter Entwurf, EII oder auch EIIb).

Generalsekretär war Pland, der neben Windscheid schon auf den ersten Entwurf hervorragenden Einfluß geübt hatte; Referenten für die fünf Bücher waren Gebhard, v. Jacobbezy, Künkel, v. Mandry, Rüger. An des Letzgenannten Stelle trat später Hörner.

Mit wenigen, aber zum Teil recht wichtigen¹¹⁾ vom Bundesrat beschlossenen Veränderungen gelangte der Entwurf am 17. Januar 1896 an den Reichstag (Reichstagsvorlage, EIII) und wurde einer Kommission von 21 Mitgliedern überwiesen, die den Entwurf nach eingehender Beratung in 53 Sitzungen mit nicht unerheblichen Veränderungen annahm¹²⁾. Im Plenum wurde der Entwurf mit 222 Stimmen gegen 48 (größtenteils sozialdemokratische) Stimmen unter 18 Stimmenthaltungen angenommen. Die Publikation erfolgte am 18. August 1896.

II. Am 1. Januar 1900 ist das Gesetzbuch in Kraft getreten¹³⁾, „gleichzeitig mit dem Gesetze betreffend Änderungen des Gerichtsverfassungsgesetzes, der Zivilprozessordnung und der Konkursordnung, dem Gesetze über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung, der Grundbuchordnung und dem Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit“. Art. 1.

III. Das Gesetzbuch besteht aus 2385 Paragraphen und zerfällt in 5 Bücher: Allgemeiner Teil, Recht der Schuldverhältnisse, Sachenrecht, Familienrecht, Erbrecht. Ein in der Arbeit der Kommission angefügtes sechstes Buch „Anwendung ausländischer Gesetze“, aus nur 30 Paragraphen bestehend, wurde vom Bundesrate in das Einführungs-gesetz verwiesen.

Die Bücher zerfallen in Abschnitte, die Abschnitte zum Teil in Titel, die Titel in Paragraphen. Doch sind einige Titel noch in Rubriken und selbst diese wieder in Unterrubriken geschieden (vgl. z. B. den Titel Juristische Personen).

IV. Das Einführungs-gesetz besteht aus 218 Artikeln und zerfällt in 4 Abschnitte:

¹¹⁾ Namentlich das Vereinsrecht und das internationale Privatrecht wurden erheblich verändert.

¹²⁾ Die wichtigsten Veränderungen betrafen das Vereinsrecht, das Ehe-recht und das eigenhändige Testament. Den Kommissionsbericht erstatteten für das erste und zweite Buch Ceneccerus, für das dritte v. Buchla, das vierte Bachem, das fünfte Schröder.

¹³⁾ Das Liegenschaftsrecht des BG tritt übrigens, soweit es ein Grundbuch voraussetzt, für die einzelnen Bezirke erst mit dem Zeitpunkt in Kraft, in dem für den Bezirk das Grundbuch als angelegt anzusehen ist, Art. 189ff. Dieser Zeitpunkt wird für jeden Bezirk durch landesherrliche Verordnung bestimmt, Art. 186.

1. „Allgemeine Vorschriften“; hier wird namentlich auch das internationale Privatrecht behandelt, Art. 7—31.
2. „Verhältnis des Bürgerlichen Gesetzbuchs zu den Reichsgesetzen.“
3. „Verhältnis des Bürgerlichen Gesetzbuchs zu den Landesgesetzen.“
4. „Übergangsvorschriften“, zumal auch bezüglich der zeitlichen Grenzen der Anwendung.

V. Unser Bürgerliches Gesetzbuch (ja schon sein Entwurf) hat bereits starken Einfluß auf die Gesetzgebung anderer Staaten geübt. Das Japanische Bürgerliche Gesetzbuch hat sich den deutschen Entwürfen sehr eng angeschlossen. Das Schweizerische Gesetzbuch steht trotz vieler eigenen Rechtsgedanken im wesentlichen auf seinem Boden, ebenso die Teilnovellen zum österreichischen allgemeinen ABW. Auch das Bürgerliche Gesetzbuch Brasiliens zeigt in seinem System und vielen Instituten und Vorschriften enge Verwandtschaft, und in noch höherem Grade gilt das von den Entwürfen zum ungarischen Gesetzbuch und dem Entwurf eines griechischen Bürgerlichen Gesetzbuchs (1922), der in großen Teilen eine wörtliche Übersetzung des deutschen BG gibt¹⁴⁾.

§ 13. Verhältnis zum Reichsrecht; Nebengesetze und neuere Reichsgesetze.

Das BG ist seinem Grundgedanken nach eine Kodifikation des Privatrechts, das heißt eine Zusammenfassung des gesamten geltenden Privatrechts, welche mit Ausschluß anderer Rechtsquellen gelten will. Aber dieser Kodifikationsgedanke ist nur dem Landesrecht gegenüber und auch da nicht ausnahmslos durchgeführt. Das geltende Reichsrecht dagegen ist in Kraft geblieben, soweit sich nicht aus dem BG oder dem Einführungsgesetz die Aufhebung oder Abänderung ergibt, Art. 32.

I. Viele der damals geltenden Reichsgesetze haben freilich durch das Einführungsgesetz zum BG erhebliche Abänderungen erfahren.

Insbesondere wurden die materiellen Bestimmungen des Personenstandsgesetzes als durch das BG ersetzt aufgehoben und manche andere Vorschriften des Gesetzes geändert. Ferner ist hervorzuheben: die Aufhebung des Gesetzes über die vertragmäßigen Zinsen und des Artikels 3 des Wuchergesetzes, weil diese Materien in das BG aufgenommen sind (Art. 39 u. 47); sodann das Haftpflichtgesetz, in dem der Umfang der Schadenserfasspflicht erheblich erweitert ist (Art. 42), endlich die Gewerbeordnung, in der durch die beiden Einführungsgesetze zum BG und ABW zahlreiche Veränderungen vorgenommen sind.

Aber auch abgesehen von diesen ausdrücklichen Vorschriften kann eine Abänderung von Reichsgesetzen aus dem Inhalte des BG sich ergeben¹⁾. Wann das der Fall sein oder wann umgekehrt eine Bestimmung des älteren Reichsgesetzes neben dem BG bestehen bleiben soll, ist nach den Regeln der wissenschaftlichen Auslegung zu beurteilen. Besonders sind in dieser Beziehung folgende Sätze hervorzuheben:

¹⁴⁾ Schwarz, A. f. Rechts- und Wirtschaftspraxis. 16 S. 552f.

¹⁾ Das BG geht als das jüngere Gesetz vor.

1. Aus der Aufstellung eines neuen generellen Satzes ist nicht ohne weiteres auf die Beseitigung widersprechender Sonderbestimmungen zu schließen (*lex posterior generalis non derogat legi priori speciali*). Eine Aufhebung solcher Sonderbestimmungen ist vielmehr nur anzunehmen, wenn eine dahingehende Absicht des Gesetzgebers mit hinreichender Sicherheit festgestellt werden kann²⁾. Da die vor dem BG erlassenen Reichsgesetze größtenteils Sondergebiete regeln, ist das ganz besonders zu beachten³⁾.

2. Wenn in einem Reichsgesetze allgemeine Begriffe ohne nähere Bestimmung verwendet werden, so ist zunächst der Sinn entscheidend, den das betreffende Gesetz mit diesen Begriffen verbindet⁴⁾. Verweist aber jenes Reichsgesetz auf ein älteres Reichsgesetz, das durch das BG oder das EG aufgehoben ist, so treten in Zukunft nach Art. 4 diese Gesetze an die Stelle der aufgehobenen Vorschrift. Was hier von ausdrücklichen Verweisungen gesagt ist, wird man auch auf stillschweigende Verweisungen beziehen müssen⁵⁾. Ist also ein Begriff stillschweigend in der Meinung gebraucht, daß er aus dem allgemeinen bürgerlichen Rechte ergänzt werden soll, so ist er in Zukunft aus dem BG zu ergänzen⁶⁾.

Für die beiden wichtigsten Fälle ist dies auch ausdrücklich festgestellt:

a) Wo die Reichsjustizgesetze und das an sie sich anschließende Gesetz über Anfechtung von Rechtshandlungen außerhalb des Konkurses von Verwandtschaft oder Schwägerschaft reden, sind diese Begriffe hinfort nach dem BG zu bestimmen (EG Art. 33).

b) Die Auslegungsbestimmungen des BG über Fristen und Termine beziehen sich auch auf ältere Gesetze (§§ 186ff.).

In anderen Fällen bleibt es Auslegungsfrage, ob das frühere Gesetz einen eigenen Begriff aufstellt oder verwendet oder ob der Begriff aus dem allgemeinen bürgerlichen Recht erklärt werden muß.

²⁾ Vgl. die Mot. zum EG. S. 68 u. 69.

³⁾ Beispielsweise sind die §§ 115 u. 118 der GewD, nach denen den Arbeitgebern das Kreditieren von Waren an ihre Arbeiter (von gewissen Ausnahmen abgesehen) untersagt wird und bei Übertretung Klage und Aufrechnung aus dem Geschäft ausgeschlossen sein soll, durch die allgemeinen Vorschriften des BG über den Kauf nicht aufgehoben, obgleich aus diesen natürlich die Zulässigkeit des Kreditkaufs als Regel hervorgeht. Ein anderes Beispiel bietet das Militärtestament (Reichsmilitärgesetz § 44); allein dessen Aufrechterhaltung ergibt sich ohnehin, da seine Zulässigkeit ausdrücklich im EG Art. 44 erweitert ist. Jetzt ist das Militärtestament durch § 38 des Wehrgesetzes v. 23. März 1921 neu geordnet.

⁴⁾ Rebet z. B. ein älteres Gesetz von Verwandtschaft, so ist zunächst durch Auslegung festzustellen, was dieses Gesetz unter Verwandtschaft versteht, ob es z. B. die uneheliche oder die auf Adoption oder Legitimation beruhende Verwandtschaft mit umfassen will.

⁵⁾ Indirekt bestätigen das auch die Motive zum EG S. 69 unten, wenn auch zunächst nur für einen besonderen Fall.

⁶⁾ Wenn z. B. Art. 1 WD, die Wechselfähigkeit von der Fähigkeit, sich durch Verträge zu verpflichten, abhängig macht, so ist nun unzweifelhaft die Verpflichtungsfähigkeit des BG maßgebend. Handelt es sich freilich nicht um sachliche, sondern nur um terminologische Änderungen, so wird die alte Terminologie maßgebend bleiben. Deshalb ist z. B. in § 17 Abs. 1 des G. betr. die Gesellsch. m. beschr. Haftg. unter „Genehmigung“ nicht nur die nachträgliche, sondern jede Zustimmung zu verstehen, RGZ 64 S. 151.

II. Gleichzeitig mit dem BG traten ferner drei neue Gesetze in Kraft, die zu ihm im Verhältnis einer notwendigen Ergänzung stehen und deshalb passend als Nebengesetze⁷⁾ des BG bezeichnet werden, nämlich:

1. Das Gesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung (nur Grundstücke und Schiffe betreffend) v. 24. März 1897 (ZwVG);
2. die Grundbuchordnung vom gleichen Datum (GBO);
3. das Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, v. 17. Mai 1898 (FrGG).

III. Der Zivilprozeß einschließlich des Konkursrechts hängt mit dem bürgerlichen Recht so eng zusammen, daß das Gerichtsverfassungsgesetz, die Zivilprozeßordnung und die Konkursordnung einer Revision bedurften. Diese erfolgte durch Gesetz v. 17. Mai 1898, und auf Grund des sog. Ermächtigungsgesetzes vom gleichen Datum wurde der Text dieser Gesetze am 20. Mai 1898 in neuer Paragraphierung veröffentlicht (Gesetzeskraft v. 1. Jan. 1900).

Die drei Nebengesetze des BG sowie die erwähnten Abänderungen der Reichsjustizgesetze sind gleichzeitig mit dem BG in Kraft getreten, aber später als dieses erlassen. Eine Abänderung des BG durch sie wäre also an sich nicht ausgeschlossen, ist aber nicht beabsichtigt. Vielmehr sind das BG und sie als sich gegenseitig ergänzende Teile eines einheitlichen Gesetzgebungswerkes gedacht, wie sich aus Art. 1 ergibt. Etwaige Widersprüche sind daher aus dem Geiste dieses gesamten Gesetzgebungswerkes zu lösen, nicht aber schematisch nach der Regel *lex posterior derogat priori* zu entscheiden⁸⁾.

IV. Die gleichfalls bereits auf Reichsgesetzen beruhende Spezialgesetzgebung über das Handelsrecht und die verwandten Gebiete des Wechselrechts, der Gesellschaften mit beschränkter Haftung, der Binnenschifffahrt und Flößerei, des Börsengesetzes ist bestehen geblieben. Jedoch wurde das HGB in Rücksicht auf das BG neu redigiert (HGB v. 10. Mai 1897) und ist in der neuen Form mit diesem gleichzeitig in Kraft getreten⁹⁾. Ferner sind die Wechselordnung, das Genossenschaftsgesetz, das Binnenschifffahrtsgesetz, das Börsengesetz und einige andere mit dem Handelsrecht zusammenhängende Reichsgesetze durch das BG zum HGB (Art. 8, 10, 11, 12, 14) abgeändert und zwar das Genossenschaftsgesetz und das Binnenschifffahrtsgesetz in erheblichem Umfange.

V. Das sog. Immaterialgüterrecht blieb gleichfalls in Kraft.

⁷⁾ Auch die BPO, die KO oder gar das HGB als Nebengesetze zu bezeichnen, wie manche wollen, ist nicht nur sachlich unzutreffend, sondern auch deshalb zu vermeiden, weil die landesrechtlichen Vorbehalte sich nur auf das BG und die im Texte genannten drei Gesetze beziehen.

⁸⁾ Abweichend Hellwig, Vertr. auf 2. an Dritte S. 464 Note 944 u. Anspruch S. 344. Dagegen mit Recht Geib, ZivR 94 S. 340; v. Tuhr S. 7.

⁹⁾ Nur der Abschnitt (I 6) über Handlungsgehilfen und Handlungslehrlinge ist mit Ausnahme der Bestimmung über Provisionen (§ 65) bereits am 1. Jan. 1898 in Kraft getreten.

Inbesondere wurden weder die verschiedenen Gesetze über das Urheberrecht noch das Patentgesetz einer ausdrücklichen Abänderung unterzogen.

VI. Auch seit dem Inkrafttreten des BG ist die Reichsgesetzgebung auf dem Gebiete des Privatrechts und verwandter Materien nicht untätig gewesen. Hervorzuheben sind: die Neufassung der Wechselordnung, die durchgreifende Umgestaltung und Neufassung des Börsengesetzes, des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb, des Literatururhebergesetzes, des Kunsturhebergesetzes und des Münzgesetzes, sowie der Neuerlaß des Scheckgesetzes, des Gesetzes über die privaten Versicherungsunternehmungen, des Gesetzes über den Versicherungsvertrag, des Vereinsgesetzes, der Reichsversicherungsordnung, des Reichsversicherungsgesetzes für Angestellte, und mehrerer Haager Abkommen internationalrechtlichen Inhalts.

VII. Ferner sind einige Vorschriften des BG abgeändert worden (§§ 72, 833, 574f.), und manche Änderungen vorübergehender Natur ergeben sich aus Kriegsgesetzen, Verordnungen und Bekanntmachungen, welche sich auf die durch den Weltkrieg berührten Personen oder Verhältnisse beziehen.

VIII. Seit der Staatsumwälzung v. 9. Nov. 1918 sind zahlreiche Vorschriften „mit Gesetzeskraft“ erlassen, die durch Beschluß der Nationalversammlung (G. v. 4. März 1919) bestätigt sind. Ferner enthalten der Aufruf v. 12. Nov. 1918, das Übergangsgesetz v. 4. März 1919 und die neue Reichsverfassung (WRV) v. 11. Aug. 1919 manche in das Privatrecht eingreifende Vorschriften. Doch beschränken sie sich vielfach auf die Aufstellung der allgemeinen Grundsätze, so daß die Ausführung im einzelnen der Reichs- oder Landesgesetzgebung vorbehalten bleibt¹⁰⁾.

§ 14. Verhältnis zum Landesrecht*). Ausführungsgesetze.

I. Dem Landesrecht gegenüber ist das Kodifikationsprinzip, wenn auch nicht ausnahmslos, so doch als Regel festgehalten: Die privatrechtlichen Vorschriften der Landesgesetze treten außer Kraft, soweit nicht in dem BG oder in diesem Gesetze ein anderes bestimmt ist“, Art. 55 GG. Wenn wir zunächst von den besonderen Ausnahmen, den sog. Vorbehalten, absehen, so ergibt sich daraus das folgende:

1. Die Aufhebung bezieht sich auf die (privatrechtlichen) Vorschriften „der Landesgesetze“. Unter Landesgesetzen ist das gemeine Recht mitverstanden, da es dem Reichsrecht gegenüber in dem gleichen Verhältnis steht

¹⁰⁾ Eine treffliche Zusammenstellung der wichtigsten Reichszivilgesetze gibt Jaeger, Reichszivilgesetze 4. Aufl. 1923. Sehr brauchbar ist ferner Warneher u. Buchwald, Kommentar zu den wirtschaftlichen Nebengesetzen des BG 1923.

*) Bittelmann, B. Grenzstreit zwischen Reichs- und Landesrecht, 1902.

wie die Landesgesetze. Es sind also aufgehoben das gemeine Recht und Partikularrechte aller Art einschließlich des (gemeinen und partikulären) Gewohnheitsrechts, da unter Gesetz im BG und LG jede Rechtsnorm zu verstehen ist¹⁾.

2. Nicht nur das bestehende Landesprivatrecht wird aufgehoben, sondern auch die zukünftige Bildung eines solchen ist ausgeschlossen. Landesgesetze können in das von der Reichsgesetzgebung einmal geordnete Gebiet nicht eingreifen. Auch das gilt in gleicher Weise vom partikulären Gewohnheitsrechte.

3. Das Landesprivatrecht wird in seiner Gesamtheit aufgehoben, also nicht nur soweit es dem BG widerspricht, sondern auch soweit es Bestimmungen enthält, die in diesem und dem LG in gleicher Weise geordnet oder überhaupt nicht berührt sind²⁾. Die Lücken des BG sind somit nicht aus dem Landesrecht (auch nicht dem gemeinen Recht) zu ergänzen, sondern aus dem Geiste des BG selbst³⁾.

4. Die Gesamtaufhebung bezieht sich aber nur auf die „privatrechtlichen“ Bestimmungen der Landesgesetze. Wo das BG, was mehrfach unvermeidlich war, in das öffentliche Recht hinüber greift, wird das öffentliche Landesrecht nur so weit ausgeschlossen, als es dem BG widerspricht⁴⁾. Liegt ein Widerspruch nicht vor, so hängt also der Ausschluß lediglich davon ab, ob die betreffende Vorschrift des Landesgesetzes privatrechtlicher Natur ist⁵⁾.

II. Eine Reihe von Rechtsmaterien sind im EinführungsGesetze Art. 56 bis 152 ganz oder teilweise den Landesrechten vorbehalten. Diese Vorbehalte sind von sehr verschiedener Ausdehnung. Beispielsweise sind die landesgesetzlichen Vorschriften über Familiensfideikomnisse, Lehen, Stammgüter in ihrem vollen Umfange aufrecht erhalten (Art. 59), während die Bestimmungen über den Wildschadensersatz nur in einzelnen genau angegebenen Richtungen in Geltung bleiben (Art. 71).

1. Soweit nun ein solcher Vorbehalt reicht, bleibt nicht nur das geltende Landesrecht in Kraft, sondern die Bundesstaaten (Länder) sind auch zu weiterer Gesetzgebung befugt, Art. 3.

¹⁾ LG Art. 2 „Gesetz im Sinne des BG und dieses Gesetzes ist jede Rechtsnorm“.

²⁾ Vgl. auch die Denkschrift (in den Materialien) zu Art. 53.

³⁾ Beispielsweise enthalten das BG und das LG nichts über die internationalprivatrechtliche Behandlung der Forderungen; wir werden gleichwohl die Entscheidung, welches Recht Anwendung finde, nicht auf das frühere Landesrecht zu gründen haben, sondern auf die aus den Vorschriften des LG zu entwickelnden Grundprinzipien des internationalen Privatrechts und auf das Wesen des Schuldverhältnisses, wie es sich nach dem BG darstellt.

⁴⁾ Abweichend von Tuhr S. 12, welcher solche Fälle (vgl. z. B. §§ 80, 89, 795, 839) im Sinne des BG als privatrechtliche betrachten will; ähnlich Endemann § 18 Note 8

⁵⁾ Näheres über den Begriff des öffentlichen Rechts unten § 31. Bei der Entscheidung, ob eine Vorschrift dem öffentlichen Recht angehöre, ist natürlich von der Gestaltung auszugehen, welche sie in dem betreffenden Landesrecht erhalten hat.

Auch ist innerhalb dieser Grenzen die Landesgesetzgebung nicht etwa auf solche Vorschriften beschränkt, welche auf der Eigentümlichkeit der betreffenden Materien beruhen, sie kann vielmehr für dies vorbehaltenen Gebiet auch in die allgemeinen Grundsätze des BG eingreifen, z. B. besondere abweichende Bestimmungen über Verjährung, Fristenlauf, Irrtum, ja selbst Vorschriften über die Notwendigkeit oder Nichtnotwendigkeit der Eintragung gewisser Akte ins Grundbuch treffen oder im BG aufgehobene Institute, wie die unvordenkliche Verjährung oder die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, verwenden. Doch ist das bisher selten geschehen.

2. Soweit aber besondere landesgesetzliche Vorschriften über eine vorbehaltenen Materie nicht vorhanden sind oder soweit sie eine Lücke lassen, tritt ergänzend das Recht des BG, nicht etwa das frühere allgemeine Landesrecht ein⁶⁾. Nach Art. 4 GG gilt dies auch dann, wenn das vorbehaltene Landesgesetz ausdrücklich auf aufgehobene landesgesetzliche Vorschriften verweist. Selbst dann soll es also nicht so angesehen werden, als wären jene Vorschriften durch die Verweisung ein Teil des verweisenden Spezialgesetzes geworden⁷⁾.

3. Eine ganz andere Frage ist, wie allgemeine Rechtsbegriffe und Ausdrücke auszulegen sind, die sich in vorbehaltenen Landesgesetzen finden. Die Frage ist genau so zu beantworten, wie schon für das Reichsrecht geschehen. Die vorbehaltenen Gesetze werden zunächst aus sich selbst interpretiert. Wollen sie aber einen Begriff in dem Sinne verwenden, daß er aus dem allgemeinen bürgerlichen Rechte zu erklären ist, so entscheidet nunmehr das BG.

4. Die Vorbehalte, welche zugunsten der Landesgesetze gemacht sind, beziehen sich nur auf das BG, das Einführungsgesetz und nach besonderer Be-

⁶⁾ Auch die ausgedehntesten Vorbehalte besagen nur, daß „die landesgesetzlichen Vorschriften über“ z. B. „Fideikommiss und Lehen“ (Art. 59) unberührt bleiben. Da nun das BG selbst allgemeine und besondere Vorschriften vielfach unterscheidet (sogar in mehrfachen Abstufungen: allgemeiner Teil, allgemeine Vorschriften über Grundstücke usw.), so kann unter Vorschriften über Fideikommiss nur das besondere Recht der Fideikommiss gemeint sein, nicht aber das allgemeine Landesrecht, soweit es auch auf Fideikommiss Anwendung findet. Bestätigt wird diese m. E. (a. A. Zitelmann) sich schon aus dem Wortlaut ergebende Auslegung durch die Erwägung, daß ein Gesetz, das Rechtseinheit, soweit tunlich, herbeiführen will, nicht gesonnen sein kann, für das große Gebiet der Vorbehaltsmaterien das gesamte allgemeine Landesrecht der fünf Rechtsgebiete bestehen zu lassen. Fallen sonach die Vorschriften des allgemeinen Landesrechts auch in ihrer Anwendung auf die Vorbehaltsmaterien nicht unter die Vorbehalte, so sind sie durch Art. 55 aufgehoben. Vgl. auch Zitelmann S. 11f. Abw. Dernburg I § 13 VII.

⁷⁾ Denkbar ist allerdings, daß eine Vorschrift über eine vorbehaltenen Rechtsmaterie mit einzelnen allgemeinen Vorschriften des betreffenden Landesrechts so eng zusammenhängt, daß sie ohne diese, also lediglich auf der Grundlage des BG, vernünftigerweise nicht bestehen kann. Dann führt eine sachgemäße Auslegung der Vorbehaltsvorschrift zu der Annahme, daß auch jene allgemeine Vorschrift für das vorbehaltenen Gebiet für noch anwendbar erklärt worden ist. Aber derartige Fälle sind selten. Vgl. auch Mot. z. GG, S. 148 und Prot. VI S. 363, 600, die die Fortgeltung der allgemeinen Vorschriften für das Vorbehaltsgebiet annehmen, wenn sie „einen Bestandteil des Spezialrechts bilden sollten“ oder „als eine Besonderheit des betreffenden Gesetzes zur Anwendung kommen sollten“. Ein solcher Wille läßt sich nun freilich nicht ermitteln (vgl. Zitelmann S. 39ff.). Der unrichtigen Formulierung aber scheint mir der angegebene richtige Gedanke zugrunde zu liegen. Zustimmung v. Tuhr S. 14.

stimmung auf die Gesetze, welche oben § 13 II als Nebengesetze des BG bezeichnet wurden, nämlich die GBD (daselbst § 83), das ZwBG (§ 2 des GG zu diesem) und das FrGG (daselbst § 189), nicht aber auf andere Reichsgesetze. Also können z. B. die Bestimmungen der Zivilprozessordnung oder der Konkursordnung durch ein Gesetz über Familienfideikomnisse und Stammgüter nicht durchbrochen werden.

5. Die Vorbehalte begründen nicht etwa ein Reservatrecht des betreffenden Bundesstaates (Landes). Durch neue Reichsgesetze können sie daher aufgehoben oder verändert werden.

6. Die einzelnen Vorbehalte sind erst bei der Darstellung der einzelnen Rechtsmaterien zu betrachten.

Hier nur eine kurze nach den Gründen der Vorbehalte geordnete Übersicht:

a) Sehr zahlreiche Vorbehalte beziehen sich auf privatrechtliche Materien, die eng mit den örtlichen Verhältnissen zusammenhängen, z. B. auf das Recht der Rentengüter, Erbpacht, Anerbenrecht, Wasser-, Seel- und Deichrecht, Bergrecht, Jagd- und Fischereirecht, Räumungsfrist bei Mieten, Gefinderecht (vgl. aber unten § 369 II 1), Leibzucht usw.

b) Andere auf Verhältnisse, die mit staatlichen und politischen Einrichtungen in Verbindung stehen, z. B. Haftung des Staates und der Kommunen für die Beamten, Rechte der Beamten auf Gehalt, Schenkungen an Mitglieder religiöser Orden, Pfandleihe, Rückzahlung von Staatsschulden, Zusammenlegung und Ablösung.

c) Aber es gibt auch viele Vorbehalte, die nur den Zweifel lösen sollen, ob und wie weit eine Materie dem Privatrecht nicht angehöre, also wegen ihrer öffentlichen Natur bestehen bleibe. Die Vorbehalte dieser letzten Art sind also nicht Ausnahmen, sondern Klarstellungen. Dahin gehören z. B. Staatsverträge, Bestimmungen über öffentliche Sparcassen, Rückerstattung unrichtig erhobener Abgaben, Enteignung, Zwangserziehung Minderjähriger usw.

d) Das Verlagsrecht und das Versicherungsrecht wurden vorbehalten, weil besondere Reichsgesetze beabsichtigt waren, die inzwischen erlassen sind.

III. Das BG nebst GG setzt in einigen Punkten eine Ergänzung durch Landesgesetz oder landesherrliche Verordnung voraus, so z. B. in bezug auf das Vereinsrecht und das Recht der Hinterlegung; in einigen anderen Punkten sind landesgesetzliche Abänderungen wenigstens zulässig. Auch von den im allgemeinen den Landesgesetzen vorbehaltenen Materien bedurfte wegen des teilweisen Eingreifens des BG einzelnes alsbaldiger Abänderung oder Neuordnung. Endlich erheischen manche Landesgesetze auch insofern, als sie nach den Übergangsbestimmungen des GG für bereits bestehende Rechtsverhältnisse in Kraft bleiben, eine Umgestaltung, die nach Art. 218 gestattet ist; namentlich erschien es fast überall geboten, die bestehenden ehelichen Güterrechtsverhältnisse in eins der vom BG aufgestellten Güterrechtssysteme umzuwandeln^{*)}. Diese mannigfaltigen Zwecke verfolgen die Ausführungs-

*) Dann beruht die Geltung der Vorschriften des BG für diese Fälle zwar auf Landesrecht, aber sie sollen doch als Vorschriften des BG, mithin als reichsrechtliche gelten und unterliegen deshalb der Revision, RGE 59 S. 27.

gesetze und Ausführungsverordnungen, die von den einzelnen Bundesstaaten im Jahre 1899 erlassen sind⁹⁾.

IV. Geschichte der Privatrechtswissenschaft.*)

§ 15. Früheres Mittelalter.**)

Die Kenntnis und Anwendung des römischen Rechts im Abendland war, wie schon Savigny gezeigt hat, im früheren Mittelalter sehr zurückgedrängt, aber nie ganz erloschen. Die neuere Wissenschaft hat auch das Fortbestehen von Rechtsschulen und die Fortdauer einer — freilich zeitweise sehr geringen — wissenschaftlichen Beschäftigung mit dem römischen Recht nachgewiesen, so daß ein ununterbrochener, wenngleich vom 8. bis 10 Jahrhundert nur schwacher Faden von Justinian bis in die Zeit der Glossatoren hinüberführt¹⁾.

Im 11. Jahrhundert erweitert und vertieft sich die Kenntnis und Lehre des römischen Rechts. Zu Pavia bestand eine lombardische Rechtsschule von einiger Bedeutung, die den Satz aufstellte, daß der geistliche Stand nach römischem Recht lebe. In Rom, dessen Rechtsschule bis nach 1080 fortgebauert zu haben scheint, wurden einige Werke von wissenschaftlichem Werte verfaßt²⁾. Seit dem letzten Viertel des 11. Jahrhunderts werden die Digesten, die lange Zeit fast gar nicht benutzt zu sein scheinen, in der juristischen Literatur wieder zitiert³⁾. In Ravenna bestand eine Rechtsschule, die aber bald durch die Rechtsschule von Bologna völlig in Schatten gestellt wurde. Auch in Frankreich, wo bis dahin das Breviarium gegolten hatte, verbreitete sich Justinianisches Recht; in der Provence erschienen am Ende des 11. Jahrhunderts achtungswerte, auf Justinianischem Recht ruhende Rechtsbücher⁴⁾.

⁹⁾ Becher, Die Ausführungsgeetze zum BG, 1899 u. 1900. Vgl. auch die neue Ausf. v. 1923 für Thüringen.

^{*} Hauptwerk: Savigny, Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter, 7 Bde. 2. Aufl. 1834—1851. Anschließend, aber die deutsche Rechtswissenschaft in den Vordergrund stellend: Die Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft, Abt. 1 u. 2 von Stinzing, die Zeit bis 1700 umfassend (Abt. 2 nach St.'s Tode von Landsberg herausgegeben), und Abt. 3 Halbband 1 (1898) u. 2 (1910) von Landsberg.

^{**} Savigny (vorige Note) Bd. 1 u. 2; Conrat, Epitome exactis regibus, Einleitung, Absh. V, VI, VIII 1884; Fitting, Sav.-Z. 8 S. 94 ff. und S. 275, 7 S. 2 S. 1 ff., 9 S. 376 ff.; Flach, études critiques sur l'histoire du droit romain en moyen-âge, 1890 (Landsberg, Sav.-Z. 11 S. 326 ff.); Conrat, Gesch. d. Quellen u. Literatur des röm. Rechts im früheren Mittelalter, 1891, u. dazu Landsberg, Krit. Z. 34 S. 321 ff.; Fitting, Summa Codicis des Irnerius, 1894, Quaestiones de juris subtilitatibus des Irnerius, 1894, und zu beiden Landsberg, Sav.-Z. 16 S. 335 ff.

¹⁾ Dieser Zusammenhang ist namentlich von Fitting in den in voriger Note erwähnten Schriften nachgewiesen (durchschlagend namentlich die beiden letzten). Conrat a. a. D. (ähnlich Flach) hält dagegen an der älteren Ansicht fest, nach der die Lehre und literarische Benutzung des röm. Rechts lange Zeit völlig gefehlt haben und im 11. Jahrhundert neu erwacht sein sollen.

²⁾ Die Quaestiones de juris subtilitatibus und eine Summa Codicis, die letztere sehr wahrscheinlich von Irnerius (unten § 16) verfaßt (nach Fitting auch die erstere).

³⁾ Zuerst das Digestum vetus (erstes sicheres Zitat 1076), dann das Digestum novum, zuletzt das Infortiatum (vgl. oben § 5 Anm. 11).

⁴⁾ Das sog. Lüburger und das sog. Ashburnhamer Rechtsbuch, aus denen (mit Zusätzen) die Exceptiones Petri kompiliert wurden.

§ 16. Glossatorenschule 1100—1250*).

Etwa ums Jahr 1100 trat ein hochbedeutender Mann, Irnerius (der vorher wahrscheinlich in Rom gelehrt hatte), in Bologna als Lehrer des römischen Rechts auf († nach 1125). Ihm folgen um die Mitte des 12. Jahrhunderts die sog. quattuor doctores: Bulgarus, Martinus, Jacobus und Hugo; unter denen die beiden erstgenannten hervorragen; dann Rogerius, Placentinus († 1192), Johannes Bassianus, Pillius († nach 1207), Hugolinus († 1233), und vornehmlich Azo († um 1230), der die höchste Entwicklung der Schule verkörpert; den Schluß macht Accursius († 1260).

Die Hauptarbeit war der Exegese gewidmet. Man schrieb kurze Anmerkungen, glossae, zum Corpus juris, anfangs zwischen die Zeilen, glossae interlineares (meist Worterklärungen), später an den Rand, glossae marginales. Daher der Name Glossatoren. Der letzte Glossator Accursius stellte mit enormem Fleiß die Glossen seiner Vorgänger und seine eigenen zu einem fortlaufenden Kommentar — glossa ordinaria oder schlechthin die Glosse genannt — zusammen, der sich in allen glossierten Ausgaben des Corpus juris befindet.

Außerdem verfaßte man kurze Gesamtdarstellungen nach der Titelfolge der Rechtsbücher, die sog. Summae, die aber nicht als selbständige systematische Werke, sondern nur als „geordnete Übersichten über den Inhalt der behandelten Quellenabschnitte“ zu betrachten sind; ferner Monographien und Kontroversensammlungen; Erörterungen wirklicher oder erdachter Rechtsfälle (casus) und der bei solchen aufgeworfenen Fragen (quaestiones); endlich Zusammenstellungen kurzer Regeln (brocarda) und ihrer Anwendung und Beschränkung.

Der Erfolg der Tätigkeit der Glossatoren ist durch ein Mehrfaches beinträchtigt:

Sie sind reine Theoretiker, die sich um die praktische Anwendung des Rechts und um neuere Rechtsbildungen nicht kümmern, wiewgleich sie oft unbewußt Vorstellungen ihrer Zeit in die römischen Quellen hineintragen.

Sie beschäftigen sich mit dem Einzelnen. Systematische Betrachtung ist ihnen fremd, und wo sie allgemeine Regeln aufstellen, offenbart sich ihre Schwäche.

Ihnen fehlt, wie ihrer Zeit überhaupt, historischer Sinn. Sie interpretieren das Corpus juris lediglich als das Werk Justinians, dessen Verschiedenheit einerseits von der Wissenschaft der römischen Juristen, andererseits von den Anforderungen der Neuzeit ihnen kaum zum Bewußtsein kommt.

Sie stehen unter dem Drucke der Frühcholastik. Wie dieser die heilige

*) Savigny IV u. V, besonders V S. 222ff.; Stinzing I S. 88ff., 102ff.; Pandäberg, Glosse des Accursius, 1883, S. 11—64; Fitting, Anfänge der Rechtsschule in Bologna, 1888.

Schrift und die Logik des Aristoteles, so ist ihnen das Corpus juris die unbedingte Autorität. Sie streben daher nur nach Erläuterung des längst Vorhandenen, nicht nach Vertiefung und Fortbildung des lebendigen Rechts.

Was sich aber innerhalb dieser Schranken und mit ihren unzureichenden philologischen Hilfsmitteln erreichen ließ, das haben sie geleistet. Mit eisernem Fleiß, wunderbarer Kenntnis des Corpus juris und großem Scharfsinn haben sie in klarer Einfachheit und Kürze Stelle für Stelle des Corpus juris aus sich selbst und den Parallelstellen erklärt, Widersprüche gehoben oder durch Kritik beseitigt und oft auch bei sehr schwierigen Stellen das Richtige getroffen.

§ 17. Die Postglossatoren 1250—1500*).

In der Quellenforschung hatte die Glossatorschule das der Zeit Erreichbare geleistet. Jetzt wendet sich die Rechtswissenschaft dem praktischen Ausbau der erlangten Kenntnisse und der Fortentwicklung des Rechts zu, die schon durch die starke Beschäftigung der Rechtslehrer mit der Erteilung von Rechtsgutachten gefordert wurde. Man sucht die Doktrin der Glossatoren so zu gestalten, daß sie den Bedürfnissen und Anschauungen der Zeit gerecht wird und den geltenden Statutarrechten, dem Gewohnheitsrechte und der italienischen Praxis entspricht.

Diese Umbildung und Fortentwicklung vollzieht sich allerdings vorzugsweise unter dem Scheine der Auslegung des römischen Rechts. In Wahrheit aber dient Auslegungskunst und Dialektik oft nur dazu, für das Neue eine scheinbare Stütze im römischen Rechte zu finden.

Dabei werden die Quellen mehr und mehr verlassen. Man behandelt vorzugsweise die der Zeitanthauung näher stehenden und deutungsfähigeren Ansichten der Glossatoren und ihrer Nachfolger, deren Aussprüche nicht selten den Quellen geradezu vorgelesen werden¹⁾.

Besonders charakteristisch für das 14. und 15. Jahrhundert aber ist die herrschende scholastische Methode, die Bildung von Regeln mit zahlreichen Erweiterungen (ampliationes) und Beschränkungen (limitationes), die Aufstellung von Unterschieden (distinctiones) und Unterunterschieden, von Einteilungen und Untereinteilungen, die Anknüpfung von Vergleichen und Zweifelsgründen, die breite Berufung auf Gewährsmänner und die Versuche, ihre Aussprüche zu vereinen.

Gewiß erleichterte diese Methode die Einführung neuer Rechtsgedanken in Theorie und Praxis, da sich solche mit Leichtigkeit an allgemeine Regeln anschließen und aus ihnen in scheinbarer Dialektik entwickeln ließen. Andererseits aber führte sie zu oft unentraglicher Weiterschweifigkeit und Systemlosigkeit und, was fast noch schlimmer ist, zur Überschätzung formallogischer Gedankenoperationen, die man oft genug mit sachlicher Erkenntnis verwechselte.

So bedeutet diese Zeit zwar, was das Verständnis des römischen Rechts betrifft, kaum einen Fortschritt; aber sie hat das Recht in erheblichem Maße

* Savigny IV, zumal S. 1—25, 467ff.; Stinking I S. 89, 107ff.; Engelmann, Schullehre der Postglossatoren, 1895, S. 1—16.

¹⁾ So wird von Balbus das Wort berichtet: „consului secundum glossam, modo videtur mihi, quod opinio Azonis . . . est magis consona literae et naturae“, und Raphael Fulgosius († 1427) meint: „volo potius pro me glossatorem quam textum.“

fortentwickelt und durch neue Rechtsgedanken befruchtet und ergänzt, seine Brauchbarkeit für die neuere Zeit erhöht und dadurch die Rezeption des röm. Rechts außerhalb Italiens vorbereitet, ja vielleicht erst ermöglicht.

Die bekanntesten Rechtslehrer der zweiten Hälfte des 13. Jahrhunderts sind: Odo-fredus († 1265), der den Übergang von den Glossatoren bildet; Wilhelm Durantis († 1296), dessen *speculum juris* (besser *judiciale*), eine umfassende Bearbeitung des Zivil- und Strafprozesses, in Theorie und Praxis das höchste Ansehen erlangte; Cino († 1335), der die zuerst in Frankreich ausgebildete dialektische Methode nach Italien übertrug, aber in seinen Werken, namentlich in seinem Kobezkommentar praktischen Sinn und gesunde Selbständigkeit zeigt. In Spanien hatten seine Ansichten lange Zeit gesetzliche Kraft.

Dann folgen die Häupter der Schule: Bartolus (1314—1357) und sein Schüler Balbus de Ubaldis (1327—1400). Bartolus, ein Schüler des Cino, hat bei Lebzeiten und mehr als ein Jahrhundert nach seinem Tode unbegrenzte Verehrung genossen und als die erste aller Autoritäten gegolten. Er lehrte in Pisa und Perugia. Seine Werke zeichnen sich durch praktische Brauchbarkeit, sichere Gestaltung der herrschenden Doktrin und manche neue Gedanken aus. Er schrieb große Kommentare zu allen Teilen des *Corpus juris* und kleinere Schriften, *consilia*, *questiones* etc.

Sein bedeutendster Schüler Balbus de Ubaldis (Baldeschi) lehrte hauptsächlich in Perugia. Er übertrifft den Bartolus an Originalität; seine Darstellung aber ist breiter und schwerfälliger und nicht arm an Widersprüchen. Er schrieb Kommentare zu Pandekten und Kobez sowie zahlreiche andere Schriften.

Aus dem 15. Jahrhundert sind hervorzuheben: Paulus Castrensis (de Castro † 1441), ein Schüler des Balbus, Rechtslehrer in Siena, Avignon und anderen Städten, er verfaßte Pandekten- und Kobezkommentare, *consilia* usw.; ferner Jason de Mayno († 1519), ein fleißiger und flaxer Sammler, der mit seinem Schüler Phil. Decius († 1535) als Schluß dieser Periode betrachtet werden kann.

§ 18. Die humanistische und elegante Jurisprudenz*).

Der allgemeine Aufschwung der Künste und Wissenschaften im 15. Jahrhundert ergriff auch die Rechtswissenschaft.

Auf der Grundlage einer tüchtigen Altertumskunde und gestützt auf wichtige neuentdeckte Rechtsquellen¹⁾ wendet man sich mit historischem Sinne, philologischer Sorgfalt und juristischer Schärfe der Exegese des *Corpus juris* zu, dessen Inhalt man nicht nur als das Gesetz Justinians, sondern als Produkt einer vielhundertjährigen Entwicklung zu erfassen sucht. Keine frühere oder spätere Zeit hat die Erklärung der römischen Rechtsquellen in gleichem Maße gefördert wie das 16. Jahrhundert.

Neben der exegetischen tritt aber von Anfang an erst in den Vorlesungen, dann auch in Gesamtdarstellungen die systematische Richtung kräftig hervor und erzeugt in den berühmten *commentarii juris civilis* des Donell ein umfassendes dogmatisches Werk von bleibender Bedeutung.

*) Stinking, I S. 367ff.

¹⁾ So die Ulpianischen Fragmente, große Fragmente des *Codex Theodosianus*, die Basiliken, die Paraphrase des Theophilus. Auch die Quellen des *Breviarium*, zumal die *receptae sententiae* des Paulus und die *Epitome Gaji*, wurden erst jetzt für die Exegese des *Corpus juris* nutzbar gemacht.

Eregeten wie Systematiker sind von dem neuen Geiste des Humanismus und der Renaissance durchdrungen, selbständige freiblickende Persönlichkeiten. Eigene wissenschaftliche Quellenforschung tritt deshalb an die Stelle des mittelalterlichen Autoritätenglaubens, und die in eingelernter formalistischer Dialektik erstarrte scholastische Methode wird durch sachliche Würdigung und ungezwungene, dem Gegenstande sich anschmiegende Darstellung und Beweisführung ersetzt²⁾.

Freilich wird nur das reine römische Recht erforscht. Die Form seiner praktischen Geltung und die Statutarrechte treten für diese „elegante Jurisprudenz“ zurück, und die Fortbildung des Rechts wird vernachlässigt.

Die größten Namen dieser Richtung gehörten den Franzosen, weswegen man sie auch als französische Schule bezeichnet. Doch nahmen auch Spanien, Italien und namentlich anfangs Deutschland sowie später die Niederlande daran teil.

Die Begründer der neuen Richtung sind der Philologe Budäus († 1540), ferner die Juristen Andreas Alciatus (1492—1550), ein geborener Italiener, der aber in Avignon und Bourges lehrte, und Franz Connanus (1508—1551), der das erste ausführliche Rechtssystem nach eigener Ordnung schrieb, vorzüglich aber Franz Duarenus (1509—1559), der in Bourges neben der exegetischen zuerst die synthetische oder systematische Lehrmethode zur vollen Anerkennung brachte.

Die höchste Blüte bezeichnen die Namen Cujaz und Donell.

Jakobus Cujacius (Cujas), 1522—1590³⁾, an mehreren Universitäten, namentlich viermal in Bourges lehrend, ist vielleicht der größte Interpret bis auf die heutige Zeit. In seinen freilich größtenteils posthumen Werken, die sich durch eine Fülle von Wissen und durch großen Scharfsinn auszeichnen, ist kaum eine Stelle des Corpus juris unerklärt geblieben.

Hugo Donellus (Doneau), 1527—1591⁴⁾, des Cujacius ebenbürtiger Gegner, war anfangs gleichfalls Rechtslehrer in Bourges, mußte aber als Calvinist aus seinem Vaterlande fliehen und wurde 1573 nach Heidelberg, 1579 nach Leyden berufen. Infolge politisch-kirchlicher Streitigkeiten ohne Urteil und Recht seines Amtes entsetzt, kam er 1588 nach der nürnbergischen Universität Altdorf, wo er bis zu seinem Tode wirkte. Donell

²⁾ Auch in der Lehrmethode tritt das hervor. An die Stelle des scholastischen und rein exegetischen *mos Italicus* tritt mehr und mehr der vorwiegend synthetische und auf philologisch-antiquarischer Quellenforschung beruhende *mos docendi Gallicus*.

³⁾ Spangenberg, Jakob Cujas und seine Zeitgenossen, 1822 (Überlegung des Werkes von Berriat-St. Prix, 1821). Gesamtausgaben seiner Werke: Neap. 1722, 11 Bde.; daselbst 1757, 11 Bde.; Venet. et Mutinae 1758, 11 Bde. Dazu Dominici Albanensis *promptuarium universorum operum Jac. Cujacii* Neap. 1763, 2 Bde. (zur Neapolitaner Ausgabe) und Mutinae 1795, 2 Bde. (zur Venezianisch-Modenesischen Ausgabe).

⁴⁾ Eyssell, Doneau, sa vie et ses ouvrages, 1860; Stinzing, H. Donellus in Altdorf, 1869; Buhl, H. Donellus in Heidelberg, 1891; Gesamtausgaben seiner Werke Lucae 1762ff., 12 Bde.; Florent. 1840—1847.

vertritt im Gegensatz zu Cujaz die dogmatische Richtung. Seine *commentarii juris civilis*⁵⁾, eine umfassende Darstellung des gesamten Privatrechts, sind noch jetzt wertvoll.

Ferner sind hervorzuheben Balduinus († 1573), in Bourges, Straßburg, Heidelberg lehrend, wesentlich Rechtshistoriker; Contius († 1577); Brissonius, Präsident des höchsten Gerichtshofes, 1581, von Aufstrebenden hingerichtet, bekannt namentlich durch seine Bücher: *de verborum significatione* (ein juristisches Wörterbuch) und *de formulis et solemnibus populi Romani verbis*; Hotomanus († 1591), ein hochbedeutender Gelehrter, der in seinem *Antitribonian* die Geltung des römischen Rechts in Frankreich bekämpfte; Dionysius Gothofredus († 1622), ein fleißiger Sammler, der das *Corpus juris* mit kurzen, namentlich die Parallelstellen enthaltenden Notizen herausgab; der scharfsinnige, polemische, aber zugleich praktisch bedeutsame Anton Faber († 1627); Merillius († 1647), bekannt durch seine kritischen *Variantes ex Cujacio*; endlich der letzte hochbedeutende Jurist dieser Richtung, Jakobus Gothofredus (1587—1652), der Verfasser eines ausgezeichneten Kommentars zum *Codex Theodosianus*⁶⁾.

Nach den Franzosen sind zu nennen die Spanier Antonius Augustinus († 1586), Ramos († 1638), später Retes († 1678); sowie die Italiener Alciatus (s. oben) und Scipio Gentilis († 1616 in Altdorf).

In Deutschland haben nicht nur einige der angesehensten Franzosen und Italiener gelehrt (Donell, Balduin, Hotomanus, D. Gothofredus, Gentilis), sondern es weist auch selbst achtbare Namen auf; besonders sind zu nennen Ulrich Zasius (Zäsü), 1461—1535⁷⁾, in Freiburg im Breisgau, einer der Mitbegründer der historischen Schule, aber zugleich dem praktischen Rechtsleben zugewandt; Gregor Haloander (Melker), 1501 bis 1531⁸⁾, der die erste, für ihre Zeit wertvolle kritische Ausgabe sämtlicher Teile des *Corpus juris* veranstaltete; später Vultejus in Marburg (1583 bis 1634), ein tüchtiger Exeget, Historiker und Dogmatiker⁹⁾.

Eine freilich weit schwächere Nachblüte erlebte diese Richtung in der niederländischen Schule, auf deren im wesentlichen nur antiquarische und kritische Wissenschaft sich jetzt der Name „elegante Jurisprudenz“ beschränkte. Ihr gehören u. a. an; Vinnius († 1647), Huber († 1694), Voet († 1714), Noodt († 1725), Anton Schulting († 1734) und Westenberg († 1737), ein geborener Deutscher. Auch in Deutschland ist diese Richtung vereinzelt vertreten, aber in weniger einseitiger und auch die Praxis berücksichtigender Weise. Zu nennen sind Joh. Aug. Bach und G. Chr. Gebauer in der Mitte des 18. Jahrhunderts und Weiß in Marburg, der feinsinnige Lehrer Savignys, in gewissem Sinne auch die unten zu erwähnenden Hofacker und Höpfner.

§ 19. Die Praktiker im 16. bis 18. Jahrhundert*).

Deutschland, das, wie gezeigt, von der humanistischen Richtung der Rechtswissenschaft weniger erfaßt war, wandte sich seit dem 16. Jahrhundert

⁵⁾ Zwei Bände erschienen zu Donells Lebzeiten, den dritten hat er druckfertig hinterlassen, der vierte und fünfte ist von Scipio Gentilis nach Donells Vorarbeiten zusammengestellt. Letzte Ausgabe v. König und Bucher in 16 Bdn., 1801—1834.

⁶⁾ Letzte Ausgabe Lipsiae 1736 ff.

⁷⁾ Stinzing, Ulrich Zasius, 1857, und *Gesch. d. D. RW* S. 155 ff.

⁸⁾ Stinzing I S. 180 ff.; daselbst Note 1 Literaturnachweisungen.

⁹⁾ Stinzing I S. 452—468, woselbst in Note 2 Literaturnachweisungen.

* Stinzing I S. 478 ff.; II S. 1 ff.; Landsberg III S. 54 ff.

vorwiegend der Darstellung und Umbildung des Rechts für den unmittelbaren praktischen Gebrauch zu. Man verwertete dabei die Wissenschaft der französischen Schule nur in geringem Maße, sondern fußte auf den mehr praktisch gerichteten und deshalb modernen Lehren der Postglossatoren, namentlich aber auf der Rechtsprechung der deutschen Gerichte. Man brachte daher vielfach deutsche Rechtsanschauungen zu wirksamer Anerkennung und erzeugte durch diese Mischung römischer und deutscher Elemente jene Anpassung, Umformung und Ergänzung des römischen Rechts, die in dem „*usus modernus pandectarum*“ der Mitte des 17. Jahrhunderts voll ausgebildet erscheint. In ihren Zielen ist die Wissenschaft dieser Zeit also national, sie will das deutsche Recht darstellen, während die Humanisten nicht nationales, sondern das vermeintliche römische Weltrecht lehrten.

Hauptträger der Entwicklung ist im 16. Jahrhundert die Praxis des Reichskammergerichts, an die sich eine umfangreiche sog. Kameraljurisprudenz angeschlossen, als deren Begründer und Häupter Joachim Wynsinger († 1588) und Andreas Gail († 1587), zu nennen sind¹⁾. Noch handelt es sich indes mehr um die Einbürgerung des römischen Rechts, als um seine entscheidende Umgestaltung.

Im 17. Jahrhundert haben sodann vornehmlich die sächsischen Juristen, aber neben ihnen auch andere aus der Fülle praktischer Erfahrung den Rechtsstoff gesammelt und schließlich zu vollständigen Systemen des in Deutschland gültigen Rechts verarbeitet. Hervorzuheben sind: die Juristenfamilie Pistoris, zumal Hartmann Pistoris († 1601); Benedikt Carpzow (1595—1555), zugleich praktischer Jurist und Rechtslehrer in Leipzig, der die Entscheidungen der sächsischen Praxis zu klaren Rechtsfäßen entwickelt und mit römischen und sächsischen Rechtsquellen belegt, für Strafrecht, Prozeß und Privatrecht²⁾ fast ein Jahrhundert lang maßgebende Autorität; ferner Brunnemann († 1572) zu Frankfurt a. D.), bekannt durch Pandekten- und Kobezkommentare von praktischer Richtung; Mevius († 1670 in Greifswald), der in seinen Dequisitionen die Entscheidungen des höchsten Wismarschen Gerichtshofes verarbeitete; Lauterbach († 1678 in Tübingen), der römisches und württembergisches Recht verband; Georg Adam Struve in Jena († 1692), dessen *jurisprudentia romano-germanica* („der kleine Struve“) bis gegen Ende des 18. Jahrhunderts als Lehrbuch beliebt war; Johann Schilter († 1705 in Straßburg), in dessen *exercitationes ad pandektas* das deutschrechtliche Element zuerst stärker hervortritt; endlich Samuel Stryd in Halle († 1710), dessen *usus modernus pandectarum* als eine Zusammenfassung dieser wissenschaftlich seichten, aber für die Rechtsentwicklung bedeutamen Arbeiten betrachtet werden kann.

Auch im 18. Jahrhundert erhält sich die praktische Richtung, aber in weniger einseitiger Weise. Sie verbindet sich vielmehr mit antiquarischer römischer und germanistischer Forschung, freilich ohne sofort zu wirklich historischer Auffassung durchzubringen; sie beginnt, das deutsche Recht vom römischen zu sondern und zu selbständiger Betrachtung zu erheben (darüber unten § 22), und sie wird stark von der Naturechtsdoktrin (unten § 20) beeinflusst.

¹⁾ Hauptwerke: Wynsinger, *observationem Judicii Imperialis camerae centuriae quatuor* (später *sex*), 1563—1671 in vielen Auflagen; Gail, *practicarum observationum . . . libri duo*, 1578—1721 in vielen Auflagen.

²⁾ Hauptwerk: *Jurisprudentia forensis Romano-Saxonica*, 1638, enthaltend Prozeß-, Privat- und Vehrrecht, Strafrecht.

Zu nennen sind: F. H. Böhmer († 1749), der, wenn auch vertiefend, in der Hauptsache auf Struch'schem Boden steht; Heineccius († 1741), der in seinen gewandt geschriebenen Institutionen und anderen Werken historische und praktische, römische und germanistische Bestrebungen verbindet und dabei naturrechtliche Anschauungen in das positive Recht hineinträgt; Augustin Lehser († 1752), vielleicht der bedeutendste der Praktiker, der in seinen meditationes ad pandektas vor allem der Billigkeit in der Behandlung des Einzelfalles zustrebt, aber sich dadurch bisweilen zur Umdeutung des geltenden Rechts verleiten läßt; Hofacker in Tübingen († 1693), der bereits den Übergang zur historischen Schule des 19. Jahrhunderts bildet; G. Ludw. Böhmer († 1797); endlich der mehr elegante und antiquarische Höpfer in Gießen († 1796) und der fleißige Sammler Chr. Fr. Glück († 1831), der in seiner „Ausführlichen Erläuterung der Pandekten“ eine sorgfältige und auf großartigem Fleiße beruhende Zusammenfassung der römischen Rechtswissenschaft seiner Zeit versucht, aber neben Wertvollem auch viel Wertloses bringt und durch uferlose Breite den Wert des Ganzen schädigt²⁾.

§ 20. Die Naturrechtsschule³⁾.

Seit der Mitte des 17. und im 18. Jahrhundert gelangt der kaum jemals ganz fehlende Gedanke, daß es neben oder über dem positiven Recht noch ein höheres, auf der Natur oder auf göttlicher Anordnung beruhendes Recht gebe, zu einer ganz besonderen Kraft und Bedeutung. Man suchte ein solches unabänderliches, ewiges Recht aus der Vernunft, aus der Natur der Menschen abzuleiten und beanspruchte für dieses vermeintliche Naturrecht nicht selten selbst den Vorrang vor dem positiven Rechte, während andere es wenigstens als Ergänzung des positiven Rechts oder als Richtschnur für dessen Fortbildung betrachteten.

Die Verkehrtheit dieses Strebens, die Unmöglichkeit, das Recht von seiner Geschichte abzulösen, die Unvereinbarkeit eines unabänderlichen Rechts mit der in stetigem Flusse befindlichen Entwicklung der menschlichen Gesellschaft ist später darzulegen (unten § 30 II); zunächst handelt es sich nur um die geschichtliche und literargeschichtliche Würdigung dieser Erscheinung.

Für die Fortbildung des Rechts sind die naturrechtlichen Lehren von gewaltigster Bedeutung gewesen. In dem großen geistigen Befreiungskampfe jener Zeit waren sie eine der wirksamsten Waffen. Die Aufhebung der Leibeigenschaft und Hörigkeit, die Befreiung des Grund und Bodens von Feudallasten, die Glaubens- und Kultusfreiheit, die Freiheit der Wissenschaft und ihrer Lehre, die Freizügigkeit und die allmähliche Befreiung der Gewerbe, die Beseitigung der Folter und der Hexenprozesse und die Milderung allzu schwerer

²⁾ Von dem auf 6 Bde. berechneten, der Legalordnung folgenden Werke erschienen bis zu Glück's Tode 34 (1790—1830); fortgesetzt von Mühlenbruch bis Bd. 43 und Fein bis Bd. 45; dann von Arndt's 3 Bde. u. Salkow's 1 Bd. über die Vermächtnisse (Bd. 46—49); von Leist 5 Teile über Buch 37 u. 38 der Pandekten, Burdhard 3 Teile zu Buch 39 u. 40; Czühlar's 1 Teil zu Buch 41 u. 42; Ubbelohde 5 Teile zu Buch 43 u. 44; zusammen 63 Bde., und noch fehlt viel zur Vollendung.

³⁾ Landsberg III S. 1 ff., 435 ff.; v. Gerke, Naturrecht u. deutsches Recht, 1883; Bergbohm, Jurisprudenz und Rechtsphilosophie I, 1892; weitere Literatur unten § 30.

Strafdrohungen, die allmähliche Ausgleichung der rechtlichen Stellung der Stände, endlich die Ausbildung und allgemeine Anerkennung völkerrechtlicher Grundsätze, alle diese und noch manche andere Errungenschaften des 18. und des beginnenden 19. Jahrhunderts sind zu einem wesentlichen Teile Wirklichkeiten naturrechtlicher Ideen. Auch deutschrechtliche Grundsätze haben sich oft als vermeintliches Naturrecht erhalten und erhöhte Anerkennung erlangt.

Nach beiden Richtungen sind namentlich die großen Kodifikationen am Ende des 18. und zu Beginn des 19. Jahrhunderts durch das Naturrecht stark beeinflusst worden.

Wissenschaftlich hat es zwar die Erkenntnis des positiven Rechts, dem es ja oft genug feindlich gegenüberstand, im einzelnen wenig gefördert, aber das Auge für dessen kritische Beurteilung geschärft und das Streben nach Systematik und Abstraktion gehoben.

Als Vater des Naturrechts bezeichnet man den Holländer Hugo Grotius, der in seinem berühmten Werke *de jure belli ac pacis* (1625) aus dem Geselligkeits- und Wohlfahrtstribe des Menschen (Sozialität) ein absolut wahres Recht zu deduzieren unternahm und aus der alle Menschen umschließenden natürlichen Rechtsgemeinschaft das moderne Völkerrecht entwickelte.

In Deutschland sind hervorzuheben: Samuel Pufendorf, Naturrechtslehrer und Historiograph in Heidelberg, Lund, Stockholm und Berlin († 1694), der aus dem Wesen und den Fähigkeiten des Menschen das gesamte Rechtssystem abzuleiten versuchte und für die tiefere Begründung des Staatsrechts von Bedeutung ist; Johann Leibniz, der das Naturrecht auf Gottes Weisheit basierte, aber auch den Zweck allen Rechtes, die Perfection des menschlichen Wesens, und die Bedeutung der angeborenen Menschenliebe für Ethik und Recht nachdrücklich betonte, dabei die Kraft des positiven Rechts rückhaltlos anerkannte und als einer der ersten die Kodifikation des in Deutschland geltenden Rechts verlangte¹⁾; namentlich aber Christian Thomasius in Halle († 1728), der das römische Recht nur, soweit es mit dem Naturrecht übereinstimme, also als solches in Deutschland gelten lassen wollte, ein eifriger und erfolgreicher Kämpfer gegen Hexenverfolgung und Folter und gegen katholische und protestantische kirchliche Herrschaft; endlich der Philosoph Christian Wolff und seine Schule, fruchtbringend durch die Erkenntnis, daß die Rechte nur Mittel sind für die Erfüllung der Pflichten des Menschen, und durch Verbesserung der Begriffsbildung und Systematik, einseitig aber infolge der völligen Verkennung aller historischen Entwicklung.

§ 21. Die historische Schule*) und die neuere evolutionistische Richtung.

I. Die zuerst von Herder klar ausgesprochene¹⁾ tiefere Auffassung der Geschichte als Entwicklung des Volkslebens hat in der Rechtswissenschaft ihre erste volle Frucht getragen. Man erkannte gegen Ende des 18. Jahrhunderts,

¹⁾ Vgl. G. Hartmann, Leibniz als Jurist und Rechtsphilosoph in der Tübinger Festgabe für Fhering, 1891.

²⁾ Landsberg III 2 Kap. 13, 15—17, 19, 20.

³⁾ Ehrenberg, Herders Bedeutung für die Rechtswissenschaft (Rede) 1903; Landsberg bei Grünhut 28 S. 670ff.

daß das Recht nicht die freie Schöpfung eines „weisen Gesetzgebers“, sondern das Ergebnis einer langdauernden Entwicklung ist und daher wie alles allmählich Gewordene nicht ohne Kenntnis seiner Geschichte verstanden werden kann.

Die aus diesem Grundgedanken erwachsende „historische Schule“ knüpft an die Arbeitsweise der humanistischen Jurisprudenz an und bringt sie zu höherer Entfaltung: sie bereichert die geschichtliche Erkenntnis (vornehmlich auf Grund der neu entdeckten Institutionen des Gajus, die ein überraschendes Verständnis des römischen Zivilprozesses und dadurch des Privatrechts gewährten); sie entwickelt eine methodische Quellenkritik und verfeinert die Auslegung; sie vervollkommnet die Begriffsbildung und verbessert die Systematik namentlich durch fortschreitende Abstraktion der allgemeinen Lehren und schärfere Sonderung der Rechtsverhältnisse nach ihrem juristischen Wesen. Sie unterscheidet sich aber dadurch wesentlich von der französischen Schule, daß sie die Rationalität des Rechts scharf betont und nicht römisches Weltrecht, sondern römisches Recht deutscher Geltung und daneben ursprünglich deutsches Recht darstellen will. Gleichwohl ist auch sie vor der Gefahr nicht ganz bewahrt geblieben, die Resultate der Quellenforschung mit dem geltenden Rechte zu verwechseln und berechnete Fortbildungen zugunsten des rein römischen Rechts zurückzudrängen²⁾.

Als Begründer der historischen Rechtswissenschaft gilt mit Recht Gustav Hugo in Göttingen (1764—1844)³⁾, das anerkannte Haupt aber ist Karl Friedrich v. Savigny (1779—1861), in Marburg, Landshut und Berlin lehrend, gleich hervorragend als Historiker und Dogmatiker⁴⁾. Mit Savigny beginnt eine schärfer ausgeprägte Richtung der historischen Schule, die (von der Romantik beeinflusst) das Recht als ein mit Naturnotwendigkeit sich entwickelndes Erzeugnis des „Volksgeistes“ betrachtet, die Erkenntnis des Rechts daher allzu ausschließlich auf historische Forschung gründen will und umfassende Kodifikationen für bedenklich oder gar verwerflich hält, da sie die organische Fortbildung des Rechts durch Volksüberzeugung und Wissenschaft gefährden würden.

²⁾ Beispiele bieten die Einschränkung der gemeinrechtlichen Spolienklage bei Savigny und die von Mühlenbruch aus Gajus rekonstruierte Auffassung der Session als einer Übertragung nur der Ausübung, nicht des Forderungsrechts selber.

³⁾ Hauptwerke: Röm. Rechtsgeschichte; Naturrecht als Philosophie des positiven Rechts; Zivilistische Literaturgeschichte.

⁴⁾ Savigny gab schon als 24-jähriger junger Mann in seiner „Lehre vom Besitz“ (1803) ein Muster historischer Quellenforschung und dogmatischer Darstellung, entwickelte im „Veruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft“ 1814 gleichsam das Programm der historischen Schule, erforschte die bis dahin fast unbekannte „Geschichte des römischen Rechts (genauer der römischen Rechtswissenschaft) im Mittelalter“ (7 Bde.) und stellte in dem „System des heutigen römischen Rechts“ (8 Bde.) die allgemeinen Privatrechtslehren grundlegend dar. (Eine Fortsetzung bildet das nur zu einem kleinen Teil vollendete Obligationenrecht, 2 Bde.)

Allein schon Savigny ist keineswegs in dieser sog. historischen Schule im engeren Sinne aufgegangen. Sein größtes Werk, das „System des heutigen römischen Rechts“, bedeutet vielmehr einen gewaltigen Fortschritt in der begrifflichen und systematischen Erfassung und hat, was nicht vergessen werden darf, auch die Fortbildung des Rechts in mehr als einer Lehre mächtig gefördert, insbesondere die Hauptgrundlagen des neueren internationalen Privatrechts geschaffen⁵⁾. Auch Savignys bedeutendster Schüler Georg Friedrich Puchta (1798—1846)⁶⁾ ist nicht nur ein hervorragender Darsteller der römischen Rechtsgeschichte, sondern zugleich ein durch höchste Schärfe und Begriffsklarheit ausgezeichnete Systematiker, der freilich mitunter die Bedeutung des Logischen und namentlich mancher römischer Rechtsbegriffe stark überschätzt hat.

II. Die historische Schule (im engeren Sinn) fand Gegner, die, ohne die Bedeutung der geschichtlichen Betrachtung zu verkennen, doch die Anpassung des Rechts an die Bedürfnisse der Gegenwart und die Schöpfung des Rechts aus den Anschauungen des Rechtslebens schärfer betonten, so Thibaut in Heidelberg († 1840), bekannt durch seine Forderung eines gemeinsamen Gesetzbuchs für Deutschland, und Kierulff, der die Entwicklung der Rechtsbegriffe aus dem lebendigen, in der Praxis wirklich geltenden Recht anregte⁷⁾.

Mit größerer Kraft aber hat man sich seit den letzten Jahrzehnten vorigen Jahrhunderts der praktischen Aufgabe des Rechts zugewandt. Eindringlicher als früher fragt man, ob das Recht seinem Zwecke — dem allgemeinen, die Kulturentwicklung zu fördern, wie den besonderen Zielen der einzelnen Rechtsercheinungen — gerecht werde; und so, wie es der Zweck erfordert, sucht man es wissenschaftlich zu erfassen und auszubauen, namentlich aber die Fortbildung in Gesetzgebung und Rechtsprechung zu fördern. So ist eine mit den Hilfsmitteln der Geschichte, der Rechtsvergleichung, der Philosophie arbeitende, noch mehr aber aus den wirtschaftlichen, und ethischen Bedürfnissen der Gegenwart schöpfende neue Richtung entstanden, die man, weil sie vor allem nach Fortbildung des Rechts strebt, als die evolutionistische Richtung⁸⁾ (oder Entwicklungsjurisprudenz) bezeichnen

⁵⁾ Wie töricht es ist, Savigny nur als Historiker zu bezeichnen, läßt sich schon aus der Vorrede zu „Heutiges Röm. Recht“ erkennen.

⁶⁾ Er lehrte in Erlangen, München, Marburg und Berlin. Hauptwerke: Gewohnheitsrecht 2 Bde.; Lehrbuch der Pandekten; Kursus der Institutionen 3 Bde. (Bd. 3 nach P. S. Festen von Rudorff herausgegeben.)

⁷⁾ Auch ohne Gegensatz zur historischen Schule suchten andere den praktischen Aufgaben der Rechtswissenschaft mehr gerecht zu werden, so Wächter in seinem das gemeine Recht mit darstellenden Württembergischen Privatrecht, ferner Sintenis in seinem praktisch-juristischen gemeinen Zivilrecht.

⁸⁾ Der Ausdruck erscheint passend, weil er, soweit in einem kurzen Wort möglich, das Bestreben kennzeichnet, das Recht aus dem historisch Gegebenen nach den Bedürfnissen

kann. — Ihr bedeutendster Vertreter ist Rudolf v. Jhering in Gießen, Wien und Göttingen († 1892), der zunächst in seinem „Geist des römischen Rechts“ die Entwicklung der leitenden Gedanken der römischen Rechtsentwicklung verfolgte und dann in seinem „Zweck im Recht“ den Zweckgedanken als den Leitstern der Rechtswissenschaft und Rechtsentwicklung nachzuweisen suchte. Ferner gehören dieser Richtung, wenn auch in verschieden abgestuftem Grade, viele der unten zu nennenden Juristen des 19. und 20. Jahrhunderts und die meisten lebenden Rechtslehrer an.

Im einzelnen lassen sich gegenüber der Jurisprudenz Savignys folgende Hauptveränderungen erkennen:

Wir streben mehr als früher dahin, den Zweck des Rechts und der einzelnen Rechtserscheinungen zu erkennen und es so fortzubilden, daß es den ethischen, sozialen und wirtschaftlichen Aufgaben der Zeit gerecht wird. Neue Rechtsinstitute werden daher geschaffen (Arbeiterversicherung, Urheberrecht, Gefährdungshaftung), andere durchgreifend umgestaltet (Gesellschaftsrecht, Vereinsrecht, Grundkreditrecht), das gesamte Recht wird kodifiziert und dabei im einzelnen vielfach verändert.

Hand in Hand geht damit eine veränderte Auffassung der Rechtsbildung. Während Savigny das Recht auf die Rechtsüberzeugung, den allmählich schaffenden Volksgeist zurückführte, deshalb geneigt war, sich auf die Beobachtung dieses allmählichen Werdens zu beschränken und die Bedeutung einer zielbewußten Gesetzgebung zu unterschätzen, führt die neuere Zeit das Recht auf den allgemeinen Willen zurück, der zwar durch das Rechtsbewußtsein, ebenso sehr aber durch Gedanken der Zweckmäßigkeit und des Fortschritts bestimmt wird. Die Gesetzgebung ist zu einem guten Teile auch frische, fortschreitende Tat. Die Zeit hat sich daher legislatorischen Fragen in weit höherem Maße zugewandt.

Aber auch Wissenschaft und Rechtsprechung beginnen mehr und mehr, das Recht an seinem Zweckgedanken zu prüfen, also zu erwägen, ob die Rechtsinstitute und einzelnen Rechtsvorschriften den Interessen, denen sie dienen, oder die sie ausgleichen sollen, wirklich gerecht werden. Diese praktisch kritische Rechtsbetrachtung gewinnt auf die Auslegung des Rechts und die Ausfüllung seiner Lücken einen wachsenden Einfluß und führt so zu bewußtem Fortschritt⁹⁾.

und Aufgaben der Gegenwart fortzuentwickeln. Nicht empfehlenswert ist der Ausdruck „Realsjurisprudenz“; denn damit ist über das Wesen der neuen Richtung nichts gesagt, sondern nur ein Gegensatz zu der sog. „Begriffsjurisprudenz“ angedeutet, dieser Gegensatz aber ist schief, weil keine Wissenschaft der Begriffsbildung entraten kann (s. die folgende Anm.).

⁹⁾ Das berechtigte Bestreben, dem Zweckmoment die gebührende Beachtung bei der Auslegung und Rechtsfindung zu sichern, hat aber in neuerer Zeit einzelne Schriftsteller verleitet, die Bedeutung der begrifflichen und systematischen Entwicklung des Rechts zu unterschätzen (so namentlich Fuchs, Gemeingefährlichkeit der konstruktiven Jurisprudenz (!), 1909, und Juristischer Kulturkampf (!), 1912; gemäßigter Hed, NJurZ. 1909 S. 1457 ff.; dagegen u. a. Bierling, Prinzipienlehre 4 S. 356 ff.). Diese Gegner einer begrifflich entwickelten Rechtswissenschaft übersehen völlig, daß mit dem Mangel begrifflicher Entwicklung wenigstens bei hochstehender Kultur und komplizierten Lebensverhältnissen notwendig auch der schwerste Schaden, der Schaden der Rechtsunsicherheit, verbunden wäre und entweder unerträgliche Ungewißheit oder im besten Falle banausischer Präjudizienkultus eintreten müßte. Vgl. auch Fellinet, Staatenverbindungen S. 15: „Das Verschwinden der scharfen Rechtsbegriffe ist der Tod des Rechtslebens“. Auf Jherings bekannte Verpötlung der „Begriffsjurisprudenz“ und des „Begriffshimmels“ (Scherz und Ernst 2. Aufl. S. 247 ff.) können sich die Antibegriffsjuristen gewiß nicht berufen, denn Jhering geißelt nur (und zwar mit Recht) das dem Leben abgewandte, um die praktischen Folgen unbeforgte einseitige Rechnen mit Begriffen (übrigens auch die entgegengesetzte, die Begriffe mißachtende Auffassung, z. B. S. 326, und noch manche andere Auswüchse, S. 320, 322 f.), während er den Wert einer ihrer Schranken bewußten, begrifflichen Konstruktion nie verkannt hat. Es ist arge Selbsttäuschung, wenn man meint, die unübersehbar mannigfaltigen

Auch die Rechtsgeschichte sucht neben der Einzelentwicklung die charakteristischen Merkmale der verschiedenen Zeitperioden darzulegen und in ihnen den Gesamtfortschritt des geistigen Gehalts und den Zusammenhang mit der gesamten Kultur jeder Periode zu erkennen.

Die Rationalität des Rechts wird nicht mehr so einseitig betont wie (freilich nur theoretisch) in der historischen Schule. Neben dem nationalen würdigen wir das universelle Element, das um so mehr anwächst, je inniger ein Volk mit anderen Völkern oder den Ergebnissen ihrer Kultur in Berührung tritt. Aus dieser Erkenntnis sind auch die Anfänge einer vergleichenden Rechtswissenschaft hervorgegangen.

Endlich ist die Bedeutung der Praxis für die Rechtsentwicklung erheblich verstärkt, namentlich seitdem sie in den Entscheidungen des 1879 ins Leben getretenen Reichsgerichts einen einheitlichen Ausdruck gefunden hat.

III. Außer den bereits erwähnten sind unter den verstorbenen privatrechtlichen Juristen des letzten Jahrhunderts hervorzuheben:

J. Chr. Haffe in Bonn († 1830), bekannt durch seine treffliche Monographie „Die Kulpa des röm. Rechts“; Mühlentuch, der Fortsetzer des Glücker'schen Pandektenkommentars und Verfasser der scharfsinnigen, freilich stark romanisierenden „Zession der Forberungsrechte“; Fr. L. Keller in Berlin († 1860) und A. v. Bethmann-Hollweg († 1877), beide hervorragend auf dem Gebiete des römischen Zivilprozesses; E. Böding († 1870) und Fr. Blunze († 1874) in Bonn, sowie A. Fr. Rudorff († 1873 in Berlin), Huschke († 1886 in Breslau) u. A. Pernice († 1901 in Berlin), sämtlich bekannt durch Quelleneditionen und historische Forschungen; v. Wangerow in Heidelberg († 1870), berühmter Lehrer und Verfasser eines für Einzelfragen lehrreichen Pandektenlehrbuches; L. Arndts in Wien († 1878), von dem das seinerzeit gebräuchteste Pandektenlehrbuch herrührt; ganz besonders R. G. v. Wächter („der alte Wächter“) in Leipzig († 1880), der hochbedeutende Verfasser des „württembergischen Privatrechts“, zugleich als Kriminalist hervorragend; R. G. Bruns in Berlin († 1880), Meister in rechtsgeschichtlicher und dogmatischer Forschung; Stinzing in Bonn († 1883), der verdienstvolle Bearbeiter der Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft; Brinz in München († 1887), ebenso scharfsinnig wie eigenartig, freilich in der Anordnung seines reichhaltigen Pandektenlehrbuchs wenig glücklich; Windscheid in Leipzig († 1892), dessen durch Schärfe, Reichhaltigkeit und umfassende Berücksichtigung der Literatur und der Praxis ausgezeichnetes Lehrbuch auf die Rechtsprechung maßgebenden Einfluß erlangte; Gustav Hartmann in Tübingen († 1894); Adolf Exner in Wien († 1894) und Otto Bähr (Reichsgerichtsrat, † 1895), die Verfasser einer Reihe von dogmatisch wertvollen Monographien; Dernburg († 1907 in Berlin), Verfasser wertvoller Lehrbücher des preussischen Landrechts, des Pandektenrechts und des bürgerlichen Rechts, die sich durch die Berücksichtigung der Praxis, Billigkeitsgefühl und juristischen Takt auszeichnen; Gottlieb Pland († 1910 in Göttingen), wohl der bedeutendste unter den Verfassern des BG („Vater des bürgerlichen Gesetzbuchs“), von praktischem Sinn und sicherem Billigkeitsgefühl, Herausgeber und größtenteils Verfasser des be-

Ercheinungen des Rechtslebens ohne begriffliche Zusammenfassung und Zergliederung verstehen und mit der Abwägung der Interessen, d. h. mit dem allgemeinen Billigkeitsgefühl auskommen zu können. Ebensovienig ist die didaktische Überlieferung eines hochentwickelten Rechts ohne Begriffsbildung denkbar (vgl. auch Sohm, *JurZ* 1910 S. 114f.). Aber die Begriffs- und Prinzipienbildung, die natürlich nur durch Induktionschluß aus den Einzelvorschriften erfolgen kann, ist auch für die Rechtsfindung (die Ausfüllung der Lücken des Rechts) von Wert, indem das Gefundene auf im Gesetze nicht erwähnte, zumal neue Fälle angewandt werden kann (Rechtsanalogie). Nur muß man dabei beachten, daß derartige (unvollständige) Induktionschlüsse niemals absolute Sicherheit gewähren, stets also noch zu prüfen ist, ob nicht das wirtschaftliche Bedürfnis, ethische Anschauungen, kurz der Zweck des Rechts eine Ausnahme oder Veränderung des Prinzips oder eine Umgestaltung des Begriffes gebieten. Begriffsmißbrauch (aber nicht Begriffsjurisprudenz) wäre es, wollte man (wie allerdings Buchta u. a. bisweilen getan) die Bedürfnisse des Lebens um der Folgerichtigkeit und vermeintlichen Unveränderlichkeit der Begriffe willen vernachlässigen. Über Kelsen's den Zweck aus der Jurisprudenz ganz ausschneidende Methodenlehre und die sog. „jungösterreichische Schule“ vgl. *Hed.*, *BivA* n. F. 2 S. 173ff. (Über die sog. „freie“ Rechtsfindung und die sog. „Freirechtsschule“ unten § 54 II 1).

kannten Kommentars z. BG, der tiefgehenden Einfluß auf Theorie und Rechtsprechung erlangte; Ferdinand Regelsberger in Göttingen (1911), Verfasser des durch Klarheit und Tiefe ausgezeichneten Lehrbuchs der Pandekten Bd. I (Allg. Teil) und vieler Monographien und Aufsätze; Josef Unger in Wien († 1913), Verf. des auch für das gemeine Recht wertvollen Systems des österr. Privatrechts; Konrad Hellwig in Berlin († 1913), bekannt durch größere Monographien und sein Lehrb. d. Zivilprozesses; v. Bar in Göttingen († 1913), von Bedeutung für das Internationale Recht; Strohal in Leipzig († 1914), scharfsinniger Systematiker; Bekker in Heidelberg († 1916); Josef Kohler in Berlin († 1919), höchst fruchtbarer und vielseitiger Schriftsteller, rechtsphilosophisch gerichtet, Verfasser eines Lehrbuchs d. BRG; Heinrich Brunner in Berlin († 1915), bedeutender Rechtshistoriker, Hauptwerk: Deutsche Rechtsgeschichte (germanische und fränkische Zeit); Otto v. Gierke, in Berlin († 1921), Verf. eines ausgezeichneten Handbuchs des Deutschen Privatrechts und vortrefflicher Monographien über das Genossenschaftsrecht; Ernst Jitelmann in Bonn († 1923), der die Vorschriften des BG über Rechtsgeschäfte durch seine Kritik dieser Vorschriften in E I stark beeinflusst hat, Verfasser eines Internationalen Privatrechts; Eugen Huber, Verfasser des Schweizerischen BGB († 1923).

§ 22. Die Wissenschaft des deutschen Privatrechts insbesondere*).

Seit der Rezeption des römischen Rechts wurde einheimisches Recht zunächst nur in Verbindung mit dem römischen behandelt; insbesondere stellte der *usus modernus pandectarum* das römische Recht so dar, wie es tatsächlich galt, also in Verbindung mit den deutschrechtlichen Instituten und Fortbildungen.

Eine selbständige Wissenschaft des deutschen Privatrechts erwacht erst im Anfange des 18. Jahrhunderts. Sie wird stark von der Naturrechtslehre beeinflusst und gefördert, indem deutschrechtliche Anschauungen sich häufig als vermeintliches Naturrecht Anerkennung bewahrten oder errangen.

Gesonderte Vorlesungen über deutsches Recht, zunächst freilich nur über die nicht mit dem Pandektenrecht zu verbindenden Materien beginnen mit Thomajus in Halle (vor 1706) sowie seinem Schüler Beyer in Wittenberg (seit 1707); und Heineccius gibt in seinen *Elementa juris Germanici* 1735f. zuerst eine größere, Geschichte und praktisches Recht (freilich nur äußerlich) verbindende Darstellung.

Die erste wirklich systematische Behandlung ist dem deutschen Rechte nach Püters Anregung und Plan in Selchow's *Elementa juris Germanici* 1762 zuteil geworden, einem sorgfältigen, zahlreiche Partikularrechte berücksichtigenden, gut geordneten Werke, das sich drei Jahrzehnte hindurch die Herrschaft bewahrte: dann wurde es (1791) durch die „Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts“ von Runde in Göttingen abgelöst, das erste den römisch-rechtlichen Werken jener Zeit ebenbürtige System des deutschen Privatrechts, das freilich theoretisch dem Naturrecht fast unbeschränkten Raum gewährt, tatsächlich aber weit mehr auf einem reichen deutschen Quellenmaterial beruht.

Seine höhere wissenschaftliche Ausbildung verdankt auch das deutsche Recht der historischen Schule. Ihr Haupt unter den Germanisten ist Carl Friedrich Eichhorn (1781—1854) durch sein schöpferisches Werk über die deutsche Rechtsgeschichte und sein dogmatisches Werk „Einleitung in das

* Stobbe I § 16; Gierke I § 11 und Naturrecht u. deutsches Recht, 1883; Stinzing II S. 1ff., 55ff.; 132ff., 159ff., 165ff.; Landsberg III I S. 54ff., 64ff., 90 u. 110, 137ff., 188f., 259ff., 451ff.; III 2 S. 253ff.; 307ff., 495ff., 778ff., 886ff. Weitere reiche Literatur bei Gierke.

deutsche Privatrecht“, durch das er den deutschen Rechtsinstituten gegenüber den römischen ihre systematische Stellung anwies und ihren inneren Zusammenhang sowie ihr Verhältnis zu den allgemeinen Rechtsbegriffen feststellte.

Unter den späteren Lehr- und Handbüchern verstorbener Verfasser sind hervorzuheben die Werke von Rittermayer († 1867), von großem Quellenreichtum, aber nicht immer zuverlässig; Beseler († 1888), der namentlich die neuere Gesetzgebung für das deutsche Privatrecht fruchtbar machte und moderne Rechtsinstitute heranzog; Gerber († 1891), ausgezeichnet durch klare Begriffsentwicklung und präzise Darstellung, aber bisweilen römisch schablonisierend; das deutsche Privatrecht von Stobbe († 1887) in 5 Bänden, das in gebiegener und reichhaltiger Darstellung mit der dogmatischen Behandlung eine historische Entwicklung der Rechtsinstitute verbindet; namentlich aber das ebenso reichhaltige als tiefgründende „Deutsche Privatrecht“ von Otto v. Gierke († 1921), 3 Bde. (Allg. Teil, Sachenrecht, Schuldverhältnisse) erschienen.

§ 23. Rückblick und Ausblick.

Die Geschichte der Privatrechtswissenschaft hat uns einen mehrfachen Wechsel zwischen zwei Richtungen gezeigt, von denen die eine die unmittelbare praktische Verwendbarkeit als das einzig wesentliche Ziel betrachtet, daher zu kasuistischer Behandlung neigt und aus den Ergebnissen der Rechtsprechung ihre Hauptnahrung zieht, während die andere in begrifflicher Vertiefung und dogmatisch-historischer Gesamterkenntnis die höchste Aufgabe der Wissenschaft erblickt. Die neuere Zeit hat diese Richtungen zu vereinigen und dadurch auszugleichen gesucht und eine philosophisch-kritische Betrachtung hinzugefügt, die den Zweck und Grund des Rechts und seiner Einzelercheinungen zu erkennen strebt, es nach dem Maße der Erreichung dieser Zwecke würdigt und zu bessern sucht und somit der Gesetzgebung wie der Fortbildung durch die Rechtsprechung vorarbeitet.

Die Neuformung und erhebliche Umgestaltung fast des gesamten Privatrechts und mancher verwandten Rechtsteile im Bürgerlichen Gesetzbuch und seinen Nebengesetzen fordert unzweifelhaft ein erhebliches Maß praktischer Einzelarbeit, um den Sinn und die Anwendungsgrenzen der einzelnen Vorschriften festzustellen, sie mit den wirtschaftlichen und ethischen Interessen, die ihnen zugrunde liegen, in vollen Einklang zu bringen und ihr außerordentlich mannigfaltiges und verwickeltes Zusammenwirken und Zueinandergreifen klarzulegen. Mit dieser massenhaften praktischen Kleinarbeit ist unleugbar die Gefahr des Sichverlierens in Einzelfragen gegeben, und vor dieser Gefahr haben sich Wissenschaft und Rechtsprechung in gleicher Weise zu hüten¹⁾. Gerade ein ins Feinste ausgebildetes Recht kann einer tiefgründenden dogmatischen und historischen Behandlung am wenigsten entraten. Das gilt besonders jetzt, wo uns die doppelte Aufgabe gestellt ist, die wertvolle gemein-

¹⁾ Auch eine Warnung vor allzu großer Breite dürfte manchen neueren Schriften gegenüber am Platze sein; nur Unverständige schäßen ein Buch nach seinem Umfange und der Zeit, die es den Leser kostet.

rechtliche Wissenschaft für die Erkenntnis des bürgerlichen Rechts fruchtbar zu machen und zugleich dessen neue Rechtsgedanken selbständig zu erfassen, zu vertiefen und fortzubilden.

Auch die philosophisch-kritische Rechtsbehandlung ist nicht entbehrlich. Freilich wird sie stets beherzigen müssen, daß es sich nicht darum handeln kann, fertige Ergebnisse philosophischer Richtungen und Systeme auf die Rechtswissenschaft zu übertragen, sondern daß ihr die schwerere, aber auch dankbarere Aufgabe erwächst, aus dem Gesamtgebiete der Rechtsercheinungen also aus der Fülle aller unserer Erfahrungen vom Rechte die Grundbegriffe und die leitenden Ideen zu entwickeln.

Das Höchste aber, was der Wissenschaft und Gesetzgebung (in gewissen Grenzen auch der Rechtsprechung) obliegt, ist die Fortbildung des Rechts. Seit der Staatsumwälzung vom 9. Nov. 1918 hat eine tiefgreifende Umgestaltung unseres öffentlichen Rechtes begonnen, die auch das Privatrecht mit-ergriffen hat und noch weiter ergreifen wird. In solcher Zeit gilt es vor allem, über den Sonderbestrebungen bestimmter Parteien und Bevölkerungsklassen nicht das höchste Ziel allen Rechts aus den Augen zu verlieren. Dieses höchste Ziel aber ist die Entwicklung unserer gesamten Kultur, die Vervollkommnung des menschlichen Zusammenlebens und des Menschengeschlechts. Gewiß ist das Streben der unteren Bevölkerungsklassen nach Hebung ihrer wirtschaftlichen Lage berechtigt und verdient tatkräftige Unterstützung; aber doch nur so weit, als es mit dem Wohle des Ganzen vereinbar ist. Wollte unsere Gesetzgebung eine zu weit gehende Sozialisierung oder sogar die wirtschaftliche Gleichheit Aller erstreben, so würde sie die mächtigsten Triebkräfte in Gewerbe und Landwirtschaft, das Unternehmertum und die Kapitalbildung zerstören, zugleich aber die freie Bewegung des Einzelnen in unerträgliche Fesseln schlagen und die Grundlagen unserer geistigen Kultur untergraben. Nicht die gleichen Rechte aller Einzelnen, sondern ihre Pflichten und ein kräftiges, alle Willkür bannendes oder brechendes Pflichtgefühl sind für das Wohl des Ganzen das erste Erfordernis. Volksklassen, die nur nach Rechten streben und ihre Pflichten vergessen, treiben das ganze Volk und damit sich selbst in den Abgrund. Das gilt wie vom öffentlichen, so auch vom Privatrecht. Auch hier ist das Ziel: eine feste Ordnung, die eine gedeihliche wirtschaftliche und sittliche Entwicklung aller Glieder des Volkes ermöglicht und fördert. Möge das Pflichtgefühl unseres Volkes, seine Vaterlandsliebe und in beider Dienste eine zielbewußte und doch besonnene Gesetzgebung und eine kräftige Hand unser Volk vor dem Zusammenbruch seiner wirtschaftlichen und geistigen Entwicklung bewahren.

V. Literarische Hilfsmittel. Materialien*).

§ 24. Gemeines Recht und Landesgesetze**).

I. Pandektenlehrbücher.

Glück, Erläuterung der Pandekten, fortgesetzt von Mühlenbruch u. a.; die Anordnung folgt den Digesten; das Werk ist bis Buch 44 gediehen (63 Bde.).

Buchta, Pandekten, 12. Aufl. 1877; dazu Buchta, Vorlesungen über das heutige römische Recht, 2 Bde., 6. Aufl. 1874.

Kierulff, Theorie des gem. Zivilrechts, Bd. 1 (allg. Lehren) 1839.

v. Bangerow, Zeitsagen für Pandektenvorlesungen, 3 Bde., 7. Aufl. 1863—1869 (empfehlenswert für römischrechtliche Einzelfragen).

v. Savigny, System des heutigen römischen Rechts, 8 Bde., 1840—1849, mit Register v. Heuser (hochbedeutendes, grundlegendes Werk, behandelt aber nur die allgemeinen Lehren); außerdem 2 Bde., Obligationenrecht, 1851/53 (unvollendet).

Sintenis, Das praktische gemeine Zivilrecht, 3 Bde., 3. Aufl. 1868 u. 1869.

Arnolds, Lehrb. d. Pand., 13. Aufl., bes. v. Pfaff u. Hofmann 1896.

Brinz, Lehrbuch der Pandekten, 4 Bde., 2. Aufl. 1873—1892, zum Teil besorgt von Lotmar (geistvoll und reichhaltig, aber nicht gut geordnet).

Keller, Pandektenvorlesungen (nach seinem Tode herausgegeben von Friedberg), 2. Aufl. 1867.

Windscheid, Lehrbuch der Pandekten, 3 Bde., 9. Aufl. von Ripp 1906 (ausgezeichnet durch Schärfe, Gründlichkeit und Orientierung über die Literatur).

v. Wächter, Pand. Iten (Vorlesungen), 2 Bde. 1880 und 1881, nach dem Tode des berühmten Rechtslehrers herausgegeben von D. v. Wächter.

Dernburg, Pandekten, 3 Bde., 8. Aufl. erscheint seit 1910 (Berücksichtigung der neuesten Praxis, juristische Takt und flüssige Darstellung).

Bekker, System des heutigen Pandektenrechts, 2 Bde. 1886, 1889 (allgem. Teil).

Wendt, Lehrbuch der Pandekten, 1888.

Hölder, Pandekten, 1891 (allgemeiner Teil).

Regelsberger, Pandekten, Bd. 1, 1893 (hervorragend und tiefgründend), nur der allgemeine Teil erschienen.

II. Gegetische Hilfsmittel für das römische Recht.

1. Die glossierten Ausgaben des Corpus juris, die letzte in 6 Bdn. von 1627.

2. Cujacii omnia opera, 11 vol., Neap. 1722; 11 vol., Venet. 1758—1783. Ein Wörterbuch dazu: Dominici Albanensis promptuarium, Neap. 1763 (zur Neapolitaner Ausgabe); Mutinae 1795 (zur Venezianischen Ausgabe).

3. Die Commentare, namentlich zu den Institutionen von Schrader; zu den Digesten von Alciatus, Duarenus, Donellus; zum Kobex von Azzo, Donellus und Giphanius.

4. Die Lexika:

Brissonius, de verborum significatione ed. Böhmmer, 1743 (noch jetzt brauchbar).

Dirksen, manuale latininitia fontium jur. civ. Rom, Berlin 1837.

Heumann, Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts, 9. Aufl. (von Sedel) 1907 (reichhaltig u. zuverlässig).

Vocabularium jurisprudentiae romanae von Gradentwiß, Rübler, Schulze, Helm im Erscheinen seit 1894.

III. Lehrbücher des deutschen Privatrechts.

Karl Friedrich Eichhorn, Einleitung ins deutsche Privatrecht, 5. Aufl. 1823 bis 1845 (für seine Zeit bedeutend, jetzt veraltet).

*) Mühlbrecht, Wegweiser durch die neuere Literatur der Rechts- und Staatswissenschaften Bd. 1, 2. Aufl. 1893, Bd. II 1901; anschließend jährliche Übersichten.

***) Die kurzen Bemerkungen, die einigen Literaturangaben hinzugefügt sind, bezwecken nur eine vorläufige Orientierung der Studierenden.

Beseler, System des gemeinen deutschen Privatrechts, 4. Aufl., Berlin 1885.
 Stobbe, Deutsches Privatrecht, 5 Bde., Bd. 1—4 in 3. Aufl. 1893—1900 (davon Bd. 2—4 von H. D. Lehmann bearbeitet), Bd. 5 1885 (reichhaltig, auch die Geschichte berücksichtigend).

Heusler, Inst. des deutschen Privatrechts, 1886.

Gerber, System des deutschen Privatrechts, 17. Aufl. von Cosack 1895 (empfehlenswert).

Gengler, Deutsches Privatrecht, 4. Aufl. 1892.

v. Roth, Deutsches Privatrecht, 3 Bde., 1880—1886.

v. Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd. 1 allgem. Teil u. Personenrecht, 1895, Bd. 2 Sachenrecht, 1905, Bd. 3 Schulrecht, 1917 (groß angelegtes, sehr selbständiges Werk).

Hübner, Grundzüge des deutschen Privatrechts, 4. Aufl. 1922.

IV. Lehrbücher der Partikularrechte.

1. Preußen:

Koch, Preussisches Privatrecht, 2 Bde., 3. Aufl. 1857—1858.

Förster-Eccius, Preussisches Privatrecht, 7. Aufl. 1896/97 (sehr reichhaltig, auch für das gemeine Recht wertvoll).

Dernburg, Preussisches Privatrecht, 3 Bde., 5. bzw. 4. Aufl., 1894/97 (treffliches Lehrbuch).

D. Fischer, Lehrb. d. preuß. Privatrechts, 1887 (kurze für Studierende geeignete Darstellung).

Koch, Kommentar zum Landrecht, 8. Aufl. von Achilles, Hirschius, Johnson und Bierhaus 1883—1886.

2. Bayern: v. Roth, Bayerisches Zivilrecht, 3 Bde., 2. Aufl. 1881, Bd. II u. III v. Becher bearb. 1897.

3. Württemberg: Wächter, Handbuch des württembergischen Privatrechts, 2 Bde. (Rechtsgeschichte und allg. Teil), wertvoll, auch für das gemeine Recht.

4. Sachsen: Grünmann, Lehrb. des sächs. Privatrechts, 2 Bde., 1887 u. 1889.

5. Kurhessen: Roth und v. Meibom, Kurhessisches Privatrecht, Bd. 1, 1858 (Fortsetzung: Platner, Sachenrecht, 1875). Oldenburg: Ruffstrat, Oib. Landesprivatr., 1900. Braunschweig: Hampe, Braunschw. Landesprivatr., 2. Aufl. 1901.

6. Österreich: Unger, System des österreichischen Privatrechts, Bd. 1 (allg. Teil), Bd. 6 (Erbrecht), 2. Aufl. 1871. Pfaff und Hofman, Komm. zum österr. Gesetzbuch I Bfg. 1 u. 2, II Bfg. 1—5, und dazu Exkurse I 1—4, II 1—3, seit 1877 (unvollendet).

7. Rheinisches Recht: Zachariae, Handbuch des französischen Zivilrechts, 4 Bde., 7. Aufl. v. Dreher 1886, 8. Aufl. von Crome 1894/95.

8. Ferner wird das Landesprivatrecht verschiedener Staaten, wie es sich nach dem Inkrafttreten des BG gestaltet hat, in Ergänzungsbänden zu Dernburgs Lehrb. des Bürgerl. Rechts dargestellt. Bis jetzt erschienen: Bayerisches Landesprivatrecht von Ortman n, 1903; Elsaß-Lothringisches von Risch, 1905; Sächsisches von Rloß, 2. Aufl. 1908; Badisches von Dorner u. Seng, 1906; Mecklenburgisches von v. Buchka, 1905; Hamburgisches von Röldeke, 1908; Hessisches v. Wolf i. Verb. mit Gauß u. Fuchs, 1910; Walbed-Phymont von Lange, 1910; für die Thüring. Staaten von Bödel, 1912.

§ 25. Bürgerliches Recht*.)

I. Gesetzgeberische Vorarbeiten.

1. Die aufeinander folgenden Entwürfe, nämlich:

Die Redaktorenentwürfe (RB).

Der Entwurf erster Lesung (E I) von 1888.

Der Entwurf zweiter Lesung (E II) von 1895 und zwar die Teilentwürfe (E IIa) und die Schlußredaktion oder Bundesratsvorlage (E IIb).

* Eine geordnete Übersicht gibt Maas, Bibliographie des bürgerl. Rechts, 1899 (zugleich Bürgl. Bd. 16), welche im Bürgl. Bd. 18 S. 193 ff., 19 S. 345 ff., 20 S. 315 ff.,

Die Reichstagsvorlage (E III) von 1896.

2. Die Motive (Mot.) zu dem Entwurfe (E I) eines BG, 5 Bde., 1888.

3. Die Zusammenstellung der gutachtlichen Äußerungen zum Entwurf eines BG, gefertigt im Reichsjustizamt, 5 Bde. und 1 Bd. Nachträge 1890/91.

4. Die Protokolle der II. Kommission (Prot.), (8765 metallographierte Folienseiten), herausgegeben von Achilles, Gebhard und Spahn, 7 Bde., 1897—1899.

5. Die Denkschrift (D) zu dem Entwurfe (E III) eines BG, Reichstagsverhandlungen 1895/96 zu Nr. 87; Ausgaben bei Guttentag und Liebmann.

6. Die Berichte der Reichstagskommission von 1895/96 Nr. 440—440e über Buch I u. II Enneccerus, III v. Buchka, IV Bachem, V Schröder (Buchausgabe in Gehmanns Verlag und in Guttentags Verlag 1896) und die Plenarverhandlungen vom 3. bis 6. Februar und 19. Juni bis 1. Juli 1896.

7. Nicht veröffentlicht, aber zugänglich sind die Vorarbeiten der Redaktoren der ersten Kommission mit ausführlichen Begründungen und Nachträgen, 19 Foliobände. Gleichfalls nicht veröffentlicht sind die Protokolle der I. Kommission (12309 metallographierte Folienseiten). Auf Grundlage beider sind die Motive abgefaßt.

Eine Sammlung der Materialien enthält: Mugdan, Die gesamten Materialien zum BG, 5 Bde., 1899, nebst Ergänzungsband von Stegemann über die preuß. Ausführungsgesetze. Ein Verzeichnis der Ausgaben der Materialien gibt Maas, Bibliographie der aml. Materialien z. BG, 1897.

II. Ausgaben und Kommentare.

1. Ausgaben mit kurzen Erläuterungen:

Fischer und Ebert (Henle, Schneider), 12. Aufl. 1923.

Achilles (André, Meyer, Strecker, Unzner), herausg. von Greiff, 11. Aufl. 1923.

Neumann, Handausgabe des BG, 3 Bde., 6. Aufl. 1912.

Kuhlenbed, Das BG, 2. Aufl. 1903.

Warneher, Das BG erläutert durch die Rechtsprechung, 4. Aufl. 1923.

2 Größere Kommentare:

Bland (André, Brodmann, Busch, Ebbede, Flab, Gunkel, Knoke, Lobe, Degg, Siber, Strecker, v. Unzner), 4. Aufl. im Erscheinen seit 1913.

Kommentar des Heymannschen Verlags von Vertmann (Allg. Teil 2. Aufl. 1908; Schulbverh. 3./4. Aufl. 1910), Biermann (Sachn. 3. Aufl. 1914), v. Blume u. Opet (FamR 1906), Fr. Leonhard (Erbrecht 2. Aufl. 1912), Riedner (EinfG 2. Aufl. 1901).

Kommentar des Beckh'schen Verlags von Hölder (Allg. Teil 1900), Schollmeyer (Schulbverh. I 1900), A. B. Schmidt u. A. Fuchs (FamR 1907/09).

v. Staubinger, Löwenfeld Riezler, Kuhlenbed, Kober, Herzfelder, Th. Engelmann), 7./8. Aufl. 1912—1914 u. Gesamtnachtrag 1922.

Das BGB, Kommentar von Reichsgerichtsräten (RGKomm), 5. Aufl. 1923.

Warneher, Kommentar z. BG I. 1923, II 1926.

Lindemann u. Soergel, Das BGB, 1921, 2 Bde., 2. Aufl. 1923.

Rehbein, seit 1899, Bd. I (Allgem. Teil), Bd. II 2 Lfgn. (Allg. L. der Schulbverh.).

Eine Materialiensammlung im Auszuge enthält Haidlen, BG 1897.

III. Größere systematische Darstellungen (Lehr- u. Handbücher).

Endemann, Lehrbuch des BR, 3 Bde., 8. u. 9. Aufl.

Cosack u. Mitteis, Lehrbuch des BR, 7. u. 8. Aufl. 1924.

Crome, System des deutschen Bürgerlichen Rechts, 5 Bde., 1900—1912.

Dernburg, Das BR des Deutschen Reichs und Preußens, 5 Bde., 3. Aufl., teilweise 4. Aufl. 1905—1915.

Goldmann-Lilienthal, Das BG, 2 Bde., 2. Aufl. 1903—1914.

Kohler, Lehrb. d. bürgerl. Rechts, Bd. I, II, III 1, 1904—1919.

22 S. 109ff., 24 S. 87ff., 26 S. 222ff. bis zum Jahre 1904 einschließlich fortgesetzt ist. Von da an vgl. Maas, Jurisprudentia Germaniae 1905, 1906, und für die Folgezeit die Literaturberichte in der JurW. 1907f.

Biermann, Bürgerliches Recht, Bd. I (allg. Teil) 1908; Sachenrecht, 3. Aufl. 1914.
 v. Tuhr, Der allg. Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts Bd. I 1910; Bd. II 1
 (1914), II 2 (1918).

IV. Kleinere Systeme, Vorträge, Einführungen.

Matthias, Lehrb. d. BR, 6./7. Aufl. 1914.

Landesberg, Das Recht des BG, 2 Bde., 1908.

Müller und Meißel, Das bürgerl. R. des Deutschen Reiches, 2. Aufl. 1904.

Prüßmann, Institutionen des BG, 4. Aufl. 1912.

Leonhard, Der allg. Teil des BG, 1900.

Ed, Vorträge, 3 Bde. (herausg. von R. Leonhard), I./2. Aufl. 1903, 1904.

Sachsenburg, Das BG, 2. Aufl. 1899 (Vorträge).

Hellmann, Vorträge, 1897 (allg. Teil).

Hellmann, Das Recht des BG, allg. Teil 1900.

Siméon-David, Lehrb. d. Bürgerl. R., 12. u. 13. Aufl., 1924.

V. Wörterbücher.

Bernhardi, Handwörterbuch zum BG, 3. Aufl. 1902.

Grabenwitz, Wortverzeichnis zum BG, 1902.

VI. Zu den Ausführungsgesetzen zum BG.

Becher, Die Ausführungsgesetze zum BG, 3 Bde., 1901; dazu Ergänzungsband 1911.
 Kommentare der einzelnen Ausführungsgesetze für Preußen von Strauß u. Geb-
 hard (1901), Müller u. Crusen (1901); für Bayern Böhm u. Klein (1901); für Württem-
 berg Riedner (1900); für Baden Dorner (1901); für Elsaß-Lothringen Molitor, 2. Aufl.
 (1909).

§ 26. Zeitschriften, Gerichtsentscheidungen, Sammlungen von Aufsätzen usw.

I. Zeitschriften.

Archiv für zivilistische Praxis (ZivA) seit 1818.

Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern (früher Seufferts Blätter für Rechts-
 anwendung) seit 1836.

Jahrbücher für Dogmatik (DogmZ) des röm. und deutschen Privatrechts (seit
 1857) von Fhering und Gerber, dann von Regelsberger u. a., jetzt von Schulze u.
 Siper.

Zeitschrift für Privat- und öffentliches Recht von Grünhut (Grünhut),
 seit 1874.

Archiv für bürgerliches Recht (BürgA) von Kohler, Ring u. Ortman,
 1888 bis 1919.

Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts (Gruchot)
 herausg. v. Rünzel, Eccius u. Predari, jetzt von Predari, Schlegelberger u. Wolff.
 Verhandlungen des deutschen Juristentages (DJT), seit 1860.

Jahrbuch des deutschen Rechts (JdR), herausg. v. Neumann seit 1904, jetzt
 von Schlegelberger, Boschan u. Sternberg.

„Kriegsbuch“ und „Übergangsrecht“ herausg. v. Güthe u. Schlegelberger,
 dann von Schlegelberger, 11 Bde., 1915—1921.

Juristische Wochenschrift (JurW), seit 1872 herausg. v. Neumann, jetzt v.
 Magnus, Dittenberger.

Deutsche Juristenzeitung (JurZ), seit 1896, herausg. v. Liebmann.

Das Recht (Recht), seit 1897 herausg. v. Soergel.

Recht u. Wirtschaft, Zeitschr. f. deutsches u. ausländisches Wirtschaftsrecht, seit
 1912.

Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht, seit 1921.

Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht, seit 1907 (LeipZg).

Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (KritVSt), seit 1859.

Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie seit 1907.

II. Gerichtsentscheidungen.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (RGZ), seit 1880.

Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts, herausg. v. Mugdan u. Falkmann, seit 1900 (OLRG).

Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte (SeuffA), seit 1847.

Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts, 1870—1880 (ROHG).

Jahrb. f. Entsch. des Kammergerichts, herausg. v. Johow u. Ring (KG).

Neumann, Rechtsprechung d. RG in Zivilsachen, 1908; zweite Folge 1912.

Warneher, Rechtspr. des Reichsgerichts (Ergänzungshefte), seit 1908 (Warn).

Warneher, Jahrbuch der Entscheidungen zum BG, seit 1903.

Ferner werden zahlreiche Reichsgerichtsentscheidungen mitgeteilt in der **Juristischen Wochenschrift**, **Gruchots Beiträgen** (oben I), der **Juristenzeitung**, im **Recht** und in anderen Zeitschriften.

III. Sammlungen von Aufsätzen.

Das Recht des BG in Einzeldarstellungen, herausg. von Fischer.

Studien zur Erläuterung des bürgerlichen Rechts, herausg. v. R. u. Fr. Leonhard.

Beiträge zur Auslegung des BG, herausg. von Bernhöft.

Zivilrechtl. und prozessrechtl. Abhandlungen, herausg. von Kijch.

Erstes Buch. Allgemeiner Teil.

Erster Abschnitt: Das Recht.

I. Begriff und Haupteinteilung des Rechts.*)

§ 27. Die Rechtsätze: Gebote und Gewährungen.

Das Recht besteht aus Geboten (einschließlich der Verbote) und Gewährungen. Genauer: jeder vollständige Rechtsatz enthält ein Gebot, viele aber außerdem, ja sogar in erster Linie eine Gewährung (z. B. die Gewährung des Eigentums oder eines anderen Rechts).

I. Unzweifelhaft gibt es allerdings unter den Rechtsvorschriften, z. B. den Bestimmungen eines Gesetzbuches nicht wenige, die für sich allein kein Gebot oder keine Gewährung enthalten. Eine genauere Betrachtung zeigt dann aber auch, daß sie für sich allein bedeutungslos sind. Sie kommen nur in Verbindung mit anderen Rechtsätzen in Betracht, mit denen zusammen sie Gebote oder Gewährungen bilden, sie erlangen erst in dieser Verbindung die Natur von Rechtsätzen¹⁾; denn Recht ist nur, was als solches wirkt, d. h.

*) Bierling, Zur Kritik der jur. Grundbegriffe, 2 Bde. 1877, 1883. Juristische Prinzipienlehre, 5 Bde. (1894—1917); Binding, Die Normen und ihre Abtretung, Bd. I, 2. Aufl. 1890, Bd. II 1877; Thon, Rechtsnorm und subjektives Recht, 1878; Thering, Zweck im Recht, 3. Aufl. 1893, 1898, Kap. VIII; A. Merkel, Juristische Enzyklopädie, 2. Aufl. 1900, §§ 1 ff. und in Holzendorffs Enzyklopädie S. 5 ff.; v. Gierke, D. Pr. I § 15; Hölder, Objektives und subjektives Recht, 1893; Stammler, Wirtschaft und Recht, 1896; Theorie der Rechtswissenschaft, 1911; Rechtsphilosophie § 1 ff.; Vinder, Rechtsnorm und Rechtspflicht, 1912; Somló, Juristische Grundlehre, 1917; Baumgarten, Wissenschaft vom Recht I, 1920. Vgl. ferner Rümelin, Reden und Aufsätze S. 62 ff., 176 ff., 317 ff.; Thon, JögmD. 50 S. 1 ff.; R. Rümelin, ZivA. n. F. 1 S. 145 ff. Die philosophische Literatur hat sich mit dem juristischen Begriff des Rechts (dem Begriff des positiven Rechts) wenig beschäftigt, sondern behandelt fast ausschließlich den (höchsten) Zweck des Rechts oder das Idealbild des Rechts (darüber unten § 28); meint doch Kant, Metaph. Gründe der Rechtslehre, ges. Werke (v. Hartenstein 1868) VII, S. 26 ff.: „Die Juristen können den Rechtsbegriff nicht finden, sie müßten denn erst ihre empirischen Prinzipien (d. h. das positive Recht) verlassen und in der bloßen Vernunft die Quelle des allgemeinen Kriteriums für Recht und Unrecht suchen“, vgl. auch Schopenhauer, Grundprobleme der Ethik, 1840, 2 § 18 S. 222.

¹⁾ Möglich ist übrigens, daß der eine dieser Rechtsätze außerdem für sich allein

ordnend und gestaltend in das Zusammenleben der Menschen eingreift²⁾. Sie sind nur Teile also von Rechtsätzen, unvollständige Rechtsätze³⁾.

1. Unvollständig sind zunächst die Rechtsätze, durch die lediglich andere Rechtsätze in einzelnen Beziehungen bestimmt (erklärt, beschränkt) oder abgeändert werden. Dahin gehören:

a) die begriffsentwickelnden (erklärenden, deklaratorischen); denn sie geben nur Aufschluß über den Inhalt der den erklärten Begriff verwendenden Rechtsätze⁴⁾.

b) Rechtsätze, die den Inhalt eines allgemeineren Rechtsatzes für gewisse Fälle verneinen (sog. verneinende, besser „beschränkende“); denn sie beschränken lediglich den zu allgemein ausgedrückten Rechtsatz auf sein richtiges Maß⁵⁾.

c) Rechtsätze, die einen bisher geltenden Rechtsatz in gewissen Beziehungen verändern⁶⁾ (abändernde); denn sie enthalten nur eine nähere Bestimmung des nun entfallenden, modifizierten Rechtsatzes.

2. Unvollständig sind ferner die Rechtsätze, welche direkt oder indirekt andere Rechtsätze für maßgebend erklären, also ihren materiellen Inhalt erst durch die Verbindung mit diesen anderen Sätzen empfangen (verweisende Rechtsätze im weiteren Sinn). Dahin gehören insbesondere:

a) die Sätze, welche direkt einen anderen Rechtsatz (oder eine Mehrheit von solchen) für maßgebend erklären (verweisende Rechtsätze im engeren Sinn),

b) die Fiktionen. Sie erklären einen anderen Rechtsatz (oder einen Komplex von solchen) dadurch für einen neuen Tatbestand als maßgebend, daß sie diesen Tatbestand seiner wahren Natur entgegen so auffassen (genauer: so umdenken), daß er unter jenen Rechtsatz paßt⁷⁾.

rechtlich bedeutsam ist. Dann ist er einerseits vollständiger Rechtsatz, andererseits Teil eines zweiten Rechtsatzes. So ist z. B. der Rechtsatz, auf den durch einen anderen Rechtsatz verwiesen wird (unten 2a), einerseits (oft) ein vollständiger Rechtsatz, andererseits bildet er mit dem verweisenden (unvollständigen) Rechtsatz zusammen einen zweiten vollständigen Rechtsatz.

²⁾ Vgl. auch Kierulff, Theorie des gem. Zivilrechts, S. 5: „Nur das ist Recht, welches lebendig wirkt.“ . . . „Es ist nur als die durch die Tat bewiesene Kraft.“ Zhering, Geist des röm. Rechts, §§ 4 u. 38. Bergbohm I S. 80.

³⁾ Unter Rechtsatz ist also nicht ein grammatischer Satz (der sich auf das Recht bezieht), sondern eine das Rechtsleben gestaltende Rechtsregel zu verstehen. Ein grammatischer Satz kann mehrere Rechtsätze enthalten und umgekehrt ein Rechtsatz in mehreren grammatischen Sätzen ausgedrückt sein. Ja der Rechtsatz kann, wie das Gewohnheitsrecht zeigt, der Formulierung in bestimmten grammatischen Sätzen überhaupt entbehren.

⁴⁾ Das ist jetzt allgemein anerkannt.

⁵⁾ Der (römisch-rechtliche) Satz „Schenkungen unter Ehegatten sind nichtig“, ist nur eine Beschränkung des die Gültigkeit der Schenkungen (zu allgemein) ausprechenden Satzes. In Wahrheit besteht nur der eine Rechtsatz, daß Schenkungen mit Ausnahme derjenigen unter Ehegatten gültig sind. Zu den verneinenden Rechtsätzen gehören auch diejenigen, welche etwas für „nicht verboten“ erklären; denn sie sind in Wahrheit nur eine Beschränkung jenes Verbots und würden, wenn das Verbot nicht bestände, bedeutungslos sein (z. B. das Verbot, an Sonntagen Handel zu treiben, wird für den Sonntag vor Weihnachten als unanwendbar erklärt, also auf die übrigen Sonntage beschränkt). Man darf aber diese lediglich ein Verbot beschränkenden Sätze nicht mit „gewährenden“ Rechtsätzen (die von manchen „erlaubende“ genannt werden) verwechseln (vgl. unten II u. Anm. 12).

⁶⁾ Das Verbot, mehr als 5% Zins zu nehmen, wird dahin abgeändert, daß 6% erlaubt werden.

⁷⁾ So unterwarf die fictio legis Corneliae das von einem in Kriegsgefangenschaft verstorbenen früheren römischen Bürger hinterlassene Vermögen dadurch den Grundsätzen über die Beerbung, daß sie ihn als im Moment der Gefangenahme verstorben betrachtete (Ulpr. 23 § 5; Paul. III 4 a § 8; L. 12 D. qui test. 28, 1; L. 22 D. de captiv. 49, 15). Man beachte aber, daß die Geltung der Fiktion sich meistens auf bestimmte Rechtsverhältnisse beschränkt, nicht selten selbst in solchen Fällen, in denen das Gesetz sie scheinbar unbeschränkt auspricht (vgl. z. B. § 1923 Abs. 2, darüber unten § 77 Anm. 2). Man unterscheidet historische Fiktionen, durch welche ein Rechtsatz (oder ein Komplex von solchen) auf einen bisher ihm nicht unterstehenden Tatbestand ausgedehnt wird (Beispiel: die

c) die Rechtsätze, welche einen anderen Rechtsatz aufheben; denn die wahre Bedeutung des aufhebenden Rechtsatzes liegt darin, daß er das frühere Recht oder (bei Aufhebung von Ausnahmen) die allgemeine Regel für maßgebend erklärt.

II. Gebote und Gewährungen.

1. Das Recht enthält Normen, d. h. Gebote, welche die Menschen zu einem bestimmten Verhalten (Tun oder Unterlassen) verpflichten⁹⁾. Zwar sind viele Rechtsgebote in der Form von Urteilen (im logischen Sinne) abgefaßt, z. B. „der Verkäufer ist verpflichtet, dem Käufer im Falle der Entwehrung des Kaufgegenstandes Schadensersatz zu leisten“⁹⁾; aber sie sind gleichwohl nicht nur Aussagen über das Bestehen einer Verpflichtung, sondern enthalten zugleich das Gebot, die auferlegte Verpflichtung zu erfüllen, und erst dieser Willensakt des Gebietens macht sie zum Recht¹⁰⁾.

2. Es mag ein Recht logisch denkbar sein, das nur aus Geboten und

Fiktionen, durch die der Prätor zivile Klagen ausdehnte), und dogmatische Fiktionen, die nur eine Mehrzahl bestehender (innerlich verschiedener) Sätze in eine gemeinsame Formulierung bringen sollen (Beispiel: der Satz, daß der Erzeugte, soweit es ihm vorteilhaft ist, als bereits geboren gelte). Indes ist nicht immer sicher, ob eine historische oder nur dogmatische Fiktion vorliegt. Vgl. über Fiktionen Demelius, Die Rechtsfiktion, 1859; Thering, Geist III § 58; Bierling, Kritik II S. 85ff.; Bernhöft, Z. L. v. d. Fiktionen, 1907.

⁹⁾ Der Ausdruck „Normen“ ist namentlich durch Bindings oben angeführtes Werk in Aufnahme gekommen. Allerdings gebraucht Binding den Ausdruck vorzugsweise für die einem Strafgesetz zugrunde liegenden Verbote und Gebote, Normen Bd. I S. 7: „Die Rechtsätze, die der Verbrecher verletzt, taufe ich Normen.“ Allein zwischen diesen und den nicht durch Strafgesetz geschützten Geboten und Verböten besteht kein Wesensunterschied, und deshalb bezeichnet auch Binding, Handb. des Strafrechts § 30 II, die Normen schlechthin als „Verbote oder Gebote von Handlungen“ (vgl. auch daselbst Anm. 8 „alle, aber auch nur die Rechtsbefehle“). In diesem Sinne, als Rechtsgebot, ist der Ausdruck namentlich durch die angeführten Werke von Thon und Bierling in Gebrauch gekommen. Früher bezeichnete man die Rechtsätze überhaupt als Rechtsnormen, also auch insofern sie eine Gewährung enthalten. Den Unterschied, den manche zwischen Geboten und Imperativen machen wollen, kann ich als sachlichen nicht anerkennen.

⁹⁾ Die Urteilsform der Rechtsätze ist insbesondere darauf zurückzuführen, daß das Gesetz nicht als willkürlicher Befehl, sondern als eine auf höheren Gründen und Zwecken beruhende Notwendigkeit ausgesprochen wird; aber die Geltung des Gesetzes beruht nicht auf solchen Gründen, auch nicht auf ihrer Annahme von seiten des Gesetzgebers, sondern lediglich auf dem Gesetzesbefehl selber.

¹⁰⁾ Im übrigen vgl. über und gegen die Ansicht (Zitelmanns und Voeningss), daß Normen nur Urteile seien; Bierling, Jur. Pr. L. I S. 27f.; Thon, DogmZ 50 S. 5ff.; auch Sigwart, Logik 2. Aufl. S. 18. — Die Befehle des Rechts richten sich nicht nur an Willensfähige, sondern auch an Willensunfähige (a. A. Zitelmann, Int PrK S. 47; Elphacher, Handlungsfähigkeit S. 39ff.; Gold v. Ferneck, Rechtswidrigkeit I S. 281, 358, II S. 3, 24, 29; Hölder, Jur. Personen S. 127, 189); auch das Kind in der Wiege ist Schuldner, kann verklagt und verurteilt werden, und sein Vermögen unterliegt der Zwangsvollstreckung, was alles nicht zulässig wäre, wenn das Recht es nicht verpflichtete. Seine Verpflichtung (die ohne ein Rechtsgebot an das Kind nicht vorhanden wäre) hat freilich nicht die Wirkung, es selbst (solange es willensunfähig ist) zu Handlungen oder Unterlassungen zu bewegen, sie bildet aber die notwendige Voraussetzung jedes gegen das Kind zu richtenden Erfüllungszwanges; der Richter darf nur verurteilen, wenn und weil dem Kinde die Handlung und Unterlassung vom Rechte befohlen ist; vgl. Thon a. a. O. S. 22ff.; Brütt, Rechtsanwendung (1907) S. 28.

Verboten bestände¹¹⁾; allein ein solches Recht könnte nur Pflichten, keine subjektiven Rechte kennen. Bestände nämlich das Recht nur aus Geboten, so könnten diese zwar einem anderen zugute kommen, auch könnten sie von dem Willen eines anderen als einer Bedingung abhängig gemacht werden; ein Recht auf Erfüllung des Gebotes aber kann aus dem Gebote allein dem anderen nicht erwachsen; dazu ist eine Gewährung dieses Rechts an ihn erforderlich.

Das Gesagte gilt nicht nur von den Geboten des Rechts, sondern auch von allen anderen Geboten. Wer seinem Diener befiehlt, einem Armen ein Almosen zu geben, gibt dadurch dem Armen noch kein Recht auf das Almosen, wenn er ihm ein solches Recht nicht geben will, d. h. wenn nicht zu dem Gebote eine Gewährung hinzutritt. Aus einem Gebote allein könnte also höchstens für die gebietende Rechtsgemeinschaft selbst ein Recht auf Gehorsam entstehen.

Das geltende Recht ist aber diesen schwer auszudenkenden Weg nicht gegangen. Es gebietet und verbietet nicht bloß, sondern es gewährt auch dem Menschen eine Macht, es unterstellt ihm die Außenwelt (Sachen und andere Menschen) in einem gewissen Maße. Der Rechtsatz, der mir Eigentum gibt, verbietet nicht nur anderen, mich in der Herrschaft über die Sache zu stören, sondern gibt zugleich mir die Herrschaft über die Sache in dem Sinne, daß ich selbst verlangen kann, in der Herrschaft nicht gestört zu werden. Der Rechtsatz, der mir eine Forderung gibt, gebietet nicht nur dem Schuldner die Leistung an mich, sondern gewährt zugleich mir selbst die Befugnis, die Leistung zu beanspruchen. Ja diese Gewährung steht (wo sie mit dem Befehl überhaupt verbunden ist) sogar in erster Reihe, sie geht begrifflich (nicht zeitlich) den mit der Gewährung verbundenen Geboten voraus. Dem Berechtigten wird eine Macht, eine Befugnis gewährt und deshalb anderen oder einem anderen verboten, was ihr widerspricht. Man bezeichnet derartige Rechtsätze am besten als gewährende Rechtsätze¹²⁾.

§ 28. Abgrenzung von Sittengesetz und Sitte. Erzwingbarkeit?

I. Gebote für das Verhalten des Menschen enthält nicht das Recht allein, sondern neben ihm auch das Sittengebot (Moral) und die Sitte (Anstandsregel, Lebensbrauch). Alle diese Gebote des Rechts, der Sittlichkeit und der

¹¹⁾ Eine ziemlich verbreitete Ansicht behauptet, daß alle Rechtsätze Normen und lediglich Normen seien. So namentlich Lyon a. a. O. S. 2 u. 3, S. 8: „das ganze Recht ist nichts als ein Komplex von Imperativen“; Bierling, Jur. Pr. L. S. 30: „Alles Recht besteht in Normen: was sich nicht auf Normen reduzieren läßt, gehört dem Recht nicht an“; ferner Pfersche, Methobik der Privatrechtswissenschaft, Graz 1881; Schey, Grünhut 7 S. 762ff.; Windscheid I § 27; Schuppe, Subjektives Recht S. 15ff.

¹²⁾ Fast ebenso verbreitet ist die Bezeichnung „erlaubende“ Rechtsätze; allein sie ist nicht korrekt, weil der Gebrauch der durch das Recht gewährten Macht (z. B. der Vertretungsmacht) unter Umständen „unerlaubt“ ist. Im Interesse der Klarheit empfiehlt es sich daher, als erlaubend nur diejenigen Rechtsätze zu bezeichnen, welche etwas für „nicht verboten“ erklären (oben Anm. 5).

Sitte sind der menschlichen Gemeinschaft entsprungen und wie die ganze menschliche Kultur, ja wie der Mensch selbst, dem Gesetze der Veränderung und Entwicklung unterworfen. In frühester Zeit begrifflich noch nicht unterschieden beherrschen sie auch praktisch in engster Verbindung das Leben. Erst die fortschreitende Erkenntnis ihres Wesens sondert die Begriffe und scheidet die Wirkungen.

1. Sittengebot und Recht unterscheiden sich:

a) Durch ihren Inhalt. Das Sittengebot fordert in erster Linie die sittliche Gesinnung. Das Gute um seiner selbst willen zu wollen, ist das erste Gebot der Sittlichkeit, aus dem alle anderen von selbst folgen. Nur sekundär, als Folge, wird auch die gute Tat, die Unterlassung des Bösen gefordert. Das Gebot des Rechts dagegen verlangt nur ein äußeres Verhalten, Handlungen und Unterlassungen. Wenn dieses äußere Verhalten der Rechtsvorschrift entspricht, ist dem Rechte Genüge geschehen. Die Gesinnung ist zwar dem Rechte nicht gleichgültig, kommt aber nur in Verbindung mit dem äußeren Verhalten in Betracht¹⁾.

b) Das Recht legt Pflichten auf lediglich um anderer willen, im Interesse einzelner anderer oder der Gesamtheit. Die moralische Pflicht dagegen dient nicht nur fremden Interessen, sie gebietet auch um unserer selbst willen.

c) Die Gebote der Moral beruhen zwar auch auf dem Willen der Gemeinschaft, überlassen aber die letzte Entscheidung über den Inhalt des Gebotes dem eigenen Gewissen. „Suche das wahrhaft Gute zu erkennen und deine Gesinnung mit dem von dir als gut Erkannten in Einklang zu bringen“, befiehlt die Moral. Das Recht dagegen bestimmt den Inhalt seiner Gebote selbst: „Tue das und unterlasse das“, und selbst wo es diese Gebote nicht bis ins einzelinste formuliert, sondern dem billigen Ermessen einen Spielraum läßt, erklärt es nicht das Ermessen des einzelnen, sondern das Ermessen der Gesamtheit (oder ihrer Organe) für entscheidend.

Damit hängt zusammen, daß die Gebote des Rechts, so sehr sie auch die Verschiedenheit der einzelnen Fälle zu berücksichtigen suchen, doch nicht allen unzählbaren Besonderheiten Beachtung schenken können; sie müssen generalisieren, also gewisse, in der Regel bedeutungslose Unterschiede außer Betracht lassen²⁾. Das moralische Gebot dagegen gestattet dem Gewissen, jede Frage in der Gesamtheit ihrer Beziehungen zu würdigen, jede auch die entlegenste besondere Gestaltung zu berücksichtigen.

2. Die Sitte³⁾ (Anstandsregel, Umgangsform, Lebensbrauch) regelt wie das Recht das äußere Verhalten, und auch ihre Gebote beruhen auf dem

¹⁾ Von selbst ergibt sich hieraus, daß mit einem moralischen Gebot ein Rechtsgebot verknüpft sein kann; aber beide sind darum nicht identisch.

²⁾ Darin liegt der durch möglichste Billigkeit des Rechts zwar sehr zu beschränkende, aber niemals ganz zu beseitigende rigor juris, die Strenge des Rechts.

³⁾ Das Wort Sitte bedeutet zwar im weiteren Sinne die gleichmäßige Befolgung aller möglichen Regeln für das äußere Verhalten (vgl. Vierling, Jur. Pr. 2. S. 68),

Willen der Gemeinschaft; aber sie sind von schwächerer Kraft als die Rechtsgebote. Sie stellen die letzte Entscheidung dem einzelnen anheim: er soll wählen, ob er der Sitte folgen oder die Nachteile, die der Bruch der Sitte mit sich bringt (Aufsehen, Mißbilligung, Abbruch des Verkehrs, Mißachtung usw.), auf sich nehmen will⁴⁾. Das Recht dagegen befiehlt mit schlechthin bindender Kraft. Es will zwingen zunächst durch die Wucht seines Gebotes, wenn nötig und möglich auch durch andere Machtmittel.

II. Erzwingbarkeit gehört aber nicht zu den Begriffsmerkmalen des Rechts⁵⁾.

Zweifellos nicht in dem Sinne, daß ein direkter auf Erfüllung der Rechtsgebote gerichteter Zwang erforderlich wäre. Ist das Rechtsgebot einmal übertreten, so ist Erfüllungszwang in vielen Fällen geradezu undenkbar. Strafen, Schadensersatzverpflichtungen und andere Rechtsnachteile bewirken nicht Erfüllung der übertretenen Rechtsnorm, sondern nur eine (mehr oder minder vollkommene) Ausgleichung des angerichteten privaten oder öffentlichen Schadens. Aber auch die Anordnung oder Gestattung irgendwelchen „gerichtlichen“ oder „obrigkeitlichen“ oder wenigstens „äußeren“ Zwanges (mit Einschluß der Selbsthilfe) ist nicht schlechthin erforderlich.

Die Staatsverfassungen enthalten zahlreiche in voller Wirkung stehende und gleichwohl durch keinerlei äußeren Zwang geschützte Rechtsätze⁶⁾. Die

umfaßt also in diesem Sinne die Rechtsitte mit. Im engeren Sinne dagegen bildet es (wie oben) einen Gegensatz zum Recht, beschränkt sich also auf die Regeln, die nur Sitte, nicht Recht sind.

⁴⁾ Moral und Sitte überlassen also dem einzelnen Menschen die letzte Entscheidung, aber in einem sehr verschiedenen Sinne: das moralische Gebot überläßt ihm die entscheidende Prüfung, was das Gute sei, gebietet aber das erkannte Gute unbedingt; das Gebot der Sitte schreibt das, was gesehen soll, dem einzelnen vor, stellt ihm aber in dem oben bezeichneten Sinne anheim, ob er es tun will. So auch die vorherrschende Ansicht. Ähnlich Stammler, der aber zu weit geht, indem er die Gestalt der Sitte auf freie Selbstunterwerfung zurückführt und die Sitte deshalb als Konventionalregel bezeichnet. Nach Vertmann, Rechtsordnung und Verkehrsritze S. 9ff., soll der Unterschied von Recht und Sitte nur in der Verschiedenheit der die Regel setzenden Gemeinschaften beruhen; die Rechtsnorm sei von der staatlichen oder doch vom Staate als rechtsbildend anerkannten Zwangsgemeinschaft, die Sittenregel von der freien Sozialgemeinschaft geschaffen. Dem dürfte nicht zuzustimmen sein; denn ein Gewohnheitsrecht kann unter Umständen auch ohne staatliche Mitwirkung, insbesondere schon vor richterlichen Entscheidungen der Frage angenommen werden, und das Völkerrecht wird nicht von einem einzelnen Staate geschaffen.

⁵⁾ Die ältere, namentlich durch Kant herrschend gewordene Theorie verlangte die Erzwingbarkeit als Begriffsmerkmal des Rechts, vgl. auch Fhering, Zwed im Recht I, Kap. VIII, 2, 10: „Recht ist der Inbegriff der in einem Staate bestehenden Zwangsnormen“; ferner Rümelin, Reden und Aufsätze II S. 323 u. 327. Jetzt ist diese Ansicht meist verlassen, vgl. u. a. Thon, Rechtsnorm, S. 7ff.; Bierling, Kritik I S. 144 u. Jur. Pr. 2. I S. 50ff.; Binding, Normen, 2. Aufl., I S. 63ff., 483ff.; Regelsberger I § 10, 3; v. Gierke, D. PrK I § 15. Jellinek, Allgem. Staatslehre S. 304f., fordert, daß die psychologische Wirksamkeit der Rechtsvorschrift garantiert, d. h. durch sozialpsychologische Mächte so verstärkt sei, daß zu erwarten ist, die Vorschrift werde sich durchsetzen, betont aber selbst, daß dies auch durch den nichtorganisierten Druck, den Sitte, Beruf, Presse, Literatur usw. ausüben, gesehen könne. Da das Recht auf dem Gemeinwillen beruht (unten § 29), so ist für jeden Befehl des Gemeinwillens eine Garantie in diesem Sinne ohne weiteres gegeben, ein besonderes Erfordernis einer solchen also nicht aufzustellen.

⁶⁾ Dahin gehören insbesondere die zahlreichen Vorschriften, die dem Staatsoberhaupt die Verpflichtungen aufliegen.

gleiche Erscheinung kehrt im Kirchenrecht wieder und bildet im Völkerrecht sogar die Regel. Aber selbst da, wo ein obrigkeitlicher Zwang angeordnet ist, beruht seine Sicherheit in letzter Linie auf Rechtsgeboten, die keinen Zwangsschutz genießen; denn wenn die Rechtshilfe verweigert wird und auch die vorgesetzten Behörden keine Abhilfe gewähren, hängt die zwangsweise Durchführung allen Rechts schließlich davon ab, ob das Staatsoberhaupt seine durch Zwang nicht mehr geschützten Obliegenheiten erfüllt⁷⁾.

Wesentlich ist den Rechtsgeboten nur, daß sie (wie schon oben ausgeführt) schlechthin verpflichten⁸⁾ sollen, in dem Sinne, daß weder dem Gewissen noch dem Willen des einzelnen die letzte Entscheidung überlassen bleiben soll. Was aber die Gemeinschaft (der Staat) mit schlechthin verpflichtender Kraft gebietet, das wird sie, soweit möglich und nötig, auch durch Anordnung von Zwangsmaßnahmen schützen⁹⁾. Deshalb ist der Zwangsschutz in den durch die Möglichkeit und das Bedürfnis gezogenen Grenzen zwar der regelmäßige Begleiter der Rechtsgebote, aber kein Erfordernis ihres Begriffes.

§ 29. Ursprung des Rechts*).

I. Das Recht beruht auf dem Willen einer Gemeinschaft.

Die Rechtsregeln sind Gebote und Gewährungen, also Willensakte. Schon daraus folgt, daß das Recht nicht auf die Überzeugung allein zurückgeführt werden kann¹⁾. Das Recht unterscheidet sich von der bloßen Rechtsüberzeugung wie das Wollen vom Erkennen (und Glauben). Die Überzeugung ist nur ein Bestimmungsgrund für den rechtsbildenden Willen²⁾ und zudem, wenn auch der wichtigste, doch nicht der einzige, da bei der Rechts-

⁷⁾ Vgl. Thon S. 7ff.; Bierling, Jur. Pr. L. I S. 53f.

⁸⁾ Vgl. Sohm, Kirchenrecht I S. 2; Gierke I § 15.

⁹⁾ Ich möchte dies aber nicht mit Sohm und Gierke (vgl. vorige Note) dahin ausdrücken, daß das Recht „der zwangsweisen Verwirklichung zustrebe“ oder „die Tendenz habe sich durch äußere Macht Geltung zu verschaffen“; denn die Tendenz des Rechts geht unzweifelhaft zunächst dahin, durch seinen Befehl direkt zu wirken. Nur nötigenfalls greift der Zwang (falls er überhaupt möglich ist) ein.

^{*} Vgl. die oben § 27*) angegebenen Werke; ferner Savigny, Verus unserer Zeit f. Gesetzgeb. u. Rechtswissensch., 1814, 3. Aufl. 1840; Schöen I §§ 7ff.; Puchta, Gewohnheitsrecht I S. 133ff.; Bitelmann, Zivl. 66 S. 323ff.; Binding, Handb. des Strafrechts I §§ 40ff.; Regelsberger I §§ 14ff.; Stammler, Wirtschaft und Recht, 1896, namentlich S. 496ff.; Jellinek, Allg. Staatsl. S. 307ff.; Br. Schmidt, Das Gewohnheitsrecht als Form des Gemeinwillens, 1899; Stier-Somlo, Die Volksüberzeugung als Rechtsquelle, 1900. Weitere Literatur unten § 35*).

¹⁾ Puchta, Savigny und die ältere historische Schule führten das Recht auf die Volksüberzeugung zurück, ebenso manche heutige Rechtslehrer. Genaueres darüber unten § 35.

²⁾ Die zu gesetzlichen Rechtsänderungen bestimmende Überzeugung ist auch nicht die Überzeugung, daß der Inhalt des beabsichtigten Gesetzes Recht sei, sondern daß er Recht werden müsse.

bildung sehr wohl auch andere, selbst tabelnswerte Motive einwirken können³⁾. Geschaffen wird das Recht erst durch den Willen und zwar den erklärten Willen. Wessen Wille aber erzeugt das Recht?

1. Daß das Recht nicht lediglich auf den Willen des Staates zurückgeführt werden kann⁴⁾, ergibt sich schon daraus, daß die staatliche Organisation selbst ja auf Recht beruht. Es ist daher zwar eine gleichzeitige Entstehung von Recht und Staat (indem die anfangs nur faktische Herrschaft sich allmählich zu einer rechtlichen befestigt) denkbar, aber nicht eine Zurückführung des ersten Rechts auf den Staatswillen. Auch die Geschichte zeigt uns Recht, Gewohnheitsrecht, lange bevor der Staat sich seiner Gesetzgebungsaufgabe bewußt war.

2. Das Recht beruht auf dem Willen einer Gemeinschaft, dem Gemeinwillen in diesem Sinne⁵⁾. Das ist freilich nicht so zu verstehen, daß die Gemeinschaft einen von dem Willen der einzelnen verschiedenen Gesamtwillen habe, also ein selbstdenkendes und selbstvollendes Lebewesen sei⁶⁾. Aber in der Gemeinschaft vermag sich der Wille der vielen gegenseitig zu beeinflussen, sich zu vereinigen und sich so zu einer das Ganze (selbst mit Einschluß Widerwilliger) beherrschenden Macht zu erheben. Die durch den Zweck geeinte Vielheit erscheint uns in ihrer vereinten Kraft und Wirksamkeit als Einheit. Wir sind berechtigt, ja fast genötigt, den in der Gemeinschaft herrschenden Willen unter dem Bilde eines einheitlichen Willens zu denken, und wir vollziehen diese Vorstellung, ohne uns ihrer noch besonders bewußt zu werden, so oft wir von Gemeinwillen, Staatswillen, Vereinswillen usw. reden.

³⁾ Auch die tatsächliche Befolgung der Norm beruht nicht immer in letzter Linie auf der Überzeugung von ihrer verbindlichen Kraft (wie Jellinek, Allg. Staatsl. S. 303f., meint), vielmehr ist auch hier der in der Befolgung liegende Willensakt das entscheidende Moment, und auch dieser kann sehr wohl auf anderen Motiven als auf der Überzeugung von der verbindlichen Kraft der Norm beruhen (Furcht, Bequemlichkeit usw.). Auch hier ist also die Überzeugung von der Geltung nur das gewöhnliche, aber nicht das einzige Motiv des Befolgungswillens.

⁴⁾ Diese im Anfang des 18. Jahrhunderts vorherrschende Ansicht ist namentlich von Buchta u. Savigny widerlegt.

⁵⁾ Vgl. namentlich Jhering, Geist des röm. Rechts Bd. 3 LX, Thon a. a. D. S. 1; Binding, Handb. § 40; Bierling, JurPr 2. I S. 19 u. a.

⁶⁾ Diese Vorstellung überschreitet das Gebiet des menschlichen Erkennens und ist deshalb von der Rechtswissenschaft abzulehnen. Sie ist im Grunde schon von Plato aufgestellt, in der historischen Schule (unter Einwirkung Schellingscher Gedanken) in der Annahme des allmählich wirkenden „Volksgeistes“ weiter entwickelt, auch von Bunt, Laffon u. a. akzeptiert, am schärfsten aber von v. Gierke I § 15 Anm. 29 ausgesprochen: „Dies alles setzt natürlich die Anerkennung der Gemeinschaft als einer psychischen Realität voraus. Für die Anhänger jener Ansicht, die nur den Individuen Realität zuschreibt, ist esbarer Mystizismus.“ Vgl. dagegen u. a. Hölder, Objekt u. subj. R. S. 13f., und namentlich Jellinek, Allg. Staatslehre 1900, S. 122ff. Schon Arnold, Recht und Wirtschaft in geschichtlicher Ansicht, 1863 S. 24, sagt: „Was wir nicht wissen oder nicht verstehen, nennen wir Volksgeist.“

Wir verstehen also unter „Willen einer Gemeinschaft“ oder kurzweg „Gemeintwillen“ nicht eine Summierung der Willen aller Gemeinschaftsmitglieder (eine Auffassung, die sich bei Aristoteles, Fichte und neuerdings bei Meurer, Schuppe u. a. findet), sondern den in einer Gemeinschaft herrschenden Willen, der sich aus sehr verschiedenen Ursachen (Einfluß einzelner Persönlichkeiten oder Klassen von solchen, Überzeugung Aller oder einer großen Mehrheit, langdauernde Übung usw.) gebildet haben kann⁷⁾. Der Wille aller Einzelnen ist keineswegs erforderlich, wenn nur jener Gemeintwillen sich gleichwohl als herrschend erweist. Auch kann der Wille derer, welche den Rechtsatz wollen, sehr verschiedene Gründe haben. Die Einen wollen ihn vielleicht in Erkenntnis seiner wohlthätigen Folgen, Andere, weil er immer gegolten hat, Dritte, weil sie die mit der Abtretung verbundenen Nachteile fürchten, noch Andere, vielleicht die große Masse, weil es nun einmal so ist usw.

II. Gesetzrecht und Gewohnheitsrecht.

Der Wille einer Gemeinschaft kann entweder ausdrücklich gesetzt sein oder sich stillschweigend im Rechtsleben ausdrücken.

1. Die ausdrückliche Satzung geht zwar immer zunächst nur von bestimmten Personen aus, sei es von einer einzelnen oder von einer Mehrheit von solchen, sie beruht aber mittelbar auf dem Gemeintwillen, wenn Rechtsätze bestehen, nach denen die Willenssetzung dieser einzelnen als Gemeintwillen, als Recht gilt. Ausdrückliche Rechtsatzung ist daher nur in einer organisierten Gemeinschaft denkbar. An sich ist jede organisierte Gemeinschaft imstande, Satzungen für ihr Zusammenleben aufzustellen. Aber die Kraft dieser Satzung reicht nicht weiter als die Macht dieser Gemeinschaft. Zum Recht, zu der unbedingt alle bindenden Norm, werden also diese Satzungen nur, wenn entweder der Gemeinschaft in dem Gebiete die Herrschergewalt kraft eigener Macht zusteht oder wenn die dort gebietende Herrschermacht die Satzungen jener Gemeinschaft als bindende zuläßt.

a) Die auf eigener Macht beruhende Herrschergewalt nennen wir „Staatsgewalt“, das Gemeinwesen, dem sie in einem bestimmten Gebiete zukommt, „Staat“⁸⁾, die Rechtsatzung des Staates „Gesetz“. Der moderne Bundesstaat, z. B. das Deutsche Reich, übt die Gesetzgebung (und andere staatliche Funktionen) nur in gewissen, bald grundsätzlich, bald nach dem Bedürfnis des Einzelfalls be-

⁷⁾ Nahe ist dieser Auffassung insbesondere Wundt, Völkerpsychologie Bd. 9 gekommen. Doch ist er von der Annahme einer Volksseele nicht ganz frei. Vgl. auch Föllinet, Allg. Staatslehre S. 152ff.

⁸⁾ Die ältere, auch jetzt noch von manchen festgehaltene Staatstheorie fordert für den Staatsbegriff die Souveränität. Allein unter Souveränität ist die höchste, die unbeschränkte Macht zu verstehen. Im modernen Bundesstaat aber erleidet die Staatsgewalt der Gliedstaaten vielfache Einschränkungen, ohne daß die Gliedstaaten darum aufgehört, Staaten zu sein. Erst wenn die Macht des eingeordneten Gemeinwesens lediglich auf der Macht des höheren Gemeinwesens (also auf dessen Gesetzgebungs-, Regierungs- und Justizgewalt) beruht, ist ihm der Staatscharakter abzuspochen, so z. B. den Gemeinden, Kirchen, Provinzen, deren Macht nicht selbständig ist, sondern auf der Staatsmacht beruht. Vgl. u. a. G. Meyer, Staatsrecht § 1; Föllinet, Allg. Staatsl. S. 442ff. Ubrigens ist die Richtigkeit der oben angegebenen Ausführung über die Entstehung des Rechts von der einen oder anderen Auffassung der Staatsgewalt und Souveränität nicht abhängig. Nur die Ausdrucksform würde eventuell einer geringen Abänderung bedürfen.

stimmten Schranken aus, während im übrigen die Gesetzgebung (und die Staatsgewalt überhaupt) den Einzelstaaten (Ländern) zusteht. Dem Reichsgesetze tritt also das Territorial- oder Landesgesetz gegenüber. Dieses ist nur gültig, soweit es nach dem Reichsrecht zulässig ist.

b) Die von einer anderen organisierten Gemeinschaft als dem Staate erlassenen Rechtsätze, die der Staat als bindende zuläßt, bezeichnen wir als autonomisches Recht (Autonomie). Der moderne Staat pflegt indes die Rechtssetzung in der Regel sich allein vorzubehalten. Autonomische Befugnisse bilden also die Ausnahme⁹⁾.

2. Der Wille einer Gemeinschaft kann auch stillschweigend durch das Rechtsleben selbst (*rebus ipsis et factis*) geäußert werden (beispielsweise werden in manchen Gegenden Bauerngüter ohne jede gesetzliche Vorschrift stets auf den ältesten Sohn vererbt). Zwar wird hier zunächst die konkrete Rechtsgestaltung (das Rechtsverhältnis) gewollt (der älteste Sohn will Herr des Gutes sein, und alle, die es angeht, wollen ebenfalls, daß er Herr sei, oder erkennen ihn als den Herrn des Gutes an); aber in dem stetigen Wollen von Rechtsgestaltungen, wie sie einer bestimmten Regel entsprechen, ist zugleich die Regel selbst mitgewollt, und dieser Wille wird auch ausgesprochen, indem die der Regel entsprechende Folge herbeigeführt wird¹⁰⁾. Ist dieser Vorgang ein stetig wiederholter und allgemeiner, so erscheint er also als Ausdruck des Gemeinwillens und erzeugt Recht, das sog. Gewohnheitsrecht. Aus dieser Begründung des Gewohnheitsrechts ergeben sich unter anderem die folgenden Leitsätze:

a) Die Übung, die tatsächliche Anwendung der betreffenden Norm, ist nicht nur Erkenntnismittel des Gewohnheitsrechts, sondern auch ein Erfordernis seiner Entstehung; denn erst die tatsächliche Verwirklichung enthält den gebietenden Ausdruck des Gemeinwillens.

b) Daß eine Norm von dem Gemeinwillen getragen wird, kann in der Regel nur aus einer stetigen und dauernden Übung geschlossen werden.

c) Ausnahmsweise aber kann der Gemeinwille auch in kurzer Zeit zum sichereren Ausdruck gelangen, z. B. wenn ein neu sich bildender Staat nach innen und außen die allgemeine Anerkennung erlangt, oder wenn nach

⁹⁾ Die Abgrenzung des Territorialgesetzes von der Autonomie ergibt sich aus dem in voriger Note Gesagten.

¹⁰⁾ Gerichtet ist dieser Wille nicht darauf, daß der Satz Rechtsatz werden solle, sondern darauf, daß er gelten, d. h. im Leben seine gestaltende Kraft bewahren solle. Der Geltungswille, nicht der Rechtserzeugungswille ist erforderlich. Auf diesen Punkt ist bei der Sonderbesprechung des Gewohnheitsrechts zurückzukommen, unten § 35 Anm. 1.

Revolution oder Bürgerkrieg die von der siegenden Partei erlassenen Vorschriften allgemeine Anerkennung finden, oder wenn ein oktroyiertes Wahlgesetz allgemein als bindende Norm behandelt wird¹¹⁾. So sind insbesondere die Beschlüsse der auf breiter Grundlage gewählten Nationalversammlung des Jahres 1919 als Ausdruck des allgemeinen Willens anzuerkennen und daher rechtsverbindlich, obgleich die Nationalversammlung nicht auf der bis dahin geltenden Reichsverfassung beruhte.

d) Das Gewohnheitsrecht unterliegt, da es auf dem Willen einer Gemeinschaft beruht, denselben Schranken wie das gesetzte Recht dieser Gemeinschaft. Unbedingt gilt es also nur, wenn dieser Gemeinschaft in ihrem Gebiete die Herrschermacht zusteht, mit anderen Worten: das im ganzen Staate zur Geltung gelangende Gewohnheitsrecht steht dem Staatsgesetz an Kraft gleich; sonst gilt es nur, wenn der Staat ihm die bindende Kraft nicht versagt, mit anderen Worten: der Staat kann die Bildung partikulären Gewohnheitsrechts ausschließen.

e) Meistens wird sich das Gewohnheitsrecht in einer organisierten Gemeinschaft bilden. Daß dies notwendig sei, wie bisweilen behauptet wird, ist aber nicht zugeben. Vielmehr steht begrifflich nichts im Wege, daß der gleiche Rechtsatz in einem Kreise zur Herrschaft gelange, der durch keinerlei Organisation zusammengehalten wird¹²⁾.

III. Gemeintwillen oder Anerkennen jedes einzelnen?

1. Wir haben das Recht unmittelbar (Gewohnheitsrecht) oder mittelbar (gesetztes Recht) auf den in einer Gemeinschaft herrschenden Willen, den Gemeintwillen in diesem Sinne, zurückgeführt. Gleichwohl kann die Stellung des einzelnen zu dem Rechtsfakt verschieden sein. Der eine setzt ihn mit Energie durch, der zweite erkennt ihn an, weil alle es tun, der dritte erklärt ihn für Unrecht und verwünscht ihn, befolgt ihn aber, um den Nachteilen der Auflehnung zu entgehen. Alle drei aber tragen durch ihren Willen (Durchsetzungs-, Anerkennungs-, Gehorsamswillen) zur Geltung bei; denn sie schaffen ihm — gleichviel aus welchen Motiven — praktische Wirkung. Deshalb ist es nicht völlig zutreffend, den zur Geltung des Rechts erforderlichen Gemeintwillen allgemein als Anerkennung zu charakterisieren.

2. Keinenfalls aber kann die Geltung der Rechtsnorm auf die Anerkennung (oder den Willen) des einzelnen von ihr Betroffenen zurückgeführt werden¹³⁾. Sonst müßte die

¹¹⁾ Die unter c erwähnten Vorschriften bieten, da sie ausdrücklich ausgesprochen sind, äußerlich mehr das Bild der Gesetzgebung dar und werden daher von Ripp zu Windscheid § 15 Anm. 5 auch zur Gesetzgebung gerechnet. In Wahrheit aber gelangen sie (falls nicht etwa schon vorher das Recht zum Erlaß solcher Vorschriften allgemein anerkannt war, so daß alle Erfordernisse der Gesetzgebung zuträfen) doch nicht durch diesen Ausspruch zur Geltung, sondern erst dadurch, daß sie allgemeinen Gehorsam finden (rebus ipsis et factis). Richtiger rechnet man sie also doch wohl zum Gewohnheitsrecht, wenngleich der Name für diese anomalen Fälle nicht paßt.

¹²⁾ Man denke an Gewohnheitsrecht, das in einem abgeschlossenen Tale entsteht, dessen Bewohner zwar im Verkehr aufeinander angewiesen sind, aber verschiedenen Staaten angehören; ferner an Gewohnheitsrecht, das sich zur Zeit des Fehlens jeder Zentralgewalt für ganz Deutschland oder für ein mehreren Staaten angehöriges Gebiet bildete; an Gewohnheitsrecht eines nicht organisierten Berufsstandes, zumal wenn die Geltung sich über mehrere Staaten erstreckt; endlich an völkerrechtliches Gewohnheitsrecht. Es wäre künstlich und tatsächlich unrichtig, das Gewohnheitsrecht in allen diesen Fällen auf den Willen der mehreren größeren organisierten Gemeinschaften (Staaten) zurückzuführen.

¹³⁾ Dies geschieht namentlich von Vierling, *ZurPr. L. I. S. 19ff.*

Geltung des Rechts sich auf die Mitglieder der Rechtsgemeinschaft beschränken, während es unmittelbar vielfach auch auf andere angewandt wird, selbst wo keinerlei direkte oder indirekte Anerkennung seitens dieser Anderen vorliegt¹⁴⁾. Ferner könnte sich das Recht nicht auf Willensfähige (Kinder, Wahnsinnige) beziehen, was gleichfalls aller Erfahrung widerspricht¹⁵⁾.

§ 30. Zweck des Rechts; Naturrecht; Rechtsphilosophie*).

Recht ist nach den bisherigen Erörterungen die auf dem Willen einer Gemeinschaft beruhende, schlechthin verbindliche Ordnung menschlichen Zusammenlebens. Allein diese Definition gibt nicht an, welches Ziel diese Lebensordnung verfolgt, sie gibt keinen Aufschluß über den Zweck des Rechts.

I. Den Zweck des Rechts klarzustellen, ist Aufgabe der Philosophie; denn dieser Zweck ist kein anderer als der Zweck des menschlichen Gemeinschaftslebens überhaupt, von dem das Recht nur eine Seite, ein Element bedeutet. Ethik und Rechtsphilosophie haben daher aus der Gesamtheit unseres Kulturlebens, insbesondere aus unseren Staats- und Rechtsinstitutionen, aus den ethischen und religiösen Vorstellungen, aus den wirtschaftlichen, wissenschaftlichen und künstlerischen Bestrebungen, kurz aus allen Elementen unseres Gemeinlebens die unsere Zeit beherrschende Auffassung der Aufgabe des einzelnen Menschen wie des Menschengeschlechts wissenschaftlich zu entwickeln. Dieser allgemeinen ethischen Aufgabe, deren Anerkennung im Grunde den Glauben an eine über dem Menschen stehende Weltordnung einschließt, dient auch das Recht¹⁾. Es soll die äußeren Grund-

¹⁴⁾ Man denke an Auswanderer, die nichts mehr mit dem Heimatstaat zu tun haben wollen; an eine Räuberbande, die in einem fremden Staat einbricht; an den Spion, der die Grenzfestung photographiert; an den Seeräuber, der die Küstenstädte beschießt.

¹⁵⁾ Der zwingenden Kraft dieses Argumentes glaubt sich Vierling (a. a. O. S. 121 ff.) dadurch entziehen zu können, daß er die Geltung des Rechts für Kinder und Wahnsinnige auf eine Fiktion zurückführt. Aber wäre denn eine solche Fiktion (wenn sie wirklich, was keineswegs zutrifft, anzunehmen wäre) etwas anderes als eine besondere Ausdrucksform dafür, daß sich die Rechtsätze eben doch auf Kinder und Wahnsinnige beziehen?

*) Pfaff u. Hofmann, Komm. z. Österreichischen BGB I S. 194—206; Gierke, Naturrecht u. deutsches Recht, 1883, u. in Schmollers Jahrb. VII 4 S. 94 ff.; Regelsberger § 12; A. Merkel, Elem. d. allg. Rechtslehre in Holzendorffs Enzyklop. 5. Aufl. §§ 12—14; Lotmar, W. Rechte, das mit uns geboren, 1893; Jhering, Zweck im Recht Bd. I, II; Bergbohm, Jurisprudenz u. Rechtsphilosophie Bd. I, 1892, Stammler, Wirtschaft und Recht, 5. Aufl.; Lehre vom richtigen Recht, 1902, Theorie der Rechtswissenschaft, 1911, Rechtsphilosophie, 2. Aufl. 1923; Jung, Problem des natürlichen Rechts, 1911; Landsberg, Gesch. d. deutschen Rechtswissenschaft III 1 S. 1 ff., S. 435 ff.; Kohler, Rechtsphilosophie, 2. Aufl.; W. Wundt, Völkerpsychologie Bd. 9; Sauer, Grundlagen der Gesellschaft, 1924.

¹⁾ Ohne die Annahme eines über dem Menschen stehenden Pflichtgebots kann man ein den Menschen innerlich bindendes Rechtsgebot nicht begründen, obgleich das freilich häufig versucht ist. Insbesondere kann ein solches nicht auf egoistische Triebe des Menschen zurückgeführt werden, wie den Trieb nach Selbsterhaltung (Thomas Hobbes), den Trieb, der eigenen Natur gemäß zu sein und zu handeln und demgemäß die eigene Macht voll zu entfalten und zu vermehren (Spinoza; freilich gibt er dem Begriffe der Macht einen ethischen Hintergrund, indem er die für die Befriedigung

lagen sicherstellen, auf denen allein der einzelne wie die Gesellschaft der ihnen gestellten sittlichen Aufgabe gerecht werden können. Diese Aufgabe aber ist die Fortentwicklung der Kultur, die Vervollkommnung des menschlichen Zusammenlebens und des Menschengeschlechts²⁾. Indem man diese sittliche Aufgabe des Menschen als bekannt voraussetzt, kann man als Zweck des Rechts bezeichnen „die Sicherung der Lebensaufgaben des einzelnen und der Gesellschaft“ oder „die Sicherung wahrer menschlicher Interessen“³⁾.

Nicht zu billigen ist es indes, wenn, wie vielfach geschieht, der (gleichviel wie bestimmte) Zweck des Rechts in die juristisch-technische Rechtsdefinition aufgenommen wird; denn es sind Rechtsätze denkbar und zu allen Zeiten vorhanden gewesen, welche dem höchsten Zwecke des Rechts nicht entsprechen. Nun ist es gewiß unsere Aufgabe, derartige Rechtsätze aufzuheben oder durch Abänderung mit dem ethischen Zwecke des Rechts in Einklang zu bringen; aber ihre derzeitige Geltung, ihre positive Rechtsnatur, ist nicht zu bestreiten.

Ist aber alles Recht positiv? Oder gibt es neben oder gar über dem auf dem Gemeinwillen beruhenden tatsächlich geltenden (positiven) Rechte noch ein von Menschenfassung unabhängiges Recht?

der Leidenschaften wirkende Macht für Ohnmacht erklärt und als Forderung der Vernunft aufstellt, daß der Mensch das zur Erlangung größter Vollkommenheit Nützliche erstrebe, so daß also die Theorie Spinozas im Grunde doch auf ein ethisches Pflichtgebot zurückführt, oder das Streben nach Wohlbefinden (eudämonistische Theorien), mag man darunter die Befriedigung der sinnlichen Begierden oder den verfeinerten geistigen Genuß oder das geistige und körperliche dauernde Gesund- und Wohlssein verstehen. Wäre nämlich das Recht nichts weiter als ein Mittel zu einem egoistischen Zweck, so reichte auch seine Kraft nicht weiter als der Glaube an den eigenen Vorteil. Alle egoistischen Theorien lassen also im Stich, wenn im Einzelfall ausnahmsweise kluge Berechnung den Rechtsbruch empfiehlt. Weit richtiger wird (z. B. von Hugo Grotius und Thomajus) das Wohl der Menschheit oder (mit Fhering, Zweck im Recht) „die Herstellung und Sicherung der Lebensbedingungen der Gesellschaft“ als Zweck des Rechts bezeichnet; allein hier entsteht die Frage, weshalb denn die Wohlfahrt aller für den einzelnen das höchste Prinzip sei, weshalb er sein Wohl dem Wohle aller unterordnen müsse, und diese Frage läßt sich nicht anders als durch ein Zurückgehen auf die ethische Pflicht beantworten. Der von Fhering als Quell der ethischen Pflicht und des Rechts betrachtete weitschauende Egoismus, der das Wohl des Ganzen erstrebt, weil er nur darin das eigene Wohl finden kann, vollzieht nichts weiter als eine Rechnung auf den eigenen Vorteil. Auch für diesen weitschauenden Egoismus kann das Resultat der Rechnung für die einzelnen oder für ganze Bevölkerungsklassen ein anderes sein, und dann wären sie töricht, wenn sie, falls das in ihrer Macht steht, das Recht nicht brächen, — sofern wirklich Pflicht und Recht nur das Fazit eines Rechenexempels auf den eigenen Vorteil sind. Auch sind unsere sittlichen Anschauungen nicht lediglich ein Werk der Gesellschaft. Ihr Inhalt ist freilich in gleichem Maße wie all unser Wissen und Glauben durch tausendfältige Einwirkungen der Gesellschaft auf uns mitbestimmt; aber daß wir überhaupt ein inneres „Du sollst“ „Du sollst nicht“ hören, die Wahrnehmung der Stimme des Gewissens ist eine innere Erfahrung und beruht auf dem Gefühl der Unterordnung unter eine höhere Ordnung, deren Verletzung wir als Schuld empfinden.

¹⁾ Aus dem Bestehen eines in der physischen und psychischen Natur des Menschen hervortretenden Entwicklungsgesetzes werden wir auf die sittliche Pflicht, diese Entwicklung zu fördern, schließen dürfen, was freilich hier im einzelnen nicht nachgewiesen werden kann.

²⁾ Weniger treffend, weil zu eng, bezeichnet Fhering (Zweck im Recht I S. 417) als Zweck des Rechts „die Sicherung der Lebensbedingungen der Gesellschaft“; denn man wird nicht wohl alles, was die sittliche Aufgabe der Gesellschaft fordert, als ihre Lebensbedingung bezeichnen können. Wenn Rümelin a. a. D. II S. 194 als den Zweck des Rechts „die Wohlfahrt der Gesellschaft“ bezeichnet, so wäre das nur dann zutreffend, wenn unter „Wohlfahrt“ die Erfüllung der sittlichen Aufgabe verstanden werden könnte.

II. Eine sich vertiefende und von der Philosophie beeinflusste Betrachtung des Rechts läßt fast zu allen Zeiten die Ansicht entstehen, daß aus der Natur des Menschen und der Dinge sowie des Rechts selber und aus der Vernunft sich ein von menschlicher Satzung unabhängiges, unwandelbares „Naturrecht“ oder wenn der letztere Gesichtspunkt überwiegt, „Vernunftrecht“ ergebe.

Diese Anschauung ist schon von der griechischen Philosophie ausgeprägt⁴⁾, tritt in mannigfachen Ausprüchen der römischen Juristen hervor⁵⁾, beherrscht in besonderer theologischer Färbung (unter Zurückführung auf göttliche Anordnung) die scholastische Philosophie des Mittelalters⁶⁾, erlangt in der sog. Naturrechtsperiode des 17. und 18. Jahrhunderts eine ganz besondere Kraft und rechtsreformatorische Wirksamkeit⁷⁾ und ist noch heute nicht völlig verklungen⁸⁾.

Nicht selten ist für dieses unwandelbare (in den Sternen geschriebene) Recht der Vorrang vor dem positiven Recht behauptet, so daß dieses nur gelte, soweit es mit dem Naturrecht übereinstimme⁹⁾; meistens aber maß man ihm unmittelbare praktische Geltung nur zu, soweit es das positive Recht ergänze, also nicht im Widerspruch mit diesem; oder man betrachtete es nur als Richtschnur für die Fortentwicklung des positiven Rechts.

Welche von diesen Auffassungen man auch im Sinne habe, die Annahme eines unwandelbaren Rechts, ja selbst des Idealbildes eines solchen enthält einen inneren Widerspruch; denn das Recht ist die Ordnung der Lebensverhältnisse der Gemeinschaft; das soziale Leben selbst aber unterliegt einer fortwährenden Veränderung und Entwicklung, seine Ordnung kann also nicht

⁴⁾ So unterscheidet Aristoteles das *νομοικόν δίκαιον* von dem *νομικόν δίκαιον*.

⁵⁾ Gaj. I 1: „quod naturalis ratio inter omnes homines constituit“; §§ 1 u. 2 J. de jure naturali 1, 2: „jura naturali ab initio omnes homines liberi nascebantur“; L. 4 D. de just. et de jure 1, 1: „utpote cum jure naturali omnes homines liberi nascerentur“. Bisweilen mißt sich sogar die ganz abwegige Vorstellung eines den Menschen und Tieren gemeinsamen Rechts ein, pr. J. 1, 2; L. 1 § 3 D. 1, 1. Vgl. übrigens auch Sachsensp. III 42 § 3: Dō man ouch recht erst sazte, dō en was niechein dinstmann, und wāren allen lūte vrie, dō unse vorderen her zu lande quāmen. An mīnen sinnen en kan ich es nicht ūf genemen — nāh der wārheit — daz ieman des anderen sulle sīn.

⁶⁾ So sagt z. B. Gratian: „Jus naturale est: quod in lege et Evangelio (d. h. dem alten und neuen Testamente) continetur.“ „Divinae leges natura constant.“ „Adversus naturale jus nulli quidquam agere licet.“ „Dei veritatem non hominum consuetudinem sequi oportet.“ „Quod autem constitutio naturali juri cedat, multiplici autoritate probatur.“ vgl. Dist. I sq. Die Zurückführung des Naturrechts auf „divina quaedam providentia“ findet sich übrigens schon bei Justinian, § 11 J. de jure nat. 1, 2.

⁷⁾ Darüber oben § 20.

⁸⁾ Vgl. z. B. Krause, System der Philosophie, 1874, S. 4: „Das Naturrecht hat zu erkennen, was an sich Recht ist in Folge der vernünftigen Natur der Menschen . . . abgesehen von aller Geschichte . . . mithin was ewig recht ist“ usw. Ab. Schmidt, Z. v. v. Gemeinheitsrecht, 1881, stellt dem positiven das Vernunftrecht entgegen, das aber nur zu einem obersten Prinzip, nicht zu den für das Leben erforderlichen konkreten Normen zu gelangen vermöge. Auch Ahrens, Naturrecht § 1, spricht von einem von willkürlichen Satzungen unabhängigen, in einer höheren sittlichen Lebensordnung gegründeten Recht, das als Maßstab zur Beurteilung der besonderen Einrichtungen und als Richtschnur für ihre weitere Ausbildung dient.

⁹⁾ So in der scholastischen Philosophie aber auch bei manchen Naturrechtslehrern.

als unveränderlich geordnet gedacht werden. Das Recht, das sich für das Hirtenvolk eignet, kann dem Bauernvolk nicht frommen, und dessen Recht kann wieder für ein Handels- und Industrievolk weder passen noch ausreichen; ebenso ist die Umgestaltung anderer wirtschaftlicher oder geistiger Kulturelemente notwendig mit einer Veränderung des sie ordnenden Rechts verknüpft. Ja auch das Wesen des Menschen selbst, aus dem das Naturrecht abgeleitet werden soll, ist einer (wenngleich langsamen) Entwicklung unterworfen.

III. Für ein bestimmtes Volk auf einer bestimmten Kulturstufe und unter bestimmt gegebenen Lebensverhältnissen aber ist ein Idealbild des Rechts allerdings denkbar.

Wir können, ohne uns eines logischen Fehlers schuldig zu machen, versuchen, ein Recht zu finden, wie es eben für dieses Volk unter diesen Verhältnissen auf dieser Entwicklungsstufe als das richtige erscheint. Ja die Rechtswissenschaft und mehr noch die Gesetzgebung arbeiten bewußt oder unbewußt mit der Vorstellung eines solchen (wenn auch nur unvollkommen und stückweise erkannten) Idealbildes, sobald sie die kritische Sonde oder die bessernde Hand an das geltende Recht legen¹⁰⁾.

Freilich darf man nicht glauben, ein solches Idealbild in völliger Unabhängigkeit vom positiven Recht finden zu können; denn das Recht eines Volkes und die übrigen Elemente seiner Kultur bilden ein Ganzes, und diese Teile des Ganzen bedingen sich wechselseitig in solchem Maße, sind so sehr einer nach dem anderen und durch den anderen geformt, daß scheinbare Rückschlüsse aus den übrigen Kulturelementen auf ein für sie passendes Idealrecht zum guten Teil mittelbar auf dem geltenden Recht selber fußen würden¹¹⁾.

Nur wo das Recht anderen Kulturfortschritten gegenüber rückständig geblieben ist, insbesondere mit unserer sich vertiefenden wirtschaftlichen, sittlichen und religiösen Erkenntnis nicht mehr harmoniert, da empfinden wir den Mangel¹²⁾ und scheiden das Recht, wie es sein sollte, von dem Recht, wie es ist.

Kritische Betrachtung des geltenden Rechts, Gesetzgebungspolitik und rechtsphilosophische Gedanken begegnen sich in dem Versuche, einer Zeit das Idealbild ihres Rechts zu vergegenwärtigen. Der wissenschaftliche Wert und die reformatorische Bedeutung einer solchen kritisch-philosophischen Behandlung des Rechts sollten nicht verkannt werden¹³⁾.

¹⁰⁾ Daß auch der Richter bei Lüden des Rechts zu gleichen Erwägungen genötigt ist, kann erst in der Lehre von der Auslegung des Rechts gezeigt werden (Rechtsfindung).

¹¹⁾ So ist es denn auch keineswegs verwunderlich, daß die Naturrechtslehre des 18. Jahrhunderts in vielen grundlegenden Punkten und dem größten Teile der Gestaltung des einzelnen mit dem geltenden Rechte übereinstimmte.

¹²⁾ Auch hier gilt Lozes treffendes Wort (Mikrokosmos 4. Aufl. I S. 5): „Und gewiß ist das, was man so gern als höhere Ansicht der Dinge dem gemeinen Volk gegenüberstellt, am häufigsten doch nur eine sehnsüchtige Ahnung, wohl kundig der Schranken denen sie entfliehen, aber nur wenig des Zieles, das sie erreichen möchte.“

¹³⁾ In der Kritik des damaligen Rechts und der sich daraus ergebenden Fortbildung des Rechts liegt auch die Größe der sog. Naturrechtsperiode, deren gewaltige befreiende Wirkung die Juristen der historischen Schule nur allzu oft über der Beleuchtung der wissenschaftlich unhaltbaren Methode des Naturrechts vergessen haben.

§ 31. Öffentliches und Privatrecht*).

I. Wir scheiden das gesamte Recht in öffentliches und Privatrecht.

1. Die Menschen sind nicht nur als Einzelwesen mit ihren besonderen Bedürfnissen und Interessen Gegenstand rechtlicher Normierung, sondern sie sind auch zu mannigfachen organisierten Gesamtheiten zusammengeschlossen, in denen vereinter menschlicher Wille herrscht, die daher unserer natürlichen und rechtlichen Betrachtung als rechts- und willensfähige Einheiten erscheinen¹⁾ und deshalb als Gemeinwesen bezeichnet werden können. Sind solche Gemeinwesen im Interesse der allgemeinen Wohlfahrt unmittelbar durch das Recht selbst (also nicht durch Privatwillkür) geordnet, so bezeichnen wir sie als öffentliche Gemeinwesen. Zu ihnen gehören:

a) Der Staat, d. h. das Gemeinwesen, dem in einem bestimmten Gebiete die selbständige (nicht von einer höheren Macht abgeleitete) Herrschermacht zusteht.

Das staatliche Gemeinwesen hat also eine territoriale Grundlage, es ist eine Gebietskörperschaft. Ferner ist es mit selbständiger, nicht auf Anordnung einer höheren Macht beruhenden Herrschermacht ausgestattet. Daß diese Herrschermacht nach bestimmten Richtungen durch eine höhere Macht (des Bundesstaates) beschränkt sei, schließt den Staatsbegriff nicht aus, wenn nur innerhalb jener Schranken eine selbständige, auf eigener Organisation und nicht auf den Rechtsvorschriften des höheren Ganzen beruhende Herrschaft verbleibt²⁾. Deshalb sind die deutschen Länder Staaten, trotz der vielfachen Beschränkungen, denen ihr Herrschaftsrecht nach der neuen Reichsverfassung unterliegt³⁾.

b) Die Kommunalverbände, d. h. die dem Staate eingeordneten Gebietskörperschaften mit nur unselbständigen (auf staatlicher Vorschrift beruhenden) Herrschaftsrechten, wie Gemeinden, Kreise, Provinzen.

c) Eine Reihe von auf Rechtsvorschrift beruhenden Verbänden zu bestimmten öffentlichen Zwecken wie Schul-, Armen-, Wegeverbände, Universitäten, Handels- und Landwirtschaftskammern usw.

d) Die Kirchen, d. h. die organisierten christlichen Religionsgesellschaften.

2. Öffentliches Recht nennen wir nun das Recht, das die Verhältnisse der öffentlichen Gemeinwesen als solcher ordnet, das mit anderen Worten die Herrschaftsrechte und Pflichten bestimmt, die der Gesamtheit um dieser ihrer Eigenschaft als Gesamtheit willen

*) Thon, Rechtsnorm u. subj. Recht S. 108ff.; Vierling, Kritik II S. 150ff.; Pfaff u. Hofmann, Komm. z. Österr. BG I S. 118ff.; Regelsberger I §§ 28 u. 49; Bach, Handb. d. Zivilpr. I § 8; Haenel, Staatsrecht, 1892, I S. 163ff.; G. Meyer, Staatsrecht § 1 u. § 15; Gierke I § 4; Jellinek, System der subj. öffentl. Rechte S. 50ff. und Allgem. Rechtslehre S. 345ff.; Hellwig, Zivilpr. I § 10.

¹⁾ Näheres hierüber oben § 29 I 2 und in der Lehre von den juristischen Personen.

²⁾ Über abweichende Ansichten oben § 29 Anm. 8.

³⁾ Eine starke Fortentwicklung nach der Richtung des Einheitsstaats ist freilich in der neuen Reichsverfassung v. 11. August 1919 nicht zu verkennen.

zustehen oder obliegen. Wo dagegen ein solches Gemeinwesen in Beziehungen tritt, die in ähnlicher Weise auch für einzelne Menschen vorkommen (z. B. als Gläubiger, Schuldner, Eigentümer, Erbe), da handelt es sich nicht um öffentliches, sondern um Privatrecht.

3. Das Privatrecht ordnet die Rechtsverhältnisse, in denen die einzelnen als einzelne (nicht als Glieder der öffentlichen Gemeinwesen) stehen. Aber auch die Beziehungen der öffentlichen Gemeinwesen gehören, wie schon oben gesagt, dem Privatrechte insoweit an, als sie nicht auf ihrer Machtstellung und Aufgabe als öffentlicher Gemeinwesen beruhen⁴⁾.

II. Was die Theorie begrifflich sondert, ist im Leben vielfach verwoben. Aus privaten Rechten entspringen öffentliche Rechte und Pflichten (Wahlrecht der Grundbesitzer, Grund-, Gebäude-, Vermögenssteuern); private Rechte sind mit einem öffentlichen Anspruch gegen den Staat auf Rechtsschutz verbunden und werden nach Vorschriften des öffentlichen Rechts (gerichtlich) festgestellt und zwangsweise verwirklicht; Verletzung privater Rechte bringt öffentliche Strafdrohungen zur Wirksamkeit; Übertretung öffentlicher Pflichten kann private Schadensersatzpflichten erzeugen (Verletzung der Amtspflicht). Ferner kann die Rechtsordnung den gleichen Zweck nicht selten durch Anordnung privater oder öffentlicher Pflichten erreichen. Nicht selten bereitet daher die Frage nach der öffentlichen oder privaten Natur eines Verhältnisses Schwierigkeiten, namentlich wenn es sich um Rechte oder Verpflichtungen einzelner gegenüber dem Staate (oder einem sonstigen öffentlichen Gemeinwesen) handelt.

1. Entscheidend ist dann nicht, ob das streitige Verhältnis in den Formen des Zivilprozesses gerichtlich geltend gemacht werden kann⁵⁾; denn der Schutz durch Zivilklage ist zwar meistens mit den Privatrechten verbunden, kann aber solchen auch aus besonderen Gründen versagt oder öffentlichen Rechten gegeben sein⁶⁾. Auch das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein eines Vermögensinteresses ist kein sicheres Merkmal; denn es gibt Privatrechte ohne Vermögenswert (Familienrechte, Namensrecht, manche Forderungen) und

⁴⁾ Die Römer definieren etwas abweichend: *Publicum jus est, quod ad statum rei Romanae spectat, privatum, quod ad singulorum utilitatem* (L. 1 § 2 D. de J. et J. 1, 1; § 4 J. de J. et J. 1, 1). Bei ihnen folgte nämlich auch das staatliche Vermögens- und Verlehrsrecht vielfach besonderen Normen (Fornice, Zeitschr. f. Rechtsgeschichte 18 Rom. Abt. S. 1 ff.); und die Municipien und sonstigen öffentlichen Gemeinwesen erschienen ihnen so sehr als Staatsteile, daß es ihnen nicht ins Veroußtsein trat, daß die diese Verhältnisse ordnenden Regeln sich wenigstens direkt nicht auf den Staat beziehen.

⁵⁾ Dies ist die Ansicht von Thon a. a. D., namentlich S. 133 ff.; dagegen Bierling, Gierke, Wach u. a. m.

⁶⁾ Steuern und Zollforderungen würden durch Gemährung der Zivilklage keine Privatrechte werden; Darlehnszinsen der Kreditanstalten werden nicht öffentliche Rechte, wenn ihnen die Beitreibbarkeit im Verwaltungswege verliehen ist. Beispiele: Wach, Handb. Zivilpr. 1 S. 113 Anm. 85.

öffentliche Rechte von hohem Vermögenswert (Steuern, Zölle). Ebensovienig ist der Erwerbgrund schlechtthin maßgebend; denn manche Entstehungsgründe (Vertrag, Privileg) können bei öffentlichen und Privatrechten vorkommen.

2. Wirklich entscheidend für die öffentliche Natur der Rechte und Pflichten ist vielmehr, wie schon oben erläutert, ob sie der Gesamtheit wegen ihrer Aufgaben als Gesamtheit zustehen oder obliegen.

Daher sind z. B. die Ansprüche auf Militärlohn, Beamtengehalt, Abgeordnetenlöhnen, Zeugengebühren, Schulgeld, Chausseegeld öffentlicher Natur, denn sie werden auf Grund öffentlicher Pflichterfüllung gefordert.

Zu beachten ist aber, daß die öffentliche oder private Natur der Rechtsregel gesetzlich festgestellt sein kann. Bezüglich der im BG behandelten Rechtsmaterien wird man im Zweifel eine Feststellung als privatrechtliche annehmen dürfen.⁷⁾

III. An den Unterschied des öffentlichen und Privatrechts knüpfen sich namentlich die folgenden Wirkungen:

1. Wenn nicht ein anderes bestimmt ist, muß angenommen werden, daß dem Privatrecht eine Zivilklage entspricht, während das öffentliche Recht in der Regel nicht im Wege des Zivilprozesses geltend gemacht werden kann.

2. Über private Rechte kann man meist verfügen, über öffentliche nicht. Doch gibt es in beiden Beziehungen wichtige Ausnahmen. Ehe, Namensrecht und manche andere Privatrechte sind der Verfügung entzogen, auf manche prozessuale Rechte kann man trotz ihrer öffentlichen Natur verzichten.

3. Das Landesprivatrecht ist, von den Vorbehalten abgesehen, durch Art. 55 allgemein aufgehoben, das öffentliche Recht nur, soweit ihm das BG widerspricht (oben § 14 I 4).

IV. Das öffentliche Recht scheidet wir in folgende Unterabteilungen:

1. Das Staatsrecht. Dieses regelt die Verhältnisse des Staates und anderer politischer Gemeinwesen⁸⁾ zu ihren Gliedern, also nach innen. Zum Staatsrecht gehört auch:

a) Das Verwaltungsrecht, der Inbegriff der Rechtsnormen über die Verwaltung, d. h. die Fürsorge für Staats- und Volksinteressen;

b) das Strafrecht und Strafprozeßrecht; denn die Bestrafung des Verbrechens ist eine Äußerung staatlicher Pflichterfüllung;

c) das Zivilprozeßrecht; denn auch der Schutz der Privatrechte gehört zu den Aufgaben des Staates;

d) den nach Ausschcheidung dieser Teile verbleibenden Grundstock des Staatsrechts bezeichnen wir als Staatsrecht im engeren Sinne. Es enthält die Verfassung des Staates und die allgemeinen Grundsätze über die Ausübung der staatlichen Herrschaft über seine Glieder.

2. Das Kirchenrecht, d. h. der Inbegriff der Rechtsnormen über die Verhältnisse der christlichen Religionsgesellschaften.

3. Das Völkerrecht, das die Beziehungen der durch keine höhere staatliche Macht verbundenen Staaten untereinander regelt. Hier handelt es sich nicht um Über- oder

⁷⁾ Dies geht aber nicht, wie Hellwig a. a. D. meint, aus Art. 55 hervor; denn dieser ergibt zwar, daß das BG das bürgerliche Recht, von den Vorbehalten abgesehen, erschöpfen will, nicht aber, daß es nur bürgerliches Recht behandeln will.

⁸⁾ Unter politischen Gemeinwesen sind die öffentlichen mit Ausnahme der kirchlichen zu verstehen.

Unterordnung wie im Staatsrecht, vielmehr stehen die Staaten gleichberechtigt nebeneinander.

Gleichwohl ist auch das Völkerrecht öffentliches Recht*); es regelt die Stellung der Staaten in der Gemeinschaft der Völker, während das Staatsrecht die Beziehungen des Staates nach innen ordnet.

II. Entstehung und Aufhebung der Rechtsvorschriften.*)

1. Gesetzgebung.**)

§ 32. Begriff und Erfordernisse.

Gesetz (im materiellen Sinne) ist ein Rechtsatz oder ein Inbegriff von solchen, der von den nach der Verfassung dazu berechtigten staatlichen Organen aufgestellt und publiziert ist. Dies bedarf näherer Erläuterung.

1. Das Gesetz beruht auf staatlicher Anordnung. Die rechtserzeugende Tätigkeit anderer Gemeinwesen, wie der Kirchen, der Gemeinden, soweit sie überhaupt anerkannt ist, bezeichnen wir als Autonomie (unten § 40).

2. Das Gesetz geht aus von den nach der Verfassung zur Aufstellung von Rechtsnormen berechtigten Organen. Es ist zu unterscheiden:

a) Die regelmäßige Gesetzgebung. Sie stand im Deutschen Reiche vor der Revolution von 1918 den verbündeten Regierungen zu, die das Gesetz aber nur nach vorgängiger Zustimmung des Reichstags erlassen konnten. Nach dem Gesetze über die vorläufige Reichsgewalt¹⁾ v. 10. Febr. 1919 kommen Reichsgesetze durch Übereinstimmung zwischen der Nationalversammlung und dem Staatenausschusse zustande, nach der M.R. v. 11. Aug. 1919 durch Beschluß des Reichstags, in bestimmten Fällen durch Volksentscheid (unten § 33 2a).

b) In gewissen Fällen können aber auch ohne Mitwirkung der Volksvertretung lediglich von Regierungsorganen Rechtsnormen aufgestellt werden. Solche Rechtsnormen nennen wir „Verordnungen“ oder, wo es darauf ankommt, sie von den nur die untergeordneten Verwaltungsorgane bindenden

*) Manche betrachten es als besonderen, weder dem öffentlichen noch dem Privatrecht angehörigen Rechtssteil. Auch das Kirchenrecht wird häufig als selbständig angesehen. Dann entstehen also vier Hauptteile: Privatrecht, öffentliches, Kirchen- und Völkerrecht, und der Ausdruck öffentliches Recht bezeichnet dasselbe, was oben Staatsrecht im weiteren Sinn genannt wurde.

*) Die allgemeine Begründung dieser Lehre ist schon oben § 29 gegeben. Im folgenden die Besprechung der Entstehungsgründe im einzelnen.

***) Laband, Staatsrecht I S. 540ff.; II S. 544ff.; Haenel, Staatsrecht I S. 238ff.; G. Meyer, Staatsrecht §§ 155ff.; Pfaff u. Hofmann, Komm. I S. 126ff.; Regelsberger I §§ 18ff.; Gierte, D. PrR I §§ 18ff.; Jellinek, Gesetz u. Verordnung, 1887; Haenel, Das Gesetz im formellen und materiellen Sinne, 1888.

¹⁾ Dieses Gesetz ist von der verfassungsgebenden deutschen Nationalversammlung erlassen, deren Beschlüsse, da sie vom gesamten Volke auf breiter Grundlage gewählt ist, als Ausdruck des allgemeinen Willens, mithin als Recht anzuerkennen sind, oben § 13 VIII u. § 29 II 2c.

Verwaltungsverordnungen zu unterscheiden, „Rechtsverordnungen“. Sie unterscheiden sich in ihrer Kraft nicht von den durch die regelmäßigen Gesetzgebungsorgane geschaffenen Rechtsnormen; sie sind wahre Gesetze in dem oben bezeichneten (materiellen) Sinne.

Das Recht, Verordnungen zu erlassen, kann auf genereller Vorschrift beruhen oder besonders erteilt sein. Das erstere trifft meist zu:

aa) bei den Polizeiverordnungen, d. h. Verordnungen der Polizeibehörden, welche gewisse Handlungen bei Strafe verbieten oder gebieten;

bb) bei den Notverordnungen, d. h. Verordnungen, welche, während die Volksvertretung nicht versammelt ist, wegen eines dringenden Notstandes erlassen werden, der Volksvertretung aber nachträglich vorzulegen sind und im Falle der Nichtgenehmigung außer Kraft treten;

cc) bei den Ausführungsverordnungen, d. h. solchen, welche nähere Vorschriften über die Ausführung und Vollziehung von Gesetzen enthalten.

3. Das Gesetz bedarf der Verkündung; denn erst diese enthält den Gesetzesbefehl an jedermann. Die Verkündung war ursprünglich mündlich; später erfolgte sie durch den Druck, heutzutage durch Aufnahme in eine vom Staate veranstaltete amtliche Gesetzesammlung und deren Ausgabe.

4. Der Inhalt des Gesetzes ist ein Rechtsatz oder ein Komplex von solchen. Allerdings müssen nach besonderer Vorschrift auch manche Verwaltungsakte und Verfügungen, die keinen Rechtsatz begründen, in den für die regelmäßige Gesetzgebung vorgeschriebenen Formen erfolgen; aber sie werden dadurch keineswegs Gesetze (im materiellen Sinne). Sie sind Verfügungen in Gesetzesform und fallen unter den Begriff des Gesetzes im formellen Sinne, unter welcher Bezeichnung man alle Anordnungen der gesetzgebenden Organe zusammenfaßt, die in den regelmäßigen Formen der Gesetzgebung erlassen werden²⁾.

5. Die Rechtsätze, die den Inhalt des Gesetzes bilden, sind in den meisten Fällen abstrakte Regeln, d. h. sie knüpfen an einen generell bestimmten Tatbestand eine generell bestimmte Rechtsfolge, ordnen also nicht einzelne konkrete Rechtsverhältnisse, sondern ganze Kategorien von solchen (leges generales).

Der Rechtsatz kann aber auch eine Anordnung lediglich für einen bestimmten konkreten Fall (oder mehrere gezählte konkrete Fälle) enthalten, z. B. dem A wird Steuerfreiheit gewährt, einer Eisenbahngesellschaft wird das Enteignungsrecht für eine bestimmte Linie verliehen (lex specialis).

²⁾ Der Unterschied der Gesetze im materiellen und formellen Sinne ist (nach Paul Pfizers Vorgang) von Laband a. a. O. klargestellt und wird von der großen Mehrzahl der Staats- und Privatrechtslehrer anerkannt, so z. B. von Jellinek a. a. O. S. 228 ff.; G. Meyer, Grünhut 8 S. 10 ff. und Staatsrecht § 155; Anschütz, Kritische Studien 3. v. Rechtsätze und formellen Gesetz, 1891; Stobbe I S. 124; Gierke I S. 129 und vielen anderen. Abweichend namentlich v. Martitz, Zeitschr. f. d. ges. Staatswissenschaft, 63 S. 241; Jörn, Staatsrecht I S. 404 ff.; Arndt, Das Verordnungsrecht des D. Reichs, 1884; Haenel a. a. O.

Einen solchen Individualrechtsfall (gleichwie das durch ihn begründete Rechtsverhältnis) nennen wir Privilegium (im engeren oder eigentlichen Sinne). Auch ein solches ist ein wahrer Rechtsfall und nicht mit Verfügungen in Gesetzesform zu verwechseln²⁾. Doch sind bezüglich gewisser Privilegienerteilungen die Formen der Gesetzgebung nicht erforderlich.

§ 33. Fortsetzung: Reichsgesetze insbesondere.

Im früheren (1806 aufgelösten) Deutschen Reich stand die Reichsgesetzgebung dem Kaiser in Verbindung mit dem Reichstage zu. Der deutsche Bund (1815—1866) hatte kein Gesetzgebungsrecht.

1. Im neuen Deutschen Reich wurde nach der Verfassung von 1871 „die Reichsgesetzgebung durch den Bundesrat und den Reichstag ausgeübt. Die Übereinstimmung der Mehrheitsbeschlüsse beider Versammlungen war zu einem Reichsgesetze erforderlich und ausreichend“¹⁾ (RB Art. 5). Die Verkündung stand dem Kaiser zu (RB Art. 2, 17), war aber nicht in sein Ermessen gestellt, sondern mußte erfolgen, wenn übereinstimmende Beschlüsse des Bundesrats und Reichstags vorlagen²⁾. Sie geschah durch Abdruck im Reichsgesetzblatt³⁾ und dessen Ausgabe.

2. Nach der Reichsverfassung vom 11. August 1919 werden die Reichsgesetze vom Reichstag beschlossen (Art. 68). Doch ist in gewissen Fällen ein Volksentscheid (Referendum) erforderlich und entscheidend (Art. 73, das Verfahren regelt das G. über den Volksentscheid v. 27. Juni 1921),

a) wenn der Reichspräsident es bezüglich eines vom Reichstag beschlossenen Gesetzes binnen eines Monats bestimmt;

b) wenn die Verkündung eines vom Reichstag beschlossenen Gesetzes auf Antrag von mindestens einem Drittel des Reichstages ausgesetzt ist und ein Zwanzigstel der Stimmberechtigten es beantragt;

c) wenn ein Zehntel der Stimmberechtigten die Vorlegung eines bestimmten, aus-

²⁾ Der Unterschied liegt darin, daß die Verfügung sich auf die eigene Rechtssphäre des verfügenden Staates bezieht, also mit dem Rechtsgeschäfte vergleichbar ist, wenn auch natürlich die Vorschriften über (privatrechtliche) Rechtsgeschäfte nicht ohne weiteres darauf Anwendung finden. Das Privileg dagegen enthält ganz wie andere Gesetze einen objektiven Rechtsfall, nur daß dieser sich auf einen einzelnen Fall beschränkt.

¹⁾ Das ist so aufzufassen, daß das Gesetz von der Gesamtheit der verbündeten Regierungen als dem Träger der Reichsgewalt ausgeht, also durch den Beschluß des Bundesrates die Sanktion erhält, aber nur sanktioniert werden kann nach vorgängiger Zustimmung des Reichstages. Die Regel, daß einfache Mehrheitsbeschlüsse genügen, erleidet, was den Beschluß des Bundesrats (aber nicht den des Reichstages) betrifft, einige Ausnahmen, DRB Artt. 5, 7, 78; BranntweinsteuerG. v. 24. Juni 1887 §§ 39, 47.

²⁾ Darüber herrscht jetzt nahezu Einhelligkeit; G. Meyer, Anteil der Reichsorgane an der Reichsgesetzgebung, 1889, S. 6, 79; vgl. auch Fürst Bismarck, Gedanken u. Erinnerungen II S. 306. Abw. Dernburg BR I § 22 II.

³⁾ Das ist aber nur für Reichsgesetze, nicht für Reichsverordnungen vorgeschrieben, RGE 40 S. 76; 48 S. 88.

gearbeiteten Gesetzentwurf verlangt und der Reichstag diesem ihm vorgelegten⁴⁾ Gesetzentwurf nicht unverändert annimmt.

d) Über den Haushaltsplan, Abgabengesetze und Besoldungsordnungen kann jedoch nur der Reichspräsident einen Volksentscheid veranlassen, RR Art. 73.

e) Durch den Volksentscheid kann ein Beschluß des Reichstages nur dann außer Kraft gesetzt werden, wenn sich die Mehrheit der Stimmberechtigten an der Abstimmung beteiligt, RR Art. 75.

3. Gegen ein vom Reichstage beschlossenes Gesetz kann der Reichsrat innerhalb zweier Wochen seit der Schlußabstimmung im Reichstag Einspruch erheben, infolge dessen der Reichstag noch einmal zu beschließen hat. Kommt auch jetzt keine Übereinstimmung zwischen Reichstag und Reichsrat zustande, so kann der Reichspräsident binnen drei Monaten einen Volksentscheid über den Gegenstand der Meinungsverschiedenheit anordnen. Unterläßt er das, so gilt das Gesetz als nicht zustande gekommen.

Hat jedoch der Reichstag mit Zweidrittelmehrheit (der Abstimmenden) entgegen dem Einspruch des Reichsrats beschlossen, so muß der Reichspräsident binnen drei Monaten entweder das Gesetz, wie es der Reichstag beschlossen hat, verkünden oder den Volksentscheid anordnen, Art. 74.

4. Der Reichspräsident hat das beschlossene Gesetz binnen Monatsfrist im Reichsgesetzblatt zu verkünden; doch ist die Verkündung um zwei Monate auszusetzen, wenn es ein Drittel des Reichstags verlangt. Gesetze, die der Reichstag und der Reichsrat für dringlich erklären, kann der Reichspräsident aber ungeachtet jenes Verlangens verkünden.

5. Was den Erlaß von Verordnungen betrifft, so ist zu unterscheiden:

a) Ein Notverordnungsrecht steht dem Reiche weder nach der alten noch bisher nach der neuen Reichsverfassung zu; ein Polizeiverordnungsrecht nur in einigen besonderen Angelegenheiten⁵⁾. Nach der neuen RR Art. 91 erläßt die Reichsregierung mit Zustimmung des Reichsrats die Verordnungen, die den Bau, den Betrieb und den Verkehr der Eisenbahnen regeln (teils Rechtsverordnungen, teils Verwaltungsverordnungen). Sie kann diese Befugnis auf den zuständigen Reichsminister (Reichsverkehrsminister oder besonderen Reichseisenbahnminister) übertragen.

b) Der Reichspräsident kann, wenn er im Deutschen Reiche die öffentliche Sicherheit und Ordnung erheblich gestört oder gefährdet wird, die zur Wiederherstellung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung nötigen Maßnahmen treffen⁶⁾, erforderlichen Falls mit Hilfe der bewaffneten Macht einschreiten. Zu diesem Zwecke darf er vorübergehend die in den Artikeln 114, 115, 117,

⁴⁾ Die Regierung muß den Gesetzentwurf mit ihrer Stellungnahme dem Reichstag unterbreiten.

⁵⁾ Namentlich auf gewerbepolizeilichem Gebiete; vgl. ferner KonStG. v. 7. 4. 1900 § 51; SchutzgebietsG. § 3; ReichskriegshäfenG. v. 14. 6. 1883 § 2.

⁶⁾ Darin liegt auch die Verleihung eines Verordnungsrechtes für die angeführten Fälle.

118, 123, 124 und 153 festgesetzten Grundrechte ganz oder zum Teil außer Kraft setzen⁷⁾.

c) Im Kaiserreich war das Recht des Reichs, und zwar, wenn nichts anderes bestimmt war, des Bundesrats anzuerkennen, die zur Ausführung der Reichsgesetze erforderlichen allgemeinen Ausführungsverordnungen zu erlassen⁸⁾ (alte NB Art. 7 Nr. 2). Nach der neuen NB Art. 77 erläßt die zur Ausführung der Reichsgesetze erforderlichen allgemeinen Verwaltungsvorschriften⁹⁾, wenn nichts anderes bestimmt ist, die Reichsregierung, die aber, wenn die Ausführung der Reichsgesetze den Landesbehörden zusteht, der Zustimmung des Reichsrats bedarf.

§ 34. Inkrafttreten, richterliches Prüfungsrecht, Beweis.

I. Die Gesetze treten, sofern nichts anderes bestimmt ist, mit der Publikation in Kraft. In vielen Staaten ist aber als Regel ein späterer Termin festgesetzt, so für die Reichsgesetze (sowohl nach der alten wie nach der neuen Reichsverfassung) der Beginn des vierzehnten Tages nach dem Ablauf des Tages, an dem das betreffende Stück des Reichsgesetzblattes in Berlin ausgegeben ist¹⁾, ebenso für preussische Gesetze der Beginn des vierzehnten Tages nach der Ausgabe des Blattes der Preuß. Gesetzsammlung²⁾. Ferner wird nicht selten, namentlich bei umfangreicheren Gesetzen, ein späterer Termin im Gesetze selbst bestimmt, um der Bevölkerung Gelegenheit zu geben, sich vorher mit dem Gesetze bekannt zu machen.

Das publizierte, aber noch nicht in Kraft getretene Gesetz ist bereits rechtsbeständig und kann daher nur in derselben Weise wie andere Gesetze wieder aufgehoben werden; aber es übt noch keine Wirkungen, ihm fehlt noch die Kraft, in das Rechtsleben gestaltend einzugreifen.

II. Die Gültigkeit und somit die Anwendbarkeit des Gesetzes hängt von seinem verfassungsmäßigen Zustandekommen ab. Herrschen in dieser Beziehung Zweifel, so hat der Richter zu prüfen, ob alle verfassungs-

⁷⁾ Unverletzlichkeit der persönlichen Freiheit, der Wohnung, des Brief-, Post-, Telegraphen- und Fernsprechgeheimnisses, des Rechtes der freien Meinungsäußerung, des Versammlungs-, des Vereinsrechts.

⁸⁾ So auch die vorherrschende Meinung, vgl. namentlich Haenel, Staatsrecht I S. 282ff.; Voening, D. Verwaltungsrecht S. 229f.; G. Meyer, Staatsrecht § 165. Abweichend namentlich Laband, Staatsrecht S. 567ff., Seydel, Vahr. Staatsrecht, Kommentar zu Art. 7 III. In RGZ 40 S. 70 und 48 S. 88 wird prinzipiell eine besondere reichsgesetzliche Ermächtigung des Bundesrats für erforderlich erklärt, eine solche aber schon in einem Hinweis auf vom Bundesrat aufzustellende allgemeine Grundsätze gefunden.

⁹⁾ Darunter sind nur Verwaltungsverordnungen zu verstehen, d. h. solche, welche sich nur an die Behörden richten, nicht Rechtsverordnungen (oben § 32 2b), AnschußNB Art. 77. Vgl. aber auch Lammers, JurW 1924 S. 1479.

¹⁾ WR Art. 2; NB Art. 71; in den Konsulargerichtsbezirken erst zwei bzw. vier Monate nach der Publikation, KonsulargerichtsbarkeitsG § 30; entsprechend auch in den Schutzgebieten, SchutzgebietsG § 3. Die Bestimmung, daß ein Gesetz „mit dem Tage der Verkündung“ in Kraft treten soll, ist nach dem Wortlaut auf den Anfang dieses Tages zu beziehen, RGZ 91 S. 339.

²⁾ Pr. O. v. 16. Febr. 1874, RPz v. 30. Nov. 1920 Art. 61 Abs. 2.

mäßigen Erfordernisse vorliegen, insbesondere ob es keinen Verstoß gegen die Verfassung enthält und ob die erforderliche Zustimmung der Volksvertretung erteilt ist³⁾. Die *NRW* läßt die Frage absichtlich unentschieden. Daher muß die Regel Platz greifen, daß das Gesetz, dem es an einer seiner Voraussetzungen fehlt, nichtig ist und also für die richterliche Entscheidung nicht in Betracht kommt⁴⁾. Die *Pr. Verf.* v. 30. Nov. 1920 erklärt denn auch das Gesetz nur für verbindlich, wenn es „verfassungsmäßig“ zustande gekommen ist. Übrigens ist durch das Recht gesetzgebender Versammlungen, das Zustandekommen ihrer Beschlüsse selbst endgültig festzustellen, dem richterlichen Prüfungsrecht bezüglich dieser Beschlüsse eine wichtige Schranke gesetzt.

III. Wer sich auf ein Gesetz beruft, braucht im allgemeinen den Erlaß und die Publikation nicht zu beweisen; denn die Prüfung, was Recht sei, hat der Richter von Amts wegen vorzunehmen (*Jura novit curia*). Die Kenntnis ausländischer Gesetze, d. h. solcher, deren Geltungsbereich sich auf keinen Teil des Staates, dem das urteilende Gericht angehört, erstreckt⁵⁾, wird von dem Richter allerdings nicht gefordert. Bezüglich solcher Gesetze kann er also von der Partei, die sich darauf beruft, den Beweis fordern; allein er ist auf das von den Parteien beigebrachte Beweismaterial nicht beschränkt, kann vielmehr auch andere Erkenntnisquellen benutzen und das dazu Erforderliche von Amts wegen anordnen. Der Parteibeweis ist hier also nur eine Unterstützung der dem Richter zwar nicht schlechthin gebotenen⁶⁾, aber doch seinem pflichtmäßigen Ermessen anheimgegebenen Offizialtätigkeit. Deshalb finden auch die Formen des Beweisverfahrens keine Anwendung.

2. Gewohnheitsrecht.*)

§ 35. Wesen und Ursprung.

Gewohnheitsrecht ist das ungesetzte, das im Rechtsleben unmittelbar hervortretende Recht.

³⁾ Dafür nicht nur die Mehrzahl der neueren Schriftsteller, sondern auch obergerichtliche und reichsgerichtliche Entscheidungen; *Seuff.* 4 Nr. 250; 26 Nr. 99; 32 Nr. 101; 38 Nr. 149; *RGZ* 24 Nr. 1; *RGZ* 107 S. 320ff. (Plenarbeschluß der Zivilsenate). Landesgesetze und -verordnungen sind nur gültig innerhalb der durch die Reichsgesetzgebung gesetzten Schranken, *RGZ* 48 S. 195 (Plenarbeschluß), *RG* in *JurZ* 1901 S. 142; *Verordnungen* nur, wenn das Verordnungsrecht bestand. (So jetzt auch *RG*, *PrVerwBl.* 42 S. 294.) Auch diese Voraussetzungen unterliegen also richterlicher Prüfung; nicht aber bei *Notverordnungen* die Frage, ob ein Notfall vorlag.

⁴⁾ *Vgl.* auch *Bühler*, *JurZ* 1921 S. 580; *Triepel*, *Arch. f. öff. R.* 39 S. 536; *a. A.* *Anschütz*, *Arnold*, *Thoma*, *JurZ* 22 S. 729.

⁵⁾ Das Reichsgericht muß also alles irgendwo im Deutschen Reich geltende Gesetzesrecht kennen, ein preußisches Gericht nicht nur das preußische Landrecht, sondern z. B. auch den *Code civil* und das *Corpus juris*, auch wenn sie in seinem Sprengel nicht gelten oder gegolten haben.

⁶⁾ Die Unterlassung bildet daher keinen Revisionsgrund, *vgl.* die bei *Stein*, *Komm. z. BPO* § 293 *Anm.* 13, angegebenen Reichsgerichtsentscheidungen.

^{*)} *Puchta*, *Gewohnheitsrecht* 2 Bde., 1828, 1837; *Savigny* I §§ 7, 12, 18, 25, 27; *Weseler*, *Volksrecht und Juristenrecht*, 1843; *Thöl*, *Volksrecht usw.*, 1848, u. *Einl.*

Schon bei der Besprechung des Wesens des Rechts und seiner Entstehung im allgemeinen mußte gezeigt werden, daß, wie in letzter Linie alles Recht, so auch das Gewohnheitsrecht auf dem Willen einer Gemeinschaft beruht¹⁾, und daß die Übung den gebietenden Ausdruck dieses Willens enthält, also nicht nur ein Erkenntnismittel des Gewohnheitsrechts, sondern ein Erfordernis seiner Entstehung bildet (oben § 29 II 2a).

Dieses Ergebnis findet in den Aussprüchen der römischen Juristen eine wertvolle Bestätigung²⁾. Ja selbst in gerichtlichen Urteilen³⁾ und wissenschaftlichen Arbeiten⁴⁾, die auf dem Boden der Überzeugungstheorie zu stehen vermeinen, bringt die Willenstheorie oft genug unwillkürlich durch. Im

ins D. PrR §§ 51 ff.; E. Meier, Die Rechtsbildung in Staat und Kirche, 1861, S. 1 ff.; Goldschmidt, Handelsrecht I, 2. Aufl. 1875, § 35; Zitelmann, ZivR 66 S. 324 ff.; G. Rümelin, DogmZ 27 S. 153 ff.; Schuppe, Gewohnheitsrecht, 1890; Bergbohm, Jurisprudenz und Rechtsphilosophie, 1892, I S. 502; Dertmann, Volksrecht und Gesetzesrecht, 1898; Reulamp, BürgR 12 S. 156 ff.; Brie, L. v. Gewohnheitsrecht I, Geschichtliche Grundlegung, 1899; Br. Schmidt, Das Gewohnheitsrecht als Form des Gemeinwillens, 1899; Stier-Somlo, Die Volksüberzeugung als Rechtsquelle, 1900; Ehrlich, Die Tatsachen des Gewohnheitsrechts, Rede 1907; Windscheid I §§ 19 ff.; Regelsberger I §§ 19 ff.; Stobbe I §§ 21 ff.; Gierke I §§ 20 ff.; Hölder, Kommentar z. BG S. 51 ff.

¹⁾ Die Bekämpfung der sog. Willenstheorie durch Zitelmann a. a. D. S. 346 ff. trifft unsere Ansicht nicht. Nach dieser ist nämlich nur der Wille, daß der Rechtsatz gelte, also im Leben seine gestaltende Kraft bewähre, (der Geltungswille) erforderlich, nicht aber der Wille, den Rechtsatz neu zur Entstehung zu bringen (der Rechtserzeugungswille). Nur gegen den letzteren aber, der allerdings kaum jemals vorliegen wird, richtet sich die B.ische Verweisung. Nur dieser wird „durch die Vorstellung, daß der Satz schon recht sei, ausgeschlossen“ (S. 370); nur dieser wird durch „Rechtsirrtum schlechthin ausgeschlossen“ (S. 368); nur dieser kann als eine „wissentlich und willentlich ausgeübte Art der Gesetzgebung“ bezeichnet werden; nur von dieser Auffassung ausgehend, kann man die Gewohnheitsrechtsbildung „einen mittelbaren, stillschweigenden Akt der Gesetzgebung“ nennen und sie bei partikulärem Recht unter den „Gesichtspunkt der Autonomie“ stellen (S. 366).

²⁾ L. 32 § 1 D. de leg. 1, 3 (Julianus): „Inveterata consuetudo pro lege non immerito custoditur, et hoc est jus quod dicitur moribus constitutum. Nam cum ipsae leges nulla alia ex causa nos teneant, quam quod iudicio populi receptae sunt, merito et ea quae sine ullo scripto populus probavit, tenebunt omnes: nam quid interest suffragio populus voluntatem suam declaret an rebus ipsis et factis?“ Ulp. § 4: „Mores sunt tacitus consensus populi longa consuetudine inveterati.“ L. 35 D. de leg. 1, 3 (Hermog.): „velut tacita civium conventio.“ § 9 J. de j. nat. gent. et civ. 1, 2: „diuturni mores consensu utentium comprobati legem imitantur.“ § 11 eodem: „tacito consensu populi.“ Gesetz und Gewohnheitsrecht beruhen auf dem Willen der Gemeinschaft allerdings in verschiedener Weise, das Gewohnheitsrecht unmittelbar, das Gesetz dagegen zunächst auf dem Willen der Gesetzgebungsorgane (röm. Volksversammlung) und nur mittelbar auf dem Gemeinwillen (oben § 29 III). Julian u. Ulpian wollen nur die Gleichheit dieses letzten Geltungsgrundes hervorheben. Ob sie dabei den (allerdings bestehenden) Unterschied verkannt oder nur unerwähnt gelassen haben, tut nichts zur Sache.

³⁾ Vgl. z. B. RGZ 3 S. 212: „Eine Gewohnheit, welche erweislich lediglich die Folge eines Irrtums ist, kann nicht Ausdruck und Kennzeichen eines gemeinsamen Rechtswillens sein, auf welchem doch allein ihre rechtserzeugende Kraft beruht.“ Seuffert 15 Nr. 217 (Obertribunal zu Stuttgart): „Wo aber als Grund und Zweck eines Gerichtsgebrauchs der Wille sich darstellt, durch den aufgestellten Rechtsatz einem Rechtsbedürfnisse zu genügen . . . bildet der Gerichtsgebrauch eines der sichersten Erkenntnismittel des Gewohnheitsrechts.“

⁴⁾ So z. B. bei Buchta an vielen von Zitelmann a. a. D. S. 389 Anm. 109 zusammengestellten Stellen, vgl. auch Buchta, Institutionen § 6: „Wir gebrauchen

folgenden wird sie vorausgesetzt, ist jedoch noch durch eine kurze Beleuchtung der bisher zum Teil nur beiläufig berührten, abweichenden Ansichten zu befestigen.

1. Eine schon im Mittelalter vertretene, von Praktikern und Naturrechtslehrern weiter entwickelte, vereinzelt noch jetzt festgehaltene⁶⁾ Ansicht, die sog. Gestattungstheorie, sucht die Geltung des Gewohnheitsrechts durch die Annahme einer ausdrücklichen oder stillschweigenden Billigung des Gesetzgebers zu erklären. Sie ist schon oben § 29 II 1 widerlegt.

2. Eine sehr verbreitete Meinung führt das Gewohnheitsrecht auf die gemeinsame Rechtsüberzeugung zurück und zwar

a) entweder so, daß man das Wesen des Gewohnheitsrechts allein in der Überzeugung findet, schon diese also für das Recht hält und der Übung nur die Bedeutung einer Erkenntnisquelle beimißt⁶⁾,

b) oder so, daß man die Übung — als Äußerung und Befestigung der Überzeugung — für ein zweites Erfordernis erklärt, das zu dieser hinzutreten muß⁷⁾.

Bei beiden Modifikationen dieser „Überzeugungstheorie“ wird die Gemeinschaft, auf deren Überzeugung das Gewohnheitsrecht beruhen soll, bald nur als die Gesamtheit der Volksgenossen in ihrer Vereinigung, bald dagegen in mehr oder weniger mystischer Weise als „Volksgeist“ oder als ein geistiges Gesamtwesen mit realer Existenz aufgefaßt (vgl. oben § 29 Anm. 6).

Die Überzeugungstheorie in allen diesen Färbungen scheidet, wie früher ausgeführt wurde, schon an dem Begriffe des Rechts. Gebote und Gewährungen sind Willensakte, können also nicht durch bloßes Denken und Fühlen und Äußerung von Gedanken und Gefühlen geschaffen werden. Die Überzeugung ist nur die wichtigste — nicht einmal die einzige — Motivationsquelle für diese Willensakte.

Durch diese Erkenntnis wird das Recht nicht entwertet, sondern nur der Blick für die kritische Betrachtung und die Fortentwicklung des Rechts freigemacht⁸⁾. Eben weil nicht alles Recht den Überzeugungen und Bedürf-

das Wort Recht für den allgemeinen Willen, den Willen der Gesamtheit.“ Goldschmidt, Handelsrecht 2. Aufl. I S. 329: „Es muß die Übung als Übung eines Rechtsjages gewollt sein“ u. a. m.

⁶⁾ Besonders von E. Meier, Binding u. Rümelin a. a. O.

⁷⁾ Das ist eine der Grundlehren der älteren historischen Schule, namentlich Puchta und Savigny's, die aber bis in die neuere Zeit noch Vertreter gefunden hat, vgl. z. B. Thöl, Stobbe a. a. O.; Dahn, KritV 42 (1900) S. 172.

⁸⁾ So Wächter, Württ. PrR S. 32 ff.; Beseler, D. PrR § 29; Windscheid, Goldschmidt, Regelsberger, Gierke a. a. O.

⁹⁾ Die Wertschätzung des Rechts beruht überhaupt weniger auf der Überzeugung, daß es gelte, als auf dem Glauben an seinen inneren Wert, d. h. an seine Übereinstimmung mit unseren ethischen Anschauungen und wirtschaftlichen Bedürfnissen. Von der Willkür scheidet sich das Recht dadurch, daß es nicht nur für andere, sondern auch für uns selbst als höchste Norm gewollt wird, vgl. auch Elsbacher, Handlungsfähigkeit I S. 38.

nissen des Volkes entspircht, ist die bessernde Hand des Gesetzgebers unentbehrlich. Es ist kein Zufall, daß die Zeit der Alleinherrschaft der Überzeugungstheorie an gesetzgeberischen Fortschritten auffallend arm war.

3. Bisweilen wird das Gewohnheitsrecht aus dem Rechtsinne oder Rechtstriebe abgeleitet⁹⁾. Allein ein besonderer Rechtsinn oder Rechtstrieb ist nicht anzuerkennen, und eine Analyse dieses keineswegs klaren Begriffes führt auf Überzeugungen und andere Motivationsquellen zurück. Das Recht aber wird nicht durch diese, sondern durch den (durch sie veranlaßten) in der allgemeinen Übung sich offenbarenden Willen der Gemeinschaft geschaffen. Nur das ist richtig, daß wir hier so wenig wie auf anderen Gebieten, wo Überzeugung und Wille wirken, immer scharf abgeklärte Überzeugungen und genau reflektierte Willensbewegungen fordern dürfen. Wie überall kommt auch hier die mehr gefühlsmäßige Überzeugung und das halbinstinctive Wollen mit in Betracht.

4. Endlich hat man die bindende Kraft des Gewohnheitsrechts lediglich auf die Übung zu gründen versucht¹⁰⁾; allein es wird immer unverständlich bleiben, wie eine bloß äußere Tatsache verbindliche Kraft haben kann. Zwar werden nicht selten insolge von Nachahmungstrieb, Gewöhnung, Ehrfurcht vor dem Alten aus der Übung wirksame Motive erwachsen für den Willen, daß es auch ferner so gehalten werden solle, aber das Rechtsgebot liegt dann doch in diesem Willensakt und nicht in den Motiven, ganz abgesehen davon, daß häufig noch andere Beweggründe mitwirken, ja den Ausschlag geben.

§ 36. Erfordernisse und Beweis.

I. Daß eine Übung auf dem allgemeinen Willen beruhe, kann nicht direkt beobachtet, sondern nur aus ihren Eigenschaften geschlossen werden. Um diesen Schluß zuzulassen, muß sie:

1. eine, wenn auch nicht ausnahmslose, so doch im ganzen gleichförmige sein; denn aus wechselnder Anwendung und Nichtanwendung läßt sich kein in der Gemeinschaft allgemein herrschender Wille folgern. Vereinzelte Abweichungen aber schließen diese Annahme nicht aus.

2. Sie muß eine dauernde sein: denn was nur vorübergehend geschieht, wird nicht auf dem Rechtswillen, sondern auf Gründen vorübergehender Natur beruhen. Ein bestimmtes Zeitmaß läßt sich aber so wenig angeben, wie eine bestimmte Zahl der Übungsakte¹⁾. Unter ganz besonderen Umständen kann der Gemeinwille sich übrigens auch in kurzer Zeit unzweifelhaft offenbaren, z. B. wenn ein neu gegründeter Staat nach innen und außen die allgemeine Anerkennung erlangt (oben § 29 II 2c).

3. Sie muß eine allgemeine sein, freilich nur in dem Kreise, für den der Rechtsatz gelten soll, z. B. bei partikulärem Gewohnheitsrecht in dem betreffenden Bezirke, bei Gewohnheitsrechten eines Berufsstandes in diesem.

⁹⁾ So Bruns in Holzendorffs Enzykl., 5. Aufl. S. 437, bzw. Köhler I S. 107.

¹⁰⁾ So von den Neuere namentlich Bittelmann a. a. O. und wohl auch Dernburg, B. I §§ 26 ff.

¹⁾ Die Glossatoren wollten die Verjährungszeiten anwenden, ebenso das kanonische Recht, c. 11 X de consuetudine l. 4, was mit Recht schon in der gemeinrechtlichen Praxis und Theorie für unanwendbar gehalten wurde. Vierling, Prinzipienlehre 4 S. 312, hält es gleichwohl für das Kirchenrecht noch für praktisch (?). Der Codex juris Canonici Pii X (can. 27) fordert für die von ihm geordneten innerkirchlichen Verhältnisse der katholischen Kirche die Zeitdauer von 40 Jahren.

Allgemeinheit ist aber nicht in dem Sinne zu verstehen, daß alle dem betreffenden Kreise angehörigen Personen an der Übung teilnehmen müßten, vielmehr kommen nur die in Betracht, die dazu überhaupt Gelegenheit haben, die die Regel also angeht. Das ist aber bei den Juristen infolge ihrer Mitwirkung bei der Rechtspflege in weit ausgedehnterem Maße der Fall als bei anderen Personen; sie haben daher einen hervorragenden Einfluß auf die Bildung des Gewohnheitsrechts. Gleichwohl ist es nicht zutreffend, das Gewohnheitsrecht, je nachdem es auf der Anwendung durch die Juristen oder durch das Volk beruht, in Juristenrecht und Volksrecht zu scheiden. Die Juristen bilden keinen Gegensatz zum Volk, sondern nehmen an dessen Denken und Wollen teil. Es wird auch sehr selten vorkommen, daß ein in den Urteilen der Gerichte ständig anerkannter Satz in den übrigen Teilen der Bevölkerung gar keinen Boden fände. Und stände wirklich einmal dem Rechtswillen der Gerichte der Rechtswille des übrigen Volkes gegenüber, so wäre ein Gewohnheitsrecht noch nicht entstanden, sondern dürfte erst angenommen werden, wenn der Widerstreit beseitigt und eine der Willensrichtungen zur allgemeinen Herrschaft gelangt wäre; denn den Gerichten ist wohl die Macht gegeben, konkrete Rechtsfälle rechtswirksam festzustellen, aber nicht objektive Rechtsätze zu begründen³⁾.

4. Die Übungsakte müssen auf dem Rechtswillen beruhen, d. h. auf dem Willen, eine bindende Regel zu verwirklichen (indem man sie durchsetzt oder ihr gehorcht⁴⁾). Dieser Rechtswille ist der richtige Kern dessen, was man gewöhnlich als „*opinio necessitatis*“ bezeichnet. Gewohnheiten, die nur aus Wohlwollen, Anstandsgefühl, eingewurzelter Gesetzwidrigkeit oder aus bloßer Gewöhnung entspringen, begründen kein Gewohnheitsrecht⁴⁾.

5. Die Übung muß eine selbständige sein in dem Sinne, daß sie nicht lediglich den Ausdruck eines Irrtums bildet⁵⁾. Ist insbesondere über den Inhalt eines Gesetzes geirrt und der mißverständlich angenommene Inhalt nur infolge dieses Irrtums (vielleicht mit Bedauern) angewandt, während anzunehmen ist, daß ohne den Irrtum anders gehandelt wäre, so ist ein Gewohnheitsrecht noch nicht vorhanden. Eingebürgertem Irrtum ist kein Gewohnheitsrecht⁶⁾.

³⁾ Näheres über den Gerichtsgebrauch unten § 39 II.

⁴⁾ Es genügt der Wille „sich einem rechtlichen Grundsatz zu unterwerfen“ (PrD RQ in PrVerwBl 33 S. 75) oder das „Bewußtsein einer Verkehrspflicht“ (RG 76 S. 115).

⁴⁾ Beispiele: Gewohnheit der Weihnachtsgeschenke an die Kinder; eingewurzelter Holz- oder Wilddiebstahl; übliche, aber nicht geforderte Geschäftsförmlichkeiten.

⁵⁾ Im Grundgedanken stimmen damit zahlreiche oberstrichterliche, zumal auch reichsgerichtliche Entscheidungen überein, wenn auch die Fassung mitunter zu weit ist oder zu anderen Bedenken Anlaß gibt. Vgl. RG 1 S. 313; 2 S. 185; 3 S. 211 ff.; 6 S. 225 ff.; 7 S. 235; 12 S. 293; 26 S. 323; 31 S. 272; SeuffA 12 Nr. 91; 31 Nr. 120 u. 348; 47 Nr. 120; Gruchot 31 S. 893 f.; JurW 1902 S. 739 Nr. 25.

⁶⁾ Das sagt auch nach der am nächsten liegenden (wenn auch nicht zweifellosen) Auslegung die vielumstrittene L. 39 D. de leg. 1, 3: „Quod non ratione introductum, sed errore primum, deinde consuetudine optentum est, in aliis similibus non optinet.“ Ich interpretiere: „Was nicht aus einem vernünftigen Bedürfnis eingeführt, sondern zuerst durch Irrtum, dann infolge einer Gewohnheit die Oberhand erhalten hat (d. h. tatsächlich angewandt ist), das behält für die noch nicht erledigten ähnlichen Fälle (die nach Erkenntnis des Irrtums zu entscheiden sind) nicht die „Oberhand“ (wird nicht angewandt)“. Optinere bezeichnet also beidemal dasselbe, nämlich die tatsächliche Anwendung (in deren Verneinerung für die Zukunft nur mittelbar auch die rechtliche Geltung verneint ist; und daß unter „aliis similibus“ die noch nicht erledigten Fälle derselben Art verstanden werden können, ist selbstverständlich und wird außerdem durch den Ausspruch der L. 12 C. de leg.

a) Neben anderen Motiven kann aber auch ein Irrtum zur Bildung eines Gewohnheitsrechts mitwirken, vorausgesetzt, daß jene anderen Gründe, nicht der Irrtum als entscheidend zu betrachten sind.

b) Ja selbst eine anfänglich nur auf Irrtum beruhende Übung kann sich zu einem Gewohnheitsrecht entwickeln, indem sie sich von dem Irrtum löst, so daß der Rechtsatz also nunmehr schlechthin gewollt und geübt wird, während die irrige Schlussfolgerung entweder überhaupt nicht mehr vollzogen wird oder doch nicht mehr als entscheidend erscheint⁷⁾.

In Zweifelsfällen wird man, wenn ein vernünftiges Bedürfnis den Rechtsatz fordert, dieses als den wahren Grund der Übung ansehen, also ein Gewohnheitsrecht annehmen. Nicht selten erscheint die unzutreffende Berufung auf ein Gesetz sogar nur als die Verkleidung, in der die neue Rechtsbildung leichteren Eingang findet. Wichtige Gewohnheitsrechte, z. B. die Rezeption des römischen Rechts und ferner der gemeinrechtliche Provoationsprozeß, verdanken ihre Entstehung wenigstens teilweise irrigen Auffassungen.

6. In Theorie und Praxis ist noch heute die Ansicht sehr verbreitet, die Übung könne nur, wenn sie nicht gegen die guten Sitten oder die Grundlagen der staatlichen Ordnung verstoße, zur Bildung eines Gewohnheitsrechts führen⁸⁾. Allein dieses Erfordernis der (sog.) Rationalität trifft nur für partikuläres Gewohnheitsrecht zu, da anzunehmen ist, daß die Gesamtheit, der der Teil unterworfen ist, in grundlegenden Fragen der staatlichen Ordnung oder der guten Sitten keine Abweichung gestatten will⁹⁾. Ein Reichsgewohnheitsrecht dagegen hat der Richter selbst dann anzuerkennen, wenn es seinen Ansichten über Vernunft und gute Sitte widerstreiten sollte; denn was ein ganzes Volk als bindende Norm will, das hält es auch für vernünftig und sittlich, und der Richter darf seine Ansichten nicht über die des Volkes stellen.

II. Der Richter kann das Vorhandensein des Gewohnheitsrechts aus den Übungsakten und deren Eigenschaften folgern, aber ebenso indirekte Erkenntnisquellen (Zeugenaussagen, Urfszeichnungen, wissenschaftliche Arbeiten usw.) benutzen. Die Kenntnis des Gewohnheitsrechts, auch des in seinem Gerichtsbezirke geltenden, wird von ihm nicht verlangt. Er kann daher von der Partei, die sich auf das Gewohnheitsrecht beruft, den Beweis fordern; aber er kann auch andere Erkenntnisquellen benutzen und das zu diesem Zwecke Erforderliche von Amts wegen anordnen. Von dem Beweise gilt das oben § 34 III über den Beweis ausländischer Gesetze Gesagte.

1, 14 bestätigt, daß eine kaiserliche Entscheidung als Norm gelte „non solum illi causae, pro qua producta est, sed omnibus similibus.“ Damit fallen die von Bittelmann gegen die oben gegebene Auslegung vorgebrachten Gründe. Seine eigene Auslegung (vgl. auch Brie S. 27ff.) ist nur möglich, wenn man das „non ratione introductum“ in „contra rationem“ umdeutet, was an sich gewagt und bei der präzisen Rebeurteilung anderer Stellen dieses Inhaltes doppelt bedenklich ist. L. 14 eod.: „contra rationem juris receptam“; L. 16 eod.: „contra tenorem rationis introductum“.

⁷⁾ Gutes Beispiel für das unter a u. b Gesagte in RG PrVerwBl 32 S. 750, vgl. auch RG 52 S. 425.

⁸⁾ So in verschiedenen Fassungen Buchta II S. 51ff.; Windscheid § 16 B. 5; Dernburg B. I § 27 B. 5; Regelsberger I § 20 IV.

⁹⁾ Auch die gesetzliche Grundlage für das Erfordernis der Rationalität im gem. Recht, die L. 2 C. quae sit. long. cons. 8, 53, ist wohl auf partikuläres Gewohnheitsrecht zu beschränken (vgl. unten § 37 Anm. 1).

§ 37. Verhältnis zum Gesetz.

I. Das Gewohnheitsrecht steht in seiner Kraft dem Gesetze gleich, ist daher auch imstande, ältere Gesetze aufzuheben oder abzuändern¹⁾.

Zwar hatte der erste Entwurf des BG (in der Hauptsache übereinstimmend mit dem preussischen, französischen, österreichischen und sächsischen Recht) bestimmt: „Gewohnheitsrechtliche Rechtsnormen gelten nur insoweit, als das Gesetz auf Gewohnheitsrecht verweist.“ Aber diese Vorschrift ist nach sehr lebhaftem Streite²⁾ in den E II und das Gesetz mit Recht nicht aufgenommen. Gesetzlicher Ausschluß des Gewohnheitsrechts ist unmöglich; denn was in fester Übung als allgemeiner Wille hervortritt, ist Recht, auch wenn es einem früheren, dann eben außer Kraft gesetzten gesetzlichen Verbot widerstreiten würde. Auch die Geschichte hat die Unwirksamkeit derartiger Verbote genugsam erwiesen³⁾, und wenn es mit dem Verbote wirklich ernst genommen würde, wäre der rechtsbildenden Tätigkeit der Gerichte eine unerträgliche Fessel angelegt.

II. Ein für das ganze Reich geltendes Gewohnheitsrecht, ein Reichsgewohnheitsrecht, kann daher auch Reichsgesetze aufheben, abändern oder ergänzen⁴⁾. Die Bildung von Reichsgewohnheitsrecht, insonderheit durch die Praxis der Gerichte ist denn auch bereits in einigen Fragen wahrzunehmen⁵⁾.

III. Partikuläre Gewohnheitsrechte dagegen können keine größere Kraft haben als die Landesgesetze. Sie sind daher ausgeschlossen, wenn sie einem reichsrechtlichen Rechtsatz widerstreiten⁶⁾ 7), und auf dem Gebiete des Privat-

¹⁾ Das war auch die Meinung der römischen Juristen, L. 32 § 1 D. de leg. 1, 3: *rectissime etiam illud receptum est, ut leges non solum suffragio legislatoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur.* Vgl. auch § 11 J. de j. nat. 1, 2: *ea vero, quae ipsa sibi quaeque civitas constituit, saepe mutari solent vel tacito consensu populi vel alia postea lege lata.* Die scheinbar entgegenstehende Meinung Konstantins in der vielbesprochenen L. 2 C. quae sit longaeva cons. 8, 53 erklärt sich am einfachsten daraus, daß zu Konstantins Zeit in dem ungeheuren röm. Reich, dem ein einheitlicher Mittelpunkt fehlte, Reichsgewohnheitsrechte schwerlich mehr vorkommen konnten, Konstantin also nur an partikuläres Recht gedacht haben wird. Nimmt man aber auch eine Antinomie an, so überwiegen die ersteren Stellen als die innerlich wertvolleren, zumal sie in zahlreichen Einzelfragen praktisch angewandt sind: § 3 J. de libertinis 1, 5; § 7 J. de injuriis 4, 4; L. 27 § 4 D. ad L. Aqu. 9, 2; L. 1 § 1 D. de int. in jure 11, 1; L. un § 1 C. de cad. toll. 6, 51.

²⁾ Mot. I S. 3—10; Zusammenstellung I S. 36—40, VI S. 25—33; Prot. VI S. 359ff.

³⁾ Vgl. besonders Hartmann, ZivM 73 S. 322ff. Daraus geht natürlich nicht die Bedeutungslosigkeit derartiger Verbote hervor. Sie werden die Bildung eines Gewohnheitsrechts stets sehr erschweren und häufig hindern. Betont aber muß werden, daß dem Gesetz zu einem sicheren Ausschluß gewohnheitsrechtlicher Bildung die Kraft fehlt.

⁴⁾ Reichsgewohnheitsrechte sind natürlich die für das ganze Reich geltenden Gewohnheitsrechte auch dann, wenn sie sich auf bestimmte Berufsstände (Kaufleute) oder auf Angelegenheiten beschränken, die nie an bestimmten Orten vorkommen können (Seeschifffahrt, Börsengeschäfte).

⁵⁾ Vgl. z. B. unten § 238, 4a.

⁶⁾ Das ergibt sich zwar nicht aus dem Wortlaut des Art. 2 der NB (denn Cromes Annahme, DogmZ 39 S. 378f., daß Art. 2 der NB durch Art. 2 des EG für das Gebiet des BG authentisch interpretiert werde, erscheint weder inhaltlich noch verfassungsmäßig zutreffend), wohl aber aus dem (im Texte ausgeführten) Gedanken, daß man dem landesrechtlichen Gewohnheitsrecht unmöglich höhere Kraft zuschreiben kann als dem landesrechtlichen Gesetze.

⁷⁾ In den Konsulargerichtsbezirken und Schutzgebieten soll jedoch nach dem KonsulargerichtsbarkeitsG § 51 Abs. 1 und dem SchutzgebietenG § 3 das Handelsgewohnheitsrecht den Handelsgesetzen des Reiches vorgehen; mit Recht, weil die Handelsgesetze des Reichs auf die besonderen Verhältnisse jener Gebiete nicht die gehörige Rücksicht nehmen konnten.

rechts sind sie nach Art. 55 überhaupt nur für die dem Landesrecht vorbehaltenen Materien^{*)} oder wenn es besonders bestimmt ist (§ 919) zulässig. Daß partikuläres Gewohnheitsrecht den Grundsätzen der staatlichen Ordnung und den in der Gemeinschaft herrschenden sittlichen Anschauungen nicht widersprechen kann, ist schon oben § 36 I 6 nachgewiesen.

§ 38. Anhang: Verkehrsſitte*).

I. Die im Verkehr übliche Handlungsweise begründet nur dann ein Gewohnheitsrecht, wenn für sie alle Erfordernisse eines solchen (oben § 36) zutreffen. Ist das nicht der Fall, mangelt insbesondere der Wille, durch die Handlungsweise eine bindende Regel zu verwirklichen (die sog. *opinio necessitatis*), so spricht man von bloßer Verkehrsſitte, Geschäftsgebrauch (im Handel von Handelsſitte, Handelsbrauch).

II. Die Verkehrsſitte kommt in mehrfacher Beziehung in Betracht:

1. Sie ist von hoher Bedeutung für die Auslegung von Rechtsgeschäften; denn im Zweifel wird anzunehmen sein, daß der Sinn der Willenserklärungen dem im Verkehr üblichen entspreche. Daher schreibt § 157 vor, daß Verträge so auszulegen sind, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrsſitte es erfordern (darüber unten § 193 III).

2. Verkehrsſitten, z. B. Handels- und Börsenbräuche, werden nicht selten von den Parteien beim Abschluß von Rechtsgeschäften ausdrücklich oder stillschweigend für maßgebend erklärt, also zu einem Geschäftsbestandteile gemacht (unten § 193 III 2).

3. Für die Frage, wie eine geschuldete Leistung zu bewirken ist, mithin z. B. für Maß, Ort, Zeit, sonstige Modalitäten sowie Nebenpflichten soll nach § 242 Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrsſitte entscheidend sein¹⁾ (unten § 228 II).

4. Endlich nehmen manche Einzelvorschriften auf die Verkehrsſitte Bezug (z. B. §§ 91, 97, 119², 151; SGB §§ 380, 393², 394¹) oder verwenden Begriffe, bei deren Feststellung die Verkehrsſitte mit in Betracht kommt (z. B. § 92 „verbrauchbar“, § 276 „im Verkehr erforderliche Sorgfalt“ usw.).

^{*)} Unter den außer Kraft gesetzten Landesgesetzen sind hier zweifellos partikuläre Gewohnheiten mitzuverstehen, oben § 14.

¹⁾ Dertmann, Rechtsordnung und Verkehrsſitte, 1914.

²⁾ Nach einer ziemlich verbreiteten, namentlich von Dertmann, Rechtsordnung S. 310 ff., energisch verteidigten Ansicht soll die Verkehrsſitte (und ebenso Treu und Glauben) in dieser Beziehung hinter allen ergänzenden Rechtsvorschriften zurücktreten, also nur, soweit solche fehlen, zur Anwendung kommen. Dem dürfte nicht zuzustimmen sein. Der an die Spitze des Schuldrechts gestellte § 242 läßt eine solche Beschränkung nicht erkennen. Sie wäre auch nicht wünschenswert, würde vielmehr einer gesunden Rechtsanwendung auf Grundlage der Billigkeit widerstreiten. Daß durch die herrschende, diese Beschränkung nicht anerkennende Lehre zahllose Regeln des Schuldrechts entwurzelt würden, ist nur insofern richtig, als deren Anwendung im Einzelfalle gegen Treu und Glauben und Verkehrsſitte verstoßen würde, insofern aber auch wünschenswert.

III. Aber die Verkehrssitte ist kein Gewohnheitsrecht, überhaupt keine Rechtsnorm²⁾; nicht sie greift gestaltend in die Rechtsverhältnisse ein, sondern die (sich ihr frei anschließende) Willenserklärung oder das sie für maßgebend erklärende Gesetz. Deshalb können auch die Grundsätze, die für das Gewohnheitsrecht aus seiner Rechtsnatur sich ergeben, auf die Verkehrssitte nicht angewandt werden. Insbesondere sind lokale Verkehrssitten nicht etwa durch Art. 55 GG für bedeutungslos erklärt, sondern können nach wie vor für die Auslegung von Geschäften und in den anderen erwähnten Beziehungen in Betracht kommen³⁾.

Sehr häufig aber ist die Verkehrssitte der Vorläufer einer Rechtsnorm, indem sich aus ihr durch Hinzutreten der *opinio necessitatis* ein Gewohnheitsrecht entwickelt oder indem ihr Inhalt in das Gesetz aufgenommen wird.

§ 39. 3. Wissenschaftliches Recht. Gerichtsgebrauch. *)

I. Nicht für alle durch die Lebensverhältnisse erzeugten Rechtsfragen ist die Antwort schon im Gesetze (oder durch Gewohnheitsrecht) gegeben. Manche sind ausdrücklich dem richterlichen Ermessen unterstellt, andere stillschweigend, indem der Gesetzgeber sich der Regelung enthalten hat, um dem Richter und der Wissenschaft nicht vorzugreifen; auch unbeabsichtigte, auf einem Übersehen beruhende Lücken finden sich, ja selbst unvermeidliche bezüglich solcher Fragen, die erst nach dem Erlaß des Gesetzes durch die Veränderung der Lebensverhältnisse ins Bewußtsein getreten sind.

Der Richter ist aber niemals berechtigt, die Entscheidung abzulehnen, weil ihm das Gesetz keine Norm für die Entscheidung bereit stelle; er muß aus dem Geiste und Zwecke des Gesetzes und, soweit diese nicht ausreichen, nach gewissenhaftem Ermessen unter Berücksichtigung aller dabei in Betracht kommenden wirtschaftlichen und ethischen Gesichtspunkte das für den Fall Angemessene finden. Unter Umständen ist auch eine Umbildung des gesetzgeberischen Gedankens in einzelnen Beziehungen oder dessen nähere Aus-

¹⁾ A. A. Danz, DogmZ 38 S. 454; Auslegung², 1911, § 15; DogmZ 54 S. 1ff. Auch die Grundlage, von der Danz ausgeht, es komme nur der Sinn einer Willenserklärung in Betracht, den ihr die Allgemeinheit zuschreibe, ist nicht allgemein richtig, vgl. unten § 193 I. Wie oben die herrschende Meinung, vgl. z. B. Stein § 293 II u. § 549 II; Derkmann, Rechtsordnung S. 347ff. — Über den Unterschied von Recht und Sitte überhaupt oben § 28 I 2.

²⁾ Ferner sind bloße Verkehrssitten, auch wenn das Gesetz auf sie verweist und sie sich über den Bezirk des Berufungsgerichts hinaus erstrecken, keine revidiblen Normen, vgl. Stein § 549 II. — Eine ganz andere Frage ist, ob der Richter die ihm bekannte Verkehrssitte anwenden darf, auch wenn sie von den Parteien nicht erwähnt oder nicht bewiesen ist. Diese Frage ist wie bei anderen allgemeinen Erfahrungssätzen zu bejahen. Stein, Das private Wissen, 1893; Stein, Vorbem. I vor § 402, woselbst zahlreiche andere Zitate (selt wohl herrschende Ansicht).

³⁾ Literatur unten zu § 53.

gestaltung unvermeidlich¹⁾. Es eröffnet sich also für den Richter ein weites Feld schöpferischer Tätigkeit. Aber er gestaltet durch sie nur die Rechtsverhältnisse, die subjektiven Rechte. Objektives Recht, Regeln, die für ähnliche Fälle für andere Richter oder auch nur für ihn selber bindend wären, kann er nicht begründen. Dazu ist nur der Gemeinwille imstande. Bindende Rechtsnormen entstehen also infolge richterlicher Entscheidungen nur dann, wenn sie zum Inhalt eines Gewohnheitsrechts werden (oben § 36).

II. Die langdauernde, gleichförmige Anwendung eines Rechtsfaktes durch die Gerichte eines Gebietes nennen wir Gerichtsgebrauch (Praxis). Ein gewissenhafter Richter wird einen feststehenden Gerichtsgebrauch nur aus ganz überzeugenden Gründen verlassen, ja im Interesse der Gleichförmigkeit und Sicherheit schon einzelnen Entscheidungen des höchsten Gerichts (Präjudizien) eine gewisse Bedeutung für die eigene Urteilsbildung beilegen²⁾. Aber gebunden und von eigener Prüfung und Entscheidung der Rechtsfrage entbunden ist er weder durch Präjudizien noch auch durch eine feststehende Praxis, wenn die letztere eben nichts weiter als die tatsächliche Anwendung des Rechtsfaktes bedeutet. Rechtsbearbeitend ist der Gerichtsgebrauch nur dann, wenn für ihn alle Erfordernisse des Gewohnheitsrechts (oben § 36 I) zutreffen³⁾. Ganz besonders ist hier zu beachten, ob der Gerichtsgebrauch nicht etwa nur Ausdruck eines Irrtums ist, und bei partikulärem Gerichtsgebrauch, ob er sich in den dem Partikularrecht gesetzten Schranken hält (oben § 37 III).

III. Die Wissenschaft hat mittelbar großen Einfluß auf die Rechtsbildung; denn es ist eine ihrer höchsten Aufgaben, der Gesetzgebung vorzuarbeiten. Auch die Klarlegung und der Ausbau des geltenden Rechts kann hohe tatsächliche Bedeutung erlangen. Der Richter wird sich nicht leichtfertig über das, was allgemein für richtig gehalten wird, hinwegsetzen. Aber rechts-

¹⁾ Das im Text über die Rechtsfindung Gesagte ist in den §§ 53, 54 näher zu entwickeln und zu begründen.

²⁾ Über einzelne Vorschriften, durch welche in früherer Zeit die Entscheidungen gewisser höchster Gerichte für diese selbst oder auch für die Untergerichte für bindend erklärt wurden, vergleiche Stobbe I § 24 Anm. 10—19. Durch die deutsche Justizgesetzgebung von 1877 sind sie sämtlich beseitigt. Zwar enthält § 137 GG im Interesse der Rechtseinheit Vorschriften, welche Abweichungen eines Senats des Reichsgerichts von der Entscheidung eines anderen Senats oder der vereinigten Zivil- oder Strafsenate oder des Plenums an erschwere Bedingungen knüpfen (vorgängige Entscheidung der Rechtsfrage durch die vereinigten Zivil- oder Strafsenate oder durch das Plenum). Aber für unzulässig sind solche Abweichungen nicht erklärt und auf die Untergerichte bezieht sich der § 137 überhaupt nicht.

³⁾ Unrichtig ist demnach nicht nur die Ansicht Buchtaß (ähnlich die Savignys und vieler anderer), der die Juristen als Vertreter des Volks in Fragen des Rechts behandelt und demnach ihre Überzeugung der Volksüberzeugung schlechthin gleichstellt (II S. 19ff.), sondern auch die Meinung Gierkes, der beide zwar unterscheidet, aber gleichwohl die (auf der Rechtsüberzeugung beruhende) langjährige Spruchpraxis der Juristen, den Gerichtsgebrauch, schlechthin als Gewohnheitsrecht (Juristenrecht) betrachtet (I § 21). Wie oben in der Hauptsache (jedoch von der Überzeugungstheorie ausgehend) u. a. Windscheid I § 16 a. G.; Regelsberger § 20 I 3.

bildend ist eine solche communis doctorum opinio ebenfalls nicht, es sei denn, daß eine mit allen Erfordernissen des Gewohnheitsrechts ausgestattete Übung (in der Regel wohl ein Gerichtsgebrauch, oben II) sie zum Gewohnheitsrecht erhöhe.

§ 40. 4. Autonomie und Observanz.*)

I. Autonomie nennen wir die einem nichtstaatlichen Verbände zustehende Befugnis, Rechtsnormen festzusetzen. Die autonome Rechtsbildung ist also wie das Gesetz eine ausdrückliche Festsetzung von Rechtsnormen, worauf auch die für das autonome Recht (wenn auch nicht für dieses allein) gebräuchlichen Ausdrücke „Sagung“, „Statut“ hindeuten.

1. Im Mittelalter bestanden autonome Befugnisse in sehr weitem Umfange, hatte doch im altdeutschen Recht die Auffassung geherrscht, daß jeder Verband sich sein Recht setzen könne, sofern er nicht in das Recht des höheren Verbandes eingreife. Die letzten Jahrhunderte aber, namentlich seit dem westfälischen Frieden, haben sie stark zurückgedrängt. Einerseits entwickelten sich nämlich die Territorien zu wirklichen Staaten, ihre Autonomie wurde also zur Gesetzgebung; andererseits mußte der moderne Staat mit seiner alles umfassenden und ausgleichenden Macht bestrebt sein, die Autonomie seiner Gebiete auf das mit der allgemeinen Rechtsgleichheit und den Erfordernissen des Verkehrs verträgliche Maß zu beschränken¹⁾. Gleichwohl besteht auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts noch eine ziemlich ausgedehnte Autonomie der Kirche²⁾, in engeren Grenzen auch der Gemeinden und anderer öffentlicher Verbände, wenn auch vielfach durch das Erfordernis staatlicher Zustimmung beschränkt.

2. Auf privatrechtlichem Gebiete waren vor der Revolution autonome Befugnisse noch anerkannt³⁾:

a) für die Landesherrn, die Mitglieder der landesherrlichen Familien und der Familie Hohenzollern, die Mitglieder des vormaligen hannoverschen, kurhessischen und nassauischen Königs- bzw. Fürstenhauses (G. 57⁴⁾), sowie des holsteinischen Fürstenhauses (G. v. 25. März 1904). Die autonomen Bestimmungen waren besonders in den Hausverfassungen niedergelegt. Sowohl diese als die besonderen Vorschriften der Landesgesetze blieben auch nach Einführung des BG bestehen.

b) für die Familienverhältnisse und Güter derjenigen Häuser, welche vor 1806 reichsfürstlich und seitdem mediatisiert waren, einschließlich einiger Häuser, welche ihnen durch die Bundesversammlung oder vor dem Inkrafttreten des BG durch Landesgesetz gleichgestellt waren.

*) Stobbe I §§ 19 und 20; Brunner in Holzendorffs Rechtslexikon bei „Autonomie“; Regelsberger I § 24; Pfaff u. Hofmann, Komm. I S. 251 ff.; Gierke I § 19; Pland VI zu Art. 57 u. 58; Dertmann, Die standesherrliche Autonomie im heut. bürgerl. R., 1905; Löning, Die Autonomie des standesherrl. Häuser, 1905; Schüding in Stengels Wörterb. d. D. Staats- und Verwaltungsrechts.

¹⁾ Für die Städte Rostock und Wismar hat sich ein ausgedehntes Autonomierecht erhalten, das sich natürlich jetzt auf die dem Landesrecht vorbehaltenen Materien beschränkt.

²⁾ Hier ist allerdings der Ausdruck Autonomie nicht gebräuchlich, was mit der Stellung der Kirche im Mittelalter zusammenhängt.

³⁾ Gerber, ZivR 37 S. 35 ff., Dogm § 3 S. 411 ff., D. PrR § 29, leugnet die Autonomie überhaupt; die Autonomie der souveränen Häuser sei in Wahrheit Gesetzgebung, die Autonomie des hohen Adels aber Errichtung besonderer, nur diesen Kreisen noch möglicher Rechtsgeschäfte, erzeuge also nicht objektives, sondern nur subjektives Recht. Dagegen mit Recht Maurer, Krit. Übersicht 2 S. 229 ff., und mit ihm die herrschende Meinung und auch das Reichsgericht, RGZ 2 S. 155 ff.; 26 S. 161; 43 S. 413.

⁴⁾ Vgl. auch FrGG § 189; GBD § 83; ZivGG GG § 2

a) Den Mediatisierten war früher das Recht der Autonomie durch die D. Bundesakte v. 8. Juni 1815 Art. XIV ausdrücklich zugesichert. Allein diese Garantie band nur die Regierungen untereinander und war schon mit Aufhebung des Bundes weggefallen. Seitdem bestand also diese Autonomie zwar fort, konnte aber landesgesetzlich beseitigt werden. Auch das GG und BG erkennt sie an, aber gleichfalls nur „nach Maßgabe der Landesgesetze“, also nur soweit diese sie zulassen, und ohne Garantie gegen zukünftige Aufhebung, Art. 58. Neben den autonomen Satzungen wurden auch die besonderen Vorschriften der Landesgesetze aufrecht erhalten.

β) Zu beachten ist aber, daß die Autonomie der Mediatisierten sich auf ihre Familienverhältnisse und Güter beschränkte; sie umfaßte also z. B. zwar das Recht, besondere Vorschriften über väterliche Gewalt, Vormundschaft, Verbung, Beschränkungen der Verfügung über die Familiengüter zu treffen, aber nicht das Recht, den Volljährigkeitstermin⁶⁾ oder die Entmündigung abweichend zu normieren, Art. 58 Abs. 1.

c) Ein gleiches Recht, mithin auch nur nach Vorschrift der Landesgesetze, stand dem ehemaligen Reichsadel zu mit Einschluß derjenigen landsässigen Adelsfamilien, welche ihm durch Landesgesetz vor dem Inkrafttreten des BG gleichgestellt worden waren⁷⁾, Art. 58 Abs. 2. Doch war diese Autonomie landesgesetzlich meist auf ein geringes Maß beschränkt.

3. War nach autonomischer Satzung der unter a—c bezeichneten Familien die Veräußerung oder Belastung eines Gegenstandes (insbesondere von Grundstücken) unzulässig, oder nur unter Beschränkungen (z. B. mit Zustimmung der Agnaten) gestattet, so fanden auf den gutgläubigen Erwerb eines solchen Gegenstandes die Vorschriften über den gutgläubigen Erwerb von nicht berechtigten Personen entsprechende Anwendung, Art. 61.

II. Nach NRW Art. 109 Abs. 3 sind „öffentlichrechtliche Vorrechte oder Nachteile der Geburt oder des Standes aufzuheben“, und dementsprechend hat z. B. das PrG über Aufhebung der Standesvorrechte des Adels vom 23. Juni 1920 alle „auf dem öffentlichen Rechte Preußens beruhenden Vorrechte des bisherigen Adelsstandes“ einschließlich des Rechtes der Autonomie beseitigt⁷⁾.

III. Die Korporationen, insbesondere auch die rechtsfähigen Vereine, können ihre inneren Angelegenheiten durch Satzungen ordnen, aber sie begründen dadurch nicht objektives Recht, sondern nur Rechtsverhältnisse, die ihre unmittelbare Wirkung auf die Korporation und ihre Mitglieder beschränken⁸⁾.

IV. Als Observanz bezeichnet man das in einem zur Autonomie berechtigten Verbands geltende Gewohnheitsrecht. Doch wird der Ausdruck auch für das in irgendwelchen Körperschaften gebildete Gewohnheitsrecht gebraucht.

⁶⁾ Voening S. 100ff.

⁷⁾ Auch dem ehemaligen Reichsadel war die Autonomie durch die D. Bundesakte 1815 zugesichert, jedoch nur nach Vorschrift der Landesgesetze.

⁷⁾ In Bayern ist das Autonomierecht wohl schon seit dem G. v. 19. 3. 1919, sicher aber seit der Verfassung v. 14. 8. 1919 erloschen, Recht 1920 Nr. 3558—3563 (BayVStG).

⁸⁾ Das im Texte Gesagte ist sehr bestritten. Für Autonomie in diesem Falle namentlich Regelsberger, Gierke, Dertmann; dagegen Unger, Osterr. PrR I S. 32; Stobbe I S. 160; Franken, D. PrR. S. 48ff.; Pland zu § 25, 1; Crome § 18 u. a.

§ 41. 5. Aufhebung der Rechtsvorschriften.*)

I. Rechtsvorschriften können durch widersprechende neue Rechtsvorschriften aufgehoben oder abgeändert werden: *lex posterior derogat priori*. Das ergibt sich mit Notwendigkeit aus dem Wesen des Rechts; denn wenn dieses auf dem Willen der Gemeinschaft beruht, so muß der Gemeinwille auch zur Abänderung (Aufhebung) imstande sein; und zu dem gleichen Ergebnis führt die Erwägung, daß jede Zeit ihr Recht muß selbst bestimmen können. Daher sind gesetzliche Abänderungsverbote, mögen sie auf die Ewigkeit berechnet oder zeitlich beschränkt sein, für den Gesetzgeber unverbindlich¹⁾. Wohl aber können für die Abänderung (Aufhebung) erschwerende Voraussetzungen, z. B. mehr als einfache Majorität in einer gesetzgebenden Versammlung²⁾ oder mehrmalige Abstimmung³⁾ vorgeschrieben werden, da überhaupt das Recht die Voraussetzungen und Formen der Gesetzgebung regelt.

1. Die Abänderung oder Aufhebung wird oft ausdrücklich ausgesprochen⁴⁾; aber auch wenn das nicht geschehen ist, wird der ältere Rechtsatz aufgehoben, soweit der neuere Rechtsatz mit ihm unvereinbar ist; darüber hinaus nur, wenn ein weitergehender Aufhebungswille des neueren Gesetzes erkennbar ist⁵⁾.

2. Mit der Aufhebung einer Vorschrift oder eines Rechtsinstituts fallen auch alle darauf gebauten Einzelvorschriften fort, die lediglich als ihre Folge erscheinen oder zu ihrer Erklärung, näheren Bestimmung oder Beschränkung, zu ihrer Durchführung oder zur Verstärkung oder Milderung ihrer Folgen dienen.

3. Ob eine neue allgemeine Regel nur die frühere allgemeine Regel ersetzen oder auch die ihr widersprechenden Sonderbestimmungen beseitigen will, ist Auslegungsfrage. Die bekannte Interpretationsregel „*lex posterior*

*) Pfaff u. Hofmann, Komm. I S. 214ff.; Eisele, ZivR 66 S. 283ff.; Regelsberger I § 26; Windscheid-Kipp I § 31.

¹⁾ Bei zeitlich beschränktem Derogationsverbot abweichend v. Martitz, Zeitschr. f. d. gef. Staatswissensch. 26 S. 264; dagegen Eisele a. a. O.

²⁾ Bgl. z. B. NB Art. 78 Abs. 1 u. NB Art. 76.

³⁾ Bgl. z. B. Art. 107 der früheren Preuß. Verfassung.

⁴⁾ Bgl. z. B. EG zum GB Art. 34ff.

⁵⁾ Es ist oft behauptet, korrektorische Gesetze seien strikt zu interpretieren. Richtig ist aber nur, daß die Aufhebung nicht ohne Grund in weiterem Maße angenommen werden darf, als das neue Gesetz mit dem alten unvereinbar ist. Anders aber, wenn ausreichende Gründe auf einen weitergehenden Aufhebungswillen schließen lassen. Namentlich ist völlige Aufhebung anzunehmen, wenn das Grundprinzip des alten und neuen Rechts sich widersprechen, mag auch das Fortbestehen mancher Einzelvorschriften des alten denkbar sein. (Beispielsweise ist völlige Aufhebung des alten Präteritionsrechts der *sui* und *liberi* durch die Nov. 115 anzunehmen.) Auch wenn das neue Gesetz sich mit dem Inhalt des alten völlig deckt, wird die Aufhebung des alten beabsichtigt sein, da nicht anzunehmen ist, daß zwei inhaltlich gleiche Gesetze nebeneinander bestehen sollen. Wird also das neue Gesetz später wieder aufgehoben, so besteht nicht etwa das alte noch fort, RGZ 19 S. 180.

generalis non derogat legi priori speciali“ ist also nur in dem Sinne richtig, daß nicht ohne weiteres auf die Aufhebung auch der Sondervorschriften geschlossen werden darf⁶⁾. Eine Vermutung für deren Erhaltung besteht aber nicht.

4. Reichsrecht kann durch Landesrecht oder partikuläres Gewohnheitsrecht nicht aufgehoben werden (oben §§ 33, 37 III).

II. Bisweilen fällt ein Rechtsatz auch ohne gesetzliche oder gewohnheitsrechtliche Aufhebung weg, nämlich:

1. wenn er nur für eine bestimmte Zeit oder für die Dauer eines bestimmten Zustandes gegeben war (transitorische Gesetze), mit dem Ende der Frist oder dem Wegfall des Zustandes⁷⁾;

2. wenn die Verhältnisse, auf die er sich bezieht, für immer weggefallen sind, oder wenn man erkennt, daß sie gar nicht vorkommen können (Hergengesetze); nicht aber, wenn nur das Motiv oder die Veranlassung, die zur Aufstellung des Rechtsatzes führte, nachträglich hinweggefallen ist⁸⁾.

III. Arten der Rechtsvorschriften.

§ 42. Gemeines und partikuläres, Reichs- und Landesrecht*).

I. Gemeines Recht eines Gebietes ist das für das Gebiet als ganzes geltende, d. h. das auf einem für das Gebiet als ganzes geltendem Gesetze oder Gewohnheitsrechte beruhende Recht. Dasselbe Recht kann sonach gemeines eines kleineren und partikuläres im Hinblick auf ein größeres Gebiet sein: gemeines preußisches Recht ist partikuläres deutsches Recht. Gemeines Recht ohne Erwähnung des Gebietes bedeutet gemeines deutsches Recht¹⁾.

Gilt ein Recht zwar in allen Teilen eines Gebietes, aber doch nicht für das Gebiet als ganzes, beruht es mithin für die einzelnen Teile auf besonderen Rechtsquellen, so nennen wir es gemeinsames (auch wohl allgemeines) Recht. Das deutsche Handelsgesetzbuch z. B. war zur Zeit des Deutschen Bundes nur gemeinsames Recht Deutschlands, da

⁶⁾ Beispiele oben § 13 Anm. 3.

⁷⁾ Beispiele: das Sozialistengesetz, das nur auf drei Jahre erlassen war; viele durch die Not des Krieges und dessen Folgen veranlaßte Gesetze, vgl. z. B. unten § 349a.

⁸⁾ Der Satz „cessante ratione legis cessat lex ipsa“ ist also (in diesem Sinne verstanden) unrichtig. Der Wegfall des Motivs, das zum Erlaß des Gesetzes bewog, kann nur einen Grund zur Wiederaufhebung durch ein neues Gesetz (oder Gewohnheitsrecht) bilden.

^{*} Wächter, Gemeines Recht Deutschlands, 1844; Thöl, Einleitung ins DPrR §§ 46ff.; Windscheid I § 1; Regelsberger I § 29; Stobbe I §§ 7ff.; Gierke I § 6.

¹⁾ Ob es nach den Modifikationen der Territorialrechte und besonders nach dem Wegfall der Zentralgewalt (1806) noch gemeines deutsches Recht in der oben bezeichneten Bedeutung gegeben habe, ist bestritten, namentlich von Wächter a. a. O. S. 171ff. Dafür spricht, daß in Theorie und Praxis die Anschauung herrschte, es gelte für Deutschland als ganzes, soweit es nicht territorial aufgehoben sei. Man betrachtete die Aufhebung als Ausnahme und nahm eine Fortbildung dieses gemeinen Rechts durch Wissenschaft und Praxis (Gewohnheitsrecht) an, auch wenn eine zur Annahme eines Gewohnheitsrechts ausreichende Übung sich in dem betreffenden Lande oder Ländchen für sich allein nicht gerade nachweisen ließ.

es in jedem deutschen Staate kraft der Gesetzgebung dieses Staates galt. Gemeines Recht ist es erst durch die Gesetzgebung des Norddeutschen Bundes und des Deutschen Reichs geworden (oben § 7 III).

1. Die Schwäche der Zentralgewalt des früheren Deutschen Reichs, die Untätigkeit seiner Gesetzgebung und die wachsende Selbständigkeit der Territorien, die Neigung der Bevölkerung zur rechtlichen Sonderung und die dadurch veranlaßte vorherrschend autonomische und gewohnheitsrechtliche Rechtsbildung, endlich der Umstand, daß ein gemeines Recht erst durch die Rezeption des römischen Rechts geschaffen wurde, haben die Regel zur Anerkennung gebracht, daß das Recht des kleineren Kreises in der Regel dem Rechte des größeren vorgeht. „Stadtrecht bricht Landrecht, Landrecht bricht gemeines Recht.“ Das gemeine Recht ist also in der Regel subsidiäres Recht.

2. Das von einer Zentralgewalt ausgehende Recht kann aber auch die partikularrechtlichen Abweichungen verbieten, und das wird um so sicherer geschehen, je stärker die Zentralgewalt ist und je mehr sie der Aufgabe der Gesetzgebung gerecht wird. Daher schließt das Recht des neuen Deutschen Reichs alle entgegenstehenden Partikularrechte aus, RW Art. 2^a); RW Art. 13: „Reichsrecht bricht Landrecht.“

II. Das Reichsrecht, d. h. das auf Gesetzen des (neuen) Deutschen Reichs und auf Reichsgewohnheiten beruhende Recht, fällt an sich unter den Begriff des gemeinen Rechts, wird aber nicht so genannt, weil es sich von dem übrigen gemeinen Recht, für das dieser Ausdruck althergebracht ist, durch seine prinzipiale Geltung, insbesondere durch seinen Vorrang vor den landesgesetzlichen Modifikationen unterscheidet.

Dem Reichsrecht gegenüber nimmt das (übrige) gemeine Recht dieselbe Stellung ein wie die Landesgesetze und wird deshalb in der heutigen Rechts- und Gesetzesprache unter dem Ausdruck „Landesgesetze“, „Landesgesetzgebung“, „Landesrecht“ mitverstanden. Landesrecht ist also alles irgendwo im Deutschen Reiche geltende Recht mit Ausnahme des Reichsrechts.

Daß das Reichsrecht in der Regel allem Landesrecht vorgeht, ist schon hervorgehoben. Doch kann es auch dem Landesrecht den Vorzug einräumen. Über das Verhältnis des BG zum Landesrecht siehe oben § 14.

§ 43. Generelle und Individualvorschriften, Privilegien*).

I. Die meisten Rechtsvorschriften sind genereller Natur, abstrakte Regeln, d. h. sie knüpfen eine Rechtsfolge an nur nach Gattungsmerkmalen, nicht

*) Wie weit die landesgesetzlichen Modifikationen das Partikularrecht ausschließen, ist oben § 9 dargelegt.

*) Schlayer, Zeitschr. f. PrivR u. Pr 32 S. 58ff.; Pfaff und Hofmann, Komm.

individuell bestimmte Voraussetzungen. Es gibt aber auch Rechtsvorschriften, die sich lediglich auf eine bestimmte Person, eine bestimmte Sache, ein bestimmtes Rechtsverhältnis (oder eine Mehrheit individuell bestimmter Personen, Sachen oder Rechtsverhältnisse) beziehen. Solche Vorschriften nennen wir Individualvorschriften oder Privilegien¹⁾.

1. Im Mittelalter war im weltlichen wie im kirchlichen Rechte die Privilegienerteilung außerordentlich häufig, so daß ein großer Teil des öffentlichen und Privatrechts auf solchen beruhte. Das Eindringen des generalisierenden römischen Rechts, ferner die Naturrechtslehre und die ausgleichende Macht des modernen Staates haben indessen die Individualrechtsbildung sehr beschränkt. Viele Privilegien sind beseitigt (Zunftprivilegien), andere haben sich durch Generalisierung in allgemeines Recht verwandelt²⁾. Ganz aber wird sich die Privilegienerteilung niemals vermeiden lassen, weil manche individuelle Verhältnisse durch die allgemeine Regel nicht genügend berücksichtigt werden können.

2. Individualvorschriften des heutigen Rechts sind z. B.: die Volljährigkeitserklärung (§ 3); die Ehelichkeitserklärung (§ 1723); die Verleihung der juristischen Persönlichkeit (§ 22, § 80), eines Enteignungsrechts, des Rechts des Wasserbezugs aus einer öffentlichen Leitung, der Steuerfreiheit; das Banknotenprivilegium (ReichsbankG § 1) usw.

3. Man unterscheidet Personal- und Realprivilegien (*privilegia personae* und *rei*). Die ersteren sind (bald vererblich, bald unvererblich) einer bestimmten Person verliehen, die letzteren an eine Sache geknüpft.

4. Das Privileg kann eine Begünstigung gewähren (*privilegia favorabilia*) oder nachteilig sein (*odiosa*); es kann aber auch weder das eine noch das andere zutreffen, wie z. B. bei der staatlichen Wänderung einer Stiftung.

5. Das begünstigende Privileg kann ein Recht oder eine rechtliche Fähigkeit (juristische Persönlichkeit, Volljährigkeit) verleihen oder von Verpflichtungen, Lasten oder Beschränkungen befreien (Befreiungen, Dispensationen).

II. Die Privilegien beruhen wie andere Rechtsätze auf Gesetz oder Gewohnheitsrecht³⁾. In dem ersteren, regelmäßigen Falle bedarf also die Privilegienerteilung an sich auch der Form des Gesetzes. Die häufig vorkommenden Privilegienerteilungen sind aber größtenteils durch das öffentliche Recht von diesen Formen befreit und Regierungsorganen ohne Mitwirkung der Volksvertretung überlassen oder bestimmten Behörden übertragen. Man unterscheidet sie dann als sog. administrative Privilegien von den legislativen. Allein auch die administrativen sind ihrer Natur nach Gesetze (im materiellen Sinne). Die Behörde stellt auf Grund eines ihr

I S. 305ff.; Brinz I §§ 69ff.; Regelsberger I § 30; Gierke I § 34; Windscheid-Ripp I §§ 135ff.; Stammler, Privilegien und Vorrechte (Rede), 1903.

¹⁾ Die Terminologie ist übrigens keine feste. Manche beschränken z. B. den Ausdruck auf die eine Begünstigung gewährenden Individualvorschriften.

²⁾ So hat sich das Autorentum aus Privilegien gegen den Nachdruck entwickelt.

³⁾ So auch die herrschende Ansicht. Dagegen betrachtet Stammler, a. a. O. S. 19ff. die Privilegienerteilung als eine auf Begründung eines Vorrechts gerichtete Willenserklärung, die selbst wieder auf einem dazu ermächtigenden Gesetz beruhe, also nur dann zulässig sei, wenn ein solches ermächtigendes Gesetz bestehe. Allein eine solche Beschränkung der Gesetzgebung läßt sich nicht rechtfertigen, gewiß nicht damit, daß eine Einzelausnahme von einem im übrigen fortbestehenden Rechtsätze „ein Rechtsbruch“ sein würde (S. 17). Ist es ein Rechtsbruch, wenn in einem Lande, das bis dahin noch keine Enteignung kannte, durch ein besonderes Gesetz Privateigentum gegen Entschädigung für eine im Interesse der Landesverteidigung notwendige Anlage entzogen wird, oder beruhen die ersten Privilegien gegen Nachdruck auf einem Rechtsbruche? Sollen derartige Gesetze unzulässig und nichtig sein?

übertragenen Gesetzgebungsrechts den Individualrechtsfaß auf, und erst dieser erzeugt das subjektive Recht⁴⁾.

1. Aus der Gesetzesnatur der Privilegien folgt:

a) Ein vertragsmäßiges Versprechen der Privilegienerteilung erzeugt keine klagbare Verpflichtung des Staates zur Erteilung; es kann aber insofern verbindlich sein, als es (ausdrücklich oder stillschweigend) für den Fall der Nichterteilung ein Entschädigungsversprechen enthält⁵⁾.

b) Zur Erteilung privatrechtlicher Privilegien ist die Landesgesetzgebung nur so weit befugt, als ihr dies Recht von der Reichsgesetzgebung eingeräumt ist (vgl. §§ 3, 22, 80, 795, 1723) oder soweit es sich um ihr vorbehaltenen Rechtsmaterien handelt⁶⁾.

c) Die Privilegienerteilung ist ungültig, wenn die Voraussetzungen fehlen, von denen das Recht des verleihenden Organs zur Verleihung abhängt, oder wenn es an einer Bedingung mangelt, von der die Verleihung abhängig gemacht wurde; nicht aber, wenn Annahmen, die nur als Bestimmungsgrund bei der Verleihung wirkten, sich als unwahr erweisen. Ein solcher Irrtum im Beweggrunde kann nur wieder einen Beweggrund für die Aufhebung bilden. Deshalb ist der häufig aufgestellte Satz, die ersichlene Privilegienerteilung sei ungültig⁷⁾, nicht richtig. Auch die Ersichlung kann nur als Beweggrund für die Wiederaufhebung in Betracht kommen.

2. Die Entstehung durch Gewohnheitsrecht ist bei Individualvorschriften von langdauernder Wirksamkeit denkbar, aber jedenfalls höchst selten.

3. Durch Verjährung kann ein Recht gleichen Inhalts, wie es sonst als Privileg vorkommt, entstehen, wenn die Verjährung für Rechte dieses Inhalts als Entstehungsgrund anerkannt ist. Aber hier von Entstehung eines Privilegs zu sprechen, ist nicht korrekt; denn dessen Wesen beruht nicht auf seinem Inhalt, sondern auf seiner Entstehung durch Individualrechtsfaß, und ein Rechtsfaß kann durch Verjährung nicht begründet werden.

III. Die Gründe des Untergangs bestimmen sich für die einzelnen Privilegien nach ihrem Inhalt. Ein Aufhebungsgrund, der ein Recht dieses Inhalts überhaupt zum Erlöschen bringt, vernichtet es auch, wenn es durch

⁴⁾ Das ist nicht unbestritten. Manche, z. B. Windscheid I § 136 Anm. 4, betrachten die Tätigkeit der Behörde nur als eine Bezeichnung der Personen, denen die allgemeine Regel die Ausnahmestellung beilege. Das ist aber schwerlich die Meinung des Gesetzes. Wenn § 3 BG das Vormundschaftsgericht zur Volljährigkeitserklärung ermächtigt, so heißt das nicht, es solle nur eine Person bezeichnen, sondern es solle als Staatsorgan und in dessen Namen die Rechtsstellung eines Volljährigen verleihen.

⁵⁾ Nach dem Anlaß ihrer Verleihung unterscheidet man die Privilegien in conventionalia (nach vorgängiger Vereinbarung verliehene) und non conventionalia; ferner in gratuita (umsonst) und onerosa (gegen Entgelt verliehene). Aber auch die conventionalia beruhen nicht auf dem Vertrage, sondern auf dem einseitigen Gesetzgebungsakt. Die Vereinbarung ist nur Beweggrund oder Veranlassung.

⁶⁾ Namentlich in dieser Beziehung sind von der Privilegienerteilung streng die Verfügungen zu unterscheiden, durch welche der Staat nicht in seiner Eigenschaft als Gesetzgeber, sondern weil es sich um seine eigene Rechtsphäre handelt, subjektive Rechte einräumt (vgl. oben § 32 Anm. 3). Solche Verfügungen sind, auch wenn sie in den Formen der Gesetzgebung erfolgen, wie z. B. eine Dotation für einen verdienten Mann, keine Gesetze im materiellen Sinn und deshalb durch Art. 55 GG nicht ausgeschlossen.

⁷⁾ So Windscheid § 136, 1b; Regelsberger I § 30; Dernburg, P. I § 30, letzterer freilich mit dem Bemerkten, daß nicht der Richter, sondern nur der Privilegienerteiler darüber zu befinden habe, ob die Tatsache bei der Erteilung relevant gewesen sei (was, wenn die Privilegienerteilung wirklich nichtig wäre, keineswegs einleuchtet). Man beruft sich auf die römische Vorschrift, daß Restripte nur bindend sein sollen, „si proces veritate nituntur“. Allein der Analogieschluß trifft nicht zu, weil die Restripte in erster Linie Entscheidungen von Rechtsfällen waren, die natürlich den Fall nur auf Grund des dem Kaiser vorgetragenen Tatbestandes entscheiden wollten. Hier dagegen handelt es sich um Gesetzgebungsakte. Abwiegend sind auch die römischen Vorschriften über Gesetzgebungsakte nicht mehr anwendbar.

Privileg entstanden ist. Das gilt auch für den Verzicht, die Verjährung und den Mißbrauch, die man fälschlich nicht selten als allgemeine Untergangsgründe der Privilegien anführt.

Wie bei allen Rechten, so ist auch bei den Privilegien gesetzliche Aufhebung möglich. Doch bedarf es dazu, wenn nicht ein anderes bestimmt ist, der regelmäßigen Gesetzgebungsformen; nicht ist daraus, daß Regierungsorgane zur Verleihung befugt sind, ohne weiteres auf ihre Befugnis zur Entziehung zu schließen. Die Aufhebung sollte übrigens wie bei anderen Rechten im allgemeinen nur gegen Entschädigung geschehen, ist aber von der Festsetzung einer solchen nicht abhängig und erzeugt ohne besondere Festsetzung keinen Entschädigungsanspruch.

IV. Das Privileg im seither besprochenen engeren oder eigentlichen Sinn ist nicht mit dem Sonderrecht oder Privilegium im weiteren Sinn zu verwechseln, das nicht auf einem Individualrechtsatz, sondern einer Regel beruht, die nur auf gewisse Klassen von Personen, Sachen oder Rechtsverhältnissen Anwendung findet (darüber im nächsten Paragraphen).

§ 44. Regelmäßiges und regelwidriges, allgemeines und Sonderrecht*).

I. Die über den Begriff des singulären oder regelwidrigen Rechts herrschenden Zweifel und Unklarheiten beruhen größtenteils darauf, daß man es von vornherein mit dem besonderen oder Sonderrecht für gewisse Klassen (von Personen, Sachen usw.) identifiziert. Beide Begriffe aber decken sich weder in ihrem Wesen, noch in ihren Anwendungsgrenzen.

1. Singuläres, regelwidriges, prinzipwidriges, anormales Recht nennen wie die Rechtsfäße, die ein allgemeines Rechtsprinzip für besonders geartete Fälle durchbrechen. Der Begriff wird schon von den Römern scharf definiert¹⁾ und trifft in allen Fällen zu, wo sie den Ausdruck *jus singulare* gebrauchen²⁾. Für den Gegensatz, das prinzipmäßige

*) Savigny I S. 61ff.; Thöl, Einleitung ins D. PrR §§ 38f.; Prinz I § 25; Hölder § 13; Dernburg § 33; Regelsberger in der Göttinger Festschrift für Jhering S. 45ff. und Band. I § 31; Gierke I § 6 I 1; Windscheid-Kipp § 29.

¹⁾ *Jus singulare est, quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium introductum est.* L. 16 D. de legibus 1, 3.

²⁾ Gajus III § 114 bezeichnet als singulär die Unvererblichkeit der Forderung des Adstipulators und die Nichtigkeit der von einem Sklaven geschlossenen Adstipulation; L. 2 D. de test. mil. 29, 1 sagt, das Militärtestament habe manches Singuläre; L. 23 § 1 D. de poss. 41, 2 bezeichnet das *jus postliminii* als singulär; L. 2 § 2 D. de jure cod. 29, 7 erklärt es für singulär, daß für die Gültigkeit Iodizillarischer Bestimmungen in gewissen Beziehungen die Zeit der Errichtung des Testaments (nicht des Kodizills) entscheidet; nach L. 23 § 3 D. de fideicom. lib. 40, 5 ist die fideikommissarische Freilassung eines Sklaven, die der Testator für die Zeit, wo der Erbe ein bestimmtes Alter erreiche, angeordnet hat, singulärerweise auch dann gültig, wenn der Erbe vor diesem Alter stirbt; nach L. 44 § 3 D. de usurp. 41, 3 ist singulär, daß die Zeit der ruhenden Erbschaft in die Erbsitzungszeit

Recht, den tenor rationis, fehlt ihnen ein technischer Ausdruck³⁾ und ist auch für uns entbehrlich.

Singulär sind z. B. die Schenkungsverbote, die römischen Inkapazitätsgesetze, die römischen Beschränkungen der Interzessionen der Frauen, da diese Vorschriften die allgemeine Veräußerungs- und Verfügungsbefugnis durchbrechen; im gemeinen und bürgerlichen Recht die Formvorschriften für Schuldverträge wegen der als Prinzip angenommenen Formfreiheit solcher Verträge; die Zufallshaftung der Gastwirte und der Eisenbahnen, da sie dem im allgemeinen angenommenen Verschuldungsprinzip widerspricht, aber nicht die sog. Zufallshaftung des im Verzug befindlichen Schuldners, da sie sich aus der mit dem Verzuge verbundenen Schadenersatzpflicht als Folge ergibt. (Andere Beispiele in Anm. 2.)

2. Der Begriff des singulären Rechts ist keineswegs wertlos, obgleich das neuerdings mehrfach behauptet ist; denn die systematische Betrachtung verlangt Klarheit darüber, welche von zwei einander widerstreitenden Regeln dem höheren Rechtsprinzip entspreche, welche ihm widerstreite. Er ist aber auch praktisch nicht bedeutungslos; denn er ergibt, daß singuläre Rechtsfälle nicht zu allgemeiner analoger Anwendung geeignet sind, da sie das höhere Prinzip nicht aufheben, sondern nur für besonders geartete Fälle durchbrechen wollen.

a) Innerhalb des engeren Prinzips das dem singulären Rechtsfall zugrunde liegt, ist aber Analogie gestattet. So haben z. B. die römischen Juristen das Senatuskonsultum Vellejanum, das den Frauen Bürgschaften und Darlehnsaufnahmen für einen anderen untersagte, auf andere Interzessionen ausgedehnt, ja den Interzessionsbegriff erst durch diese analoge Anwendung geschaffen⁴⁾.

eingerechnet wird; nach L. 44 § 1 D. de poss. 41, 2, daß der Sklave dem Herrn ohne dessen Willen für das Fekulum Besitz erwirkt; nach L. 15 D. de reb. cred. 12, 1, daß ein Darlehen unter Umständen ohne Hingabe der Darlehnssumme geschlossen werden kann. In allen diesen Fällen wird nach der Anschauung der Römer ein leitendes Prinzip aus besonderen Gründen durchbrochen. Nach der inzwischen erfolgten Fortbildung des Rechts erscheinen uns heute allerdings einige dieser Rechtsfälle nicht mehr als singulär, sondern als konsequente Folgerung aus den inzwischen veränderten Oberläsen. Insbesondere ergibt sich die Gültigkeit der Darlehnsverpflichtung in den Fällen der L. 15 D. 12, 1 aus dem heutigen (richtig gefaßten) Darlehnsbegriff (darüber unten § 362).

³⁾ Jus commune scheint mir nicht, wie bisher wohl allgemein angenommen wird, den Gegenfall des jus singulare, sondern des nur für gewisse Klassen geltenden Rechts zu bezeichnen, das zwar singulär sein kann, oft auch singulär ist, aber nicht singulär zu sein braucht, mit anderen Worten des besonderen Rechts („jus proprium“ oder „privilegium“), insbesondere des „jus militare“ und „jus fisci“. Soviel ich sehe, werden auch in den Quellen die Ausdrücke jus commune und jus singulare nie einander gegenübergestellt, sondern nur die oben bezeichneten Ausdrücke. So bringen Paul. II 4a § 3, ferner L. 7 D. de inj. test. 28, 3 und L. 3 sowie L. 11 D. de test. mil. 29, 1 das jus commune der Testamente mit dem jus proprium der Soldaten oder dem jus militare in Gegensatz; L. 15 D. de subst. 28, 6 stellt dem jus commune der Substitution das privilegium militum, L. 37 D. de jure fisci 49, 14 dem jus commune des Konkursgläubigers das privilegium fisci gegenüber. Daß die in diesen Stellen erwähnten Sondervorschriften zugleich singulär sind, kann bei dem namentlich im röm. Recht sehr häufigen Zusammenreffen von Sonderrechtseigenschaft und Singularität nicht wundernehmen.

⁴⁾ Rgl. auch Regelsberger, Göttinger Festschr. f. Jhering 1892 S. 51 ff.; Jesz, Recht 1914 S. 81 ff., 84; zustimmend zu dem oben Gesagten auch R. Schmidt, Dogm. 72 S. 81 ff. und die hieselbst Zitierten. Der Ausspruch des Paulus: „Quod vero contra rationem juris receptum est, non est producendum ad consequentias“ (L. 14 D. de

b) Ferner kann die Bildung eines zunächst singulären Rechtsfalles die Abänderung oder Aufhebung des früheren Prinzips anbahnen, es kann z. B. die Haftpflicht der Eisenbahnen zu einer Haftpflicht aller gemeingefährlichen Unternehmungen und Einrichtungen erweitert werden; allein eine solche Fortbildung würde nicht mehr unter den Begriff der Analogie fallen.

II. Unter besonderem oder Sonderrecht verstehen wir das von der allgemeinen Regel abweichende Recht für besondere Klassen von Personen, Sachen oder Verhältnissen.

1. Es genügt also nicht zu seinem Begriff, daß es nur für bestimmte Klassen gilt; eine Vorschrift über die Amtspflichten der Beamten, die Dienstverhältnisse der Soldaten, eine Vorschrift über Früchte oder Zubehör, über die Wirkungen des Kaufes oder der Eheschließung ist kein Sonderrecht, obgleich sie sich nur auf diese bestimmten Kategorien von Personen, Sachen, Handlungen bezieht. Das Wesen des Sonderrechts besteht vielmehr darin, daß es jene bestimmten Klassen aus dem Herrschaftsgebiet einer allgemeinen, an sich also auch für sie geltenden Regel herausnimmt und einer besonderen Vorschrift unterstellt, mithin ein besonderes Recht, ein *jus proprium* für diese Klasse bildet, das von dem für die übrigen geltenden *jus commune* abweicht.

2. Das allgemeine Recht kann zugleich das höhere Prinzip enthalten, das Sonderrecht es durchbrechen; dann ist das Sonderrecht zugleich singuläres Recht. Aber das ist weder begriffsnotwendig noch auch nur der Normalfall.

Das Handelsrecht ist zum weit überwiegenden Teile nicht ein prinzipwidriges, sondern nur ein besonderes Recht für die Kaufleute und den Handelsverkehr. Die dreißigjährige und die kurze Verjährungszeit stehen sich als allgemeine Regel und Sonderbestimmung, aber nicht als höheres Prinzip und dessen Durchbrechung gegenüber. Das römische Zinsmagimum von 6 Prozent und die besonderen Zinsmaxima, für Kaufleute 8 Prozent und für *viri illustres* 4 Prozent, sind als allgemeines und Sonderrecht, aber nicht als rationelles und singuläres Recht zu unterscheiden.

3. Sondervorschriften, welche für die Klassen von Personen, Sachen oder Rechtsverhältnissen, auf die sie sich beziehen, eine Begünstigung enthalten, pflegt man Privilegien, genauer Privilegien im weiteren Sinne zu nennen. Sie beruhen auf einer generellen Rechtsvorschrift, sind also nicht mit den Privilegien im engeren Sinne oder Individualvorschriften zu verwechseln (oben § 43).

leg. 1, 3; L. 141 pr. D. de R. J. 50, 17; vgl. auch L. 162 D. de R. J.) ist daher nur in dem Sinne richtig, daß der singuläre Satz nicht zur allgemeinen Regel erweitert werden darf, daß also z. B., wie L. 23 § 3 D. de fid. lib. 40, 5 ausführt, eine singuläre Vorschrift über das *fideicommissum libertatis* nicht auf Fideicommissa anderen Inhalts ausgebeugt werden darf. Ob des Paulus oben angeführter Ausspruch in gleichem Sinne gemeint war, ist gleichgültig. Doch liegt kein besonderer Grund vor, mehr als einen Ausdrucksfehler zu vermuten. Die Zulässigkeit der Analogie in den oben angegebenen Grenzen ist in Theorie und Praxis (leider auch des Reichsgerichts, RG 47 S. 359; 48 S. 265; 65 S. 362) mehrfach verkannt; richtig aber RG 87 S. 286 u. 373. Beispiele analoger Anwendung von Sondervorschriften unten § 457 Anm. 2; § 157 Anm. 29; § 355 Anm. 4.

4. Das deutsche Recht hat für gewisse Lebens- und Berufskreise ganze Inbegriffe von sonderrechtlichen Bestimmungen geschaffen, wie das Handelsrecht, das Recht des hohen Adels (vgl. aber § 109 Abs. 3 der MNB), das Lehnrrecht. Solche Inbegriffe bezeichnet man im engeren Sinne als ein „Sonderrecht“ oder auch als ein „Spezialrecht“.

§ 45. Ermächtigende, auslegende, ergänzende, zwingende Vorschriften*).

I. Das objektive Recht ordnet die Lebensverhältnisse; aber es ruft den einzelnen in weitem Maße zur Mitwirkung, indem es ihm die Möglichkeit gibt, seine Rechtsverhältnisse selbst durch Rechtsgeschäfte zu gestalten, die sog. Privatautonomie (die freilich nur subjektives Recht begründet, also nicht mit der objektives Recht setzenden eigentlichen Autonomie verwechselt werden darf).

Diese schöpferische Kraft kann nur auf dem objektiven Recht selber beruhen; denn Rechtswirkungen, die der Mensch nur aus eigener Machtvollkommenheit zu schaffen versuchte, würden der Anerkennung des Gemeinwillens noch entbehren, also keine Rechtswirkungen sein. Die Rechtsätze, welche dem Menschen diese Macht zur Begründung von Rechtswirkungen gewähren, nennen wir ermächtigende Rechtsätze¹⁾. Sie werden nur selten ausdrücklich ausgesprochen²⁾, ergeben sich aber aus anderen Vorschriften, namentlich daraus, daß das Recht den Inhalt der einzelnen Rechtsgeschäfte normiert und ihnen bestimmte Rechtsfolgen beilegt³⁾ oder daß es für größere

*) Bülow, ZivR 64 S. 71—93; Stammler, ZivR 69 S. 14—29 u. besonders Recht der Schulverhältnisse, 1897, S. 55—83; Eisele, ZivR 69 S. 329; Enneccerus, Rechtsgeschäft S. 152—160; Regelsberger I § 32; Ehrlich, Das zwingende und nicht-zwingende Recht im BG, 1899, und dazu Hölder, KritR 42 S. 477 ff.

¹⁾ Das Vorhandensein und die besondere Natur dieser Rechtsätze ist zuerst von Bülow a. a. O. betont, die Bezeichnung „ermächtigende Rechtsätze“ von Eisele vorgeschlagen. Die dieser Benennung und den Ausführungen des Textes zugrunde liegende Anschauung, daß der vom Gesetz ermächtigte Privatwille die rechtsgeschäftliche Wirkung hervorruft, ist zwar nicht logisch notwendig — man kann mit gleichem Rechte das Gesetz als die Ursache betrachten, die, wenn der Privatwille vorliegt, die Wirkung erzeugt — aber sie ist tatsächlich im römischen wie im heutigen Recht vorherrschend, tritt in zahlreichen Sprachwendungen hervor (ich verpflichte mich, ich veräußere, ich erneue einen Erben) und dient zur Erklärung wichtiger Erscheinungen der Rechtsentwicklung, vgl. Enneccerus, Rechtsgeschäft S. 152—160. Rein logisch kann nur die Gesamtheit der Bedingungen, also Gesetz und Rechtsgeschäft zusammen, als Ursache der rechtsgeschäftlichen Wirkung bezeichnet werden.

²⁾ Beispiele: § 1432 „Die Ehegatten können ihre güterrechtlichen Verhältnisse durch Vertrag (Ehevertrag) regeln“; § 1937 „Der Erblasser kann durch einseitige Verfügung von Todes wegen (Testament, letztwillige Verfügung) den Erben bestimmen“; vgl. ferner §§ 1938, 1939, 1940, 1941, 2100, 2265, 2266 usw. Römische Beispiele: die Bestimmung der Zwölf Tafeln „uti legassit suae rei, ita jus esto“, Gaj. II § 224, vgl. L. 130 D. de V. S. 50, 16; das Edikt über den formlosen Erlaßvertrag „Pacta conventa, quae neque dolo malo neque . . . facta erunt, servabo“.

³⁾ Wenn z. B. § 433 sagt „Durch den Kaufvertrag wird der Verkäufer einer Sache verpflichtet, dem Käufer die Sache zu übergeben . . . Der Käufer ist verpflichtet, dem Verkäufer den vereinbarten Kaufpreis zu zahlen“, so ist indirekt auch ausgesprochen, daß

Kategorien von Geschäften, z. B. die Begründung von Schuldverhältnissen, sich auf die Aufstellung ganz allgemeiner Erfordernisse beschränkt⁴⁾, sie also stillschweigend für gültig erklärt, wenn diese Erfordernisse vorliegen und nicht besondere beschränkende Vorschriften eingreifen.

II. Ist der für die Rechtswirkung maßgebende Inhalt des Rechtsgeschäfts ungewiß, so ist er durch Auslegung zu ermitteln. Bisweilen aber kommt das Gesetz der Auslegung zu Hilfe, indem es für Zweifelsfälle sog. Auslegungsvorschriften aufstellt. Diese ordnen (solweit sie wirklich nichts weiter als Auslegungsvorschriften sind, unten III 2) die Wirkung des Geschäftes nicht direkt an, sondern gewähren nur eine Aufklärung über den Geschäftsinhalt, so daß also die Rechtsfolge auf den durch die Auslegungsvorschrift nur klargestellten Willen der Parteien zurückgeführt wird.

1. Keine Auslegungsvorschriften wollen mithin nur angewandt sein, wenn anzunehmen ist, daß die Willenserklärungen der Parteien, d. h. nicht bloß ihre Worte, sondern ihr gesamtes Verhalten, eine (wenn auch noch so unbestimmte und zweifelhafte) Anordnung über den fraglichen Punkt enthalten.

2. Im BG werden die Auslegungsvorschriften meist durch die Worte „im Zweifel“, einmal durch das Wort „Auslegungsvorschriften“ kenntlich gemacht, § 186. Indes sind auch Vorschriften, denen dies äußere Kennzeichen fehlt, dann für Auslegungsvorschriften zu halten, wenn anzunehmen ist, daß die Parteien über den fraglichen Punkt eine Anordnung treffen wollten und nur deren Inhalt in Frage steht. So ist z. B. die Vorschrift des § 156 S. 1, daß bei einer Versteigerung der Vertrag erst mit dem Zuschlag zustande komme, trotz des Fehlens der Worte „im Zweifel“ eine Auslegungsregel; denn wer eine Versteigerung anzeigt, der will entweder nur andere auffordern, Angebote zu machen, so daß also der Vertrag erst durch den Zuschlag geschlossen wird, oder schon selbst einen Vertragsantrag an den Höchstbietenden richten, so daß also jedes Gebot als (bedingte) Annahme erscheint. Nur der Zweifel, ob das eine oder das andere beabsichtigt sei, wird durch § 156 S. 1 aufklärt.

3. Bisweilen enthält die Auslegungsvorschrift zugleich eine Umdeutung, nämlich wenn der von den Parteien gewählte Ausdruck Zweckwidriges besagt und erst durch die Umdeutung den in Wahrheit verfolgten Zwecken gerecht wird. So wird die auf ein Unterlassen oder auf ein Tun während unbestimmter Dauer gestellte aufhebende Bedingung einer leibwilligen Zuwendung in eine auflösende Bedingung des entgegengesetzten Inhalts umgebeutet, § 2075. Andere Beispiele §§ 360, 566, 2072.

III. Für den Fall, daß die Parteien von der Möglichkeit, ihre Rechtsverhältnisse zu ordnen, keinen Gebrauch machen, stellt das Recht, sofern die Regelung gleichwohl notwendig oder wünschenswert erscheint, ergänzende Rechtsvorschriften auf. Ihr Wesen besteht nicht darin, daß der Privatwille imstande wäre, sie abzuändern oder zurückzudrängen⁵⁾, sondern darin,

die Parteien durch die Vereinbarung, die wir Kauf nennen, jene Wirkungen sollen erzeugen können. Wenn § 929 die Erfordernisse der Eigentumsübergabe normiert, so liegt darin auch die Ermächtigung der Privatpersonen, den Eigentumsübergang durch Vornahme des im § 929 bezeichneten Geschäftes zu bewirken.

⁴⁾ Vgl. z. B. § 305: „Zur Begründung eines Schuldverhältnisses durch Rechtsgeschäft sowie zur Änderung des Inhalts eines Schuldverhältnisses ist ein Vertrag zwischen den Beteiligten erforderlich, soweit das Gesetz nicht ein anderes vorschreibt.“

⁵⁾ Diese früher ziemlich verbreitete Auffassung hat die nicht empfehlenswerte Bezeichnung „nachgiebiges Recht“ veranlaßt.

daß sie nur für den Fall, daß die Parteien nicht ein anderes bestimmt haben, Platz greifen wollen. Sie sind in diesem Sinne *Eventualvorschriften*. Wenig zutreffend bezeichnet man die ergänzenden Vorschriften häufig als *dispositives*⁶⁾, vermittelndes, nicht zwingendes Recht. Doch umfaßt der letztgenannte Ausdruck auch die ermächtigenden und Auslegungsvorschriften.

1. Man kann zwei Klassen der ergänzenden Vorschriften unterscheiden:

a) Die eine gibt Bestimmungen für den Fall, daß eine rechtsgeschäftliche Anordnung überhaupt nicht getroffen wird (gesetzliche Erbfolge, gesetzliches eheliches Güterrecht);

b) die andere ergänzt die getroffene rechtsgeschäftliche Bestimmung in Einzelpunkten (Haftung für Verschulden in Vertragsverhältnissen, Haftung für Entwehrung und für Mängel). Diese zweite Klasse stellt meist das fest, was dem allgemeinen wirtschaftlichen Zweck der betreffenden Geschäftsart entspricht; aber sie stellt es fest durch unmittelbare Gesetzesvorschrift, nicht (wie die Auslegungsvorschriften) als vermuteten Parteivillen⁷⁾.

2. Treffen für einen Fall sowohl eine Auslegungs- als eine Ergänzungsvorschrift zu, so geht erstere vor, weil die ergänzende nur bei mangelndem Willen eingreift. Abriegen kann eine Regel auch die beiden Funktionen der Deutung des unklaren Willens und der Ergänzung seiner Lücken vereinigen, und dies wird bei den Vorschriften, die sich zunächst als ergänzende kennzeichnen, fast immer der Fall sein⁸⁾.

IV. Der Privatwille beherrscht die Lebensverhältnisse nicht schrankenlos.

Ihm sind Grenzen gesetzt durch zwingende (absolute, gebietende oder verbietende) Vorschriften, die mit Ausschluß des Privatwillens gelten wollen⁹⁾.

Ihr zwingender Charakter zeigt sich entweder dadurch, daß über das betreffende Gebiet ermächtigende Vorschriften fehlen, dieses also dem Privatwillen überhaupt nicht zugänglich gemacht ist (z. B. die Rechts- und Handlungsfähigkeit des Menschen); oder sie beschränken den Privatwillen auf dem ihm sonst zugänglichen Gebiete (Noterbrecht, Schenkungsverbote, Unzulässigkeit des Ausschusses der Verjährung oder der Haftung für Vorsatz).

1. Das öffentliche Recht ist ganz vorwiegend zwingender Natur, weil hier die allgemeinen Interessen überwiegen. Das Privatrecht dagegen ist vorwiegend durch ermächtigende und ergänzende Vorschriften geregelt. Zwingende Vorschriften aber treten auch hier ein, wo das allgemeine Wohl, namentlich sittliche Anschauungen, die Rücksicht auf die Verkehrssicherheit, die Fürsorge für die Familie und die wirtschaftlich Schwächeren oder der Schutz gegen eigenen Leichtsinns und eigene Unerfahrenheit es erfordern.

⁶⁾ Gemeint ist: *leges, quas disponunt tantum, non cogunt.*

⁷⁾ Es ist also nicht zu billigen, wenn diese Vorschriften, insbesondere die sog. *naturalia negotii*, als vermuteter Geschäftsinhalt oder überhaupt als Geschäftsinhalt bezeichnet werden. Manche wollen den Unterschied der Auslegungs- und Dispositivvorschriften überhaupt nicht als praktisch bedeutsam anerkennen, z. B. Dernburg I § 19 II b.

⁸⁾ Man wird z. B. die Grundsätze über Haftung für Mängel der Kaufsache auch dann anzuwenden haben, wenn der Verkäufer ohne nähere Bezeichnung zugesagt hat, daß er für etwaige Fehler der Sache einstehe. Ein Beispiel einer Auslegungsvorschrift, die zugleich ergänzend wirkt, bietet der § 187, falls die Parteien sich keinerlei Vorstellung über die Einrechnung oder Nichteinrechnung des betreffenden Tages gemacht haben.

⁹⁾ Die Römer nennen das zwingende Recht *jus publicum* (*quod pactis privatorum mutari non potest*), L. 38 D. de pact. 2, 14.

2. Im BG ist in vielen Fällen der zwingende Charakter ausdrücklich ausgesprochen, nicht selten aber auch ohne besondere Anordnung aus dem Zweck der Vorschriften zu entnehmen. Das Recht der Schuldverträge ist fast durchweg nicht zwingend, doch gibt es auch hier einzelne zwingende Vorschriften, z. B. § 248 (Zinsezinsverbot), § 276 Abs. 2 (die Haftung für Vorsatz kann nicht im voraus ausgeschlossen werden), §§ 617—619, 624 S. 1 (Schutzvorschriften zugunsten der Verpflichteten aus dem Dienstvertrage) und namentlich die Formvorschriften für gewisse obligatorische Geschäfte¹⁰⁾.

§ 46. Strenges und billiges Recht*).

Die Entwicklung des Rechts zeigt einen allmählichen Übergang von schroffen, starren Regeln, die an einfache, leicht erkennbare Tatbestände eine genau bestimmte, unterschiedslos durchgreifende Folge knüpfen, zu schmiegsamen, elastischen Normen, die in ihren Voraussetzungen und Wirkungen die Besonderheiten der tatsächlichen Verhältnisse in der ihnen angemessenen, aber zugleich in wohlwollender und fürsorgender (humaner) Weise zu berücksichtigen suchen¹⁾. Freilich ist dieser Charakterunterschied, den wir durch die Ausdrücke „strenges und billiges Recht“²⁾, *jus strictum* und *aequum*, bezeichnen, nur ein gradueller³⁾, denn selbst das strengste Recht kann nicht alle Verschiedenheiten unberücksichtigt lassen, und selbst das billigste Recht kann sich nicht jeder denkbaren Besonderheit anpassen, es muß generalisieren und die innerhalb der generell bestimmten Voraussetzungen liegenden Besonder-

¹⁰⁾ §§ 311, 312, 313, 416, 566, 581, 761, 766, 780f., 783f., 792, 793.

* Thöl, Einleitung ins D. PrR §§ 38 u. 40; Fhering, Geist § 29, §§ 44ff.; Leitz, Zivil. Studien IV S. 190ff.; Passf u. Hofmann, Komm. I S. 206ff. u. Exkurse S. 350f.; Windscheid I § 28; Voigt, *jus naturale* etc. I S. 11ff.; Regelsberger I § 11; Ripp in Paulis Realenzyklopädie unter *aequitas*.

¹⁾ Man vergegenwärtige sich z. B. einerseits die Stipulation des altrömischen Rechts mit ihrer scharf bestimmten Form und ihrer ohne Rücksicht auf Zwang, Betrug und Irrtum eintretenden, genau nach den Geschäftsworten sich bestimmenden Wirkung; andererseits den Kauf des klassischrömischen oder heutigen Rechts mit seiner formfreien (selbst stillschweigenden) Vereinbarung, die die mannigfaltigsten Modifikationen zuläßt, mit seiner Haftung für Verschulden und Zinsen, Fehler und Entwehrung, seiner Berücksichtigung von Zwang, Betrug, Simulation, Scherz und wesentlichem Irrtum, mit Retentions- und Kompensationsrecht usw.

²⁾ Windscheid betont für den Begriff des billigen Rechts besonders das Streben nach Individualisierung, die Berücksichtigung der tatsächlichen Verhältnisse; Passf u. Hofmann die Idee des Maßes, der Angemessenheit oder relativen Gleichheit; Leitz die humane Tendenz. Der Begriff des Textes beruht auf einer Verbindung aller drei Elemente, die erst in der Vereinigung den vollen Charakter des billigen Rechts enthalten.

³⁾ Thöl meint deshalb, man dürfe nur billigeres und strengeres Recht einander gegenüberstellen; aber auch Wärme und Kälte sind nur relative Begriffe; dürfen wir also auch nicht von „warm“ und „kalt“, sondern nur von wärmer und kälter reden? Noch weniger ist Thöl zuzustimmen, wenn er die Begriffe billiges und strenges Recht wegen ihrer Relativität für unerheblich hält; der Unterschied ist vielmehr für die Würdigung der Rechtsinstitute derselben Zeit und des gesamten Rechts verschiedener Zeiten oder Völker für die Beurteilung der gesamten Tendenz der Rechtsentwicklung sehr wertvoll.

heiten unbeachtet lassen. So kann dasselbe Recht als das strengere oder billigere erscheinen, je nach der Natur des zur Vergleichung gewählten Rechts⁴⁾.

1. Die Strenge des Rechts hat ihren Hauptgrund⁵⁾ in dem Streben nach Festigkeit, Sicherheit und darum nach leichter Erkennbarkeit des Rechts. Deshalb blüht das *jus strictum* in frühen Zeiten der Rechts- und Kulturentwicklung die vor allem klares, willkürlicher Rechtsprechung unzugängliches Recht erheischen. So hat es das gesamte altromische Recht durchdrungen.

Aber auch eine Zeit, die sich eines frei ausgebildeten Rechts und einer sicheren, unparteiischen Rechtspflege erfreut, kann der Strenge des Rechts nicht ganz entbehren. Namentlich Rechtsinstitute, die den Verkehr zu erleichtern und zu sichern (Wechsel, Inhaberpapiere usw.) oder die Grundlagen des Kredits festzustellen bestimmt sind (Grundbuchrecht), können ihren Zweck nur erreichen, wenn sie an äußerlich sichtbare, auch Dritten erkennbare Tatbestände festbestimmte Rechtsfolgen knüpfen. Damit ist aber eine gewisse Strenge mit Notwendigkeit gegeben.

2. Die zugleich angemessene und humane Berücksichtigung der tatsächlichen Verhältnisse erreicht das Recht durch mannigfache Mittel.

Es beachtet im weitesten Maße den Parteiwillen, indem es ihm durch eine nicht am Wort haftende, freie Sinnesauslegung Geltung verschafft. Es bevorzugt aus gleichem Grunde die formfreien und deshalb der Willensentfaltung besonders günstigen Geschäfte und gestaltet, wo Formen unentbehrlich sind, diese wenigstens so, daß sie der freien Bestimmung des Geschäftsinhalts kein Hindernis bereiten.

Es sucht die Rechtsgeschäfte und Rechtsverhältnisse ihrem wirtschaftlichen Zwecke anzupassen, liebt also sog. kausale Geschäfte, welche die Zweckbestimmung in sich aufnehmen, und normiert deren Wirkung im Einklang mit ihrem Zwecke.

Es gestaltet manche Regeln und Begriffe so, daß sie ein besonderes persönliches Element enthalten, also gewissen Verhältnissen oder Eigenschaften der Person Rechnung zu tragen imstande sind (Zutrennung, Bereicherung, konkretes Verschulden).

Es macht Rechtswirkungen, soweit sie sich für besondere Fälle als unbillig erweisen, durch Gegenrechte unwirksam (Einreden) oder wiederaufhebbar (Anfechtungsrecht, Rücktrittsrecht, Widerruf, Mandelanpruch), oder es gleicht bereits eingetretene unbillige Schädigungen durch Schadenserlass- oder Bereicherungsansprüche ganz oder teilweise aus.

Endlich stellt es die Würdigung der Besonderheiten des Einzelfalles in weitem Maße dem Richter anheim, indem es ihn auf Treu und Glauben oder auf das, was tunlich oder angemessen sei, verweist oder in anderen Formen ausdrücklich oder stillschweigend das richterliche Ermessen für maßgebend erklärt. Über diesen besonders wichtigen Fall ist bei der Rechtsauslegung oder besser Rechtsfindung zu reden (unten §§ 53f.).

IV. Ermittlung und Anwendung des Rechts.

§ 47. 1. Kritik.

Der Richter bedarf zur Anwendung des Gesetzes zunächst eines echten und richtigen Textes. Die Ermittlung desselben nennen wir Kritik.

⁴⁾ Die Stipulation zur Zeit der klassischen Juristen mit ihrer abgeschliffenen Form (nur noch mündliche Frage und Antwort), ihrem vielgestaltigen Inhalt, ihrer Anfechtbarkeit wegen *dolus* und *metus*, ihrer Nichtigkeit wegen Geschäftsirrtums usw. ist z. B. weit mehr nach den Gesetzen der Billigkeit gestaltet, als das alte Stipulationsrecht, aber doch erheblich strenger als das Recht des Kaufes.

⁵⁾ Nicht ihren einzigen Grund. Vielmehr bringt, wie gezeigt, schon die generelle Natur des Rechts (von den Privilegien kann hier abgesehen werden) gewisse Härten mit sich. Andere beruhen darauf, daß man bei der Aufstellung des Rechtsfalles die Besonderheiten, die für gewisse Fälle Modifikationen erheischen, noch nicht erkannte oder nicht würdigte. Auch bloßes Ungeschick in der Aufstellung von Rechtsfällen kann zu Unbilligkeit und Strenge führen.

1. Bei neueren Gesetzen ist die Kritik, da der richtige Text sich meist ohne weiteres aus dem Abdruck im amtlichen Gesetzblatt ergibt, von geringer Bedeutung, aber doch nicht ganz zu entbehren, weil bisweilen der publizierte Text infolge eines Druckfehlers (der vom Drucker oder Abschreiber verschuldet sein kann) vom sanktionierten Text abweicht. Zu einer Verbesserung des Druckfehlers, also Anwendung des richtigen Rechtsatzes, ist der Richter berechtigt. Auch eine Berichtigung durch das publizierende Staatsorgan ist zulässig¹⁾.

Von dem Druckfehler ist das Redaktionsversehen zu unterscheiden, d. h. eine schon vor oder bei der Sanktion entstandene Abweichung von dem gewollten Wortlaut²⁾. Hier ist der fehlerhafte Wortlaut sanktioniert, also Gesetz geworden; die Verbesserung ist also Anwendung des wahren Sinnes gegenüber dem fehlerhaften Gesetzesausdruck, fällt mithin unter den Begriff der (abändernden) Auslegung und ist, was die Grenzen ihrer Zulässigkeit betrifft, als Auslegung zu beurteilen (unten § 52). Berichtigung lediglich durch das publizierende Organ ist unzulässig, da das Gesetzeswort nur durch Gesetz verändert werden kann.

2. Weit bedeutungsvoller ist die Kritik für ältere Gesetze, deren publizierten Urtext wir nicht besitzen, insbesondere für das Justinianische Gesetzbuch, das uns nur abgeschrieben überliefert ist³⁾.

3. Man unterscheidet höhere und niedere Kritik und versteht unter der höheren die Beurteilung der Handschriften im ganzen, die Ermittlung der Echtheit, des Alters, des Verfassers, der Abstammung von anderen oder der Verwandtschaft mit anderen Handschriften, unter niederer die Texteskritik im einzelnen. Andere aber unterscheiden nur die Texteskritik in niedere und höhere, je nachdem sie sich auf die Prüfung des handschriftlichen Materials beschränkt oder aus diesem den richtigen Text herzustellen sucht.

4. Man unterscheidet ferner die wählende, d. h. eine der vorhandenen Lesarten auswählende, und die Konjekuralkritik, die den Text selbständig verändert. Auch die Konjekuralkritik ist nicht ganz zu vermeiden, aber nur mit äußerster Vorsicht anzuwenden⁴⁾.

2. Auslegung.*)

§ 48. Begriff und Arten im allgemeinen.

Einen Rechtsatz auslegen, heißt seinen Sinn klarstellen und zwar denjenigen Sinn, der für das Rechtsleben, also auch für die richterliche Entscheidung der maßgebende ist. Eine solche Klarstellung ist auch bei Gewohnheitsrecht denkbar, indem aus den unter sich verschiedenen Übungssakten

¹⁾ Vgl. auch RGE 41 S. 34.

²⁾ Beispiel: In § 1511 muß statt § 1500 richtig § 1501 gelesen werden, Ubbelohde, Dogm 38 S. 214; Planck zu § 1511, 9. Ein Verweisungsfehler kann leicht entstehen, wenn der Paragraph, auf den verwiesen wird, durch Einschlebung oder Streichung anderer Paragraphen eine andere Nummer erhält und nun vergessen wird, die entsprechende Nummerveränderung in der Verweisung vorzunehmen.

³⁾ Über die Grundlagen der Kritik des Corpus juris, besonders der Digesten vgl. oben § 5 II.

⁴⁾ Gerechtfertigt wird sie im allgemeinen nur sein, wenn entweder die Stelle, wie sie lautet, in sich widerspruchsvoll oder unverständlich ist (nicht etwa nur einen auffallenden oder nicht ganz befriedigenden Sinn gibt) oder die Entstehung des falschen aus dem als richtig angenommenen Wortlaut durch besondere Gründe (z. B. durch Annahme einer in der Florentina sehr häufigen Form der Ablürzung, der Geminatio) wahrscheinlich gemacht wird oder die Konjekturen durch anderweitige Überlieferung des Sinnes der Stelle, insbesondere beim Corpus juris durch die Basiliken (oben § 5 II 2) unterstützt wird. Aber auch wenn ein solcher Fall vorliegt oder mehrere zusammentreffen, ist mit Bedachtsamkeit und Selbstkritik zu verfahren.

^{*)} Savigny I §§ 32—51; Wächter, Württemb. PrM II §§ 22—24; Thöl, Einleitung ins D. PrM §§ 55—66; Pfaff u. Hofmann, Komm. zur österr. bürgerl. GB I S. 166 ff.; Wach, Handb. d. deutsch. RivPr §§ 20 ff.; Binding, Handb. d. Strafrechts §§ 95 ff. (1885); Kohler in Grünhut XIII S. 1 ff. (1886); Regelsberger I § 35 (1893);

und Zeugnissen der wahre Sinn des Gewohnheitsrechts entwickelt wird¹⁾. Das Hauptobjekt der Auslegung aber bilden die Gesetze.

Bisweilen wird darüber, wie ein bestehendes Gesetz auszulegen sei, ein Gesetz erlassen, oder es bildet sich darüber ein Gewohnheitsrecht. Dann spricht man von authentischer bzw. Usualinterpretation und faßt beide unter dem Ausdruck Legalinterpretation (Auslegung durch einen Rechtsfaß) zusammen²⁾. In Wahrheit liegt aber hier nicht Auslegung, sondern ein neues Gesetz oder Gewohnheitsrecht vor, nur mit der Besonderheit, daß es so gelten soll, als wäre sein Inhalt schon in dem ausgelegten Gesetz enthalten gewesen³⁾. Die Legalinterpretation ist daher bindend, auch wenn sie dem Gedanken des früheren Gesetzes nicht entspricht.

Zur Unterscheidung von der legalen nennt man die Auslegung durch wissenschaftliche Tätigkeit wissenschaftliche oder doktrinale Interpretation; aber auch „Auslegung“ schlechthin bezeichnet stets die wissenschaftliche oder eigentliche Auslegung, wenn nicht der Zusammenhang ein anderes ergibt.

Die (wissenschaftliche) Auslegung wird häufig in grammatische und logische unterschieden, je nachdem sie ihre Argumente aus der Sprache (d. h. den Gesetzen der Grammatik und dem Sprachgebrauch) oder aus anderen Umständen (z. B. dem inneren Zusammenhang des Gesetzes, seinem Verhältnis zu anderen Gesetzen, seinem Zweck, dem höheren Wert des einen oder anderen Ergebnisses) herleitet. Da aber bei jeder Auslegung verschiedene Arten von Gründen mitwirken und kein über den richtigen Sinn aufklärender Umstand unbeachtet bleiben darf, so besagen diese Ausdrücke in Wahrheit nichts anderes, als daß bisweilen sprachliche, bisweilen andere Gründe überwiegen.

§ 49. Die Aufgabe.

I. Ziel der Auslegung ist die Klarstellung des maßgebenden Sinnes eines Rechtsfaßes. Maßgebend aber ist in unentwickelten Rechten, insbesondere im altrömischen Recht, der Wortsinne (Prinzip der

Ed., Vorträge über das R. des BG § 9; Gierke, D. PrR I § 18; Hölder, § 8 (1886) und Komm. z. BG §§ 15ff.; Förster-Eccius, Preuß. PrR I § 12; Windscheid-Kipp I §§ 20ff.; Gény, Méthode d'interprétation et sources etc., 1899; Reuter-Stöckl, Über Rechtsauslegung, 1899; Brütt, Die Kunst der Rechtsanwendung, 1907; Bierling, Juristische Prinzipienlehre Bd. 4 (1911) S. 197—334; Bierhaus, Methode der Rechtsprechung (1911); Danz, Einführung in die Rechtsprechung (1912); Fedt, ZivR 112 S. 1—365; Lent, Gesetzeskonkurrenz im bürgerl. Recht u. Zivilprozeß, 2 Bde. (1912, 1916); Schmidt, Gesetzeskonkurrenz im bürgerl. Recht (1915).

¹⁾ Die Auslegung fällt aber hier mit der Feststellung der Geltung des Gewohnheitsrechts so zusammen, daß sie praktisch von ihr kaum zu unterscheiden ist.

²⁾ Was im Texte Legalinterpretation genannt ist, nennen einige Rechtslehrer (z. B. Dernburg) authentische Interpretation und umgekehrt.

³⁾ Über eine Folge dieser sog. Rückwirkung vgl. unten § 55 I.

Wortinterpretation)¹⁾. Das noch nicht an Abstrahieren gewöhnte und vor allem nach Rechtsicherheit strebende Volk haftet am Äußerem, an dem sinnlich wahrnehmbaren und darum größere Sicherheit bietenden Worte. Die fortschreitende Rechtsentwicklung überwindet diese Auffassung. Seit der Ausbildung des *jus gentium* ist im römischen Recht namentlich durch die hochentwickelte Jurisprudenz das Prinzip der Willensinterpretation zur Herrschaft gelangt, dann mit dem römischen Recht in Deutschland aufgenommen und herrschend geblieben.

II. Wie aber das Ziel dieser Willens- oder besser Sinnesinterpretation genauer zu bestimmen sei, ist Gegenstand einer viel verhandelten Streitfrage.

Die ältere, auch jetzt noch vorherrschende Theorie, die auch ich für richtig halte, sagt: „Maßgebend ist der im Gesetz zum Ausdruck gelangte Wille des Gesetzgebers“²⁾, also der Sinn, den der Gesetzgeber mit seinen Worten verband, vorausgesetzt, daß er in den Worten auch einen (wenngleich unvollkommenen) Ausdruck gefunden hat³⁾.

Eine neuere, namentlich von Wach und Binding, aber auch von anderen⁴⁾ vertretene Ansicht dagegen hält für maßgebend „den vom Gesetzgeber völlig abgelösten Willen des Gesetzes selbst“, den Willen, den „das Gesetz hat als eine konstante lebendige Kraft“, den Sinn, den wir, die Auslegenden, in den vom Gesetzgeber festgestellten Worten unter Berücksichtigung des Rechtssystems und der ganzen gegenwärtigen Verhältnisse finden, auch wenn wir klar erkennen, daß der Wille des Gesetzgebers ein anderer war. In dieser Ansicht steckt allerdings ein richtiger, freilich nicht hierher gehöriger Kern. Der Richter hat unter gewissen, später (§§ 53 f.) darzulegenden Umständen das Gesetz in einem anderen (zumal weiteren oder engeren) Sinne, als der Gesetzgeber es gemeint hat, anzuwenden; allein dann legt er nicht bloß aus, sondern er bildet den Inhalt des Gesetzes fort, und zu dieser Fortentwicklung oder Rechtsfindung (unten §§ 53 f.) ist er (beim Vorliegen jener Voraussetzungen) nicht nur dann berechtigt, wenn der gefundene Rechtsatz sich mit den Worten des Gesetzes noch allenfalls vereinen läßt, sondern auch, wenn das nicht der Fall ist. Die Wach-Binding'sche Ansicht vermischt also Auslegung und Rechtsfindung. Vermeiden wir diesen Fehler, so ist ihre Unrichtigkeit unschwer zu erkennen.

1. Das Gesetz beruht auf dem Willen des Gesetzgebers, es ist sein Gebot. Das Primäre aber ist beim Gebot der Wille, hier der Wille, die Rechtsverhältnisse zu ordnen. Diesen Willen, die geistige Gesetzesnorm, will der Gesetzgeber in dem (mehr oder minder glücklich gewählten) Gesetzeswort aussprechen; scharf abzulehnen ist die Auffassung, er wolle nur Worte schaffen und das als Inhalt seines Befehls gelten lassen, was andere dann aus diesen Worten entnehmen werden⁵⁾.

¹⁾ Dem steht nicht entgegen, daß dem dringenden Bedürfnis oft auch das Wort weichen muß. Vgl. Fhering, Geist d. r. R. II § 44.

²⁾ So z. B. Savigny, Wächter, Regelsberger, Gierke, Windscheid, Ed. Förster-Eccius, Ripp bei Windscheid, Bierling u. a. m.

³⁾ Wäre das nicht der Fall, wäre also im Gesetz (etwa infolge einer Verwechslung oder Unterschiebung) einmal ein ganz anderer Sinn ausgesprochen, als der von den gesetzgebenden Faktoren gewollte, so wäre das Gesetz für nichtig zu halten.

⁴⁾ Z. B. Kohler, Hölder a. a. D., Bekker, DogmZ 34 S. 73 ff.; nicht aber Thöl, der vielfach hier mitgenannt wird, a. a. D. S. 145. „Der Rechtsatz hat seinen tieferen Grund in dem Wort des Gesetzes, die Wissenschaft war darauf beschränkt, dessen ‚gewollten‘ Inhalt zu finden.“ S. 147 „den gewollten Inhalt des Wortes“. S. 150 „der publizierte Wille der gesetzgebenden Gewalt“.

⁵⁾ Am schärfsten ist die hier abgelehnte Auffassung von Kohler I S. 124 ff. aus-

2. Die Wach-Binding'sche Ansicht gibt dem auslegenden Richter nicht, wie einzelne ihrer Anhänger zu meinen scheinen, eine freiere Stellung; denn die Freiheit, die sie ihm geben will, hat er schon aus anderen Gründen (unten §§ 50 I 2, 53f.). Sie fettet ihn umgekehrt viel zu eng an das Gesetzeswort; sie zwingt ihn, jede nicht aus dem Gesetz selbst erkennbare Verfehlung im Ausdruck (sogar in Zahlenangaben) zu respektieren, selbst wenn der Irrtum sich aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes mit Sicherheit ergibt; sie entzieht ihm das wertvolle Argument, daß der Gesetzgeber bei der Aufstellung seiner Regel gewisse Fälle, für die der Wortlaut zutrifft, aber die Regel nicht paßt, nicht bedacht habe und daß also das Gesetz auf sie nicht anzuwenden sei; kurz sie führt zu einer (durch die Gesamtbetrachtung des Gesetzes gemäßigten) Wortinterpretation zurück.

3. Ein „Wille des Gesetzes“ ist streng genommen gar nicht vorhanden⁶⁾. Es handelt sich in Wahrheit um den Gemeinwillen, auf dem alles Recht beruht, und zwar zunächst um den Willen des Gesetzgebers, da dessen publizierter Wille als Staatswille anerkannt ist⁷⁾. Legt aber der Gemeinwille dem Gesetze einen anderen Sinn unter, als der Gesetzgeber mit ihm verband, so haben wir es mit einer Fortbildung des Rechts, nicht nur mit Auslegung zu tun.

III. Heute wirken in der Regel bei der Gesetzgebung mehrere Faktoren zusammen, die zudem selbst wieder aus Personenmehrheiten bestehen. Gleichwohl kann man auch jetzt noch von dem Willen des Gesetzgebers reden; denn es liegt im Wesen des Zusammenwirkens einer Gesamtheit, daß der in diesem Zusammenhang zur Herrschaft gelangte Willensinhalt als Wille der Gesamtheit aufgefaßt werden muß⁸⁾. Wir haben also gar nicht zu fragen, was dieser und jener Mitwirkende gedacht habe; wir denken uns auch den Gesetzgeber nicht als Lebewesen, wir treiben keinerlei Mystik und bilden keine Fiktionen, sondern wir fragen, welcher Willensinhalt in dem Gesetzgebungsakte herrschend geworden ist und im Gesetze einen (wenn auch unvollkommenen) Ausdruck

gesprochen. Er meint, der Gesetzgeber könne nur „Worte“ geben, „aus denen ein Gedankeninhalt zu entnehmen“ sei. Beherberge dieser Wortlaut 4, 5 oder 6 verschiedene Gedanken, die wahlweise darin gefunden werden könnten, so sei nicht ein Gedanke, sondern es seien 5 Gedanken wahlweise mit den Worten zum Gesetze erhoben worden und Aufgabe der juristischen Kunst sei es, von diesen Gedanken den richtigen zu wählen, d. h. denjenigen, bei dem das Gesetz den vernünftigsten, heilsamsten Sinn habe. Wechselten die Umstände, so müsse auch die Auslegung wechseln. Anzuerkennen ist, daß diese Sätze sich aus der oben abgelehnten Auffassung folgerichtig ergeben würden; aber gerade darum bestreiten sie auch deren Unrichtigkeit. Wenn der Gesetzgeber eine Vorschrift für Militärpersonen erlassen hat und sicher ist, daß diese Vorschrift nur für Personen des aktiven Heeres, nicht aber für die Personen des Beurlaubtenstandes gelten sollte, weil man sie für diese für ungeeignet hielt, so darf der Richter die Vorschrift auf Personen des Beurlaubtenstandes nicht anwenden, auch wenn er das für vernünftiger und heilsamer hält. Geschieht es dennoch dauernd, so handelt es sich ebenjogut um eine Abänderung des ursprünglich geltenden Rechts, als wenn das ursprüngliche Gesetz die Worte „des aktiven Heeres“ hinzugefügt hätte. Gesetze sind nicht elastisch in dem Sinne, daß man sie je nach Umständen heute so und morgen so verstehen kann, und auch von dem Gesetze gilt das Wort „In ambiguo sermone non utrumque dicimus, sed id tantum, quod volumus, L. 3 D. de reb. dub. 34, 5. Man könnte meinen, Ulpian habe jenen Irrtum Kohlers vorgeahnt.

⁶⁾ Die Annahme eines sein eigenes Leben führenden Gesetzes ist höchstens ein Bild; Bierling S. 258ff. bezeichnet sie als mystisch.

⁷⁾ Gleichwohl ist der Ausdruck „Wille des Gesetzes“ als kurze Bezeichnung für den im Gesetze zum Ausdruck gelangten Willen des Gesetzgebers kaum zu entbehren und wird in diesem Sinne auch im folgenden unbedenklich gebraucht werden.

⁸⁾ Vgl. darüber das oben § 29 I 2 Gesagte und ferner die Lehre von den juristischen Personen.

gefunden hat. Für die Beantwortung dieser Frage geben nicht nur die Gesetzesworte, sondern im Zusammenhang mit ihnen auch die den Gesetzgebungsakt vorbereitenden und begleitenden Vorgänge und die jene Zeit beherrschenden Strebungen, Anschauungen und Verkehrssitten nicht selten wertvollen Aufschluß.

§ 50. Gesetzesmaterialien.

I. Aus der dargelegten Aufgabe der Auslegung ergibt sich eine maßvolle, weder überschätzende noch verwerfende Würdigung der sog. Gesetzesmaterialien, d. h. der Vorarbeiten, Entwürfe, Motive, Denkschriften und Verhandlungen in Gesetzgebungskommissionen oder parlamentarischen Körperschaften, die dem Gesetzgebungsakte vorausgingen und auf diesen von Einfluß gewesen sind.

1. Sie haben keine selbständige Bedeutung, sondern können nur in Betracht kommen, wenn der aus ihnen herzuleitende Gedanke im Gesetze einen (wenn auch unvollkommenen oder zweideutigen) Ausdruck gefunden hat.

2. Innerhalb dieser Schranken aber sind sie oft von großem Wert¹⁾. Sie geben häufig lichtvolle Anhaltspunkte über den das Gesetz beherrschenden Gedanken; aber sie schaffen niemals volle Gewißheit, daß sie allen Gesetzgebungsfaktoren vorschwebten oder von allen gebilligt wurden. Man wird ihnen daher nicht folgen, wenn überwiegende Gründe des Wortlauts, des Zusammenhangs mit dem übrigen Gesetzesinhalt, der Zweckmäßigkeit, Billigkeit oder Folgerichtigkeit es widerraten. Viel zu weit geht insbesondere die sog. Faktentheorie, nach der anzunehmen sein soll, daß die Gesetzgebungsfaktoren sich, wenn kein Widerspruch erfolgte, stillschweigend auf den in den Motiven oder Denkschriften entwickelten oder von den Regierungsvertretern dargelegten Sinn geeinigt hätten²⁾.

3. Der Wert der einzelnen Materialien wird im allgemeinen nach der Bedeutung des Gesetzgebungsfaktors, von dem sie ausgingen, nach ihrer näheren oder weiteren Beziehung zum entscheidenden Gesetzgebungsakte und nach dem Einfluß, den sie übten, sowie nach der geistigen Kraft, die sich in ihnen offenbart, abzuschätzen sein. Ganz besondere Beachtung wird es also verdienen, wenn, was in parlamentarischen Verhandlungen bisweilen geschieht, die Zustimmung aller Gesetzgebungsfaktoren, also bei Reichsgesetzen

¹⁾ Auch das Reichsgericht hat vielfach den Wert der Gesetzesmaterialien für die Auslegung anerkannt, RG 1 S. 250; 21 S. 49 u. 54; 22 S. 143; 23 S. 38ff. u. 65ff.; 27 S. 3, jedoch gleichfalls mit der oben unter 1 gegebenen Einschränkung, RG 11 S. 433ff.; 14 S. 72; 16 S. 102, 194, 298; 20 S. 162; 21 S. 437; 27 S. 72, 410ff.; 51 S. 274.

²⁾ Über diese ursprünglich von Wächter entwickelte Theorie vgl. besonders Dingb. a. a. O. § 100 Note 3.

(vor der Revolution) des Bundesrats und des Reichstags, zu einer bestimmten Auffassung besonders festgestellt wird.

II. Was die Materialien zum BG betrifft, so lassen sie die Entstehungsgeschichte der einzelnen Vorschriften oft mit großer Genauigkeit erkennen und sind darum, wenn sie mit der gebotenen Vorsicht benutzt werden, eine wertvolle Auslegungsquelle.

Insbesondere gibt eine Vergleichung des ersten Entwurfs mit dem zweiten Entwurf und dem Gesetzestext nicht selten lehrreiche Aufschlüsse³⁾.

Die Motive beziehen sich, was besonders zu beachten ist, nicht auf die Reichstagsvorlage, sondern auf den Entwurf erster Lesung und sind zwar auf Grund der Vorarbeiten und Protokolle der ersten Kommission von den Hilfsarbeitern der Redaktoren verfaßt, haben aber der Kommission nicht vorgelegen. Hier ist also ganz besondere Vorsicht zu empfehlen⁴⁾.

Auch die Protokolle der zweiten Kommission geben keineswegs volle Sicherheit. Wenn sie auch in den meisten Fällen über die Gründe, welche die Majorität der Kommission bestimmten, zutreffenden Aufschluß geben⁵⁾, so steht doch oft nicht fest, ob die angeführten Gründe die durchschlagenden, geschweige denn die einzigen waren, noch weniger, ob sie von den gesetzgebenden Faktoren, dem Bundesrate und Reichstage, getannt und gebilligt wurden.

Die Denkschrift steht allerdings dem entscheidenden Gesetzgebungsakt näher und ist als Beilage zu dem Entwurf dem Reichstage vorgelegt worden; allein ihr fehlt die Mitarbeit der mit der Ausarbeitung des Gesetzentwurfs betrauten Kommission (sie ist im Reichsjustizamt verfaßt), sie ist ferner weder im Bundesrat noch im Reichstag beraten und zudem zu kurz, um für die Auslegung viel Ausbeute zu gewähren. Die Protokolle der Reichstagskommission kommen für die beschlossenen Abänderungen in Betracht und enthalten manche erklärende Äußerungen der Bundesratsvertreter.

Die gesamten Materialien gewähren also der Auslegung des BG eine wertvolle Hilfe; unbedingt maßgebend aber könnten sie nur sein, wenn und soweit nachgewiesen werden kann, daß der aus ihnen sich ergebende (und im Gesetz auch, wenngleich unvollkommen, ausgedrückte) Willensinhalt sowohl im Bundesrate als im Reichstage den entscheidenden Beschlußfassungen zugrunde lag. Dieser Beweis wird aber nur selten zu erbringen sein.

³⁾ Man beachte aber, daß selbst der gleiche Wortlaut namentlich in dem ersten Entwurfe einen anderen Sinn haben kann als im Gesetze, ähnlich der duplex interpretatio des justinianischen Gesetzbuchs.

⁴⁾ Vgl. jetzt auch RGE 51 S. 274.

⁵⁾ Pland I 3. Aufl. S. 30.

§ 51. Die Methode.

1. Die Auslegung geht naturgemäß aus von dem Wortlaut des Gesetzes, der unter Beachtung der Regeln der Grammatik und namentlich des Sprachgebrauchs klarzustellen ist. Insbesondere ist die technisch-juristische Redeweise zu berücksichtigen, welche sonst in dem auszulegenden Gesetze oder in anderen, die auf dieses einen Schluß gestatten, hervortritt. Freilich auch vor einem Zuviel in dieser Richtung, das in Silbenstecherei ausartet, hat man sich zu hüten, selbst beim BG, das im ganzen sich durch sorgfältige Sprache auszeichnet.

1. Bezüglich der Ausdrucksweise des BG bei zwingenden, ergänzenden und Auslegungsvorschriften ist auf das oben § 45 Gesagte zu verweisen.

Was speziell die Gebotsgesetze betrifft, so ist, wo der Ausdruck „muß“ gebraucht wird, das Zuwiderhandeln nichtig, während bei der Verletzung von „Sollvorschriften“ nur andere Folgen eintreten, z. B. § 57, § 2245 Abs. 2.

Wird gesagt, ein Akt „könne“ nicht vorgenommen werden, so ist er, wenn er gleichwohl vorgenommen wird, nichtig¹⁾. Wird gesagt, er „dürfe“ nicht vorgenommen werden, so ist die verbotswidrige Vornahme regelmäßig gültig²⁾ und zieht für den Handelnden nur andere Nachteile nach sich. Doch gibt es hiervon einige Ausnahmen, in denen dann aber die stärkere Wirkung besonders bestimmt ist, z. B. §§ 456 u. 458, 795 Abs. 1 u. 3, 1240 und 1243, 1310 Abs. 1 und 1327, 1312 und 1328 Abs. 1.

2. Die technischen Ausdrücke des BG sind bei der Darstellung der einzelnen Rechtsmaterien anzugeben. Hier nur einige wenige von allgemeiner Bedeutung:

„Sachen“ sind nur körperliche Gegenstände, § 90, wogegen unter „Gegenstand“ die Rechtsobjekte mit Ausnahme der Personen verstanden werden (Näheres unten § 114 I).

„Unverzüglich“ heißt: ohne schuldhaftes Zögern, § 121 Abs. 1.

„Kennen mußte“ heißt: infolge von Fahrlässigkeit nicht kannte, § 122 Abs. 2.

Die „Zustimmung“ eines Dritten zu einem Rechtsgeschäft heißt „Einwilligung“, wenn sie vorher, „Genehmigung“, wenn sie nachträglich erfolgt, §§ 182—184.

„Vertrag“ bedeutet das durch gegenseitig erklärte Willenseinigung geschlossene Rechtsgeschäft; „Einigung“ die zu einem dinglichen Vertrage erforderliche (aber nicht ausreichende) erklärte Willenseinigung.

„Testament“ oder „testamentliche Verfügung“ ist jede einseitige Verfügung von Todes wegen, § 1937.

3. Die Frage der Beweislast ist im BG selten ausdrücklich geregelt, sehr häufig aber stillschweigend durch die Art der Satzbildung, indem gewisse positive oder negative Tatsachen entweder als Voraussetzungen einer Regel bezeichnet werden — dann hat sie zu beweisen, wer sich auf die Regel beruft — oder der Regel als Ausnahme entgegengestellt werden — dann hat sie zu beweisen, wer die Ausnahme behauptet.

Die Ausnahmenatur wird namentlich durch folgende Wendungen angedeutet:

a) „ausgenommen“; „es sei denn, daß“; oder auch durch einen besonderen Satz: „dies gilt nicht, wenn“; „diese Vorschrift findet keine Anwendung, wenn“.

b) die Wendung „wenn nicht“ charakterisiert den Fall des Konditionalsatzes ebenfalls als Ausnahme; aber nur, wenn das „nicht“ unmittelbar auf das „wenn“ folgt oder doch nur (was aus sprachlichen Gründen oft unabweislich ist) durch die Pronomina „er“, „sie“, „es“, „sich“ davon getrennt ist („wenn er nicht“, „wenn sie nicht“, „wenn es nicht“, „wenn

¹⁾ Wird der Ausdruck gebraucht, um eine bestimmte Machtbefugnis zu umgrenzen z. B. in § 181 die Vertretungsmacht, so sagt er übrigens nichts weiter, als daß die betreffende Machtbefugnis fehle. Ob der Akt trotzdem, z. B. infolge einer Genehmigung, nicht doch eine Wirkung erlangen könne, ist eine andere Frage, über die aus dem Ausdruck nichts zu entnehmen ist (darüber unten § 168 II).

²⁾ Ältere Gesetze gebrauchen aber bisweilen „dürfen“ für können, z. B. Lohnbeschlagnahmegef. § 1.

sich nicht“). Steht aber das „nicht“ weiter hinten, so enthält der Konditionalatz eine (negative) Voraussetzung der Anwendbarkeit der Regel, die also derjenige beweisen muß, der sich auf die Regel beruft. Was von „wenn nicht“ usw. gesagt ist, gilt natürlich auch von „sofern nicht“, „soweit nicht“, „solange nicht“ und ähnlichen Wendungen²⁾. Diese Unterscheidung steht mit den Gesetzen der deutschen Sprache in Einklang und hat vielfach eine erhebliche Kürzung des Ausdrucks gestattet.

Eine gesetzliche Regelung der Beweislast liegt aber in allen hierher gehörigen Redewendungen nur dann, wenn im Einzelfall das Gesetz wirklich hier Regel, dort Ausnahme annimmt, und das ist eine Auslegungsfrage, bei der neben dem Wortlaut auch innere Gründe ein gewichtiges Wort mitsprechen³⁾.

Gegenüber der Neigung mancher Ausleger, allzuviel Gewicht auf Rede-weise, Satzbau und Sprachgebrauch zu legen, kann nicht scharf genug betont werden, daß in ihnen doch nur eines der verschiedenen Elemente der Auslegung gegeben ist, das stets entkräftet werden kann, wenn überwiegende andere Gründe vorliegen⁴⁾.

II. Neben dem Wortlaut sind alle systematischen und historischen Momente zu berücksichtigen, die einen Schluß auf den Sinn des Gesetzes zulassen.

1. Insbesondere der innere Zusammenhang der Vorschrift, der Ort, an dem sie steht⁵⁾, und ihr Verhältniß zu anderen Bestimmungen desselben Gesetzes oder anderer Gesetze sowie zu den gesamten leitenden Ideen der Zeit.

2. Der Zustand, wie er vor dem Gesetze bestand, und die ganze historische Entwicklung. Bei der Auslegung des BG ist deshalb der Stand der gemeinrechtlichen Rechtswissenschaft von großer Bedeutung, ferner, wo sie vorbildlich gewirkt haben, das preussische, das französische, das sächsische, vielfach auch das Handelsrecht.

²⁾ Beispielsweise hat also nach § 477 Abs. 1 der Käufer zu beweisen, daß der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen hat („sofern nicht der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen hat“). Nach § 777 Abs. 1 hat der Gläubiger zu beweisen, „daß er die Einziehung der Forderung unverzüglich betrieben habe“ („wenn nicht der Gläubiger die Einziehung . . . unverzüglich weiter betreibt“). Nach § 151 dagegen muß, wer sich auf den Vertrag beruft, beweisen, daß die Annahmeerklärung nach der Verkehrs-sitte nicht zu erwarten war („wenn eine solche Erklärung nach der Verkehrs-sitte nicht zu erwarten ist“). Nach § 16 Abs. 2 muß das Nicht-eintreffen am Bestimmungsorte bzw. die Nicht-rückkehr des Schiffes bewiesen werden („wenn es an dem Orte seiner Bestimmung nicht eingetroffen oder in Ermangelung eines festen Reiseziels nicht zurückgekehrt ist“).

³⁾ Ich kann also weder Wach (Zeitschr. f. JivPr. 29 S. 359ff.) zustimmen, nach dessen Ansicht die gewählte Ausdrucksweise für die Auslegung wenig bedeutsam sein würde, noch Pland, der in ihr ohne weiteres eine gesetzliche Bestimmung über die Beweislast findet, die nur durch Annahme einer inkorrekten Redeweise (also durch abändernde Auslegung) beseitigt werden könne.

⁴⁾ Das gilt selbst von Ausdrücken, für die sich anderswo eine Definition findet. So ist ganz klar (und deshalb auch unbedenklich), daß in §§ 795, 1819ff. der Ausdruck „Genehmigung“ nicht in dem in § 184 definierten Sinne gebraucht ist.

⁵⁾ Die Bedeutung der Stellung der Vorschrift beruht auf der systematischen Ordnung des Gesetzes, ist also gering bei dem sehr mangelfhaft geordneten Corpus juris, in dem Stellen, die nur versehenlich in einem Titel geraten sind, nicht zu den Seltenheiten gehören (leges fugitivae). Bei den Wandelten kann auch der Ort in Betracht kommen, den die Stelle früher in der Juristenschrift, der sie entnommen ist, einnahm, vgl. Venel, Palin-genesia juris civilis, 2 Bde. 1889ff.

3. Die Entstehungsgeschichte, insbesondere die Gesetzesmaterialien, worüber schon oben § 50 gesprochen wurde.

4. Der besondere Zweck des Gesetzes oder der Einzelvorschrift, wenn er erkennbar ist, da im Zweifel anzunehmen sein wird, daß diesem Zweck Entsprechendes gewollt sei⁷⁾.

5. Kann ein Tatbestand unter mehrere gesetzliche Bestimmungen gebracht werden, welche untereinander verschiedene (engere, weitere oder anders geartete) Rechtsfolgen an ihn knüpfen⁸⁾, so ist es zunächst möglich, daß diese Rechtsfolgen sämtlich eintreten sollen, und zwar entweder ohne Einschränkung nebeneinander (kumulativ⁹⁾), oder so, daß der Berechtigte die Wahl hat, welche er verwirklichen will (alternativ¹⁰⁾). Möglich ist aber auch, daß die eine Vorschrift für die von ihr geregelten Fälle den Vorzug haben, jene andere Vorschrift also ausschließen (konsumieren) soll. Letzteres trifft namentlich dann nicht selten zu, wenn eine speziellere Vorschrift gewisse Fälle, die an sich unter eine allgemeinere Regel fallen würden, in besonderer Weise ordnet¹¹⁾. Manche stellen daher den Satz auf, „die *lex specialis* gehe der *lex generalis* vor“. Allein eine feste Regel, ja selbst eine Vermutung, darf hier und überhaupt in der Frage, ob die mehreren Gesetze nebeneinander oder alternativ

7) Der bekannte Satz „*Cessante ratione legis, cessat lex ipsa*“ ist also nur ein Fingerzeig für die Auslegung, nicht eine stets zutreffende Regel; denn oft greift eine Rechtsvorschrift abichtlich oder unabhftlich über den Zweck ihres Erlasses hinaus oder bleibt hinter ihm zurück. Die *ratio legis* ist nicht mit der *ocasio legis*, der Tatsache, die das Gesetz veranlaßt (beim S. C. *Macedonianum* der Laternmord des *Macedo*), zu verwechseln. Unter *ratio juris* versteht man den höheren im Gesetz liegenden Gedanken, also das, was durch Auslegung und wissenschaftliche Vertiefung gefunden werden soll.

8) Nach dem Vorgange der Strafrechtslehre spricht man in solchen Fällen von Gesetzeskonkurrenz. Vgl. Lent, Gesetzeskonkurrenz im bürgerl. Recht und Zivilprozeß, 2 Bde. 1912, 1917; Rud Schmidt, Gesetzeskonkurrenz im bürgerl. Recht, 1916.

9) So können die Verpflichtungen des Erbschaftsbesizers zur Herausgabe des aus der Erbschaft Erlangten (§ 2018) und zur Auskunftserteilung über den Bestand der Erbschaft (§ 2027¹⁾) nebeneinander durchgeführt werden.

10) Fehlte der verkaufte Sache zur Zeit des Gefahrberganges und schon zur Zeit des Kaufabschlusses eine zugesicherte Eigenschaft, so kann der Käufer nach §§ 459¹⁾, 462 Wandelung (oder Minderung) oder nach § 463 Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Übrigens bestehen in den hierher gehörenden Fällen noch Verschiedenheiten. Bald ist nämlich schon durch die Wahl des einen Weges der andere ausgeschlossen, bald erst durch die Durchführung, und in dem letzteren Fall kann unter Umständen ein auf dem anderen Weg zu erlangendes Mehr nachgefordert werden.

11) So machen nach § 823 Abs. 1 alle schuldhaftesten Eigentmsverletzungen haftbar. Nach § 708 aber hat der Gesellschafter bei Erfüllung seiner Verpflichtungen nur für konkretes Verschulden einzustehen. Verlezt er also in der Erfüllung seiner Verpflichtungen ohne konkretes Verschulden eine Gesellschaftsache, so ist er nach § 708 als der *lex specialis* nicht haftbar entgegen der allgemeinen, hier zurücktretenden Vorschrift des § 823 Abs. 1 (Näheres unten § 449 II 1). Ferner sind die Haftungsbeschränkungen bei Amtspflichtverletzungen als *lex specialis* gegenüber den allgemeinen Deliktvorschriften aufzufassen (unten § 457 I 3). Die Vorschriften über die Haftung des Vermieters für Sach- und Rechtsmängel schließen die allgemeinen Vorschriften über Unmöglichkeit, Verzug usw., soweit es sich um Sach- und Rechtsmängel handelt, fast völlig aus (unten § 360 II). Durch die Minderungs-, Wandelungs- und Erlnsansprche des Bestellers eines Werkes (§§ 634, 635) werden die Minderungs-, Rücktritts- und Ersatzrechte aus §§ 323 ff. ausgeschlossen (unten § 371 I Anm. 7).

anzuwenden sind oder ob das eine das andere ausschließt, nicht aufgestellt werden. Vielmehr handelt es sich um eine (oft recht schwierige) Auslegungsfrage, die auf Grund des Wortlauts, des Zusammenhangs, der historischen Entwicklung und Entstehungsgeschichte, besonders aber auch nach Maßgabe des Zwecks der fraglichen Vorschriften und des Wertes des Ergebnisses der einen oder der anderen Auslegung zu lösen ist¹²⁾.

6. Bei Gesetzen, deren Bestandteile aus verschiedenen Zeiten herrühren, wie dem Justinianischen Gesetzbuch, kann ferner die sog. historische Vereinigung zum Ziele führen: man gibt derjenigen Stelle den Vorzug, welche die höhere Entwicklung enthält, da nicht angenommen werden kann, daß ein Rückschritt beabsichtigt sei¹³⁾.

7. Führen bei Widersprüchen diese Wege nicht zum Ziel und ist auch auf anderem Wege keine Lösung zu gewinnen (sog. Antinomie), so muß man annehmen, daß die Vorschriften sich gegenseitig aufheben, also das Gesetz eine Lücke enthält.

III. Ganz besondere Bedeutung ist endlich beizumessen dem Werte des Ergebnisses, das bei der einen oder anderen Auslegung entsteht¹⁴⁾. Das Recht ist nur ein Teil unserer Gesamtkultur, der insbesondere mit den ethischen und wirtschaftlichen Anschauungen und Bedürfnissen untrennbar verbunden ist. Deshalb ist es im Zweifel so auszulegen, daß es den Anforderungen unseres Gesellschaftslebens und der Entwicklung unserer gesamten Kultur möglichst gerecht wird, und zugleich ist die leichte Erkennbarkeit und Durchführbarkeit des Rechts (Praktikabilität) zu erstreben.

In der vollen Würdigung dieses Zweckmoments und seiner richtigen Einschätzung gegenüber dem Wortlaut und Sprachgebrauch (I) wie den systematischen und historischen Argumenten (II) ist der Wert der Auslegung beschlossen. Einseitige Bevorzugung von Wortlaut und Sprachgebrauch führt zu Wortinterpretation und Formalismus, dem Todfeinde wahrer Rechtswissenschaft, zu starker Betonung der systematischen und historischen Gründe zum Stillstand, allzu ausschließliche Berücksichtigung des Zweckmoments zu unsicherer, schwankender Rechtsprechung. Die wahre Kunst der Auslegung beruht auf einer richtigen Abwägung aller Auslegungsgründe.

¹²⁾ Es ist also nicht richtig, daß die *lex specialis* die *lex generalis* immer ausschließe. So kann z. B. der zahlende Schuldner nach § 368 Quittung und daneben nach § 371 Rückgabe des Schuldscheins verlangen, was freilich im Gesetze ausdrücklich gesagt ist, aber auch gelten würde, wenn im § 371 die Worte „neben der Quittung“ fehlten.

¹³⁾ Die höhere Entwicklung wird hier auch dann für entscheidend zu halten sein, wenn sie sich (ausnahmsweise) in der ursprünglich älteren Stelle finden sollte.

¹⁴⁾ Hierauf beruht auch das sog. *argumentum ad absurdum*, der Nachweis, daß eine bestimmte Auslegung richtig sei, weil die sonst noch möglichen töricht sein würden.

§ 52. Erfolg.

Meistens führt die Auslegung nur dahin, den dunklen, insbesondere den mehrdeutigen oder unvollständigen Ausdruck des gesetzgeberischen Gedankens aufzuklären (sog. deklaratorische Auslegung). Soweit der Ausdruck klar ist, wird ein besonnener Ausleger sich nicht leicht verleiten lassen, Zweifel aufzuwerfen¹⁾ und Gedanken, zumal Unterscheidungen, in das Gesetz hineinzu-
deuten²⁾, zu denen der Wortlaut keine Veranlassung gibt.

Läßt sich aber aus überzeugenden Gründen dartun, daß der Wille des Gesetzgebers in der einen oder der anderen Beziehung falsch, namentlich zu eng oder zu weit ausgedrückt ist, so ist auch eine berichtigende Auslegung zulässig, vorausgesetzt, daß das Gesetzeswort immer noch als eine, wenn auch unvollkommene, doch bei Berücksichtigung aller in Betracht kommenden Umstände noch verständliche Erklärung des Gesetzeswillens angesehen werden darf.

Die berichtigende Auslegung ist in der Regel entweder beschränkend (restriktiv), z. B. ein Gesetz spricht von Frauen, meint aber nur Ehefrauen³⁾, oder ausdehnend (extensiv), z. B. eine von Männern redende Vorschrift wird auf beide Geschlechter bezogen.

Sind der Wille des Gesetzes und dessen Ausdruck in gewisser Beziehung qualitativ verschieden, so ist auch eine abändernde Auslegung zulässig; sie kann aber den Ausdruck natürlich nur im einzelnen bessern⁴⁾. Wäre mit Sicherheit nachzuweisen, daß der Gesetzgeber etwas ganz anderes wollte, als er gesagt hat, so wäre das Gesetz nichtig⁵⁾ und die möglicherweise sich ergebende Lücke in der in den folgenden Paragraphen anzugebenden Weise auszufüllen.

Unter den Begriff der Auslegung fällt auch die Berichtigung eines Redaktionsversehens (oben § 47).

¹⁾ L. 1 § 20 D. de exerc. act. 14, 1: „In re igitur dubia melius est verbis edicti servire“; vgl. aber auch L. 17 D. leg. 1, 3: „Scire leges non hoc est, verba earum tenere, sed vim et potestatem“, cfr. L. 6 § 1 D. de V. S. 50, 16.

²⁾ Das sagt die Regel „Lege non distinguente nec nostrum est distinguere“; aber auch sie, wie alle Interpretationsregeln, ist vorsichtig anzuwenden. Vgl. das im Texte Folgende.

³⁾ Ferner ist z. B. das Wort „sonstiges Recht“ in § 823 Abs. 1 beschränkend auszuliegen, unten § 451 I 1 d.

⁴⁾ Ein gutes Beispiel abändernder Auslegung bot die frühere (durch G. v. 1. Juni 1909 verbesserte) Fassung des § 604 B. D.

⁵⁾ Es muß „der Wortlaut nicht schlechterdings mit dem Gedanken unvereinbar sein“, RGE 57 S. 222; der Gedanke muß, „wenn auch in unzulänglicher Weise doch noch erkennbar zum Ausdruck gelangt sein“, RGE 82 S. 325f. Zu eng fordert RGE 81 S. 282 „einen geeigneten Ausdruck“; vgl. auch Vierling, Prinzipienlehre IV S. 274. — Die Fälle, in denen der Gedanke ein völlig anderer ist als der Wortlaut, werden allerdings selten sein; gleichwohl muß die im Texte aufgestellte Grenze der Auslegung festgehalten werden, weil, wenn der Gesetzeswille durchaus nicht zum Ausdruck gelangt ist ein Gebot überhaupt nicht vorliegt, a. A. Hed inbesondere S. 150ff.

3. Rechtsfindung. *)

§ 53. Ergänzende Rechtsfindung.

I. Das Leben verlangt auf jede auftauchende Rechtsfrage eine Antwort, und der Richter ist (wenn die Frage überhaupt richterlicher Beurteilung untersteht) verpflichtet, die Antwort zu geben¹⁾. In diesem Sinne kann man also sagen, das Recht sei lückenlos; denn soweit es in Gesetz oder Gewohnheit keinen oder keinen vollständigen Aufschluß enthält, hat es doch immer ausdrücklich oder stillschweigend die allgemeine auf das richterliche Ermessen verweisende Regel gegeben. Aber das Recht, wie es in Gesetz und Gewohnheit geformt in Erscheinung tritt, ist nicht lückenlos, läßt vielmehr manche Fragen unbeantwortet²⁾, deren Entscheidung dann eben nach richterlichem Ermessen zu geben und durch die Rechtswissenschaft vorzubereiten ist.

1. Oft gibt das Gesetz dem Richter nur eine allgemeine Directive, indem es ihn ausdrücklich oder stillschweigend auf im einzelnen nicht bestimmte Tatsachen, Begriffe oder Maßstäbe hintweist, die der Richter für den Einzelfall ermitteln und würdigen soll³⁾.

a) So verweist es ihn auf „Treu und Glauben“⁴⁾, d. h. er soll so entscheiden, wie treue und pflichtbewusste Menschen in dem zu beurteilenden Falle handeln würden; oder es befiehlt, zugleich die „Verkehrssitte“ zu berücksichtigen⁵⁾, d. h. zu beachten, was im Verkehr üblich ist, also allgemein als durch Treu und Glauben geboten betrachtet wird.

b) Oder es unterstellt seinem Ermessen die Frage, ob ein „Rechtsmißbrauch“, d. h. ein mit Treue und Pflichtgefühl nicht vereinbarer Rechtsgebrauch vorliege⁶⁾.

) Vgl. Bierling, Prinzipienlehre 4 S. 382—428. Laue, A. f. öff. R. 30 S. 3 (1913); Sed, ZivR. 112 S. 157—250; Stammler, Wirtschaft und Recht, 1896, und die Lehre von dem richtigen Rechte, 1902; R. Schneider, Treu und Glauben im Recht der Schulverhältnisse, 1912; Zitelmann, Lücken im Recht (Rebe), 1903; Kumpf, Gesetz u. Richter, 1906; Jung, Festschr. f. d. Jur. Fak. Gießen, 1907, S. 471 ff.; Regelsberger, DogmZ 58 S. 146 ff., Geza Riß, DogmZ 58 S. 413 ff. und BürgR 38 S. 49; Danz, Richterrecht (1912); Zellinek, Gesetz, Gesetzanwendung u. Zweckmäßigkeits-erwägung (1913); Binder, Rechtsbegriff und Rechtsidee (1915); Reichel, Gesetz u. Richterpruch (1915); Ehrlich, DogmZ 61 S. 1 ff.; Jung, ZivR 118 S. 1 ff. Weitere Literatur unten § 54 Anm. 2 u. 3 sowie oben § 48.)

¹⁾ Das ist von altersher, also gewohnheitsrechtlich anerkannt, in manchen Gesetzbüchern auch direkt oder indirekt ausgesprochen, Code Art. 4; PrRm Einleitung § 49; SächsBG §§ 22 ff. Auch aus § 1 C I ergab es sich, und diese Vorschrift ist im Gesetz selbst nur, weil sie selbstverständlich sei, weggefallen (Prot. I S. 2).

²⁾ So schon Julian L. 10 u. 12 D. de leg. 1, 3: Neque leges neque senatus consulta ita scribi possunt, ut omnes casus qui quandoque inciderint, comprehendantur . . . Non possunt omnes articulis singillatim aut legibus aut senatus consultis comprehendendi . . .

³⁾ Da das Gesetz hier einigen Anhalt gibt, wie die Entscheidung gefunden werden soll, so sprechen hier manche (Zitelmann) von uneigentlichen Lücken; allein im Grunde gilt das auch von den sog. echten Lücken, nur ist das Ermessen des Richters hier noch freier.

⁴⁾ §§ 162, 320, 815.

⁵⁾ §§ 157, 242.

⁶⁾ §§ 1353, 1354, 1357, 1358, 1666.

c) Oder es macht die Beantwortung einer Frage von dem „billigen Ermessen“⁷⁾ oder der „Billigkeit“⁸⁾ abhängig, d. h. von der angemessenen und wohlwollenden Berücksichtigung des Falles, insbesondere der Abwägung von Leistungen, Werten, Vorteilen und Nachteilen.

d) Oder es überläßt ihm die Frage, was unter gewissen Verhältnissen „tunlich“⁹⁾, was untunlich, was „angemessen“ sei, z. B. bei der Herabsetzung einer Vertragsstrafe¹⁰⁾, was ein wichtiger Grund sei¹¹⁾, z. B. für die Kündigung eines Dienstverhältnisses oder einer Gesellschaft, und so fort.

2. Nicht selten aber schweigt auch das Gesetz völlig,

a) entweder absichtlich, indem die Frage zur Entscheidung noch nicht reif war, wobei die Motive vielleicht bemerken, daß der Wissenschaft und Rechtssprechung nicht habe vorgegriffen werden sollen¹²⁾;

b) oder weil die Frage übersehen ist;

c) oder weil sie noch gar nicht entschieden werden konnte, da sie erst nach Erlaß des Gesetzes durch eine Veränderung der Lebensverhältnisse aufgeworfen ist¹³⁾.

3. Endlich kann eine Lücke dadurch entstehen, daß zwei Gesetze, von denen keins den Vorrang vor dem anderen hat, sich widersprechen und darum einander unwirksam machen¹⁴⁾.

II. In allen diesen Fällen hat der Richter die Norm für die Entscheidung, soweit sie im Gesetze unbestimmt blieb, selbst zu finden (Rechtsfindung). Er hat dabei in erster Linie aus dem Geiste des Gesetzes selbst zu schöpfen, aus den Prinzipien und allgemeinen Strebungen, die sich in dessen Vorschriften offenbaren. Diese Art der Rechtsfindung aus dem Gesetze selbst heißt Analogie. Sie ist zunächst zu besprechen.

1. Analogie nennen wir die Ausdehnung (ausdehnende Anwendung) der aus dem Gesetz zu entnehmenden Prinzipien auf Fälle, die von den im Gesetze entschiedenen nur unwesentlich abweichen (rechtsähnliche¹⁵⁾ oder wesensgleiche Fälle). Man unterscheidet Gesetzes- und Rechtsanalogie:

⁷⁾ §§ 315, 317, 319, 660, 745, 971, 1024 (1090, Art. 184), 1246, 2048, 2156; vgl. Sturm, Lehre von der Geschäftsführung ohne Auftrag S. 8; Sachenburg S. 45ff.; Vertmann, Recht 1900 S. 27.

⁸⁾ §§ 829, 920, 1361, Abs. HGB § 74.

⁹⁾ §§ 374, 384, 1690, 1826, 1827, 2216, 2360 usw.

¹⁰⁾ § 343.

¹¹⁾ §§ 27, 626ff., 671, 696, 723, 1889.

¹²⁾ So z. B. bezüglich der internationalprivatrechtlichen Behandlung der Vertragsobligationen.

¹³⁾ So konnte z. B. das HGB von 1861 die Frage nicht entscheiden, bis wie lange ein durch Telephon gestellter Antrag angenommen werden könnte. Gleichwohl mußte sie, sobald Fernsprecherverkehr eintrat, beantwortet werden.

¹⁴⁾ Vgl. über solche Antinomien das oben § 51 II 7 Gesagte.

¹⁵⁾ Rechtsähnlichkeit ist Gleichheit in den für den Grund der Entscheidung maßgebenden Teilen.

a) Die Gesetzesanalogie geht aus von einem einzelnen Rechtsatz. Sie entwickelt dessen Grundgedanken unter Ausschcheidung aller unwesentlichen Voraussetzungen reiner und wendet den so geläuterten auf Fälle an, die unter ihn fallen, sich also von dem im Gesetze entschiedenen nur in unwesentlichen, die Regel innerlich nicht berührenden Punkten unterscheiden.

So war z. B. in der altrömischen Vorschrift, daß der Eigentümer eines vierfüßigen Tieres für den von diesem durch besondere Wildheit verursachten Schaden (mit der Nozalage) hafte, die Vierfüßigkeit des Tieres gewiß eine ganz unwesentliche, den inneren Grund der Haftung nicht berührende Voraussetzung. Die Vorschrift wurde daher auf Beschädigungen durch nichtvierfüßige Tiere, wenn alle anderen Voraussetzungen vorlagen, analog angewandt, weil alle die Haftung innerlich begründenden Voraussetzungen auch für sie zuträfen¹⁶).

b) Die Rechtsanalogie geht aus von einer Mehrzahl einzelner Rechtsvorschriften. Sie entwickelt aus ihnen (durch Induktionschluß) allgemeinere Prinzipien und wendet diese auf Fälle an, die unter keine der Gesetzesvorschriften fallen¹⁷).

Hätte z. B. das Recht eines Landes die Haftung für leichte Fahrlässigkeit in Schuldverhältnissen nicht allgemein geordnet, aber durch Einzelregeln zwar dem Käufer, Verkäufer, Mieter, Vermieter, Entleiher, Hinterleger, nicht aber dem Schenker, Verleiher, Verwahrer die Haftung auferlegt, so würde daraus (durch Induktionschluß) das allgemeine Prinzip: „der Schuldner haftet für Fahrlässigkeit in solchen Schuldverhältnissen, welche seinen Vorteil bezwecken oder mitbezwecken“ zu entwickeln und rechtsanalog auf alle dazugehörigen Schuldverhältnisse anzuwenden sein.

2. Die Analogie unterscheidet sich begrifflich scharf von der ausdehnenden Auslegung. Diese stellt nur den Gedanken des Gesetzes gegenüber dem zu engen Ausdruck klar; die Analogie dagegen entwickelt den Gedanken weiter, sie ist eine Fortbildung des Rechts in der vom Gesetze eingeschlagenen Richtung. Im Einzelfalle wird freilich oft zweifelhaft bleiben, ob es sich noch um ausdehnende Auslegung oder schon um Analogie handelt¹⁸).

3. Die grundsätzliche Zulässigkeit der Analogie ist unzweifelhaft. Sie beruht auf dem Gemeintwillen, der gesetzlich ausgesprochen sein kann, aber nicht zu sein braucht¹⁹). Auch das BGB hat die Zulässigkeit als selbstver-

¹⁶) L. 4 D. si quadrupes 9, 1; andere Fälle z. B. in L. 34 § 7 D. de contr. emt. 18, 1; L. 27 § 3 D. de rei vind. 6, 1; RGZ 74 S. 114f.

¹⁷) Manche sprechen auch dann von Rechtsanalogie, wenn ein ganzer Komplex von Rechtsätzen auf ein anderes Institut angewandt wird, z. B. die Vorschriften über das Eigentum auf die Superfizien des röm. Rechts. Allein das kommt im Grunde auf eine vielfache Gesetzesanalogie hinaus.

¹⁸) Praktisch wichtig ist die Unterscheidung von Analogie und ausdehnender Auslegung im Strafrecht, da § 2 StrGB bei Vorschriften, die eine Strafe festsetzen, zwar die Analogie, aber nicht die ausdehnende Auslegung verbietet.

¹⁹) Im letzteren Fall beruht die Zulässigkeit analoger Rechtsanwendung auf Gewohnheitsrecht, d. h. im Rechtsleben unmittelbar hervortretendem Recht (oben § 29). Dessen Wesen trifft vollkommen zu, wenn auch der Name für diese und manche andere Fälle nicht glücklich erscheint. Unrichtig ist es, die Analogie auf den vermutlichen Willen des Gesetzgebers zurückzuführen. Wirklicher Wille des Gesetzgebers ist nicht nachzuweisen, auch seine Vermutung oft geradezu ausgeschlossen; der Wille aber, den der Gesetzgeber vermutlich gehabt haben würde, wenn er, was nicht zutrifft, den Fall bedacht hätte, ist eben kein Wille, kann also auch keine Wirkung haben.

ständig mit Schweigen übergangen²⁰). Die Berechtigung eines bestimmten Analogieschlusses hängt aber davon ab, daß sich die Fälle nur in (für diese Vorschrift) unwesentlichen Beziehungen unterscheiden. Ferner kann unter Umständen die Analogie durch den Willen des Gesetzgebers wenigstens für die ihm bekannten und vorschwebenden Fälle ausgeschlossen sein, nämlich wenn er die enge Fassung der Vorschrift gerade in dieser Absicht wählte. Dann ist also ein sog. Umkehrschluß (*argumentum e contrario*) berechtigt²¹).

4. Die analoge Anwendung singulärer Rechtsvorschriften ist schon oben § 44 I 2 behandelt.

III. Läßt sich die Lücke des Gesetzes durch keinen zutreffenden (mithin auch im Ergebnis annehmbaren) Analogieschluß ausfüllen, so hat der Richter die maßgebende Norm, ohne sich mit den Grundgedanken des Gesetzes in Widerspruch zu setzen, nach pflichtmäßigem Ermessen festzustellen²²). Das ist von alters her als notwendig anerkannt und geübt, beruht also, wo es nicht gesetzlich ausgesprochen ist²³), auf Gewohnheitsrecht. Der Richter hat bei dieser ergänzenden Rechtsfindung das höchste Ziel des Rechts, die Fortentwicklung unserer Kultur und die Vervollkommnung des Menschengeschlechts, im Auge zu behalten. Aber die zu findende Norm läßt sich nur selten lediglich aus dem höchsten Grundgedanken des Rechts erschließen²⁴); denn der Zusammenhang mit diesem allgemeinsten Zwecke bleibt oft unsicher oder ganz verborgen. Wie auf anderen Gebieten vermögen wir auch hier wohl den einzelnen Fortschritt als solchen zu erkennen, aber sein Verhältnis zu

²⁰) Der § 1 E I, der sie beim Fehlen gesetzlicher Vorschriften gesetzlich für zulässig erklärte, wurde als in der Fassung nicht einwandfrei und im übrigen selbstverständlich gestrichen, Prot. I S. 2. Ausdrücklich anerkannt wird die Analogie z. B. in PrRM Einl. § 49; SächsWG §§ 22 ff.

²¹) So wird z. B. aus § 90 zu schließen sein, daß die Vorschriften des WG über „Sachen“ sich im allgemeinen nicht auf andere als „körperliche Gegenstände“ beziehen sollen. Dagegen dürfte ein Umkehrschluß aus Art. 33 nicht gerechtfertigt sein (oben § 13 I 2). Beim *corpus juris*, zumal bei den Reskripten, ist der Umkehrschluß äußerst bedenklich, weil dort meist nur ein einzelner Fall entschieden werden soll.

²²) Savigny meinte, das Recht sei nur „aus sich selbst“ zu ergänzen (I § 46), ähnlich Bierling S. 41 („aus dem Geiste der bestehenden Gesetzgebung“). Daß aber eine solche Ergänzung allein aus der bestehenden Gesetzgebung in allen Dingen möglich sei, beruht auf einer Selbsttäuschung.

²³) Vgl. PrRM Einleitung § 49 „seiner besten Einsicht gemäß“. Wenn der als selbstverständlich gestrichene § 1 E I auf die „aus dem Geiste der Rechtsordnung sich ergebenden Grundsätze“ verwies, so ist das, wo solche Grundsätze nicht nachzuweisen sind, also keine Analogie zutrifft, im Grunde auch nur eine Verweisung auf das richterliche Ermessen.

²⁴) Dies versucht Stammler namentlich in dem zweiten der angeführten Werke, bestimmt jedoch das Ziel des Rechts nur in formaler Weise (vgl. dagegen auch Binder, S. 229—250); ferner Brütt, *Kunst der Rechtsanwendung*, 1907, der (S. 129) als richtig dasjenige Recht bezeichnet, „welches die Kulturentwicklung des Volkes nach Möglichkeit fördert und am meisten dazu beiträgt, die nationalen Kräfte vom potentiellen in den aktuellen Zustand zu überführen“. Gegen diese Methode, die Einzelheiten des Rechts direkt aus dem obersten und letzten Zwecke des Rechts bezuzieren zu wollen, haben sich übrigens selbst Anhänger der Stammlerschen Richtung erklärt, z. B. Brodmann, *DogmJ* 55 S. 329.

dem letzten Ziele der Entwicklung bleibt oft zweifelhaft oder in Dunkel gehüllt. In der großen Mehrzahl der Fälle haben wir daher von viel näher liegenden Gesichtspunkten auszugehen. Wir fragen nach der wirtschaftlichen Zweckmäßigkeit, nach der Verkehrssitte und dem Bedürfnis des Verkehrs, nach der Übereinstimmung mit unseren sittlichen Anschauungen. Wir suchen dem Zweck und der Natur des Rechtsverhältnisses, den berechtigten Interessen der Personen und den Besonderheiten des Falles möglichst gerecht zu werden²⁵⁾ und die Denk- und Handlungsweise treuer, pflichtbewußter Menschen zur Richtschnur zu nehmen. Kurz wir urteilen nach der Regel, die wir als Gesetzgeber aufstellen würden²⁶⁾.

IV. Der Richter stellt aber infolge seiner rechtsfindenden Tätigkeit nur das Rechtsverhältnis, um das es sich handelt, rechtskräftig fest. Objektives Recht wird die gefundene Norm dadurch noch nicht²⁷⁾. Solches zu begründen ist nur der Gemeinwille imstande. Bindende Rechtsätze entstehen erst dann, wenn der Inhalt dieser Entscheidungen sich durch eine dauernde, mit allen erforderlichen Eigenschaften ausgestattete Übung zum Gewohnheitsrecht entwickelt.

Aber es fragt sich, ob das vom Richter Gefundene nicht schon vorher Recht war²⁸⁾. Vorausgesetzt, daß es richtig entwickelt ist, sein Gedanke also die wissenschaftliche Probe besteht, darf ihm der Name „Recht“ nicht verlaget werden; denn ein von jeher geübter gewohnheitsrechtlicher Grundsatz gebietet (wie schon oben ausgeführt wurde) dem Richter die sachgemäße Ergänzung der Lücken des Rechts, und dadurch ist zugleich der Allgemeinheit ein Verhalten geboten, wie es einer solchen sachgemäßen Ergänzung der in Gesetz oder Gewohnheit ausgeprägten Regeln entspricht. Zu allen Zeiten hat man denn auch jene vom Richter erst zu findende Richtschnur als Recht bezeichnet, und der Laie würde es gar nicht verstehen, wollte man ihn belehren, daß die Norm, nach welcher der Richter Recht spricht, dann kein Recht sei, wenn es noch nicht die Ausprägung in Gesetz und Gewohnheit gefunden hat²⁹⁾. Und wie sonderbar müßten uns bei dieser Auffassung die Zeiten erscheinen, in denen/gesetzliches Recht kaum existierte, das Gewohnheitsrecht wenig entwickelt

²⁵⁾ Müller-Erzbach, Grundzüge der mittelbaren Stellvertretung, 1905, S. 92 ff. (vergl. auch DogmZ 53 S. 331 ff. u. 61 S. 343 ff.), meint, es komme lediglich darauf an den Ausgleich der widerstreitenden Interessen zu finden (welches Verfahren er als „reale Methode“ bezeichnet). Allein das wäre nur richtig, wenn man unter den auszugleichenden Interessen alle Zwecke verstehen wollte, die überhaupt für die Rechtsbildung in Betracht kommen können, und damit wäre eben statuiert, daß es sich bei der Rechtsfindung nicht nur um die Befolgung eines einzelnen Leitgedankens handelt, und zugleich, daß die sog. reale Methode höchstens ein neuer — und keineswegs passender — Name ist.

²⁶⁾ So treffend das schweizerische Zivilgesetzbuch v. 10. Dez. 1907 Art. 1 Abs. 1: „Kann dem Gesetze keine Vorschrift entnommen werden, so soll der Richter (nach Gewohnheitsrecht und, wo auch ein solches fehlt) nach der Regel entscheiden, die er als Gesetzgeber aufstellen würde.“ Es ist schwer begreiflich, daß der Versuch hat gemacht werden können, diese Vorschrift im Sinne der sog. Freirechtsschule (unten § 54 II 1) zu deuten, obgleich sie ausdrücklich sich auf die Ausfüllung von Lücken des Rechts beschränkt.

²⁷⁾ Thöl, Einl. i. d. D. PrR § 54 nahm an, daß schon ein einziges Urteil einen Rechtsatz (von geringerer Kraft) begründe, von dem nur, falls das Urteil nachweisbar unrichtig sei, abgewichen werden dürfe.

²⁸⁾ Dafür Bittelmann, Lücken S. 25; dagegen Bierling, Prinzipienlehre 4 S. 397 ff.

²⁹⁾ Neuerdings ist die Bezeichnung „Rechtssprechungs-“ oder „Richterrecht“ dafür vorgeschlagen.

und oft unsicher war und das Finden des Rechts gegenüber der Anwendung klar erkennbarer Regeln noch weit überwog.

Bleiben wir also bei dem eingebürgerten und sachlich richtigen Sprachgebrauch. Dann ist der Satz wahr: „Der Richter hat nach dem Recht zu entscheiden und nur nach dem Recht“. Wer aber diesen Satz in dem Sinne verstehen will, daß der Richter nur das in Gesetz und Gewohnheitsrecht ausgeprägte Recht anzuwenden habe, der nimmt dem Richter einen gewichtigen Teil seiner Aufgabe und unterbindet eine unentbehrliche Quelle der Fortentwicklung des Rechts.

§ 54. Abändernde Rechtsfindung.

I. Die rechtschöpferische Tätigkeit der Rechtsprechung und Wissenschaft ist aber nicht unter allen Umständen auf die Ausfüllung von Lücken des Gesetzes beschränkt. In gewissen, gleich näher zu präzisierenden Fällen muß auch eine Abweichung vom Gesetze erlaubt sein. Wie wir überhaupt Befehle und Aufträge nicht nur nach den uns erteilten Weisungen auszuführen haben, sondern uns für berechtigt und bei geläutertem Pflichtgefühl für verpflichtet halten, bei eintretenden nichtvorhergesehenen Fällen und Folgen von jenen Weisungen abzuweichen und das zur Ausführung zu bringen was den erstrebten Zwecken und der Denkweise des Befehlenden entspricht und bei Kenntnis der jetzigen Sachlage also vermutlich von ihm befohlen sein würde¹⁾ (vgl. auch die entsprechende Vorschrift des § 665), genau so sind wir auch berechtigt und verpflichtet, bei unvorhergesehenen Anwendungsfällen und Folgen des Gesetzes, die bei Kenntnis der Sachlage vermutlich nicht gewollt sein würden, von der Formulierung des Gesetzes abzuweichen und so zu entscheiden, wie der Gesetzgeber, wenn er sie vorausgesehen, voraussichtlich entschieden haben würde.

II. Deshalb ist der allgemeine Grundsatz aufzustellen: Sofern eine Vorschrift Fälle umfaßt oder Folgen herbeiführt, die vom Gesetzgeber nicht erkannt oder bedacht sind und sonst vernünftigerweise nicht in dieser Weise geordnet sein würden, sind wir berechtigt, das Gesetz nach dessen eigenen Grundgedanken und unter Berücksichtigung der Bedürfnisse und Erfahrungen des Lebens fortzuentwickeln²⁾.

¹⁾ Selbst bei militärischen Befehlen darf, ja muß der Untergebene u. U. vom Befehl des Vorgesetzten abweichen. Er darf z. B. ein Dorf nicht beschließen, das der Vorgesetzte vom Feinde besetzt glaubte, während es von den eigenen Truppen besetzt war oder inzwischen besetzt wurde.

²⁾ Die Abgrenzung ist freilich nicht ohne weiteres erkennbar und setzt Richter voraus, die nicht nur mit den Vorschriften des Gesetzes bekannt, sondern in dessen Geist eingedrungen sind. Gerade wer dem richterlichen Ermessen den gebührenden Einfluß wahren und dadurch den Weg zu gesunder Fortentwicklung des Rechts offen halten will, muß auf die wissenschaftliche Durchbildung der Richter den höchsten Wert legen, was von einzelnen Anhängern der sog. „freien“ Rechtsfindung aufs seltsamste verkannt wird. Außerlich erkennbare Abgrenzungsmomente werden sich kaum aufstellen lassen. Regelsberg *er a. a. O.* will zwar zwischen starren, keinen Ausbau zulassenden, und ausbaufähigen Gesetzes-

1. Das ist in Theorie und Rechtsprechung bisweilen nicht genügend beachtet oder gewürdigt und wird daher mit Recht in neuerer Zeit stärker hervorgehoben. Aufs entschiedenste ist dagegen den Übertreibungen der sog. „Freirechtsschule“ entgegenzutreten, welche den Richter für befugt hält, von gewissen Ausnahmen abgesehen, stets vom Gesetze abzuweichen, wenn er dessen Vorschriften für unbillig oder unzweckmäßig hält³⁾. Der Richter darf sich nicht durch die sog. „freie“ Rechtsfindung mit den vom Gesetzgeber erkannten und gewollten Wirkungen und Folgen des Gesetzes in Widerspruch setzen. Ihm das zu gestatten, hieße den Willen des Richters über den Willen der Gemeinschaft stellen und müßte die Achtung vor dem Gesetz, noch mehr aber die Rechtsicherheit und die Vorausberechnung der Folgen unseres Tuns aufs Schwerste beeinträchtigen⁴⁾. Unbewußte derartige Abweichungen sind freilich vorgekommen, und selbstverständlich ist nicht ausgeschlossen, daß sie zu gewohnheitsrechtlichen Neubildungen führen können. Aber aus der Möglichkeit irrtümlicher Abweichungen und durch sie veranlaßter gewohnheitsrechtlicher Rechtsänderungen folgt nicht das Recht zu bewußter Gesetzesverletzung.

normen unterscheiden, aber keine Abgrenzung dieser beiden Klassen versuchen. Das führt indes zu großer Unsicherheit, wie auch die von A. angeführten Beispiele, deren Entscheidung ich nicht in allen Fällen beisplichten kann, zeigen dürften. Jung S. 513 will die Abweichung vom Gesetze gestatten, wenn „die Befolgung der Vorschrift eine Verletzung des Gegenüber bedeuten würde, die schwerer wiegt als die Verletzung, welche die Nichtbefolgung der positiven Norm immer gegenüber dem anderen Beteiligten bedeutet“. Aber ganz abgesehen davon, ob diese Abwägung wirklich ausführbar ist, läuft das doch darauf hinaus, daß Abweichungen gestattet seien, so oft dem Richter die Nichtbefolgung des Gesetzes richtiger erscheint als die Befolgung, und das dürfte trotz Jungs Verwahrung sich nicht allzusehr von der Forderung der „freien“ Rechtsfindung unterscheiden. Stampe, Freirechtswegung (1911) S. 28, will die richterliche Befugnis zur Gesetzesänderung anerkennen, wo eine „sog. Massentalamität“ durch das Gesetz entstanden ist oder mit der Zeit notwendig entstehen muß; aber der Begriff der Massentalamität entbehrt jeder Bestimmtheit, und die bestehenden Grenzen des richterlichen Ermessens werden hier nicht (wie Stampe zu meinen scheint) erweitert, sondern bedauerlich beschränkt. Auch der in DRZ 24 40 angeregte Gedanke, ein Gesetz, das gegen Treu und Glauben verstoße (Verbot der Hypothekenaufwertung in der 3. SteuernotW.) dürfe nicht angewandt werden, kann nicht anerkannt werden, da er den Richter über den Gesetzgeber stellt. Heß (vgl. bes. S. 217) stimmt in der Hauptsache den Ausführungen des Textes zu, jedoch mit minder scharfer Begrenzung.

³⁾ So fordert Ehrlich (Freie Rechtsfindung 1903) die „freie Rechtsfindung als Regel“ und nimmt nur die „wenigen Fälle“ aus, in denen „ein so klares und bestimmtes Recht vorhanden ist, daß es auf eine Rechtsfindung überhaupt nicht ankommen kann“. Kumpf, DogmZ 49 S. 404, erklärt eine rechtsabändernde Rechtsprechung für zulässig, da das Gesetz den Richter an einer Umbiegung allgemeiner Rechtsnormen in Berücksichtigung zwingender Billigkeitsgründe weder hindern könne noch wolle. Stampe, DJurZ 1905 S. 117ff., beansprucht für den Richter die Befugnis zur Abänderung des Gesetzes, soweit es das Interesse der Allgemeinheit unbedingt erfordert. Gegen diese und noch viel weitergehende Übertreibungen (Gnauß Flavius [Kantorowicz], Der Kampf um die Rechtswissenschaft) vgl. besonders: Unger, DJurZ 1906 S. 781ff.; D. Bülow, Recht 1906 S. 769ff. Franz Klein, daselbst S. 916ff.; Stier-Somlo, Festgabe f. Laband (1908) S. 445ff. Daß jene Übertreibungen zur Herrschaft gelangen könnten, ist wohl nicht zu befürchten; aber sie sind nicht unbedenklich, weil sie der Anerkennung der Rechtsfindung auf dem ihr wirklich zukommenden Gebiete Schwierigkeiten zu bereiten vermögen. Rame aber wirklich statt des Gesetzes das „freie“ Ermessen zur Herrschaft, so würde unzweifelhaft eine Bewegung von ganz anderer Kraft wie der sog. Freirechtsschule entstehen zum Schirme des hohen Gutes der Rechtsicherheit. Gegen die von manchen Freirechtlern begeistert empfohlene englische Rechtsprechungsmethode, deren Herübernahme in Wahrheit einen unerhörten Rückschritt bedeuten würde, vgl. Gerland, Die englische Gerichtsverfassung und die deutsche Gerichtsreform, 1908, und Gerland, Die englische Gerichtsverfassung Bd. II, 1910, sowie die gute Zusammenfassung bei Staudinger-Löwenfeld I S. 32ff. (7./8. Aufl.). Über den Kampf gegen die sog. „Begriffsjurisprudenz“, der sich mit der Forderung „der freien Rechtsfindung“ nahe be- rührt, s. oben § 21 Anm. 9.

⁴⁾ Vgl. auch Geny S. 223ff.; Eustache Pilon, Code civil II S. 950.

2. Zulässig und unentbehrlich aber ist die Fortentwicklung des Rechts nach dessen eigenen Grundgedanken und den Bedürfnissen und Erfahrungen des Lebens. Diese ergänzende, aber auch umbildende und ausgestaltende Fortentwicklung ist von Wissenschaft und Rechtsprechung zu allen Zeiten tatsächlich geübt, nicht nur von den römischen Juristen, die ihr *ius aequum* in meisterhafter Weise aus Verkehrsſitte, Bedürfnis- und Volksanschauung herausgebildet haben, sondern selbst von dem von Richtkennern jetzt so gern geschmähten Savigny, dem wir unter anderem die durchgreifende Umgestaltung, ja man kann fast sagen Neuschöpfung des internationalen Privatrechts verdanken. Zuzugeben ist, daß Savignys Anweisung, das Recht „aus sich selbst“ zu ergänzen, zu eng war, aber sie war nur gemeint, im Gegensatz zu der damaligen Naturrechtslehre: durch die Tat aber — die doch schließlich das Entscheidende ist — hat Savigny oft genug die richtige Auffassung bestätigt. Noch mehr aber gilt das von der Gegenwart. Wenn man einen Blick wirft auf den im ganzen erfreulichen und schnellen Ausbau, den so manche Vorschriften des BG in den wenigen Jahren ihres Bestehens erfahren haben — man denke z. B. an die Rechtsprechung über § 826, oder über die *exceptio doli*, oder über die nichtrechtsfähigen Vereine, oder über die positiven Vertragsverletzungen, oder über das Rücktrittsrecht wegen grundstürzender Veränderung der wirtschaftlichen Verhältnisse (unten § 264a), ferner an die Nichtanwendung des § 326 auf den Verzug mit Nebenverpflichtungen, oder die Nichtanwendung des § 1 RD auf nur fiduziarisch erworbene Rechte usw. — so muß man erkennen, daß Theorie und Rechtsprechung eine Fortentwicklung in den oben erwähnten Grenzen in Anspruch nehmen. Daß gleichwohl auch engherziges, den Grund und Zweck der Vorschriften vernachlässigendes Gaffen an der Gesetzesformulierung vorgekommen ist, soll nicht geleugnet werden — man denke nur an manche Entscheidungen über wesentliche Bestandteile oder über Tierschaden, die aber inzwischen im wesentlichen bereits ihre Korrektur erfahren haben —; verwunderlich aber ist es, wie manche Stimmen um solcher einzelner unrichtiger Urteile willen geradezu eine Umkehr von Wissenschaft und Rechtsprechung fordern können.

III. Unter den Fällen der abändernden Rechtsfindung sind die folgenden hervorzuheben:

1. Sie kann unter Umständen durch Analogieschluß erfolgen. So wird z. B. eine bei einem Kauf- oder Mietvertrag vereinbarte, auf Dienste gerichtete Nebenverpflichtung, falls die Vorschriften über Kauf und Miete für sie nicht passen, unter Umständen nach Analogie des Dienstvertrages zu behandeln sein (unten § 323 C).

2. Ebenso aber muß auch eine beschränkende Fortbildung des Rechts im Sinne des Gesetzes (ich nenne sie Restriktion) erlaubt sein, wenn das Gesetz einen ganzen Kreis von Fällen umfassen will und auch umfaßt, nun aber ein Fall hervortritt, der zwar unter die Regel fällt, für den sie aber durchaus unpassend (vielleicht geradezu unvernünftig) erscheint, so daß der Gesetzgeber, wenn er diesen Fall gekannt und bedacht hätte, ihn sicher nicht unter die Regel gestellt haben würde. In der Tat ist diese beschränkende Anwendung zu allen Zeiten von Rechtsprechung und Wissenschaft geübt⁵⁾.

⁵⁾ Fälle der Restriktion nach heutigem Recht: Die Praxis gibt (unter Beschränkung des § 1 u. § 26 RD) dem Fiduzianten ein Aussonderungsrecht im Konkurse des fiduziarischen Eigentümers (darüber beim fiduziarischen Geschäft). Gewährung einer *exceptio doli* in RGE 4 Nr. 27, 11 Nr. 2, 39 Nr. 41 u. a. m.; Beschränkung des Rücktrittsrechts aus § 326 auf den Verzug mit Hauptleistungen, RGE 53 S. 161 ff., 57 S. 106 ff.; Zulassung der Annahme eines ehelichen Entfels und einzigen Abkömmlings an Kindesstatt gegenüber § 1741; andere Fälle unten § 221 I 3; § 267 I 1. Beispiele aus dem röm. Recht: Ulpian

Nur identifiziert man sie gewöhnlich mit der (beschränkenden) Auslegung. In Wahrheit handelt es sich auch hier wie bei der Analogie um eine Verbesserung des Gedankens, nicht nur des Ausdrucks.

3. Auch eine ändernde Ausgestaltung des gesetzgeberischen Gedankens kann geboten sein, nämlich dann, wenn der Gesetzgeber bei der Entwicklung des ihm vorschwebenden Prinzips zu greifbaren Regeln einen Fehler begangen, z. B. den Gedanken, daß eine Frist bei größerer Entfernung einer Person von einem bestimmten Orte wachsen solle, in einer Weise gestaltet hat, die in gewissen Fällen beim Wachsen der Entfernung eine Verkürzung der Frist zur Folge hat⁶⁾. Auch diese abändernde oder ausgestaltende Fortbildung verbirgt sich übrigens gewöhnlich unter dem Scheine der (abändernden) Auslegung⁷⁾.

IV. Über die Grundlagen, aus denen die abändernde Rechtsfindung die Normen für die Entscheidung zu entwickeln hat, und über deren Bedeutung gilt das oben § 53 II und III Gesagte.

V. Der Herrschaftsbereich der Rechtsvorschriften.

1. Der zeitliche Herrschaftsbereich. Übergangsvorschriften.*)

§ 55. Allgemeines.

Wenn ein Rechtsverhältnis zur Zeit der Geltung des früheren Rechts entstanden ist, aber zur Zeit der Geltung des neuen beurteilt werden soll, so

beschränkt in L. 8 § 6 D. de transact. 2, 15 die oratio divi Marci über die Ungültigkeit des ohne prätorische Genehmigung abgeschlossenen Vergleichs über letztwillige Alimmente auf solche Vergleiche, welche die Lage des Alimentationsberechtigten nicht verbessern. Die ganz allgemeine Vorschrift des ädilizischen Edikts über Fehlerhaftigkeit wurde auf nicht offensichtliche Fehler beschränkt (potest dici edictum cessare), L. 1 § 6 D. de aed. ed 21, 1. Andere unzweifelhafte Beispiele einer Restriktion des Gedankens, nicht nur des Ausdrucks in L. 6 § 2 D. de jur. patr. 37, 14: „Quamvis nulla persona lege excipiatur, tamen intelligendum est, de his legem sentire, qui liberos tollere possunt“; L. 40 pr. D. de her. pet. 5, 3; L. 54 D. mandati 17, 1: „et verius et utilius videtur praetorem de hujusmodi contractibus non cogitasse“. Die Bezugnahme auf den anzunehmenden Willen des Gesetzgebers kann nicht überraschen, da die Römer auch die Analogie als Auslegung betrachteten. Übrigens zeigt auch die Ausdrucksweise deutlich, daß sie nicht glaubten, der Wille des Gesetzgebers sei wirklich enger gewesen, daß vielmehr der engere Wille nur unterstellt wird, um die Beschränkung zu rechtfertigen.

⁶⁾ Vgl. z. B. L. 13 § 2 D. de excus. 27, 1. Im Rechte des BG bildet ein interessantes Beispiel die erforderliche Umgestaltung der Einrede des nichterfüllten Vertrages zwischen Gesellschaftern, zumal wenn ein anderer als der klagende Gesellschafter mit seiner Beitragsleistung im Rückstande ist. Darüber unten § 396 III 1. Ferner muß eine Abweichung von den Regeln über die Beweislast angenommen werden, wenn der Käufer dem Verkäufer den Beweis der Vertragsmäßigkeit der geleisteten Waren dadurch unmöglich macht, daß er die Proben vernichtet oder über die geleistete, aber beanstandete Ware verfügt (Schneider S. 175). Auch die Entscheidungen bei Seuffert 6 Nr. 208, 24 Nr. 36 gehören hierher.

⁷⁾ Sachlich richtig übrigens schon Windscheid § 22. Nur bezeichnet er auch die Analogie sowie die im Texte bezeichneten Fälle der Restriktion und Ausgestaltung als Auslegung.

* Savigny VIII §§ 383 ff.; Laflamme, System der erworbenen Rechte II; Göppert, Dogm. 22 S. 1 ff.; Regelsberger §§ 47 ff.; Pfaff u. Hofmann, Komm. z. Österr.

entsteht der Zweifel, ob und inwiefern das alte, ob und inwiefern das neue Recht für die Entscheidung maßgebend ist.

Diese Frage läßt sich nicht, wie oft angenommen ist, durch den Satz erledigen, daß „Gesetze keine rückwirkende Kraft haben“; denn wenn das Gesetz auch erst von seinem Inkrafttreten an und nur für die Zukunft wirkt, so ist doch damit sehr wohl vereinbar, daß es auch die noch fortbestehenden (früher entstandenen) Verhältnisse von nun an für die Zukunft aufhebt oder verändert. Daß mir ein heute in Kraft tretendes Gesetz von heute an mein bestehendes Eigentum nimmt oder schmälert, mag ungerecht sein, aber eine Rückwirkung ist es sicher nicht.

Ein anderer — vielfach für gleichbedeutend erklärter, in Wahrheit aber sehr verschiedener — Satz: „neue Gesetze lassen erworbene Rechte unberührt“ gibt zwar eine leidlich klare Antwort auf unsere Frage, aber eine in vielen Fällen falsche. Geradezu sinnlos wäre es z. B. ein Gesetz, das die Zehntrechte für ablösbar erklärt oder das Recht des Grundeigentümers auf Einsammlung des von den Bäumen seines Grundstücks auf das Nachbargrundstück gefallenen Obstes aufhebt, auf bestehende Zehntrechte oder schon bestehendes Grundeigentum nicht anzuwenden.

Um zu einer richtigen Entscheidung zu kommen, sind zunächst die beiden Fragen, was ein Gesetz in dieser Beziehung vorschreiben kann und wie es im Zweifel auszulegen sei, zu unterscheiden.

I. Daß das Gesetz sich rückwirkende Kraft beilegen kann, ist zweifellos und gegenwärtig allgemein anerkannt.

Ein Gesetz, das gewisse Spielverträge verbietet, kann hinzufügen, daß auch die früheren Spielverträge als nichtig betrachtet werden sollen; ein Gesetz, das die Leibeigenschaft aufhebt, kann bestimmen, daß die bisherigen Leibeigenen als von ihrer Geburt an frei gewesen gelten sollen. Es wird ja dadurch nicht etwas Geschehenes zu Ungeschehenem und Ungesehenes zu Geschehenem gemacht, sondern nur bestimmt, daß in Zukunft so geurteilt werden solle, als ob das Gesetz schon früher gegolten habe. Die Herrschaft über die Zukunft aber kann dem Gesetzgeber nicht wohl beschränkt werden.

1. Eine derartige rückwirkende Kraft (als ob das Gesetz schon früher gegolten habe) kann aber nur angenommen werden, wenn ein solcher Wille deutlich erkennbar ist, und dies trifft besonders zu bei Gesetzen, die eine authentische Interpretation enthalten, mithin nur den (angeblichen) Inhalt des früheren Gesetzes klarstellen wollen. Der Richter hat daher die mit rückwirkender Kraft erlassene Vorschrift, insbesondere die authentische Interpretation so anzuwenden, als ob ihr Inhalt schon früher gegolten hätte, sich wirklich schon in dem alten (interpretierten) Gesetze befände¹⁾, mithin auch

RG I S. 156 ff. und Erlasse I S. 112—350; Gierke I §§ 23, 24; Fuchs in Gruchot 44 S. 1 ff.; Lehmann, Ztschr. f. Handelsrecht 48 S. 1 ff.; Habicht, Die Einwirkung des RG auf zuvorenstandene Rechtsverhältnisse, 3. Aufl. 1901; Uffolter, System des deutschen bürgerlichen Übergangsrechts, 1903, Geschichte des intertemporalen Privatrechts, 1901; Stranz in Holtendorfs Enzyklopädie I S. 782.

¹⁾ Vgl. auch Nov. 19 praef., Nov. 143 praef.; PrRM Einl. § 15: „Die von Seiten des Gesetzgebers nötig befundene und gehörig publizierte Erklärung eines älteren Gesetzes aber gibt in allen noch zu entscheidenden Rechtsfällen den Ausschlag“; Ostr. RG § 8; Sächs. RG § 3. Die rückwirkende Kraft der authentischen Interpretation leugnet Bremer, Bekters Jahrb. 2 S. 241 ff.

in solchen Rechtsfachen, welche sich zur Zeit des Erlasses jenes Gesetzes schon in der Berufungs- oder Revisionsinstanz befanden²⁾.

2. Daß aber das Gesetz, für das die rückwirkende Kraft vorgeschrieben ist, insbesondere die authentische Interpretation, auch auf die bereits durch rechtskräftiges Urteil, Vergleich, Verzicht, Anerkennung, Erfüllung, Aufrechnung usw. definitiv festgestellten oder abgewickelten Verhältnisse bezogen, deren endgültige Erledigung also nachträglich wieder umgestoßen werden sollte, läßt sich in der Regel nicht annehmen³⁾.

II. Greift ein Gesetz, sei es, indem es sich rückwirkende Kraft beilegt, sei es in anderer Form, in bestehende Rechte ein, so wird meistens (nicht immer) die Gewährung eines Entschädigungsanspruchs als Gebot der Gerechtigkeit erscheinen. Gültig ist aber das Gesetz auch ohne Gewährung eines solchen Anspruchs.

III. Hat das Gesetz sich rückwirkende Kraft nicht beigelegt, so hängt die Frage, ob es sich auch auf bereits bestehende Verhältnisse beziehe, von seinem Inhalt ab, ist also, soweit der Inhalt nach dieser Richtung zu Zweifel Anlaß gibt, eine Auslegungsfrage. Diese Auslegungsfrage ist für sehr viele Rechtsfragen im GG Art. 153—217 entschieden, von der Aufstellung eines allgemeinen Prinzips aber abgesehen.

Gleichwohl kann die Wissenschaft die Aufgabe, die Grundgedanken für die Entscheidung zu suchen, nicht ablehnen; denn jene Einzelentscheidungen sind weder erschöpfend, noch führen sie ohne eine solche prinzipielle Betrachtung überall zu sicheren Analogien. Auch verlangt die wissenschaftliche Erkenntnis der Einzelvorschriften, daß man sich ihres Zusammenhangs mit den leitenden Grundgedanken bewußt sei oder ihren Ausnahmeharakter erkenne.

Da diese Grundgedanken, wie nicht anders zu erwarten, in der Hauptsache mit dem gemeinen Recht harmonieren, so lassen sich aus diesem wertvolle Anhaltspunkte gewinnen.

§ 56. Leitende Grundsätze.

I. Als leitender Grundsatz ist für das BG wie für jedes andere Gesetz der unmittelbar aus dem Wesen des Rechts als eines Gebotes folgende Satz

²⁾ Abweichender Ansicht Windscheid § 33 für den Fall, daß die Rückwirkung vorgeschrieben ist (aber nicht für den Fall der authentischen Interpretation), auf Grund der Nov. 116 cap. 1 i. f. Allein diese Vorschrift ist positiver Natur und steht mit dem erklärten Willen des Gesetzgebers, es sollte so geurteilt werden, als ob das neue Gesetz schon früher gegolten habe, in Widerspruch, kann also nicht mehr in Betracht kommen. Ripp bei Windscheid § 33 Anm. 4 schließt die Anwendung wenigstens in der Revisionsinstanz aus. Auch das scheint mir mit dem Willen des Gesetzgebers nicht im Einklang.

³⁾ So die allgemeine Meinung.

aufzustellen: „Im Zweifel ist anzunehmen, daß jeder Rechtsatz nur die Zukunft, nicht die Vergangenheit ordnen will“ (vgl. auch Mot. I S. 19). Jeder Rechtsatz sagt also: „Von jetzt ab soll usw.“

Es leuchtet nun aber ohne weiteres ein, daß dieses „von jetzt ab soll“ eine ganz verschiedene Bedeutung hat, je nachdem es sich auf eine Tatsache (deren Wirkung bestimmt wird) oder direkt auf ein subjektives Recht (dem ein gewisser Inhalt, Umfang usw. zugeschrieben wird) bezieht. Der Satz „Von jetzt ab soll diese Tatsache die und die Wirkung haben“ (z. B. ein Recht erzeugen oder aufheben) bezieht sich nur auf die zukünftigen Tatsachen der betreffenden Art. Der Satz „Von jetzt ab soll dieses Recht (z. B. das Grundeigentum) den und den Inhalt haben“ bezieht sich auf alle in Zukunft bestehenden (entstehenden oder fortbestehenden) Rechte der betreffenden Art. Das scheint mir — wenn wir vorläufig davon absehen, daß das Gesetz seine eigentliche Willensmeinung schlecht ausgedrückt haben könnte — unbestreitbar. Wir haben demnach zwei Hauptarten der Rechtsvorschriften zu unterscheiden.

1. Rechtsätze, welche die Wirkung einer Tatsache bestimmen (an diese also die Entstehung, den Untergang oder die Veränderung eines Rechtsverhältnisses knüpfen), beziehen sich nur auf zukünftige Tatsachen jener Art¹⁾.

a) Ist also an die Tatsache die Entstehung eines Rechts geknüpft und ist die Tatsache vor dem Inkrafttreten des BG (oder, wo für Rechte an Grundstücken die Anlegung des Grundbuchs entscheidet, vor dieser) eingetreten, so ist und bleibt die Tatsache auch dann wirksam, wenn ihr nach dem neuen Gesetz diese Wirkung nicht mehr zukommt.

Das ist, wo man zweifeln könnte, auch direkt ausgesprochen, so z. B. für die vor dem Inkrafttreten des BG erfolgte Eheschließung (Art. 198 Abs. 1), Legitimation oder Adoption (Art. 209); ferner für den Tod des Erblassers, sofern er erbrechtliche Wirkungen hervorruft, die Errichtung letztwilliger Verfügungen (Art. 214 Abs. 1) und Erbverträge (Art. 214 Abs. 2)²⁾. Es ergibt sich aber indirekt auch für viele andere Tatsachen, z. B. für diejenigen, welche die Entstehung von Grunddienstbarkeiten (Art. 187), von Grundeigentum (Art. 189), Pfandrechten an Grundstücken (Art. 192) zur Folge haben, ferner für die Entstehungsgründe von Schulverhältnissen (Art. 170, darüber unten II 1a).

b) Rechtsätze, welche nach neuem Recht die Aufhebung oder Veränderung eines Rechtsverhältnisses an eine Tatsache knüpfen, beziehen sich ebenfalls auf alle zukünftigen Tatsachen dieser Art, bewirken also, wenn die

¹⁾ Vergl. jetzt auch BGB 54 S. 154 („ein dem ganzen Tatbestande nach begründetes Rechtsverhältnis“) und ferner L. 7 C. de leg. 1, 14: „Leges et constitutiones futuris certum est dare formam negotiis, non ad facta praeterita revocari.“ Cic. in Verrem II 1, 42: „De jure civili si quis novi quid instituit, is omnia quae ante acta sunt rata esse patitur.“ Man beachte, daß nur von Tatsachen die Rede ist.

²⁾ Für die Vorschriften der Art. 213, 214 Abs. 1 u. 2 ist indes auch das unten III 2 Gesagte zu beachten.

Tatsache unter der Herrschaft des neuen Rechts eintritt, die Aufhebung und Veränderung auch solcher Verhältnisse, die schon unter der Herrschaft des alten Rechts entstanden waren.

So werden die früher begründeten Schuldverhältnisse vom 1. Jan. 1900 an durch Erfüllung, Hinterlegung, Aufrechnung, Verzug und andere Tatsachen nach Maßgabe des BG aufgehoben und verändert^{*)}.

Inszbesondere verpflichtet eine nach dem Inkrafttreten des BG erfolgende Veräußerung des vermieteten oder verpachteten Grundstücks den Erwerber auch dann an Stelle des Vermieters nach Maßgabe des § 571, wenn das Mietverhältnis schon vor 1900 bestand (Art. 172).

Daß die Ehescheidung und die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft vom 1. Jan. 1900 an auch für früher geschlossene Ehen nach den Vorschriften des BG erfolge, ist sogar ausdrücklich ausgesprochen (Art. 201).

Das gleiche Prinzip ergibt sich für die Aufhebung von Eigentum, Besitz, Hypotheken und Pfandrechten aus Art. 180, 181, 192, 195.

Die Anspruchsverjährung des BG bezieht sich vom 1. Jan. 1900 an auch auf die schon vor 1900 entstandenen (noch nicht verjährten) Ansprüche, Art. 169 (über hier eintretende Besonderheiten bei der Verjährungslehre).

Der Verjährung analog werden auch die am 1. Jan. 1900 noch nicht vollendeten Erbschaften behandelt (Art. 185).

2. Die zweite Klasse der Rechtsvorschriften bezieht sich unmittelbar auf die Rechte selbst, bestimmt also direkt (d. h. ohne Anknüpfung an den Entstehungs- oder Endigungsgrund) ihren Inhalt oder ihre Wirkung, ihr Dasein oder Nichtdasein. Auch eine Vorschrift dieser Art bezieht sich nur auf die Zukunft. Sie besagt aber eben, daß derartige Rechte in Zukunft, d. h. von nun an, diesen Inhalt und diese Wirkung haben sollen, daß sie vorhanden oder nicht mehr vorhanden sein sollen. Sie ergreift also auch die schon bestehenden Rechte dieser Art. Auch sie haben von nun an diesen Inhalt und diese Wirkung, oder auch sie sind aufgehoben.

Daher findet z. B. das Recht des BG von dessen Inkrafttreten ab Anwendung auf ein bestehendes Besitzverhältnis (Art. 180);

auf das bestehende Eigentum (Art. 181);

auf die persönlichen Wirkungen der bestehenden Ehen (Art. 199);

und das gleiche Prinzip gilt auch für Hypotheken und Grundschulden, wenn auch hier aus einleuchtenden praktischen Gründen die Anwendbarkeit des BG erst mit dem Zeitpunkt beginnt, in welchem das Grundbuch angelegt ist (Art. 192, 195^{*)}).

II. Die unter Umständen zweifelshafte Frage, ob eine Vorschrift die Wirkung einer Tatsache oder direkt den Inhalt und die Wirkung eines subjektiven Rechts bestimmen wolle, darf aber nicht etwa nur nach der Wortfassung beurteilt werden^{*)}. Vielmehr ist vor allem der folgende Unterschied zu beachten:

^{*)} Anders bei der Kündigung, der auflösenden Bedingung und überhaupt solchen Endigungsgründen, deren wahrer Grund in dem Vertragsabschluß liegt. Darüber unten III 1.

^{*)} Die wichtigsten, auf besonderen Gründen beruhenden Abweichungen von dem aufgestellten Prinzip sind unten § 57 besprochen.

^{*)} Auf diesem Fehler beruhen fast alle Belämpfungen des im Texte I 2 aufgestellten Grundgedankens. So debuziert z. B. Windscheid I § 32 Anm. 6, jenes Prinzip müsse

1. Bei manchen Rechtsverhältnissen wird der Inhalt und die Wirkung vorwiegend gerade durch die Tatsachen, die das Rechtsverhältnis ins Leben rufen, zumal durch den Parteiwillen bestimmt. Hier ist also ein Rechtsatz, auch wenn er nach seiner Fassung den Inhalt des Rechtsverhältnisses zu bestimmen scheint, doch wesentlich eine Regelung der Wirkungen jener rechtserzeugenden Tatsachen. Es sind nicht zwei Rechtsätze vorhanden: erstens, daß die und die Tatsachen das Recht erzeugen, und zweitens, daß das Recht die und die Wirkung haben soll, sondern nur eine einzige Regel, daß die und die Tatsachen ein Recht des und des Inhalts und der und der Wirkung erzeugen sollen. Hier ist also auch für den Inhalt und die Wirkung dasjenige Recht maßgebend, unter dem die das Recht erzeugenden Tatsachen stehen.

a) Hierher gehören namentlich die Forderungsrechte. Der Inhalt des Forderungsrechts wird fast nach jeder Richtung durch die Entstehung — zumal den Vertrag — bestimmt. Inhalt und Wirkung des Vertrages sind also nach dem Recht zu beurteilen, das die Entstehung des Forderungsrechts bestimmt. Es ist nur eine einzige, nicht in zwei Stücke zu zerreißen Regel vorhanden, daß ein Vertrag dieses Inhalts ein so und so gestaltetes und wirkendes Forderungsrecht erzeugt. Zutreffend hat daher der Art. 170 GG für ein Schuldverhältnis, das vor dem Inkrafttreten des BG entstanden ist, die bisherigen Rechte für maßgebend erklärt⁶⁾.

b) Das gleiche gilt aus gleichem Grunde von dem Güterstande einer

falsch sein, da man die Regel „der Käufer trägt nicht mehr die Gefahr“ nicht auf die früher abgeschlossenen Käufe beziehen könne. Letzteres ist gewiß richtig; allein die Gefahrhaftung wird zweifellos durch den Kaufvertrag (durch besondere Vereinbarung oder infolge der geltenden Rechtsvorschriften) begründet und gestaltet. Die Vorschrift über die Gefahrhaftung ist also eine Vorschrift über die Wirkung der Tatsache des Kaufes, gehört also nicht hierher, sondern unter I 1 a und bezieht sich mithin gerade nach den aufgestellten Regeln nicht auf frühere Tatsachen dieser Art (die nähere Begründung ergibt sich aus dem im Texte folgenden). Die Regel „Kauf bricht nicht mehr Miete“ gehört ebenfalls nicht hierher, sondern unter I 1 b (siehe daselbst) und ist zudem vom Gesetz in dem Windscheids Meinung entgegengesetzten Sinne entschieden (Art. 172). Die Aufhebung des väterlichen Nießbrauchs kann in sehr verschiedenem Sinne erfolgen (darüber unten IV); ebenso kann die Aufhebung des Restitutionsrechts der Minderjährigen entweder den Sinn haben, daß ein Recht der Minderjährigen auf Restitution überhaupt nicht mehr existieren soll — dann werden auch die bereits bestehenden Restitutionsrechte beseitigt — oder daß Rechtsgeschäfte und sonstige einen Minderjährigen benachteiligende Tatsachen durch in *integrum restitutio* unansehbare Wirkungen erzeugen sollen — dann bezieht sie sich nicht auf frühere Tatsachen dieser Art, ebensowenig wie eine Regel, welche die Wirkung einer Tatsache für (in anderer Weise als durch in *integrum restitutio*) ansehbare oder nicht mehr ansehbare erklärt. Alle diese Beispiele bestätigen in Wahrheit die oben entwidelten, in der Grundlage schon von Savigny erkannten Regeln, die sie angeblich widerlegen sollen. Freilich finden diese erst in der oben I gegebenen (bei Savigny fehlenden) Entwicklung aus einem gemeinsamen Grundprinzip ihre innere Begründung und werden nur bei Beachtung des unter II 1 u. 2 dargelegten Unterschiedes verwendbar. Endlich dürfen sie nicht als ausnahmslos angesehen werden (unten § 57).

⁶⁾ Über Sonderbestimmungen, z. B. über Miete und Pacht (Art. 171) vgl. unten § 57, über den Untergang und die Veränderung obligatorischer Verhältnisse oben I 1 b.

bestehenden Ehe; denn auch dessen Inhalt wird in vielen Fällen wesentlich durch Willenserklärungen und sonstige Umstände bei der Begründung bestimmt, und mit diesen ehelichen Güterverhältnissen stehen deren erbrechtliche Wirkungen wieder in so engem Zusammenhang, daß auch für sie die bisherigen Gesetze für maßgebend erklärt werden müssen (Art. 200)⁷⁾.

2. Bei dinglichen Rechten, bei reinen Familienverhältnissen und deren unmittelbaren Folgen, ferner bei allgemeinen Rechtszuständen wie Volljährigkeit, Entmündigung usw. handelt es sich dagegen um Rechtsverhältnisse von im allgemeinen festgegebenen Inhalt. Die Vorschriften des BG über diesen Inhalt sind also selbständig, nicht etwa nur Ergänzungen der Grundsätze über die Entstehung dieser Rechtsverhältnisse. Deshalb beziehen sie sich nach der oben angegebenen Regel auch auf die zur Zeit des Inkrafttretens des BG schon bestehenden Rechtsverhältnisse und Rechtszustände dieser Art.

Nach dem neuen Recht werden daher bezüglich des Inhalts und der Wirkungen beurteilt:

die bereits erlangte Rechtsstellung des Volljährigen (Art. 153, vgl. auch Art. 154);
die bereits eingetretene Entmündigung wegen Geisteskrankheit und Verschwendung (Art. 155, 156);

die Rechtsstellung des für tot erklärten Verschollenen bezüglich seiner elterlichen Gewalt, Vormundschaft, Pflegschaft usw. (Art. 160) und die Rechtsstellung des zurückgebliebenen Ehegatten bezüglich der Wiederverheiratung (Art. 159);

die Rechtsstellung der bestehenden juristischen Personen (Art. 163);

bestehende Verfügungsbeschränkungen (Art. 168);

die persönlichen Verhältnisse zwischen Ehegatten bereits bestehender Ehen (Art. 199);

das Verhältnis zwischen Eltern und bereits geborenen ehelichen Kindern (Art. 203);

die rechtliche Stellung der bereits geborenen unehelichen Kinder (Art. 208, Ausnahme später);

bestehende Vormundschaften und Pflegschaften (Art. 210);

bestehende Besitzverhältnisse (Art. 180, vgl. auch Art. 191 Abs. 2);

bestehendes Eigentum (Art. 181), also auch das bestehende Miteigentum und das aus der Gemeinsamkeit des dinglichen Rechts entspringende obligatorische Gemeinschaftsverhältnis nach Bruchteilen (Art. 173);

bestehende Hypotheken und Grundschulden (Art. 192 u. 195);

in der Hauptsache auch bestehende Erbbaurechte und Dienstbarkeiten (Art. 184 Satz 2)

III. Besondere Schwierigkeiten entstehen bezüglich der aus einer Mehrheit zeitlich verschiedener Tatsachen entspringenden Rechtswirkungen.

1. Erscheint hier die eine als der wirkliche Grund der Rechtswirkung, die andere nur als die Bedingung, bei deren Eintritt jene die Rechtswirkung hervorruft, so entscheidet die erstere.

Deshalb steht die Wirkung des bedingten und befristeten Rechtsgeschäfts unter dem Rechte, das zur Zeit des Abschlusses galt, mag auch beim Eintritt der Bedingung oder Befristung neues Recht gelten. Ebenso entscheidet bei auflösender Bedingung und Endtermin die Zeit des Geschäftsabschlusses, nicht die Zeit der eintretenden Bedingung oder Befristung⁸⁾; ebenso ist für die Kündigung eines Vertragsverhältnisses die Zeit des Ver-

⁷⁾ Über die Verhütung des längeren Nebeneinanderbestehens der Güterverhältnisse des alten und neuen Rechts unten § 57 II 2.

⁸⁾ Vgl. auch die Motive z. BG S. 256f. und die Prot. VI S. 498.

tragschlusses maßgebend, weil damals das Verhältnis als ein in gewisser Weise kündbares entstanden ist⁹⁾. Die Deliktshaftung für Schadensersatz bestimmt sich nach der Zeit des Delikts und nicht etwa nach der unter Umständen viel späteren Zeit, in welcher der Schaden eingetreten ist¹⁰⁾. Ein unter der Herrschaft des gemeinen Rechts begründeter Nießbrauch einer juristischen Person erlischt auch nach dem Inkrafttreten des BG, sobald 100 Jahre seit seiner Begründung verfloßen sind, weil er damals als mit dieser zeitlichen Schranke behaftetes Recht entstanden ist.

2. In anderen Fällen wird im allgemeinen das Recht der Zeit entscheiden müssen, in der das letzte Tatbestandsmoment sich erfüllt. Deshalb regelt sich z. B. die Erbfolge nach dem Zeitpunkt des Todes des Testators, nicht der Entstehung der Verwandtschaft.

Bildet aber eines der Tatbestandsmomente ein vollendetes Rechtsgeschäft, so ist für seine Gültigkeit und Auslegung der Zeitpunkt des Geschäftsabschlusses maßgebend. Deshalb ist z. B. Inhalt und Gültigkeit einer letztwilligen Verfügung, eines Erbvertrages oder eines Erbverzichts nach dem zur Zeit der Errichtung geltenden Rechte zu beurteilen.

IV. Die bisher entwickelten (I) und näher beleuchteten (II, III) Grundgedanken sind keineswegs unbestritten. Nicht selten wird vielmehr die Anwendung des neuen Rechts lebighlich von dem Maße seiner ethischen und wirtschaftlichen Bedeutung abhängig gemacht oder durch das schon oben als allgemeine Regel zurückgewiesene Prinzip der Nichtberührung erworbener Rechte ungebührlich beschränkt. Allein diese Gesichtspunkte — neben ihnen freilich noch verschiedene andere — können zwar von Bedeutung sein, wenn es zweifelhaft bleibt, ob das neue Gesetz nur die Wirkung einer Tatsache normieren oder direkt über das Dasein und den Inhalt der Rechte Bestimmung treffen will (darüber unten § 57); sie sind aber keineswegs geeignet, diese Unterscheidung zu ersetzen oder überflüssig zu machen. Der Unterschied zwischen den beiden Vorschriften „Hauskinder erwerben alles, was sie erwerben, zu freiem Eigentum“ und „das väterliche Recht am Vermögen der Hauskinder ist aufgehoben“ ist unverkennbar¹¹⁾; ebenso der Unterschied zwischen den Vorschriften „der Verwahrer haftet (aus der Tatsache des Abschlusses des Verwahrungsvertrages) für Fahrlässigkeit“ und „der Miteigentümer haftet (aus der bestehenden Gemeinschaft des Eigentumsrechts) für Fahrlässigkeit“.

§ 57. Zweifelhafte Fälle und Besonderheiten.

I. Bleibt es (auch unter Berücksichtigung des im vorigen Paragraphen unter II berührten Unterschiedes) zweifelhaft, ob ein Rechtsatz nur die Wirkung einer rechtserzeugenden Tatsache normiere, also die bestehenden (auf früheren Tatsachen dieser Art beruhenden) Rechte nicht berühre oder ob er sich direkt auf die Rechte selbst (ihren Inhalt, ihre Wirkung, ihr Dasein)

⁹⁾ Art. 171: „wenn nicht die Kündigung nach dem Inkrafttreten des BG für den ersten Termin erfolgt, für den sie nach den bisherigen Gesetzen zulässig ist“. Vgl. auch Seuffert 19 Nr. 3. Aus gleichem Grunde ist auf die Frage, ob ein Anspruch auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand begründet sei, das zur Zeit seiner Entstehung (nicht des Restitutionsurteils) geltende Recht anzuwenden, RG 54 S. 153 ff.

¹⁰⁾ RG 99 S. 225.

¹¹⁾ Damit soll natürlich die Zulässigkeit einer beschränkenden Auslegung der letzteren Bestimmung nicht gänzlich ausgeschlossen werden, aber es bedarf für eine solche gegenüber dem klaren Wortlaut überwiegender Gründe.

beziehe, mithin auch die bestehenden Rechte verändere oder aufhebe, so ist dieser Zweifel durch Auslegung zu lösen.

II. Für diese Auslegung und zugleich für das Verständnis mancher im **EG** enthaltenen Vorschriften sind folgende Gesichtspunkte zu beachten:

1. Je wichtiger die Gründe sind, die zu der Aufstellung des neuen Rechtsfazes führten, um so eher wird die stärkere, auch die bestehenden Rechte ergreifende Wirkung anzunehmen sein. Insbesondere gilt dies, wenn der Rechtsfaz auf Gründen der Sittlichkeit beruht oder bestimmt ist, wirtschaftliche und soziale Übelstände zu beseitigen.

Deshalb wird man z. B. die Vorschrift des § 138 Abs. 2 über die Nichtigkeit wucherischer Geschäfte auch auf die bereits begründeten durch Wucher erlangten Forderungen¹⁾, die Schutzvorschriften der §§ 617, 618 für Dienstverpflichtete und die aus § 624 sich ergebende Beschränkung langfristiger Dienstverträge auch auf vor 1900 geschlossene Dienstverträge, die Nichtigkeit des Verzichts auf das Kündigungsrecht wegen Gesundheitsgefährlichkeit der Wohnung (§ 544) auch auf die schon früher geschlossenen Mietverhältnisse beziehen müssen²⁾.

2. Der Gesetzgeber wird im allgemeinen bestrebt sein, ein langdauerndes Nebeneinanderbestehen des alten und neuen Rechts tunlichst zu vermeiden. Sind daher Verhältnisse, für die nach den bisher entwickelten Grundsätzen das alte Recht maßgebend bleiben würde, auf lange Dauer berechnet, so wird oft eine Überführung dieser Verhältnisse in das neue Recht angeordnet, ja bisweilen selbst ohne besondere Vorschrift als beabsichtigt anzunehmen sein.

So wird z. B. auf die am 1. Jan. 1900 bestehenden Miet- und Pachtverhältnisse, wenn nicht die Kündigung nach dem Inkrafttreten des **BG** für den ersten Termin, für den sie nach dem alten Recht zulässig ist, erfolgt, von diesem Termin ab das **BG** anwendbar, Art. 171.

Das eheliche Güterrecht der bestehenden Ehen geht zwar nicht von selbst in eines der Güterrechtssysteme des **BG** über; aber den Landesgesetzgebungen ist durch Art. 218 die Ermächtigung zu einer solchen Überleitung erteilt und von diesen in umfassendem Maße benutzt worden.

Außerordnungen von Inhaberschuldverschreibungen werden nach Art. 176 mit dem 1. Jan. 1900 sogar ohne weiteres unwirksam, weil hier wegen der häufig fehlenden oder unlesbaren Datierung das Nebeneinanderbestehen des alten und neuen Rechts besonders gefährlich wäre.

3. Wenn die Anwendbarkeit des neuen Rechts auch nach den allgemeinen Grundsätzen zutreffen würde (oben § 56 I 1 b und 2), so muß sie doch ausnahmsweise ausgeschlossen bleiben:

a) wenn zwischen dem in Betracht kommenden Rechtsverhältnisse des alten und des neuen Rechts tiefgreifende Unterschiede bestehen oder wenn sich diese Unterschiede (wegen Vielgestaltigkeit des Partikularrechts) nicht von

¹⁾ So auch **RGE** 47 S. 103. Das gilt aber keineswegs von allen zwingenden Vorschriften, **RGE** 42 S. 102; 43 S. 25.

²⁾ Dagegen hat **RGE** 46 S. 153f., 57 S. 21 die Vorschrift über Klaglosigkeit des Ehemäxlerlohns nicht auf vor 1900 geschlossene Mäxlerverträge angewandt, weil das Gesetz keine Unsitlichkeit solcher Verträge annehme (?); ebenso ist bezüglich des § 343 (richterliches Ermäßigungsrecht von Vertragsstrafen) erkannt, **RGE** 53 S. 421 (?).

vornherein übersehen lassen und nicht in beiden Fällen überwiegende Gründe einen so tiefen Eingriff in die bestehenden Privatrechte gebieten.

Deshalb bleibt z. B. nach Art. 184 S. 1 für die bestehenden Belastungen von Sachen und Rechten mit Ausnahme der schon oben § 56 genannten Hypotheken, Grundschulden, Erbbaurechte und Grunddienstbarkeiten die Anwendung des neuen Rechts ausgeschlossen.

Nach Art. 181 Abs. 2 bleibt für gewisse sonderrechtliche Gemeinschaftsverhältnisse das frühere Recht anwendbar³⁾.

Nach Art. 182 bleibt das bestehende Stockwerkeigentum nach Maßgabe des früheren Rechts erhalten.

Nach Art. 164 werden die bestehenden Realgemeinden und ähnliche Verbände, mögen sie juristische Personen sein oder nicht, nach dem bisherigen Rechte beurteilt.

b) Die Anwendung des neuen Rechts bleibt ferner ausgeschlossen, wenn sie eine nicht durch überwiegende Gründe gerechtfertigte Härte enthalten würde.

Deshalb sind z. B. die bestehenden, nicht im Grundbuch eingetragenen Grunddienstbarkeiten den Gefahren nicht (oder wenigstens nicht ohne weiteres) unterworfen, die sich aus den Grundsätzen des BG über den öffentlichen Glauben des Grundbuchs ergeben, Art. 187.

Ferner bleiben gewisse bestehende bäuerliche Nutzungsrechte erhalten und den Landesgesetzen unterworfen, Art. 184, 197, obgleich sie im allgemeinen nicht zu den vorbehaltenen Materien gehören und dem BG nicht bekannt sind, also nach der Regel mit dem 1. Jan. 1900 erlöschen sein müßten.

Selbstverständlich kommen diese Gesichtspunkte auch für die Auslegung mit in Betracht.

III. Die vorstehende Darlegung beschränkt sich auf die Grundgedanken und erwähnt einzelnes nur zu deren Erläuterung und Begründung. Die nähere Darlegung der Einzelvorschriften kann nur bei den Rechtsmaterien, auf die sie sich beziehen, erfolgen.

2. Das internationale Privatrecht.*)

§ 58. Begriff und Ursprung.

I. Begriff und Bezeichnungen.

Während die Römer allgemeine Geltung ihres Rechts für den ganzen

³⁾ Über die im Texte angenommene beschränkende Auslegung des Art. 181 Abs. 2 vgl. Pland zu Art. 181, 6 und die daselbst erwähnten Schriftsteller.

^{*)} Savigny VIII §§ 345 ff.; v. Bar, Theorie und Praxis des intern. PrR, 2 Bde. 1889, und Lehrb. d. internat. Privat- und Strafrechts, 1892 u. in Holkenborff-Kohlers Enzyklopädie II S. 225 ff.; Neumann, Internat. Privatrecht, 1896; Riemeyer, Das internat. PrR des BG, 1900; Zitelmann, Internat. PrR, 2 Bde. (1897—1912); Kahn, DogmZ 36 S. 366, 39 S. 1 ff., 40 S. 1 ff., 42 S. 309 ff., 43 S. 299 ff.; v. Bar, Rtschr. f. int. PrR u. StrR 8 S. 177 ff.; Meili, Das internationale Zivil- und Handelsrecht, 2 Bde. 1902; Habicht, Internationales Privatrecht nach d. BG. herausg. v. Greiff, 1907; Zitelmann, Abdruck der 7 Entwürfe über Int. PrR, 1909; Meili u. Kamelof, d. intern. Privat. u. Zivilprozeßr. auf Grundl. der Haager Konventionen, 1911; Fischer, DogmZ 65 S. 125; Riemeyer, z. Vorges. d. Intern. Privat. im BG, 1915; Klein, Studien z. interlokalen PrR 1915; Zitelmann, Fests. f. Bergbohm 1919 S. 207. Von den Materialien kommen namentlich in Betracht der Gehardtsche Entwurf; die Beschlüsse der I. Kommission, welche jetzt als Anhang der Prot. der II. Kommission Bd. VI

Erdbkreis beanspruchten¹⁾ (Weltrechtsprinzip), die Rechte des früheren Mittelalters und namentlich die germanischen Rechte dagegen sich auf die Volks- oder Stammesgenossen beschränkten (Nationalitätsprinzip), bildete sich seit dem späteren Mittelalter allmählich das Territorialitätsprinzip aus, nach dem das Recht für ein bestimmtes Territorium gilt, d. h. für alle Personen, Sachen oder Rechtsverhältnisse, die zu diesem Territorium in einer gewissen Beziehung stehen.

In diesem Sinne gelten die privatrechtlichen Vorschriften der Reichsgesetze für das Deutsche Reich²⁾.

Da aber eine Person, eine Sache, ein Rechtsverhältnis oft zu verschiedenen Rechtsgebieten in Beziehung steht — die Person gehört dem einen Gebiet als Staatsbürger an, wohnt aber in dem anderen: die Sache befindet sich in dem einen, der Eigentümer in dem anderen; die Forderung wird hier begründet und ist dort zu erfüllen — so muß es Regeln über die Anwendungsgrenzen des Rechts verschiedener Gebiete auf die einzelnen Rechtsfragen geben. Diese Regeln bezeichnet man jetzt als internationales Privatrecht³⁾ oder auch als Zwischenprivatrecht⁴⁾. Die frühere Bezeichnung „Lehre von der Statutenkollision“ ist veraltet, da es sich heutzutage mehr um die Anwendungsgrenzen des nationalen Rechts als des Partikularrechts (der Statuten) handelt. Auch „Lehre von der Kollision der Gesetze“ ist nicht ganz zutreffend, da die Anwendungsgrenzen der Rechte nicht nur für die Kollisionsfälle (in denen mehrere Rechte Anwendung fordern), sondern ganz allgemein zu bestimmen sind. Gleichwohl ist die kurze Bezeichnung „Kollisionsrecht“ und für die einzelnen Vorschriften

§. 8ff. veröffentlicht sind, 1888 aber nicht veröffentlicht wurden, weil Fürst Bismarck sich gegen die Ausnahme des internationalen Privatrechts erklärte, und der C II §§ 2236 bis 2265.

¹⁾ Das *jus civile Romanorum* galt allerdings nur für die Römer (in vermögensrechtlicher Beziehung auch für die Latiner); ihm gehörten aber im Justin. Recht nur noch wenige Institute ganz oder teilweise an (väterliche Gewalt, Vormundschaft, Erbfolge, Freilassung). Das *jus gentium* dagegen beanspruchte (was häufig verkannt wird) Weltrechtsgeltung, wie sich aus der in Wahrheit natürlich nicht zutreffenden, ständig wiederkehrenden Behauptung ergibt, es sei das „*jus, quod apud omnes populos peraeque custoditur*“. Daß Rechte der Feinde gleichwohl nicht anerkannt waren, ja die Feinde selbst durch Okkupation zu Sklaven gemacht werden konnten, steht damit nicht in Widerspruch.

²⁾ Außerdem auch in den deutschen Schutzgebieten, Schutzgebietsgesetz in der Fassung v. 10. Sept. 1900 § 3, ferner in den Konsulargerichtsbezirken für die der Konsulargerichtsbarkeit unterworfenen Personen, Konsulargerichtsbarkeitsgesetz v. 7. April 1900 §§ 19 ff., jedoch in beiden Arten von Gebieten mit zahlreichen Ausnahmegestimmungen. Nach gleicher Maßgabe gelten dort auch die in Preußen im bisherigen Geltungsgebiete des Allg. Landrechts in Kraft stehenden allgemeinen Gesetze. Von den (hoffentlich nur vorübergehenden) Verlusten infolge des Pariser Friedens ist hier abgesehen.

³⁾ Der Ausdruck ist freilich wenig passend, da dieses Recht größtenteils staatliches Recht (also nicht international), zu einem anderen Teil Völkerrecht (also nicht Privatrecht) ist.

⁴⁾ Vorgeschlagen von Bittelmann, *Niemeyers* § 27 S. 177.

„Kollisionsvorschriften“⁵⁾, „Grenzvorschriften“, „Anwendungsvorschriften“, „Herrschaftsregeln“ im Gegensatz zu den Rechtsfällen, deren Anwendung sie regeln, den sog. „Sachnormen“, kaum zu entbehren.

II. Staatliches, gemeinsames und völkerrechtliches Kollisionsrecht.

1. Unzweifelhaft kann der Staat bindende Vorschriften darüber treffen, wann seine Gerichte nach dem eigenen, wann sie nach fremdem Recht urteilen sowie welches fremde Recht sie im letzteren Falle anwenden sollen, und in der Tat gehört der bei weitem größte Teil des internationalen Privatrechts dem staatlichen Recht an.

2. Die heutigen Kulturnationen stehen aber nicht zusammenhanglos nebeneinander, sondern bilden infolge ihres regen wirtschaftlichen und geistigen Verkehrs, der Gemeinsamkeit ihrer Bildungselemente und der Übereinstimmung in sittlichen und religiösen Überzeugungen in vielen Beziehungen eine Interessen- und Lebensgemeinschaft, die naturgemäß auch im Rechte und besonders in den mehrere Nationen gleichzeitig berührenden Rechtsfragen eine gewisse Gleichheit der Grundanschauungen zur Folge hat.

Geradezu unentbehrlich sind solche gemeinsamen Prinzipien für die Abgrenzung der verschiedenen Rechte gegeneinander, also für das Kollisionsrecht; auch war ihre Entwicklung sehr erleichtert, weil sie von der Kollisionslehre der Postglossatoren, insbesondere des Bartolus, einen gemeinsamen Ausgangspunkt nahm und weil die Rechte der Kulturnationen auf den gemeinsamen Wurzeln des römischen und des germanischen Rechts beruhten. Freilich haben sich in dieser Weise nur sehr allgemeine Grundzüge gebildet⁶⁾.

Einige wenige dieser Grundsätze sind direkte Vorschriften darüber, welches Recht anzuwenden sei, z. B. daß für die Rechte an Grundstücken das Ortsrecht der belegen Sache entscheide und ebenso, wenngleich mit manchen

⁵⁾ Da es sich nicht um vollständige Rechtsfälle, nicht um Normen (Gebote) handelt (unten § 59), so ist der Ausdruck „Kollisionsnormen“, „Grenznormen“, „Anwendungsnormen“ besser zu vermeiden.

⁶⁾ Je nach der Stellung zu diesen gemeinsamen Grundzügen unterscheidet man die Bearbeiter des internationalen Privatrechts in Internationalisten (namentlich Bar, Pring, Vulmerind, Zitelmann und sehr viele Ausländer) und Nationalisten (Wöhm, Niemeyer, Kahn und zahlreiche Lehrbücher des Privatrechts und Völkerrechts). Allein dieser Gegensatz, der in der vollen durch die Ausdrücke bezeichneten Schärfe wohl kaum je bestanden hat, ist jedenfalls jetzt im Weichen. Daß staatliches Kollisionsrecht besteht, ja heutzutage von überwiegender Bedeutung ist, leugnet kein Internationalist (Bar am wenigsten), und daß es (auch abgesehen von völkerrechtlichen Verträgen gewisse gemeinsame (völkerrechtliche) Grundsätze auf diesem Gebiete gebe, wird auch von einzelnen entschiedenen Nationalisten nicht in Abrede gestellt (vgl. Kahn, DogmZ 40 S. 37 ff.). Freilich haftet diesem wie allem durch die Einwirkung der Wissenschaft und Praxis sich allmählich ausbildenden Rechte eine gewisse Unsicherheit an. Die folgenden Ausführungen des Textes suchen die Bedeutung des nationalen und des internationalen Elementes des Kollisionsrechts schärfer zu präzisieren und dadurch eine Vermittlung anzubahnen.

Beschränkungen auch für Mobilien. Die meisten dagegen sind nur Grenzbestimmungen, welche die einzelnen Staaten bei der Feststellung ihrer Kollisionsvorschriften nicht überschreiten.

Beide Arten beruhen auf einem den Kulturstaaten gemeinsamen Gewohnheitsrecht⁷⁾. Im übrigen aber sind sie verschieden; jene direkten Kollisionsvorschriften sind privatrechtlicher Natur, da sie das Anwendungsgebiet privatrechtlicher Regeln direkt bestimmen⁸⁾; die Grenzbestimmungen für die Feststellung staatlicher Kollisionsvorschriften dagegen gehören dem Völkerrecht an, da sie den Staaten untereinander Verpflichtungen auferlegen⁹⁾. Nach Art. 4 RMV sollen jedoch die allgemein anerkannten Regeln des Völkerrechts ohne weiteres auch als bindende Bestandteile des deutschen Reichsrechts gelten.

3. Das hohe der Zukunft gesteckte Ziel ist eine gleichmäßige Regelung des internationalen Privatrechts aller Kulturstaaten. Dieses Ziel ist nur auf Grund völkerrechtlicher Verträge erreichbar, und nach dieser Richtung war ein wertvoller Anfang gemacht namentlich¹⁰⁾ durch die drei Haager Abkommen vom 12. Juni 1902 zur Regelung des Geltungsbereichs der Gesetze auf dem Gebiete der Eheschließung, zur Regelung der Gesetze und der Gerichtsbarkeit auf dem Gebiete der Ehescheidung und der Trennung von Tisch und Bett, und zur Regelung der Vormundschaft über Minderjährige (RGBl. S. 231 ff.) sowie durch die Haager Abkommen über die Wirkung der Ehe und über die Entmündigung vom 17. Juni 1905. Aber alle diese Verträge mit Ausnahme des Abkommens zur Regelung der Vormundschaft über Minderjährige sind durch den Versailler Friedensvertrag (Knechtungsvertrag) Art. 282 im Verhältnis zu den alliierten und ihren assoziierten Mächten aufgehoben, wie denn überhaupt dieser Vertrag einen ungeheuren kulturellen Rückschritt bedeutet.

⁷⁾ Daß das Gebiet, für das ein Gewohnheitsrecht gilt, sich nicht auf einen einzigen Staat zu beschränken braucht, ist schon oben § 29 II 2 e gezeigt.

⁸⁾ Genauereres darüber unten § 59.

⁹⁾ Beide Arten aber haben eine erhebliche Bedeutung. Sie bilden für jeden Gesetzgeber, der den friedlichen Verkehr der Völker erhalten und fördern will, eine Richtschnur, die er zwar überschreiten kann, aber nur aus ganz zwingenden Gründen überschreiten wird. Namentlich aber sind sie wichtig für die Auslegung und für die Frage der analogen Ausbehnung der staatlichen Kollisionsvorschriften; eine Auslegung, die sich mit ihnen in Widerspruch setzt, wird nur im äußersten Notfalle anzunehmen sein und eine derartige analoge Ausbehnung stets verwerflich erscheinen.

¹⁰⁾ Ferner kommt in Betracht die Berner Übereinkunft über das geistige Urheberrecht v. 9. Sept. 1886 u. die Pariser Zusatzakte v. 4. Mai 1896; revidiert in Berlin am 13. Nov. 1908 und vervollständigt durch das Berner Zusatzprotokoll v. 20. März 1914, wieder in Kraft gesetzt durch Art. 286 des Versailler Friedensvertrages. Das Haager Abkommen über den Zivilprozeß v. 17. Juli 1905 (AusführungsG dazu v. 5. April 1909) bezieht sich nur auf prozessuale Fragen (Rechtshilfe, Prozeßkostenkaution, Armenrecht, Personalhaft). Es ist durch Art. 287 des Versailler Friedensvertrages wieder in Kraft gesetzt; doch nicht gegenüber Frankreich, Portugal und Rumänien.

§ 59. Die Arten der staatlichen Kollisionsvorschriften.

I. Begrenzung eigenen Rechts und Verweisung auf fremdes. Die einzelnen von einem Staate aufgestellten Kollisionsvorschriften können einen verschiedenen Inhalt haben:

1. Der Staat grenzt die Geltung seines eigenen Rechts ab, schreibt also vor, wann dieses anzuwenden sei, wann nicht. Solche Vorschriften sind beschränkende Rechtsätze (oben § 27 I 1 b); sie bilden mit den durch sie abgegrenzten Privatrechtsvorschriften (den heimischen Sachnormen) ein Ganzes, sie vervollständigen diese, indem sie ihre scheinbar allgemeine Fassung auf ihren wahren Inhalt zurückführen¹⁾, sie sind also Abgrenzungen des eigenen Rechts.

2. Der Staat trifft über die Anwendung fremden Rechts eine Bestimmung. Dann liegt nicht ein beschränkender, sondern ein verweisender Rechtsatz vor, eine Verweisung auf fremdes Recht, die dieses anwendbar macht.

3. Abgrenzungen eigenen Rechts und Verweisungen auf fremdes sind bisweilen in derselben Wortfassung verbunden, indem der Gesetzgeber die Voraussetzungen, welche die Anwendung eines bestimmten (inländischen oder ausländischen) Rechts vorschreiben, allgemein festsetzt, so daß scheinbar nur ein einziger Rechtsatz vorliegt. Dann spricht man von „zweiseitigen“, „generellen“ oder „vollkommenen“ Kollisionsvorschriften im Gegensatz zu den „einseitigen“, welche nur die Anwendung des eigenen Rechts begrenzen²⁾.

Freilich darf man die „einseitigen“ nicht (wie vielfach geschieht) als mangelhaft oder gar „pathologisch“ betrachten. Vielmehr wäre es gerade als ein vortrefflicher Rechtszustand zu bezeichnen, wenn alle einzelnen Staaten zunächst nur die Anwendung des eigenen Rechts bestimmten, dabei aber in so vollständiger Harmonie verfahren, daß jeder zugleich die Anwendung der fremden Rechte in den von diesen bestimmten Grenzen vorschreiben könnte und wirklich vorschriebe. Die Kollisionsvorschriften des § I und § II waren fast durchweg zweiseitig. Der Bundesrat aber hat sie fast sämtlich in einseitige verwandelt, also in der Regel nur über die Anwendung deutschen Rechts Bestimmung getroffen, und das ist, trotzdem dadurch die Aufgabe des Richters erschwert wird, nicht zu tadeln (wie vielfach geschehen ist), sondern zu loben, weil dadurch eine völkerrechtliche Verständigung über die Fragen des internationalen Privatrechts erleichtert wird und Eingriffe in solche Rechtsverhältnisse vermieden werden, deren internationalprivatrechtliche Regelung anderen Staaten überlassen bleiben muß³⁾.

II. Der Sinn der Verweisungen.

¹⁾ So beschränkt z. B. der Art. 15 Abs. 1 EG den § 1363 auf folgenden Inhalt: „Das Vermögen der Frau wird durch die Eheschließung der Verwaltung und Nutzung des Manns unterworfen, wenn dieser zur Zeit der Eheschließung ein Deutscher war.“

²⁾ Möglich ist auch, daß mit der Abgrenzung des eigenen Rechts eine Verweisung auf fremdes nur für gewisse Fälle verbunden ist; dann kann man von „unvollständig zweiseitigen“ oder „generellen Kollisionsvorschriften mit Fallbeschränkung“ reden.

³⁾ Das deutsche Recht ist z. B. gewiß nicht berufen darüber zu entscheiden, ob die Gültigkeit einer zwischen zwei Dänen in England geschlossenen Ehe nach dänischem oder englischem Recht zu beurteilen ist.

1. Die Verweisungen auf fremdes Recht können möglicherweise in verschiedenem Sinne erfolgen.

a) Möglich ist, daß der Staat lediglich auf die Sachnormen des betreffenden fremden Rechts ohne dessen zugehörige Kollisionsvorschriften verweisen will. Dann sprechen wir im folgenden von einer Sachnormverweisung.

b) Ebenso möglich ist aber, daß der Staat auf das fremde Recht als Ganzes verweisen will, auf die Sachnormen und Kollisionsvorschriften in ihrer Gesamtheit, auf das infolge dieser Sach- und Kollisionsvorschriften wirklich geltende Recht jenes Staates. In diesem Falle sprechen wir im folgenden von „Gesamtverweisung“.

2. Im Zweifel, also namentlich, wenn der Gesetzgeber einfach auf das fremde Recht verweist, ist eine Gesamtverweisung anzunehmen. Die Kollisionsvorschriften des Staates, auf dessen Recht verwiesen wird, sind so gut Recht dieses Staates als seine Sachnormen, und seine Sachnormen sind es nur in den durch die Kollisionsvorschriften gesetzten Grenzen. Der auf ein bestimmtes Recht verwiesene Richter hat also dieses Recht einschließlich seiner Kollisionsvorschriften und nur in den durch diese gesetzten Grenzen anzuwenden. Eine Sachnormverweisung wird, solange eine andere Deutung möglich ist, nicht angenommen werden dürfen; denn sie reißt die Sachnorm und die zugehörige Kollisionsvorschrift auseinander, obgleich beide doch nur in ihrer Verbindung zu wirken bestimmt waren; sie zwingt den Richter nicht selten, ein Recht anzuwenden, das (ohne die Verweisung) überhaupt nicht existiert und dessen Anwendbarkeit die Parteien, als sie das zu beurteilende Rechtsverhältnis begründeten, nicht voraussehen, auf das sie also auch nicht Rücksicht nehmen konnten. Sie führt so zu Unbilligkeiten und Willkürlichkeiten, die wir einem vernünftigen Gesetzgeber nicht ohne Not zutrauen dürfen (darüber im folgenden Paragraphen). Verweisungen sind also, wo nur immer möglich, als Gesamtverweisungen aufzufassen⁴⁾.

Das dänische Recht erklärt für die Eheschließung das Recht des Wohnsitzes der Eheschließenden für maßgebend. Ein dänisches Gesetz, welches ein Ehehindernis aufstellt, trifft also über die von zwei in England wohnhaften Dänen in England geschlossene Ehe überhaupt keine Bestimmung. Eine Kollisionsvorschrift, die uns auf dänisches Recht

⁴⁾ Erfreulicherweise hat sich auch das RG meiner Ansicht angeschlossen und auch den Ausdruck „Gesamtverweisung“ aufgenommen, RG (IV) 78 S. 236 ff.: „Das Reichsgericht trägt kein Bedenken auszusprechen, daß der deutsche Richter, wenn er überhaupt zur Anwendung des fremden Rechts berufen wird, dieses fremde Recht grundsätzlich auch in vollem Umfange, mithin nicht bloß seine Sachnormen, sondern auch seine Kollisionsvorschriften anzuwenden hat.“ „Die Ansicht, daß jede Verweisung auf fremdes Recht im Zweifel und grundsätzlich als Gesamtverweisung zu verstehen ist, liegt bereits den Urteilen des Senats in den E. d. RGs Bd. 62 S. 404 und in der Sache Reg. IV 292/10 v. 29. Dez. 1910 zugrunde.“ Ebenso RG 91 S. 141. Dagegen Beer, Festschr. f. Bittelmann (1913).

verweist, kann also nicht dahin verstanden werden, daß wir jenes Ehehindernis auf diesen Fall doch beziehen sollen. Das hieße nicht dänisches Recht anwenden, sondern einen ganz neuen, bisher nirgends in der Welt existierenden Rechtsatz aufstellen, den Rechtsatz, daß außerhalb Dänemarks wohnhafte Dänen unter den betreffenden Umständen keine gültige Ehe schließen könnten.

III. Aus der Erkenntnis, daß die staatlichen Kollisionsvorschriften nichts anderes sind, als Abgrenzungen heimischen Rechts (beschränkende Rechtsätze) und Verweisungen auf fremdes, ergibt sich ohne weiteres die Entscheidung für eine Reihe von zum Teil sehr bestrittenen Zweifelsfragen.

1. Das Kollisionsrecht ist, soweit es die Anwendung von Privatrecht regelt, selbst Privatrecht⁵⁾, während die Kollisionsvorschriften über öffentliches Recht, z. B. über Strafrecht, dem öffentlichen Recht angehören. Das privatrechtliche Kollisionsrecht der Landesgesetze ist daher durch Art. 55 aufgehoben⁶⁾. Nur für die dem Landesrecht vorbehaltenen Rechtsmaterien bleiben ihre besonderen Kollisionsvorschriften (deren sehr wenige sein werden) bestehen, während im übrigen auch für sie das neue Kollisionsrecht in Geltung tritt (oben § 14 II 1, 2).

2. Die Kollisionsvorschriften an sich sind weder zwingend noch ergänzend, sondern Begrenzungen zwingender oder ergänzender Rechtsätze oder Verweisungen auf die einen oder anderen. Vereinbarungen der Parteien über Anwendbarkeit eines bestimmten Rechts sind daher nur insoweit gültig, als sie nicht zwingende Sachnormen außer Anwendung setzen⁷⁾.

3. Die Übergangsvorschriften des EG beziehen sich nicht auf die Sachnormen allein, sondern auf diese mit den zugehörigen Kollisionsvorschriften, d. h. auf die Sachnormen, in ihrer durch Begrenzungen und Verweisungen bestimmten wirklichen Geltung. Sind also neben den örtlichen auch die zeitlichen Anwendungsgrenzen in Frage, so ist immer zuerst zu entscheiden, ob altes oder neues, erst dann, welches Territorialrecht zur Anwendung komme⁸⁾.

⁵⁾ Vgl. auch das Beispiel oben Anm. 1. Das Gesagte gilt aber nicht von den völkerrechtlichen Grundsätzen über die von den einzelnen Staaten bei der Aufstellung ihrer Kollisionsvorschriften zu beobachtenden Grenzen, oben § 58 II. Die privatrechtliche Natur des die Anwendung des Privatrechts regelnden Kollisionsrechts ist vorherrschende Meinung; abweichend jedoch insbesondere Zitelmann, Riedner, Crome, Göppert, Pfaff und Hofmann. Affolter erklärt sie für ein Recht sui generis, das weder öffentliches noch Privatrecht sei.

⁶⁾ So ganz richtig mit der herrschenden Meinung auch Crome I § 26, der aber gleichwohl das Kollisionsrecht für öffentliches Recht erklärt (§ 27 Anm. 6).

⁷⁾ Unterwirft sich ein Schuldner für ein nach deutschem Recht zu beurteilendes Schuldverhältnis einem fremden Recht, so findet also, auch wenn dieses Recht Zinsezinsen zubilligt, das deutsche Verbot der Zinsezinsen Anwendung.

⁸⁾ So auch (freilich mit sehr verschiedenen Begründungen) die vorherrschende Meinung, insbesondere Habicht, Einwirkung des BG, 2. Aufl. S. 57 ff., u. Zitelmann, DogmZ 42 S. 189 ff.; RG in JurW 1901 S. 452 und 1902 S. 44; RG in Zeitschr. f. internat. PrR u. öffentl. R. 12 S. 618; DLGE 8 S. 12; abweichend Riedner im Recht 1900 S. 250 ff.,

4. Die Kollisionsvorschriften des EG sind selbstverständlich Reichsrecht. Mithin ist nach ZPO § 549 die Revision zulässig, wenn das fremde Recht zu Unrecht für anwendbar oder für nicht anwendbar erklärt ist. Daraus aber, daß die (mit Recht angenommene) Anwendung des ausländischen Rechts den Inhalt des ausländischen Rechts verletzete, kann die Revision nicht gegründet werden⁹⁾.

§ 60. Die deutschen Kollisionsvorschriften und ihre Ergänzung.

I. Abgrenzung des deutschen Rechts.

1. Die Kollisionsvorschriften des EG Art. 7—31 bestimmen zum großen Teil nur, wann deutsches Recht anzuwenden sei, sind insoweit also Abgrenzungen eigenen Rechts¹⁾. Daß sie so gut wie jede andere Rechtsvorschrift Gegenstand analoger Ausdehnung sein können, ist selbstverständlich.

2. Eine ganz andere Frage aber ist, ob ihnen durch Analogie eine direkte Verweisung auf die Sachnormen bestimmter anderer Rechte zu entnehmen ist. Diese für die Behandlung des deutschen Kollisionsrechtes grundlegende Frage ist mehrfach bejaht worden²⁾. Sie muß aber verneint werden, weil von der Abgrenzung des eigenen Rechts kein Analogieschluß auf die nach Inhalt und Bedeutung davon sehr verschiedenen Sachnormverweisungen (oben § 59) zulässig ist, ferner weil ein solcher Analogieschluß der Entstehungsgeschichte der deutschen Kollisionsvorschriften widerspricht, endlich wegen der unannehmbaren Ergebnisse, zu denen er führen würde.

a) Ein Gesetzgeber, der Sachnormen aufstellt, hat diese gewiß auch zu begrenzen und dadurch zu vollständigen Rechtsätzen zu machen. Keineswegs aber hat er im all-

der zuerst die Frage des örtlichen Rechts entscheiden lassen will, und Kahn, DogmZ 43 S. 326, der die neuen Kollisionsnormen als authentische Interpretation des bisherigen Rechts mit rückwirkender Kraft auffassen will. Das im Texte Gesagte ergibt sich unmittelbar daraus, daß die Abgrenzungen und Verweisungen eben nur unselbständige Teile der abgegrenzten oder durch Verweisung anwendbar gemachten (alten oder neuen) Rechtsätze sind.

⁹⁾ So auch das RG in ständiger Rechtsprechung, RGZ 2 S. 13; 6 S. 393 u. 412; 10 S. 115 u. 172; 38 S. 273; 57 S. 144; 78 S. 49. Anderer Ansicht P. Klein, ZPPR 13 S. 353ff. und Reubeder S. 36, aber schwerlich mit Recht; denn § 549 ZPO erklärt die Revision nur bei „Reichsgesetzen“ oder bei „Gesetzen, deren Geltungsbereich sich über den Bezirk des Berufungsgerichts hinaus erstreckt“ für zulässig also nicht bei ausländischem Recht; denn solches wird dadurch, daß die deutsche Kollisionsvorschrift darauf verweist, kein Reichsrecht, soll vielmehr nur als ausländisches Recht bei uns angewandt werden. Auch der Grundgedanke des § 549 spricht dagegen. Die Aufgabe, die einheitliche Auslegung und Fortbildung des Rechts zu wahren, wird nur so weit als nötig in die Hände des Reichsgerichts gelegt, mithin nicht, wenn der fragliche Rechtsatz nur in einem Oberlandesgerichtsbezirk gilt, da dann das betreffende Oberlandesgericht jene Einheit zu wahren imstande ist; aber auch nicht bezüglich des ausländischen Rechts, da jene Aufgabe dem fremden höchsten Gerichtshofe überlassen bleiben kann.

¹⁾ So Art. 7 Abs. 3, Art. 8, 9, 10, 12, 13 Abs. 3, 14, 15 Abs. 1, 16, 18, 19, 20, 22, 24 Abs. 1.

²⁾ Am schärfsten von Riemeyer a. a. O., dem sich die meisten Lehrbücher und Kommentare angeschlossen haben. Dagegen vgl. besonders Neumann a. a. O. und v. Bar in dem zuletzt zitierten Aufsätze.

gemeinen die Aufgabe, auch die Anwendungsgrenzen der verschiedenen fremden Rechte festzustellen. Wie läme der deutsche Gesetzgeber dazu, seinerseits zu bestimmen, nach welchem Rechte eine von zwei Dänen in England abgeschlossene Ehe zu beurteilen sei! Diese Frage wird er verständigerweise, sei es dem dänischen, sei es dem englischen Rechte (darüber später) überlassen, und wenn diese übereinstimmend das englische Recht als maßgebend betrachten, was in aller Welt könnte dann den deutschen Gesetzgeber bestimmen, umgekehrt die Anwendung dänischen Rechts zu befehlen und dadurch jede vernünftige Berechnung der Parteien, die sich auf englisches Recht eingerichtet haben, willkürlich zu durchkreuzen?!

b) Der Bundesrat hat die deutschen Kollisionsvorschriften entgegen dem Gebhardtschen Entwurf, entgegen den damals nicht veröffentlichten Beschlüssen der ersten Kommission und dem E II zum großen Teil auf die Abgrenzung des deutschen Rechts beschränkt. Darin zeigt sich deutlich das Bestreben, im Interesse des internationalen Friedens unerwünschte Eingriffe in solchen Fragen möglichst zu vermeiden, welche die Deutschen und das deutsche Gebiet nur nebensächlich berühren. Damit aber sind Sachnormverweisungen mit ihren unvermeidlichen Eingriffen in die natürliche Rechtssphäre der fremden Richter (siehe das Beispiel unter a) unvereinbar.

c) Endlich führt die gegnerische Ansicht zu unannehmbaren Ergebnissen, wie das schon erwähnte Beispiel zeigt: Zwei in London wohnhafte Dänen schließen dort eine Ehe, der nach englischem Recht kein Hindernis entgegensteht. Nach dänischem Recht bestände zwar ein solches, kommt aber nicht in Betracht, weil das dänische Recht das Recht des Wohnsitzes, also hier englisches Recht für maßgebend erklärt. Die Ehe ist also nach englischem und dänischem Recht gültig. Der deutsche Richter aber müßte, wenn man aus der Vorschrift des Art. 13 Abs. 1 die Anwendung der dänischen eherechtlichen Sachnormen auf die Eheschließung der Dänen herleiten wollte, die Ehe für nichtig, die Kinder für uneheliche, die Frau für eine Konkubine erklären(!). Wer solche, jedem Gerechtigkeitsgefühl hohnsprechende Ergebnisse (seiner Theorie zuliebe) hinzunehmen bereit ist, der möge nur denken, daß es sich um seine eigenen Kinder, seine eigene Ehefrau handelt. Dann wird er vielleicht empfinden, daß eine solche Vorschrift, vom Gesetzgeber mit Bewußtsein getroffen, geradezu frevelhaft sein würde und daß ein Analogieschluß, der zu solchen Ergebnissen führt, als ungeheuerlich bezeichnet werden muß.

3. Ein anderer Analogieschluß aus den einseitigen Kollisionsvorschriften ist aber allerdings gestattet. Indem der Gesetzgeber in gewissen Fällen deutsches Recht für anwendbar erklärt, zeigt er, daß er für diesen Fall die Bestimmung des anwendbaren Rechts für sich in Anspruch nimmt. Was er aber für sich in Anspruch nimmt, das wird er, wenn nicht besondere Umstände einem solchen Schluß im Wege stehen³⁾, nach der zwischen allen Kulturstaaten bestehenden Interessengemeinschaft auch anderen Staaten in dem entsprechenden Falle zuzugestehen geneigt sein. Indem der deutsche Gesetzgeber z. B. das für die Eheschließung der Inländer maßgebende Recht (gleichviel wie) bestimmt, spricht er zugleich das höhere Prinzip aus, daß der Heimatsstaat das maßgebende Eherecht zu bestimmen habe, der Richter also das von dem Heimatsstaat der Eheschließenden bestimmte Recht zu respektieren habe⁴⁾.

In dem oben besprochenen Beispiel sollen also die dänischen Vorschriften darüber, welches Recht anzuwenden sei, m. a. W. die dänischen Kollisionsvorschriften maß-

³⁾ Insbesondere kann es sein, daß eine Bestimmung lediglich den Schutz der deutschen Reichsangehörigen bezweckt.

⁴⁾ Vgl. auch RGE 64 S. 392 ff.

gehend sein; der Richter wird auf diese verwiesen⁵⁾. Diese aber erklären das Recht des Domizils, also das englische Recht für anwendbar. Die Ehe ist daher gültig.

II. Die deutschen Verweisungen auf fremdes Recht.

Einige Vorschriften des EG verweisen ausdrücklich auf fremdes Recht⁶⁾. So bestimmt namentlich Art. 7 Abs. 1: „Die Geschäftsfähigkeit einer Person wird nach den Gesetzen des Staates beurteilt, dem die Person angehört.“ Allein diese Vorschrift und ebenso die übrigen Verweisungen sind, wie schon oben § 59 II gezeigt ist, nicht als Sachnormverweisungen, sondern als Gesamtverweisungen aufzufassen. Unter den Gesetzen, d. h. dem Recht, auf das verwiesen wird, ist dieses Recht in seiner Gesamtheit, also mit Einschluß seiner Kollisionsvorschriften zu verstehen. Dafür spricht einmal der Wortlaut, denn die Kollisionsvorschriften sind so gut Recht jenes Staates, wie seine Sachnormen⁷⁾; dafür spricht ferner die Zusammengehörigkeit der Sachnormen und der sie beschränkenden Vorschriften; dafür sprechen alle oben unter I 2a—c entwickelten Gründe und ganz besonders, daß auch hier die Annahme von Sachnormverweisungen zu ganz unannehmbaren Ergebnissen führen würde.

Wenn der Staat A die Volljährigkeit mit 25 Jahren eintreten läßt, aber für die Volljährigkeit das Recht des Wohnsitzes für maßgebend erklärt und nun ein 22jähriger Angehöriger des Staates A seinen Wohnsitz im Staate B (nach dessen Recht ebenfalls der Wohnsitz entscheidet) genommen und dort ein Geschäft geschlossen hat, so ist dieses Geschäft, wenn der Staat B die Volljährigkeit schon mit 21 Jahren eintreten läßt, nach A'schem wie nach B'schem Recht zweifellos gültig geschlossen. Der deutsche Richter aber müßte es, wenn er aus irgendeinem Grunde die Gültigkeit zu prüfen hat, bei der Auffassung des Art. 7 Abs. 1 als einer Sachnormverweisung gleichwohl für nichtig erklären⁸⁾. Fassen wir dagegen die Verweisungen als Gesamtverweisung auf, so kommt allerdings auch das A'sche Recht zur Anwendung; aber die Bestimmung, daß im A'schen Gebiete wohnhafte Personen mit 25 Jahren volljährig werden, bezieht sich auf unseren Fall nicht, wohl aber die Bestimmung des A'schen Rechts, nach der für im Auslande wohnhafte Per-

⁵⁾ Diese Verweisung auf die fremden Kollisionsvorschriften ist natürlich identisch mit einer Gesamtverweisung, da durch die fremden Kollisionsvorschriften auch die nach ihnen maßgebenden Sachnormen in den durch jene bestimmten Grenzen anwendbar werden.

⁶⁾ Allgemeine Verweisungen auf fremdes Recht enthalten nur die Art. 7 Abs. 1, 17 und 21. Sechs andere verweisen auf fremdes Recht unter der besonderen Voraussetzung, daß der Ausländer später die Reichsangehörigkeit erwirbt (Art. 7 Abs. 2, 15 Abs. 2, 24 Abs. 3) oder (bei Erbfolge), daß er im Inlande seinen Wohnsitz hat (Art. 25) oder daß der deutsche Erblasser im Auslande gestorben ist (Art. 24 Abs. 2) oder (bei der Eheschließung) daß der andere Verlobte ein Deutscher ist (Art. 13 Abs. 1). Der Art. 11 Abs. 1 Satz 2 endlich verweist nur in dem Sinne auf fremdes Recht, daß die Beobachtung der Formen des fremden Rechts auch genügen soll.

⁷⁾ Die früher vorherrschende Ansicht deutete umgekehrt die Verweisungen des EG als Sachnormverweisungen. Man behauptet (vgl. z. B. Sabicht S. 27f.), wo in dem Art. 7ff. auf fremde „Gesetze“ verwiesen werde, seien nur Sachnormen gemeint, während der Ausdruck „Recht“ auch die Kollisionsvorschriften mitumfasse; und doch bestimmt Art. 2 ausdrücklich „Gesetz im Sinne dieses Gesetzes ist jede Rechtsnorm“. Dagegen das im Texte Gesagte und RGZ 78 S. 236.

⁸⁾ Der Abs. 2 des Art. 7 kommt für diesen Fall nicht in Betracht; denn er verhütet nur den Verlust der erworbenen Volljährigkeit. Über den Erwerb entscheidet lediglich der Abs. 1, und nach diesem müßte bei Annahme einer Sachnormverweisung die Volljährigkeit von dem deutschen Richter als noch nicht erworben behandelt (weggingiert!) werden.

tionen das Recht des Auslandes, also hier das B'sche Recht anzuwenden sei. Nach dieser Vorschrift des A'schen Rechts ist also das Geschäft gültig.

Diesen überwiegenden Gründen gegenüber kann es nicht in Betracht kommen, daß die zweite Kommission allerdings der Meinung gewesen ist, die von ihr formulierten Verweisungen seien nur Sachnormverweisungen⁹⁾. Denn im Gesetz ist diese Auffassung durchaus nicht zum Ausdruck gekommen. Auch dem Reichstage ist sie in keiner Weise zur Kenntnis gebracht. Ob der Bundesrat bei seiner Beschlußfassung sie teilte, ist gänzlich ungewiß¹⁰⁾, ja bei seinem unzweifelhaften Streben, Eingriffe in die Rechtsphäre anderer Staaten tunlichst zu vermeiden, sogar höchst unwahrscheinlich. Sind aber die gesetzgebenden Faktoren von einer solchen Auffassung sicher oder wahrscheinlich nicht ausgegangen und hat sie auch im Gesetz keinen Ausdruck gefunden, so kann selbst jemand, der sonst die Gesetzesmaterialien über Gebühr bewerten möchte¹¹⁾, hier den Protokollen und den Meinungen der Kommissionsmitglieder keinerlei entscheidende Bedeutung beilegen¹²⁾.

III. Die sog. Weiterverweisung und Rückverweisung.

1. Von Weiterverweisung sprechen wir, wenn das Recht, auf das der deutsche Richter verwiesen wird, selbst wieder ein drittes Recht für anwendbar erklärt. Daß sie zu beachten ist, haben die bisherigen Erörterungen ergeben (oben I 2 u. 3)¹³⁾.

So war in dem mehrfach besprochenen Beispiel das englische Recht anzuwenden, weil die deutsche Kollisionsvorschrift das dänische Recht und also auch die dänische, das englische Recht anwendbar machende Kollisionsvorschrift für maßgebend erklärt. Auch hier ist es also in letzter Linie die deutsche Kollisionsvorschrift, auf der die Anwendung jenes dritten (des englischen) Rechts beruht.

2. Eine Schwierigkeit aber entsteht im Falle der sog. Rückverweisung, d. h. wenn das Recht, auf welches die deutsche Kollisionsvorschrift verweist, wieder das deutsche Recht für maßgebend erklärt.

Es handelt sich z. B. um die Beerbung eines Bürgers der Vereinigten Staaten von Nordamerika, der im Deutschen Reich seinen Wohnsitz hatte¹⁴⁾. Nach Art. 25 S. 1 würde amerikanisches Recht entscheiden; allein nach diesem ist das Recht des Wohnsitzes, also das deutsche Recht maßgebend.

Die hier entstehenden Zweifel hat Art. 27 abgeschnitten, indem er in derartigen Fällen das deutsche Recht für anwendbar erklärt, also die Rückverweisung als wirksam anerkennt¹⁵⁾.

⁹⁾ Nach Prot. IV S. 20 bestand Einverständnis darüber, daß, wenn das inländische Recht auf die Anwendung fremden Rechts verweise, damit lediglich auf die materiellen Normen dieses Rechts verwiesen sein solle“ (unter materiellen Normen sind hier wohl die Sachnormen gemeint).

¹⁰⁾ Der Bundesrat hat seinen einschneidenden Veränderungen keinerlei Begründung beigegeben und über die Gründe seiner Beschlüsse ist nichts bekannt.

¹¹⁾ Aber das richtige Maß einer solchen Bewertung oben § 50.

¹²⁾ Gleichwohl debuzieren zahlreiche Schriftsteller wesentlich aus den Meinungen der ersten und zweiten Kommission, vgl. z. B. Bland zu Art. 27, 4.

¹³⁾ Übereinstimmend RGZ 78 S. 236 ff., da sich die Beachtung der Weiterverweisung aus der Auffassung der Verweisungen als Gesamtverweisungen ohne weiteres ergibt; im wesentlichen zustimmend ferner Dernburg I S. 97; v. Bar, Böhms B 8 S. 177; Neumann zu Art. 27; Melchior, JurW 1925 S. 1571 ff.; im Prinzip auch Habicht S. 216, jedoch mit Ausnahmen, die sich aus der Richterwähnung der Weiterverweisung in Art. 27 ergeben sollen (dagegen unter Anm. 18).

¹⁴⁾ Noch andere Beispiele bei Riemeyer, JPr. im Entw. S. 26 u. 27 u. JPr. des BG S. 75 ff.

¹⁵⁾ Die Verweisung auf fremdes Recht ist also nicht dahin aufzufassen, daß das eigene

Zwar spricht der Artikel dies ausdrücklich nur für fünf Fälle aus (Art. 7 Abs. 1; 13 Abs. 1; 15 Abs. 2; 17 Abs. 1; 25); allein diese fünf Fälle sind die einzigen, in denen das Gesetz ausdrücklich und ohne besondere Beschränkungen die Anwendung ausländischen Rechts vorschreibt. Wir dürfen also a fortiori schließen, daß, wo das ausländische Recht ohnehin nicht allein, sondern nur in Beschränkung durch deutsches Recht wirken soll, die Rückverweisung auf deutsches Recht um so gewisser beachtet werden muß¹⁶⁾, und dasselbe gilt natürlich von den Fällen, in denen die Anwendbarkeit fremden Heimatrechts nur stillschweigend vorausgesetzt oder durch Analogie zu schließen ist¹⁷⁾.

3. Ganz wie im Falle der einfachen Rückverweisung müssen die deutschen Sachnormen auch dann Anwendung finden, wenn das infolge von Weiterverweisung geltende dritte Recht auf das deutsche zurückverweist.

4. Endlich kann es vorkommen, daß das infolge von Weiterverweisung geltende Recht auf das weiterverweisende zurückverweist, z. B. das deutsche Recht verweist auf das dänische, dieses auf das französische und das französische wieder auf das dänische. Dann wird zu fragen sein, ob nicht (wie für das deutsche nach Art. 27) auch für das dänische anzunehmen ist, daß es dem fremden (französischen) Recht nur den Vorrang vor dem eigenen einräumen wollte (oben Anm. 15), und das dürfte im Zweifel zu bejahen sein; es sind also die dänischen Sachnormen anwendbar. Wäre aber diese Frage zu verneinen, so würde es für diesen Fall an einer brauchbaren Kollisionsvorschrift überhaupt fehlen und diese Lücke nach den gleichen Grundfällen wie andere Lücken des Kollisionsrechts auszufüllen sein.

IV. Ergebnisse.

1. Die einseitigen Kollisionsvorschriften des GG sind durch Analogie dahin zu erweitern, daß das deutsche Recht, wo es die Feststellung des maßgebenden Rechts für sich beansprucht, im entsprechenden Falle auch dem Auslande die Bezeichnung des maßgebenden Rechts überlassen will, insofern also stillschweigend auf ein bestimmtes ausländisches Recht verweist.

2. Wenn die deutschen Kollisionsvorschriften ausdrücklich oder stillschweigend auf fremdes Recht verweisen, so ist das dahin zu verstehen, daß auf das betreffende Recht in seiner Gesamtheit verwiesen wird, also einschließlich seiner Kollisionsvorschriften; die sog. Weiterverweisung ist also zu beachten¹⁸⁾.

für völlig unanwendbar erklärt werde (in welchem Fall bei Rückverweisung eine Lücke eintreten würde), sondern nur dahin, daß dem fremden Recht der Vorrang eingeräumt werde.

¹⁶⁾ So auch die vorwiegende Meinung, z. B. Pland, Dernburg, Bar, Meili, Neumann, Habicht. Richtig hebt Niemeyer hervor, daß man bei Nichtbeachtung der Rückverweisung bezüglich des Art. 23 geradezu in Widerspruch mit Art. 7 Abs. 1 geraten würde. Dagegen kann ich seiner Interpretation des Art. 21 (S. 29) nicht zustimmen. Beachten wir eine Rückverweisung des ausländischen Heimatrechts der Mutter auf deutsches Recht, so sind auch die größeren Ansprüche des Kindes und der Mutter, die etwa das deutsche Recht anerkennt, begründet, was ich im Gegensatz zu Niemeyer aus dem oben angeführten Grunde annehme. Wer hierin anderer Ansicht ist, wird eine Ausnahme von dem im Texte erwähnten Prinzip annehmen müssen. (Was Niemeyer hiergegen in ZPr des BG S. 84 Anm. 1 repliziert, ist m. E. nicht zutreffend. Wenn das Gesetz ausspricht, daß die ausländische Mutter nicht besser gestellt sein solle als die Deutsche, so folgt daraus keineswegs, daß sie nicht ebensogut gestellt sein soll.) Daß der Art. 10 im Art. 27 nicht erwähnt ist, erklärt sich schon daraus, daß bei Vereinen, die im Auslande ihren Sitz haben, eine Rückverweisung auf deutsches Recht schwerlich vorkommen kann.

¹⁷⁾ Vgl. auch RGZ 78 S. 507. und oben § 59 Anm. 4. Aus besonderen Gründen kann ausnahmsweise die Rückverweisung unbeachtlich sein, z. B. in Falle des Art. 11 Abs. 1 S. 2; aber sie wird hier auch kaum vorkommen.

¹⁸⁾ Kein Gewicht ist darauf zu legen, daß der Art. 27, der die Beachtung der Rück-

3. Ebenso ist nach Art. 27 die Rückverweisung auf deutsches Recht zu beachten und nach Analogie dieser Vorschrift auch die Rückverweisung zwischen fremden Rechten, die nach unseren Kollisionsvorschriften für den Richter in Betracht kommen.

4. Lücken der deutschen Kollisionsvorschriften sind nach Analogie des ausgebildeten Kollisionsrechts und nach der Natur der Sachnormen, um deren Geltungsbereich es sich handelt, auszufüllen. Unter Umständen kann auch allgemeines Gewohnheitsrecht der Kulturstaaten (oben § 58 II 2) in Betracht kommen¹⁹⁾ oder aus völkerrechtlichen Vorschriften ein Schluß gezogen werden.

§ 61. Die leitenden Gedanken des Kollisionsrechts.

I. Geschichtliches.

Die ältere, in einigen Grundzügen schon von Bartolus entwickelte, dann namentlich von den französischen¹⁾ und niederländischen Juristen weiter ausgebildete Theorie ging davon aus, daß sich die Person einem bestimmten Recht stillschweigend unterwerfe und zwar in bezug auf ihre Person den Gesetzen, die am Wohnsitz der Person gelten (sog. *statuta personalia*), in bezug auf das Immobilienrecht dem Recht der belegenen Sache (*statuta realia*), in bezug auf Handlungen dem Recht des Ortes, wo sie vorgenommen werden (*statuta mixta*). Die beweglichen Sachen behandelte man als Zubehör der Person (*mobilia personam sequuntur; mobilia ossibus inhaerent*) und unterstellte sie demnach dem Personalstatut.

Das Verdienst, die Unhaltbarkeit dieser Lehre nachgewiesen zu haben, gebührt Wächter, der aber für seine eigene Theorie, der Richter habe stets das heimische Recht anzuwenden, wenn dieses nicht ausnahmsweise die Anwendung des fremden ausdrücklich oder stillschweigend gestatte, mit Recht wenig Zustimmung fand.

Die Grundlagen des neueren Kollisionsrechts hat Savigny geschaffen. Er erkannte, daß die Kulturstaaten der Neuzeit eine Verkehrs- und Rechtsgemeinschaft bilden, der für die Ausbildung des Kollisionsrechts eine große Bedeutung beizumessen; und er stellte den Satz auf, daß die einzelnen Rechtsverhältnisse demjenigen territorialen Recht unterstehen müssen, in dem sie ihren Sitz haben“. Freilich ist „Sitz des Rechtsverhältnisses“ nur ein unklares Bild, auch die Formulierung deshalb nicht zutreffend, weil oft das-

verweisung anordnet, über die Weiterverweisung schweigt; denn das EG beschränkt sich in der Hauptsache überhaupt auf die Feststellung, wann deutsches Recht anzuwenden sei. Das vielfach gezogene *argumentum e contrario*, daß hier durch Schweigen die Anwendung eines dritten fremden Rechts ausgeschlossen sei, ist also unzulässig. Daß die Absicht der II. Kommission und des Gehardtschen Entwurfs, die allerdings dahin ging, die Weiterverweisung auszuschließen, nicht in Betracht kommen kann, ist schon oben gezeigt.

¹⁹⁾ So wird z. B., obgleich das EG darüber wenigstens ausdrücklich nichts bestimmt, ohne weiteres anzunehmen sein, daß für das Immobilienrecht das Recht der belegenen Sache entscheidet.

¹⁾ Namentlich von d'Argentré (Mitte des 16. Jahrh.). Über die Anfänge der Entwicklung des intern. PrR bei den Glossatoren vgl. Reumeyer, Entwicklung des Int. Pr. u. Strafr. bis Bartolus 2 Bde. 1901 u. 1916.

selbe Rechtsverhältnis bezüglich verschiedener Fragen nach verschiedenen Rechten zu beurteilen ist. Die Neuzeit ist bestrebt, diese Mängel auszugleichen.

II. Grundgedanken. Der Herrschaftsbereich des Staates ist ein doppelter. Der Staat herrscht einerseits über die ihm angehörigen Personen (Personalhoheit), andererseits über das Gebiet und in dem Gebiete, das ihm angehört (Gebietshoheit), und was von seiner Herrschaft im allgemeinen gilt, das gilt auch von der Gesetzgebung. Wollte er indes seine Gesetzgebung schrankenlos nach beiden Richtungen ausüben, so müßte das in allen den sehr zahlreichen Fällen zur Kollision mit anderen Staaten führen, in denen in irgendwelcher Weise Personen oder Gebiete berührt werden, die verschiedenen Staaten angehören, es sei denn, daß etwa zufälligerweise die betreffenden Rechtsnormen jener Staaten materiell übereinstimmen. Ein solcher Krieg auf privatrechtlichem Gebiete, bei dem schließlich jeder Staat so weit die Oberhand behalten würde, als zufällig im Einzelfalle seine tatsächliche Macht reicht, würde aller Gerechtigkeit widersprechen und ferner den Rechtsnormen jedes Staates die Rechtshilfe anderer Staaten auch da entziehen, wo überwiegende Interessen diese Rechtshilfe fordern. Deshalb wird:

1. der Staat wohl tun, die Anwendbarkeit seiner Rechtsnormen, sobald der persönliche oder gebietliche Herrschaftsbereich eines anderen Staates mitberührt wird, auf diejenigen Rechtsverhältnisse oder Rechtsfragen zu beschränken, deren Zusammenhang mit seinem eigenen persönlichen oder räumlichen Herrschaftsbereich der stärkere und deshalb entscheidende ist²⁾.

2. Ein dementsprechendes Verhalten der Staaten braucht darum noch nicht völkerrechtlich geboten zu sein; aber es ist zweckmäßig und eine vernünftige Lösung der aus dem Nebeneinanderbestehen der Staaten erwachsenden Schwierigkeiten. Da nun die Frage, welchen Anwendungsbereich die Rechtsgebote des Staates haben sollen, eine Auslegungsfrage ist, so muß, soweit ein anderer Wille des Gesetzgebers nicht erkennbar ist, angenommen werden, daß der Gesetzgeber das Anwendungsgebiet seiner Normen in dieser zweckmäßigen und vernünftigen Weise habe bestimmen wollen. Mit anderen Worten: Soweit erkennbare besondere Kollisionsvorschriften nicht existieren, ist das Recht desjenigen Staates anzuwenden,

²⁾ Abweichend betrachtet Zitelmann die Personalhoheit als „die stärkere Gewalt“, welche „hinter der Gebietshoheit nur so weit zurücktritt, als die allgemeine öffentliche Ordnung des Auslandsstaates es fordert“. „Die Gewalt des Gebietsstaates beschränkt sich auf das für seine Wohlfahrt erforderliche Minimum“ (S. 98). Das ist m. E. eine *petitio principii*, die auch zu nicht unbedenklichen Ergebnissen führt, vgl. z. B. Zitelmann S. 125.

dessen persönliche oder gebietliche Herrschaft die Rechtsfrage am stärksten berührt oder, wie man auch sagen kann, mit dessen Recht für diese Frage die stärksten Anknüpfungspunkte bestehen. Ist die persönliche Herrschaft am stärksten berührt, so entscheidet das „Personalstatut“, ist die Gebiets herrschaft am stärksten berührt, so entscheidet das „Gebietsstatut“. Ein Drittes ist ausgeschlossen. Wohl aber kann natürlich ein und dasselbe Rechtsverhältnis in seinen verschiedenen Phasen und Wirkungen in dieser Beziehung verschieden zu beurteilen sein. Es kann beispielsweise die Fähigkeit zum Abschluß eines Geschäftes nach dem Personalstatut (des oder der Abschließenden), die Form nach dem Gebietsstatut (des Ortes der Vornahme), die Wirkung nach dem Gebietsstatut (des Ortes, wo die Wirkung eintreten soll) zu beurteilen sein, ja die verschiedenen Wirkungen können möglicherweise verschiedenen Statuten unterstehen³⁾.

III. Personalstatut. Als entscheidend für die Herrschaft der privatrechtlichen Normen über die Person könnte gedacht werden: die Staatsangehörigkeit, der Wohnsitz oder der Aufenthalt. Von diesen drei Beziehungen ist der Aufenthalt wegen seiner zufälligen und vorübergehenden Natur offenbar die schwächste. Der Wohnsitz, d. h. in der Regel der Mittelpunkt der gesamten Lebensverhältnisse, erscheint gerade für die privatrechtlichen Beziehungen der Person als ganz besonders bedeutsam; er war daher im gemeinen und preussischen Recht entscheidend und ist es noch jetzt im englischen und amerikanischen Rechte. Dagegen fällt für die Staatsangehörigkeit ins Gewicht, daß sich die öffentlichen Gebote und die öffentlichrechtliche Pflichterfüllung des Staates in erster Linie den Staatsangehörigen zuwenden, und ferner, daß das Personalstatut der Staatsangehörigkeit schon vor 1900 im französischen, italienischen, österreichischen und wenigstens vorwiegend auch im sächsischen Rechte galt.

1. Das BG ist dem Rechte dieser nächsten Nachbarn gefolgt; es macht die Staatsangehörigkeit zu dem maßgebenden Tatbestandsmoment für die persönlichen Kollisionsvorschriften, Art. 7, 9, 10, 13, 14, 15, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25. Gehört die Person keinem Staate an, so entscheiden die Gesetze des Staates, dem die Person zuletzt angehörte. Erst dann, wenn sie auch früher keinem Staate angehört hat, kommen die Gesetze des Staates zur Anwendung, in dem die Person ihren Wohnsitz⁴⁾ und in Ermangelung

³⁾ Deshalb ist es m. E. nicht zutreffend, wenn man neuerdings mehrfach (Rahn und ihm folgend Crome) die Wendung gebraucht, das Rechtsverhältnis werde von einem bestimmten Recht ergriffen oder geprägt.

⁴⁾ Bei mehrfachem Wohnsitz wird man denjenigen entscheiden lassen, zu dem die zu beurteilende Frage in der näheren Beziehung steht (bestritten).

eines solchen ihren Aufenthalt hat oder in der maßgebenden Zeit gehabt hat (Art. 29).

Kurz ausgedrückt: Personalstatut ist das Heimatsrecht, aushilfsweise zuerst das Recht der früheren Heimat, dann das Wohnsitzrecht, zuletzt das Recht des Aufenthaltsortes.

2. Bei mehrfacher Staatsangehörigkeit wird diejenige den Vorzug verdienen, zu der verstärkend der Wohnsitz und in Ermangelung eines solchen der Aufenthalt hinzutritt. Doch wollen viele bei Konkurrenz deutscher und ausländischer Staatsangehörigkeit stets die deutsche entscheiden lassen. Das findet m. E. weder Anhalt im Gesetze, noch ist es wünschenswert. Ein Deutscher, der zugleich Engländer ist und in England wohnt, ist nach englischem Recht zu beurteilen. Wenn im Heimatland an den verschiedenen Orten verschiedenes Recht gilt, wird ebenfalls der Wohnsitz, eventuell der Aufenthalt entscheiden müssen.

IV. Gebietsstatut. Dem aus der Gebietshoheit entspringenden Gesetze, dem Gebietsstatut, kann ein Rechtsverhältnis in allen oder gewissen Beziehungen unterstehen, weil der Gegenstand, auf den das Rechtsverhältnis sich bezieht, sich in dem Gebiete befindet, oder weil die Handlung (zumal das Rechtsgeschäft oder Delikt), durch welches das Rechtsverhältnis begründet oder beeinflusst wurde, in dem Gebiete vorgenommen ist; oder weil eine Handlung (zumal die Erfüllung einer Obligation) in dem Gebiete vorgenommen werden soll.

Indem wir uns auf die praktisch in Betracht kommenden Hauptfälle beschränken, können wir das Gebietsstatut also scheiden in:

das Statut der belegen Sache oder des belegen Vermögens (Art. 28),

das Statut des Geschäftsorts (Art. 11, 13 Abs. 3),

das Statut des Deliktorts (Art. 12),

das Statut des Erfüllungsorts.

Die Fragen des Gebietsstatutes sind im Einführungsgesetz nur zum kleineren Teil und auch in bezug auf diesen nur beiläufig und lückenhaft erledigt und zwar nicht nur, was die Anwendbarkeit des ausländischen Rechts betrifft, sondern auch bezüglich des deutschen. Der Gesetzgeber hat es offenbar als seine Hauptaufgabe betrachtet, die Anwendung des deutschen Heimatsrechts (des neuen Personalstatuts) festzustellen. Was darüber hinaus lag, ist meist der Wissenschaft und Rechtsprechung überlassen. Zumal ist weder für das Sachenrecht noch für das Obligationenrecht das entscheidende Gesetz ausdrücklich bezeichnet.

§ 62. Nichtanwendung fremden Rechts aus besonderem Grunde. Vergeltungsrecht*).

I. Der Art. 30 EG (vgl. auch ZPO § 723 Abs. 2 S. 2) stellt den Grundsatz auf: „Die Anwendung eines ausländischen Gesetzes ist ausgeschlossen, wenn die Anwendung gegen die guten Sitten oder gegen den Zweck eines deutschen Gesetzes verstoßen würde.“

Es wird dadurch dem Richter die sehr weitreichende Machtvollkommenheit gegeben, von der Anwendung fremden Rechts, wo sie nach den allgemeinen Regeln eintreten müßte, insoweit eine Ausnahme zu machen, als diese Anwendung mit dem Sinne und Geiste unserer Rechtsordnung als unverträglich erscheint. Eine scharfe Abgrenzung dieser Ausnahmen ist weder in den Worten des Gesetzes gegeben¹⁾, noch konnte sie der Wissenschaft, die seit lange daran arbeitet, gelingen, da es sich in Wahrheit um zahllose, nicht durch eine einheitliche Formel zu erschöpfende Einzelfragen handelt²⁾. Für die Lösung der schwierigen Aufgabe, die dadurch der Rechtsprechung gestellt ist, sind daher keine festen Regeln aufzustellen, vielmehr können nur Richtpunkte für die „rechtsfindende“ Tätigkeit des Richters³⁾ angegeben werden.

1. Es genügt nicht, daß der ausländische Rechtsatz für sich allein betrachtet gegen die guten Sitten oder den Zweck eines deutschen Gesetzes verstoße, vielmehr muß seine Anwendung gerade in der Frage, über die der Richter zu entscheiden hat⁴⁾, einen solchen Verstoß enthalten.

*) Savigny VIII §§ 349ff.; Bar, Theorie I S. 95ff., 127ff.; Bittelmann I S. 317—380; Kahn, DogmZ 39 S. 1ff.; Klein in Zeitschr. f. int. PrR 13 S. 87ff., 14 S. 146ff.; BürgA 29 S. 311ff. Reiche Nachweisungen über Literatur und Rechtsprechung bei Kahn a. a. D.

¹⁾ Auch die Entwürfe, Begründungen und Protokolle ergeben nichts Greifbares, vgl. darüber Kahn S. 23.

²⁾ Insbesondere sind folgende Formulierungen nicht als zutreffend anzuerkennen: 1. Das fremde Recht sei nicht anwendbar, wenn es einem zwingenden heimischen Rechtsatz widerspreche. (Dann wären die ausländischen Vorschriften über Geschäftsfähigkeit, Geschäftsformen, Familienverhältnisse usw. so gut wie nie anzuwenden; denn die deutschen Rechtsätze über diese Fragen sind fast sämtlich zwingender Natur.) 2. Das fremde Recht sei nicht anzuwenden, wenn die Anwendung gegen heimische „Prohibitivgesetze“ verstoße. (Dann könnten die im Auslande in kirchlicher Form geschlossenen Ehen nicht anerkannt werden, wenn das heimische Recht die kirchliche Eheschließung ausschließt.) 3. Die Anwendung fremden Rechts sei ausgeschlossen, wenn sie der „öffentlichen Ordnung“, dem „ordre public“ widerspreite. Diese Fassung, welche die italienische und französische Doktrin beherrscht, in der Hauptsache aber auf Savigny zurückführt („öffentliches Wohl“), ist völlig unbestimmt und, wenn man sie dahin versteht, daß es sich stets um Fragen von hoher staatlicher oder sozialer Bedeutung handeln müsse, viel zu eng (vgl. Kahn a. a. D., insbesondere S. 60ff.).

³⁾ Vgl. oben §§ 53 u. 54.

⁴⁾ Daraus ergibt sich, daß die Frage zu unserem Rechtsgebiete eine gewisse Beziehung, gewisse Anknüpfungspunkte haben muß, worauf in verschiedener Ausdrucksweise Bar, Bittelmann, Kahn und Bland hingewiesen haben. Ein besonderes Erfordernis braucht aber daraus nicht hergeleitet zu werden, vielmehr reicht die im Text gegebene Bestimmung aus; denn Rechtsfolgen, die zum Inlande nicht in Beziehung stehen, insbesondere Wirkungen, die im Auslande bereits ihren Abschluß gefunden haben, werden von uns eben nicht mehr als ein Verstoß gegen den Geist unserer Rechtsordnung empfunden.

Die Polygamie oder die Sklaverei steht gewiß (nach deutscher Anschauung) mit den guten Sitten in Widerspruch; aber der deutsche Richter wird die in der Türkei in polygamer Ehe geborenen Kinder eines Türken nicht für unehelich erklären, und er wird die Bindikation einer Sache nicht deshalb abweisen, weil das Eigentum im Ausland nach den dort über den Erwerb durch Sklaven geltenden Regeln erworben ist⁵⁾.

2. Ob die Anwendung des fremden Gesetzes gegen die guten Sitten verstoßen würde, ist nach den Auffassungen unseres Volkes zu beurteilen⁶⁾.

Beispiele eines solchen Verstoßes würden sein: die Zulassung der Bindikation eines Sklaven: die Geltendmachung ehelicher Rechte eines Türken gegenüber weiteren Frauen bei fortbestehender Ehe mit der ersten; die Anerkennung eines Rechtserwerbs, den der Herr oder Ehemann aus einem von dem Sklaven oder der Nebenfrau im Inlande gemachten Erwerbe herleitet; die Zulassung einer Klage aus einem sonst nach Auslandsrecht zu beurteilenden und nach diesem gültigen wucherischen Geschäfte; die Gewährung gerichtlichen Zwanges zur Eheschließung auf Grund eines sonst nach Auslandsrecht zu beurteilenden Verlöbnisses.

3. Ein Verstoß gegen den Zweck eines deutschen Gesetzes ist nicht schon dann anzunehmen, wenn irgendein dem deutschen Rechte zugrunde liegender Zweck bei Anwendung des ausländischen Rechts nicht oder minder vollkommen erreicht wird⁷⁾, sondern nur, wenn angenommen werden muß, das deutsche Recht wolle diesen Zweck selbst mit Durchbrechung seiner internationalen Rechtsprinzipien durchsetzen⁸⁾. Dafür aber wird insbesondere entscheidend sein: die Bedeutsamkeit des Zweckes, namentlich in sittlicher⁹⁾ und sozialer¹⁰⁾ Beziehung, und das Maß der Beeinträchtigung, welche dieser Zweck durch die Anwendung des fremden Rechts im allgemeinen erleiden

⁵⁾ Auch das Recht einseitiger Scheidung eines früheren Deutschen, der Türke geworden und zum Islam übergetreten ist, dürfte anzuerkennen sein, aber nicht gegenüber seiner nicht zum Islam übergetretenen Ehefrau, *SeuffA* 61 S. 463 ff.

⁶⁾ Näheres darüber in der Lehre vom unsittlichen Rechtsgeschäft, unten § 178.

⁷⁾ Sonst müßte man z. B. (in offenem Widerspruch zu dem Gedanken des Art. 11 Abs. 1 S. 2) die im Auslande formrichtig geschlossenen Geschäfte, wenn sie einer strengeren heimischen Formvorschrift nicht entsprechen, für ungültig erklären, weil sie dem Zweck der deutschen Formvorschrift nicht gerecht werden (dagegen auch *RGE* 63 S. 19). Man dürfte ausländisches Erbrecht, wenn es die Ehefrau schlechter stellt als das deutsche, zum Nachteil der Ehefrau nicht anwenden, da es dem Zweck des deutschen Rechts, die Ehefrau zu begünstigen, nicht genüge. Kurz das fremde Recht würde in einem jedes vernünftige Maß überschreitenden Grade zurückgebrängt.

⁸⁾ *RGE* 60 S. 299 f.; *RGE* 106 S. 85. In *RGE* 93 S. 183 und nach ihm anderen Entscheidungen (vgl. auch 63 S. 19, 73 S. 368) ist gesagt, der Art. 30 fordere, „daß die Anwendung des ausländischen Rechts direkt die Grundlagen des deutschen staatlichen oder wirtschaftlichen Lebens angreifen würde“. Diese Formulierung scheint mir für viele Fälle zu eng zu sein, z. B. ist doch das Verbot der Zinsszinsen (*RGE* 5 Nr. 69) schwerlich eine Grundlage des wirtschaftlichen Lebens. — Über das polnische Valutagesetz vgl. *Schrifttum* u. Entscheidungen in *JDR* Jahrg. 21 ff. zu Art. 30 GG.

⁹⁾ Vgl. die unter 2 angeführten Beispiele, ferner *BayOLG* *SeuffA* 60 S. 268 (Differenzeinwand nach Art. 30 beachtlich); *OLGE* 6 S. 231 (Herabminderung unverhältnismäßig hoher Konventionalstrafen).

¹⁰⁾ So wird man das Recht, lebenslängliche oder langfristige Dienstverträge nach fünfjähriger Dauer zu kündigen (§ 624), auch auf sonst nach fremden Recht zu beurteilende Dienstverhältnisse anzuwenden haben; ebenso die Vorschriften der §§ 617 u. 618; ebenso das Verbot der Zinsszinsen, *RGE* 5 Nr. 69.

würde¹¹⁾. Ferner sind die zum Zweck wirtschaftlicher Schädigung Deutschlands erlassenen Gesetze feindlicher Staaten von deutschen Gerichten nicht anzuwenden.

4. Ist hiernach das fremde Recht ausnahmsweise nicht anwendbar, so wird in der Regel deutsches Recht an die Stelle zu treten haben. Beschränkt sich aber der Verstoß gegen die guten Sitten oder den Zweck des deutschen Rechts auf einzelne Fragen, so wird mit den hieraus sich ergebenden Modifikationen das fremde Recht anwendbar bleiben.

II. Wenn in einem fremden Staate Deutsche in internationalprivatrechtlicher Beziehung ungünstiger behandelt werden als die Angehörigen dieses Staates bei uns, so ist der deutsche Richter darum nicht ohne weiteres berechtigt, an den Angehörigen jenes Staates Vergeltung zu üben oder die Anwendung des Rechts jenes Staates auszuschließen.

Der Reichskanzler aber kann unter Zustimmung des Bundesrats (jetzt die Reichsregierung mit Zustimmung des Reichsrats) mit Gesetzkraft verordnen, daß gegen den ausländischen Staat sowie dessen Angehörige und ihre Rechtsnachfolger ein Vergeltungsrecht zur Anwendung gebracht werden soll, Art. 31.

Der Inhalt dieses Vergeltungsrechts ist nicht vorgeschrieben, also durch die Verordnung frei zu bestimmen. Tatsächlich wird wohl meist dem Auslande und den Ausländern gegenüber nach den gleichen Grundsätzen verfahren werden, die das Ausland uns gegenüber zur Anwendung bringt.

§ 63. Einzelvorschriften und Anwendung.

Die einzelnen Vorschriften des internationalen Privatrechts und ihre Ergänzungen hängen, wie oben gezeigt, aufs engste mit den Sachnormen des heimischen Rechts wie der fremden Rechte zusammen. Es würde daher fehlerhaft, ja unmöglich sein, sie ohne Eingehen auf die Sachnormen zur Darstellung zu bringen. Ein Lehrbuch des Privatrechts kann sie deshalb in zweckmäßiger Weise nur mit den Sachnormen zusammen im Anschluß an diese,

¹¹⁾ Dieser Gesichtspunkt ist von ganz besonderer Bedeutung. So würde durch Anwendung fremden Rechts z. B. das Verbot, in fremden Lotterien zu spielen, wohl überhaupt illusorisch, RGZ 5 Nr. 33; Konnossemente über nach Deutschland bestimmte Waren würden ihren Zweck sicherer Negotiabilität verfehlen, RGZ 24 Nr. 18; die Vorschrift, welche Änderungen des ehelichen Güterrechts an öffentliche Formen knüpft, würde ihren Zweck der Kreditversicherung verfehlen, wenn sie im Inlande wohnhaften Ausländern gestatten wollte, ihr Eheverhältnis nach ihrem heimischen Recht formlos zu ändern (RGZ 12 Nr. 77); die Vorschriften über den Differenzeinwand §§ 762, 764 würden durch die Anwendung ausländischen Rechts, welches den Differenzeinwand ausschließt, ihren Zweck verfehlen. Sächs. Rechtspflegebl. 14, 37 (Dresden). Dagegen scheint mir in bezug auf die Haftung des Reeders wegen Schiffskollision eine Ausnahme nicht gerechtfertigt, sondern das am Orte der Kollision geltende Recht allein maßgebend; so im Grunde auch RGZ 21 Nr. 24 u. 29 Nr. 25, sehr bedenklich dagegen die Entscheidung in RGZ 19 Nr. 2.

also bei den einzelnen Rechtsmaterien behandeln. Das wird in den folgenden Abschnitten dieses Buches geschehen. An dieser Stelle kann nur eine kurze, über die Hauptpunkte vorläufig orientierende Übersicht gegeben werden.

Die Geschäftsfähigkeit entscheidet sich (von einzelnen Sonderbestimmungen abgesehen) nach Heimatsrecht (Art. 7 Abs. 1, Art. 13 Abs. 1, vgl. jedoch auch Art. 7 Abs. 2). Für die Deliktstfähigkeit dagegen ist das Recht des Deliktorts entscheidend (Art. 12).

Die allgemeine Rechtsfähigkeit und Rechtsstellung der Person (Stand, Titel, Name usw.) richten sich zwar im Prinzip nach Heimatsrecht. Hier ist indes die Vorschrift des Art. 30 (oben § 62) von ganz besonderer Bedeutung, zumal wenn es sich um Sklaverei, Leibeigenschaft und andere unserem sittlichen Bewußtsein widersprechende Ungleichheiten der Rechtsfähigkeit handelt.

Für die besondere Rechtsfähigkeit zu einzelnen Erwerbungen, z. B. die Erbfähigkeit, gilt das Recht, welches für diese Rechtswirkung maßgebend ist (Art. 24 Abs. 1, 25 Abs. 1).

Die Form der Rechtsgeschäfte ist ebenfalls in der Regel nach dem Rechte zu beurteilen, dem das Rechtsverhältnis untersteht; doch genügt in der Regel (nicht ausnahmslos, Art. 11 Abs. 2) auch das Recht des Ortes der Geschäftsvornahme (Art. 11 Abs. 1) und für die Form einer im Deutschen Reich geschlossenen Ehe ist das deutsche Recht sogar ausschließlich zuständig (Art. 13 Abs. 3).

Das Familienrecht und die Beerbung einer Person bestimmen sich ebenfalls prinzipiell nach deren Heimatsrecht, jedoch mit Einschränkungen und Abweichungen.

Daß für das Sachenrecht das Recht der belegenen Sache entscheidet, ist zwar nicht ausdrücklich ausgesprochen, aber, wie sich aus Art. 7 Abs. 3 Satz 2, Art. 11 Abs. 2 und Art. 28 erkennen läßt, stillschweigend vorausgesetzt und ohnehin nach internationalem Gewohnheitsrecht anzunehmen.

Für Deliktobligationen entscheidet das Gesetz des Deliktorts (Art. 12).

Dagegen zeigt das Gesetzbuch bezüglich der Vertragsobligationen eine Lücke, deren Ausfüllung erst im Rechte der Schuldverhältnisse (unten § 321) erfolgen kann.

Zweiter Abschnitt: Begriff und Arten der Rechte.

§ 64. 1. Die Rechtsverhältnisse. *)

I. Als Rechtsverhältnis bezeichnen wir ein rechtlich bedeutsames und deshalb vom Rechte bestimmtes Lebensverhältnis. Daher sind die Beziehungen zwischen Käufer und Verkäufer ein Rechtsverhältnis; ebenso die Beziehungen zwischen Ehegatten, soweit sie recht-

*) Savigny I §§ 4f., 52f.; Thöl, Einleitung §§ 41 ff.; Meunier, Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse S. 4 ff.; A. Merkel in Holtenborffs Enzyklopädie § 20; Windscheid I § 37a; Dernburg, P. I § 40; Regelsberger I § 13; Bierling, Kritik II S. 128 ff. u. Prinzipienlehre I S. 183 ff., 239 ff.; Ritelmann, Intern. PrR I S. 42 f., II S. 1f.; Hölder, Subjektives Recht S. 20 ff.; v. Tuhr § 5.

lich geregelt sind; nicht aber die Freundschaft, da sie weder rechtliche Wirkungen hervorruft noch vom Rechte in ihren Erfordernissen bestimmt ist.

1. Inhaltlich erscheinen die Rechtsverhältnisse zumeist als Machtbefugnisse (Rechte), denen auf der anderen Seite Pflichten entsprechen; aber es gibt auch Rechtsverhältnisse, die nur als mögliche Quelle zukünftiger, erst beim Hinzutreten weiterer Erfordernisse entstehender Rechte und Pflichten in Betracht kommen, z. B. die Verwandtschaft, der Wohnsitz¹⁾.

2. Die Rechtsverhältnisse enthalten oder erzeugen Beziehungen von Person zu Person (mein Schuldner muß mich befriedigen, niemand darf mein Eigentum verletzen). Aber viele von ihnen beschränken sich nicht auf diese persönlichen Beziehungen²⁾. Das Eigentum gibt auch die rechtlich anerkannte Macht, über die Sache zu herrschen, als deren Folge erst das gegen andere gerichtete Verbotungsrecht erscheint. Ebenso kann das Rechtsverhältnis eine Beziehung zu einem fremden Rechte enthalten, z. B. das Pfandrecht an einer Forderung enthält die Befugnis, die Forderung zu veräußern. Rechtsverhältnisse sind daher rechtswirksame Beziehungen zu Personen oder Gegenständen³⁾ (d. h. Sachen oder Rechten).

3. Einige Rechtsverhältnisse erschöpfen sich in einer einzelnen Machtbefugnis und der ihr entsprechenden Pflicht (unverzinsliches Darlehn); die meisten aber enthalten eine Mehrheit von Machtbefugnissen, die derselben Person (verzinsliches Darlehn) oder auch verschiedenen Personen zustehen können (Kauf).

II. Als Rechtsinstitut bezeichnet man den Inbegriff der auf die Rechtsverhältnisse einer bestimmten Art bezüglichen Rechtsvorschriften. Diese Vorschriften geben somit ein Bild des Gemeinsamen in allen Rechtsverhältnissen dieser Art, eine sie alle bestimmende Grundform. Man kann daher das Rechtsinstitut auch als das abstrakte Rechtsverhältnis bezeichnen⁴⁾. Rechtsinstitute sind z. B. das Eigentum, die Ehe, der Kauf, das Darlehn.

Die Rechtsinstitute stehen nicht zusammenhanglos nebeneinander, sondern schließen sich zu allgemeineren Rechtsinstituten zusammen, die wieder mit

¹⁾ Man darf also, wie Manigl (Anwendungsgebiet der Rechtsgeschäftsnormen S. 14 richtig bemerkt, den Begriff des Rechtsverhältnisses nicht auf Inbegriffe von Rechten und Pflichten beschränken.

²⁾ Nur eine Beziehung von Person zu Person nehmen an: Savigny I § 52; Rümelin, Reden und Aufsätze II S. 343; Bierling, Kritik II S. 128ff.; Stammler, Wirtschaft und Recht S. 658.

³⁾ In der Hauptsache übereinstimmend u. a. Fhering, Dogm. 10 S. 343; Dernburg I § 22; Kohler, Grünhut 14 S. 6ff.; Regelsberger I § 13; Ripp zu Windscheid I § 37a Anm. 1; v. Tuhr § 5 I. Reuner S. 5 rechnet auch Beziehungen unter Sachen, z. B. das Verhältnis von Haupt- und Nebensache, zu den Rechtsverhältnissen, nicht sachlich unrichtig, aber dem Sprachgebrauch nicht entsprechend.

⁴⁾ Aber verschiedene Formulierungen ohne wesentliche sachliche Differenzen vgl. z. B. Windscheid, Dernburg, Regelsberger a. a. O.; Gierke I § 16.

anderen sich verbinden und so schließlich bis zu der alles Recht umfassenden Einheit des Rechtssystems aufsteigen. Durch die Erkenntnis dieses inneren Zusammenhangs (freilich nicht durch sie allein) erhebt sich die wissenschaftliche Behandlung des Rechts über die nur die Einzelregel berücksichtigende Routine.

2. Das Wesen der (subjektiven) Rechte.

§ 65. Begriff der Rechte im allgemeinen*).

Dem objektiven Recht als der Rechtsordnung stellen wir das subjektive Recht, die Berechtigung, gegenüber. Das subjektive Recht ist begrifflich eine Macht, die dem Einzelnen durch die Rechtsordnung verliehen ist¹⁾, seinem Zwecke nach ein Mittel zur Befriedigung menschlicher Interessen. Erst durch die Würdigung beider Seiten seines Wesens wird dieses voll erkannt²⁾.

I. Durch die Rechtsordnung sind dem einzelnen Menschen Grenzen gesetzt, innerhalb deren er herrschen darf und kann. Was so seinem Willen unterstellt ist, denkt der Laie gern als Inhalt eines Rechts³⁾. Ein Recht im

*) Fhering, Geist III §§ 60f. und Zweck im R. 3. Aufl. I S. 443ff.; Meuner, Wesen und Arten der Privatrechtsverhältn., 1886; Thon, Rechtsnorm u. subj. R. S. 147ff.; Leonhard in Grünhut 9 S. 1ff.; Bierling, Kritik II S. 32ff.; A. Merkel, Enzyklopädie §§ 159ff. u. in Holzendorffs Enzykl. § 21; Schuppe, Begriff des subj. Rechts, 1887; Pölder, Pand. § 81; Bernagil, Archiv f. öffentl. Recht S. 262ff.; Sellinek, System der subj. öffentl. Rechte, 1892, u. Allg. Rechtslehre; Stobbe-Lehmann, D. PrR II § 75; Bitelmann, Intern. PrR I S. 42ff., II S. 21ff.; Hellwig, ZivPr §§ 32—34; G. Schwarz, ZivR 32 S. 12ff.; G. A. Fischer, ZivR 117 S. 176ff.; Frommhold, ZivR 117 S. 116ff.; Sohm, DogmZ 73 S. 268; Dertmann, ZivR 123 S. 129ff.

¹⁾ Man streitet darüber, ob subjektive Rechte oder objektives Recht früher entstanden sei. Macht hat gewiß schon vor dem objektiven Recht bestanden, aber zur Rechtsmacht, zum subjektiven Recht, ist sie erst durch die sie schützende Rechtsordnung geworden. Die Entziehung subjektiven und objektiven Rechts ist also gleichzeitig.

²⁾ Die ältere Theorie bezeichnet das Recht als „Macht“ oder „Willensherrschaft“ (Savigny I § 4; Buchta § 21; Arndts § 21; Windscheid I § 37). Im scharfen Gegensatz dazu definierte Fhering (Geist III §§ 60 u. 61 u. DogmZ 10 S. 392ff.) das Recht als „das rechtlich geschützte Interesse“. Diese Definition verwechselt indes den Zweck des Rechts mit seinem Inhalt, ist zudem zu eng, weil sehr häufig Rechtsausübung ohne eigenes Interesse ja gegen ein solches gestattet ist, und andererseits wieder zu weit, weil es Interessenschutz ohne Vorhandensein eines subjektiven Rechts gibt (unten I u. 2). Richtig und wertvoll ist aber der Gedanke, daß das Recht nicht nur um der Machtgewährung willen da ist, sondern den Schutz menschlicher Interessen oder den Schutz von Lebensgütern bezweckt. Dernburg bezeichnet das Recht als „Anteil an Lebensgütern, Haben von Lebensgütern“ (ähnlich Ahrens, Naturrecht § 36). Aber auch diese Definition bezeichnet nur den Zweck des Rechts und läßt den Inhalt unbestimmt. In welchem Sinne haben wir das Lebensgut? Die Antwort darauf führt auf den Machtbegriff zurück. Die neueren Schriftsteller kombinieren deshalb auch in der Regel das Element der Macht mit dem des Interesses oder Güterschutzes, freilich in verschiedener Weise, vgl. z. B. Schuppe a. a. D.; A. Merkel, Enzyklopädie §§ 153 u. 159 und in Holzendorffs Enzykl. § 21; „eine bestimmten Interessen durch das objektive Recht verliehene Macht“; Bekker § 18 Weil. I: „Interessenschutz, der eine Willensmacht begründet“; Regelsberger I § 14: „die Macht zur Befriedigung eines anerkannten Interesses“; Sellinek a. a. D. S. 42: „das durch Anerkennung menschlicher Willensmacht geschützte Gut oder Interesse“; Lehmann bei Stobbe II § 75: „die Befugnis zum Genuß eines bestimmten Gutes“; vgl. ferner Gierke I § 27. Auch die im Texte gegebene Begriffsentwicklung beruht auf einer Kombination beider Elemente.

³⁾ Alles dies kann man durch den Ausdruck „die Rechtsphäre oder der Rechtskreis des einzelnen“ zusammenfassen.

technisch-juristischen Sinne aber liegt nur vor, wenn jene von der Rechtsordnung anerkannte Macht als ein festes, der Person zugeeignetes Machtverhältnis gedacht wird. Dies bedarf genauerer Darlegung.

1. Das bloße Bestehen von Rechtsgeboten (Normen) zugunsten jemandes gibt diesem noch nicht die Erlaubnis oder Befugnis, irgendwie seinen Willen zu betätigen. Eine Polizeiverordnung über Straßenreinigung, ein Gesetz über Impfszwang kommt jedem einzelnen zugute, gibt ihm aber nicht die Befugnis, von anderen die Vornahme der ihnen gebotenen Handlungen zu verlangen. Wer „durch Normen geschützt“ ist, ist darum noch nicht „berechtigt“. Normenschutz (oder Rechtsbegünstigung) und subjektives Recht sind nicht identisch⁴⁾.

2. Aber auch wo eigene Willensbetätigung gestattet ist, kann es sich um bloßen Normenschutz handeln, und die Frage, ob nur ein solcher oder ob ein subjektives Recht anzunehmen sei, ist nicht durch logische Folgerung aus dem Inhalt der gestatteten Willensbetätigung zu erschließen, sondern lediglich nach den Vorschriften des positiven Rechts zu entscheiden⁵⁾. Es kommt darauf an, ob jenes Dürfen oder Können als eine dem einzelnen fest zugeeignete Macht, als seine Rechtsmacht, sein Recht betrachtet und praktisch behandelt wird, mit anderen Worten, ob Vorschriften darauf Anwendung finden, die für subjektive Rechte (für alle oder für gewisse Arten), nicht aber außerhalb des subjektiven Rechtsbegriffs gelten⁶⁾.

Deshalb ist nach dem BG z. B. das Recht auf den Namen als subjektives Privatrecht anzusehen, da es durch Privatklage gegen Beeinträchtigung geschützt ist, nicht aber das sog. Recht auf Ehre, Freiheit, körperliche Unversehrtheit, da es keiner Vorschrift über subjektive Rechte unterstellt ist. Gemeinrechtlich erscheint die Erbberechtigung als subjektives Recht, wie die (beschränkte) Vererblichkeit (Transmission) und die altrömische Veräußerlichkeit (in jure cessio) der hereditas legitima schließen läßt. Nach beiden Rechten ist die befristete Forderung bereits ein Recht, wie die Veräußerlichkeit, die Vererblichkeit usw. beweisen. (Genauerer bei den betreffenden Lehren.)

3. Der Sprachgebrauch nennt jede einzelne Rechtsbefugnis ein Recht (Recht des Eigentümers oder Nießbrauchers, die Sache zu gebrauchen, ihre Früchte zu ziehen). Erscheinen aber solche Befugnisse nur als Einzelwirkungen eines einheitlichen Machtbegriffs, so wird im prägnanteren Sinne nur dieser (das Eigentum, der Nießbrauch) als Recht bezeichnet. Man unterscheidet also Recht und Einzelbefugnis. Besteht das Recht nur aus einer ein-

⁴⁾ Abweichend namentlich Thon u. Bierling a. a. O., ferner Elzbacher, Handlungsfähigkeit S. 110 u. Unterlassungsklage S. 104ff.

⁵⁾ Die Verkennung dieser Wahrheit ist die Hauptquelle der Unsicherheit und Prinziplosigkeit, die bei der Grenzbestimmung der subjektiven Rechte im einzelnen vielfach obwaltet.

⁶⁾ Viel zu eng ist es, wenn Thering a. a. O. das Bestehen einer Privatklage zum einzigen Kennzeichen des subjektiven Rechts machen will. Der Schutz durch Klage fehlt z. B. den Naturalobligationen, ferner vielen der unten § 66 I 3 näher bezeichneten Rechte.

zelen Befugnis, wie z. B. das Recht des Darleihers auf Rückzahlung des Darlehens, so fallen beide Begriffe zusammen.

4. Gegen die Auffassung des Rechts als eines (gedachten) Machtverhältnisses ist eingewandt, daß nach ihr Rechte von Kindern und Wahnsinnigen unmöglich sein würden⁷⁾. Allein dieser Einwand beruht auf einer Verwechslung der Rechtsmacht, die wir alles objektive und subjektive Recht nur ein Vorstellung- und Willensinhalt der Gemeinschaft ist, mit der tatsächlichen Macht oder Herrschaft, die durch die Rechtsordnung gefördert und geschützt, aber nie direkt geschaffen werden kann. Es ist nicht einzusehen, weshalb die Rechtsordnung einem Willensunfähigen keine (gedachte) Rechtsmacht sollte zusprechen können, die ein anderer für ihn auszuüben hat⁸⁾. Dem Könige in der Wiege steht die Rechtsmacht zu, die der Regent für ihn ausübt⁹⁾.

II. Macht ist der Inhalt der Rechte, aber nicht ihr Endzweck. Der Zweck der Rechte ist kein anderer wie der Zweck des objektiven Rechts selber; auch sie bezwecken „die Sicherung der Lebensaufgaben des einzelnen und der Gesellschaft“ oder „die Sicherung wahrer menschlicher Interessen“. Naheliegender erscheint es nun, diesen Zweck als direkt für den Inhalt des Rechts maßgebend zu betrachten, das Recht also (mit Regelsberger I § 14) als die „Macht zur Befriedigung eines anerkannten Interesses“ zu definieren. Allein eine solche Beschränkung des Rechtsinhalts würde praktisch undurchführbar sein. Rechtlich muß vielfach auch eine Rechtsausübung ohne jedes Interesse¹⁰⁾, ja selbst gegen das vernünftige Interesse gestattet sein und ist auch vielfach gestattet¹¹⁾. Die Rechtsmacht richtet sich also nicht lediglich auf die Befriedigung des Interesses; aber sie muß zur Befriedigung menschlicher Interessen geeignet sein, sie muß diesen dienen können. Recht ist die von der Rechtsordnung verliehene, zur Befriedigung menschlicher Interessen dienliche

⁷⁾ So namentlich Thon, v. Thering, Bierling a. a. O. und neuerdings Hölder, Natürliche und juristische Personen S. 117 ff.; Schwarz, Bürgl 32 S. 34f.

⁸⁾ Sinnlos würde eine Rechtsverleihung an Willensunfähige nur dann sein, wenn erstens nicht nur der Inhalt, sondern auch der Endzweck der Rechte in Machtverleihung bestände, und wenn zweitens die rechtlich Willensunfähigen auch keinerlei natürlichen Willen hätten. Beide Voraussetzungen aber treffen nicht zu. — Wenn Haff, Institutionen der Persönlichkeitslehre S. 19f., gegen das im Texte Gesagte einwendet, daß eine gedachte Rechtsmacht die Fiktion einer nicht vorhandenen sein würde, so verkennt er, daß überhaupt Rechte nicht tatsächlich existieren, sondern Gedankendinge sind. Von einem fingierten Rechte kann man deshalb nur da reden, wo in gewissen Beziehungen ein Recht angenommen wird, das im übrigen nicht angenommen wird, z. B. wenn in bezug auf gewisse Ansprüche jemand als römischer Bürger fingiert wird, der es im übrigen nicht ist. Wird dagegen ein Recht in jeder Beziehung angenommen, so wird es zwar (wie jedes Recht) gedacht, aber nicht fingiert. Vgl. auch H. A. Fischer, Zivl 117 S. 154.

⁹⁾ Daß der Regent auf diese Ausübung ein selbständiges Recht hat, also zugleich sein eigenes Recht ausübt (vgl. auch das unten § 68 I 2a Gesagte), steht damit keineswegs (wie Binder, Probl. der jur. Pers. S. 65, meint) in Widerspruch, und der Einwurf Hölders (Nat. u. jur. Pers. S. 123), der Regent übe die königliche Macht nicht für den König, sondern im Interesse der Allgemeinheit aus, erlebte sich dadurch, daß das ja auch für die Ausübung der königlichen Macht durch den König selber zutrifft.

¹⁰⁾ Wollte man z. B. dem Eigentümer nur die seinem wahren Interesse entsprechende Herrschaftsausübung gestatten, so würde die Rechtmäßigkeit fast jeder Herrschaftshandlung bestritten werden können.

¹¹⁾ Das Mittel wirkt hier, wie so häufig, über den Zweck hinaus.

Macht¹²⁾. Wenn demnach der Zweck des Rechts dessen Inhalt nicht allein bestimmt, so ist er doch für diesen Inhalt nicht bedeutungslos. Insbesondere kann eine Macht, die keinem wahren (vernünftigen) menschlichen Interesse zu dienen vermag, nicht anerkannt werden (unten § 225 II 2), und Rechtsausübung ohne jedes Interesse ist verboten, wenn sie lediglich den Zweck haben kann, anderen zu schaden (Schitaneverbot, unten § 220).

III. Die gegebene Begriffsbestimmung trifft ohne weiteres nur für diejenigen Rechte zu, welche einem einzelnen Menschen oder einer Mehrheit von solchen zustehen. Wo wir von Rechten einer juristischen Person, z. B. eines rechtsfähigen Vereins oder einer Stiftung, sprechen, ist in Wahrheit ein Subjekt, dem die (gedachte) Rechtsmacht zustände, nicht vorhanden; denn die Vereinsmitglieder oder -vorstände, die Genießer oder die Verwalter des Stiftungsvermögens sind nicht als die Subjekte der Rechte des Vereins oder der Stiftung zu betrachten (unten § 96). Also sind, da jede Macht, auch die nur gedachte, begrifflich ein Machtsubjekt voraussetzt, hier Rechte in dem oben entwickelten Sinne nicht vorhanden. Es liegt nur ein Bestimmtheitsein von Gütern oder Gebundenheitsein von Personen für einen gewissen Zweck (den Zweck der jur. Person) vor. Auf diese Zweckgebundenheiten ist aber wieder der allgemeine Begriff des subjektiven Rechts anwendbar, noch alle die zahllosen darauf gebauten Einzelbegriffe und Rechtsvorschriften.

Rein theoretischer Betrachtung eröffnet sich sonach nur eine zweiseitige Möglichkeit. Entweder sie hält für die natürlichen Personen an dem Machtbegriff der Rechte fest, erkennt aber an, daß die sog. Rechte der juristischen Personen in Wahrheit nur Zweckgebundenheiten sind, und stellt deshalb neben jeden einzelnen Rechtsbegriff einen Begriff der ihm entsprechenden Zweckgebundenheit sowie neben jede Rechtsregel, welche ein subjektives Recht oder dessen Inhaber betrifft, eine Vorschrift für die entsprechende Zweckgebundenheit. Oder sie geht davon aus, daß unsere gesamte Rechtsordnung, mag sie sich auf die natürlichen oder die sog. juristischen Personen beziehen, doch im wesentlichen einheitlich ist, verwirft deshalb den Begriff des subjektiven Rechts als Machtbegriff gänzlich und betrachtet das, was wir als subjektives Recht bezeichnen, nur als eine Gebundenheit für gewisse Zwecke, sei es für die Zwecke einzelner Menschen (Rechte der natürlichen Personen), sei es für allgemeinere durch die Rechtsordnung anerkannte Zwecke (Rechte der juristischen Personen).

Es ist sehr wohl möglich, daß die Rechtsentwicklung der Zukunft einen dieser Wege einschlägt und dann gewiß den letzteren, da er das Recht vor Zweispaltigkeit bewahrt. Ansätze dazu sind auch außerhalb des Gebietes der juristischen Personen zu erkennen: in der Annahme von Rechten, die noch nicht Geborenen, ja noch nicht Erzeugten für den Fall ihrer Geburt erworben werden (unten § 77 II 1—4); in der Anerkennung von Anwartschaften, die noch keine präsenze Machtbefugnis enthalten (unten § 75, 4); in dem Fortbestehen von Dienstbarkeiten, die an ein bereiniquiertes Grundstück, oder von Forderungen, die an ein zurzeit herrenloses Inhaberpapier geknüpft sind.

Bisher aber sind diese Wege (von solchen Anfängen abgesehen) noch nicht beschritten, weil der erste zu einer bedauerlichen Spaltung und der eine wie der andere zu einer durchgreifenden Umgestaltung fast des gesamten Rechts nötigen würde. Vielmehr geht das positive Recht von dem für die Rechte der Einzelpersonen gebildeten Machtbegriff aus und macht diesen und alle daraus entwickelnden Einzelbegriffe und -regeln dadurch auf jene Zweckgebundenheiten anwendbar, daß es sie als Machtbefugnisse und die dem Zwecke dienende Organisation als das Subjekt dieser Machtbefugnisse betrachtet (vgl. unten § 96).

¹²⁾ Will man alles, was geeignet ist (unter Umständen, bei richtigem Gebrauch usw.), menschlichen Interessen zu dienen, als „Gut“ oder „Lebensgut“ bezeichnen, so kann man das Recht auch definieren als die von der Rechtsordnung verliehene Macht zur Beherrschung oder Gewinnung eines Lebensgutes. Man muß aber dann den Begriff des Gutes außerordentlich weit fassen. Selbst das Freiwerden von Verpflichtungen oder Beschränkungen müßte der Begriff des Gutes umfassen, wie ein Anfechtungsrecht, durch das wir uns von einer Verpflichtung befreien können, zeigt.

Sind wir hiernach berechtigt, in der Darstellung des positiven Rechtes an dem Machtbegriff des subjektiven Rechts festzuhalten, so ist doch die Erkenntnis, daß es sich in Wahrheit nur um Zweckgebundenheiten handelt, von erheblichem Werte; denn sie bewahrt uns vor einer fehlerhaften Überschätzung des Rechtsbegriffs, insbesondere vor dem Fehlschlusse, daß, wo wir kein Rechtssubjekt oder keine präsenste Macht wahrnehmen, auch niemals den subjektiven Rechten analoge Rechtswirkungen angenommen werden könnten.

§ 66. Verschiedene Natur der Rechtsmacht.

I. Die Befugnisse, welche in einem Rechte enthalten sind, aus ihm folgen oder zu seiner Verwirklichung dienen, sind nicht sämtlich gleichwertig für die Bestimmung seines Wesens. Auszugehen ist vielmehr, wenn wir die Rechte nach der Natur der in ihnen liegenden Rechtsmacht gruppieren wollen, von dem Hauptinhalt des Rechts¹⁾, demgegenüber die übrigen Befugnisse nur als Konsequenzen oder Hilfsmittel erscheinen²⁾. Suchen wir in diesem Sinne den Hauptinhalt der einzelnen Rechte zu charakterisieren, so ergeben sich drei Kategorien der Rechte: die Beherrschungsrechte, die Ansprüche und die Rechte auf Rechtsänderung.

1. Beherrschungsrechte, d. h. die Rechtsmacht, auf ein bestimmtes Objekt (Sache, Person, Geistesprodukt, Recht, Vermögen) einzuwirken oder fremde Einwirkung auszuschließen³⁾. Gewöhnlich ist die Befugnis zu eigener Einwirkung und zum Ausschluß fremder Einwirkung verbunden. Doch ist auch ein getrenntes Vorkommen denkbar⁴⁾.

2. Ansprüche, d. h. Rechte, von einem bestimmten anderen ein Tun oder ein Unterlassen zu fordern⁵⁾. Die Ansprüche sind teils ganz selbständig, dann nennen wir sie Forderungen, teils nur zur Durchführung eines anderen Rechts (eines Beherrschungsrechts) gegeben und deshalb, obgleich gesonderte Rechte, doch von dem Rechte, dem sie dienen, abhängig.

¹⁾ Über zusammengesetzte Rechte unten II.

²⁾ Beispielsweise ist beim Eigentum auszugehen von der Befugnis, die Sache in jeder Beziehung zu beherrschen, aus der sich die Befugnis, andere von der Herrschaft auszuschließen, als Folge ergibt.

³⁾ Hierher gehören z. B. die dinglichen und die Familienrechte. Was die Rechte an Geistesprodukten, an Rechten, an einem Vermögen betrifft, vgl. unten §§ 70 u. 71.

⁴⁾ Der Inhaber eines *jus ne altius tollatur* darf das Höherbauen ausschließen, ohne zu positiver Einwirkung auf das Grundstück berechtigt zu sein.

⁵⁾ Näheres über diesen nach manchen Richtungen bestrittenen Begriff unten § 203. Hier interessiert zunächst nur die Natur der im Anspruch und namentlich in der Forderung liegenden Macht. Diese besteht nicht etwa, wie mehrfach gesagt ist, nur darin, daß es dem Gläubiger gestattet ist, die Leistung anzufordern und mit staatlicher Hilfe zu erzwingen. Vielmehr erscheint dieses Anforderungs- und Zwangsrecht erst als sekundär. Das Prinzipale ist die Verpflichtung des Schuldners und (deren Reverso) die Macht des Gläubigers, die eben darin liegt, daß ihm der Schuldner (meist auch ohne besondere Anforderung) zur Leistung verpflichtet ist. — Manche, z. B. von Lühr § 6, rechnen die Forderungen (Ansprüche) zu den Beherrschungsrechten, die sie dann Herrschaftsrechte nennen. Dadurch wird m. E. der durchgreifende Unterschied verschleiert.

So ist z. B. der Anspruch des Eigentümers auf Herausgabe der Sache zwar ein gesondertes, nicht im Eigentum enthaltene, aber in Entstehung und Dauer von diesem abhängiges Recht. Die in einem direkt gegen die Person gerichteten Beherrschungsrechte enthaltenen Befugnisse auf ein bestimmtes Verhalten dieser Person, z. B. das Recht des Vaters auf Gehorsam des Sohnes, sind dagegen keine Ansprüche, weil überhaupt keine gesonderten Rechte, sondern nur Bestandteile des Beherrschungsrechts selber⁶⁾. Aus gleichem Grunde darf die in jedem Recht enthaltene Befugnis, jedermann Störungen des Rechts zu unterjagen, nicht als Anspruch aufgefaßt werden.

3. Rechte auf Rechtsänderung oder Gestaltungsrechte, d. h. die Rechtsmacht, vermöge deren eine Rechtsänderung, d. h. die Entstehung, Aufhebung oder Veränderung subjektiver Rechte, entweder von uns bewirkt werden kann oder zu unseren Gunsten auch ohne unseren Willen eintritt. Die Rechtsänderung wird hier bewirkt entweder durch eine bloße (formlose oder formelle) Willenserklärung⁷⁾, oder durch eine ganz bestimmt geartete Handlung⁸⁾, oder durch eine Willenserklärung in Verbindung mit einem (konstitutiven) richterlichen Urteil⁹⁾ oder mit dem Spruch einer anderen Behörde¹⁰⁾, oder endlich ohne jede Mitwirkung unseres Willens¹¹⁾.

a) Zu den Rechten auf Rechtsänderung¹²⁾ gehören insbesondere:

⁶⁾ Vgl. auch Hölder, *Hand.* § 61 Anm. 4: Das Kind ist ein Objekt der Beherrschung des Vaters „nicht als ein zum Gehorsam gegen ihn verpflichtetes, sondern als ein vom Rechte seiner Einwirkung preisgegebenes“.

⁷⁾ Beispiele: Anfechtungsrecht, Rücktrittsrecht, Kündigungsrecht usw.; nach gemeinem Recht auch die Erbberechtigung, d. h. das aus der Vererbung zur Erbschaft entstehende Recht, die Erbschaft durch Antritt zu erwerben (Enneccerus, *Rechtsgeschäft* S. 617 ff.).

⁸⁾ Z. B. durch Okkupation einer Sache (Jagd-, Fischereirecht, vgl. Enneccerus a. a. D. S. 602 ff.).

⁹⁾ So beim Recht auf Ehescheidung und anderen sog. Rechtsänderungsklagen.

¹⁰⁾ Z. B. beim Enteignungsrecht; denn dieses ist das (aus der staatlichen Verletzung entstandene) Recht, nach Bezahlung oder Hinterlegung der Entschädigungssumme das Eigentum der erforderlichen Grundstücke durch Spruch der Verwaltungsbehörde zu erwerben, vgl. Enneccerus a. a. D. S. 604 ff. und Wolff, *Sachenrecht* § 64 IV am Ende.

¹¹⁾ Z. B. gemeinrechtlich das Recht aus dem Anfall des dinglichen Legates, beim Erbschaftsantritt der Testamentserben Eigentümer der vermachten Sache zu werden, vgl. Enneccerus a. a. D. S. 435 ff., namentlich S. 440; nach BG das mit dem Erbfalle entstehende Recht des Nacherben auf die Nacherbfolge, §§ 2108, 2139, sowie das Recht des Finders, „mit Ablauf eines Jahres seit der Anzeige“ das Eigentum zu erwerben, sofern nicht vorher der Empfangsberechtigte ihm bekannt geworden ist oder sein Recht bei der Polizeibehörde angemeldet hat, § 973.

¹²⁾ Der Begriff der Rechte auf Rechtsänderung ist in der bisherigen Literatur noch nicht ganz in der oben gegebenen Ausdehnung, aber doch nahezu entwickelt. Schon von alters her wurde die Erbberechtigung als „Recht auf Erwerb der Erbschaft“ definiert, und vereinzelt fanden sich auch bei anderen Rechten ähnliche Bezeichnungen, vgl. z. B. Stobbe, II § 92: „Expropriationsrecht ist ein Recht, das Eigentum zu erwerben.“ Dann habe ich (*Rechtsgeschäft*, Beil. III S. 600—622) die wichtigste Klasse der Rechtsänderungsrechte, die „Erwerbsberechtigungen“ behandelt und an 12 gemeinrechtlichen und territorialrechtlichen Beispielen ihr Wesen darzustellen und ihr Vorkommen nachzuweisen versucht. Zitelmann (*Zut. PrR I* S. 32 f.) bildete darauf den Begriff „der Rechte des rechtlichen Könnens“, der „Kannrechte“, und Hellwig schloß sich dem an (*Zivilpr. I* § 32), indem er nur einen anderen Namen, „Rechte auf Rechtsänderungen“, vorschlug. Ähnlich jetzt auch Sedel in der Festschrift für Koch, 1903, S. 205 ff., der den Ausdruck „Gestaltungsrechte“ vorschlägt. Der im Texte aufgestellte Begriff der Rechtsänderungsrechte ist der Oberbegriff zu der Kategorie der Erwerbsberechtigungen; er umfaßt (im Gegensatz zu den Kann- oder Gestaltungsrechten Zitelmans und Sedels) auch die Rechte auf Erwerb ohne eigene Handlung (oben Anm. 11). Das aber erscheint systematisch geboten; denn die Erwerbsberechtigung

a) die Erwerbserwerbungen, d. h. die Rechte auf Erwerb eines Rechts durch eigene Handlung oder ohne eine solche (über eine Unterart, die Anwartschaftsrechte, unten § 75);

β) die Aufhebungsrechte¹³⁾¹⁴⁾, zumal Anfechtungs-, Rücktritts-, Kündigungsrechte (zum Zweck der Aufhebung) sowie das Widerrufsrecht, sofern sich der Widerruf auf bereits eingetretene Rechtswirkungen (also nicht nur auf noch nicht wirksam gewordene Willenserklärungen) bezieht);

γ) die (den Aufhebungsrechten verwandten) Einreden, d. h. Gegenrechte, vermöge deren man ein an sich begründetes Recht als unwirksam behandeln, also zumal die Leistung eines Anspruchs weigern darf¹⁵⁾, ebenso die Replik, vermöge deren man eine an sich begründete Einrede als unwirksam behandeln darf (so daß sie also den Anspruch nicht zu entkräften vermag);

δ) die Rechtsänderungsrechte im engeren Sinn, d. h. Rechte, ein bestehendes Rechtsverhältnis ohne Aufhebung seiner Identität zu verändern oder näher zu bestimmen, z. B. das Wahlrecht bei der Wahlschuld, das Kündigungsrecht zum Zwecke der Herbeiführung der Fälligkeit.

ε) Auch zahlreiche öffentliche Rechte gehören hierher, z. B. das Wahlrecht, das Recht zur Besetzung öffentlicher Ämter u. a. m.

Dagegen gehört nicht hierher die aus einem Rechte entspringende Befugnis zum Aufgeben oder zur Veräußerung dieses Rechts, da sie nicht selbständig ist, sondern nur als Konsequenz jenes Rechts erscheint, und noch verkehrter wäre es, die Handlungsfähigkeit hierher zu stellen, da sie nur eine allgemeine rechtliche Eigenschaft der Person, kein Recht,

bleibt wesentlich dieselbe, mag der Erwerb durch eigene Handlung zu bewirken sein oder ohne eine solche von selbst eintreten. Das Fruchtziehungsrecht des Nießbrauchers ist wesentlich das gleiche, mag er wie nach röm. R. durch eigene Handlung (Perzeption) oder wie nach BG ohne solche durch Separation erwerben; das Recht auf die Nacherbsfolge ist als Recht auf Eintritt der Rechtsänderung oder Rechtsgestaltung aufzufassen, obgleich die Nacherbsfolge sich beim Eintritt des Nacherbsfalls ohne Handlung des Nacherben vollzieht. Gleichwohl wird der Ausdruck „Gestaltungsrechte“ beibehalten werden können, freilich in dem im Texte angegebenen weiteren, auch die Erwerbserwerbungen ohne eigene Handlung umfassenden Sinne. Ganz ablehnend gegen den Begriff der Gestaltungsrechte Kohler I § 48.

¹³⁾ Es darf aber nicht jede Möglichkeit, ein Recht aufzuheben, als Aufhebungsrecht gedacht werden: der Eigentümer kann sein Eigentum aufgeben, der Schuldner die Forderung durch Zahlung tilgen, ohne daß besondere Aufhebungsrechte beständen, a. A. v. Tuzr S. 195f.

¹⁴⁾ Mit der aufhebenden kann zugleich eine rechtsbegründende Wirkung verbunden sein, z. B. mit der Aufhebung eines Schuldverhältnisses durch Rücktritt die Entstehung von Ansprüchen auf Rückgewähr der gemachten Leistungen. Dann handelt es sich um eine Verbindung von Aufhebungs- und Erwerbsrechten, wie überhaupt häufig in demselben Recht verschiedenartige Befugnisse verbunden sind.

¹⁵⁾ Sedel S. 216 rechnet die Einreden nicht zu den Gestaltungsrechten, weil der Anspruch durch die Einrede nicht vernichtet werde. Letzteres ist richtig und deshalb ist die Einrede kein Aufhebungsrecht. Eine Veränderung oder Gestaltung des Anspruches liegt aber auch darin, daß er unwirksam oder in seiner Wirkung gehemmt wird.

d. h. keine besondere ihr zugeeignete Macht ist und in keiner Weise den Vorschriften über subjektive Rechte unterstellt wird.

b) Die rechtliche Behandlung der Rechtsänderungs- oder Gestaltungsrechte ist außerordentlich verschieden. Manche sind vererblich¹⁶⁾, manche unvererblich¹⁷⁾, manche selbständig¹⁸⁾, manche mit anderen Rechten verknüpft¹⁹⁾, die meisten auch durch Vertreter²⁰⁾, einige nur in Person²¹⁾ ausübbar. Eine nähere Darlegung kann nur bei den einzelnen Rechtsverhältnissen gegeben werden.

II. Außer den bisher besprochenen einheitlichen Rechten gibt es auch zusammengesetzte, z. B. das Mitgliedsrecht an einem Verein, da es Beherrschungs-, Forderungs- und Rechtsänderungsbefugnisse vereint²²⁾.

§ 67. Die Rechtspflicht*).

1. Dem Rechte des einen steht die Rechtspflicht anderer gegenüber¹⁾, bald nur die allgemeine Pflicht aller, sich störender Eingriffe in das Recht zu enthalten, so bei den meisten Beherrschungsrechten²⁾, bald die Pflicht einer bestimmten Person zu einem Tun oder Unterlassen, so namentlich bei den Forderungen³⁾, bald beide Pflichten nebeneinander, so bei den sich direkt auf eine Person beziehenden Beherrschungsrechten, zumal den Familienrechten.

Unzutreffend ist dagegen die Behauptung, daß auch jeder Rechtspflicht notwendig ein subjektives Recht entspreche⁴⁾. So ist z. B. jedermann verpflichtet, anderer Ehre, Freiheit, körperliche Integrität unangetastet zu lassen, ohne daß darum ein subjektives Recht auf Ehre, Freiheit, körperliche Unversehrtheit angenommen werden müßte: namentlich aber liegen dem Staate und anderen öffentlichen Korporationen vielfache Pflichten ob (Fürsorge für öffentliche Sicherheit, Schutz des Staatsgebiets, Instandhaltung der Wege usw.), denen kein bestimmter Berechtigter gegenübersteht.

¹⁶⁾ Z. B. die Anfechtungsrechte aus §§ 119, 120, 123.

¹⁷⁾ Z. B. das Recht der Anfechtung der Ehe, § 1338.

¹⁸⁾ Z. B. das Jagdrecht und das Recht aus der bedingten Eigentumstradition.

¹⁹⁾ Z. B. das Wahlrecht bei der Wahlschuld. Gleichwohl kann das Gestaltungsrecht selbständiger Aufhebung zugänglich sein, z. B. das Anfechtungsrecht, das durch Verjährung erlöschen kann.

²⁰⁾ So die Anfechtungsrechte aus §§ 119, 120, 123.

²¹⁾ So das Recht der Anfechtung der Ehe, § 1336 Absf. 1 (vgl. jedoch auch Absf. 2) und der Anfechtung der Ehelichkeit, § 1595 Absf. 1 (vgl. jedoch auch Absf. 2).

²²⁾ Z. B. die Befugnisse auf Mitbenutzung des Vereinshauses, auf Leistungen des Vereins an die Mitglieder, auf Teilnahme an der Wahl des Vorstandes.

^{*)} Bierling, *Kritik I* S. 166ff.; A. Merkel, *Enchyl.* § 165; *Regelsberger* § 16; *Gierke* § 28 (vgl. § 65*); *Vernakil a. a. D.* S. 279ff.; v. *Tuhr* § 4.

¹⁾ Das Vorhandensein von Rechtspflichten bestreitet Binder (Rechtsnorm und Rechtspflicht, 1912) überhaupt, da nach seiner Ansicht die Rechtsgebote sich überhaupt nicht an das Volk, sondern nur an die Gerichte und Vollstreckungsorgane richten.

²⁾ Auch bei den Rechtsänderungsrechten fehlt die Rechtspflicht nicht, denn wenn auch in vielen Fällen eine Pflicht anderer, die Rechtsänderung nicht zu verhindern, deshalb nicht besteht, weil die Rechtsänderung von anderen nicht gehindert werden kann, so wird doch stets ein Angriff auf die Objekte des zukünftigen Rechts möglich sein, der mittelbar einen Angriff auf das Rechtsänderungsrecht enthält.

³⁾ Auch hier besteht übrigens jene allgemeine Rechtspflicht aller, das Recht nicht zu stören, sofern eine Störung durch andere als den Schuldner möglich ist (unten § 74).

⁴⁾ So *Merkel u. Gierke a. a. D.*; wie oben *Regelsberger a. a. D.*

2. Die Pflichten gehen auf ein Tun oder auf ein Unterlassen. Ein Unterlassen ist auch das Dulden, nämlich das Unterlassen der Abwehr gegen einen Eingriff. Die Unterlassungspflichten unterliegen vielfach einer besonderen Behandlung, namentlich im Prozesse⁵⁾.

3. Ist an ein bestimmtes Verhalten ein Rechtsnachteil geknüpft, z. B. an eine Selbsthilfshandlung die Schadenersatzpflicht (§ 231) oder an die Unterlassung des Wechselprotokolls der Verlust des Regreßrechts, so darf man nicht ohne weiteres auf das Bestehen von Rechtspflichten (zu dem entgegengesetzten Verhalten) schließen, vielmehr handelt es sich oft eben um nichts weiter als um die Bedingungen, unter denen jener Rechtsnachteil eintreten soll. Ist aber eine Schadenersatzpflicht an ein schuldhaftes Verhalten geknüpft, so ist damit stillschweigend auch ausgesprochen, daß die Handlung verboten sein solle, und daraus folgt, daß eine Pflicht zur Unterlassung besteht und auf Unterlassung geklagt werden kann (Näheres unten § 465).

4. Manche Rechte haben nur den Zweck, die Erfüllung, von Pflichten gleichen Inhalts zu ermöglichen, so daß also der Inhalt und Umfang dieser Rechte wenigstens in der Hauptsache durch den Inhalt der Pflichten, deren Erfüllung sie fördern sollen, bestimmt wird. Dahin gehört z. B. das Recht und die Pflicht des Vormundes zur Fürsorge für die Person des Mündels und zur Verwaltung des Mündelvermögens.

§ 68. Das Rechtssubjekt*).

I. Wirkliche und gedachte Rechtssubjekte. Subjektlose Rechte?

Zweck der Rechte ist die Befriedigung menschlicher Interessen (oben § 65), aber nicht ausschließlich der Interessen gerade des Berechtigten¹⁾. Derjenige, für den der Vorteil aus dem Rechte bestimmt ist, der Destinatär oder Genießer, kann eine andere Person sein als derjenige, dem das Recht zusteht, der Rechtsträger oder Berechtigte, das Subjekt des Rechts. Endlich kann die Ausübung des Rechts unter Umständen einer anderen Person als dem Rechtsträger zustehen.

Hierdurch ergeben sich die folgenden Erscheinungen:

1. Es ist möglich, daß die gesamte Rechtsmacht, die den Inhalt des Rechts bildet, nicht dem Destinatär, sondern einem anderen zusteht, der sie aber nur zugunsten des Destinatärs ausüben darf. So bei den sog. fiduziarischen Rechten, z. B. dem nur zu Verwaltungszwecken übertragenen Eigentum.

2. Es kann vorkommen, daß der Destinatär zwar auch der Berechtigte ist, daß aber die Ausübung der Rechtsmacht in engeren oder weiteren Grenzen einem anderen übertragen ist²⁾ und zwar

a) entweder so, daß er sie in eigenem Namen ausüben kann, wie z. B. der Ehemann bei gesellschaftlichem Güterrecht und bei Gütergemeinschaft, §§ 1373 ff., 1443, 1519. Dann

⁵⁾ Literatur unten zu § 465.

¹⁾ Fhering, Geist III § 61; Beller § 19 u. Dogm 12 S. 1 ff.; Bierling, Kritik II S. 75 ff.; Regelsberger I § 15; v. Tuhr § 2; Stammler, Unbestimmtheit des Rechtssubjekts, 1907; ferner ist die umfangreiche Literatur über die jur. Personen (unten § 96*) zu vergleichen.

²⁾ Wb. Fhering in Folge seines lediglich auf das Interesse gestellten Rechtsbegriffs, aber in offenkundigem Widerspruch mit dem geltenden Rechte.

³⁾ Über eine abweichende Ansicht Hölderers unten § 76 Anm. 1.

sprechen wir im Einklang mit dem Sprachgebrauch des BG (§ 1375) von Verwaltungsrechten³⁾.

b) oder so, daß er sie in fremdem Namen (im Namen des Prinzipalberechtigten oder im Namen einer in gewissen Beziehungen als selbständig behandelten Vermögensmasse), also als Vertreter ausübt. Dahin gehören die Inhaber der elterlichen Gewalt, der Vormund, der Testamentsvollstrecker, der Konkursverwalter, der Bevollmächtigte und andere mehr⁴⁾.

3. Ist der Kreis der Destinatäre eines Rechts allzu groß (die Volksgenossen) oder starkem Wechsel unterworfen (die Vereinsmitglieder) oder unbestimmt (die Kranken), so würde es unzweckmäßig, ja kaum durchführbar sein, die einzelnen Destinatäre als Rechtsträger zu behandeln. Hier eröffnet daher die Rechtsordnung einen anderen Weg. Sie nimmt (unter gewissen Voraussetzungen) ein einheitliches, gedachtes Rechtssubjekt an, indem sie entweder eine Personenmehrheit⁵⁾ als einheitliches Rechtssubjekt betrachtet (Korporation) oder ein Rechtssubjekt geradezu hinzubent (Stiftung).

Daß es in beiden Fällen strenggenommen an einem Rechtssubjekt fehlt und ein solches nur gedacht wird, ist schon oben § 65 III ausgeführt. Bei der Korporation kann man sich ein reales Rechtssubjekt vortäuschen, indem man die Personengesamtheit als einheitliches Lebewesen betrachtet (unten § 96 Anm. ** Nr. 2). Bei der Stiftung versagt auch dieses Mittel; denn es wäre offensichtlich unrichtig, den Stiftungsvorstand (der übrigens zeitweise auch fehlen kann) als den eigentlich Berechtigten zu betrachten, und ein anderer Personenverband, der als Lebewesen gedacht werden könnte, ist bei vielen Stiftungen überhaupt nicht vorhanden.

4. Liegt zwischen dem Wegfall des Berechtigten und dem Zeitpunkte, wo ein anderer an seine Stelle treten soll, ein zeitlicher Abstand oder sind bei der Neuentstehung eines Rechts alle Erfordernisse der Entstehung mit Ausnahme nur der persönlichen Zuständigkeit vorhanden, so ist in der Zwischenzeit strenggenommen noch kein subjektives Recht, sondern (höchstens) eine Gebundenheit des betreffenden Gutes für die Zwecke des zukünftig Berechtigten vorhanden.

a) In den meisten Fällen wird aber diese Gebundenheit der Theorie der subjektiven Rechte unterstellt. Man denkt sie als subjektives Recht und wird bei der dadurch geforderten Annahme eines Rechtssubjekts in verschiedener Weise gerecht. Das geschieht:

α) durch die Annahme einer juristischen Person, der in der Zwischenzeit das Recht zusteht; so im Falle der ruhenden Erbschaft nach römischem Recht;

β) durch die Annahme, daß der später entstehende Berechtigte schon in der Zwischenzeit vorhanden gewesen sei, so im Falle der einem Erzeugten vor der Geburt anfallenden Erbschaften oder Vermächtnisse⁶⁾ und der Zuwendung des Stifters an eine erst nach seinem Tode entstehende Stiftung⁷⁾.

³⁾ An sich bezeichnet das Wort allerdings alle Rechte auf Verwaltung fremden Vermögens; vgl. Siver, DogmZ 67 S. 92f.: „alle auf die Munt zurückgehenden, von Heusler der Treuhänderschaft gleichgestellten Rechte auf Verwaltung fremden Vermögens“. Er unterscheidet „fremdnützige“ (des Vormunds, Pflegers, insbesondere Nachlasspflegers, Konkursverwalters, Testamentsvollstreckers, Gewalthabers am freien Kindesgut) und „eigennützige“ (des Mannes am eingebrachten Gut, des Gewalthabers am unfreien Kindesgut, des Mannes [im Notfall der Frau] bzw. des überlebenden Ehegatten am Gesamtgut).

⁴⁾ Das Verwaltungsrecht sowohl wie die Vertretungsmacht (auch hier auf privater Anordnung [Vollmacht] beruhende und daher in der Regel frei widerrufliche) tennzeichnen sich als Rechte (nicht etwa, wie v. Tuhr § 7 IV meint, als eine Erweiterung der Geschäftsfähigkeit); sie treten aber nicht, wie Hellwig, BR I § 32, annimmt, als eine vierte Klasse neben die Beherrschungsrechte, Ansprüche und Rechtsänderungsrechte, sondern enthalten je nach dem Inhalt der Verwaltung und Vertretung und der Natur des zu verwaltenden Rechts Befugnisse, die unter alle drei Rechtskategorien fallen.

⁵⁾ Oft ist dies die Mehrheit der Destinatäre, z. B. bei einer Gemeinde oder einem nur die Interessen der Mitglieder verfolgenden Verein, oft auch eine Mehrheit anderer Personen, z. B. bei einem gemeinnützigen Verein.

⁶⁾ „Wer zur Zeit des Erbfalls noch nicht lebte, aber bereits erzeugt war, gilt als vor dem Erbfall geboren“, §§ 1923², 2108, 2178 vgl. mit § 2176; vgl. L. 231 D. de V. S.

γ) In manchen Fällen endlich, wo der zukünftige Berechtigte schon vorhanden, aber noch ungewiß ist, wird dadurch geholfen, daß man das Recht gleichfalls als schon vorhanden, aber in der Schwebe befindlich betrachtet, so daß der spätere den Berechtigten bestimmende Umstand aufklärt, daß dieser Berechtigte schon im Anfang des Schwebezustandes das Recht erworben habe (hierüber unten § 75).

b) Wo aber keines dieser Konstruktionsmittel (Annahme einer juristischen Person, einer natürlichen Person, eines Schwebezustandes) zutrifft, wie z. B. im Fall eines vom Berechtigten derelinquierten und noch von niemand okkupierten Inhaberpapiers oder der Einsetzung einer beim Erbfall noch nicht erzeugten Person zum Nacherben (unten § 77 II 4), da wird anzuerkennen sein, daß inzwischen kein subjektives Recht vorliegt, sondern nur die Gebundenheit eines Gutes, aus der sich möglicherweise ein subjektives Recht entwickeln oder wiederentwickeln wird⁹⁾. Gleichwohl kann eine analoge Anwendung von Vorschriften, die von subjektiven Rechten gelten, in Frage kommen (oben § 65 III).

5. Was von den Rechten gesagt ist, gilt mit einigen sich von selbst ergebenden Änderungen auch von den Pflichten⁹⁾.

II. Verknüpfung des Rechts mit der Person.

Die Rechte sind in der Regel mit der Person direkt verknüpft, so daß sie der bestimmten Person als solcher zustehen. Die Verknüpfung kann aber auch eine indirekte sein, indem gewisse Rechte zunächst an ein anderes Recht oder ein tatsächliches Verhältnis gebunden sind und immer demjenigen zustehen, dem dieses Recht zukommt oder der sich in diesem tatsächlichen Verhältnis befindet (mittelbar zuständige Rechte). So stehen z. B. die Grunddienstbarkeiten dem jeweiligen Eigentümer des Grundstücks als solchem zu, die Forderung aus dem Inhaberpapier dem Eigentümer des Papiers und umgekehrt das Eigentum an dem Schuldschein dem Gläubiger der Forderung.

1. Die direkte Verknüpfung kann schlechthin unlösbar sein (z. B. beim Namensrecht) oder zwar lösbar, aber nur so, daß durch die Loslösung von der Person das Recht erlischt (z. B. beim Nießbrauch), oder endlich schlechthin lösbar, so daß das Recht bei Lebzeiten auf einen anderen Berechtigten übertragen werden kann (Veräußerlichkeit) und beim Tode auf die Erben übergeht (Vererblichkeit). Auch Vererblichkeit ohne Veräußerlichkeit kommt vor (§ 717), und ebenso ist Veräußerlichkeit ohne Vererblichkeit denkbar¹⁰⁾. Endlich kann trotz Unveräußerlichkeit des Rechts doch die Ausübung übertragbar sein, z. B. beim Nießbrauch.

50, 16 und L. 26 D. de statu hom. 1, 5: Nasciturus pro jam nato habetur, quoties de commodis ejus quaeritur. (Übliche Formulierung.)

⁷⁾ „Wird die Stiftung erst nach dem Tode des Stifters genehmigt, so gilt sie für die Zuwendungen des Stifters als schon vor dessen Tode entstanden“, § 84.

⁹⁾ Die im Texte besprochene „Gebundenheit des Rechtsgutes für einen zukünftigen Berechtigten“ bezeichnet man auch als „subjektloses Recht“ (Windscheid I § 49 Nr. 1 u. Artio S. 234 ff.) oder als „die passive Seite der Rechte“ (Zhering, Dogm. 10 S. 390 ff.) oder als „objektiven Bestand des Rechts“ (Bekker I § 18 Beil. III); allein der Ausdruck „subjektloses Recht“ leidet an einem inneren Widerspruch, weil im Begriffe des „Rechts“ der „Berechtigte“ stets mitgedacht wird; ebenso die Annahme einer nur „passiven Seite“, da eine solche ohne eine aktive Seite nicht gedacht werden kann; von einem „objektiven Bestand“ des Rechts endlich sollte man nicht reden, bevor das Recht wirklich „besteht“.

⁸⁾ So namentlich das unter 2, 3, 4 a Gesagte. Auch ein Analogon der fiduziarischen Rechte kann bei den Rechtspflichten vorkommen: ich übernehme eine Schuld meines Freundes (etwa weil ich mehr Kredit habe) bergestalt, daß sie materiell die seine bleiben, also namentlich das unter 2, 3, 4 a Gesagte. Auch ein Analogon der fiduziarischen Rechte kann bei den Rechtspflichten vorkommen: ich übernehme eine Schuld meines Freundes (etwa weil ich mehr Kredit habe) bergestalt, daß sie materiell die seine bleiben, also namentlich das unter 2, 3, 4 a Gesagte.

¹⁰⁾ Im altrömischen Recht war z. B. die Obligation vererblich, aber nicht übertragbar, das Recht aus der Delation der Erbschaft dagegen (bei der hereditas legitima) übertragbar (durch in jure cessio), aber nicht vererblich.

2. Bei der indirekten Verknüpfung kann das Recht von dem Rechte, mit dem es zunächst verbunden ist, meist nicht getrennt werden, ohne zu erlöschen (die Grunddienbarkeit kann nicht von dem herrschenden Grundstück, die Forderung aus dem Inhaberpapier nicht von dem Eigentum am Papier getrennt werden). Die Verknüpfung kann ferner entweder so gedacht sein, daß bei Veräußerung des Grundrechts das mittelbar zuständige Recht mit übergeht (Grunddienstbarkeiten), oder so, daß es erlischt, jedoch in der Hand des Erwerbers des Grundrechts neu und deshalb ohne die gegen den bisherigen Rechtsträger begründeten Beschränkungen zur Entstehung kommt (Forderung aus dem Inhaberpapier).

3. Auch bei den Rechtspflichten kann man direkte und indirekte Verknüpfung mit der Person unterscheiden (mittelbar zuständige Rechtspflichten). Zumal gibt es manche Verpflichtungen, die dem Eigentümer oder dem Besitzer einer Sache als solchem obliegen (römische Rogalschulden, Reallasten, Vorzeigungspflicht).

4. Rechte mit ganz unbestimmtem Subjekt (das Publikum, die Armen, die Kranken) sind nicht anzuerkennen; wohl aber kann dem Staat, einer Gemeinde oder einer sonstigen Körperschaft oder Stiftung im allgemeinen Interesse (des Publikums, der Armen usw.) ein Recht zustehen¹⁾.

§ 69. Mehrheit von Subjekten insbesondere²⁾.

Manche Rechte und Verpflichtungen können nur einem einzigen Rechtssubjekt zustehen oder obliegen, so die römischen Familiengewalten¹⁾ und die ihnen entsprechenden Rechtspflichten. Bei den meisten ist aber auch eine Mehrheit von Berechtigten oder Verpflichteten denkbar und zwar in sehr verschiedener Weise:

1. Ist der Inhalt des Rechts teilbar, d. h. können sämtliche in dem Recht liegende Befugnisse zu einem Bruchteil ausgeübt werden, so kann das Recht (z. B. die teilbare Forderung) bei einer Mehrheit von Berechtigten oder Verpflichteten in mehrere Teilrechte (und Verpflichtungen) zerfallen²⁾. Dann ist also das Recht selbst geteilt. Strenggenommen handelt es sich also gar nicht um ein Recht mit einer Mehrheit von Subjekten.

2. Das Recht (das unteilbare wie das teilbare) kann nach dem BG mehreren (z. B. mehreren Gesellschaftern oder mehreren Miterben) ungeteilt zusammen zustehen, so daß sie also nur zusammen (zu gesamter Hand) die Rechtsherrschaft auszuüben, insbesondere über das Recht zu verfügen berechtigt sind³⁾. Doch ist dann bisweilen (nicht immer) dem einzelnen Be-

¹⁾ Ceuffl 12 Nr. 11; RG 4 Nr. 38; 14 Nr. 54; 19 Nr. 49.

²⁾ Savigny, OblR I §§ 30 ff.; Steinlechner, Das Wesen der juris communio, 1876, 1878; Kohler, Gesammelte Abhandlungen S. 167 ff.; G. Rümelin, Die Teilung der Rechte, 1883; Bekker I § 32; Regelsberger I § 51; Windscheid-Kipp I § 51; v. Tuhr § 3. Die umfangreiche Literatur über die einzelnen in Betracht kommenden Verhältnisse bei diesen.

¹⁾ Nach BG steht die elterliche Gewalt beiden Eltern zu, jedoch nicht in gleicher Weise, §§ 1627 ff., 1634.

²⁾ Die teilbare Forderung kann sich bei einer Mehrheit von Gläubigern oder Schuldnern in mehrere Teilforderungen spalten (das ist auch in der Regel der Fall, § 420, freilich mit sehr wichtigen Ausnahmen, zumal bei einer Schuldnermehrheit, § 427, und beim Übergang auf mehrere Personen durch Erbgang).

³⁾ Die zum Gesellschaftsvermögen gehörenden dinglichen Rechte und Forderungen stehen den Gesellschaftern in dieser Weise zu, unten §§ 312, 396, 399.

rechtigten die Befugnis gegeben, die Ansprüche aus dem Rechte mit der Wirkung geltend zu machen, daß die Leistung an alle erfolgen muß⁴⁾. In gleicher Weise kann eine Forderung sich gegen mehrere Verpflichtete zusammen richten, so daß sie also nur gegen alle zusammen, nicht gegen den einzelnen geltend gemacht werden kann⁵⁾. In allen diesen Fällen spricht man von Gemeinschaft zur gesamten Hand (Gesamthandsverhältnis⁶⁾).

3. Das Recht kann jedem einzelnen ganz zustehen, die Verpflichtung jedem Schuldner in ihrem ganzen Umfange obliegen, aber so, daß der Inhalt des Rechts dadurch nicht vervielfacht wird, sondern nur einmal verwirklicht werden kann. Dann sprechen wir von solidarischen Berechtigungen oder Verpflichtungen. Bei solchen kann das solidarische Recht trotz der Mehrheit als ein einziges aufgefaßt werden, oder es kann eine Mehrheit von Rechten angenommen werden, die aber in dem Verhältnis zueinander stehen, daß nur einmalige Verwirklichung stattfindet. Ersteres trifft zu bei den römischen Korrealobligationen, letzteres bei den Gesamtschulden des BG⁷⁾.

4. Die unter 1—3 angeführten Verknüpfungsformen der Rechte mit einer Mehrheit von Subjekten — Teilrechte und -verpflichtungen, Gesamthandsrechte und -verpflichtungen, solidarische Rechte und Verpflichtungen — sind die charakteristischen Grundformen⁸⁾. Es finden sich aber auch Rechtsbildungen, die zwischen zweien dieser Haupttypen stehen und nicht streng einheitlichen Charakters sind, sondern Elemente aus mehreren von ihnen enthalten.

a) Ist der Inhalt des Rechts zwar in gewissen, aber nicht in allen Beziehungen teilbar, d. h. können manche, aber nicht alle Befugnisse zu einem

⁴⁾ So z. B. bei Ansprüchen der Miterben, § 2039; ob auch bei Forderungen, die zum Gesellschaftsvermögen gehören, darüber unten § 312 Anm. 5; § 399 Anm. 10.

⁵⁾ Beispiel: Die Gesellschaftsschulden, soweit Befriedigung aus dem Gesellschaftsvermögen erstrebt wird (die Gesellschafter haften aber außerdem in der unter 3 bezeichneten Weise).

⁶⁾ Das Wesen des Gesamthandsverhältnisses besteht darin, daß die Rechte mehreren Personen zusammen zustehen, die Verpflichtungen sich gegen mehrere zusammen richten (Näheres unten § 312 I 3). Wenn man gleichwohl von Anteilen des einzelnen spricht, so ist damit eben die Zugehörigkeit zu dieser Gesamtheit und ihre Folgen (also z. B. die Befugnis, mit den anderen zusammen über das Recht zu verfügen) gemeint. Aus dieser können aber gesonderte Rechte erwachsen, wie z. B. Ansprüche auf Aufteilung oder auf direkten Anfall eines Teiles des gemeinschaftlichen Rechts nach Auflösung des Gemeinschaftsverhältnisses.

⁷⁾ Näheres, zumal über die abweichenden Ansichten, unten § 313.

⁸⁾ Das entspricht freilich nicht der herrschenden Theorie. Diese behandelt das Gemeinschaftsverhältnis (unten 4), das zudem nicht selten mit der Teilung der Rechte zusammengeworfen wird, als die einfachere Erscheinung, von der das Gesamthandsverhältnis eine besondere Modifikation bildet. Diese Auffassung ist erklärlich, da die communio, aber nicht das Gesamthandsverhältnis dem römischen Recht angehört, trifft aber nicht das Wesen der Sache und erschwert in hohem Grade das richtige Verständnis.

Bruchteile ausgeübt werden, wie z. B. beim Eigentum, so ist eine sog. Gemeinschaft nach Bruchteilen (ideellen Teilen, Quoten, partes pro indiviso) möglich. Dann sind im allgemeinen die teilbaren Befugnisse (Fruchtgenuß, Veräußerungsbefugnis) geteilt, so daß sie von jedem Teilhaber zum Teil ausgeübt werden können. Die unteilbaren Befugnisse (z. B. der Gebrauch der Sache) aber stehen den Mitberechtigten zusammen zu und können von dem einzelnen nur so weit ausgeübt werden, als dadurch die Interessen der übrigen nicht verletzt werden. Die Gemeinschaft nach Bruchteilen steht also in der Mitte zwischen Teilrechten und Gesamthandsrechten. Das BG hat übrigens dem einzelnen Gemeinschaftler das Recht gegeben, den Anspruch auf Herausgabe der Sache dergestalt geltend zu machen, daß die Leistung an alle erfolgen muß, § 1011.

b) Auch zwischen solidarischer Berechtigung und Gesamthandsberechtigung findet sich eine Mittelform. So kann z. B. jeder Miteigentümer des herrschenden Grundstücks die mit diesem verbundene Grunddienstbarkeit zwar im allgemeinen ganz (solidarisch) ausüben, zu einer Verfügung über das Recht aber ist der Wille aller erforderlich.

c) Haben mehrere Gläubiger zusammen eine unteilbare Leistung zu fordern, so bestehen zwar so viel gesonderte Forderungen, als Gläubiger vorhanden sind; diese Forderungen gehen aber lediglich darauf, daß der Schuldner an alle Gläubiger zusammen leiste (Näheres unten § 319 II).

d) Endlich sind die Erbengemeinschaften und die drei ehelichen Gütergemeinschaften zwar im allgemeinen nach den Grundsätzen der Gesamthand geregelt, aber doch in einzelnen Beziehungen der Gemeinschaft, in anderen der Solidarität genähert. Darüber kann erst im Familien- und Erbrecht gehandelt werden.

§ 70. Die Objekte der Rechte.

I. Die Macht, die den Inhalt des Rechts bildet, läuft in letzter Linie darauf hinaus, daß andere Personen zu einem gewissen Verhalten (Thun oder Unterlassen) verbunden sind (vgl. oben § 67). Das schließt aber keineswegs das Dasein eines anderen Objekts aus. Von jeher hat man vielmehr die dinglichen Rechte, insbesondere das Eigentum, als eine unmittelbare Rechtsmacht über die Sache aufgefaßt. Wie die tatsächliche Beherrschung sich direkt auf die Sache richtet, diese gebraucht, verändert wird usw., so wird auch die gedachte und von der Rechtsordnung gewollte Rechtsmacht als direkt die Sache ergreifend vorgestellt¹⁾, und dieser klare, einheitliche und folgenreiche Begriff kann nicht ohne wesentliche Einbuße durch eine unübersehbare Masse von Einzelbefugnissen, die sich gegen alle auf der Welt existierenden Personen

¹⁾ Abw. Fuchs, Das Wesen der Dinglichkeit, 1889; Dertmann, Dogm. 31 S. 415 ff.; Hellwig, Anspruch S. 26. Wie oben die herrschende Meinung. Höchst plastisch trat die Unmittelbarkeit der Herrschaft über die Sache in der alten Binditionsform hervor. Der Bindifant ergreift die Sache und legt den Stab (ursprünglich wohl den Speer) auf sie, symbolisiert damit seine Rechts Herrschaft über die Sache und spricht die Worte: „Hanc ego rem meam esse ajo“ usw.

richten würden, ersetzt werden²⁾. Ähnliches wie von den dinglichen gilt aber von allen Beherrschungsrechten. Wir können daher die folgenden Objekte der Rechte unterscheiden:

1. Die eigene Person. Auf die eigene Person richten sich (in erster Linie) die sog. Personenrechte. Darüber unten § 71 I.

2. Andere Personen. Auf eine solche (wenigstens in erster Linie) richten sich die Familienrechte, ferner die Forderungen³⁾ und die zwischen einer Korporation und ihren Mitgliedern bestehenden Rechte.

3. Sachen, d. h. Stücke der unfreien Natur (also mit Ausnahme des Menschen), die als Rechtsobjekte anerkannt sind⁴⁾.

4. Geistesprodukte. Darüber unten § 72 II.

5. Das gewerbliche Unternehmen (unten § 451 Anm. 8).

6. Sehr streitig ist, ob ein Recht wieder Objekt eines Rechts sein kann, ob z. B. als Objekt des Nießbrauchs oder Pfandrechts an einer Forderung wirklich die Forderung zu denken sei⁵⁾. Die Frage ist zu bejahen, denn es bestehen in diesen Fällen Befugnisse, auf das Recht (die Forderung) einzuwirken⁶⁾. Immer aber bestehen daneben auch wichtige Befugnisse, die sich nicht auf das Recht selbst, sondern auf dessen Objekt beziehen⁷⁾. Insoweit sind die „Rechte an Rechten“ von derselben Natur, nur beschränkteren Inhalts als das unterliegende Recht selber, und insoweit können sie dieses Recht auch überdauern⁸⁾. Die „Rechte an Rechten“ ent-

²⁾ Vgl. hierzu auch Gierke § 29 Text und Note 7.

³⁾ Besonders klar trat dies in der Form der *legis actio in personam* hervor; „*ajote mihi decem dare oportere*“. Mittelbar haftet allerdings auch das Vermögen des Schuldners; aber aus dieser Haftung des Vermögens lassen sich nicht alle Wirkungen der Obligation erklären (Ziebarth, Realexekution und Obligation S. 24, 33 ff.). Primär haftet die Person, ihr Wille ist gebunden. Abweichend Köppen, System des Erbrechts S. 246 ff.; Bekker I § 25 Beil. II: „Recht an einer Person, das zugleich deren Vermögen ergreift und ebenso am bloßen Vermögen (ohne Person) bestehen kann“. Wie oben die herrschende Meinung.

⁴⁾ Darüber oben I; ferner unten § 114.

⁵⁾ Für Rechte an Rechten namentlich: Meuner a. a. O. S. 52 ff.; Bremer, Pfandrecht und Pfandobjekte S. 36 ff., 84 ff.; Stammler, Nießbrauch an Forderungen, 1880, S. 10 ff.; G. Hartmann, Dogm. 17 S. 86 ff., 139 ff.; Hölzer § 61 Anm. 3; Bierling, Prinzl I S. 270 ff.; Windscheid-Kipp § 48a Text u. Anm. 7; Wolff, Sachenrecht § 120 I. Dagegen: Exner, Kritik des Pfandrechtsbegriffs S. 11 ff.; Mansbach, Nießbrauch an Forderungen, 1880, S. 1 ff., früher auch der Verfasser in der Vorrede zu der Mansbach'schen Schrift: Hanau'sed, Uneigentl. Nießbrauch S. 42 ff.; Bekker I § 20 Beil. II; Kohler, Pfandrechl. Forschungen S. 41 ff.; Regelsberger I § 94.

⁶⁾ Der Forderungsnießbraucher kann (unter Umständen) die Forderung durch Einziehung aufheben, der Forderungspfandgläubiger sie einziehen oder auf einen anderen übertragen.

⁷⁾ Der Forderungspfandgläubiger kann vom Schuldner die Leistung fordern; der Austerpfandgläubiger den Pfandgegenstand veräußern.

⁸⁾ Forderungspfandreht und -nießbrauch bestehen fort, wenn die Forderung durch Konfusion erlischt; ebenso das Austerpfandreht, wenn der Austerverpfänder Eigentümer der Pfandsache wird. Aus diesem Fortbestehen ist vielfach gefolgert, daß das „Recht am

halten also Befugnisse, die sich auf das Recht selbst, und Befugnisse, die sich auf dessen Objekt beziehen⁹⁾.

7. Das Vermögen als ganzes bildet den Gegenstand des Erbrechts (unten § 72 IV). Dagegen sind die „an einem Vermögen (oder Sondervermögen) bestehenden“ Nießbrauchsrechte (nach römischem Recht auch Pfandrechte) nicht als Rechte an dem Vermögen als ganzem, sondern an den einzelnen Vermögensstücken aufzufassen.

II. Nicht alle Rechte haben ein bestimmtes Objekt. Ein solches fehlt z. B. vielen Rechten auf Rechtsänderung, insbesondere vielen Erwerbsermächtigungen¹⁰⁾. Hier ist also nur die allgemeine Richtung des Rechts gegen jedermann vorhanden.

3. Arten und Entwicklungsstufen der Privatrechte.

§ 71. Haupteinteilung der Privatrechte*).

Eine Einteilung der Privatrechte lediglich nach dem Objekte¹⁾, auf das sie sich beziehen, ist zur Grundlage systematischer Behandlung wenig geeignet, da sie Verwandtes weit auseinander reißt, z. B. Sachenrechte und Forderungen, und durchgreifend Verschiedenes vereinigt, z. B. Familienrechte und Forderungen. Als Hauptunterscheidungsmerkmal der Rechte muß daher ihr Inhalt und Zweck dienen, neben dem natürlich auch das Objekt mittelbar in Betracht kommen kann. Hiernach unterscheiden wir Personenrechte, Familienrechte und Vermögensrechte.

I. Personenrechte.

Die Willensmacht des Menschen erstreckt sich nicht nur auf außer ihm Liegendes, sondern auch auf seine Person selbst. Die Annahme einer Rechtsmacht an der eigenen Person ist also gewiß nicht begriffswidrig. Über Bestehen, Inhalt und Umfang solcher Rechte an der eigenen Person aber herrscht Streit.

1. Manche²⁾ nehmen ein einziges Recht der Persönlichkeit an, einen

Recht³⁾ sich überhaupt nicht auf das Recht beziehe; folgerichtig ist aber nur, daß es sich nicht auf dieses allein bezieht. Die im Texte gegebene Auffassung trägt vielleicht zur Vereinfachung der Ansichten bei.

⁹⁾ Zustimmung v. Tuhr § 6 VI Anm. 85.

¹⁰⁾ Es wäre z. B. verkehrt, das Anfechtungsrecht als ein Recht an den durch die Anfechtung aufzuhebenden oder wiederherzustellenden (!) Rechtsverhältnissen oder gar an den Objekten dieser Rechtsverhältnisse aufzufassen.

* Savigny I S. 334ff.; Meuner, Wesen u. Arten der Privatrechtsverhältnisse, 1866; Thon, Rechtsnorm S. 147ff.; Vierling, Kritik S. 168ff. u. Prinzipienlehre I S. 274ff.; Kärger, Zwangsrechte, 1882; Windscheid I § 38—40; Regelsberger I, § 50; Gierke I § 29.

¹⁾ Eine solche gibt z. B. Gierke a. a. O.

²⁾ So namentlich Regelsberger I § 50; Gierke PrR I S. 903; Dernburg I § 18.

Gesamtbegriff, der das Recht auf Erhaltung, Unverletzlichkeit, anerkannte Bezeichnung und freie Betätigung der Individualität nach allen Richtungen umfaßt. Eine Macht dieses Inhalts ist nun unzweifelhaft vorhanden und durch Strafdrohungen (gegen Tötung, Körperverletzung, Freiheitsberaubung usw.) geschützt. Aber wir suchen vergeblich nach einer Rechtsvorschrift, welche diese Macht, sei es durch Anwendung von Grundsätzen über die Entstehung und den Untergang der Rechte, sei es durch Gewährung einer Zivilklage, als subjektives Recht kennzeichnet³⁾. Das Bedürfnis zu solchen Vorschriften fehlt, weil im modernen Staate Freiheit, Unverletzlichkeit usw. mit der Tatsache des Lebens untrennbar verknüpft sind und weil der strafrechtliche und polizeiliche Schutz dieser Güter ausreicht. Die Persönlichkeit wird daher nicht als Recht, sondern als unzerstörbare Eigenschaft der Person aufgefaßt⁴⁾.

2. Dieselben Gründe sprechen gegen die Annahme gesonderter Personenrechte auf Leben, auf körperliche Freiheit⁵⁾, auf freie Betätigung der geistigen Individualität, auf Ehre usw. Auch solche Personen- oder Individualrechte sind nur soweit als subjektive Rechte zu betrachten, als Rechtsvorschriften bestehen, aus denen sich die Annahme eines subjektiven Rechts ergibt.

3. Solche Vorschriften hat das BG unzweifelhaft für das Recht auf den Namen gegeben; denn es ordnet den Erwerb und Verlust dieses Rechts (§§ 1616, 1719, 1758, 1706 usw.) und gibt, wenn es bestritten oder durch unberechtigten Gebrauch des Namens von Seiten anderer verletzt wird, eine Zivilklage (§ 12, näheres unten § 93)⁶⁾. Aber auch die Mitgliedschaft in einem Verein ist ein Personenrecht auf die persönliche Rechtsstellung innerhalb des Vereins (unten § 105). Dagegen dürfte das vom Reichsgericht in ständiger Rechtsprechung angenommene Recht auf ungehinderte Fortführung eines bestehenden Gewerbebetriebs (darüber unten § 451 Anm. 8) nicht als Personenrecht, sondern als Immaterialgüterrecht aufzufassen sein.

II. Familienrechte und Vermögensrechte.

Die Rechte, welche sich auf etwas außerhalb der eigenen Person Liegendes

³⁾ Bei der Verletzung des Lebens, des Körpers, der Freiheit entstehen nur besondere Deliktssklagen auf Schadensersatz, aus denen nicht auf das Bestehen eines subjektiven Rechts geschlossen werden kann, § 823. Der Beweis dafür kann erst später (§ 450) erbracht werden.

⁴⁾ Das ist nicht etwa ein Minus gegenüber der Auffassung der Persönlichkeit als subjektiven Rechts, sondern eher ein Plus; denn die Annahme eines subjektiven Rechts legt den Gedanken an Aufhebbarkeit oder Beschränkbarkeit weit näher. Gegen das allgemeine Persönlichkeitsrecht jetzt auch RGZ 69 S. 401 ff.; 79 S. 398; ferner Windscheid-Ripp, Derkmann, v. Tuhr, Zitelmann, Int. PrK I § 125 u. a.

⁵⁾ Anders wohl nach röm. Recht, da dieses eine Klage auf Feststellung der Freiheit kannte, für die heute wegen der Freiheit aller kein Bedürfnis mehr besteht.

⁶⁾ v. Tuhr (§ 6 IV) will das Namensrecht ähnlich wie die Urheber- und Erfinderrechte als Recht an einem geistigen Etwas auffassen; allein die unbefugte Benutzung oder die Bestreitung des Namens ist nicht deshalb untersagt, weil ein (an sich durchaus wertloses und nicht schutzwertes) geistiges Etwas geschützt werden soll, sondern weil jene Eingriffe in den Namen nach der Volkanschauung eine Verletzung der Person enthalten.

richten, scheiden wir in Vermögensrechte und Familienrechte. Das Unterscheidungsmerkmal glaubt die vorherrschende Meinung darin zu finden, daß die ersteren sich auf einen Geldwert zurückführen ließen, während die letzteren auf eine in Geld nicht abschätzbare, auf dem Familienverbande beruhende Über- und Unterordnung gerichtet seien. Allein das ist in sehr vielen Fällen unzutreffend. Es gibt zahlreiche Forderungen auf Leistungen ohne Vermögenswert⁷⁾; das Erbrecht ist auch dann ein Recht, wenn es sich auf eine nur aus Schulden bestehende Erbschaft richtet⁸⁾; das Urheberrecht bezieht sich auch auf absolut wertlose Geistesprodukte⁹⁾; ja selbst das Eigentum kann an Sachen ohne jeden Geldwert (an Briefen oder der Lode der Geliebten) bestehen¹⁰⁾. Andererseits kann die elterliche Gewalt über arbeitsfähige Kinder einen erheblichen Geldwert haben; und die Vormundschaft gründet sich meist nicht auf den (aus Ehe und Abstammung sich ergebenden) Familienverband sondern auf obrigkeitliche Anordnung.

1. In Wahrheit beruht der Unterschied auf dem Verhältnis der Rechte zu den sittlichen Pflichten. Freilich ist der Zweck aller Rechte in letzter Linie ein sittlicher, sie sollen dem Menschen ein Mittel sein zur Erfüllung seiner sittlichen Aufgabe. Den Familienrechten aber liegt noch ein besonderer sittlicher Zweck zugrunde. Sie sollen besondere sittliche Pflichten fördern und sichern, die dem Berechtigten gegenüber dem, gegen den das Recht sich richtet, obliegen. Sie sind Rechte nur um dieser besonderen Pflichten des Berechtigten willen und sind gerichtet auf eine dauernde Lebensbeziehung zu einem anderen Menschen¹¹⁾. Familienrechte sind also Rechte auf eine

⁷⁾ Der Nachweis ist im Obligationenrecht zu erbringen. Vgl. vorläufig BG § 241, wo bei der Begriffsbestimmung der Obligation das Erfordernis eines Geldwertes absichtlich nicht aufgenommen ist; ferner L. 54 D. mandati 17, 1; L. 11 § 1 D. quod vi 43, 24; L. 3 § 13 D. de hom. lib. exhib. 43, 29.

⁸⁾ Hereditas sine ullo corpore juris intellectum habet, L. 50 pr. D. de her. pet. 5, 3.

⁹⁾ Auch wer wertlose Geistesprodukte eines anderen (z. B. zum Schabernack) veröffentlicht, verlegt das Autorrecht.

¹⁰⁾ Dies letzte Argument sucht man dadurch zu entkräften, daß hier ein Geldwert vorhanden sei, nur ein sehr kleiner. Aber würde das Eigentum an dem Brief oder der Haarlocke nicht auch anzuerkennen sein, wenn beschriebenes Papier oder Haare auch in großer Quantität unverwertbar und deshalb wertlos wären? Bezüglich der ersten drei Beispiele verjagen auch solche Scheingründe. Deshalb wollen manche denn auch die Forderungen ohne Geldwert nicht zu den Vermögensrechten rechnen, z. B. Ripp bei Windscheid I § 32 Num. 1. Allein sie gehören zum Vermögen und werden in jeder Beziehung wie andere Vermögensrechte behandelt. Eine solche Abgrenzung würde demnach mit dem geltenden Rechte in Widerspruch stehen.

¹¹⁾ Das Wesen des Familienrechts ist also nicht schon in dem Zusammentreffen von Rechtspflicht und sittlicher Pflicht begründet (auch der Vertragsschuldner ist sittlich verpflichtet, Wort zu halten), vielmehr besteht ihr Wesen darin, daß dem Berechtigten, dem sittliche Pflichten gegenüber einem anderen obliegen, um dieser Pflichten willen Rechte auf eine dauernde Lebensbeziehung gegen diesen anderen gegeben sind, auf Grund deren er jenen sittlichen Pflichten gerecht zu werden vermag. Rechte, die nur um einer Pflicht willen bestehen, kommen auch im öffentlichen Recht vor, bilden dort sogar die Regel; es fehlt aber das andere Erfordernis des Familienrechtsbegriffs, die dauernde Lebensbeziehung zu einem anderen Menschen. Immerhin liegt hier ein Berührungspunkt.

dauernde Lebensbeziehung zu einer anderen Person, die dem Berechtigten um der ihm gegenüber dieser anderen Person obliegenden sittlichen Pflichten willen verliehen sind¹²⁾. Zu den Familienrechten gehören die Rechte unter Ehegatten, die Rechte zwischen Eltern und Kindern, insbesondere nach gemeinem Recht die väterliche, nach dem BG die elterliche Gewalt, ferner die Vormundschaft¹³⁾.

2. Die Vermögensrechte sollen zur Befriedigung der Bedürfnisse der Person dienen, sind also nicht wie die Familienrechte nur ein Mittel zur Durchführung einer ethischen Pflicht gegenüber einer anderen Person, sondern finden ihren nächsten Zweck in der Person des Berechtigten selber¹⁴⁾ (unbeschadet der sittlichen Pflicht, von ihnen nur einen Gebrauch zu machen, der wahren menschlichen Interessen entspricht). Vermögensrechte sind: Sachenrechte, Immaterialgüterrechte, Forderungsrechte und Erbrecht.

§ 72. Übersicht der Vermögensrechte*).

I. Die dinglichen Rechte.

Dingliche Rechte oder Sachenrechte nennen wir die Rechte, die sich unmittelbar auf eine Sache beziehen. Wir scheiden sie in dingliche Beherrschungsrechte und dingliche Erwerbsberechtigungen.

A. Dingliche Beherrschungsrechte.

Die dinglichen Beherrschungsrechte gewähren eine unmittelbare Herrschaft über eine Sache, geben also die Befugnis, auf die Sache einzuwirken oder fremde Einwirkung auszuschließen; gewöhnlich ist beides verbunden. Die Herrschaft, die sie gewähren, ist entweder eine totale sowohl bezüglich des Genusses als der Verfügung, d. h. sie erstreckt sich auf jedes Genießen oder Verfugen, soweit nicht durch Rechtsvorschrift oder Rechte anderer an der Sache Schranken gezogen sind (Eigentum); oder sie ist zwar eine totale oder nahezu totale in bezug auf den Genuß, aber nicht in bezug auf die Verfügung über die Substanz der Sache (eigentumsähnliche Nutzungsrechte); oder sie beschränkt sich auf eine gewisse Art des Genusses (Dienstbarkeiten); oder auf eine gewisse Art der Verfügung (die Pfandrechte und, insoweit sie dingliche Rechte sind, die Realkasten).

¹²⁾ Zustimmung v. Lühr § 6 Anm. 44 u. Wolff, Familienrecht § 1 Anm. 8.

¹³⁾ Nach älterem deutschem Recht trugen auch die Beziehungen zwischen Lehnherrn und Vasallen, Gutsherrn und Hörigen, Dienstherrn und Gesinde, Lehrherrn und Lehrling einen familienrechtlichen Charakter. Im neueren Recht haben sich davon im Gesinderecht und im gewerblichen Lehrverhältnis noch schwache Spuren erhalten. Vgl. GewD § 127, 127 a, aber auch BG § 617.

¹⁴⁾ Möglicherweise auch anderer Personen, vgl. darüber oben § 68 I.

*) Die folgenden Ausführungen geben nur eine Übersicht. Abweichende Ansichten sind bei den einzelnen Lehren in Buch II—IV zu besprechen. Dasselbst auch die Literaturnachweisungen.

1. Eigentum. Das Recht der grundsätzlich totalen Herrschaft über die Sache nennen wir Eigentum. Es ist nicht eine Summe einzelner Befugnisse (gebrauchen, verbrauchen, umgestalten usw.), sondern ein Totalbegriff¹⁾. Auch wenn Rechte anderer an der Sache bestehen, fehlen die entsprechenden Befugnisse dem Eigentümer nicht, sein Eigentum steht nur in dieser Beziehung hinter jenem fremden Rechte zurück und tritt, wenn jenes wegfällt, alsbald wieder in volle Wirksamkeit.

2. Eigentumsähnliche Nutzungsrechte an Grundstücken. Sie stehen, was den Gebrauch und Genuß des Grundstücks betrifft, dem Eigentum sehr nahe, sind auch wie dieses vererblich und veräußerlich, letzteres allerdings zum Teil nur mit Beschränkungen. Aber sie unterscheiden sich vom Eigentum dadurch, daß dem Berechtigten die Verfügung über die Sache nicht oder nur in sehr beschränktem Maße zusteht. Das totale Herrschaftsrecht befindet sich also in der Hand eines anderen; sie sind Rechte an fremder Sache. Hierher gehören nach römischem Recht die Emphyteuse und die Superfizies, nach deutschem Rechte das Recht des Vasallen am Lehen und das erbliche Nutzungsrecht an Bauerngütern (Erbpacht, Erbzinsgut, Meiergut, Koloniegut usw.), das übrigens jetzt fast überall in freies Eigentum verwandelt ist.

a) Ins BG ist von diesen Rechten nur die Superfizies aufgenommen als „Erbbaurecht“, d. i. das Recht, „auf oder unter der Erdoberfläche eines Grundstücks ein Bauwerk zu haben“, BD über das Erbbaurecht, § 1.

b) Den Landesgesetzen ist vorbehalten, das Lehen recht, Art. 59; ferner das Erbpachtrecht mit Einschluß des Büdner- und Häuslerrechts, jedoch nur in den Bundesstaaten, in denen solche Rechte noch bestehen (Mecklenburg), Art. 63. Alle übrigen eigentumsähnlichen Nutzungsrechte können in Zukunft nicht mehr entstehen; die bestehenden aber dauern einstweilen fort und werden nach den Landesgesetzen beurteilt, Art. 184 (vgl. auch Art. 196).

3. Beschränkte Nutzungsrechte (Dienstbarkeiten). Das BG unterscheidet wie das gemeine Recht persönliche und Grunddienstbarkeiten. Erstere stehen unveräußerlich und unvererblich einer individuell bestimmten Person, letztere dem Eigentümer eines Grundstücks als solchem zu. Die persönlichen scheidet das BG in Nießbrauch und beschränkte persönliche Dienstbarkeiten. Die gemeinrechtliche Scheidung der Grunddienstbarkeiten in ländliche und städtische ist weggefallen.

¹⁾ Darin liegt nicht, daß das Eigentum völlig schrankenlos sei, sondern nur, daß es zu jeder Herrschaft über die Sache berechtigt, die von der Rechtsordnung zugelassen wird, vgl. § 903: „Der Eigentümer einer Sache kann, soweit nicht das Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen, mit der Sache nach Belieben verfahren und andere von jeder Einwirkung ausschließen.“ Vgl. auch Wolff, Sachenrecht § 51 I u. II.

4. Die Pfandrechte. Diese gewähren die Befugnis, aus einer Sache (d. h. durch ihre Verwertung) für einen bestimmten Geldbetrag Befriedigung zu suchen. Sie dienen entweder nur zur Sicherung einer Forderung, so daß sie eine solche voraussetzen und mit ihr erlöschen (akzessorische Pfandrechte); oder sie sind selbständig, d. h. der Berechtigte darf, gleichviel ob ihm eine Forderung zusteht oder nicht, bis zu dem bestimmten Geldbetrage aus der Sache Befriedigung suchen.

a) Das römische Pfandrecht war akzessorisch — das Recht, für eine bestehende Forderung aus der Sache Befriedigung zu suchen. Für bewegliche Sachen hat das BG dieses akzessorische Pfandrecht beibehalten, §§ 1204, 1252; doch kann es abweichend vom römischen Recht nur unter Übergabe der Sache, also nur als Faustpfand bestellt werden, § 1205. Auch in den wenigen im BG anerkannten Fällen eines gesetzlichen Mobiliarpfandes ist der Pfandgläubiger im Besitze oder hat die Möglichkeit, sich unter gewissen Umständen den Besitz zu verschaffen, §§ 590, 647, 704, 559, 233.

b) Beim Pfandrecht an Grundstücken (den sog. Grundpfandrechten) ist zu unterscheiden:

a) Die Grundschuld, d. h. das Recht, sich im Falle der Nichtzahlung einer (ohne Beziehung auf ein Schuldverhältnis bezeichneten) Summe für diese aus dem Grundstück zu befriedigen, ist, selbst wenn es die Sicherung einer Forderung bezweckt, von dieser unabhängig, § 1191. Eine Unterart der Grundschuld ist die Rentenschuld, deren Inhalt regelmäßig wiederkehrende Geldbeträge bilden, § 1199.

β) Die Hypothek unterscheidet sich dadurch von der Grundschuld, daß bei ihr die Geldsumme durch Beziehung auf eine dem Gläubiger zustehende Forderung bestimmt ist, § 1113. Sie ist Verkehrshypothek („gewöhnliche Hypothek“, § 1186) oder Sicherungshypothek (§ 1184). Bei ersterer erstrecken sich die Wirkungen des Bucheintrages (insbesondere der öffentliche Glaube und die Vermutung der Richtigkeit, § 1138) auch auf die Forderung, soweit diese für die Hypothek in Betracht kommt. Bei der Sicherungshypothek ist das nicht der Fall; das dingliche Recht des Gläubigers bestimmt sich also nur nach der Forderung, wie sie wirklich ist, nicht wie sie im Grundbuche erscheint, und der Gläubiger kann sich zum Beweise der Forderung nicht auf die Eintragung berufen (näheres Wolff, Sachenrecht §§ 130 I 2b, 137, 151).

5. Reallasten. Sie stellen sich zunächst dar als Rechte auf wiederkehrende Leistungen, die dem Grundstück (durch Zwangsvollstreckung) abge-

wonnen werden dürfen, § 1105²). Mit diesem sich unmittelbar auf das Grundstück beziehenden, also dinglichen Rechte sind aber in der Regel Forderungen gegen den jeweiligen Eigentümer verbunden, da dieser für die während der Dauer seines Eigentums fällig werdenden Leistungen, wenn nichts anderes bestimmt ist, auch persönlich haftet, § 1108³).

B. Dingliche Erwerbserchtigungen.

Das deutsche und das moderne Recht überhaupt kennt eine Anzahl von Rechten auf Erwerb des Eigentums oder auf Erwerb eines dinglichen Rechts⁴). Diese Rechte fallen unter den Begriff der Rechtsänderungsrechte und speziell der Erwerbserchtigungen. Wie nennen sie „dingliche“ Erwerbserchtigungen, weil sie sich unmittelbar auf die Sache beziehen. Das BGB hat die meisten dinglichen Erwerbserchtigungen dem Landesrecht vorbehalten. Es behandelt selbst folgende Fälle:

a) Das Recht des Finders auf Eigentumserwerb nach erfolglosem Ablauf eines Jahres seit der Anzeige des Fundes bei der Polizeibehörde, § 973.

b) Das Recht des Grundeigentümers, die von dem Nachbargrundstück überragenden Wurzeln und Zweige abzuschneiden und zu behalten, § 910.

c) Das Recht des Besitzers einer fremden Sache, wesentliche von ihm oder anderen mit der Sache verbundene Bestandteile abzutrennen und sich anzueignen (§§ 997, 951⁵).

d) Mit einem Anspruch auf Erwerb des Eigentums (oder auf eine andere dingliche Rechtsänderung) kann durch Eintragung einer Vormerkung in das Grundbuch eine gegen Dritte wirkende Erwerbserchtigung verbunden werden, §§ 883, 888.

Durch die Vormerkung wird der obligatorische Anspruch derart gesichert, daß er ohne Rücksicht auf die nach der Eintragung der Vormerkung entstandenen Rechte Dritter gegen den Schuldner verwirklicht werden kann und jene Dritten verpflichtet sind,

²) Man kann die Pfandrechte und die Realkaften als „Verwertungsrechte“ bezeichnen im Gegensatz zu den „Nutzungsrechten“ (oben 2 u. 3) und dem Eigentum, welches Nutzungs- und Verwertungsbefugnisse vereinigt. Weniger glücklich unterscheidet Kohler, ZivA 91 S. 155ff., „Wertrechte“ und „Substanzrechte“ und rechnet dabei zu den Wertrechten auch die Anteilsrechte der Aktionäre, Bergwerks- und Vereinsgenossen.

³) Näheres bei Wolff, Sachenrecht § 128 II 1 u. 2.

⁴) Dahin gehören z. B. das Jagdrecht, d. h. das ausschließliche Recht, innerhalb eines bestimmten Bezirks Eigentum an jagdbaren Tieren durch Okkupation zu erwerben; das ganz analoge Fischereirecht; derjenige, dem das Enteignungsrecht verliehen ist, hat das Recht, nach Bezahlung oder Hinterlegung der Entschädigungssumme das Eigentum des Grundstücks zu erwerben; das Retraktrecht, das ist das Recht, ein Grundstück, wenn es kaufweise veräußert wird, binnen bestimmter Zeit vom Käufer oder späteren Erwerber gegen Zahlung des ersten Kaufpreises und der damit verbundenen Unkosten zu erwerben. Über noch andere Rechte dieser Art vgl. Enneccerus, Rechtsgefchäft Beilage III.

⁵) Dagegen ergibt sich aus § 956 Abs. 1 S. 2 keine dingliche Erwerbserchtigung; denn wenn auch der Eigentümer die Traditionsofferte nicht widerrufen kann, so ist doch der Erwerb der Früchte von der Fortdauer des Eigentums des Tradenten an der Mutter Sache (oder von dem guten Glauben des Erwerbers zur Zeit der Perzeption) abhängig.

der insolgedessen erfolgenden Eintragung des Berechtigten zuzustimmen⁶⁾). Darin aber zeigt sich, daß neben den bloß obligatorischen Anspruch eine die Sache unmittelbar ergreifende Erwerbsberechtigung getreten ist, und dies wird durch die Wirkung im Konkurse (R.D. § 24) und den Ausschluß der Haftungsbeschränkung des Erben (§ 884) bestätigt.

e) Durch Bestellung eines sich auf ein Grundstück beziehenden Vorkaufsrechts kommt eine dingliche, gegen jedermann wirkende Erwerbsberechtigung zur Entstehung, §§ 1094, 873.

„Dritten gegenüber hat das Vorkaufsrecht die Wirkung einer Vormerkung zur Sicherung des durch die Ausübung entstehenden Anspruchs auf Übertragung des Eigentums“, § 1098 Abs. 2. Daher gilt das über die Wirkung der Vormerkung Gesagte auch hier.

II. Die Immaterialgüterrechte.

Die menschlichen Geistesprodukte haben in unserem wirtschaftlichen und geistigen Leben eine selbständige Bedeutung, unabhängig von den Sachen, an denen sie sinnlich wahrnehmbar in Erscheinung treten. Ein literarisches oder musikalisches Werk, eine Erfindung, ein Gebrauchsmuster oder Modell ist durch die in ihm verkörperte Verbindung von Gedanken oder Empfindungen in unserer Vorstellung ein selbständiges Etwas, das einen Wert in sich trägt, mit anderen Worten ein „Gut“, das geeignet ist, menschlichen Interessen zu dienen. Wir nennen diese Güter „Immaterialgüter“. Das moderne Recht hat nun Rechte anerkannt auf ausschließliche Verfügung über ein Geisteswerk, zumal auf wirtschaftliche Ausnutzung desselben durch Bervielfältigung, Nachbildung, Aufführung usw. Man nennt diese Rechte Immaterialgüterrechte oder, da sie zunächst dem Urheber zustehen, Urheberrechte. An ihrer Natur als subjektiver Privatrechte ist nicht zu zweifeln, wie u. a. die Veräußerlichkeit, die Vererblichkeit und der Schutz durch Privatklage beweisen. Sie sind ferner Vermögensrechte, haben aber mit anderen Vermögensrechten das überein, daß sie nicht in jedem Falle auf einen Geldwert zurückgeführt werden können⁷⁾. Sie sind aber keine Sachenrechte; denn das Geistesprodukt, z. B. das Gedicht, die Erfindung, die Symphonie, ist keine Sache. Sie bilden vielmehr eine selbständige Klasse der Vermögensrechte.

Als Immaterialgüterrecht ist auch das Recht an einem gewerblichen Unternehmen aufzufassen (unten § 451 Anm. 8).

III. Die Forderungsrechte.

Forderungsrecht ist das Recht einer Person, des Gläubigers, gegen eine andere Person, den Schuldner, auf eine Leistung, genauer auf Befriedigung eines schutzwürdigen Interesses. Daß dieses Interesse nicht notwendig in Geld abschätzbar zu sein braucht, ist schon oben (§ 71 II) betont.

⁶⁾ Wolff, Sachenrecht § 48 IV.

⁷⁾ Manche rechnen sie deshalb zu den Personenrechten; so auch RGE 76 S. 398.

Auch bei der Forderung kommt häufig eine Sache in Betracht, aber sie ist nicht der unmittelbare Gegenstand des Forderungsrechts. Das Forderungsrecht richtet sich nur gegen die Person des Schuldners (und seiner Erben, da diese an seiner Stelle Schuldner werden). Es kann also dritten Personen gegenüber nicht geltend gemacht werden, während das dingliche Recht gegen jeden, der sich mit ihm in Widerspruch setzt, verfolgt werden kann (Näheres unten § 225 I).

VI. Das Erbrecht. Von einem Erbrecht als subjektivem Rechte kann man in doppeltem Sinn reden:

1. Nach gemeinem Rechte entsteht durch die Berufung zur Erbfolge für den Berufenen ein Recht auf Erwerb der Erbschaft, d. h. das Recht, (durch Antretung) Erbe zu werden, mithin eine Erwerbserbrechtigung, für die sich der Name „Erberechtigung“ empfiehlt. Das Erbrecht in diesem Sinne ist im BG im Normalfalle deshalb nicht mehr vorhanden, weil Berufung und Erwerb der Erbschaft zusammenfallen. Gleichwohl kennt auch das BG noch eine derartige Erberechtigung und zwar in zwei Fällen:

a) Es behandelt die schon mit dem Erbfalle eintretende eventuelle Berechtigung eines Nachberufenen, für den Fall, daß der Erstberufene wegfällt, Erbe zu werden, schon als entstandene (eventuelle) Erberechtigung; denn dieses (eventuelle) Recht des Nachberufenen geht, wenn er nach dem Erbfalle, aber bevor der Erstberufene weggefallen ist, verstirbt, auf seine Erben über⁹⁾.

b) Ebenso das Recht des Nacherben auf (eventuellen) zukünftigen Anfall der Erbschaft, wie namentlich die als Regel angenommene Vererblichkeit zeigt⁹⁾.

2. Aber auch nach erfolgtem Erwerbe (Anfalle) der Erbschaft ist ein subjektives Erbrecht anzunehmen. Dem Erben stehen nicht nur die einzelnen früher an die Person des Erblassers geknüpften Rechte und Verpflichtungen zu. Er ist auch Herr über die Erbschaft als Ganzes. Unser Recht denkt die Erbschaft als Einheit und unterstellt diese gedachte Einheit (mittelbar also auch die einzelnen dazu gehörigen Rechte) dem Willen des Erben. Das Erbrecht in diesem Sinne wird verletzt, wenn ein anderer aus der Erbschaft „auf Grund eines ihm in Wirklichkeit nicht zustehenden Erbrechts“ etwas erlangt hat (§ 2018), während der Besitz aus anderem Grunde nur als Verletzung des Einzelrechts, nicht des Erbrechts erscheint und deshalb keinen Erbschaftsanspruch erzeugt¹⁰⁾.

⁹⁾ §§ 1953, 2344. Ist der Nachberufene Erbe geworden, so kommt freilich nachträglich diese Erberechtigung nicht mehr in Betracht, weil er nun als Erbe gilt vom Tode des Erblassers an.

⁹⁾ § 2108²: „Stirbt der eingesezte Nacherbe vor dem Eintritt des Falles der Nacherfolge, aber nach dem Eintritt des Erbfales, so geht sein Recht auf seine Erben über, sofern nicht ein anderer Wille des Erblassers anzunehmen ist.“

¹⁰⁾ Die nach röm. Recht aus praktischen Gründen angenommene Zulässigkeit der hereditatis petitio gegen solche, welche ohne jeden Rechtsgrund (pro possessore) besaßen, ist im BG weggefallen.

§ 73. Fortsetzung: Recht und Besitz*). Recht und Scheinrecht:

I. Dem Rechte als der Rechtsmacht, zumal dem dinglichen Rechte als der Rechtsmacht über die Sache, pflegt man den Besitz als die tatsächliche Macht entgegenzustellen. Auch diese tatsächliche Macht oder Gewalt über eine Sache kann eine totale sein (wie die Rechts Herrschaft des Eigentümers) oder eine beschränkte (wie bei den übrigen dinglichen Rechten). Im ersten Fall sprechen wir von Sachbesitz oder Besitz schlechthin, im letzteren von Rechtsitz (juris quasi possessio). Wir behandeln zunächst den Sachbesitz.

1. Der Besitz ist nicht nur eine Tatsache, nicht nur tatsächliche Gewalt. Vielmehr ist mit dieser Tatsache, wenn eine bestimmte Willensrichtung hinzutritt (der Besitzwille, dessen Inhalt hier noch nicht zu erörtern ist)¹⁾, ein Rechtsschutz verbunden. Der Besitzer wird gegen Störung und Entziehung des Besitzes durch Klagen geschützt. Mit der (äußeren und inneren) Tatsache des Besitzes ist also ein Recht verknüpft, das Recht, die Gewalt über die Sache gegen Störung und Entziehung zu behaupten, und dieses Recht auf die Gewalt über die Sache kann, wie die Klage auf Wiedererlangung zeigt, sogar fortbauern, obgleich die tatsächliche Gewalt aufgehört hat. Der rechtlich geschützte Besitz ist also zugleich ein Recht.

Dieses Recht des Besitzers, sich in der tatsächlichen Gewalt zu behaupten oder sie wiederzuerlangen, ist ein Sachenrecht; denn es gewährt eine unmittelbare Herrschaft über die Sache, die im Inhalt dem Eigentum gleicht. Es unterscheidet sich aber sehr wesentlich dadurch vom Eigentum, daß es im Enderfolg schwächer ist als dieses. Es muß im Enderfolg gegen das Eigentum zurücktreten²⁾. Wir haben also zwei Herrschaftsrechte über die Sache in ihrer Totalität: das allen gegenüber vollwirksame, d. h. das Eigentum, und ein relativ schwächeres, den Besitz.

2. Nach römischem und gemeinem Recht steht zwischen beiden noch ein drittes totales Herrschaftsrecht, das Recht des redlichen Erwerbers, das durch die actio Publiciana geschützt ist. Es ist stärker als der Besitz, aber schwächer als das Eigentum. Auch das BG gewährt bei Mobilien dem früheren gutgläubigen Besitzer unter Umständen Schutz gegen den gegenwärtigen Besitzer, jedoch nicht gegen den Eigentümer, § 1007. Auch hier lassen sich also drei totale Herrschaftsrechte von verschiedener Kraft unterscheiden.

3. Daß der Besitz nicht nur eine Tatsache, sondern auch ein Recht sei, wurde noch von Savigny aufs schärfste bestritten. Heutzutage ist es zwar

*) Abweichende Ansichten und Literatur bei der Lehre vom Besitz im Sachenrecht.

¹⁾ Vgl. Wolff, Sachenrecht § 10.

²⁾ Dies zeigt sich nicht nur darin, daß der Eigentümer die Sache vom Besitzer heraus verlangen kann, sondern namentlich auch im Konkurse.

nicht allgemein, aber doch überwiegend anerkannt und nach dem BG kaum zu bestreiten; denn der Besitzer ist nicht nur, wie schon erwähnt, gegen Störung und Entziehung geschützt, §§ 862, 861, sondern der Besitz geht auch auf den Erben über, ohne daß dieser bereits die tatsächliche Gewalt erlangt zu haben braucht, § 857, und der (mittelbare) Besitz kann ohne tatsächliche Einräumung der Gewalt übertragen werden (durch Abtretung des Anspruchs auf Herausgabe, § 870³⁾).

4. Die herrschende, auch im BG befolgte Terminologie bezeichnet aber den Besitz nicht als dingliches Recht. Dieser Terminologie werden wir uns anzuschließen haben, aber die Beurteilung der aus der Rechtsnatur des Besitzes sich ergebenden Folgen darf dadurch nicht beeinflusst werden (vgl. unten § 451 I 1 c und Wolff, Sachenrecht § 3 III).

5. Wie sich der Sachbesitz zum Eigentum verhält, so verhält sich der sog. Rechtsbesitz zu den beschränkten dinglichen Rechten⁴⁾. Auch dieser ist also ein relativ schwächeres dingliches Recht, das an Inhalt, aber nicht an Kraft demjenigen dinglichen Recht, als dessen Besitz es bezeichnet wird, gleichkommt.

Seinem Begriffe nach ist der Besitz nicht auf dingliche Rechte beschränkt, sondern bei allen Rechten denkbar, die eine dauernde Ausübung zulassen. Unser Recht hat ihn aber bisher nur bei dinglichen Nutzungsrechten und Reallasten (bei den letzteren auch, insoweit sie nicht dinglicher Natur sind) anerkannt.

II. Auch der bloße Anschein, daß ein Recht vorhanden sei, ist nicht ohne alle Bedeutung, mag er sich aus den Umständen ohne weiteres ergeben (der Besitzer erscheint als Eigentümer) oder durch besondere Einrichtungen künstlich geschaffen sein (jemand ist als Eigentümer im Grundbuch eingetragen).

1. Ein solcher Anschein kann für den Beweis des Rechtes mit in Betracht kommen. Ja in einigen Fällen besteht sogar bis zum Beweise des Gegenteils die Vermutung, daß die Wirklichkeit dem Anschein entspreche. So wird z. B. zugunsten des Besitzers einer beweglichen Sache in der Regel vermutet, daß er Eigentümer der Sache sei (§ 1006), und wenn für jemand ein Recht im Grundbuch eingetragen ist, wird in der Regel vermutet, daß das Recht ihm zustehe (§ 891).

2. Besteht aber das Recht trotz des Anscheins in Wirklichkeit nicht, so

³⁾ Zwar hat es nicht an Versuchen gefehlt, auch in diesen Fällen eine auf den sozialen Verhältnissen beruhende tatsächliche Macht des Besitzers über die Sache zu konstruieren. In manchen Fällen mag eine solche auch vorhanden sein, aber keineswegs immer. Man denke z. B. daran, daß der Besitz dem Erben mit dem Erbfall auch dann zufällt, wenn der Tod des Erblassers noch gänzlich unbekannt ist; daß ferner, wenn der Erbberufene ausschlägt, der Nachberufene vom Erbfall an als Besitzer gilt; daß die Abtretung des mittelbaren Besitzes vollwirksam ist, auch wenn der unmittelbare Besitzer noch keine Kenntnis von ihr erlangt hat usw.

⁴⁾ Vgl. auch Wolff, Sachenrecht § 24.

können natürlich auch die an ein derartiges Recht geknüpften Folgen in der Regel nicht eintreten. Allein aus Gründen der Rechts-, insbesondere der Verkehrssicherheit gelten hiervon manche wichtige Ausnahmen⁶⁾. So erwirbt jemand in gewissen Fällen vollwirksam, wenn er von einem nur scheinbar Berechtigten (z. B. von dem besitzenden Nichteigentümer einer beweglichen Sache oder von dem im Grundbuch zu Unrecht Eingetragenen) gutgläubig durch Rechtsgeschäft erwirbt (unten § 132 I 1 u. 2). Ferner sind in einer Reihe verschiedenartig gestalteter Fälle Handlungen eines nur scheinbar Berechtigten oder nur scheinbar Bevollmächtigten, wenn sie einer gutgläubigen Person gegenüber vorgenommen werden, vollwirksam: so insbesondere Geschäfte eines Nichterben, der infolge eines Erbscheins oder infolge einer unrichtigen Todeserklärung als Erbe erscheint (§§ 2366, 2370), ferner Geschäfte des früheren Gläubigers über die in Wahrheit schon abgetretene Forderung (§§ 407f.) oder des Bevollmächtigten, dessen Vollmacht erloschen ist (unten § 304), oder des Testamentsvollstreckers, dessen Amt beendet ist (§§ 2218, 674, 169). Man darf aber aus diesen und ähnlichen Vorschriften (vgl. z. B. §§ 409, 370) nicht etwa folgern, daß dem Scheinberechtigten ein wirkliches Recht, etwa ein Verfügungsrecht, zustehe. Nicht um eines solchen Rechtes willen, sondern obgleich ein solches nicht besteht, wird der Erwerber geschützt, und zwar in Rücksicht auf seinen guten Glauben und die Rechtssicherheit.

3. Wenn auch allen derartigen Vorschriften das Streben nach Rechtssicherheit zugrunde liegt, so sind sie doch in ihren Voraussetzungen und Folgen so durchgreifend veranschrieben, daß die Formulierung eines allgemeinen Prinzips ausgeschlossen erscheint. Insbesondere ist es nicht richtig, daß unser Recht überall die äußere Erscheinung der Rechte (den sog. „Rechtsschein“) schütze, auf die Nichtübereinstimmung von Kern und Schale aber nur ausnahmsweise bei rechtzeitiger Geltendmachung eingehe und dann die Beweislast und den entstandenen Schaden immer dem, der die Inkongruenz veranlaßt habe, auferlege⁷⁾. Ein derartig formalistisches, den Schein regelmäßig über das Sein stellendes Recht haben wir gottlob nicht, und historische Betrachtungen dürfen nicht dahin führen, den Formalismus, der im älteren Recht eine weit größere Rolle gespielt hat, als im heutigen, wieder zurückzuführen. In zahllosen Fällen ist der Schein eines Rechts vorhanden und auch von dem wirklich Berechtigten veranlaßt, die Wirkung tritt aber nicht ein⁸⁾. In anderen Fällen tritt die Wirkung ein, obgleich der Schein des Rechts nicht von dem wirklich Berechtigten veranlaßt ist⁹⁾. Ja auch die prinzipielle Zurückführung aller jener Wirkungen auf den

⁶⁾ Wellspacher, Vertrauen auf äußere Umstände im BR, 1906. Vgl. ferner S. Meyer, Publizitätsprinzip, 1909 (dagegen F. v. Gierke, BR 70 S. 398ff.); Rändrup, Rechtsscheinforschungen, 1910; Jacobi, Willenserklärungen, 1910, S. 31ff.; Krüdmann, Dogm 57 S. 109ff. und Zivl 108 S. 179ff. (vgl. dazu Wolff, Sachenrecht § 3 Anm. 2); S. Meyer, Rechtsschein des Todes, 1912.

⁷⁾ So Herbert Meyer, Publizitätsprinzip, S. 96; Rechtsschein S. 11ff.

⁸⁾ Ich werde nicht Eigentümer, wenn ich die meinem Erblasser geliebte Sache gutgläubig wie eine eigene besitze, oder die vom Eigentümer aus Nachlässigkeit verlorene Sache gutgläubig okkupiere; ich werde nicht Gläubiger, wenn mir mein vermeintlicher Schuldner einen Schuldschein übersendet; ich verliere meine Forderung nicht, wenn ich im Irrtum, daß gezahlt sei, Quittung gebe usw.

⁹⁾ Gutgläubiger Erwerb an Geld oder Inhaberpapieren, auch wenn sie dem Eigen-

„Rechtsschein“ ist einseitig und vielfach unzutreffend, weil meist noch ganz andere Gründe, insbesondere dringende Verkehrsbedürfnisse (so bei Geld und Inhaberpapieren) oder die ganz besondere Bedeutung der in Frage stehenden Interessen (so bei Grundeigentum und Rechten an Grundstücken), ja selbst ethische Gesichtspunkte (Ehelichkeit der Kinder aus Putativehen) und noch manches andere mitsprechen oder gar den Ausschlag geben.

§ 74. Absolute und relative Privatrechte.

Gewisse Rechte beziehen sich nur auf einzelne bestimmte Personen, die Verpflichteten (relative Rechte); andere geben eine nicht auf eine bestimmte Person sich beziehende, eine in diesem Sinne absolute Herrschaft, d. h. eine solche, welche sich gegen jedermann richtet (absolute Rechte, Ausschließungsrechte)¹⁾.

1. Dem relativen Recht entspricht eine spezielle Verpflichtung der bestimmten Person; dem absoluten nur die allgemeine (nicht als besonderes Rechtsverhältnis zu denkende) Pflicht aller Menschen, nicht störend in die Rechtsherrschaft des Berechtigten eingzugreifen²⁾. Das relative Recht kann daher in der Regel nur von dem Verpflichteten verletzt werden³⁾; eine Verletzung des absoluten Rechts ist jedem möglich.

2. Relative Rechte sind die Forderungen und sonstigen Ansprüche; absolut die dinglichen Rechte, die Immaterialgüterrechte, das Erbrecht, die Personenrechte.

3. Übrigens ist der Unterschied kein schlechthin durchgreifender. Die Familienrechte haben eine relative Seite, indem sie die bestimmte Person zu einem Verhalten (z. B. die Frau zur Folge) verpflichten, daneben aber eine absolute, indem jedermann der Eingriff in die familienrechtliche Herrschaft untersagt ist. Ja selbst die Forderungsrechte haben unter Umständen eine absolute Wirkung. Ausnahmsweise ist nämlich einem Dritten eine unmittelbare Einwirkung auf das fremde Forderungsrecht möglich (so z. B. dem Zedenten, indem er von dem mit der Fession unbekanntem Schuldner Zahlung annimmt oder ihm die Schuld erläßt, dem unberechtigten Besitzer eines Inhaberpapiers, indem er die Schuld einläßt). Insofern enthält also auch das Forderungsrecht die Befugnis, von niemandem durch unerlaubte (aber mögliche) Einwirkungen auf das Forderungsrecht in dem Haben dieses Rechts gestört zu werden⁴⁾.

tümer gestohlen waren; gültige Zahlung an den Zedenten in Ankenntnis der Fession, auch wenn dem Zessionar die Benachrichtigung des Schuldners noch nicht möglich war.

¹⁾ Ganz anders möchte Du Chesne (WürgV 36 S. 38 ff.) nach der Verschiedenheit der Interessen einteilen und z. B. die Miete und die Leihe für dinglich, dagegen Hypothek und Grundschuld für obligatorisch erklären, da sie nur infolge von Fiktionen dinglichen Schutzes genießen (?).

²⁾ Die ihm entsprechende Rechtspflicht ist also immer nur auf ein Unterlassen gerichtet.

³⁾ Man wendet ein, der Dritte könne doch durch Einwirkung auf den Schuldgegenstand (oder die Person des Schuldners) die Erfüllung der Forderung unmöglich machen. Allein darin liegt keine Verletzung der Forderung durch diesen Dritten, weil er dem Gläubiger zu nichts, also auch nicht zur Unterlassung jener Handlung verpflichtet ist. Der Eigentümer begehrt doch wahrlich keine Rechtsverletzung, wenn er seine Sache, die ein anderer jemandem schuldet, veräußert oder verbraucht.

⁴⁾ Näheres hierüber unten § 451 I 1 d α β.

§ 75. Entwicklungsstufen der Privatrechte*).

Rechte kommen zur Entstehung, sobald der gesamte Tatbestand vorliegt, an den die Rechtsordnung die Entstehung des Rechts knüpft. Treten die einzelnen Tatbestandselemente nicht gleichzeitig ein, so liegt oft vor dem Eintritt des letzten überhaupt keine Rechtswirkung vor¹⁾. Nicht selten aber läßt das Recht gleichwohl schon jetzt eine Wirkung entstehen, aus der sich beim Hinzutreten der weiteren Tatbestandselemente die Endwirkung, insbesondere das vollendete subjektive Recht entwickelt. Die so entstehenden Vorläufer oder Entwicklungsstufen der Rechte faßt man gewöhnlich unter allgemeinen Ausdrücken wie Hoffnungen, Willensgebundenheiten, Rechtslagen, Anwartschaften²⁾, Schwebezustände zusammen. In Wahrheit sind sie aber untereinander zu verschieden, um einem gemeinsamen Begriff unterstellt zu werden³⁾. Wir haben vielmehr die folgenden Haupttypen zu unterscheiden:

1. Nicht fällige oder befristete Rechte, insbesondere nicht fällige (befristete) Forderungen. Hier ist das Recht schon vorhanden, aber sein Inhalt nicht auf alsbaldige Herrschaft, sondern auf Herrschaft bei Eintritt des Fälligkeitstermins gerichtet. Der Gläubiger ist schon jetzt berechtigt, der Schuldner schon jetzt verpflichtet, aber der Inhalt der Schuld ist nicht

*) Fitting, Begriff der Rückziehung, 1856; Windscheid, Heidelb. krit. Zeitschr. 4 S. 34 ff.; Fhering, Geist II S. 352; Wächter, Das schwebende Eigentum, 1871; Köppen, DogmZ 2 S. 163 ff.; Windscheid I § 89; Enneccerus, Rechtsgeschäft S. 232 ff., 249 ff., 307 ff., 334 ff., 431 ff. u. Beil. III S. 600 ff.; v. Tuhr § 9.

¹⁾ So erwächst z. B. aus dem Testamente vor dem Tode des Testators keinerlei Rechtswirkung. Nach röm. Recht erzeugte das Vertragsangebot, bevor die Annahme den Vertrag vollendete, keinerlei Rechtswirkung; anders nach dem BG.

²⁾ So will z. B. v. Tuhr § 9 die verschiedensten Vorstufen der Rechte als Anwartschaften bezeichnen und dann wieder diejenigen, die „einen gewissen Grad der Sicherheit bieten“ und „zu den subjektiven Rechten gezählt werden können“, Warterechte nennen; allein auch dieser engere Begriff ist nicht nur höchst unbestimmt, sondern soll auch äußerst Verschiedenes umfassen von den befristeten Rechten hinab bis zu der Hoffnung auf die Erbschaft eines noch lebenden Verwandten (vgl. dagegen z. B. RG 67 S. 428 f.). Noch weit unbestimmter, ja ein wahres Durcheinander umfassend ist die Auffassung des Warterechts bei Semela, BürgW 35 S. 121 ff.; vgl. auch derselbe, Grünhut 36 S. 1.

³⁾ Das gilt nicht am wenigstens auch von dem von Kohler (BN I § 49 ff.) aufgestellten Begriff der „Rechtslagen“. Er versteht darunter „eine Beziehung des Rechtssubjekts zu den Lebensgütern im allgemeinen oder im besonderen, die von Bedeutung sein kann für die Entstehung oder Entwicklung subjektiver Rechte“. Daß darunter das Allerverschiedenste fällt, ergeben schon einige von Kohlers eigenen Beispielen. Eine Rechtslage soll sein: die Geschäftsfähigkeit (rechtliche Eigenschaft), die Vertretungsmacht (über ihre Rechtsnatur oben § 68 I 2), die Verfügungsfähigkeit (die Verfügungsbefugnis gehört zum Inhalt des Rechts, über das verfügt wird), der Umstand, daß jemand im Testamente des noch lebenden Testators zum Erben ernannt ist (hier ist überhaupt noch keine rechtliche Beziehung vorhanden). Der Begriff der Rechtslage ist daher weit davon entfernt, juristisch verwertbar zu sein. Daß die Rechtslagen, soweit sie das Vermögen betreffen, vererblich seien, ist keineswegs richtig (Vertretungsmacht, Vollmacht, Lage des im Testament eines lebenden Testators Eingesetzten), ebensowenig, daß alle Rechtslagen der Anfechtung unterlägen. Gleichwohl steht nichts im Wege, von Rechtsstellung oder Rechtslage zu sprechen (Rechtsstellung des Geschäftsfähigen, Rechtslage des Verjährenden, *condicio usucapiendi*). Nur muß man sich hüten, aus diesen alle denkbaren rechtlichen Beziehungen (mit Einschluß auch der Rechte) umfassenden Ausdrücken bestimmte Schlüsse zu ziehen.

der, „jetzt zu zahlen“, sondern der, „bei Eintritt der Fälligkeit“ zu zahlen⁴⁾.

2. Schwebende Rechte⁵⁾. Steht ein Erfordernis der Rechtsentstehung noch aus und ist dessen Eintritt ungewiß, so läßt die Rechtsordnung gleichwohl das Recht bisweilen schon jetzt entstehen, aber nur für den Fall, daß jenes Erfordernis (später) eintritt. Dem (in Wahrheit entscheidenden) Erfordernis wird also nur deklaratorische Bedeutung beigelegt. Tritt es ein, so soll (nach dem Willen der Rechtsordnung) klar werden, daß das Recht schon früher vorhanden war; wird es vereitelt, so soll klar werden, daß das Recht überhaupt nicht vorhanden gewesen ist. Einstweilen aber soll ein Schwebezustand vorhanden sein, ein Zustand der objektiven Ungewißheit über das Bestehen oder Nichtbestehen des Rechts⁶⁾. Hierher gehören namentlich einige Fälle des römischen Rechts, in denen die Zuständigkeit eines Rechts in der Schweben war, also durch ein späteres ungewisses Ereignis bestimmt werden soll, welcher von zwei (oder mehreren)

⁴⁾ Der Nachweis ist in der Lehre von der Befristung zu erbringen, vgl. vorläufig § 2 J. de V. O. 3, 15: „praesens obligatio, in diem autem dilata solutio“ und BG §§ 271², 812². Das Gesagte gilt aber nur von obligatorischen Geschäften und Pfandrechtsbestellungen. Man hüte sich also vor dem Irrtum, daß jedes befristete Rechtsgeschäft ein befristetes Recht erzeuge.

⁵⁾ Vgl. namentlich Fitting a. a. O. u. Enneccerus a. a. O. S. 212 ff.

⁶⁾ Darin liegt nicht etwa ein logischer Widerspruch. Gegenwärtige Tatsachen können allerdings nicht von zukünftigen ungewissen Ereignissen abhängen, wohl aber Rechte; denn diese sind Gedankendinge, die sehr wohl in derartiger Abhängigkeit gedacht werden können. Das war auch bis vor kurzem nahezu allgemein anerkannt (vgl. die zahlreichen und leicht zu vermehrenden Zitate bei Enneccerus, *Rechtsgeschäft* S. 236), wird aber neuerdings vereinzelt, z. B. von Hellwig (*Festschr. f. d. Jur. Fak. Gießen*, 1907, S. 25 ff.) bestritten. Man behauptet, ein Recht könne nicht als ungewisses und doch für den Fall, daß der ungewisse Umstand eintrete, schon jetzt vorhandenes gedacht werden. Aber warum nicht?! Deshalb will ich nicht denken können, daß ich schon jetzt Eigentümer dieser Sache bin (so daß mir also z. B. das Eigentum der Früchte zufällt), falls jener Umstand eintritt, dagegen, falls er nicht eintritt, nie Eigentümer gewesen bin. Wer sich das nicht denken kann, der kann sich eben nicht von der Vorstellung, als wären die Rechte tatsächlicher Natur, losmachen. Schon Leibniz hat die richtige Auffassung treffend veranschaulicht. Man denke sich, sagt er, in einem Lande lebe ein nie irrender und als nie irrend staatlich anerkannter Prophet. Dann wäre alles klar; man brauchte nur den Propheten zu fragen und wüßte, ob die schwebenden Rechte existieren und wem sie zustehen. Da nun der Prophet fehlt, wird dies erst bei Eintritt des betreffenden Ereignisses aufgeklärt werden. Noch klarer freilich, ja mit einer Schärfe und Unzweideutigkeit, die kaum übertroffen werden kann, haben sich die römischen Juristen, insbesondere ihr klarster Denker Julian ausgesprochen, vgl. z. B.: „in suspenso est“, „nunquam ejus fuisse videbitur“, „ex die aditae hereditatis ejus intelligitur“, „ut vel legatarii vel heredis servus singula gessisse existimetur“, „in pendenti est, cui proprietatem adquisierit“, „intelligitur fructuarii homo fuisse“, „propriarii ex postfacto fuisse videtur“ (Stellen in folgender Note). Wie kann man glauben, diese mit bewußter Schärfe präzisierten, das Rechtsverhältnis so direkt und bestimmt wie möglich bezeichnenden Ausdrücke dadurch entkräften zu können, daß man sie für bildliche Ausdrücke erklärt? Im übrigen muß auf die Ausführungen von Fitting (*Rückziehung* S. 5 ff.) und Leibniz (*doctrina condicionum* Kap. X) sowie auf mein *Rechtsgeschäft* S. 235 f. verwiesen werden. Zustimmung auch v. Tuhr II 1 S. 24 Anm. 100, der sich ebenfalls gegen die Meinung, daß hier eine logische Unmöglichkeit vorliege, wendet; ferner Philippshorn, *Grundr.* 64 S. 10 ff.

Personen das Recht erworben ist⁷⁾. Aber auch dem Bürgerlichen Recht sind solche Fälle nicht fremd⁸⁾.

Die Merkmale der schwebenden und befristeten Rechte können natürlich zusammentreffen, z. B. in der schwebenden Forderung auf eine erst in der Zukunft zu machende Leistung (schwebende befristete Rechte).

3. Nahe verwandt mit den unter 2 besprochenen reinen Schwebeständen sind die Fälle, in denen man vorzugsweise von Rückwirkung oder Rückziehung zu sprechen pflegt. Auch hier ist wie bei den reinen Schwebeständen eine Rechtswirkung von einem zukünftigen ungewissen Umstande abhängig und soll, wenn die Entscheidung gefallen ist, als schon in einem früheren Zeitpunkt eingetreten gelten; aber für die Zwischenzeit wird doch schon ein bestimmter Rechtszustand angenommen, der freilich, wenn die Entscheidung im entgegengesetzten Sinne fällt, als niemals vorhanden gewesen betrachtet wird. So wird beim Tode des Erblassers der Nächsterbende sofort Erbe; schlägt er aber aus, so gilt der Anfall der Erbschaft als nicht erfolgt; § 1953 Abs. 1. Ein anfechtbares Geschäft gilt zunächst als gültig, wird aber, wenn es angefochten wird, als von Anfang an nichtig angesehen, so daß alle die durch das Geschäft begründeten Rechtswirkungen als nicht eingetreten gelten, § 142 Abs. 1. Man spricht in solchen Fällen am besten von einem Schwebestande mit provisorischer Regelung⁹⁾.

Die Rückwirkung erleidet aber bisweilen eine Beschränkung. Es gibt einzelne Rechtsvorschriften, die nach ausdrücklicher Bestimmung oder nach zweckentsprechender Auslegung an den einstweiligen (der rückwirkenden Wiederaufhebung ausgesetzten) Rechtszustand anknüpfen wollen, so daß ihre während dieses Zustandes eingetretene Wirkung durch die rückwirkende Wiederaufhebung nicht berührt wird. So wird z. B. die Wirkung einer vom

⁷⁾ In bezug auf solche Fälle haben die römischen Juristen die Natur der schwebenden Rechte mit leuchtender Klarheit entwickelt, vgl. z. B. L. 43 § 2 D. de a. r. d. 41, 1 (Gajus): Cum servus, in quo alterius ususfructus est, hominem emit et ei traditus sit, antequam pretium solvat, in pendenti est, cui proprietatem adquisierit; et cum ex peculio, quod ad fructuarium pertinet, solvitur, intelligitur fructuarii homo fuisse: cum vero ex eo peculio, quod proprietarium sequitur, solverit, proprietarii ex postfacto fuisse videtur. L. 86 § 2 D. de leg. I (Julianus).

⁸⁾ So ist es, wenn ein nur erst Erzeugter zum Erben berufen ist, zunächst objektiv ungewiß und von der Geburt des nasciturus abhängig, ob er oder der Nachberufene beim Tode des Erblassers Erbe geworden ist (vgl. auch v. Tuhr II 1 S. 25); und ähnlich ist bei der Wahlschuld zunächst ungewiß, welche der verschiedenen Leistungen geschuldet ist, und die Wahl soll darüber aufklären, welche von Anfang an geschuldet war, unten § 241, 2.

⁹⁾ Einige Schriftsteller betrachten den einstweilen bis zur Entscheidung eintretenden Rechtszustand als definitiven, der aber später so wieder aufgehoben werde, als habe er nie bestanden (so namentlich Hellwig, Grenzen der Rückwirkung S. 6ff.; Bekker, System 2 S. 309; Bernhöft, Fiktionen, 1907; v. Tuhr II 1 S. 24, der aber doch einige Fälle der Rückwirkung anerkennt, in denen „man nicht umhin kann“, für die Dauer der Schwebzeit einen ungewissen, alternativen Rechtszustand anzunehmen, der durch die rückwirkende Tatsache später entschieden wird). Allein ein Rechtszustand, der der Aufhebung, als hätte er nie bestanden, ausgesetzt ist, trägt doch eben darum provisorischen Charakter. Ferner ist diese Konstruktion nicht nur unvollkommener, da sie mit dem Hilfsmittel der Fiktion arbeitet, sondern verleitet auch zu Fehlschlüssen.

Erben vorgenommenen unaufschieblichen Verfügung oder eines gegen den Erben als solchen vorgenommenen Geschäftes durch die nachherige Ausschlagung der Erbschaft von Seiten des einstweiligen Erben nicht berührt (§ 1959²¹). Hat eine der Aufrechnung ausgesetzte einstweilen noch bestehende Forderung die Zuständigkeit eines bestimmten Gerichtes begründet (ZPO § 23), so wird das Gericht dadurch, daß die Forderung durch Aufrechnung mit rückwirkender Kraft aufgehoben wird, nicht wieder unzuständig¹⁰).

4. Anwartschaftsrechte. Wir haben Erwerbserleichterungen als selbständige Rechte bereits kennen gelernt (oben § 66). Häufig aber bilden sie die Vorstufe eines Rechts, das sich aus ihnen unter dem Hinzutreten bestimmter Erfordernisse entwickelt, ohne daß noch eine Erwerbshandlung erforderlich wäre, und werden praktisch (z. B. in bezug auf Vererblichkeit oder Veräußerlichkeit) schon als subjektive Rechte behandelt¹¹). Für Erwerbserleichterungen dieser Art empfiehlt sich der Name Anwartschaftsrechte oder kurzweg Anwartschaften.

Die Merkmale der Erwerbserleichterung und der Pendenz treffen zusammen in dem schwebenden Anwartschaftsrechte, d. h. dem Rechte, beim Eintritt eines zurzeit noch ungewissen Umstandes ein Recht (ohne besondere Erwerbshandlung) zu erwerben¹²).

5. Endlich kommt es vor, daß eine Willenserklärung, deren Rechtswirkung noch von anderen Voraussetzungen abhängt, zunächst zwar noch kein subjektives Recht, insbesondere auch kein schwebendes oder Anwartschaftsrecht erzeugt, aber doch bereits festen, von der Fortdauer des Willens unabhängigen Bestand erlangt hat, so daß beim späteren Hinzutreten der übrigen Voraussetzungen die Rechtswirkung selbst dann eintritt, wenn inzwischen der Urheber der Willenserklärung gestorben oder willensunfähig geworden ist oder das Recht, über das er durch die Willenserklärung verfügte, verloren hat. Den Zustand in der Zwischenzeit kann man als bloße Gebundenheit der Person oder der Sache bezeichnen¹³).

¹⁰) So mit Recht RG 58 S. 258. Vgl. ferner v. Lühr II 1 S. 25f. — Ferner unterliegt ein tatsächlicher Zustand natürlich keiner rückwirkenden Aufhebung. Seine Wirkungen werden also durch die rückwirkende Wiederaufhebung eines ihn begleitenden Rechtszustandes nicht wieder beseitigt. Wer durch ansehbare Tradition in den Besitz einer Sache gelangt, ist Besitzer geworden, und wer mit dessen Willen erwirbt, der hat, auch wenn die Tradition nachträglich angefochten, also in ihren Rechtswirkungen rückwirkend wieder aufgehoben wird, doch mit dem Willen des Besitzers und nicht eigenmächtig erworben.

¹¹) Als Erwerbserleichterung ist z. B. das Recht auf Anfall des Eigentums aus der befristeten Eigentumsübergabe aufzufassen, ebenso das Recht auf Rückfall aus der auflösend befristeten Eigentumsübergabe.

¹²) Beispiele nach BG: das Recht des Empfängers aus der aufschiebend bedingten und das Recht des Veräußerers aus der auflösend bedingten Eigentumsübergabe.

¹³) Beispiele nach gem. Recht: die persönliche Gebundenheit des Erben aus dem bedingten Vermächtnis, nachdem er die Erbschaft erworben hat, aber bevor die Bedingung eingetreten, das Vermächtnis also dem Vermächtnisnehmer angefallen ist; die Gebundenheit der Sache in dem gleichen Falle, wenn eine Erbschafts Sache unter Bedingung vermach ist.

Dritter Abschnitt: Die Rechtssubjekte, Personen.*)

§ 76. Die Personen im allgemeinen. Rechtsfähigkeit.

1. Der Begriff des (subjektiven) Rechts als einer von der Rechtsordnung verliehenen, zur Befriedigung menschlicher Interessen dienlichen Macht (oben § 65) setzt ein Subjekt voraus, dem diese Macht verliehen ist, ein Rechtssubjekt oder, was in der Rechtssprache gleichbedeutend ist, eine Person (oben § 68). Die Persönlichkeit ist aber nicht ein (subjektives) Recht, sondern eine rechtliche Eigenschaft, die Vorbedingung aller Rechte und Pflichten (oben § 71 I), die Rechtsfähigkeit.

Die Rechtsfähigkeit ist nicht mit der Handlungsfähigkeit zu verwechseln, d. h. der Fähigkeit, durch den eigenen Willen Rechtswirkungen hervorzurufen. Auch treffen Rechts- und Handlungsfähigkeit nicht immer zusammen. Kinder unter 7 Jahren und Geistesranke sind handlungsunfähig, aber rechtsfähig¹⁾. Die Sklaven des römischen Rechts waren rechtsunfähig, aber handlungsfähig.

2. Rechtsfähig (Personen) sind die Menschen und ferner bestimmte, gewissen Zwecken dienende Organisationen (Staat, Kirche, Gemeinde, gewisse Vereine, Stiftungen usw.), die wir den Menschen als den natürlichen Personen unter der Bezeichnung juristische Personen²⁾ gegenüberstellen, obgleich selbstverständlich auch die Rechtsfähigkeit der Menschen auf der Rechtsordnung beruht³⁾.

*) Hölder, Natürliche und juristische Personen, 1905.

¹⁾ Im Gegensatz zu dieser bis dahin allgemein geteilten Auffassung erklärt Hölder a. a. O. S. 117 ff. die Handlungsunfähigen auch für rechtsunfähig (ähnlich auch Binder, Problem der jur. Persönlichkeit, 1907, S. 62 ff.). Wo immer die Verwaltung eines Vermögens einem anderen als seinem nominellen Subjekte zustehe, sei der Mensch, dem das Vermögen zugeschrieben wird, nicht Subjekt der durch dasselbe gegebenen rechtlichen Macht, vielmehr stehe diese als eine amtliche dem Vertreter zu (S. 120). Das Recht der Handlungsunfähigen sei durch ein öffentliches, amtliches, im Interesse des Vertretenen auszuübendes Recht des Vertreters ersetzt (S. 124). Die Sachen (des Handlungsunfähigen) seien also nicht Gegenstand privater, sondern öffentlicher Beherrschung; Gläubiger im vollen Sinne des Wortes sei weder der Handlungsunfähige noch der Vertreter, Schuldner der Vertreter, aber nur aus den Mitteln, über die er kraft seines Amtes gebiete (S. 125). Insofern damit die Möglichkeit von Rechten Handlungsunfähiger gelehnet wird, ist übersehen, daß die Rechtsmacht wie überhaupt jedes Rechtsverhältnis nur auf der Vorstellung und dem Willen der Gemeinschaft beruht und von dieser sehr wohl als eine dem Handlungsunfähigen zugehende und für ihn von dem Vertreter auszuübende gedacht werden kann und auch tatsächlich gedacht wird (vgl. oben § 65 I 4). Hölder's eigene Auffassung ist logisch möglich, widerspricht aber dem § 1 („Die Rechtsfähigkeit des Menschen beginnt mit der Geburt“), nicht minder den Regeln über Stellvertretung (vgl. z. B. § 164) und Vormundschaft sowie zahllosen anderen Vorschriften des BG und aller anderen bekannten Rechte (vgl. auch Dertmann, Vorbem. 6 z. Abschn. I, und Pland-Note, Vorbem. zu Abschn. I Tit. 1). Wirklich durchgeführt würde sie zu unabsehbaren Schwierigkeiten führen sowohl in den Fällen der beschränkten und partiellen (§§ 112, 113) Geschäftsfähigkeit als beim Fehlen eines Vertreters und nicht am wenigstens bei Entstehung und Endigung der Vertretungsmacht, die auch in dem letztgenannten Falle nicht einfach durch die Wendung (S. 126) abgetan werden können, die amtliche Zuständigkeit des Vertreters verwanke sich in eine private des Vertretenen.

²⁾ Die Ausdrücke moralische, mythische, fingierte Personen sind unzutreffend und veraltet.

³⁾ Die Gegenüberstellung will also nur sagen, daß die erstere, aber nicht die letztere

3. Die Rechtsfähigkeit der Menschen ist im BG entsprechend dem Bewußtsein der Kulturnationen der Gegenwart als selbstverständlich vorausgesetzt und daher nicht besonders ausgesprochen, da die Grundsätze am festesten stehen, die einer äußeren Beglaubigung nicht mehr bedürfen. Die allgemeine Freiheit und Rechtsfähigkeit gilt als ethische Notwendigkeit dergestalt, daß auch fremde Rechte, soweit ihre Anwendung im Deutschen Reich gegen dieses Prinzip verstoßen würde, nicht zur Anwendung gelangen (oben § 62 I.⁴) Daher werden auch Leibeigenschafts- und Hörigkeitsverhältnisse, die die Rechtsfähigkeit zwar nicht völlig aufheben, aber beschränken, nicht anerkannt.

Auch ein freiwilliger Verzicht auf die Rechtsfähigkeit oder eine freiwillige Schmälerung ist unzulässig und unwirksam. In richtiger Verfolgung dieses Grundsatzes sind insbesondere die erheblichen Beschränkungen der Rechtsfähigkeit, die bis zum Inkrafttreten des BG infolge des Klostergeübdes eintraten, weggefallen (unten § 90).

4. Die Rechtsfähigkeit der Menschen ist prinzipiell die gleiche. Zwar bestanden nach früherem deutschem Recht erhebliche Unterschiede, insbesondere zwischen Männern und Frauen, In- und Ausländern, Christen und Juden sowie zwischen den einzelnen Geburts- und Berufsständen. Allein diese Verschiedenheiten sind jetzt im Prinzip beseitigt (näheres §§ 82, 88, 90).

5. Die Rechtsfähigkeit der juristischen Personen ist in der Lehre von den juristischen Personen zu behandeln.

Art von Personen zugleich ein natürliches menschliches Lebewesen (eine Person im natürlichen, nicht nur im juristischen Sinne) bildet.

⁴) Da nach dem KonsulargerichtsbarkeitsG (§§ 1 und 3) und dem SchutzgebietsG (§§ 3, 4) die deutschen Reichsgesetze sich nur auf die in den Schutzgebieten lebenden und sich aufhaltenden Reichsangehörigen und Schutzgenossen bezogen (zu denen die Sklaven nicht gehören), so war in den deutschen Schutzgebieten (leider!) noch Sklaverei möglich (vgl. die Verordnung des Gouverneurs von Ostafrika vom 1. September 1896 betr. den Freilauf von Sklaven). Sklavenshandel war übrigens durch G. v. 25. 7. 1895 verboten und strafbar. Zurzeit sind diese Regeln wegen des Verlustes der Kolonien bedeutungslos.

Erster Titel.

Die natürlichen Personen.

I. Rechtsfähigkeit.

§ 77. 1. Beginn und Ende.*)

I. „Die Rechtsfähigkeit des Menschen beginnt“ (übereinstimmend mit dem gem. Recht) „mit der Vollendung der Geburt“, § 1. Das Kind im Mutterleibe ist also noch keine Person. Wird es nicht geboren, so ist es nie Rechtssubjekt gewesen.

II. Für den Fall der Geburt wird aber schon während der Schwangerschaft für das Kind Sorge getragen.

1. Das gemeine Recht stellt in dieser Beziehung den Satz auf: „nasciturus pro jam nato habetur, quoties de commodis ejus quaeritur“¹⁾. Allein damit soll nur gesagt sein, daß der Anfall von Rechten und sonstigen Rechtsvorteilen an das erzeugte, noch ungeborene Kind für den Fall seiner lebenden Geburt in gleicher Weise stattfinden soll, als wenn es schon zur Zeit des Anfalls ein Rechtssubjekt gewesen wäre.

2. Das BGB hat von der Aufstellung einer allgemeinen Regel abgesehen. Es beschränkt sich auf folgende Einzelvorschriften:

a) Der Erzeugte gilt als schon vor dem Erbfall geboren, was die Erbfolge, § 1923 Abs. 2 (vgl. auch § 2043 Abs. 2), die Nacherbfolge, § 2108, und den Anfall von Vermächtnissen betrifft, § 2178 vgl. mit § 2176; allein diese Fiktion gilt nur für den Fall, daß er später lebend geboren wird, und soll nur eine Benachteiligung ausschließen, die aus dem Umstande, daß er zur Zeit des Erbfalls noch kein Rechtssubjekt gewesen, abgeleitet werden könnte²⁾.

*) Stammler, *Viehener Festschrift* S. 441 ff. (1901); Schanz, *BürgR* 32 S. 39 ff.; Bagel, *Gruchot* 52 S. 193 ff.; Schreuer in *Festg. f. Bergbohm* (1919) S. 242.

¹⁾ L. 231 D. de verb. sign. 50, 16; L. 26 D. de statu hom. 1, 5; vgl. L. 7 pr. D. de reb. dub. 34, 5; L. 3 D. si pars her. pet. 5, 4; L. 7 § 1 D. de senat. 1, 9; L. 20 pr. D. de tut. et cur. 26, 5.

²⁾ Die Bestimmung des § 1923 Abs. 2 hat Bedenken erregt. Sie lautet: „Wer zur Zeit des Erbfalls noch nicht lebte, aber bereits erzeugt war, gilt als vor dem Erbfall geboren.“ Richtig ist, daß sie in der Form einer Fiktion auftritt, aber diese Fiktion zwingt uns ebensowenig wie die römische Fiktion über den nasciturus zur Anwendung ohne jede Prüfung des Falles. So gut wie dort, ist auch hier der wirklich gewollte Inhalt der Regel und nicht die Ausdrucksform als das Entscheidende zu betrachten. Das gleiche gilt von den §§ 2176, 2178, die in ihrem Zusammenhange ergeben, daß das Vermächtnis dem zur Zeit des Erbfalls bereits Erzeugten, aber noch nicht Geborenen schon beim Erbfall anfallen soll. Aus diesen Bestimmungen ist also keineswegs zu schließen, daß der Leibesfrucht, auch wenn sie nicht geboren werde, die Erbschaft erworben oder das Vermächtnis angefallen sei; auch wird ihr, selbst wenn sie geboren wird, nicht ein früherer Geburtstag zugelegt, den sie etwa beim Rentenvermächtnis dazu benutzen könnte, die Rente auch für die Zeit der Schwangerschaft zu beanspruchen.

b) Ihm ist zur Wahrung seiner zukünftigen Rechte erforderlichenfalls ein Pfleger zu bestellen, § 1912, und schon vor der Geburt kann der Unterhalt eines unehelichen Kindes durch einstweilige Verfügung sichergestellt werden, § 1716.

c) Wenn sein Vater oder ein anderer gesetzlich Unterhaltspflichtiger getötet ist, so entsteht für den Erzeugten ein Alimentationsanspruch gegen den Schuldigen, § 844 Abs. 2 (vgl. auch HaftpflG § 3 und Art. 42 GG).

3. Soweit diese Einzelvorschriften, deren analoge Anwendung natürlich nicht ausgeschlossen ist³⁾, in Betracht kommen, wird anzunehmen sein, daß das noch ungeborene Kind für den Fall, daß es später geboren wird, schon jetzt als Rechtssubjekt betrachtet werden soll, mit anderen Worten für den Fall der Geburt bereits mit einer beschränkten Rechtsfähigkeit ausgestattet ist⁴⁾.

4. Eine Nacherbfolge und ein Vermächtnis (nicht die Erbfolge) kann auch zugunsten solcher Personen angeordnet werden, die zur Zeit des Erbfalls noch nicht einmal erzeugt waren, §§ 2101, 2162 Abs. 2; ferner kann einem Nacherben, der noch nicht erzeugt ist, ein Pfleger bestellt werden, § 1913, und ein Vertrag zugunsten eines noch nicht Erzeugten ist möglich, § 331⁵⁾. In allen diesen Fällen ist aber einstweilen nur eine rechtliche Gebundenheit für die Zwecke des in Zukunft erwarteten Rechtssubjekts anzunehmen, die sich erst, wenn später dieses Rechtssubjekt entsteht, in ein subjektives Recht verwandelt. Das muß auch von den „Rechten“ gelten, die der Pfleger zur Sicherung der zukünftigen Rechte des Erzeugten erwirbt⁶⁾.

III. Wann die Geburt vollendet sei, wird im BGB nicht bestimmt. Man wird

³⁾ Unbedenklich wird z. B. anzunehmen sein, daß dem Erzeugten für den Fall seiner Geburt Schenkungen durch Vertrag mit dem für seine Interessen bestellten Pfleger zugewandt werden können.

⁴⁾ Diese Annahme einer beschränkten und bedingten Rechtsfähigkeit wird durch § 1 nicht ausgeschlossen, weil die Vorschrift dieses Paragraphen eben durch die unter a—c angeführten Spezialvorschriften, soweit die in ihnen behandelten Einzelfragen in Betracht kommen, außer Kraft gesetzt ist. Weit weniger befriedigen andere Ansichten. Die Meinung, daß bis zur Geburt eine juristische Person die Stelle des Nasziturus verrete, steht nicht nur mit § 1, sondern auch mit § 1923 und den übrigen unter a angeführten Vorschriften in Widerspruch und paßt auch nicht dazu, daß es sich in allen diesen Beziehungen doch nur um Einzelvorschriften handelt. Die Annahme bedingter Rechte des Nasziturus kann (wenn er nicht zugleich in der oben angegebenen Weise als Rechtssubjekt behandelt wird) ebenfalls nicht genügen, da bedingte Rechte ein Rechtssubjekt nicht weniger voraussetzen, als die unbedingten. Die verbreitete Annahme einer „Anwartschaft“ nißt nichts, da sie, wenn man die Anwartschaft als subjektives Recht auffaßt, die Rechtsfähigkeit des nasciturus voraussetzt, im anderen Falle aber die erwähnten Vorschriften nicht erklärt. Noch bedenklicher ist die Konstruktion subjektloser Rechte (darüber oben § 68 Anm. 8).

⁵⁾ So auch RGE 65 S. 277 ff.; DLGE 10 S. 72; RGE 29 S. 156 ff.

⁶⁾ Das RG (V) hat mehrfach ausgesprochen, daß eine vom Pfleger erworbene Hypothek für die noch nicht erzeugte Nachkommenschaft eines bestimmten Menschen im Grundbuch eingetragen werden kann, RGE 61 S. 355; 65 S. 277 ff. Es nimmt, um die Eintragungsmöglichkeit zu begründen, einstweilen das Bestehen einer juristischen Person an. Da indes auch sonst Gebundenheiten ohne Vorhandensein eines Rechtssubjekts bestehen (man denke z. B. an die einem derelinquierten Grundstüd zustehenden Servituten), so scheint mir die jedenfalls recht künstliche Annahme einer juristischen Persönlichkeit nicht erforderlich. Es gibt eben einzelne Verhältnisse, in denen die für die ungeheure Mehrzahl der Fälle durchaus passende Konstruktion subjektiver Rechte versagt, also nur eine Bestimmungsein von Gütern für gewisse Zwecke angenommen werden kann, aber die analoge Anwendung von Vorschriften über subjektive Rechte nicht ausgeschlossen ist (oben § 65 III und unten § 96**); vgl. auch RGE 29 S. 153 ff.

wie nach gemeinem Recht (L 3 C de posth. 6, 29) annehmen, wenn das Kind vollständig aus dem Mutterleibe ausgeschieden ist, ohne daß es der Abschneidung des Nabelstranges bedürfte⁷⁾.

IV. Gemeinrechtlich wird von manchen Juristen Lebensfähigkeit, von anderen wenigstens die notdürftigste Reife erfordert. (Wächter.) Das BG hat indes von diesem Erfordernis wegen der Schwierigkeit des Beweises (Mot. I S. 28) mit Recht abgesehen. Auch daß das Kind menschliche Gestalt trage, kein monstrum oder prodigium sei, wird von dem BG nicht mehr als Erfordernis aufgestellt. Das BG geht, wie auch aus den Motiven ersichtlich ist, von dem richtigen Gedanken aus, daß die Abstammung und nicht die Gestalt für die Menschennatur entscheide⁸⁾.

§ 78. 2. Beweis. Vermutungen.

I. Die Tatsache der Geburt oder des Todes einer Person bedarf wie jede andere des Beweises. Der Beweis aber ist für Geburten, Sterbefälle, ferner für Heiraten und einige andere auf den Personenstand bezügliche Ereignisse sehr erleichtert durch die auf dem Personenstandsgesetz v. 6. Febr. 1875 (verändert durch EG Art. 46 u. G. v. 11. 6. 1920) beruhenden, von den Standesbeamten (Kommunalbeamten) geführten Personenstandsregister. Die ordnungsmäßig geführten Standesregister und die ordnungsmäßig angefertigten Auszüge aus solchen beweisen nicht nur, daß die bekundeten Anmeldungen erfolgt sind, sondern erbringen auch vollen Beweis der eingetragenen Tatsachen selber, soweit die Standesregister zur Bekundung dieser Tatsachen bestimmt sind¹⁾. Gegenbeweis ist aber nicht ausgeschlossen. Wieweit durch Ordnungswidrigkeit die Beweis kraft aufgehoben oder geschwächt wird, entscheidet das richterliche Ermessen, BStG § 15.

1. Es werden drei Register geführt, das Geburtsregister, das Heiratsregister und das Sterberegister, in welche die Geburten, Heiraten und Sterbefälle mit den erforderlichen näheren Angaben (BStG §§ 13, 22, 54, 59) unter fortlaufenden Nummern eingetragen werden (§ 13). Einige andere Angaben, z. B. über Legitimation, Annahme an Kindesstatt, Nichtigkeitserklärung der Ehe, Ehescheidung, Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft werden am Rande der die Geburt oder Eheschließung betreffenden Eintragung vermerkt (§§ 26, 55).

2. Zur Anmeldung der Geburten und Sterbefälle sind gewisse Personen binnen bestimmter Frist verpflichtet (§§ 17 ff., 56 ff.).

II. Auch daß eine Person früher als eine andere geboren sei, ist von demjenigen, der Rechte daraus herleiten will, zu beweisen.

Bei Zwillingsgeschwistern ist dieser Beweis unter Umständen unerbringlich; allein das BG hat für diesen Fall keine besondere Vorschrift getroffen. Man wird in der rechtlichen Beurteilung drei Fälle unterscheiden müssen:

⁷⁾ Abweichend nimmt das Strafrecht Kindesmord, also Tötung eines Menschen schon an, wenn das Kind während der Geburt getötet wurde, StGB § 217.

⁸⁾ Hellmann S. 3 meint: wenn es monstra gebe, so wären sie doch nach § 1 des BG nicht rechtsfähig, da dieses nur die Rechtsfähigkeit des „Menschen“ bestimme. Diese überstrenge Auslegung entspricht m. E. nicht der Absicht des Gesetzgebers. G. Cohn, „Monstra und Hermaphroditen leben nur im Reich der Mythen“.

¹⁾ Die Eintragung beweist also z. B., daß dem Landwirt A und seiner Ehefrau Karoline A zu X am 10. Nov. 1903 morgens 9 Uhr zu X ein männliches Kind geboren und daß diesem die Vornamen Karl August beigelegt wurden.

a) Handelt es sich, wie in den meisten Fällen, für welche diese Frage relevant wird, um Familienfideikommiſſe und andere den Landesgeſetzen vorbeſehene Rechtsinstitute, ſo iſt das Landesrecht maßgebend, nach dem meiſt das Loſ entſcheidet²⁾.

b) Eine leſtwillige Zuwendung iſt in Anwendung des § 2073 als beiden zuſammen ausgeſetzt zu behandeln.

c) In den übrigen, ſehr ſeltenen Fällen muß der Beſiſtand entſcheiden, da keine der beiden Perſonen ihren Anſpruch zu begründen vermag³⁾. Das PStG § 22 ſchreibt, um ſolche Fälle möglichſt zu vermeiden, vor, daß die Eintragung für jedes Kind beſonders und ſo genau erfolgen ſoll, daß die Zeitfolge der verſchiedenen Geburten erſichtlich iſt.

III. „Sind mehrere in einer gemeinſamen Gefahr umgekommen, ſo wird vermutet, daß ſie gleichzeitig geſtorben ſeien“, § 20⁴⁾.

1. Gemeinſam iſt die Lebensgefahr, wenn ſie auf demſelben Hauptereigniſſe beruht (Vulkanausbruch, Bergſturz, Schiffbruch, Brand), mag dieſes auch auf die einzelnen Perſonen verſchieden eingewirkt haben (einer iſt beim Vulkanausbruch verbrannt, ein anderer erſtikt, ein Dritter von Steinen erſchlagen) oder mögen ſie der Gefahr in verſchiedener Weiſe zu entgehen verſucht haben (ſie ſind in verſchiedene, nachher untergegangene Boote geſtiegen)⁵⁾.

2. Wird der Tod mehrerer in derſelben Lebensgefahr inſolge von Todeserklärungen wegen Verſchollenheit vermutet (unten § 80), ſo gelten ſie nach § 20 als gleichzeitig verſtorben⁶⁾, und das wird man nach dem Zwecke des Geſetzes ſelbſt dann annehmen müſſen, wenn etwa für die einzelnen Perſonen die vermutete Todeszeit in etwas abweichender Weiſe (z. B. durch die Todeserklärungen verſchiedener Gerichte) feſtgeſtellt wäre⁷⁾.

3. Die Vermutung wird durch den Gegenbeweis, daß die eine Perſon früher geſtorben ſei als die andere, entkräftet. Bloße Wahrſcheinlichkeiten kommen nicht in Betracht.

4. Nach gemeinem Recht galte die gleiche Vermutung, jedoch mit einer Ausnahme: Waren Eltern oder Voreltern mit Kindern in gemeinſamer Lebensgefahr umgekommen, ſo wurde angenommen, das unmündige Kind ſei vor dem Älteren, das mündige nach

²⁾ Levis, Familienfideikommiß S. 366ff.

³⁾ Doch wird, wo es ſich um Berechtigungen aus Stiftungen handelt, nach dem Zweck der Stiftung und dem Inhalt der Berechtigung zu erwägen ſein, ob nicht Teilung der Berechtigung oder Entſcheidung durch das Loſ dem Willen des Stifters beſſer entſpricht als das ſonſt eintretende Ruhen der Berechtigung.

⁴⁾ Man darf übrigens die angeführte Präſumtion nicht ſchematiſch anwenden. Haben beſpielsweiſe zwei Ehegatten ſich gegenseitig zu Erben eingefeßt und beſtimmt, daß der Überlebende von X beerbt werden ſollte, ſo erhält natürlich X dem wahren Willen der beiden Teſtierenden gemäß, wenn beide bei einem Schiffbruch umgekommen ſind, beider Erbschaften; man darf nicht debuzieren, daß er keine von beiden bekomme, da ja keiner der Ehegatten den anderen überlebt habe.

⁵⁾ Abw. Hölzer zu § 20, wie oben Pland u. Dertmann zu § 20; Bödel, ZivR 93 S. 478ff.; Kludhohn, ZivR 107 S. 367ff.

⁶⁾ Abw. Dertmann, wie oben Pland, Bödel S. 486ff.; Hedemann, Die Vermutung S. 329ff. u. a.

⁷⁾ Abw. Pland, v. Luhr S. 391, Staubinger, Warnerer zu § 20; wie oben Hölzer u. Bödel. Entſcheidend für das im Text Geſagte iſt einerſeits, daß der § 20 eine Spezialvorſchrift über die Reihenfolge des Todes von Kommodorienten enthält, die der allgemeinen Vorſchrift über die Todeszeit der Verſchollenen wohl vorgehen ſoll, andererſeits und beſonders das weit angemessenere Ergebnis. Sind zwei Bektern aus Hamburg und Berlin, von denen jeder den anderen zum Erben eingefeßt hatte, auf einem in der Nacht vom 1. auf den 2. November untergegangenen Schiffe geweſen und ſeitdem verſchollen und ſetzt das Hamburger Gericht für den einen den 1., das Berliner Gericht für den andern den 2. November als Todestag feſt, ſo wäre es doch höchſt ſonderbar und dem vernünftigen Grundgedanken des § 20 ſchnurſtrads zuwider, wenn dieſe Feſtſetzungen über das Schickſal der Erbschaften beider entſcheiden ſollten. Für Fragen, die mit der Reihenfolge der beiden Todesfälle nichts zu tun haben, z. B. den Bezug von Leibrenten, kommt natürlich die betreffende Feſtſetzung in Betracht; denn darüber enthält der § 20 überhaupt keine Vorſchrift (vgl. auch Prot. I S. 31).

dem Abjudenten gestorben, L. 9, §§ 1, 4, L. 22, 23 D. de reb. dub. 34, 5. Diese Ausnahme ist im BG weggefallen.

IV. Wichtige Vermutungen gelten bezüglich der Lebensdauer der Verschollenen. Darüber in den folgenden §§ 79—81.

3. Todeserklärung wegen Verschollenheit.*)

§ 79. Voraussetzungen und Verfahren.

Der Beweis des Todes ist streng genommen unmöglich bei Verschollenen, d. h. Personen, über die seit längerer Zeit jede Nachricht fehlt. Im Anschluß an Psalm 90 V. 10¹⁾ hat sich daher unter Umbildung und Verschmelzung der italienischen Verschollenheitslehre mit einheimischen Rechtsanschauungen²⁾ in Deutschland der Satz ausgebildet, daß der Tod des Verschollenen zu vermuten sei, sobald dieser das siebzigste Lebensjahr vollendet haben würde. Im 18. Jahrhundert entstand ein besonderes Aufgebotsverfahren, das zu einer gerichtlichen Todeserklärung führte. Diese besonders durch die sächsischen Juristen ausgebildete Lehre (das sog. sächsische System) ist als gemeinrechtlich zu betrachten. Doch errang auch von Schlesien aus die Ansicht einige Verbreitung, daß der Ablauf der Verjährungsfrist von 30 Jahren seit dem Zeitpunkt, aus dem die letzte Kunde von dem Verschollenen stammte, zu fordern sei.

An dieses sog. schlesische System haben manche neuere Gesetzgebungen angeknüpft, jedoch häufig die Frist auf 10 Jahre herabgesetzt³⁾. Auch das BG folgt diesem System und hat sich in der Hauptsache dem preussischen Rechte angeschlossen, wenn es auch freilich in manchen Einzelheiten von ihm abweicht, zumal dessen besonderen Verschollenheitsfällen noch einen weiteren hinzufügt und den Anfang der Fristen und die Wirkung der Verschollenheit mehrfach anders bestimmt.

Der Begriff der Verschollenheit ist im Gesetzbuch nicht definiert, also dem üblichen Sprachgebrauch zu entnehmen. Verschollen ist nach diesem derjenige, über den seit so langer Zeit keine Nachricht vorliegt, daß sein Leben oder Tod unsicher erscheint⁴⁾. Daß er abwesend sei, ist nicht schlecht-

*) Bruns, Die Verschollenheit, in Bekker u. Muthers Jahrb. I S. 90ff.; Dernburg, PrR I §§ 40ff.; Förster Eccius I § 19; Gierke I § 42 III; Riesenfeld, Verschollenheit und Todeserklärung, 1891; Hachenburg S. 336ff.; Lehmann in Hirths Annalen 34 S. 18ff., 121ff., 223ff.; Herbert Meyer, Der Rechtschein des Todes in Festg. f. Brä, 1911; M. Wolff, Festg. f. Bergbohm S. 116ff.

¹⁾ „Unser Leben währet siebenzig Jahre, und wenn es hoch kommt, so sind es achtzig Jahre, und wenn es köstlich gewesen ist, so ist es Mühe und Arbeit gewesen.“

²⁾ Vgl. Bruns u. Riesenfeld a. a. O.

³⁾ So das preussische, bayerische, sächsische und andere Rechte. Mehrfach abweichend ist das französische und das züricher Recht, vgl. Motive I S. 34 u. 35.

⁴⁾ So auch die vorherrschende Meinung in Übereinstimmung mit dem Sprachgebrauche. Das Fehlen von Nachrichten allein (Pland zu § 13, I) kann nicht genügen,

hin erforderlich; in einer großen Stadt z. B. ist sehr wohl Verschollenheit ohne Abwesenheit denkbar.

I. Voraussetzungen. Nach dem BG ist zu unterscheiden: die allgemeine Verschollenheit, d. h. die Verschollenheit in allen gesetzlich nicht besonders ausgezeichneten Fällen (§ 14), und drei besondere Verschollenheitsfälle, für die abweichende Regeln gelten (§§ 15—17).

1. Allgemein ist die Todeserklärung zulässig nach 10 Jahren, gerechnet vom „Schlusse des letzten Jahres, in welchem der Verschollene den vorhandenen Nachrichten zufolge noch gelebt hat“⁵⁾. Doch kann sie nicht erfolgen vor Schluß des Jahres, in dem der Verschollene 31 Jahre alt würde, mit anderen Worten, die in die Zeit der Minderjährigkeit (ohne Berücksichtigung der Volljährigkeitserklärung) fallende Zeit der Verschollenheit soll nicht mitgerechnet werden. Fünf Jahre seit der letzten Nachricht genügen, falls der Verschollene das 70. Lebensjahr vollendet haben würde (§ 14).

Nehmen wir also an, die letzte Lebensnachricht bezöge sich auf den 20. Juli 1900, so würde die Todeserklärung zulässig sein am 1. Jan. 1911. Wäre aber dieser Verschollene erst im Jahre 1880 geboren, so wäre die Todeserklärung erst am 1. Jan. 1912 zulässig, d. h. 31 Jahre nach dem 1. Jan. 1881. Wäre der Verschollene am 5. Jan. 1836 geboren, so wäre die Todeserklärung am 5. Jan. 1906 zulässig⁶⁾.

2. Neben diesen allgemeinen Verschollenheitsfällen bestehen dann noch die besonderen Fälle der „Kriegs-“, „See-“ und „Gefahrverschollenheit“⁷⁾.

a) Wer als Angehöriger einer (also nicht notwendig der deutschen) bewaffneten Macht⁸⁾ oder im Amt oder Dienst derselben⁹⁾ oder zur frei-

z. B. nicht, wenn solche von einem in ferne Lande Ausgewanderten überhaupt noch nicht zu erwarten sind. Allerdings wird, wenn Verschollenheit vorliegt, die Frist für die Todeserklärung von dem Zeitpunkte berechnet, in welchem der Verschollene nach den vorhandenen Nachrichten noch gelebt hat (Text 1). Aber das beweist nicht, daß er von diesem Moment an als sofort verschollen betrachtet werden soll. Das Gesetz knüpft schon an den Eintritt der Verschollenheit gewisse Wirkungen, nämlich eine Lebensvermutung bis zu dem Moment, in dem die Todeserklärung möglich wird, und unter Umständen die Zulässigkeit eines Aufgebotsverfahrens über Grundstücke, als deren Eigentümer der Verschollene im Grundbuch eingetragen ist (§ 927). Es kann nicht angenommen werden, daß diese Wirkungen bei jedem (vielleicht ganz vorübergehenden) Fehlen von Nachrichten eintreten sollen. Ganz unvereinbar mit § 19 und § 927 ist die Ansicht Hellmanns, KritB 51 S. 393, daß verschollen erst derjenige sei, der schon für tot erklärt werden könne.

⁵⁾ Entscheidend ist also nicht die Ankunft der Nachricht, sondern die Zeit, auf die sich der Inhalt bezieht.

⁶⁾ Die fünfjährige Frist ist bei Beginn des 1. Jan. 1906 abgelaufen, die Todeserklärung mithin zulässig, sobald die Vollendung des 70. Lebensjahres hinzukommt, d. h. am 5. Jan. 1906, da das 70. Lebensjahr mit Ablauf des 4. Jan. vollendet wird (§ 187 Abs. 2; § 188). A. M. in Widerspruch mit dem Wortlaut des Gesetzes („würde“) Hölder zu § 14; wie oben Bland u. Dertmann zu § 14.

⁷⁾ Auch „Unfallverschollenheit“ genannt, da es sich meist um einen Unfall handelt.

⁸⁾ Wer Angehöriger einer bewaffneten Macht sei, entscheiden die Gesetze des betreffenden Staates; für das Deutsche Reich macht die bewaffnete Macht aus Heer, Marine und Landsturm (KriegsbienstverpflichtungsG v. 9. Nov. 1887; MilStGB § 4; MilG § 38; G. betr. Änderungen der Wehrpflicht v. 11. Febr. 1888 §§ 1, 21, 24), jetzt nur aus der Reichswehr und der Reichsmarine, G. v. 21. Aug. 1920.

⁹⁾ Z. B. Ärzte, Feldpost- oder Telegraphenbeamte, Feldgendarme, Feldgeistliche, Lazarettbeamte und -bedienstete, Seizer auf Kriegsschiffen usw.

willigen Hilfeleistung¹⁰⁾ am Kriege¹¹⁾ teilgenommen hat, während des Krieges (d. h. während seiner Teilnahme am Kriege, also auf dem Kriegsschauplatz) vermißt und seitdem verschollen ist, kann drei Jahre nach dem Friedensschlusse für tot erklärt werden (§ 15).

Sonbervorschriften enthält die KriegsverschollenheitsVO. v. 18. April 1916, Neufassung vom 9. August 1917, abgeändert durch G. v. 30. Februar 1925, für die Kriegsverschollenen des Weltkrieges. Wer als Angehöriger der bewaffneten Macht des Deutschen Reichs oder eines verbündeten oder befreundeten Staates an diesem Kriege teilgenommen oder wer sich bei der bewaffneten Macht aufgehalten hat oder ihr gefolgt ist¹²⁾ oder wer in die Gewalt des Feindes geraten ist¹³⁾, kann, wenn er während des Krieges vermißt ist, ein Jahr nach der letzten Nachricht über sein Leben¹⁴⁾ für tot erklärt werden. Das Gericht kann aber das Verfahren auf längstens ein Jahr aussetzen, wenn eine weitere Nachricht nach den Umständen, insbesondere nach der Entfernung des letzten Aufenthalts des Verschollenen (Sibirien, Japan, Kolonien) nicht ausgeschlossen erscheint (VO §§ 1, 11).

b) Wer sich auf einem bei einer Seefahrt untergegangenen¹⁵⁾ Fahrzeuge befunden hat und seitdem verschollen ist, kann ein Jahr nach dem Untergange für tot erklärt werden (§ 16)¹⁶⁾. Der Untergang wird vermutet, wenn das Schiff binnen bestimmter Frist weder am Bestimmungsort angekommen noch (in Ermangelung eines bestimmten Reisezieles) zurückgekehrt ist.

Die Frist wird vom Antritt der Reise berechnet und beträgt: 1 Jahr bei Fahrten innerhalb der Ostsee; 2 Jahre bei Fahrten in europäischen Meeren einschließlich des Mittelmeeres und seiner Nebenmeere; 3 Jahre bei Fahrten über außereuropäische Meere. Sind Nachrichten eingegangen, so ist Anfang und Dauer der Frist so zu bestimmen, als wäre das Schiff da abgegangen, wo es sich nach der letzten Nachricht befand. Wäre z. B. ein gegen Ende Dez. 1900 von Newyork nach Hamburg abgegangenes Schiff am 6. Jan. 1901 im Kanal zuletzt gesehen und seitdem verschollen, so würde der Untergang des Schiffes am 6. Jan. 1903 vermutet. Die Todeserklärung wäre also am 6. Jan. 1904 zulässig.

c) Wer, abgesehen von diesen Fällen, in eine Lebensgefahr geraten ist (Theaterbrand, Grubenunglück, Vulkanausbruch, Bergsturz, besonders gefährliche Hochalpentour, Polarexpedition, Untergang eines Schiffes auf einem Flusse oder Binnensee) und seitdem verschollen ist¹⁷⁾, kann, wenn

¹⁰⁾ Z. B. freiwillige Krankenträger, Johanniter, Marktender, nicht aber das Heer nur begleitende Photographen, Berichterstatter, Händler, da sie dem Heere keine Hilfe leisten (bestritten in bezug auf Händler).

¹¹⁾ Wegen Gleichheit des Grades wird das auch auf Bürgerkriege und größere Aufstände, nicht aber auf lokale Unruhen und Putzche zu beziehen sein, auch wenn sie militärisch unterdrückt werden.

¹²⁾ Also auch Berichterstatter, Photographen, Liebesgabenüberbringer, Händler.

¹³⁾ Geiseln, Internierte, vom Feinde Verschleppte usw.

¹⁴⁾ Die VO. § 1 sagt, „wenn von seinem Leben ein Jahr lang keine Nachricht eingegangen ist“. Allein auch hier ist, wie in § 14 BG nicht die Ankunft der Nachricht, sondern die Zeit, auf die sich der Inhalt bezieht, entscheidend, was sich für § 14 auch aus dem dritten Absätze dieses Paragraphen ergibt.

¹⁵⁾ Es ist nur erforderlich, daß das Schiff „bei einer Seefahrt“ unterging. Das trifft auch zu, wenn es beim Auslaufen oder Einlaufen in eine Flußmündung zu Beginn oder am Ende der Seefahrt unterging. A. M. Hölder, Löwenfeld; wie oben die Motive, Pland, Dertmann, Dernburg u. a.

¹⁶⁾ Dies wird auf Luftfahrten über See analog anzuwenden sein.

¹⁷⁾ Der Nachweis, daß ein Unglücksfall vorgekommen sei, ist also nicht erforderlich, es genügt der Nachweis der Lebensgefahr (Antritt der höchst gefährlichen Hochalpentour oder Polarexpedition) und der seitdem eingetretenen Verschollenheit.

seit dem Ereignisse, durch das die Lebensgefahr entstanden ist, drei Jahre verstrichen sind, für tot erklärt werden (§ 17).

Hätte z. B. jemand am 15. Juli 1900 eine auf drei Tage berechnete besonders gefährliche Hochalpentour angetreten und wäre er seit diesem Tage verschollen, so könnte er am 15. Juli 1903 für tot erklärt werden, nicht etwa erst am 18. Juli; denn das Gesetz fordert nur, daß er in die Lebensgefahr „geraten“ sei¹⁸⁾.

II. Verfahren. Die Todeserklärung erfolgt in allen diesen Fällen in einem Aufgebotsverfahren, das die ZPO (§§ 960—976) regelt.

Zuständig ist das Amtsgericht, in dessen Bezirk der Verschollene seinen letzten inländischen Wohnsitz hatte. Für Personen, die keinen inländischen Wohnsitz hatten, wird das Gericht durch allgemeine Anordnung des Landesjustizverwaltungen oder, wenn sie keinem Bundesstaate angehörten, durch allgemeine Anordnung des Reichsanzalters bestimmt (§ 961); Amtsgericht der Landeshauptstadt, bzw. Amtsgericht Berlin I.

Das Urteil erfolgt nur auf Antrag. Antragsberechtigt ist jeder Interessent, z. B. der Erbe oder ein Gläubiger des Verschollenen; außerdem der gesetzliche Vertreter des Verschollenen mit Zustimmung des Vormundschaftsgerichts, also namentlich sein Abwesenheitspfleger (§ 962), ferner bei Kriegsverschollenen des Weltkriegs der Staatsanwalt (RD § 21). Der Antragsteller hat die die Verschollenheit begründenden Tatsachen vor Einleitung des Verfahrens glaubhaft zu machen (§ 963).

Ist das geschehen, so wird das Aufgebot erlassen, d. h. die öffentliche Aufforderung an den Verschollenen, sich binnen bestimmter Frist (Aufgebotsfrist) zu melden, und an andere, etwaige Nachrichten über Leben oder Tod des Verschollenen zu geben. Das Aufgebot erfolgt in den öffentlichen Blättern und durch Anschlag an der Gerichtstafel, doch kann die Bekanntmachung durch die öffentlichen Blätter bei Kriegs-, See- und Gefahrverschollenheit und bei Verschollenen, die über 100 Jahre alt sein würden, unterbleiben. Die Aufgebotsfrist muß mindestens 6 Monate betragen; unterbleibt die Bekanntmachung durch die öffentlichen Blätter, mindestens 6 Wochen. Bei der Kriegsverschollenheit des Weltkriegs beträgt sie mindestens einen Monat (§§ 964—966; RD § 6).

Meldet sich jemand, wird ihm aber die Identität bestritten, so wird das Aufgebotsverfahren ausgesetzt (§ 969), und es kann Feststellungsklage erhoben werden. Meldet sich niemand, so prüft das Gericht, ob alle Erfordernisse der Todeserklärung vorliegen. Es ist dabei nicht auf das Vorbringen des Antragstellers beschränkt, sondern hat von Amts wegen die erforderlichen Ermittlungen zu veranstalten und Beweise aufzunehmen (§ 968). Bei Kriegsverschollenen des Weltkrieges genügt zum Beweise von Tatsachen eine mit Dienstiegel versehene schriftliche Erklärung des militärischen Disziplinarvorgesetzten oder der obersten Militärverwaltungsbehörde (RD § 22).

Die Todeserklärung ist nur auszusprechen, wenn ihre Erfordernisse für bewiesen erachtet werden; der vermutete Zeitpunkt des Todes ist in dem Urteil festzustellen (§ 970).

Das Urteil kann von jedem an der Aufhebung oder an der Feststellung des Todeszeitpunktes Interessierten binnen Monatsfrist¹⁹⁾ durch Klage beim Landgerichte angefochten werden, einmal aus denselben Gründen wie andere Ausschlußurteile (§ 957 Abs. 2) und sodann, wenn die Todeserklärung zu Unrecht erfolgt oder die Zeit des Todes unrichtig

¹⁸⁾ Anderer Meinung Bland, Anm. zu § 17 Nr. 2, welcher hier den § 16 Abs. 2 analog anwenden will. Seine Ansicht ist indes mit dem Gesetzeswort weniger im Einklang; denn das Gesetz spricht nur von „in eine Lebensgefahr geraten“, und das „Ereignis, durch welches die Lebensgefahr entstanden ist“, ist nicht der beabsichtigte Endmoment der Reise, sondern deren Antritt. Namentlich aber führt Blands Ansicht zu praktisch weit ungewisseren und darum minder brauchbaren Ergebnissen. — In Fällen allmählich wachsender Gefahr (Nordpolexpedition) entscheidet der Moment, wo die Gefahr das gewöhnliche Maß zu überschreiten beginnt. Leonhard, Allg. L. S. 75f.; vgl. auch Hellmann, KritB. 41 S. 241. Vermittelt Dertmann zu § 17, 3.

¹⁹⁾ Bei für tot Erklärten des Weltkrieges, welche selbst die Anfechtungsklage erheben, gilt keine Fristbestimmung (RD § 12 Abs. 2).

festgestellt ist (§ 973). Die Klage ist gegen den zu richten, der die Todeserklärung erwirkt hat, sofern das aber unmöglich oder untunlich ist, gegen den Staatsanwalt (§ 974).

Kriegsverschollene des Weltkrieges können, anstatt die Anfechtungsklage zu erheben, auch einfach beim Aufgebotsgericht die Aufhebung der Todeserklärung beantragen, ebenso auch der Staatsanwalt. Auch hier ist das Gericht nicht auf das Vorbringen des Antragstellers beschränkt, sondern hat von Amts wegen die erforderlichen Ermittlungen zu veranlassen. Ergeben sich Zweifel, ob der Antragsteller der für tot Erklärte ist, so ist der Antrag zurückzuweisen und der Antragsteller auf den Weg der Anfechtungsklage zu verweisen. Gegen die Zurückweisung des Antrags steht dem Antragsteller die sofortige Beschwerde zu. Ist der Zeitpunkt des Todes unrichtig festgestellt, so kann das Gericht auf Antrag eines an der Berichtigung rechtlich Interessierten oder des Staatsanwalts oder auch von Amts wegen den Zeitpunkt berichtigen. Gegen die Aufhebung der Todeserklärung findet kein Rechtsmittel statt. Sie wirkt für und gegen alle (RD §§ 13—21).

§ 80. Wirkung.

I. Ist die Todeserklärung erfolgt, so wird vermutet, daß der Verschollene nicht mehr lebe. Der nähere Inhalt dieser Präsumtion war im gemeinen Recht nach verschiedenen Richtungen bestritten.

a) Man stritt, ob der Verschollene als tot gelte seit Beginn der Verschollenheit oder erst seit dem Moment der erfolgten Todeserklärung oder von dem Zeitpunkte an, wo die Todeserklärung zulässig wurde (der Verschollene also, wenn er noch gelebt, das siebzehnte Jahr vollendet haben würde). Die letzte Ansicht war mit Recht in Theorie und Praxis vorherrschend¹⁾, die Todeserklärung war demnach deklaratorisch, nicht konstitutiv. Das ergibt sich insbesondere aus dem Anschluß an den Psalm und daraus, daß die ältere Praxis überhaupt keine Todeserklärung kannte.

b) Man stritt ferner, ob nur vermutet werde, daß der Verschollene jenen Zeitpunkt nicht überlebt habe, oder auch, daß er bis dahin gelebt habe. Wenn es sich um die Vererbung des Verschollenen selbst handelt, war das letztere anzunehmen, weil für die Frage, wer ihn beerbe, von einem bestimmten Todesmoment ausgegangen werden muß. Im übrigen aber war die Lebenspräsumtion nach der Praxis des letzten Jahrhunderts und weil sie jeder Wahrscheinlichkeit widersprechen würde, zu verwerfen.

1. Das BG gibt der Todeserklärung deklaratorische Bedeutung. Der vermutete Todeszeitpunkt wird in dem Urteil festgestellt, und zwar hat der Richter zunächst auf Grund etwaiger besonderer Ermittlungen den Zeitpunkt festzustellen²⁾. Liegen solche Ermittlungen nicht vor oder waren sie ergebnislos, so ist als Todestag festzustellen

bei der allgemeinen Verschollenheit der Zeitpunkt, in dem die Todeserklärung zulässig geworden ist;

bei der Kriegsverschollenheit der Friedensschluß, eventuell der Schluß des Jahres, in dem der Krieg beendet wurde;

¹⁾ Vgl. auch SeuffA 25, 5; abw. Dernburg P. I § 51.

²⁾ Für diese Feststellung sind erhebliche Wahrscheinlichkeitsgründe ausreichend. Natürlich ist der Todeszeitpunkt aber auch dann festzustellen, wenn er in dem wegen Verschollenheit eingeleiteten Aufgebotsverfahren mit Sicherheit ermittelt wird (a. A. Dernburg § 53 Abs. 10 u. Löwenfeld zu § 18 III 4); auch in diesem Falle ist die durch die Todeserklärung geschaffene Vermutung wertvoll, da sie einen sofort liquiden Beweis gewährt, der ohne sie trotz jener Ermittlungen vielleicht fehlen würde. Dafür auch die Fassung des § 18 Abs. 2. (So auch die herrschende Meinung.) Selbstverständlich begründet aber auch in diesem Falle die Feststellung nur eine Vermutung; Gegenbeweis bleibt zulässig.

bei der Kriegverschollenheit des Weltkrieges jedoch der 10. Januar 1920 (G. v. 20. 2. 1923). Bei Glaubhaftmachung eines besonderen Interesses an der Annahme einer anderen Todeszeit auf Antrag der Zeitpunkt, in dem die Todeserklärung zulässig geworden ist; oder wenn der Verschollene seit einem besonderen Kriegsereignis (Gefecht, Sprengung, Schiffsunfall u. dgl.) vermißt wird, der Zeitpunkt dieses Ereignisses, sofern nicht die Ermittlungen eine andere Annahme rechtfertigen.

bei der Seeverschollenheit der Schiffsuntergang, eventuell der Eintritt der Vermutung des Unterganges;

bei der Gefahrverschollenheit die Zeit des Eintritts der dringenden Lebensgefahr³⁾.

Ist die Todeszeit nur dem Tage nach festgestellt, so gilt das Ende des Tages als Zeitpunkt des Todes, § 18.

2. Es wird angenommen, daß der Verschollene den im Urteil bestimmten Zeitpunkt nicht überlebt⁴⁾, aber auch bis zu diesem Zeitpunkt gelebt habe, also genau in jenem Momente verstorben sei. Mit der Todespräsumtion ist also eine Lebenspräsumtion verbunden, § 18 (vgl. jedoch auch § 2252 Abs. 4).

3. Eine Lebenspräsumtion gilt sogar schon, bevor die Todeserklärung erlassen ist, ja selbst bevor sie überhaupt zulässig ist, und unabhängig davon, ob sie jemals beantragt und erlassen wird. Sobald jemand verschollen ist⁵⁾, gilt er als fortlebend bis zu demjenigen Momente, der im Zweifel als Zeitpunkt des Todes betrachtet werden soll, § 19 u. KriegverschollenheitsVO. § 3⁶⁾. Wenn die Todeserklärung nachher eintritt, so verändert sich diese Lebenspräsumtion nur insofern, daß als Moment des Todes nun der im Urteil bestimmte Zeitpunkt gilt, der aber nur in seltenen Fällen ein anderer als der vorläufig angenommene Zeitpunkt sein wird.

Die erwähnte ohne Todeserklärung, ja selbst ohne Zulässigkeit einer solchen eintretende Lebenspräsumtion ist von hervorragender Bedeutung (anfallende Erbschaften, Leibrenten usw.).⁷⁾ Hier aber bereitet die Frage der Beweislast Schwierigkeiten. Manche

³⁾ Bland zu § 18 Nr. 5 meint, wenn das Ereignis, durch das die Lebensgefahr entstand, sich durch längere Zeit hinziehe, so sei der letzte Tag dieses Zeitraums als Todestag festzustellen. Die Ansicht des Textes ergibt sich aber m. E. mit Bestimmtheit aus den schon oben § 79 Anm. 18 entwickelten äußeren und inneren Gründen.

⁴⁾ Daher gelten z. B. Kinder, die erst nach diesem Zeitpunkt erzeugt sein können, nicht als eheliche, RGE 60 S. 196 ff.; DLGE 12 S. 299. A. A. DLGE 6 S. 153 auf Grund von § 1348, der aber die Todesvermutung nicht beschränkt, sondern für gewisse Fälle noch eine stärkere Wirkung hinzufügen will.

⁵⁾ Die Lebenspräsumtion gilt nur für Verschollene; die Verschollenheit (oben § 79) muß also bewiesen werden. So auch die herrschende Ansicht, vgl. Fr. Leonhard, Beweislast S. 242 und die daselbst Zitierten. Die Lebensvermutung ist wichtig, weil die Fortdauer des Lebens im allgemeinen nicht präsumiert wird; denn es handelt sich hier um eine Tatsache, nicht ein Recht. Die Fortdauer des Lebens hat also im allgemeinen der, der sich darauf beruft, zu beweisen, RGE 93 S. 110.

⁶⁾ Nach dieser VO dauert also die Lebensvermutung bis zum 10. Jan. 1920 oder dem an seine Stelle tretenden anderen Zeitpunkt (oben I).

⁷⁾ Ist vertragsmäßig für die Auszahlung einer Leibrente usw. ein Lebensattest

meinen, demjenigen, der die Lebensvermutung bestreite, liege der Beweis ob, daß der Zeitpunkt eingetreten sei, mit dem die Lebenspräsumtion endige. Dem kann indes nicht zugestimmt werden. Die Tatsache des Lebens, also auch der Fortbauer des Lebens, muß bewiesen werden. Dieser Beweis wird nur für die bestimmte Zeit von dem Beginne der Verschollenheit bis zu dem als vermutlicher Todeszeitpunkt geltenden Momente durch die Lebensvermutung ersetzt⁹⁾. Wer sich auf die Lebensvermutung beruft, muß also beweisen, daß die Verschollenheit in einem Zeitpunkte eingetreten sei, der beispielsweise weniger als 10 volle Kalenderjahre vor dem Momente liegt, für den der Beweis des Lebens durch die Lebensvermutung ersetzt werden soll¹⁰⁾.

II. Der Gegenbeweis gegen die Richtigkeit der Todeserklärung ist regelmäßig nicht ausgeschlossen.

1. Der Verschollene kann daher, wenn er zurückkehrt oder die Lebensvermutung in anderer Weise widerlegt, sein Vermögen durch eine der Erbschaftsklage analoge Klage zurückverlangen (§ 2031). Der Anspruch verjährt in 30 Jahren; jedoch läuft die Verjährung bei Lebzeiten des Verschollenen keinesfalls früher ab als 1 Jahr nach erlangter Kenntnis von der Todeserklärung.

2. Auch zwischen dritten Personen ist der Beweis, daß die Todeserklärung unrichtig sei, zulässig; z. B. kann in einem Prozesse über die Erbschaft oder eine zu zahlende Lebensversicherung bewiesen werden, daß der Verschollene noch lebe oder früher oder später, als im Urteil angenommen, verstorben sei¹¹⁾.

3. Eine wichtige Ausnahme besteht aber nach § 2370. Derjenige, der bei Richtigkeit der Todeserklärung Erbe sein würde, gilt zugunsten derjenigen gutgläubigen dritten Personen wirklich als Erbe, welche durch Rechtsgeschäft einen Erbschaftsgegenstand oder ein Recht an einem solchen oder die Befreiung von einem zur Erbschaft gehörigen Rechte erworben oder auf Grund eines zur Erbschaft gehörigen Rechtes eine Leistung an jenen vermeintlichen Erben bewirken¹²⁾.

III. Wesentlich verändert gegenüber dem gemeinem Recht sind die familienrechtlichen Wirkungen der Todeserklärung.

1. Nach gemeinem Recht wird man annehmen müssen, daß die familienrechtlichen Beziehungen des Verschollenen trotz der Todeserklärung unverändert fortbestehen, solange der Verschollene in Wahrheit noch lebt. Auch seine Ehe bleibt gültig und erweist sich also bei seiner Rückkehr als fortbestehend, auch wenn der zurückgebliebene Ehegatte inzwischen eine andere Ehe eingegangen sein sollte. Diese ist nichtig, was freilich bestritten ist, auch

erforderlich, so ist aber natürlich die Lebensvermutung nicht genügend, SeuffA 74, 175 (Hamburg).

⁹⁾ Früher a. A. Pand § 19, 2; doch ist die 4. Auflage (Knoke) dem oben Gesagten beigetreten.

¹⁰⁾ So jetzt auch Risch, Grünhut 29 S. 345, u. a. m. (wohl schon herrschende Ansicht).

¹¹⁾ Das ergehende Urteil wirkt natürlich nur zwischen den Parteien. Ist dagegen infolge der Anfechtungsklage die Todeserklärung aufgehoben oder eine andere Todeszeit festgestellt, so wirkt das gegen alle (ZPD § 976 Abf. 3).

¹²⁾ Daraus läßt sich aber keineswegs mit Herbert Meyer der allgemeine Satz ableiten, daß überhaupt gutgläubige Dritte auf die Richtigkeit der Todeserklärung vertrauen dürften (vgl. oben § 73 II 3, ferner Pand-Knoke zu § 18, 2c).

bedauerlich erscheinen kann, aber in Konsequenz der allgemeinen Wirkung der Todeserklärung, die eben nur eine Vermutung begründet, beim Mangel eines nachweisbar anders gestalteten Gewohnheitsrechts angenommen werden muß¹²⁾.

2. Nach dem BG §§ 1348—1352 wird die Ehe zwar durch die Todeserklärung noch nicht gelöst. Gleichwohl ist die von dem zurückgebliebenen Ehegatten geschlossene neue Ehe nur dann nichtig, wenn beide Ehegatten wußten, daß der Verschollene die Todeserklärung überlebt habe. In allen anderen Fällen wird durch die Schließung der neuen Ehe die frühere Ehe gelöst¹³⁾ und bleibt auch aufgelöst, wenn die Todeserklärung durch Anfechtungsklage beseitigt wird. Jeder Ehegatte der neuen Ehe kann aber binnen sechs Monaten, nachdem er von dem Leben des für tot erklärten Ehegatten erfahren hat, die neue Ehe anfechten, es sei denn, daß er schon bei der Eheschließung davon Kenntnis gehabt hätte, § 1350. Ist die Anfechtung wirksam erfolgt, so gilt die erste Ehe als nicht gelöst.

3. Die elterliche Gewalt des Verschollenen endigt mit dem Moment, der als Todeszeitpunkt festgestellt wird. Der Verschollene kann aber die elterliche Gewalt wieder erlangen, wenn er diesen Willen dem Vormundschaftsgericht gegenüber erklärt, § 1679.

4. Die vom Verschollenen oder über ihn geführte Vormundschaft oder Pflegschaft wird (wenn sie nicht schon vorher aufgehoben ist) durch die Todeserklärung¹⁴⁾ definitiv beendet (§§ 1884 Abs. 2, 1885 Abs. 2, 1921 Abs. 3), ebenso seine Eigenschaft als Mitglied eines Familienrats (§ 1878). Nach der Rückkehr des Verschollenen können also diese Rechtsverhältnisse nicht wiederaufleben, sondern höchstens neu angeordnet werden.

5. Die Einwirkungen der Todeserklärung auf die Familiengüterverhältnisse können erst im Familienrecht dargestellt werden (§§ 1420, 1425 Abs. 1, § 1494 Abs. 2, §§ 1544, 1547 Abs. 1).

§ 81. Persönliche und zeitliche Anwendung.

I. Das Verschollenheitsrecht des BG bezieht sich in der Hauptsache auf Deutsche, mögen sie im Inlande oder im Auslande verschollen sein. Es genügt aber nach Art. 9 Abs. 1 des Einführungsgesetzes für die volle Anwendung des deutschen Verschollenheitsrechts, daß der Verschollene im Beginne der Verschollenheit Deutscher war, selbst wenn er bei längerem Leben noch vor dem Zeitpunkt, bis zu dem er als lebend gilt, die deutsche Reichsangehörigkeit verloren haben würde.

Ausländer (d. h. Personen ohne erweisbare Reichsangehörigkeit) können im Inlande nur mit beschränkter Wirkung für tot erklärt werden, nämlich mit Beschränkung auf diejenigen Rechtsverhältnisse, die sich überhaupt nach den deutschen Gesetzen bestimmen, und auf ihr im Inlande befindliches Vermögen, Art. 9 Abs. 2. Eine unbeschränkte Todeserklärung ist in bezug auf einen Ausländer nur in einem Falle möglich, nämlich wenn er seinen letzten Wohnsitz im Inlande hatte und dort seine Ehefrau lebt, welche eine Deutsche ist oder es doch bis zu ihrer Verheiratung war. Hier ist aber ein Antrag gerade dieser Ehefrau erforderlich, Art. 9 Abs. 3.

II. Von besonderer Bedeutung ist die Frage der Anwendung des neuen Rechts auf

¹²⁾ Die Kinder der nichtigen Ehe gelten aber, weil aus einer Putativehe stammend, als eheliche. Die Partikularrechte haben über die im Texte besprochene Frage sehr verschiedene Bestimmungen. Stobbe I § 38 Anm. 47, 48.

¹³⁾ Das kann bei der Todeserklärung auf Grund der BundesratsVO zu großen Härten führen, vgl. Wolff a. a. D.

¹⁴⁾ Hier ist der Moment der Todeserklärung, nicht der festgestellte Todeszeitpunkt entscheidend.

eine schon vor 1900 begonnene Verschollenheit. Die Artikel 158—162 unterscheiden in dieser Beziehung zwei Fälle.

1. War bei dem Inkrafttreten des BG eine Todeserklärung noch nicht ergangen und auch ein Antrag auf Todeserklärung noch nicht gestellt, so findet in jeder Beziehung das neue Recht Anwendung, selbst dann, wenn etwa dadurch Personen, welche nach dem alten Rechte die Todeserklärung hätten erlangen können, diese Möglichkeit entzogen wird. Das gesamte Verschollenheitsrecht regelt nämlich eine Beweisfrage, die Frage, unter welchen Umständen der Tod vermutet werden soll, und eine Beweisfrage muß sich nach dem Rechte richten, welches zur Zeit der Führung des Beweises gilt¹⁾. Auch die Lebenspräsumtion ist sofort mit dem 1. Jan. 1900 in Kraft getreten²⁾.

2. War dagegen zur Zeit des Inkrafttretens des BG eine Todeserklärung schon ergangen oder doch schon ein Antrag auf Todeserklärung gestellt, so entscheidet prinzipiell das alte Recht. Das eingeleitete Verfahren wird also nach dem alten Recht beendet, und das neu ergehende oder schon vorher ergangene Urteil hat die Wirkungen des alten Rechts³⁾.

3. Dies erleidet aber eine sehr wichtige Ausnahme: die über eine bloße Vermutung des Todes weit hinausgehenden familienrechtlichen Wirkungen der Todeserklärung werden auch bei den im allgemeinen dem alten Rechte unterstehenden Todeserklärungen vom 1. Jan. 1900 an nach neuem Recht beurteilt⁴⁾. Ist also beispielsweise jemand vor dem Jahre 1900 im Gebiete des gemeinen Rechts für tot erklärt, so kann der zurückgebliebene Ehegatte des Verschollenen nach dem 1. Jan. 1900 eine gültige Ehe eingehen, und auf diese Ehe finden alle früher erwähnten Regeln der §§ 1348—52 Anwendung. Ebenso gelten von diesem Zeitpunkt an die Bestimmungen des BG über väterliche Gewalt, Vormundschaft, Pflegschaft usw. des Verschollenen oder über den Verschollenen.

¹⁾ Es kann also auch ein Todesmoment festgestellt werden, der vor 1900 liegt, selbst wenn das damalige Recht es nicht gestattete, abm. Habicht S. 98, Riedner zu § 158, 2, Affolter S. 213ff., vgl. dagegen Pland zu § 158, 2.

²⁾ Die Wirkungen der Lebenspräsumtion in diesem Falle lassen sich am besten an einem Beispiele darlegen: Der einem gemeinrechtlichen Gebiete angehörende A. ist am 5. Jan. 1890 unter Zurücklassung seiner Ehefrau B. nach Amerika ausgewandert und seitdem verschollen. Im Jahre 1897 ist der Vater, im Jahre 1900 die Mutter gestorben, welche beide A., wenn er noch lebte, als gesetzlichen Erbe beerbt haben würde. Da die 10jährige Frist der allgemeinen Verschollenheit vom Schlusse des Jahres 1890 läuft, die Todeserklärung also am 1. Jan. 1901 zulässig ist, so wird bis zum Schlusse des Jahres 1900 der Verschollene als lebend betrachtet. Die Lebenspräsumtion tritt sofort mit dem Inkrafttreten des BG ein. Die Erbschaft der Mutter ist also bei ihrem im Jahre 1900 erfolgten Tode ihrem als lebend betrachteten Sohne angefallen. Allein was gilt bezüglich der Erbschaft des schon im Jahre 1897 verstorbenen Vaters? Das BG enthält darüber keine Bestimmung. Man könnte nun folgendermaßen schließen: die Lebenspräsumtion gilt erst vom Inkrafttreten des BG an. Für die Zeit vor 1900 ist eine solche nicht vorhanden; also ist es nach wie vor zweifelhaft, ob der A. im Jahre 1897 noch lebte; die Frau kann mithin die Behauptung, daß er seinen Vater beerbt habe, nicht begründen. Diese Deduktion ist indessen nicht zutreffend. Die Frage, ob und wann der Verschollene gestorben sei, ist eine Beweisfrage. Für eine solche aber ist die Zeit der Beweisführung entscheidend. Jetzt, wo die Frau klagt, kann sie vermöge der jetzt bestehenden Präsumtion beweisen, daß ihr Mann bis zum Schlusse des Jahres 1900, also auch 1897 gelebt hat. Das genügt. Es ist einerlei, ob sie es auch vor 1900 schon hätte beweisen können. Die Beerbung des Vaters im Jahre 1897 regelt sich natürlich im übrigen nach altem Recht (Art. 213).

³⁾ Auch ein bereits anhängiges (in Württemberg, Mecklenburg, beiden Hessen, Nassau u. Schleswig-Holstein zulässiges) Verfahren auf Verschollenheitserklärung oder Einweisung des mutmaßlichen Erben in den Besitz des Vermögens des Verschollenen wird nach altem Rechte beurteilt, und wenn die Verschollenheitserklärung oder Einweisung bereits vor 1900 erfolgt war, so ist das alte Recht auch für die Todeserklärung oder endgültige Einweisung maßgebend (Art. 161 Abs. 1 u. 2). Soweit die erwähnte Einweisung sich auf gewisse Verhältnisse nicht bezieht, für welche die Wirkungen einer nach dem BG erlassenen Todeserklärungen gelten würden, ist nach Art. 162 eine Todeserklärung mit hierauf beschränkter Wirkung zulässig.

⁴⁾ Dies gilt auch von der am Schlusse der vorigen Anmerkung erwähnten Todeserklärung (Art. 161 Abs. 3).

II. Rechtlich bedeutsame Eigenschaften und Zustände.**§ 82. Geschlecht. *)**

I. Die Verschiedenheit der Geschlechter¹⁾ ist im öffentlichen Recht von großer Bedeutung. Ist den Frauen auch, infolge der Staatsumwälzung von 1918, das aktive und passive politische Wahlrecht verliehen, so sind sie doch von manchen öffentlichen Ämtern und einigen anderen Berufen ausgeschlossen und der Wehrpflicht nicht unterworfen. Die *NRW* Art. 109 Abs. 2 bestimmt zwar: „Männer und Frauen haben grundsätzlich dieselben staatsbürgerlichen Rechte und Pflichten“, und Art. 128 Abs. 2 fügt hinzu: „Alle Ausnahmebestimmungen gegen weibliche Beamte werden beseitigt“: aber die Ausführung dieser Grundsätze durch besondere gesetzliche Bestimmung ist erst teilweise erfolgt. Die Fähigkeit zum Richteramt können sie erwerben, ebenso zu Handelsrichtern, Amtsanwälten, Gerichtsschreibern und Gerichtsvollziehern ernannt werden, *G.* v. 11. Juli 1922.

II. Im Privatrecht bestanden schon nach gemeinem Recht nur wenige Beschränkungen der Frauen²⁾. Insbesondere konnten sie sich durch Bürgschaften und andere Interzessionsgeschäfte nicht oder nur unter Kautelen und Formerschwerungen verpflichten (sog. Rechtswohltaten der Frauen), und sie waren unfähig zur Vormundschaft über andere Personen als ihre eigenen Abkömmlinge. Nach *BG* aber ist die Gleichstellung fast völlig durchgeführt.

1. Die Interzessionsbeschränkungen sind beseitigt (was übrigens landesgesetzlich fast überall schon vor 1900 geschehen war); die Frauen können Solemnitätszeugen (z. B. Testamentszeugen) sein (§ 2237); sie sind (nach einem Beschlusse der Reichstagskommission) fähig zur Vormundschaft und zur Mitgliedschaft in einem Familienrat (§§ 1781 f.; 1866), können aber die Übernahme der Vormundschaft ablehnen, § 1786 (vgl. auch § 1783).

2. Auch der elterlichen Gewalt sind sie fähig, während das gemeine Recht nur eine väterliche Gewalt kannte³⁾.

*) *Planck*, *Rechtl. Stellung der Frau*, 1899; *Strathmann*, *Unterschied in der Rechtslage von Männern u. Frauen*, 1911.

¹⁾ Besondere Vorschriften über Zwitter kennt das *BG* nicht; es muß also das überwiegende Geschlecht entscheiden. Sollte ein solches nicht zu ermitteln sein, so können die Vorschriften, die ein bestimmtes Geschlecht verlangen, nicht zur Anwendung kommen (vgl. auch *Not.* I S. 26).

²⁾ Im älteren deutschen Recht waren Frauen von der Erbfolge in Grundstücke in weiterem oder geringerem Maße ausgeschlossen, ferner lebensunfähig, im Erbrecht zurückgesetzt und auch sonst manchen Beschränkungen, namentlich einer lebenslänglichen Vormundschaft unterworfen. Durchgreifenden Wandel schuf erst die Rezeption des römischen Rechts, da dieses (nachdem die alte Geschlechtsvormundschaft, *tutela mulierum*, längst weggefallen und einige erbrechtliche Ungleichheiten teils schon früher, teils von Justinian aufgehoben waren) beide Geschlechter in privatrechtlicher Beziehung, von wenigen Unterschieden abgesehen, gleichstellte.

³⁾ Die elterliche Gewalt steht der Mutter zu, wenn der Vater gestorben oder für tot erklärt ist oder wenn er die väterliche Gewalt verwirkt hat und die Ehe aufgelöst ist (§ 1684); ferner hat sie den Vater in der Ausübung im Behinderungsfall zu vertreten (§ 1685). Doch kann ihr auf ihren Antrag, unter Umständen auch ohne einen solchen, ein Beistand bestellt werden (§§ 1686 ff.).

3. Frauen (auch Ehefrauen) sind unbeschränkt geschäfts-, insbesondere verpflichtungsfähig (§ 1399). (Über die güterrechtlichen Wirkungen der Verpflichtungen der Ehefrau ist im Familienrecht zu handeln.) Daher ist auch der Art. 7 des alten HGB, nach dem eine Frau ohne Zustimmung ihres Mannes nicht Handelsfrau sein konnte, im neuen HGB weggefallen⁴).

4. Die Ehefrau ist indes dem Willen des Ehemanns in den das gemeinschaftliche Leben betreffenden Angelegenheiten unterworfen, soweit seine Entscheidung sich nicht als Mißbrauch seines Rechts darstellt, § 1354. Sie führt des Mannes Namen (§ 1355), teilt seinen Wohnsitz (§ 10), soll nur mit seiner Zustimmung zur Vormünderin bestellt werden (§ 1783, vgl. §§ 1786, 1887), und der Mann kann von ihr übernommene Verpflichtungen zu persönlichen Dienstleistungen mit vormundschaftsgerichtlicher Zustimmung kündigen (§ 1358).

5. Endlich haben sich einige aus dem älteren deutschen Recht stammende Beschränkungen der Erbfolge in Lehengütern und Bauerngütern, in Besetzungen des hohen Adels und meist auch in Familienfideikommissen erhalten, die auch durch das BG nicht aufgehoben sind, da sie sich auf Materien beziehen, die der Landesgesetzgebung vorbehalten sind.

6. Über den früheren Eintritt der Ehemündigkeit des weiblichen Geschlechts s. unten § 83 II 3a.

2. Lebensalter.

§ 83. Altersstufen*).

Das Denk- und Willensvermögen des Menschen, sein Pflichtbewußtsein und die Erkenntnis der Verantwortlichkeit für seine Handlungen sind bei jedem einzelnen das Ergebnis einer allmählichen Entwicklung. Auch das Recht erklärt ihn nur, wenn er einen gewissen Grad der Reife erlangt hat, für fähig, durch seine Willensstätigkeit Rechtswirkungen hervorzubringen (Handlungsfähigkeit), insbesondere nach seinem Willen durch Rechtsgeschäfte die Rechtsverhältnisse zu gestalten (Geschäftsfähigkeit) oder sich durch unerlaubte Handlungen verantwortlich zu machen (Verantwortlichkeit, Zurechnungsfähigkeit). Allein die Handlungsfähigkeit, insbesondere die Geschäftsfähigkeit kann nicht unmittelbar von dem Reifegrade des Individuums abhängen, sondern muß im Interesse der Verkehrssicherheit sich an äußerlich erkennbare Tatsachen anschließen. Das BG unterscheidet daher nach dem Vorbilde des römischen und gemeinen Rechts bestimmte Altersstufen, von deren Erreichung die Geschäftsfähigkeit und (in abweichender Weise) die Verantwortlichkeit abhängen.

I. Kinder unter 7 Jahren, „Personen im Kindesalter“, infantes, sind nach beiden Rechten ganz handlungsunfähig, also geschäfts- und deliktunfähig, § 104 Nr. 1, § 828 Abs. 1.

II. In der Geschäftsfähigkeit beschränkt sind die Minderjährigen über sieben Jahren.

1. Die Volljährigkeit war nach römischem und älterem gemeinen Recht

⁴) Vom Besuch der Börse sind Frauen aber ausgeschlossen (BörsG § 7 Z. 1).

⁵) Regelsberger I § 131; Gierke I § 44; Süßheim, Gruchot 45 S. 53.

an die Vollendung des 25. Jahres geknüpft. Partikularrechtlich aber galten vielfach andere Termine, zumal das Alter von 24¹⁾ und 21 Jahren²⁾.

a) Das ältere römische Recht kannte die Altersstufe der Volljährigkeit noch nicht. Die volle Handlungsfähigkeit trat mit der Geschlechtsreife, der *pubertas*, ein, die man aber für Mädchen auf das vollendete 12., später auch für Knaben auf das vollendete 14. Lebensjahr fixierte. Das Alter von 25 Jahren erlangte zuerst durch die *lex Plaetoria* Bedeutung, welche die Übervorteilung Minderjähriger mit Strafe bedrohte. Sobann gewährte der Prätor den Minderjährigen Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die aus der Minderjährigkeit, zumal aus ihrer Geschäftsunkunde, ihrem Leichtsinne und der vormundtschaftlichen Verwaltung entstehenden Nachteile. Seit *Macc Aurel* wurden sie (jedoch ohne Zwang) angehalten, sich einen Kurator zu erbitten, waren aber, auch wenn sie einen solchen hatten, in der Handlungsfähigkeit nicht beschränkt und konnten sich namentlich gültig verpflichten³⁾. Allein *Diokletian* erklärte Verkaufsgeschäfte von Minderjährigen, die einen Kurator haben, ohne dessen Zustimmung für nichtig (*L. 3 C. de in integr. rest. 2, 21*) und hieraus schloßen manche, daß sie nach *justianischem* Recht nicht nur für veräußerungs-, sondern auch für verpflichtungsunfähig zu halten und die ihre Verpflichtungsfähigkeit aussprechenden Quellenstellen beschränkend auszulegen seien⁴⁾. Für einzelne bestimmte Geschäfte (Prozeßführung, Bestellung von *dos* oder *donatio propter nuptias*, *Arrogation*) bedurften die Minderjährigen stets der Zustimmung eines Kurators, so daß sie, wenn sie keinen ständigen Kurator hatten, sich einen besonderen für dieses Geschäft erbitten mußten⁵⁾.

b) In Deutschland sollten nach der *RPD* v. 1548 *Tit. 31 § 1* die Minderjährigen stets Vormünder haben. Der Unterschied zwischen Tutel und Kuratel wurde daher nicht mehr beachtet, und die Praxis unterstellte die geschlechtsreifen Minderjährigen, was die Fähigkeit zu Verkehrsgeschäften betrifft, denselben Regeln wie die *impubes infantia majores*. Damit hatte die *pubertas* sehr an Bedeutung verloren.

2. Nach dem Gesetz vom 17. Febr. 1875 und jetzt nach *BG § 2* tritt „die Volljährigkeit mit der Vollendung des einundzwanzigsten Jahres ein“⁶⁾. Jedoch kann für die Mitglieder der landesherrlichen und der ihnen gleichgestellten Familien durch Hausverfassung oder Landesgesetz ein anderer Termin bestimmt sein (*Art. 57*)⁷⁾. Über die Aufhebung dieser Vorschriften s. unten § 88 III.

¹⁾ So namentlich nach *Preuß. Landrecht II 18 § 696* und seit 1753 in *Österreich*.

²⁾ So in *Sachsen* und in den kleineren sächsischen Staaten, ferner in *Bayern*, *Baden*, seit 1896 (*Ges. v. 9. Dez.*) auch in ganz *Preußen*, dessen Beispiel *Braunschweig*, *Schaumburg-Lippe*, *Württemberg*, *Oldenburg*, *Hamburg* und *Bremen* folgten.

³⁾ *L. 101 D. de V. O. 45, 1*: „*Puberes sine curatoribus suis possunt ex stipulatu obligari*“; vgl. auch *L. 43 D. de O. et A. 44, 7*; *L. 141 § 2 D. de V. O. 45, 1*.

⁴⁾ So insbesondere *Fhering*, *Dogm. 12 S. 347 ff.*, der die *L. 101 D. de V. O. 45, 1* (oben *Anm. 3*) auf dem Minderjährigen vorteilhafte *Novationsstipulationen* beschränken zu dürfen glaubt, da *Ulpian* nur die „Möglichkeit“ (*possunt*) einer den Minderjährigen verpflichtenden *Stipulation* betone. *Fherings* Hauptgrund, daß es widersinnig sei, nur die *Veräußerungsfähigkeit*, nicht die weit gefährlichere *Verpflichtungsfähigkeit* auszuschließen, ist keineswegs durchschlagend; denn gegen die Folgen seiner *Verpflichtungsgeschäfte* ist der Minderjährige durch die *Wiedereinsetzung* in den vorigen Stand genügend geschützt; gegen *Veräußerungsgeschäfte* aber versagt diese sehr häufig, da sie sich in der Regel nur gegen den ursprünglichen *Gegner* richtet, also wertlos ist, wenn von diesem nichts zu erlangen ist.

⁵⁾ *L. 2 C. qui leg. pers. 3, 6*; *L. 28 C. de jure dot. 5, 12*; *L. 8 D. de adopt. 1, 7*.

⁶⁾ Da bei der *Berechnung* des *Lebensalters* der *Tag* der *Geburt* als *erster Tag* zählt (§ 187 *Abs. 2*), so tritt die *Volljährigkeit* mit dem *Ende* des dem *Geburtstage* vorhergehenden *Tages* ein (§ 188 *Abs. 2*). — *Internationales Privatrecht* und *Übergangsvorschriften* unten §§ 94, 95.

⁷⁾ Nach der *preussischen*, *bayerischen*, *sächsischen*, *württembergischen* *Verfassung*, der *Braunschweigischen* *Landchaftsordnung* und dem *oldenburgischen* und dem *Schwarzburg-*

Wie nach gemeinem Recht bedürfen Minderjährige (die das siebente Lebensjahr überschritten haben) zu allen Geschäften, durch die sie nicht lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangen, der Zustimmung ihres gesetzlichen Vertreters, § 107.

3. Die Fähigkeit zur Testamenterrichtung, sowie zur Eheschließung begann nach römischem Recht gleichfalls mit der *pubertas*. Nach neuerem Recht ist das geändert.

a) Die Ehemündigkeit begann nach dem *PreStG* § 28 beim Manne mit dem vollendeten 20., beim weiblichen Geschlecht mit dem vollendeten 16. Jahre; Dispensation war zulässig. Nach dem *BG* § 1303 beginnt sie beim Manne mit der Volljährigkeit, bei der Frau wie bisher mit dem vollendeten 16. Jahre. Dispensation⁸⁾ ist nur für Frauen zugelassen, da sie bei Männern wegen der Möglichkeit der Volljährigkeitserklärung (die freilich nicht vor vollendetem 18. Jahre zulässig ist) entbehrlich erscheint. Es wird dadurch vermieden, daß Ehemänner unter Altersvormundschaft oder elterlicher Gewalt stehen.

b) Die Fähigkeit zur Testamenterrichtung beginnt mit dem vollendeten 16. Jahre, § 2229 Abs. 2. Doch können Minderjährige kein eigenhändiges Testament und ein öffentliches nur durch mündliche Erklärung, nicht durch Übergabe eines Schriftsatzes errichten, §§ 2247, 2238 Abs. 2.

4. Bezüglich der Deliktsfähigkeit der Minderjährigen hat schon das römische Recht keine ganz bestimmte Grenze aufgestellt: Es erklärt die *puberes* und diejenigen *impuberes*, die ihnen an geistiger Reife nachstehen, die sog. *pubertati proximi*, für ihre unerlaubten Handlungen verantwortlich⁹⁾. Das *BG* hat die Grenzen des richterlichen Ermessens noch erweitert. Unbedingt deliktsunfähig sind nur die Kinder unter 7 Jahren; von da an bis zum vollendeten 18. Jahre ist entscheidend, ob die zur Erkenntnis der Verantwortlichkeit erforderliche Einsicht vorhanden war (§ 828)¹⁰⁾.

III. Außer dem Kindesalter und der Volljährigkeit kennt das *BG* noch einige Altersstufen von geringerer Bedeutung:

Bis zum vollendeten 6. Jahre des Sohnes freyt die Sorge für die Person des Sohnes der Mutter zu, wenn beide Ehegatten an der Ehescheidung für schuldig erklärt sind (§ 1635).

Sondershausenener Staatsgrundgesetz tritt die Volljährigkeit des Landesfürsten mit der Vollendung des 18. Jahres ein, nach dem medlenburgischen Hausgesetz mit Vollendung des 19. Jahres. Sonst bleibt es beim 21. Jahre.

⁸⁾ In Preußen durch den Justizminister (pr. *AusfWD* v. 16. Nov. 1899 Art. 10).

⁹⁾ Der Richter hatte also zu entscheiden, ob sie *doli* oder *culpa* capaces waren, d. h. ob sie die Verantwortlichkeit zu erkennen reif genug waren. § 18 J. de obl. ex delicto 4, 1; L. 111 pr. D. de R. J. 50, 17; L. 5 § 2 D. ad l. Aqu. 9, 2. Auch auf die Natur des Delikts war dabei Rücksicht zu nehmen. L. 22 pr. D. ad l. Corn. de falsis 48, 10.

¹⁰⁾ Nach dem *StrGB* §§ 55—57 fällt die strafrechtliche Verfolgung weg bei Kindern unter 12 Jahren. Von da bis zum vollendeten 18. Jahre entscheidet das Gericht, ob die zur Erkenntnis der Strafbarkeit erforderliche Einsicht vorhanden war. Das *BG* hat sich dem nur, was die obere, nicht was die untere Grenze betrifft, angeschlossen.

Vom vollendeten 14. Jahre an ist zu einer Ehelichkeitserklärung oder Annahme an Kindesstatt die eigene Einwilligung des Kindes erforderlich (§ 1726 Abs. 1, § 1728 Abs. 2, § 1750 Abs. 1), während vorher Einwilligung bzw. Vertragsschließung durch den gesetzlichen Vertreter mit Zustimmung des Vormundschaftsgerichts genügt. Vom gleichen Alter ab soll der Mündel über seine vom Vormund beantragte Entlassung aus dem Staatsverbande gehört werden (§ 1827 Abs. 1)¹¹⁾.

Bis zum vollendeten 16. Jahre des unehelichen Kindes ist der Vater alimentationspflichtig (§ 1708). Mit dem gleichen Alter beginnt die Eidesmündigkeit (BPD §§ 393, 473 Abs. 2; StrPD § 56).

Vom vollendeten 18. Jahre an ist Volljährigkeitserklärung zulässig, soll ferner der Mündel, wenn tunlich, gehört werden, bevor das Vormundschaftsgericht zu Geschäften des Vormundes die Genehmigung erteilt (§ 1827 Abs. 2).

Bis zum vollendeten 21. Lebensjahre bedarf der Abkömmling (auch wenn er vorher für volljährig erklärt ist) der Einwilligung des Vaters (eventuell der Mutter) zur Eheschließung (§ 1305), ebenso der Einwilligung der Mutter zur Ehelichkeitserklärung (§ 1726) und der Einwilligung der Eltern zur Annahme an Kindesstatt (§ 1747).

Das fünfzigste Lebensjahr muß vollendet haben, wer an Kindesstatt annehmen will (§ 1744). Doch kann Volljährigen Befreiung bewilligt werden (§ 1745).

Sechzigjährige können Vormundschaften ablehnen (§ 1786 Nr. 2) und Entlassung aus einer bestehenden Vormundschaft verlangen (§ 1889).

Ferner kommt bei Todeserklärungen die Vollendung des 31. und des 70. Lebensjahres in Betracht (§ 14).

§ 84. Volljährigkeitserklärung.

I. Gemeinrechtlich konnten Minderjährige nach vollendetem 20. (Männer) bzw. 18. Jahre (Frauen) für volljährig erklärt werden, nach früherem Recht durch den Landesherrn, in neuerer Zeit vielfach, namentlich in Preußen, durch das Vormundschaftsgericht (venia aetatis, Jahrgabung). Sie standen dann den Volljährigen gleich, jedoch mit der Ausnahme, daß sie Grundstücke nur mit gerichtlicher (vormundschaftsgerichtlicher) Genehmigung veräußern konnten (L. 2 u. 3 C. de his qui veniam 2, 45).

II. Das BG hat das Institut der Volljährigkeitserklärung aufgenommen, schärfer präzisiert und in einigen Beziehungen abweichend gestaltet (§§ 3—5).

1. Erforderlich ist zur Volljährigkeitserklärung:

a) Die Vollendung des 18. Lebensjahres.

b) Die Einwilligung des Minderjährigen und zwar seiner selbst; die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters genügt nicht.

c) Die Einwilligung des Gewalthabers (also des Vaters; im Fall seines Todes, seiner Todeserklärung oder der Verwirkung der Gewalt die Einwilligung der Mutter). Dies Erfordernis fällt aber weg, wenn dem Gewalthaber weder die Sorge für die Person noch die für das Vermögen des Kindes zusteht. Abt wegen Ruhens der Gewalt des Vaters oder wegen

¹¹⁾ Auch die Selbstbestimmung des religiösen Bekenntnisses beginnt vielfach mit dem vollendeten 14. Jahre, so z. B. nach preuß. Landrecht, in Osterreich, dem ehemaligen Kurhessen, Weimar; vgl. A. B. Schmidt, Der Austritt aus der Kirche S. 83ff., 271ff.

dessen tatsächlicher Verhinderung die Mutter die Gewalt aus, so ist deren Zustimmung für erforderlich und ausreichend zu halten¹⁾. Minderjährige Wittwen²⁾ bedürfen der Zustimmung des Gewalthabers zur Volljährigkeitserklärung nicht, obgleich die elterliche Gewalt durch die Heirat nicht gelöst, sondern nur beschränkt ist.

2. Die Volljährigkeitserklärung erfolgt durch Verfügung des Amtsgerichts³⁾. Sie soll nur erfolgen, wenn sie das Beste⁴⁾ des Minderjährigen fördert, § 5, und nur auf Antrag des Minderjährigen oder desjenigen gesetzlichen Vertreters, dem die Sorge für die Person zusteht, FrGG § 56⁵⁾. — Sie tritt erst mit der Rechtskraft der Verfügung in Wirksamkeit⁶⁾.

Liegen alle Erfordernisse vor, so ist das Amtsgericht zur Volljährigkeitserklärung nicht nur ermächtigt, sondern auch verpflichtet⁷⁾. Fehlt es an einem der unter 1 angeführten Erfordernisse, ist aber die Volljährigkeitserklärung gleichwohl erfolgt und rechtskräftig geworden, so ist sie wie andere gerichtliche Verfügungen (z. B. Entmündigungen und Vormundschaftsbestellungen) dennoch für gültig zu halten, da anzunehmen ist, daß den die Volljährigkeitserklärung erlassenden Behörden die endgültige Entscheidung über das Vorliegen der Voraussetzungen übertragen werden sollte⁸⁾.

3. Die Volljährigkeitserklärung gibt in jeder Beziehung die rechtliche

¹⁾ Ruht die Gewalt des Vaters (wegen Mangel oder Beschränkung der Geschäftsfähigkeit, wegen Anordnung einer Pflegschaft für seine Person und sein Vermögen oder wegen vormundschaftsgerichtlich festgestellter längerer Verhinderung), so ist er nach § 1678 zur Sorge für Person und Vermögen des Kindes „nicht“ (oder doch nicht in entscheidender Weise) „berechtigt“, dagegen die Mutter nicht nur Gewalthaberin, sondern auch zur Sorge für Person und Vermögen des Kindes berechtigt (§ 1685). Die gleiche Stellung nimmt sie aber auch bei einer nur tatsächlichen Verhinderung des Vaters ein (§ 1685). Auch in diesem Falle muß man also ihre Einwilligung für erforderlich halten. Die abweichende Fassung des § 4, nach welcher im letzteren Falle die Einwilligung des Vaters erforderlich wäre, erklärt sich daraus, daß dieser Fall der Ausübung der Gewalt der Mutter erst auf einem Beschlusse der R. beruht, bei dessen Fassung die Rückwirkung auf § 4 übersehen wurde. So auch die vorherrschende Meinung (vgl. namentlich Pland zu § 4, 3), a. U. Hölder.

²⁾ Dies wird analog auf minderjährige geschiedene Frauen auszudehnen sein, so auch Hölder, RGKomm. u. Warnyer zu § 4, Dernburg I § 61; a. U. Pland, Dertmann zu § 4.

³⁾ FrGG § 35, jedoch können die Landesgesetze andere Behörden bestimmen (Art. 147), was mehrfach geschehen ist. Werden die Zentralbehörden bestimmt, wie z. B. in Bayern und Sachsen das Justizministerium, so ist § 196 FrGG. zu beachten.

⁴⁾ Dabei kommen auch ethische Momente in Betracht, z. B. die Pflicht des Minderjährigen, einem von ihm geschwängerten Mädchen baldmöglichst durch Heirat die Ehre wiederzugeben, DVG 8 S. 163; 9 S. 441.

⁵⁾ Steht der für volljährig zu Erklärende unter Vormundschaft, so sind Verwandte und Verschwägerter des Mündels zu hören.

⁶⁾ FrGG § 56 Abs. 2 (bei landesrechtlich zulässiger Erteilung durch die Zentralbehörden sofort mit der Mitteilung, § 196). Gegen die Volljährigkeitserklärung findet sofortige (d. h. binnen 14 Tagen einzulegende) Beschwerde an das Landgericht statt (FrGG § 60, 3, 6, §§ 19, 20, 22). Die Beschwerde steht auf Grund des § 20 FrGG auch dem Jugendamt zu, HansGerZ 24 Bbl. 187 (Hamburg).

⁷⁾ Zwar sagt das Gesetz nur „kann . . . für volljährig erklärt werden“, allein wozu eine Behörde ermächtigt ist, dazu ist sie, wenn nach ihrem Ermessen alle Voraussetzungen vorliegen, in der Regel auch durch Amtspflicht verbunden. Gegen die Verfügung hat der Minderjährige das Recht der Beschwerde, FrGG § 20.

⁸⁾ Abw. Hölder zu § 4, RGKomm. zu § 3; Josef, Komm. z. FrGG zu § 32 IV; wie oben Pland, Dertmann, Staubinger, v. Luhr u. a.

Stellung eines Volljährigen. Die gemeinrechtliche Beschränkung bezüglich der Veräußerung von Grundstücken ist weggefallen.

Die Einwilligung des Vaters (eventuell der Mutter) zur Eheschließung, die Einwilligung der Mutter zur Ehelichkeitserklärung und die Einwilligung der Eltern zur Annahme an Kindesstatt sind aber bis zum 21. Jahre erforderlich (§§ 1305, 1726, 1747), werden also durch die Volljährigkeitserklärung nicht berührt.

4. Ist durch Rechtsgeschäft, zumal Testament, eine Rechtswirkung an den Eintritt der Volljährigkeit geknüpft, so ist es natürlich Auslegungsfrage, ob die Volljährigkeitserklärung in hierfür Betracht kommt.

Entscheidend ist, ob bei einer solchen Verfügung mehr die Rechtsstellung des Volljährigen oder das Alter von 21 Jahren entscheidend war. Hat beispielsweise der Testator bestimmt, daß die hinterlassenen Staatspapiere bis zur Volljährigkeit des Sohnes bei der Reichsbank deponiert sein sollen, so kann der Sohn nach der Volljährigkeitserklärung sie zurückerheben. Hat der Vater jedem Kinde bis zur Volljährigkeit eine Rente ausgesetzt, so ist diese Rente trotz der Volljährigkeitserklärung bis zum vollendeten 21. Jahre zu zahlen.

3. Geisteskrankheit und Entmündigung. *)

§ 85. Gebrechen und Geisteskrankheit im allgemeinen.

I. An körperlichen Gebrechen leidende Personen sind dieserhalb weder in ihrer Rechts- noch in ihrer Handlungsfähigkeit beschränkt. Zwar kann ihnen für alle oder für einzelne ihrer Angelegenheiten ein Pfleger bestellt werden, aber nur mit ihrer Einwilligung und ohne daß dadurch ihre Handlungsfähigkeit geschwächt würde (§ 1910). Tatsächlich allerdings können gewisse Gebrechen, insbesondere Stummheit, Taubheit und Blindheit den Abschluß gewisser Geschäfte verhindern oder beeinträchtigen. Eine Anzahl von Sonderbestimmungen (namentlich über die Errichtung lektwilliger Verfügungen) bezweckt, diese Nachteile tunlichst zu verhindern oder auszugleichen¹⁾.

II. Dagegen sind die Zustände geistiger Krankheit oder Gestörttheit von großer rechtlicher Bedeutung.

1. Wer sich „in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustande krankhafter Störung der Geistestätigkeit“ befindet, ist, „sofern nicht der Zustand seiner Natur nach ein vorübergehender ist“, vollkommen geschäftsunfähig, § 104 Z. 2²⁾.

a) Die „krankhafte Störung der Geistestätigkeit“ braucht nicht notwendig auf Erkrankung zu beruhen, sondern kann auch angeboren sein.

*) Savigny III § 112; Regelsberger, I § 64; Krafft-Ebing, Die zweifelhaften Geisteszustände, 1899; Levis, Entmündigung Geisteskranker, 1901; Samter, Grundr. 45 S. 1ff.; Wademeyer u. Fahrmarler, Zur Praxis der Entmündigung, 1908; Schulze in Hoche, Handb. d. gerichtl. Psychiatrie, S. 218ff.; Unger, Recht 1910, S. 65ff.; W. Rümelin, Die Geisteskranken im Rechtsverkehrsverkehr, 1912.

¹⁾ Vgl. besonders §§ 2243, 2247, 2276; FrGG § 169; vgl. ferner BPD § 1032, BG § 1786 Z. 4.

²⁾ Entscheidung durch den Richter, der an ärztliche Gutachten nicht gebunden ist, RG. Warn. 1918 Nr. 156.

b) Unter dem wenig glücklichen Ausdruck „freie Willensbestimmung“ muß die zu normaler Willensbildung erforderliche geistige Gesamtleistung verstanden werden. Es macht keinen Unterschied, ob deren Ausschluß gerade auf anormaler Umsetzung der Vorstellungen in Handlungen oder ob er auf krankhafter Vorstellungsbildung oder Sinneswahrnehmung, auf dem Unvermögen, das Für und Wider abzuwägen, oder der Störung noch anderer geistiger Funktionen beruht.

c) „Vorübergehender Natur“ sind nicht etwa alle heilbaren Geisteskrankheiten, sondern nur Zustände von erfahrungsmäßig kurzer Dauer, wie Fieber, Hypnose, sinnlose Trunkenheit, periodisches Irresein.

d) Ist der Zustand zwar an sich dauernder Natur, schließt er aber zu gewissen Zeiten (in den sog. *lucida intervalla*) die freie Willensbestimmung nicht aus, so muß man den Geisteskranken in diesen Zeiten für handlungsfähig erklären³⁾, was auch dem gemeinen Rechte entspricht⁴⁾.

2. Bewußtlosigkeit oder nur vorübergehende Störung der Geistestätigkeit machen nicht geschäftsunfähig; aber die in einem solchen Zustande abgegebenen Willenserklärungen sind nichtig (§ 105 Abs. 2).

Das Vorkommen partieller Geistesstörungen, d. h. solcher, welche sich nur auf bestimmte mit einer krankhaften Vorstellung oder Reigung, der sog. „fixen Idee“, zusammenhängende Angelegenheiten beziehen, wird von der psychiatrischen Wissenschaft wegen des Zusammenhangs aller geistigen Funktionen verneint. Damit steht aber nicht in Widerspruch, daß eine fixe Idee zu verschiedenen Zeiten und auf verschiedene Angelegenheiten mit verschiedener Stärke wirken, also in einem bestimmten Falle die freie Willensbestimmung ausschließen kann, während sie im allgemeinen nicht von solcher Stärke und Bedeutung ist. Ein solcher Geisteskranker ist keineswegs handlungsunfähig, weil seine freie Willensbestimmung im allgemeinen nicht ausgeschlossen ist; aber ein einzelnes, von ihm geschlossenes Geschäft kann nach § 105 Abs. 2 nichtig sein, weil in diesem Falle die fixe Idee sich von solcher Stärke erwies, daß sie die freie Willensbestimmung ausschloß⁵⁾.

3. Wer infolge von Geisteskrankheit oder von Geisteschwäche seine Angelegenheiten nicht zu besorgen vermag, kann entmündigt werden (darüber unten § 86).

4. Wer wegen geistiger Gebrechen einzelne oder einen bestimmten Kreis seiner Angelegenheiten, insbesondere seine Vermögensangelegenheiten nicht zu besorgen vermag, kann mit seiner Einwilligung für diese Angelegenheiten einen Pfleger erhalten (1910), wodurch indes seine Handlungsfähigkeit in

³⁾ Herrschende Meinung.

⁴⁾ L. 9 C. qui facere testamentum possunt 6, 22.

⁵⁾ Vgl. RG in SeuffA 51 Nr. 89; 55 Nr. 129 u. DRG 40 S. 259 (Breslau), ferner Dernburg I § 63 II; abweichend Pland (zu § 104), weil der § 105 Abs. 2 nur von vorübergehenden Zuständen spreche. Allein der § 105 Abs. 2 hat nicht jede, auch die unbedeutendste, sondern nur eine, die freie Willensbestimmung zeitweilig ausschließende Störung der Geistestätigkeit im Auge (so jetzt auch RG 74 S. 111 ff. und 103 S. 400), und eine geistige Störung von dieser Bedeutung ist auch in dem besprochenen Falle nur zeitweilig vorhanden. Selbst hiervon abgesehen, würde übrigens analoge Anwendung zulässig sein. Entscheidend für das im Text Gesagte ist das praktische Bedürfnis. Man kann eine trotz einer fixen Idee ihre gesamten Angelegenheiten in betriebliger Weise besorgende Person weder für handlungsunfähig und damit alle von ihr geschlossenen Geschäfte für nichtig erklären, noch darf man ein einzelnes, lediglich auf der fixen Idee beruhendes, vielleicht geradezu unsinniges Geschäft für gültig halten. (In 4. Aufl. ist Pland-Plan den hier gegebenen Ausführungen beigetreten.) Daher ist auch eine Entmündigung wegen Duerantenwahnjinnis nur auszusprechen, wenn die Krankheit diesen Ideenzirkel überschreitet (DRG 2 S. 447, vgl. SeuffA 7 Nr. 333; 21 Nr. 133) und die allgemeine Besorgung der Angelegenheit beeinflusst, RG Warn 1910 S. 321.

keiner Weise beschränkt wird. Das geistige Gebrechen unterscheidet sich von Geisteskrankheit und Geisteschwäche dadurch, daß es nicht zur Besorgung aller, sondern nur bestimmter oder bestimmter Arten von Angelegenheiten unfähig macht.

§ 86. Entmündigung.

I. Wer infolge von Geisteskrankheit oder von Geisteschwäche seine Angelegenheiten nicht zu besorgen vermag, kann¹⁾ entmündigt, d. h. für geschäftsunfähig erklärt oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkt werden, § 6 Z. 1. Der wegen Geisteskrankheit Entmündigte ist geschäftsunfähig²⁾; der wegen Geisteschwäche Entmündigte ist beschränkt geschäftsfähig, er kann wie ein Minderjähriger ohne Zustimmung des Vormundes nur diejenigen Geschäfte gültig abschließen, die ihm lediglich einen Vorteil gewähren (näheres unten). Dem gemeinen Recht war die Entmündigung wegen Geisteschwäche noch unbekannt.

1. Unter Geisteskrankheit und Geisteschwäche sind nicht spezifisch verschiedene Arten oder Formen der Geisteskrankheit zu verstehen³⁾, vielmehr ist entscheidend der Grad der Erkrankung und der zurückgebliebene kleinere oder größere Rest von geistiger Gesamtleistung⁴⁾. Der Richter wird sich zu fragen haben, ob diese Gesamtleistung derjenigen eines Kindes unter sieben oder über sieben Jahren gleichsteht⁵⁾. Im Zweifel wird er sich eher für die Entmündigung wegen Geisteschwäche zu entscheiden haben, da diese dem Entmündigten genügenden Schutz gewährt⁶⁾.

*) Hübner, Entmündigung, 1921.

¹⁾ Über das „kann“ (§ 6) vgl. oben § 84 Anm. 7.

²⁾ Unverantwortlich ist er nur dann, wenn er wirklich geisteskrank ist, was auch bei eingetretener Entmündigung des Beweises bedarf, RG 108 S. 90.

³⁾ So die herrschende Meinung und Prot. 6 S. 112 sowie RG 50 S. 203 ff.; RG SeuffBl 70 S. 520 ff., RG Warn 1913 S. 98, 1917 Nr. 232 und in mehrfachen anderen Entscheidungen. Andere (besonders Dertmann zu § 6, 2 b, vgl. dagegen Wademeyer a. a. D. S. 34 ff.) wollen zwischen eigentlicher Geisteskrankheit und geistiger Zurückgebliebenheit oder Schwachsinnigkeit (s. B. bei kindlich gewordenen Greisen) unterscheiden. Allein die Grenze wird in vielen Fällen praktisch kaum zu ziehen sein, und die letztere Ansicht ist weniger befriedigend, weil sie in vielen Fällen zur Entmündigung wegen Geisteskrankheit zwingen würde, wo man mit dem milderen Mittel sehr wohl auskommt. Endlich würde nach dieser Ansicht, wenigstens wenn sie konsequent festgehalten wird, überhaupt nicht (auch nicht wegen Geisteschwäche) entmündigt werden können, wenn Geisteskrankheit vorliegt, aber nur Entmündigung wegen Geisteschwäche beantragt ist.

⁴⁾ Daß der Zustand ein dauernder sei (vgl. § 104 B. 2 und § 105 Abs. 2), ist hier nicht erforderlich (bestritten); doch wird bei vorübergehenden Zuständen dieser Art selten ein Antrag zur Entmündigung vorliegen.

⁵⁾ Es kann wegen Geisteschwäche entmündigt werden, auch wenn Entmündigung wegen Geisteskrankheit beantragt ist, RG 50 S. 203 ff., DLGE 4 S. 5; aber nicht umgekehrt, Gaupp-Stein zu § 645 BFD.

⁶⁾ Auch in Fällen, wo Entmündigung wegen Geisteschwäche angezeigt wäre, kann übrigens eine die freie Willensbestimmung ausschließende krankhafte Störung der Geistestätigkeit vorliegen, welche nach § 104 Nr. 2 die Geschäftsfähigkeit ausschließt, vgl. s. B. RG Warn 1908 S. 257.

2. Erforderlich ist Unfähigkeit zur Besorgung „seiner Angelegenheiten“. Unfähigkeit zur Besorgung einzelner Angelegenheiten genügt nicht und Fähigkeit zur Besorgung nur einzelner schließt die Entmündigung nicht aus⁷⁾. Unter Angelegenheiten sind nicht nur Rechtshandlungen, sondern Obliegenheiten aller Art, insbesondere auch die Fürsorge für die eigene Person und die Wahrnehmung öffentlicher Pflichten zu verstehen.

3. Das Entmündigungsverfahren ist durch §§ 645—674 ZPO. bestimmt.

Die Entmündigung erfolgt durch Beschluß des Amtsgerichts, aber nur auf Antrag Antragsberechtigter sind der Ehegatte, die Verwandten, der gesetzliche Vertreter, dem die Fürsorge für die Person zusteht, und der Staatsanwalt, jedoch die Verwandten nicht gegen eine Person, die unter elterlicher Gewalt oder Vormundschaft steht, und gegen eine Ehefrau nur unter gewissen Voraussetzungen. Das Gericht hat die zur Feststellung des Geisteszustandes erforderlichen Ermittlungen von Amts wegen zu veranstalten und die erheblich erscheinenden Beweise aufzunehmen. Der zu Entmündigende ist persönlich zu vernehmen, und ihm sowie auch dem die Entmündigung nicht beantragenden gesetzlichen Vertreter ist Gelegenheit zur Bezeichnung von Beweismitteln zu geben. Über den Geisteszustand ist mindestens ein Sachverständiger zu hören. Mit Zustimmung des Antragstellers kann das Gericht anordnen, daß der zu Entmündigende auf höchstens 6 Wochen in eine Heilanstalt gebracht werde, wenn dies nach ärztlichem Gutachten zur Feststellung des Geisteszustandes geboten erscheint.

Der die Entmündigung aussprechende Beschluß kann durch Klage beim Landgericht binnen Monatsfrist angefochten werden. Zur Erhebung der Klage befugt sind dieselben Personen, von welchen der Entmündigungsantrag ausgehen kann, und ferner der Entmündigte selbst⁸⁾.

II. Nach gemeinem Recht findet ferner eine Entmündigung wegen Verschwendung, nach dem BG auch wegen Trunksucht statt. Die Wirkung ist in beiden Fällen die gleiche wie bei der Entmündigung wegen Geisteschwäche, § 114.

1. Wer durch Verschwendung, d. h. durch den Hang zu nutzlosen oder den Vermögensverhältnissen nicht entsprechenden Ausgaben⁹⁾, sich oder seine Familie der Gefahr des Notstandes aussetzt, kann entmündigt werden, § 6 Z. 2. Liegt diese Gefahr vor (eingetreten braucht der Notstand noch nicht zu sein), so ist die Art der Verschwendung gleichgültig. Sie kann nicht nur im Geldausgeben und Schuldenmachen, sondern auch in nachlässiger Wirtschaftsführung bestehen, wenn diese eine den Vermögensverhältnissen nicht entsprechende Vergeudung zur Folge hat.

2. Die Entmündigung wegen Trunksucht, § 6 Z. 3, setzt voraus:

⁷⁾ Vgl. einerseits RGE 50 S. 204; 65 S. 201; RG Gruchot 45 S. 1041, 49 S. 611 ff.; RG Warn 1918 Nr. 180 (diese Entscheidungen gehen zu weit, indem sie Unfähigkeit zur Gesamtheit der Angelegenheiten fordern); andererseits RG JurW 05 S. 133 Nr. 4; RG Warn 08 S. 1, 74, 194; RG BayJ 1919 S. 313. Über die Entmündigung wegen Querulantenwahnsinn oben § 85 Anm. 5.

⁸⁾ Für das Verfahren gilt dieser als vollkommen prozeßfähig, RGE 68 S. 404.

⁹⁾ Vgl. RG SenffN 60 S. 257, RG Gruchot 45 S. 998, RG Warn 1913, Nr. 391; selbst übertriebene und verkehrte Wohlthätigkeit, RG Recht 1908 Nr. 1319.

a) Trunksucht, d. h. eine wenigstens zeitweise unwiderstehliche, also krankhafte „Sucht“ zum Trinken¹⁰⁾;

b) daß der Trunksüchtige entweder seine Angelegenheiten nicht zu besorgen vermag (oben I 2) oder sich oder seine Familie der Gefahr des Notstandes aussetzt oder die Sicherheit anderer gefährdet, sei es durch die Art seiner Geschäftsführung (z. B. eines Steinbruchbetriebes), sei es durch die infolge der Trunksucht eingetretene Verrohung und Gewalttätigkeit.

3. Auch die Entmündigung wegen Verschwendung oder Trunksucht erfolgt durch Beschluß des Amtsgerichts. Über Antrag, Verfahren und Anfechtungsklage gilt im ganzen dasselbe wie bei der Entmündigung wegen Geisteskrankheit und Geisteschwäche, jedoch mit einigen Abweichungen (ZPD §§ 680—687). Namentlich findet eine Mitwirkung der Staatsanwaltschaft nicht statt (ZPD § 680); es kann aber durch landesgesetzliche Vorschrift der Gemeinde, einem gleichgestellten Verbands- oder Armenverbande das Recht, eine solche Entmündigung zu beantragen, verliehen werden (ZPD § 680 Abs. 5).¹¹⁾ Die Anfechtung des Entmündigungsbeschlusses durch Klage beim Landgericht ist nur dem Entmündigten selbst gestattet (ZPD § 684).

III. Nicht nur Volljährige, sondern auch Minderjährige können entmündigt werden; und die Entmündigung Minderjähriger wird sich nicht selten bei heranannahender Volljährigkeit empfehlen, um eine Unterbrechung in der Fürsorge zu vermeiden.

IV. Die Entmündigung bewirkt,

1. wenn sie wegen Geisteskrankheit erfolgt, den Eintritt völliger Geschäftsunfähigkeit, die auch in den sog. *dilucida intervalla* keine Unterbrechung erleidet¹²⁾;

2. in den drei anderen Entmündigungsfällen eine Beschränkung der Geschäftsfähigkeit, die im allgemeinen der Beschränkung der Minderjährigen über 7 Jahren gleichsteht, § 114¹³⁾. Jedoch sind diese Entmündigten unfähig, zum Vormund, Pfleger oder Mitglied eines Familienrates bestellt

¹⁰⁾ Vgl. z. B. RG Barn 1913 S. 1. Die Ausdehnung auf Opium- und Morphiumgenuß (so Dernburg III 1 und Kohler S. 315) erscheint unzulässig; denn die Gründe der Ausnahmenvorschrift des § 6 Nr. 3 (weite Verbreitung der Trunksucht und schwere Benachteiligung der Angelegenheiten des Trunksüchtigen, Gefahr des Notstandes für ihn und seine Familie und Gefährdung anderer) liegen hier nicht in gleichem Maße vor.

¹¹⁾ Dies ist überall geschehen, z. B. in Preußen, Bayern, Sachsen, Württemberg, Baden usw. (vgl. die AG und AB zum BG und zur ZPD).

¹²⁾ Nach gem. Recht begründete die Entmündigung nur eine (durch Gegenbeweis zu entkräftende) Vermutung der Geschäftsunfähigkeit. Der Entmündigte war daher auch in den (beweisbaren) *dilucida intervalla* geschäftsfähig; ebenso wenn er, ohne geisteskrank zu sein, entmündigt oder wenn er wieder gesund geworden war.

¹³⁾ In der Hauptsache galt das gleiche für die entmündigten Verschwender schon nach gemeinem Recht. Zwar werden diese gelegentlich mit den Geisteskranken verglichen, I. 1 D. de cur. fur. 27, 10; I. 40 D. de reg. iur. 50, 17: *Furiosi vel eius, cui bonis interdictum est, nulla voluntas est*. In Wahrheit aber waren sie nicht geschäftsunfähig, sondern standen den *impuberes infantia maiores* gleich, I. 6 D. d. V. O. 45, 1; I. 10 pr. D. de cur. fur. 27, 10; I. 9 § 7 D. de reb. cred. 12, 1. Merkwürdigerweise konnten sie novieren, wenn es ihnen vorteilhaft war, I. 3 D. de novat. 46, 2, und (wohl unter der gleichen Voraussetzung) eine Erbschaft antreten, I. 5 § 1 D. de acquir. vel. om. her. 29, 2.

zu werden, §§ 1780 u. 1865, während der Minderjährige nur durch Collvorschriften ausgeschlossen ist (§§ 1781, 1866); ferner unfähig zur Testamentserrichtung, § 2229, nicht aber zum Widerruf eines vorher errichteten Testaments, §§ 2253¹⁴⁾. Für die Delikttsfähigkeit hat natürlich die Entmündigung als solche keine Bedeutung.

3. Wird der Entmündigungsbeschluß infolge der Anfechtungsklage aufgehoben, so ist er an sich als von vornherein (ex tunc) untwirksam zu betrachten. Er steht also der Gültigkeit der inzwischen von dem Entmündigten abgeschlossenen Geschäfte nicht entgegen. Die von dem gesetzlichen Vertreter für den Entmündigten vorgenommenen Geschäfte bleiben aber aus Gründen der Verkehrssicherheit gleichwohl gültig, § 115 Abs. 1.

V. Die Wirksamkeit des Entmündigungsbeschlusses beginnt: bei der Entmündigung wegen Geisteskrankheit mit der Zustellung an den gesetzlichen Vertreter des Entmündigten; ist kein solcher vorhanden, mit der Bestellung des Vormundes, ZPO § 661 Abs. 1; in den drei anderen Entmündigungsfällen mit der Zustellung an den Entmündigten ZPO, §§ 661 Abs. 2, 683 Abs. 2. Jedoch tritt die Unfähigkeit zur Testamentserrichtung schon mit dem Antrag auf Entmündigung ein, vorausgesetzt, daß infolge dieses Antrags später die Entmündigung ausgesprochen wird, § 2229 Abs. 3¹⁵⁾.

VI. Die Entmündigung muß, wenn ihr Grund nicht oder nicht mehr besteht¹⁶⁾, auf Antrag des Entmündigten oder seines gesetzlichen Vertreters, dem die Fürsorge für die Person zusteht, (oder in den Fällen der Geisteskrankheit und der Geisteschwäche auch des Staatsanwalts) durch Beschluß des Amtsgerichts aufgehoben werden, ZPO §§ 675—679, 685 bis 687¹⁷⁾. Wird der Antrag abgelehnt, so kann die Wiederaufhebung der Entmündigung im Wege der Klage beim Landgericht beantragt werden, ZPO §§ 679, 686. Auch eine Umwandlung der Entmündigung wegen Geisteskrankheit in eine solche wegen Geisteschwäche ist, wenn nur die Voraussetzungen der letzteren noch vorliegen, für zulässig zu halten¹⁸⁾.

VII. Ein Volljähriger, dessen Entmündigung beantragt ist, kann (von Amtswegen) unter vorläufige Vormundschaft gestellt werden, wenn es zur Abwendung von Gefahr für seine Person oder sein Vermögen erforderlich erscheint, § 1906. Er steht dann bezüglich der Geschäftsfähigkeit dem Minderjährigen über 7 Jahren gleich, § 114. Wird der Antrag auf Entmündigung später zurückgenommen, oder rechtskräftig abgewiesen oder wird

¹⁴⁾ Das erschien unbedenklich, da im Falle des Widerrufs die Intestaterven berufen werden.

¹⁵⁾ Für den Antrag auf Entmündigung wegen Geisteskrankheit ist das nicht ausdrücklich ausgesprochen, dürfte aber analog anzunehmen sein, vgl. auch Löwenfeld zu § 6 IV Z. 2.

¹⁶⁾ D. h. wenn der Entmündigungsgrund jetzt nicht vorliegt, mag er weggefallen sein oder nie bestanden haben, RG Recht 08, 221; daß der frühere Zustand geändert sei, braucht nicht dargetan zu werden, RG Gruchot 45 S. 998 ff.; RG Recht 09 Nr. 1267.

¹⁷⁾ Diese Wiederaufhebung der Entmündigung ist nicht mit der Aufhebung des Entmündigungsbeschlusses im Wege der Anfechtungsklage zu verwechseln (oben IV 3). Letztere hat rückwirkende Kraft.

¹⁸⁾ Denn hier handelt es sich nur um eine Herabsetzung der Wirkung der Entmündigung ohne Veränderung des Entmündigungsgrundes (oben I 1). In anderen Umwandlungsfällen dagegen handelt es sich in Wahrheit um Aufhebung der früheren und Aussprechen einer neuen Entmündigung, für die andere Voraussetzungen gelten. Über die verschiedenen Ansichten vgl. Dertmann zu §§ 6, 8.

die Entmündigung zwar ausgesprochen, aber infolge einer Anfechtungsklage wieder aufgehoben, so steht der Gültigkeit der inzwischen geschlossenen Geschäfte des unter Vormundschaft Gestellten nichts entgegen. Die von dem vorläufigen Vormund geschlossenen Geschäfte bleiben aber aus Gründen der Verkehrssicherheit gleichfalls gültig, § 115 Abs. 2.

§ 87. 4. Bürgerliche Ehre. Ehrenminderung.*)

Unter Ehre versteht man die Anerkennung des Wertes einer Person bei der Mittwelt. Dieser Begriff gehört indes in seiner Allgemeinheit dem Rechte nicht an; denn das Maß der Ehre, das dem einzelnen zuteil wird, kann sehr verschieden sein, ohne daß sich Rechtswirkungen daran zu knüpfen brauchen. Nicht nur soziale und sittliche, sondern zugleich rechtliche Bedeutung hat dagegen die bürgerliche Ehre, d. h. das Maß von Achtung und Wertanererkennung, das jedem unbescholtenen Menschen zukommt. Die Minderung der bürgerlichen Ehre ist rechtlich von verschiedener Bedeutung, je nachdem es sich um eine nur tatsächliche oder um eine nach Rechtsvorschrift eintretende Ehrenminderung handelt.

I. Die nur tatsächliche Ehrenminderung (schlechter Ruf, Bescholtenheit, übler Leumund, turpitude) hat eine tatsächliche Zurücksetzung zur Folge, wo es auf Würde und Ehrenhaftigkeit besonders ankommt, z. B. bei Vormundschaftskernennungen, bei der Würdigung des Zeugnisses; sie kann auch (nach richterlichem Ermessen) unter Umständen als wichtiger Grund für die Kündigung von Dienst-, Auftrags-, Gesellschafts- und ähnlichen Verhältnissen erscheinen¹⁾; bestimmte Rechtsfolgen aber sind im BG nirgends an die bloße Tatsache des schlechten Rufes, sondern immer nur an „ehrloses oder unsittliches Verhalten“ geknüpft²⁾.

II. Die rechtliche Ehrenminderung ist an bestimmte Voraussetzungen geknüpft und zieht bestimmte Rechtsfolgen nach sich. Für sie sind schon gemeinrechtlich nicht die Vorschriften über die römische Infamie oder die deutsche Ehrlosigkeit, Rechtlosigkeit und Anrüchigkeit, sondern die Vorschriften des deutschen Strafgesetzbuches (§§ 31–35) maßgebend, die auch durch das BG nur in wenigen Punkten geändert sind. Wir haben danach zu unterscheiden:

*) Hälischner, Strafrecht I § 245; Binding, Grundriß des Strafrechts § 94; Bisatz, Strafrecht § 66; Dlschhausen, Komm. z. StrGB zu §§ 31–34.

¹⁾ Vgl. §§ 626, 671, 723, 27.

²⁾ So z. B. bildet nicht der schlechte Ruf, sondern „ehrloses oder unsittliches Verhalten“ einen Grund zur Scheidung (§ 1568) oder zum Eingriff in die elterlichen Rechte (§ 1666), ferner „ehrloser odre unsittlicher Lebenswandel“ einen Grund zur Entziehung des Pflichtteils (§ 2333), und dieser Unterschied ist von großer Bedeutung, da der Beweis des schlechten Rufes nicht genügt, sondern das Verhalten selbst bewiesen werden muß. Es ist also mindestens ungenau, wenn *Crome* § 44 hier von Wirkungen der Bescholtenheit spricht.

1. Die dauernde Unfähigkeit zum Dienst im deutschen Heere und der Marine und zu öffentlichen Ämtern einschließlich der Anwaltschaft, des Notariats, des Geschworenen- und Schöffendienstes. Sie tritt durch Verurteilung zu Zuchthausstrafe von selbst ein (StrGB § 31). Die bereits erworbene Militär- oder Marinediensstellung sowie das öffentliche Amt werden dadurch verloren, und deren Erlangung ist nicht mehr möglich.

2. Der Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte (StrGB §§ 32—34). Dies ist eine Nebenstrafe, die nur insolge ausdrücklich darauf gerichteten Strafurteils eintritt³⁾.

a) Sie bewirkt den dauernden Verlust der aus öffentlichen Wahlen hervorgegangenen Rechte sowie der öffentlichen Ämter, Würden, Titel, Orden und Ehrenzeichen.

b) Sie bewirkt ferner die Unfähigkeit, während der im Urteil bestimmten Zeit die Landes-Kolarde zu tragen;

in das deutsche Heer oder in die Marine einzutreten;

öffentliche Ämter, Würden, Titel, Orden, Ehrenzeichen zu erlangen;

in öffentlichen Angelegenheiten zu stimmen, zu wählen oder gewählt zu werden oder andere politische Rechte auszuüben;

die Untauglichkeit, Zeuge bei Aufnahme von Urkunden zu sein; die Zuziehung macht indes den Akt nicht nichtig (§§ 1318, 2237; FrGG § 173 Nr. 2);

die Untauglichkeit, Vormund, Gegenvormund, Pfleger, Beistand der Mutter, Mitglied eines Familienrats zu sein, es sei denn, daß es sich um Verwandte absteigender Linie handele und die obervormundschaftliche Behörde oder der Familienrat die Genehmigung erteile; die gleichwohl erfolgte Bestellung ist übrigens nicht nichtig (§§ 1781, 1792, 1694, 1866, 1915).

3. Die zeitweilige Unfähigkeit zu öffentlichen Ämtern kann statt der Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte ausgesprochen werden und zwar auf die Dauer von 1—5 Jahren. Die bereits erworbenen öffentlichen Ämter gehen dadurch definitiv verloren (StrGB § 35).

III. Eine Ehrenminderung gilt ferner für den Konkurschuldner während der Dauer des Konkurses. Namentlich soll er nicht zum Vormund bestellt werden, § 1781 Nr. 3, und ist, wenn er bereits Vormund war, zu entlassen, § 1886; die Verwaltung und Nutznießung des Ehemanns sowie die Errungenschaftsgemeinschaft endigen mit der Rechtskraft des Beschlusses, durch den der Konkurs über das Vermögen des Mannes erklärt wird, §§ 1419, 1543;

³⁾ Vorgeschieden ist die Verhängung dieser Strafe nur in wenigen Fällen (Meineid, StrGB § 161, schwere Kuppelei, § 181, gewerbmäßiger Wucher, § 302d). Im übrigen kann sie nach Ermessen des Richters verhängt werden und zwar neben Todes- oder Zuchthausstrafe unbedingt, neben Gefängnisstrafe dagegen nur unter der doppelten Voraussetzung, daß die erkannte Strafe mindestens 3 Monate beträgt und daß entweder das Gesetz die Verhängung ausdrücklich zuläßt oder daß auf Gefängnisstrafe nur wegen mildernder Umstände an Stelle von Zuchthausstrafe erkannt wird. Die Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte erfolgt bei zeitiger Zuchthausstrafe auf 2—10 Jahre (bei Todes- oder lebenslänglicher Zuchthausstrafe ist sie lebenslänglich, was bei Begnadigung in Betracht kommen kann), bei Gefängnisstrafe auf 1—5 Jahre. Die Dauer wird von dem Tage an berechnet, an dem die Freiheitsstrafe verbüßt, verjährt oder erlassen ist.

ebenso die Vermögensverwaltung des Vaters, wenn dieser rechtskräftig in Konkurs fällt, § 1647.

§ 88. 5. Staats-*) und Standesangehörigkeit.**)

I. Die für das ältere römische Recht hochbedeutende Unterscheidung zwischen römischen Bürgern und Nichtbürgern, unter welcher letzteren die Latiner eine bevorzugte Stellung einnahmen, war schon im justinianischen Rechte für die meisten privatrechtlichen Institute beseitigt und ist in Deutschland nie zur Anwendung gekommen. Auch im älteren deutschen Recht nahm ursprünglich nur der Volksgenosse an der Rechtsgemeinschaft teil, der Fremde nur mittelbar, indem er sich in die Schutzwalt (Munt) eines Volksgenossen begab; doch wurde schon im fränkischen Recht eine subsidiäre Schutzwalt des Königs angenommen¹⁾. Auch als die Rechtsfähigkeit der Fremden allmählich in weiterem Maße zur Anerkennung gelangt war, blieben doch auch auf dem Gebiete des Privatrechts einzelne Zurücksetzungen, namentlich Ausschluß oder Beschränkungen in bezug auf Grunderwerb und Erbfolge²⁾, bestehen. Im 18. und 19. Jahrhundert sind auch diese fast vollständig beseitigt.

Nach heutigem Recht ist natürlich die Reichs- und Staatsangehörigkeit für das öffentliche Recht noch von großer, für die privatrechtliche Rechtsfähigkeit aber nur von geringer Bedeutung. Es ist zwischen Deutschen und Ausländern zu unterscheiden. Deutscher ist, wer die Staatsangehörigkeit in einem Bundesstaate (früher einschließlich Elsaß-Lothringens) oder die unmittelbare Reichsangehörigkeit besitzt³⁾.

1. Für alle Deutschen besteht nach der alten Reichsverfassung Art. 3 ein gemeinsames Indigenat, vermöge dessen sie in keinem Bundesstaate ungünstiger als die Angehörigen dieses Bundesstaates behandelt werden dürfen, und nach der RW Art. 110 Abs. 2 hat jeder Deutsche in jedem Lande des Reichs die gleichen Rechte und Pflichten wie die Angehörigen des Landes selbst (vgl. aber auch Art. 16).

2. Auch die Stellung der Ausländer ist im allgemeinen die gleiche⁴⁾. Ausnahmen sind jedoch durch die Verfassung nicht ausgeschlossen, können

*) Mandry, Der privatrechtliche Inhalt der Reichsgesetze § 4; Bar, Internat. Privatrecht I S. 164 ff.; G. Meyer, Staatsrecht §§ 75 ff.; Gierke, §§ 56 f.

***) Stobbe I § 44; Gierke §§ 46—51.

1) Brunner, D. Rechtsgesch. I S. 274 ff.

2) Insbesondere wurde von ins Ausland gehenden Erbschaften ein Abzug (Abschoß, gabella hereditaria) erhoben, ebenso von dem Vermögen, das ein Auswanderer mit sich führte (Nachsteuer, gabella emigrationis).

3) Über Erwerb und Verlust der Staatsangehörigkeit in einem Bundesstaate, mit der die Reichsangehörigkeit untrennbar verbunden ist, vgl. Staats- u. ReichsangehörigkeitsG v. 22. Juli 1913 (Gesetzeskraft v. 1. Jan. 1914) §§ 3 ff.; über Erwerb und Verlust der unmittelbaren Reichsangehörigkeit daselbst §§ 33 ff.

4) Vgl. aber LittUrHG § 54, KunstUrHG § 51.

daher für die der Landesgesetzgebung vorbehaltenen Rechtsmaterien auch durch die Landesgesetzgebung eingeführt werden; und nach Art. 88 kann außerdem der Erwerb von Grundstücken durch Ausländer von staatlicher Genehmigung abhängig gemacht werden⁵⁾. Daß ferner die Ausländer durch eine vom Reichskanzler mit Zustimmung des Bundesrats, jetzt von der Reichsregierung mit Zustimmung des Reichsrats zu erlassende Verordnung, einem Vergeltungsrecht unterworfen werden können, ist schon oben § 62 II hervorgehoben.

II. Die Bedeutung des Geburtsstandes für das Recht war im späteren römischen Recht gering. Dagegen bestanden nach deutschem Recht einschneidende Verschiedenheiten zwischen hohem Adel, niederem Adel, Bürger- und Bauernstand. Allein seit dem 18. Jahrhundert und insbesondere seit der französischen Revolution hat sich eine fortschreitende Ausgleichung vollzogen. Der Bürgerstand ist in dem allgemeinen Staatsbürgertum aufgegangen und hat heute nicht mehr die Bedeutung eines Standes, sondern nur einer Bezeichnung aller Nichtadligen. Der Bauernstand ist ein Berufsstand geworden, und die für Bauerngüter oder für Landgüter bestehenden Sonderrechtsbestimmungen (Landgüterordnungen usw.) bilden ein Sonderrecht solcher Güter, aber nicht des Bauernstandes. Der Adel endlich hatte schon vor der Revolution rechtlich nur noch geringe Bedeutung. Da er dem öffentlichen Recht angehört, waren für Entstehung, Untergang und Wirkungen die Landesgesetze maßgebend.

Hier sind nur die Hauptgrundzüge zu erwähnen.

1. Zum hohen Adel gehörten diejenigen Familien, denen bis zur Auflösung des ehemaligen Deutschen Reiches die Reichsstandschaft zukam, und ferner eine Anzahl von durch den D. Bundestag ihnen gleichgestellten Familien. Sie zerfielen in die landesherrlichen Familien, denen die Mitglieder der fürstlichen Familie Hohenzollern und des vormaligen hannoverschen, kurhessischen, nassauischen und holsteinischen Königs- bzw. Fürstenhauses gleichgestellt waren, und die standesherrlichen (mediatisierten) Familien.

a) Der hohe Adel hatte ein Autonomierecht und zwar die landesherrlichen Familien in größerem Umfange als die standesherrlichen (oben § 40): ferner bestand für seine Ehen mit vollen Wirkungen das Erfordernis der Ebenbürtigkeit; doch wurde in der Regel bei neufürstlichen und reichgräflichen Häusern auch die Ehe mit Personen von niederem Adel als vollwirksam angesehen⁶⁾. Der hohe Adel konnte nur durch Geburt aus standesgemäßer Ehe, nicht durch Legitimation oder Adoption erworben werden. Kinder aus nicht ebenbürtigen Ehen folgten „der ärgeren Hand“.

b) Die Organisation und die Sonderrechtsstellung der hochadligen Häuser bestimmte sich nach den Hausverfassungen, deren vielfach übereinstimmende Grundzüge man unter dem Namen „Privatfürstenrecht“ zusammenfaßt. Dem Familienhaupte (dem regierenden Herrn) stand eine namentlich bei den regierenden Häusern ziemlich weitreichende Familiengewalt zu (Einwilligung zur Eheschließung, Vormundschaftsbestellung, Disziplin), die er

⁵⁾ Doch ist dieses Recht durch manche Staatsverträge des Reiches beschränkt. Es bestehen Beschränkungen namentlich für ausländische juristische Personen, vgl. z. B. PrAG Art. 7 §§ 2 u. 3; BayrAG Art. 10; PrG v. 29. Juni 1914.

⁶⁾ RGE 32 Nr. 38.

freilich zum Teil unter Mitwirkung eines Familienrats ausübte. Von ganz besonderer Bedeutung sind die Hausverfassungen für das Erbrecht, das eheliche Güterrecht und die Rechte an Immobilien.

2) Der niedere Adel umfaßte alle adligen, jedoch nicht zum hohen Adel gehörigen Personen. Er hatte fast nur noch soziale Bedeutung. Rechtlich gewährte er nur⁷⁾ das Recht zur Führung der Adels titulatur (Herzog, Fürst, Graf, Freiherr, von) und des Wappens, welche Titulaturen aber weder den Nichtadligen noch dem hohen Adel gegenüber fest abgegrenzt waren. Korporationen und Stiftungen (adlige Stifter) sowie Familienfideikommiss und andere Verfügungen machen aber nicht selten die von ihnen gewährten Vorteile von dem Adel oder von altem, d. h. dem auf Abstammung von ausschließlich adligen Vorfahren einer oder mehrerer Generationen (2, 4, 8, 16 Ahnen) beruhenden Adel abhängig.

a) Der Adel wurde erworben⁸⁾ durch Geburt oder Legitimation durch nachfolgende Ehe (ob auch durch uneheliche Geburt von einer adligen Mutter und ferner durch Ehelebensurkunde war nach den Landesgesetzen verschieden), ferner durch Verheiratung mit einem adligen Manne, endlich durch Verleihung⁹⁾. Er wurde verloren durch Verheiratung mit einem nichtadligen Manne sowie durch Verzicht, der meist eine ausdrückliche Erklärung an den Staat erforderte.

b) Eine vor dem übrigen niederen Adel bevorzugte Stellung nahm der frühere Reichsadel einschließlich der ihm vor 1900 landesgesetzlich gleichgestellten Familien ein (wegen des ihm vorbehaltenen, aber landesgesetzlich meist sehr beschränkten Rechts der Autonomie (oben § 40).

III. Durchgreifende Veränderungen sind infolge der Revolution eingetreten:

1. Nach Art. 109 Abs. 3 S. 1 der neuen Reichsverfassung „sind öffentliche Vorrechte oder Nachteile der Geburt oder des Standes aufzuheben“. Damit ist diese Aufhebung zwar noch nicht direkt ausgesprochen, aber ein durch Einzelgesetze auszuführendes Programm aufgestellt, nach dem insbesondere die Landesgesetzgebung zu verfahren hat.

Demgemäß hat das Preuß. G. v. 23. Juni 1920 die auf dem öffentlichen Rechte Preußens beruhenden Vorrechte des bisherigen Adelsstandes (jedoch nicht den Adel selbst als Stand) aufgehoben, insbesondere auch das Recht der Autonomie, das Recht auf die Adelsprädikate königliche Hoheit, Hoheit, Durchlaucht u. dgl., sowie das für Landes- und Standesherrn bestehende besondere Ehescheidungs-, Entmündigungs- und Vormundschaftsrecht, sowie das besondere Recht der Eheschließung (Erfordernis der Ebenbürtigkeit). Ferner hat es für die Überleitung der bisherigen Hausrechte des hohen Adels, des Reichsadels und der gleichgestellten Familien in den allgemeinen Rechtszustand Überleitungs-vorschriften gegeben, von denen hier hervorzuheben ist, daß die vor dem Inkrafttreten des Gesetzes auf Grund des Hausrechts volljährig gewordenen Personen volljährig bleiben, auch wenn sie das 21. Lebensjahr noch nicht vollendet haben (§ 32) und daß die Gültigkeit einer vor dem Inkrafttreten des Gesetzes geschlossenen Ehe sich nach dem bisherigen Rechte bestimmt (§ 34).

Vgl. ferner die Bayr. Verf. v. 14. Aug. 1919 § 15 Abs. 2 Satz 1, die den Adel als Stand aufhebt.

2. „Adelsbezeichnungen gelten nur als Teil des Namens und dürfen nicht mehr verliehen werden“ (NRV Art. 109 Abs. 3 S. 2). Daher werden die Adelsbezeichnungen nunmehr nur nach den Vorschriften des bürgerlichen

⁷⁾ Doch ist in Bayern und Baden das Recht, Familienfideikommiss zu besitzen, auf den Adel beschränkt, was nach Art. 59 aufrecht erhalten blieb.

⁸⁾ Mantey, Arch f. öffentl. R. 13 S. 32 ff.

⁹⁾ Adel, der auf Verleihung beruht, heißt Briefadel im Gegensatz zum Uradel, der auf ritterlichem Leben der Vorfahren beruht.

Rechts erworben (eheliche Abstammung von einem adligen Vater, uneheliche von einer adligen Mutter, Legitimation, Adoption usw.) und ebenso richtet sich der Verlust nach dem bürgerlichen Recht.

Über die Namen der bisherigen Adelsfamilien vgl. d. Pr. G. v. 23. Juni 1920 § 22 und die Bay. Verf. v. 14. Aug. 1919 § 15 Abs. 2 Satz 2.

IV. Von den Berufsständen genossen namentlich die Soldaten nach römischem Recht zahlreiche Vorrechte, von denen aber schon das gemeine Recht manches beseitigt hat. Nach Reichsrecht, insbesondere dem BGB, bestehen:

1. einzelne Sonderbestimmungen für Militärpersonen: § 9 (Wohnsitz), § 15 (Kriegsverschollenheit), RMilG § 44, Wehrg § 38 (Militärtestament);

für Militärpersonen und Beamte: § 1315 (Konsens zur Eheschließung); für Militärpersonen, Beamte, Geistliche und Lehrer an öffentlichen Unterrichtsanstalten: § 411 (Abtretung von Dienst Einkommen, vgl. auch Art. 80 u. 81), § 570 (Wohnungskündigungsrecht bei Versetzungen);

für Beamte und Religionsdiener: §§ 1784, 1888 (Erlaubnis zur Vormundschaftsübernahme).

2. Für Kaufleute enthält das BGB ein ausgedehntes Sonderrecht, jedoch daneben auch Vorschriften, die sich nicht auf Kaufleute beschränken.

3. Auch in der Gewerbeordnung finden sich manche privatrechtliche Sonderbestimmungen für Gewerbetreibende; ferner enthält das der Landesgesetzgebung vorbehaltenen Bergrecht manches Besondere für den Berufsstand der Bergleute.

§ 89. 6. Wohnsitz.*)

I. Wohnsitz ist der Ort, den das Recht als Mittelpunkt¹⁾ der Lebensverhältnisse einer Person²⁾ betrachtet.

Der Begriff des Wohnsitzes ist nicht tatsächlicher, sondern rechtlicher Natur. Er fällt allerdings meistens mit dem tatsächlichen dauernden Aufenthalt, dem Wohnort (vgl. §§ 570 1354) zusammen; notwendig aber ist das nicht, z. B. hat ein Minderjähriger, der ohne Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters an einen anderen Ort verzogen ist, dort keinen Wohnsitz, und der gesetzliche Wohnsitz (unten II) ist oft an einem anderen als dem Wohnorte begründet.

Von der gewerblichen, z. B. der Handelsniederlassung unterscheidet sich der Wohnsitz dadurch, daß er sich nicht nur auf die gewerblichen, sondern auf die Lebensverhältnisse im allgemeinen bezieht (ohne daß Ausnahmen ausgeschlossen wären).

Der Wohnsitz ist von mannigfacher Bedeutung. Er begründet namentlich den allgemeinen Gerichtsstand einer Person, ZPO § 13, die Zuständigkeit im Konkursverfahren, KO § 71, die Zuständigkeit des Standesbeamten für die Eheschließung, § 1320 Abs. 2,

*) Savigny 8 §§ 350 ff.; v. Bar, Theorie u. Pr. des int. PrR I S. 151 ff.; Bach, ZivPr I S. 399 ff.; Josef, Zentralbl. f. PrG 4 S. 306 ff.; Levy, SeuffBl 64 S. 113 ff.; Manigt, Willenserklärung, 1907 S. 678 ff.; Klein, Rechtsabhandlungen (1912) S. 63 ff.; Über den Sitz der juristischen Personen unten § 101 II 2. Über den Wohnsitz in steuerrechtlicher Beziehung, der sich mit dem bürgerlichen Wohnsitz nicht zu beden braucht, vgl. JurB 1921 S. 542; RWBarn 1922 Nr. 24.

¹⁾ Man hat diesen Ausdruck beanstandet, weil eine Person mehrere Wohnsitze haben kann (unten III). Aber wer denkt denn die Lebensverhältnisse als Kreis im mathematischen Sinn? Kann man die deutschen Universitäten nicht als Mittelpunkte oder Zentren des deutschen wissenschaftlichen Lebens bezeichnen?

²⁾ Vgl. L. 7 C. de incolis 10, 40: „ubi quis larem rerumque ac fortunarum suarum summam constituit, unde rursus non sit discessurus, si nihil avocet, unde cum profectus est, peregrinari videtur, quo si reedit, peregrinari jam destitit“; vgl. auch L. 203 D. verb. sign. 50, 16. Diese Definition umfaßt übrigens die Fälle des gesetzlichen Wohnsitzes nicht.

und die Zuständigkeit für viele Akte der freiwilligen Gerichtsbarkeit, FrGG §§ 36—40, 45, 66, 73 usw.; er bildet häufig den Erfüllungsort für Obligationen, §§ 269, 270, und hat für das internationale Privatrecht eine freilich nur subsidiäre Bedeutung, Art. 29. Auch für das öffentliche Recht kommt er in Betracht (Wahlrecht, Gemeindeangehörigkeit usw.).

II. Der Wohnsitz beruht entweder auf ständiger Niederlassung (gewillkürter Wohnsitz, *domicilium voluntarium*), oder er entsteht, ohne daß die ständige Niederlassung hinzuzutreten brauchte, kraft gesetzlicher Bestimmung (gesetzlicher Wohnsitz, *domicilium necessarium*).

1. Die Regel bildet der gewillkürte Wohnsitz (§ 7).

a) Ein solcher wird begründet durch den Willen, sich an einem Orte²⁾ ständig niederzulassen, und durch die tatsächliche Niederlassung an diesem Orte.

α) Der Wille muß darauf gerichtet sein, den Ort zum Mittelpunkt der allgemeinen Lebensverhältnisse zu machen. Wer auf dem Lande wohnt, in der Stadt nur ein Bureau, ein Geschäftslokal hat, ein Atelier besitzt, hat seinen Wohnsitz nicht in der Stadt. Ferner muß die Niederlassung als ständige gepollt sein, d. h. nicht gerade für immer, sondern auf so lange, bis ein Grund zur Aufhebung bestimmt; sie muß also nicht nur zeitweilig (zu einem bestimmten Zwecke und solange dieser dauert)³⁾ und nicht nur versuchsweise erfolgt sein. Der Abgeordnete, der für die Zeit der Sitzungen nach der Hauptstadt zieht, der Student, der die Universität bezieht, der Kranke, der in einer Heilanstalt zum Zwecke der Kur⁴⁾, der Strafgefangene, der in der Strafanstalt aufgenommen wird⁵⁾, die Kellnerin, die in ein Dienstverhältnis tritt⁶⁾, begründen dort keinen Wohnsitz⁷⁾; wohl aber der Landwirt, der auf das gepachtete Gut zieht, der Kranke, der dauernd in einer Pflegeanstalt untergebracht wird.

β) Der Niederlassungswille muß ausgeführt sein, z. B. durch Beziehen einer Wohnung. Anwesenheit an dem Orte ist weder schlechthin erforderlich noch in allen Fällen genügend.

b) Aufgegeben wird ein solcher Wohnsitz ebenfalls durch den Willen, die ständige Niederlassung aufzuheben, und deren tatsächliche Aufgabe. Gewöhnlich ist damit die Begründung eines neuen Wohnsitzes verbunden. Notwendig ist das aber nicht⁸⁾.

c) Begründung (und Aufhebung) des Wohnsitzes sind keine Rechtsgeschäfte; denn sie erfordern nicht den Willen, einen „Wohnsitz“ im Rechtssinne zu begründen (oder aufzuheben), sondern nur den Willen ständiger Niederlassung (oder des Aufgebens einer solchen). Wer diesen hat, begründet den Wohnsitz durch die Niederlassung selbst gegen den eigenen Willen. Sie

²⁾ Bestehen in einer Ortschaft mehrere Gerichtsbezirke oder Standesamtsbezirke, so ist das Gericht oder Standesamt zuständig, in dessen Bezirke die Person sich niedergelassen hat, RGG 67 S. 191 ff.

³⁾ DLGE 13 S. 307.

⁴⁾ DLGE 2 S. 445; 13 S. 306; 25 S. 395; BayDLG R 08, 645.

⁵⁾ SeuffA 56 S. 434.

⁶⁾ BayDLGE 9, 359.

⁷⁾ Auch der Antritt einer Gesindestellung begründet keinen Wohnsitz, wenn nicht die Umstände den Willen dauernder Niederlassung ergeben oder die Landesgesetze (vgl. Art. 95) ein anderes bestimmen, DLGE 2 S. 71, 443; SeuffA 56 S. 121; BayDLGE 18 S. 268.

⁸⁾ Vgl. auch L. 27 § 2 D. ad municipalem 50, 1.

sind also nur Rechtshandlungen (vgl. unten § 128 III 2), erfordern aber unbeschränkte Geschäftsfähigkeit. Geschäftsunfähige oder in der Geschäftsfähigkeit Beschränkte können ohne Willen des gesetzlichen Vertreters einen Wohnsitz weder begründen noch aufheben, § 8¹⁰⁾.

2. Gesetzlicher Wohnsitz ist der Ort, der, auch wenn er tatsächlich nicht der Ort der ständigen Niederlassung ist, doch als Wohnsitz gilt¹¹⁾, so daß er in allen Fragen entscheidet, für die der Wohnsitz in Betracht kommt. Ein solcher ist nur in den Fällen der §§ 9—11 begründet¹²⁾.

a) Militärpersonen¹³⁾ haben ihren Wohnsitz am Garnisonort oder, wenn der Truppenteil im Inlande (d. h. im deutschen Reichsgebiet) keinen Garnisonort haben, am letzten inländischen Garnisonort des Truppenteils, § 9¹⁴⁾.

Diese Vorschrift findet aber keine Anwendung auf Militärpersonen, die einen gewillfürten Wohnsitz nicht ohne den Willen ihres gesetzlichen Vertreters begründen können. Daher erwerben z. B. minderjährige Berufssoldaten an dem Garnisonorte nur dann einen (gewillfürten) Wohnsitz, wenn sie sich dort mit dem Willen ihres Vertreters dauernd niederlassen haben, was allerdings gewöhnlich der Fall sein wird.

Für Beamte ist eine entsprechende Bestimmung nicht getroffen, also auch nicht anzunehmen¹⁵⁾.

b) Die Ehefrau teilt den Wohnsitz des Mannes¹⁶⁾, es sei denn, daß dieser im Auslande einen Wohnsitz begründet und die Frau weder folgt noch zu folgen braucht, § 10 Abs. 1. Sie braucht nicht zu folgen, wenn sich die Entscheidung des Mannes als ein Mißbrauch seines Rechts darstellt, § 1354 Abs. 2¹⁷⁾. Teilt sie hiernach den (ausländischen) Wohnsitz des Mannes nicht oder hat der Mann keinen Wohnsitz, so kann sie selbst einen Wohnsitz begründen, § 10 Abs. 2.

¹⁰⁾ Vgl. auch JurW, 1921 S. 1091 (Wreslau). Das war auch nach gemeinem Recht anzunehmen (bestritten).

¹¹⁾ Vgl. z. B. RG ScuffBl 08, 196; R 08, 485.

¹²⁾ Die Verpflichtung (z. B. der Beamten), an einem bestimmten Orte zu wohnen (die sog. Residenzpflicht), begründet dort, wenn nicht etwa einer der Fälle der §§ 9—11 vorliegt, keinen gesetzlichen Wohnsitz. Erst die ständige Niederlassung macht den Ort zum gewillfürten Wohnsitz.

¹³⁾ d. h. nach dem G. v. 21. Aug. 1920 sowie dem Wehrgesetz v. 23. März 1921 die Angehörigen der Wehrmacht (Reichsheer und Reichsmarine); vorher die Personen des Soldatenstandes u. Militärbeamte, die zum deutschen Heer oder zur Kaiserl. Marine gehörten, nicht aber Zivilbeamte der Militärverwaltung, d. h. solche, welche keinen Militärange hatten.

¹⁴⁾ Nach § 9 waren diejenigen ausgenommen, welche nur zur Erfüllung ihrer Wehrpflicht dienten, wozu auch die ein-, zwei- oder dreijährigen Freiwilligen, ferner die einberufenen Personen des Beurlaubtenstandes und während des Krieges alle Einberufenen gehörten. Diese Ausnahme ist aber weggefallen, da durch die in voriger Note angeführten Gesetze die Wehrpflicht aufgehoben ist.

¹⁵⁾ Eine besondere Vorschrift über den Wohnsitz in Ansehung des Gerichtsstandes enthält ZPO § 15 für Deutsche, die das Recht der Territorialität genießen, und für im Ausland angestellte Reichs- oder Bundesstaatsbeamte.

¹⁶⁾ Das verfassungsmäßige Recht, sich an jedem Orte des Reichs aufzuhalten und niederzulassen, wird dadurch aber nicht beschränkt.

¹⁷⁾ Mißbräuchliche Verlegung des Wohnsitzes nach einem Orte im Inlande begründet demnach niemals eine Ausnahme. So auch RG 59 S. 339.

c) Endlich teilt das eheliche Kind den Wohnsitz des Vaters¹⁸⁾, das uneheliche den Wohnsitz der Mutter, das an Kindesstatt angenommene (auch das von einer Frau angenommene) den Wohnsitz des Annehmenden. Die Adoption oder Legitimation eines Volljährigen hat aber keinen Einfluß auf den Wohnsitz des Kindes, § 11.

Der gesetzliche Wohnsitz der Militärpersonen und der Ehefrau dauert so lange, als seine Voraussetzungen (Militärverhältnis, bzw. Wohnsitz des Mannes und Ehe) bestehen¹⁹⁾, und ist willkürlicher Aufhebung entzogen²⁰⁾. Das Kind dagegen (auch das volljährige) „behält den Wohnsitz, bis es ihn rechtmäßig aufhebt“, § 11 Abs. 1 S. 2, also, wenn er nicht schon vorher aufgehoben ist, auch nach des Vaters Tode bis zur Aufhebung²¹⁾.

III. Wenn die Voraussetzungen eines gewillkürten Wohnsitzes gleichzeitig für mehrere Orte bestehen, so hat die Person einen mehrfachen Wohnsitz, z. B. jemand, der im Sommer auf seinem Landgute, im Winter in der Stadt zu wohnen pflegt und an beiden Orten ständige Wohnungen hat, oder der Arzt, der im Sommer in einem Badeorte, im Winter in der Stadt wohnt und praktiziert, § 7 Abs. 2²²⁾. Dagegen schließt der gesetzliche Wohnsitz der Ehefrau und der Militärpersonen das gleichzeitige Bestehen eines anderen gewillkürten Wohnsitzes aus²³⁾.

IV. Hat eine Person keinen Wohnsitz (Wagabond im Rechtsinne), so tritt meistens der Aufenthaltsort oder in Ermangelung eines solchen auch der letzte Wohnsitz an die Stelle; z. B. Art. 29, BPD § 16.

§ 90. 7. Religion. Klostergebäude.

I. Das römische Recht der späteren Kaiserzeit setzte alle Personen, die nicht der staatlich anerkannten Kirche angehörten, gegenüber den „Recht-

¹⁸⁾ Mitin auch Kinder aus einer Putativehe nach Maßgabe des § 1699, ferner legitimierte (§§ 1719, 1736) und an Kindesstatt angenommene Kinder (§ 1757).

¹⁹⁾ Denn die §§ 9 u. 10 ordnen die Voraussetzungen des Bestehens („hat“, „teilt“), nicht etwa nur der Entstehung. Der gesetzliche Wohnsitz der Ehefrau wird also durch Tod des Mannes oder Scheidung beendet. Natürlich kann sie dann, sei es an demselben oder einem anderen Orte, einen gewillkürten Wohnsitz begründen. So auch Pland, Hölder, Dertmann u. a., während Rehbein zu §§ 1—20 IV 4, Dernburg I § 57 Anm. 15 u. DVG 38 S. 25 den bisherigen Wohnsitz einstweilen fortbestehen lassen wollen. Wie die Scheidung wirkt auch die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft, § 1586, vgl. auch RGE 59 S. 340.

²⁰⁾ Das ergibt sich aus dem in voriger Anm. Gesagten und wird dadurch bestätigt, daß nur in § 11 Abs. 1 S. 2, nicht in den §§ 9 u. 10 die Aufhebung erwähnt ist.

²¹⁾ Auch bloßes Aufgeben des Wohnsitzes von seiten des Vaters ohne Begründung eines neuen hebt den gesetzlichen Wohnsitz des Kindes nicht auf, BayDVG, R 1908, Nr. 3520 u. die daselbst Zitierten.

²²⁾ Hier sind bei ständiger Niederlassung an beiden Orten beide dauernd Wohnsitz, nicht etwa abwechselnd der eine oder der andere. Abw. Hölder zu § 7, Dernburg I § 57 IV 2. Wie hier Pland, Dertmann u. a. Die Frage welcher von mehreren Wohnsitzes der entscheidende sei, ist im BG nicht berührt, also nach richterlichem Ermessen zu lösen. Hat sich eine Person mit mehrfacher Wohnsitz verpflichtet, in ihrem Wohnsitz etwas zu leisten, so werden die Umstände meist ergeben, daß ein bestimmter Wohnsitz gemeint sei. Zu Gericht wird sie an jedem Wohnsitzes stehen müssen.

²³⁾ Das ergibt sich für die Ehefrau durch Umkehrschluß aus § 10 Abs. 2, für Militärpersonen aus § 9 („ihren Wohnsitz“) und aus dem Zwecke der Vorschrift (vgl. Dert-

gläubigen“ zurück. Ganz besonders waren die Ketzer und Apostaten, weit weniger die Juden benachteiligt, die dagegen im älteren deutschen Recht sehr weitgehenden Beschränkungen unterlagen. Alle diese Verschiedenheiten sind jetzt beseitigt. Der westfälische Frieden und durchgreifender die deutsche Bundesakte von 1815 Art. 16 haben die drei christlichen Religionsparteien, Katholiken, Lutheraner und Reformierte, in privatrechtlicher Beziehung einander gleichgestellt, und durch das Reichsgesetz vom 3. Juli 1869 (ursprünglich Nordd. BundesG) sind „alle aus der Verschiedenheit des religiösen Bekenntnisses hergeleiteten Beschränkungen der bürgerlichen und staatsbürgerlichen Rechte aufgehoben“. Ebenso bestimmt RMW Art. 136 Abs. 2: „Der Genuß bürgerlicher und staatsbürgerlicher Rechte sowie die Zulassung zu öffentlichen Ämtern sind unabhängig von dem religiösen Bekenntnis.“

II. Nach kanonischem Recht, dessen Grundsätze im gemeinen Recht zur Anerkennung gelangten, waren Personen, die das Klostergelübde abgelegt hatten, unfähig zu Vermögensrechten. Ihr Vermögen ging bei der Professleistung auf das Kloster über und ihr späterer Erwerb fiel dem Kloster anheim¹⁾. Nach dem preussischen Landrecht dagegen hatte die Ablegung des Klostergelübdes den bürgerlichen Tod zur Folge²⁾. Das Vermögen fiel also an die Erben, und späterer Erwerb der Klosterpersonen war ausgeschlossen³⁾.

Nach dem BG sind diese und ähnliche Beschränkungen der Rechtsfähigkeit weggefallen (Art. 55). Der Eintritt in das Kloster hat keine Verminderung der Rechtsfähigkeit zur Folge. Der Erwerb aus Schenkungen und von Todes wegen durch Mitglieder solcher Orden oder ordensähnlicher Kongregationen, bei denen ein Gelübde auf Lebenszeit oder auf unbestimmte Zeit vorkommt, kann aber landesgesetzlich von staatlicher Genehmigung abhängig gemacht werden, Art. 87⁴⁾. Diese Bestimmung bezweckt die Beschränkungen des Erwerbes der toten Hand zu sichern (unten § 98 II).

S. Familienstellung und Verwandtschaft.*)

§ 91. Elterliche Gewalt.

Eheliche Kinder stehen, solange sie minderjährig sind, in der elterlichen Gewalt, § 1626, und zwar in der Regel ihres Vaters, § 1627; ist aber dieser gestorben oder für tot erklärt oder hat er die elterliche Gewalt verwirkt und ist die Ehe aufgelöst, in der elterlichen Gewalt der Mutter (§ 1684). Eine Verminderung der Rechts- oder der Handlungsfähigkeit ist

mann zu § 9, 4). So auch die herrschende Meinung; a. A. Doewenberg zu § 9 IV 2; Bab. Rechtspr. 19 S. 112 (Karlsruhe).

¹⁾ Nov. 5 cap. 5; c. 2, 6 X de statu monach. 3, 35; Conc. Trid. Sess. 25 de regularib. cap. 2; Hellmann, Das gem. Erbrecht der Religiosen, 1874; Singer, Die Behebung der für Ordenspersonen bestehenden Beschränkungen, 1881; SeuffA 41, 116; 48, 167.

²⁾ In Anknüpfung an älteres deutsches Recht, Sachsenp. I Art. 25 nebst Glosse.

³⁾ PrLW II 11 §§ 1199—1205; vgl. auch 1167.

⁴⁾ Von dieser Ermächtigung haben aber nur einige deutsche Kleinstaaten Gebrauch gemacht (Lübeck, S.-Altenburg, Reuß j. L., beide Schwarzburg). Über die Amortisationsgesetze unten § 98 II.

^{*)} In diesem Abschnitt ist nur eine kurze Übersicht der in Betracht kommenden Begriffe und ihrer Hauptwirkungen zu geben. Die genauere Darstellung bei Ripp, Familienrecht §§ 74 ff., woselbst auch die Literaturnachweisungen.

damit nicht verbunden. Insbesondere ist die Geschäftsfähigkeit des Kindes in elterlicher Gewalt dieselbe wie bei anderen Minderjährigen; und Volljährige stehen überhaupt nicht mehr unter elterlicher Gewalt, da diese mit dem Eintritt der Volljährigkeit endet.

Schon im neueren römischen Recht waren die Hauskinder, d. h. die der väterlichen Gewalt (das röm. R. kennt nur eine *patria potestas*) unterworfenen Personen in ihrer Rechtsfähigkeit, insbesondere ihrer Vermögensfähigkeit den Familienselbständigen (*homines sui iuris*) im allgemeinen gleichgestellt. Nur was sie mit dem vom Vater überlassenen *peculium profectitium* erwarben, fiel noch mit Rechtsnotwendigkeit an den Vater; aber auch diese Besonderheit war schon im gemeinen Recht mit diesem *Peculium* verschwunden¹⁾.

Auch in der Handlungsfähigkeit waren die Hauskinder nur in wenigen Punkten zurückgesetzt. Sie konnten über ihr Vermögen (mit Ausnahme jedoch der sog. *bona castrensia* und *quasi castrensia*) kein Testament machen, und die von ihnen ohne Zustimmung des Gewalthabers eingegangenen Darlehensverpflichtungen waren nach dem *S. C. Macedonianum* nicht vollwirksam. Beide Beschränkungen sind im BG weggefallen²⁾.

§ 92. Verwandtschaft.

I. Verwandtschaft, Blutsverwandtschaft, Kognition ist die auf Abstammung oder Adoption beruhende Familienverbindung. Sie ist Verwandtschaft in gerader Linie (zwischen Eltern oder Voreltern und Abkömmlingen) oder Verwandtschaft in Seitenlinie (zwischen anderen Abkömmlingen desselben Vorfahren). Man unterscheidet:

1. Die eheliche Verwandtschaft, welche ausschließlich durch eheliche Abstammung vermittelt wird, und die uneheliche. Die uneheliche Verwandtschaft wird nur der Mutter und deren Familie gegenüber angenommen. Mit dem Vater und dessen Familie ist das uneheliche Kind nicht verwandt¹⁾, § 1589 Abs. 2. Davon gelten aber wichtige Ausnahmen:

a) Durch nachfolgende Ehe oder durch Ehelichkeitserklärung legitimierte Kinder haben die Stellung eines ehelichen Kindes, §§ 1719, 1736; doch beschränkt sich diese Wirkung im Falle der Ehelichkeitserklärung auf den Vater einerseits, das Kind und dessen Abkömmlinge andererseits, § 1737.

b) Kinder aus einer nichtigen Ehe stehen den ehelichen gleich, sofern nicht beiden Ehegatten bei der Eheschließung die Nichtigkeit bekannt war, § 1699 Abs. 1. Die Gleichstellung gilt aber nicht, wenn die Nichtigkeit auf einem Formmangel beruht und die Ehe nicht in das Heiratsregister eingetragen ist, § 1699 Abs. 2.

2. Natürliche und Adoptivverwandtschaft. Das Adoptivkind hat die

¹⁾ Die Möglichkeit eines derartigen *Peculium*s im gemeinen Recht war bestritten, tatsächlich aber kam es nicht mehr vor.

²⁾ Für die Darlehensverpflichtung ist das allerdings von wenig Bedeutung, weil das Kind wegen seiner Minderjährigkeit der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters bedarf.

³⁾ Als Ehehindernis kommt aber auch die uneheliche Verwandtschaft in Betracht (§ 1310).

Stellung eines ehelichen Kindes des Annehmenden, § 1757^a), doch hat der Annehmende kein Erbrecht gegen das Kind, § 1759, und auf die Verwandten des Annehmenden erstrecken sich die Wirkungen der Adoption überhaupt nicht, § 1763.

3. Die Verwandtschaft in der Seitenlinie ist vollbürtig, wenn die beiden Personen von einem gemeinschaftlichen Elternpaare abstammen, halbbürtig, wenn sie nur einen gemeinsamen Vorfahren haben^b).

4. Für die dem Landesrecht vorbehaltenen Rechtsverhältnisse des hohen Adels (vgl. aber oben § 88 III), ferner für Lehen und meist auch für Fideikomnisse ist die Agnation, d. h. die Verwandtschaft von Männern durch Männer von besonderer Bedeutung. Diese deutschrechtliche Agnation ist verschieden von der Agnation des römischen Rechts, die nicht auf der Abstammung, sondern auf der Familiengewalt (*patria potestas* und nach altem Recht *manus*) beruhte und schon im gemeinen Recht bedeutungslos war^c).

II. Für die Nähe der Verwandtschaft kommt die Berechnung nach Graden und die Berechnung nach Parentelen oder Linien in Betracht.

1. Der Grad der Verwandtschaft bestimmt sich wie nach römischem und gemeinem Recht nach der Zahl der sie vermittelnden Geburten, § 1589 (römische Berechnung), während das kanonische Recht bei der Seitenverwandtschaft nur die Entfernung von dem gemeinschaftlichen Vorfahren und zwar bei verschiedener Entfernung die weitere in Betracht zog^d).

2. Die Berechnung nach Parentelen, Ordnungen oder Linien ist namentlich für die gesetzliche Erbfolge von Bedeutung. Man versteht unter Parentel eine durch einen gemeinsamen Stammvater (Stammutter) verbundene Verwandtengruppe, und man ordnet die Parentelen nach der Entfernung des gemeinschaftlichen Stammvaters vom Erblasser.

Die erste Ordnung bilden daher die Abkömmlinge;

die zweite die Eltern und deren Abkömmlinge;

die dritte die Großeltern und deren Abkömmlinge;

die vierte die Urgroßeltern und deren Abkömmlinge und so fort.

III. Schwägerschaft ist die Familienverbindung zwischen einem Ehegatten und den Verwandten des anderen (die Verwandten des einen Ehe-

^a) Über die Adoptivverwandtschaft als Ehehindernis vgl. § 1311.

^b) Die Unterscheidung der halbbürtigen Geschwister in *consanguinei* und *uterini* hat ihre Bedeutung verloren.

^c) Nach justinianischem Recht begründete sie noch die Rechte der Kognition, was aber nur im Falle der Adoptivverwandtschaft Bedeutung hatte. Im gemeinen Recht wird durch Adoption die Stellung eines leiblichen Kindes direkt begründet. Die väterliche Gewalt ist nur die Folge.

^d) Mit dem Better ist man also nach römischer Rechnung in 4., nach kanonischer im 2. Grade verwandt, mit dem Sohne des Betters römisch im 5., kanonisch im 3. Grade.

gatten sind mit den Verwandten des anderen nicht verschwägert). Sie ist aber nicht auf die Dauer der Ehe beschränkt, sondern dauert auch nach deren Auflösung fort, mag diese durch Tod oder Scheidung erfolgen, § 1590. Die Grade der Schwägerschaft werden wie die der Verwandtschaft berechnet. In demselben Grade, in dem man mit dem einen Ehegatten verwandt ist, ist man mit dem anderen verschwägert.

§ 93. 9. Name. *)

I. Der Name ist nicht nur eine rechtliche Eigenschaft, sondern das Recht auf den Namen ist auch als subjektives Personenrecht¹⁾ anerkannt (oben § 71 I), woraus sich ergibt, daß beim Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen auch auf Feststellung des Namens geklagt werden kann (BPO § 256). Außerdem aber kann das Recht auf den Namen nach § 12²⁾ in zwei Fällen klagend geltend gemacht werden, nämlich wenn dem Berechtigten das Recht auf Gebrauch des Namens bestritten wird oder wenn ein anderer den Namen unberechtigt gebraucht³⁾. Ein Gebrauch des Namens liegt aber nicht nur in der persönlichen Führung des Namens, sondern z. B. auch in dessen Benutzung zur Bezeichnung eines Gewerbebetriebes oder von Waren oder künstlerischen oder literarischen Leistungen⁴⁾.

1. In dem ersten dieser Fälle liegt eine Beeinträchtigung schon in der Bestreitung des Gebrauchs; eine Verletzung sonstiger Interessen ist daher nicht erforderlich. In dem zweiten Falle dagegen ist außerdem erforderlich,

*) Kohler, BürgR 5 S. 77 ff.; Rippold, Sächs. Arch. f. RM 1 S. 361 ff.; Dpet, ZivR 87 S. 313 ff. u. JurW 1921 S. 1520; Jfaak, Der Schutz des Namenrechts nach den Reichsgesetzen, 1901; Cohn, Neue Rechtsgüter, 1902; Götte, BürgR 15 S. 320 ff.; Olshausen, Verh. b. Namenrechts z. Firmenrecht, 1900; Jung, ZivR 114, 341; Adler, Der Name, 1921.

¹⁾ So auch RG 69 S. 403. Das Recht auf den Namen ist unveräußerlich. Auch eine Gestattung, den Namen tatsächlich, z. B. als Schriftstellernamen zu führen, ist an sich unwirksam, da das Namensrecht nur auf Bezeichnung der eigenen Person durch den Namen gerichtet ist. Sie kann also nur als obligatorisches Versprechen, den Anspruch aus § 12 und etwaige Entschädigungsansprüche nicht geltend zu machen, aufgefaßt werden. Ein solcher Verzicht, der auch stillschweigend erfolgen kann, ist für gültig zu halten, RG 5 S. 171; DLGE 15 S. 303; Dpet, ZivR 87 S. 360.

²⁾ Spezialvorschriften, welche den Namen schützen, enthalten auch das WarenbezeichnungsG §§ 14, 18, 19 und das UmlWG § 16.

³⁾ Auf die privatrechtliche Befugnis, die Führung seines Namens einem andern zu verbieten, kann aber verzichtet werden (auch stillschweigend), wodurch natürlich das öffentliche Namensrecht nicht geändert wird, RG Leipzig 1923 S. 489.

⁴⁾ RG JurW 24, 1711. Beispiele; Eintragung des fremden Namens als Warenzeichen, RG 54 S. 42; 74 S. 311 (Zeppelinzigaretten); 100 S. 186; Gebrauch in der Firma, RG 66 S. 323, selbst unter Bezeichnung als des früheren Inhabers, RWarn 1911 S. 243. Bestritten ist, ob die Verwendung des Namens eines Lebenden in literarischen Erzeugnissen ein Gebrauch des Namens sei. Die Frage dürfte zu bejahen sein (a. A. JurW 21 S. 1551 (RG) u. Adler); doch wird oft keine Verletzung schutzwürdiger Interessen vorliegen. Rein Gebrauch des Namens liegt vor, wenn die richtige Person damit bezeichnet, aber von ihr Unrichtiges ausgesagt wird (z. B. unbefugtes Setzen des Namens unter einen Aufsatz), RG 91 S. 352 f. (a. A. Adler).

daß durch den unbefugten Gebrauch des Namens das Interesse des Berechtigten verletzt wird. Eine Verletzung liegt übrigens schon in der Bedrohung. Daß aber das verletzte oder bedrohte Interesse ein Vermögensinteresse⁵⁾ sei, ist nicht erforderlich. Es genügt die Gefahr von Verwechslungen oder der Schein der Familienzugehörigkeit.

2. In beiden Fällen kann auf Beseitigung der Beeinträchtigung und, wenn weitere Beeinträchtigungen zu erwarten sind, auf Unterlassung⁶⁾ geklagt werden⁷⁾. Ein Anspruch auf Schadensersatz wird im § 12 nicht erwähnt, ist aber bei Vorsatz oder Fahrlässigkeit nach § 823 Abs. 1 begründet.

II. Was den Erwerb und Verlust des Rechts auf den Namen betrifft, so ist zu unterscheiden⁸⁾:

1. Der Familienname. Das eheliche (auch das aus Putativehe stammende) oder legitimierte Kind erhält den Namen des Vaters, § 1616 1699, 1719, 1736, das uneheliche den Namen der Mutter, wenn sie verheiratet ist oder war, ihren Mädchennamen, § 1706⁹⁾. Das adoptierte Kind erhält den Namen des Adoptierenden¹⁰⁾, jedoch wenn es von einer verheirateten oder verheiratet gewesenen Frau adoptiert wird, ihren Mädchennamen; wird es von einem Ehepaare angenommen, so erhält es den Namen des Mannes. Es darf seinen eigenen Namen hinzufügen, wenn der Vertrag nichts anderes bestimmt, § 1758. Es verliert den Namen des Adoptierenden durch die Aufhebung der Adoption, es sei denn, daß es von einem Ehepaar adoptiert und der eine Ehegatte schon vor der Aufhebung verstorben wäre, § 1772. Die Ehefrau erhält den Namen des Mannes, § 1355. Sie behält ihn in der Regel auch nach der Scheidung, § 1577 Abs. 1, kann jedoch auch ihren Familiennamen oder, wenn sie nicht allein für schuldig erklärt ist, den

⁵⁾ Beispiele: Gefahr der Verwechslung der Geschäftsbetriebe; Bewerbung um ein Stipendium, dessen Verleihung von der Zugehörigkeit zu der bestimmten Familie abhängt. Im letzteren Fall will Hölder zu § 12, 4c, b den übrigen Familiengliedern die Klage auf Rücknahme der Bewerbung verweigern; dagegen mit Recht Hellmann, Vorträge S. 5; Dernburg I § 55; Pland zu § 12, 2b. Über Mißbrauch des fremden Namens zu Reklamezwecken DLGE 2, 215; Sächs. RpflV 09 S. 142ff.; RG 74 S. 311. Klage der Ehefrau gegen die den Namen des Mannes führende Konkubine, DLGE 3 S. 283; RG in Gruchot 46 S. 127. Auch verheirateten Frauen wird gegen unberechtigten Gebrauch ihres Geburtsnamens der Schutz des § 12 zu gewähren sein, RG JurB 1912 S. 338.

⁶⁾ Im Wiederholungsfalle ist dann nach vorheriger Androhung die Verhängung von Geld- und Haftstrafen zulässig (RPD § 890).

⁷⁾ Auch gegen öffentliche Behörden, wenn es sich nicht lediglich um ihnen zustehende Anordnungen bezüglich der Namensführung handelt; RG in Gruchot 49 S. 823f., 50 S. 881; SeuffV 60 S. 129.

⁸⁾ Im folgenden nur die Hauptgrundsätze; Einzelfragen bei Ripp-Wolff, Familienrecht.

⁹⁾ Doch kann der Ehemann der Mutter dem Kinde mit dessen und der Mutter Zustimmung seinen Namen erteilen, § 1706 Abs. 2.

¹⁰⁾ Adoption ohne die Absicht, ein Kindesverhältnis herzustellen (nur der Namensänderung wegen), ist aber als Scheingeschäft nichtig (§ 117), SeuffV 60 S. 130f.; DLGE 4 S. 107f.; 6 S. 290; vgl. auch RG 29 S. 132ff.

Namen, den sie vor ihrer letzten Verheiratung führte (Wittvenname), wieder annehmen. Ist sie allein für schuldig erklärt, so kann ihr der Mann die Fortführung seines Namens untersagen, § 1577.

Die Namensverleihung durch die Obrigkeit und die Gestattung der Namensänderung gehört dem öffentlichen Rechte an¹¹⁾, wird daher durch das BG nicht berührt. Das gilt auch von der Namensverleihung an Findelkinder¹²⁾, die übrigens (nach dem vermutlichen Willen bei der Verleihung) bei Entdeckung des wahren Namens außer Kraft tritt.

2. Der Vorname wird erworben durch Beilegung von Seiten der zur Fürsorge für das Kind berechtigten Person (Vater, Mutter, Vormund).

III. Die Vorschriften des BG über den Namen beziehen sich auch auf die Adelsbezeichnung¹³⁾, da diese nach RW Art. 109 Abs. 3 S. 2 nur als Teil des Namens gilt¹⁴⁾. Daraus ergibt sich:

1. Die Adelsbezeichnung (von, Ritter, Freiherr, Graf, Fürst, Herzog) ist lediglich Teil des Namens und wird seit dem Inkrafttreten der RW (14. Aug. 1919) nach denselben Grundsätzen, wie der Name überhaupt erworben, mithin (abweichend vom früheren Recht) auch durch uneheliche Geburt von einer adligen Mutter (§ 1706), durch Legitimation (§§ 1719, 1736), Adoption (§ 1758), Namenserteilung an das uneheliche Kind der Ehefrau (§ 1706 Abs. 2), Verheiratung der nicht ebenbürtigen Frau mit einem dem hohen Adel angehörenden Manne¹⁵⁾.

2. Verzicht auf die Adelsbezeichnung ist nicht mehr zulässig, da er eine Veränderung des Namens bedeuten würde. Es finden also die allgemeinen Vorschriften über Namensänderung Anwendung.

¹¹⁾ Dagegen ist die Frage der Erziehung des Namens privatrechtlicher Natur, eine Erziehung daher, auch wo sie etwa partikularrechtlich zulässig war, durch Art. 55 ausgeschlossen. So auch RG in SeuffA 59 S. 307 f.; Dpet S. 359; a. A. Dertmann zu § 122 a γ.

¹²⁾ Daß der Vormund nach § 1773 oder der Anzeigende nach PStG § 24 zur Namensgebung berechtigt sei, ist keineswegs anzuerkennen.

¹³⁾ Mayer, LeipzB 1920 S. 133; Reumeyer, BayApflB 1920 S. 5; Dpet, JurB 1920 S. 136; Bernreuther, BayApflB 1919 S. 415; Rießsch, PrVerwBl 42 S. 56.

¹⁴⁾ Vorher war die Adelsbezeichnung nicht Teil des Namens; denn Kinder eines Mannes, der den persönlichen Adel hatte, durften ihrem Namen den Zusatz „von“ nicht hinzufügen, und sehr verwirrend wäre es gewesen, wenn uneheliche Kinder einer Adligen, auf die nach ihrem Landesrecht der Adel nicht übergang, sich gleichwohl „von“, „Freiherr“ usw. hätten nennen dürfen. So auch die überwiegende Meinung und der 25. D. Juristentag (Bd. 3 S. 43 ff.), ferner RGZ 47, 88; DRGE 31, 284: a. A. v. Bülow, Krüdemann, Dpet. Wo aber das Wort „von“ oder „vom“ einen Bestandteil des bürgerlichen Namens bildete, unterstand es natürlich schon früher allen vom Namen geltenden Grundsätzen.

¹⁵⁾ Abzulehnen ist die Meinung Dpets JurB 1920 S. 136, daß der Art. 109 Abs. 2 eine authentische Interpretation enthalte und daß demgemäß z. B. auch vor dem 14. Aug. 1919 geborene uneheliche Kinder einer Adligen nun den adligen Namen führen könnten, vgl. auch RGZ 103 S. 194.

3. Alle Erwerbs- und Verlustgründe beziehen sich auch auf den persönlichen Adel, da das Gesetz keinen Unterschied macht¹⁶⁾.

4. Die Vorschriften des § 12 sind auf die Adelsbezeichnung direkt anzuwenden¹⁷⁾.

5. Das Landesrecht kann die Führung der zu einem Teile des Namens gewordenen Adelsbezeichnungen nicht verbieten, da das der Vorschrift der *NRW* Abs. 109 widersprechen würde¹⁸⁾.

IV. Wenn das *BG* nur das Recht auf Namen erwähnt, so ist damit die analoge Ausdehnung seiner Bestimmungen auf andere Personenrechte keineswegs ausgeschlossen. Nur wird zu prüfen sein, ob ein Bedürfnis zu dieser Ausdehnung vorliegt und ob diese Ausdehnung nicht der Absicht des *BG* widerspricht.

1. Die Personenrechte kommen, soweit sie nicht leibliche Individualität voraussetzen, auch juristischen Personen zu. Auch das Recht auf Namen wird daher analog auf sie auszudehnen sein¹⁹⁾ (vgl. auch §§ 57, 64, 65).

2. Ferner ist eine Ausdehnung auf das ablige oder bürgerliche Wappen für unbedenklich zu halten²⁰⁾. Auch der Künstler- oder Schriftstellernamen, wenn er zu einer in weiteren Kreisen bekannten Bezeichnung eines bestimmten Künstlers oder Schriftstellers geworden ist²¹⁾, wird in gleicher Weise zu

¹⁶⁾ Hieraus würde an sich folgen, daß nach dem 14. Aug. 1919 geborene Kinder eines Vaters mit persönlichem Adel den abligen Namen erwarben; allein das würde im Erfolge einer Neuverleihung in unzähligen Fällen gleichkommen und das würde dem Zweck des Gesetzes, der sich in dem Verbot von Neuverleihungen des Adels deutlich ausdrückt (Art. 109), widersprechen, *DZS* 42 S. 248 (München).

¹⁷⁾ Früher nur analog; das war auch in einigen Ausführungsgesetzen ausgesprochen.

¹⁸⁾ Das „nur“ in Art. 109 Abs. 3 S. 2 der *NRW* darf nicht in „höchstens“ umgedeutet werden. Es wird der Adelsbezeichnung nicht nur jede über einen Namensteil hinausgehende Bedeutung abgesprochen, sondern sie wird auch positiv als Namensbestandteil anerkannt. Unerträglich wäre es auch, wenn in den einzelnen Ländern hier verschiedenes Recht gälte.

¹⁹⁾ So auch *RGE* 74 S. 114f. Vgl. auch *RGE* 101 S. 16: Eine Stadt kann die Bezeichnung eines Theaters als Stadttheater untersagen, wenn diese Bezeichnung den Anschein erweckt, als wenn das Unternehmen von ihr geleitet oder unterstützt werde. Auch auf nichtrechtsfähige Vereine wird das Namensrecht analog anzuwenden sein. So auch *RGE* 78 S. 102.

²⁰⁾ So auch *RGE* 71 S. 262ff. Dagegen ist die Firma als solche (soweit sie nicht mit dem persönlichen Namen übereinstimmt) nur nach § 37 *HGB* geschützt und der § 12 *BG* nicht darauf auszudehnen, vgl. auch *RGE* 59 S. 285f. Wohl dagegen ist § 12 (und zwar direkt, nicht nur analog) anwendbar, wenn jemand den Namen eines anderen unbefugt in der Firma gebraucht, *RGE* 66 S. 323.

²¹⁾ Nicht allgemein also, sondern nur unter der im Texte bezeichneten Voraussetzung ist der Künstler- oder Schriftstellernamen zu schützen. Dadurch dürfte sich der Einwand *Blatts* S. 78 erheben, es fehle eine Rechtsregel, welche die Voraussetzungen bestimmt, unter denen ein solches Recht erworben wird. Ob das Pseudonym wirklich die feststehende Bezeichnung der bestimmten Person geworden ist, entscheidet die Tatsache, daß weite Kreise unter dem Pseudonym jenen bestimmten Schriftsteller verstehen (oft ist überhaupt nur dieser angenommene Name bekannt), und die Rechtsregel, welche an diese Tatsache das Recht auf diesen Namen knüpft, ist die Analogie aus dem *BG* § 12. Daß nach den Protokollen die II. Kommission einstimmig anderer Meinung war, kann die Analogie nicht ausschließen, da diese Ansicht im Text des Gesetzes nicht zum Ausdruck gelangt ist. Übrigens

schützen, also z. B. eine Klage auf Unterlassung zu gewähren sein, wenn jemand unter dem Namen „Carmen Sylva“ schreiben oder unter dem angenommenen Namen eines bekannten Schauspielers auftreten wollte²²⁾; ebenso die Telegrammadresse (z. B. Kohlenschulze), wenn sie verkehrszüblig geworden ist²³⁾.

3. Nach §§ 22—24 des KunstUrHG dürfen Bildnisse, von gewissen Ausnahmen abgesehen²⁴⁾, nur mit Einwilligung des Abgebildeten und während der ersten zehn Jahre nach seinem Tode nur mit Einwilligung seiner Angehörigen (Ehegatte, Kinder, eventuell Erben) verbreitet oder öffentlich zur Schau gestellt werden. Bei Übertretung dieser Vorschriften treten Strafen und Schadensersatzpflichten ein. Daraus aber kann nicht auf ein sog. „Recht am eigenen Bilde“²⁵⁾ geschlossen werden²⁶⁾.

4. Unzulässig erscheint nach dem BG die Annahme eines subjektiven Rechts auf Leben, Freiheit, Ehre. Namentlich letzteres ist wichtig. Nehmen wir ein Recht auf Ehre an, so würde nach § 823 Abs. 1 ein Schadensersatzanspruch wegen fahrlässiger Ehrverletzungen gegeben sein. Das aber entspricht nicht der Absicht des Gesetzes, was freilich erst im Obligationenrecht zu zeigen ist. Auch ein besonderes Persönlichkeitsrecht auf Geheimhaltung von Briefen ist nicht anzunehmen. Wohl aber kann an Briefen ein Urheberrecht begründet sein oder unter Umständen die Veröffentlichung eine vorsätzliche unsittliche Schädigung enthalten und demnach einen Ersatzanspruch nach § 826 begründen²⁷⁾.

III. Anwendungsbereich der Vorschriften über die natürlichen Personen. *)

§ 94. Internationales Privatrecht.

Nach den oben in § 61 besprochenen leitenden Grundsätzen kann es keinem Zweifel unterworfen sein, daß für die allgemeine Rechtsstellung einer Person, zumal die allgemeine Rechtsfähigkeit, den Stand, die Handlungsfähigkeit, den Namen, in der Regel das Personalstatut entscheidet, also in erster Linie das Heimatsrecht, welcher Ausdruck im folgenden stets anstatt Personalstatut gebraucht werden wird. Diese Regel bedarf indes

ind die Ansichten geteilt; für direkte oder analoge Anwendung der § 12 namentlich RGE 101 S. 230 und OBG 41 S. 3 (RG); ferner z. B. Dernburg, Ed, Endemann, Gierke, Hölder, Kohler, Leonhard, Löwenfeld, Dertmann, Opet; dagegen z. B. Biermann, Cofad, Olshausen, Pland, Rehbein, v. Tuhr.

²²⁾ Auch die Beilegung eines adligen Schriftstellernamens oder sonstigen Vornamens dürfte, da die Adelsbezeichnung nur Teil des Namens ist, nicht verboten sein (RRB Art. 109).
²³⁾ RGE 102 S. 89.

²⁴⁾ Bildnisse aus der Zeitgeschichte oder als Beiwerk zu Landschaften und ähnlichen Bildern, sowie Bilder von Versammlungen, Aufzügen usw. bedürfen der Einwilligung nur, wenn ein berechtigtes Interesse verletzt wird.

²⁵⁾ Rehßner, d. R. am eigenen Bilde, 1896; Gareis u. Rehßner in DZ XXVI 1 S. 3ff.; Rietschl, RivA 94 S. 142ff.

²⁶⁾ Dieser Schluß ist hier ebensowenig berechtigt, wie aus den gleichen an die Verletzung von Leben, Körper, Gesundheit, Freiheit geknüpften Folgen ein Personenrecht abgeleitet werden kann (oben § 71 I 1, 2), a. U. v. Tuhr § 6 IV. Auch die Zulässigkeit der Unterlassungsklage rechtfertigt einen solchen Schluß nicht, unten § 465.

²⁷⁾ RGE 69 S. 403ff., vgl. auch Rippmann, Recht an Briefen, SeuffBl 1912 S. 299ff., 361ff.

*) Bezüglich der Verschollenheit vgl. oben § 81; ferner über die Anwendung der folgenden Regeln im allgemeinen oben § 60.

einer genaueren Begrenzung und unterliegt mannigfachen Beschränkungen. Beides zwingt zu einer Scheidung der einzelnen Fragen.

I. Für die Geschäftsfähigkeit entscheidet Heimatsrecht, was nicht etwa nur für Verlehrsgeschäfte, sondern ganz allgemein, Art. 7 Abs. 1, insbesondere auch für die Eheschließung und Testamentserrichtung ausgesprochen, Art. 13 Abs. 1, 24 Abs. 1, und auf die Beschränkungen der Geschäftsfähigkeit durch Gesetz oder obrigkeitliche Verfügung (Entmündigung, Strafurteil) mitzubeziehen ist. Allein es gelten verschiedene Ausnahmen:

1. Ein volljähriger Ausländer verliert durch den Erwerb der Reichsangehörigkeit die Volljährigkeit nicht, auch wenn er nach deutschem Recht noch nicht volljährig sein würde, Art. 7 Abs. 2. Wir werden a fortiori schließen dürfen, daß das gleiche gilt, wenn ein volljähriger Deutscher die Staatsangehörigkeit eines fremden Staates erwirbt. Was von der Volljährigkeit gesagt ist, gilt auch von der anderwärts (zumal durch Volljährigkeitserklärung oder nach jetzt aufgehobenen autonomen Satzungen) erlangten Stellung eines Volljährigen.

2. Wenn ein Ausländer im Inlande ein Verlehrsgeschäft vornimmt, für das er nach seinem Recht nicht geschäftsfähig oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist, nach deutschem Recht aber geschäftsfähig sein würde, so gilt er für dieses Geschäft als geschäftsfähig, Art. 7 Abs. 3. Diese Beschränkung erscheint im Interesse der Rechtssicherheit unentbehrlich und entspricht dem Art. 84 B.D. und dem § 55 B.P.D. Sie bezieht sich aber nur auf Verlehrsgeschäfte, nicht auf familienrechtliche oder erbrechtliche Geschäfte und auch von den Verlehrsgeschäften nicht auf Verfügungen über ein ausländisches Grundstück, Art. 7 Abs. 3.

3. Auch für die Entmündigung gilt nach dem allgemeinen Prinzip Heimatsrecht und demgemäß ist auch die Entmündigung nach deutschen Gesetzen im allgemeinen auf Inländer beschränkt. Doch gelten hier einige Abweichungen:

a) Nach Art. 8 kann „ein Ausländer nach den deutschen Gesetzen entmündigt werden, wenn er seinen Wohnsitz oder, falls er keinen Wohnsitz hat, seinen Aufenthalt im Inlande hat“.

b) Nach dem Haager Abkommen über die Entmündigung und gleichartige Fürsorge maßregeln vom 17. Juli 1905 galten für die Vertragsstaaten und deren Angehörige besondere Vorschriften. Auch nach diesen ist regelmäßig das Gesetz des Heimatstaates maßgebend, und die Entmündigung kann nur durch die Behörden dieses Staates ausgesprochen werden. Jedoch können die Behörden des gewöhnlichen Aufenthaltsortes über die Entmündigung befinden, wenn sie den Behörden des Heimatstaates die vorgeschriebene Mitteilung gemacht und diese das Einschreiten abgelehnt oder binnen 6 Monaten nicht geantwortet haben. Dabei sind die Hindernisse zu berücksichtigen, die nach der Antwort der Behörden die Entmündigung im Heimatstaate ausschließen, und der Antrag auf Entmündigung kann nur von denjenigen Personen und aus denjenigen Gründen gestellt werden, welche von beiden Staaten zugelassen sind. Für die Verwaltung in Ansehung der Person oder des Vermögens und überhaupt für die Wirkung der Entmündigung ist im allgemeinen das Recht des Ortes der Entmündigung maßgebend. Die Entmündigung kann, auch wenn sie von den Behörden des gewöhnlichen Aufenthaltsortes ausgesprochen ist, von den Behörden des Heimatstaates nach ihren Gesetzen aufgehoben werden. Dieses Haager Abkommen ist aber durch den Versailler Friedensvertrag im Verhältnis zu den feindlichen Staaten aufgehoben (oben § 58 II 3).

II. Für die Deliktsfähigkeit ist nicht das Heimatsrecht, sondern das Recht des Deliktsortes entscheidend, Art. 12.

III. Die allgemeine Rechtsfähigkeit der Person untersteht an sich dem Heimatsrecht; allein fast alle hierüber geltenden Rechtsätze des deutschen Rechts beruhen nach unseren Auffassungen auf sittlicher Notwendigkeit oder anderen zwingenden Gründen, schließen also die Anwendung abweichenden ausländischen Rechts aus, Art. 30¹⁾. Zu diesen zwingenden Sätzen gehört namentlich der Grundsatz der persönlichen Freiheit. Die Rechts-

¹⁾ Daraus erklärt es sich wohl, daß die Zuständigkeit des Heimatsrechts für die allgemeine Rechtsfähigkeit von der herrschenden Meinung geleugnet oder übersehen wird. Daß abgesehen von den Vorschriften des Art. 30 das Heimatsrecht über Freiheit und Unfreiheit entscheiden muß, kann schwerlich verkannt werden. Auch für die Rechtsfähigkeit der juristischen Personen ist prinzipiell das Personalstatut entscheidend (unten § 113 III).

fähigkeit zu den einzelnen Erwerbungen ist dagegen nach demjenigen Recht zu beurteilen, dem das in Frage stehende Rechtsverhältnis untersteht; denn sie ist eine Voraussetzung der Entstehung dieser Rechtsverhältnisse. Zumal die Erbfähigkeit ist also nach dem für die Beerbung überhaupt maßgebenden Heimatsrecht des Erblassers zu beurteilen, was freilich nicht allgemein ausgesprochen ist, aber sich aus Art. 24 Satz 1, 25 Satz 1 ergeben dürfte.

IV. Für den Namensschutz ist, da das Recht auf den Namen ein persönliches Recht ist, das Personalstatut entscheidend, und zwar, was die Entstehung des Namens betrifft, das Personalstatut zu dieser Zeit, was die Verletzung betrifft, das Personalstatut zur Zeit der Verletzung, RGE 100 S. 185.

V. Besondere persönliche Bevorzugungen oder Zurücksetzungen einzelner Menschengruppen, die unserem Rechte fremd sind, werden wir, obgleich sie an sich dem Heimatsrecht unterstehen müßten, doch auch bei Ausländern im allgemeinen nicht anerkennen; denn das deutsche Recht bezweckt die Gleichheit aller vor dem Gesetz. Derartige Unterschiede sind also mit dem Zweck des deutschen Gesetzes in Widerspruch.

§ 95. Zeitliche Anwendung.

Von den sich auf die persönliche Rechtsstellung beziehenden Übergangsvorschriften kommen hauptsächlich zwei in Betracht, die vollkommen den früher entwickelten allgemeinen Grundsätzen entsprechen (oben § 56) und daher keiner Erläuterung bedürfen.

1. Wer bei Inkrafttreten des BG bereits die Stellung eines Volljährigen erlangt hatte, behält sie nach dem Inkrafttreten, auch wenn er sie nach den Vorschriften des BG noch nicht erlangt haben würde (Art. 153).

3. Wer beim Inkrafttreten des BG bereits wegen Geisteskrankheit oder Verschwendung entmündigt war, wird von diesem Zeitpunkt an so behandelt, als sei er nach den Vorschriften des BG entmündigt (Art. 155 u. 156 Abs. 1).

Zweiter Titel.

Juristische Personen.*

I. Die juristischen Personen im allgemeinen.

§ 96. Begriff**).

I. Zahlreiche menschliche Interessen sind nicht nur Interessen einzelner, sondern einem größeren oder kleineren Subjekt von Menschen gemeinsam

*) Savigny II §§ 85—102; Puchta, Rechtslexik. III S. 65ff.; Brinz 2. Aufl. I §§ 59—63, III §§ 432ff.; Dernburg I §§ 59ff.; Gierke I §§ 58—78, ferner Deutsch. Genossenschaftsrecht, 3 Bde, 1868—81, Genossenschaftstheorie, 1887, DogmZ 35 S. 169, 319, Wesen der menschlichen Verbände, 1902; Stobbe I §§ 49—62; Hegelsberger I §§ 75—93; Windscheid (Kipp) §§ 57ff. und § 49; Zitelmann, Wesen der juristischen Personen, 1873; G. Rümelin, Methodisches über juristische Personen, 1891, Zweckvermögen und Genossenschaft, 1892; Bernakoff A. f. öff. R. 5 S. 236ff.; Fellinet, System der öffentl. Rechte, 1892, S. 20ff.; Meurer, Die jur. Personen nach deutschem Reichsrecht, 1901; Hölder, Natürl. u. jur. Personen, 1905; Binder, Das Problem der jurist. Persönlichkeit, 1907; Hölder, DogmZ 53 S. 40ff., A. f. öff. R. 21 S. 308ff.; Ffay, Staatsangehörigkeit der jur. Pers., 1907; G. Schwarz, BvR 32 S. 12ff. und 35 S. 10ff.; Mayer, Die jur. Person und ihre Verwendbarkeit im öffentl. R., 1908; R. Leonhard, Schiffe als Parteiparteien i. d. Festgabe f. Vrie, 1912; Hoff, Grundlage der Körperschaftslehre, 1915 u. Institutionen der Körperschaftslehre, 1918; Krüdmann, BvR 114, 143; Frommhold, BvR 117 S. 116ff.; Schönfeld, DogmZ. 75 S. 333ff.

***) Das Problem der juristischen Persönlichkeit hängt aufs engste mit demjenigen des subjektiven Rechts (oben § 65, insbesondere unter III) zusammen. Die Hauptmei-

und können auch nur durch geordnetes, dauerndes Zusammenwirken einer Mehrheit von Menschen befriedigt werden. Bei allen Völkern hat daher das Bedürfnis zu bleibenden Vereinigungen und Veranstaltungen, mit einem Wort zu Organisationen zur Erreichung derartiger gemeinsamer Zwecke geführt: Staat, Gemeinde, Kirche, Vereine, Anstalten usw.

nungen lassen sich, wie folgt, gruppieren: 1. Nach der sog. Fiktionstheorie (vgl. namentlich Savigny, Buchta, Windscheid) beruht die Annahme der jurist. Person auf einer Fiktion. Sie ist eine nur vorgestellte Person (ein gedachter Mensch), die das Bedürfnis der juristischen Technik befriedigt, auch da, wo es sich nicht um Rechte eines Individuums handelt, den Begriff des subjektiven Rechts verwenden zu können. 2. Nach der jetzt ziemlich verbreiteten sog. organischen oder germanistischen Theorie (zuerst aufgestellt von Beseler, voll entwickelt von Gierke, in der Hauptsache auch von Zitelmann, Regelsberger u. a. gebilligt) ist die juristische Persönlichkeit eine Gesamtpersönlichkeit („Verbandspersönlichkeit“), eine wirkliche, zusammengesetzte Person mit einem wirklichen Gesamtwillen. Hier wird unsere bildliche Vorstellung mit der Sache selbst verwechselt (darüber im Texte); die jur. Person ist eben kein Organismus. Wenn wir einen Schachklub gründen und ins Vereinsregister eintragen lassen, entsteht kein neues Lebewesen. Vgl. gegen die organische Theorie auch oben § 29 Anm. 6; ferner Hölder S. 42ff.; Binder S. 17ff. und Felsinel S. 38: „Den Begriff des Organismus in die Jurisprudenz einführen, heißt in den erkenntnistheoretischen Fesseln verfallen, der der Rechtswelt gleiche Realität wie der Außenwelt zuschreibt“. — Während Savigny einen Menschen fingiert, Gierke das wirkliche Vorhandensein eines Lebewesens annimmt, schreiben andere Theorien die sog. Rechte der juristischen Personen lediglich wirklichen natürlichen Personen zu und zwar in verschiedener Weise: 3. Nach Fhering (Genießertheorie) stehen sie der Gesamtheit der Mitglieder (bei Korporationen) oder der Genußbestinatäre (bei Stiftungen) zu; und Meurer (S. 19ff.) will diesen Gedanken dahin präzisieren, „daß die Gesamtheit aller gegenwärtigen und zukünftigen Korporationsmitglieder und Stiftungsbestinatäre als Einheit gedacht“ und als berechtigt betrachtet werde. Hier also wird eine Menschenmehrheit als Rechtssubjekt betrachtet (mag sie als Mehrheit vorgestellt oder mit Meurer in Gedanken zu einer Einheit verbunden werden). Dadurch aber verschwindet gerade das für die juristische Person wesentlichste Moment, die Zwecksetzung. Der Staat ist nicht nur eine (als Einheit gedachte) Menschenmenge. Bei der Stiftung vollends ist eine Vereinigung derjenigen, denen die Stiftung zugute kommt, überhaupt nicht vorhanden. Daß die Stiftungsbestinatäre die wahren Inhaber der Rechte der Stiftung, also z. B. Eigentümer der Grundstücke der Stiftung seien, ist zudem eine Auffassung, die die praktische Probe an den von der Stiftung geltenden Rechtsfällen in keiner Weise besteht, und das gleiche gilt mutandis mutatis von der Korporation. 4. Gerade im Gegensatz zu Fhering erklärt Hölder (Amtstheorie) nicht die Genießer, sondern die Verfügungsberechtigten für die wahren Rechtsträger; er betrachtet die Rechte der egoistischen Vereine als den Mitgliedern zustehend und diese Vereine als Gesellschaften, welche nur die Besonderheit haben, daß die Mitglieder lediglich mit dem Vereinsvermögen (Gesellschaftsvermögen) haften. Bei den altruistischen Vereinen (die S. mit Unrecht sämtlich als öffentlichrechtliche behandelt wissen will), ferner bei dem Staate, den Gemeinden usw., endlich bei den Stiftungen sind nach S. überhaupt nur öffentliche Rechte vorhanden, die den Verwaltern als Amtsrechte (also nicht als Privatrechte, Eigentum usw.) zustehen. Ähnlich Binder, der jedoch abweichend von Hölder auch Rechte, die einer Mehrheit von Personen zustehen, für möglich hält und die Korporationen von der Gesellschaft nur durch ihre Unabhängigkeit vom Wechsel der Mitglieder unterscheidet. Beider Absicht beruht in der Hauptsache auf der schon oben § 76 Anm. 1 zurückgewiesenen Annahme, daß der Vormund oder der Vertreter der (öffentlichen) Korporationen der eigentlich Berechtigte sei. Sie steht ferner mit der allgemeinen Anschauung und mit zahlreichen Vorschriften des BG nicht im Einklang. 5. Im Gegensatz zu allen diesen Theorien nimmt Brinz (Zweckvermögenstheorie) an, daß die Rechte der juristischen Person in Wahrheit niemandem, sondern nur „für“ einen Zweck gehören, d. h. für diesen bestimmt sind. Er ersetzt die juristische Person durch die Annahme eines Zweckvermögens. Allein damit ist, wie von mir bereits in früheren Auflagen hervorgehoben und dann von Schwarz näher ausgeführt ist, im Grunde schon ausgesprochen, daß auf die sog. Rechte der juristischen Person der Begriff des subjektiven Rechts als einer Rechtsmacht nicht paßt, daß es sich vielmehr nur um eine Gebundenheit von Gütern (oder Per-

Diese Organisationen sind keine Lebewesen, sie haben keinen natürlichen Willen; aber in ihnen wirkt vereinter menschlicher Wille und vereinte menschliche Kraft in bestimmter, durch den Zweck der Organisation gegebener Richtung. Es ist also eine zwar bildliche, aber dem Wesen der Sache gerecht werdende Anschauung, daß wir die so geeinte Willensmacht als den Willen der Organisation selbst bezeichnen, z. B. vom Staatswillen, Staatsmacht, Staatsinteressen reden. Wir denken also die Organisationen (den Staat, den Verein, die Anstalt) selbst als Willenssubjekte, wir personifizieren sie.

II. Das Recht folgt dieser Betrachtungsweise, indem es ihnen rechtliche Macht, Rechte zuerkennt, sie als Rechtssubjekte, Personen, sog. juristische Personen, betrachtet. Es kommt dadurch einem dringenden Bedürfnis entgegen. Die Wahrung jener gemeinsamen Interessen fordert, daß ihnen Güter dauernd dienstbar gemacht werden. Diese Dienstbarmachung aber kann ohne eine durchgreifende Umgestaltung unseres Privatrechts nicht wohl anders erfolgen als durch Zuerkennung von Rechten auf diese Güter; denn unser gesamtes Privatrecht ist auf subjektive Rechte zugeschnitten. Jedes Privatrecht setzt nach seinem Inhalt und seiner Entstehung ein Rechtssubjekt voraus. Will man also die Bindung von Gütern für die Zwecke jener Organisationen mit

sonen) für jenen Zweck handeln würde (vgl. oben § 65 III). Brinz hält nun für die Rechte der natürlichen Personen den Machtbegriff fest, erklärt dagegen die Rechte der jur. Person für Rechte anderer Natur, die nur mit dem für die persönlichen Rechte üblichen Namen bezeichnen würden, während Schwarz (konsequenter und radikaler) den Machtbegriff der Rechte überhaupt verwirft und auch die Rechte der natürlichen Personen nur als Gebundenheiten (nämlich für die Zwecke der Einzelpersonen) betrachtet. 6. Die im Texte entwickelte Ansicht (die man vielleicht als die Theorie der Zweckpersonifikation bezeichnen könnte) will die in den übrigen Theorien, insbesondere in der organischen, der Zweckvermögens- und der Fiktionstheorie enthaltenen richtigen Gedanken vereinen und ihre Fehler vermeiden. Sie geht davon aus, daß ohne eine tiefgreifende Umformulierung unseres gesamten Rechtes der Begriff des subjektiven Rechts als einer (gedachten) Rechtsmacht nicht entbehrt werden kann und für die Rechte der natürlichen Personen auch zutrifft (oben § 65). Für die Rechte der juristischen Personen paßt dieser Begriff nicht, sie sind nur Zweckgebundenheiten. Diese werden aber nach Analogie der subjektiven Rechte behandelt, und die analoge Behandlung wird dadurch bewirkt, daß man die zur Förderung des Zweckes geschaffene (wie alles dem Rechte angehörige nur gedachte) Organisation, also bei der Korporation den zu dem gemeinsamen Zwecke vereinigten Mitgliederverband, bei der Stiftung die rechtliche Veranstaltung zu dem bestimmten Zwecke, als Rechts- und Willenssubjekt denkt und den Willen der verfassungsmäßigen Verwalter (Organe) als den Willen dieses Subjektes betrachtet. Ob man darin (wie z. B. Hoff S. 97 ff.) eine Fiktion (oder auch eine Wahrheit von solchen) erblicken will, ist völlig gleichgültig. Fiktionen sind Verweisungen, nichts weiter (oben § 27 I 2b). Genug, wenn auf diese Weise eine leichte und zweckentsprechende Anwendung der geltenden Rechtsvorschriften ermöglicht, die sachgemäße Fortentwicklung des Rechts nicht erschwert wird und Fehlschlüsse (vgl. oben § 65 III am Ende) vermieden werden. Von der organischen Theorie unterscheidet sich diese Ansicht (was ich Dertmann gegenüber bemerke) dadurch, daß sie weder die juristische Person als Lebewesen noch den Willen der Verwalter als wirklichen Willen jenes Lebewesens ansieht, noch in der Stiftung einen Personenverband erblickt. Werden diese Bilder, wie ich nicht bezweifle, immer mehr als nur solche erkannt werden, so bleibt dennoch der Wert der hierföhen grundlegenden Untersuchungen über die juristischen Personen ungeschmälert.

dem übrigen Privatrecht in Einklang bringen, so kann das nur geschehen, indem man die Organisationen als Rechtssubjekte anerkennt¹⁾.

III. Diese Personifikationen in rechtlicher Beziehung kann sich nun entweder auf den oben erwähnten Punkt, die Fähigkeit, Rechte zu haben, die Rechtsfähigkeit, beschränken oder auch die Willensfähigkeit, mit umfassen. Im ersten Fall wird die juristische Person nur als Rechtssubjekt, nicht als Willenssubjekt, im zweiten als Rechts- und Willenssubjekt betrachtet.

Bei der ersten Auffassung ist die juristische Person eine handlungsunfähige Person, die (ganz wie handlungsunfähige natürliche Personen) durch ihre Vertreter vertreten wird. Die Handlungen dieser Vertreter (vorausgesetzt, daß sie im Namen der juristischen Person und innerhalb der Vertretungsmacht vorgenommen sind) berechtigen und verpflichten die juristische Person, gelten aber nicht als Handlungen der juristischen Person selber.

Bei der zweiten Auffassung wird die juristische Person als selbsthandelnd gedacht, als handelnd durch ihre Organe²⁾, deren Handlungen innerhalb der ihnen zustehenden Berechtigungen als Handlungen der juristischen Person selber gelten.

1. Die erste Auffassung ist die des römischen Rechts: die handlungsunfähige juristische Person kann nur vertreten werden in den Grenzen, welche überhaupt der Stellvertretung gesetzt sind, also bei Rechtsgeschäften, nicht aber bei Delikten. Wenn ihre Vertreter, sei es auch in Ausführung der ihnen obliegenden Angelegenheiten, ein Delikt begehen, so wird dieses keineswegs als eine Handlung der juristischen Person angesehen, und sie ist nicht dafür verantwortlich. *Quid enim municipes dolo facere possunt?* Ulpian, L. 15 § 1 D. de dolo 4, 3. Sie haftet daher für das Verschulden ihrer Vertreter nur in denjenigen Fällen, in denen auch eine natürliche Person für ihre Vertreter haften würde.

2. Aber schon die Theorie wie die Praxis des gemeinen Rechts strebte über diese Auffassung hinaus, und das BG hat sich vollständig der zweiten

¹⁾ Das heißt: Auf diese Organisation sollen alle Regeln, die von Rechtssubjekten gelten, angewandt werden; nicht aber heißt es, man solle sich vorstellen, daß die Organisation ein Mensch wäre (Brinz, *Vogelscheuche* ist also hier keineswegs am Platze). Im Gegenteil, alle Regeln über Menschen, die nur darauf beruhen, daß sie leibliche Individualität haben (Verwandtschaft, Ehe, elterliche Gewalt usw.), finden auf die juristischen Personen keine Anwendung. — Im übrigen vgl. oben Anm. ** und § 65 III.

²⁾ Die Auffassung des Vorstandes als eines Organes der jur. Person, durch das diese selbst handelt oder genauer als handelnd gedacht wird, findet sich u. a. bei Gierke, *D. PrK* I S. 472, *Regelsberger* I S. 323; *Jakubezky*, *Bemerkungen zum BG* S. 12; *Ed.*, *Vorträge* S. 86; *Endemann* I § 39 S. 175; *Zitelmann* I S. 62ff.; *Cosack* I § 33; *Staudinger-Loewenfeld*, *Borbem. V.*; *Dertmann*, *BürgR* 10 S. 192; *Preuß.*, *DogmZ* 44 S. 429ff. Dagegen insbesondere *Hölder* zu § 21 S. 124; *H. Leonhard*, *Allg. L.* § 34; *Meurer* S. 156; *Schlossmann*, *DogmZ* 44 S. 289ff.; v. *Tuhr* § 32 II, deren Polemik aber die Darstellung des Textes nicht trifft, weil sie nicht beachtet, daß die Vertreter als Organe nur gedacht werden.

Auffassung angegeschlossen. Die Handlungen, welche die verfassungsmäßigen Organe (nicht gewöhnliche Vertreter, woraus sich eben der Unterschied besonders klar ergibt) in Ausführung der ihnen zustehenden Berrichtungen vornehmen, gelten als Handlungen der juristischen Person selbst. Ihr Wille gilt als Wille der juristischen Person. Diese haftet also gerade wie die natürliche Person aus ihrem eigenen Willen (§§ 31, 86, 89; näheres unten § 103). Die juristischen Personen des bürgerlichen Rechts sind daher zu bezeichnen als Organisationen (d. h. Vereinigungen und Veranstaltungen zu bestimmten Zwecken³⁾, die als Rechts- und Willenssubjekte anerkannt sind.

Der dadurch dem römischen Rechte gegenüber erzielte Fortschritt wird kaum verkannt werden können; denn die Auffassung, daß beispielsweise der rechtsfähige Verein durch den Vorstand oder gar durch die Mitgliederversammlung nur vertreten werde und deshalb die Verantwortlichkeit für deren unerlaubte Handlungen ablehnen dürfe, wird dem Wesen des Verhältnisses nicht gerecht. Über der juristischen Konstruktion, welche den Verein als gedachte Person von den Mitgliedern scheidet, vergißt sie, daß es doch nur die (organisierte) Mitglieder Gesamtheit ist, die als Person gedacht wird, und daß, wer die Mitgliedervereinigung personifiziert, folgerichtig auch deren geeinten Willen als Willen der gedachten Person betrachten muß.

IV. Da es lediglich eine Frage des positiven Rechts ist, ob eine Organisation als Rechtssubjekt anerkannt werden soll oder nicht, so steht auch nichts im Wege eine solche Anerkennung nur in einzelnen Beziehungen auszusprechen. So ist es in der Tat bei der offenen Handelsgesellschaft unseres Handelsrechts geschehen. Sie ist keine juristische Person, sondern eine Gemeinschaft zur gesamten Hand. Die „unter ihrer Firma“ erworbenen Rechte und eingegangenen Verpflichtungen stehen in Wahrheit der Gemeinschaft der Mitglieder zu und die Vorschriften des BG über die Gesellschaft finden auf sie ergänzende Anwendung (HGB § 125); aber sie „kann unter ihrer Firma Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen, Eigentum und andere dingliche Rechte an Grundstücken erwerben, vor Gericht klagen und verklagt werden“ (HGB § 124). „Über das Gesellschaftsvermögen findet ein selbständiges Konkursverfahren statt“ (RN § 209), und „zur Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen ist ein gegen die Gesellschaft gerichteter vollstreckbarer Schuldtitel erforderlich“ (HGB § 128 Abs. 2). In diesen Beziehungen wird also die Offene Handelsgesellschaft wie eine juristische Person behandelt. Auch bei den nichtrechtsfähigen Vereinen des BG findet sich (wenn auch in geringerem Maße) ähnliches in der Vorschrift, daß „der nichtrechts-

³⁾ Statt „Organisationen“ oder „Vereinigungen und Veranstaltungen zu bestimmten Zwecken“ will Behrend die jur. Personen als „Einrichtungen“ bezeichnen (welchen unbestimmten Ausdruck ich übrigens gelegentlich auch gebraucht habe, unten § 110 I). Er meint nämlich jene ersteren Ausdrücke seien gleichbedeutend mit „Verfassung“ und seien nur Attribute. Beides ist unrichtig; die dauernde Vereinigung (von Menschen) oder die dauernde Veranstaltung (Anstalt) selbst, nicht ihre Verfassung oder Regelung oder sonst eine Eigenschaft wird als Rechts- und Willenssubjekt gedacht. Wären die Einwürfe zutreffend, so würden sie sich übrigens gegen das Wort „Einrichtung“ in gleicher Weise richten

fähige Verein verklagt werden kann und alsdann im Prozesse dieselbe Stelle wie ein rechtsfähiger Verein einnimmt" (ZPO § 50 Abs. 2).

Man hat in derartigen Fällen von einer Mittelstufe der Rechtsfähigkeit zwischen juristischer Person und Individuum gesprochen⁴⁾. Doch ist das nicht genau; denn es handelt sich nicht um einen dritten selbständigen, zwischen juristischer Person und Gemeinschaft stehenden Begriff. Zutreffender ist es daher, hier von einer Gemeinschaft zur gesamten Hand zu reden, die in einzelnen Beziehungen als juristische Person behandelt werden soll⁵⁾.

§ 97. Arten.

Das BG unterscheidet die juristischen Personen des öffentlichen Rechts und die privatrechtlichen. Juristische Personen des öffentlichen Rechts sind diejenigen, deren Verfassung im öffentlichen Interesse durch Rechtsvorschrift geregelt ist, während die Verfassung der privatrechtlichen auf privater Satzung oder privatem Stiftungsgeschäft beruht¹⁾.

Zu den öffentlichen gehören beispielsweise der Staat (das Deutsche Reich wie die einzelnen Länder), die Gemeinden, Kreise, Provinzen, Schul-, Armen- und Begeverbände, Universitäten²⁾, Handels- und Landwirtschaftskammern, Zünfte, Krankenlassen und Erbschaften, Unfallversicherungsberufsgenossenschaften und Invaliditäts-, Alters- und Hinterbliebenenversicherungsanstalten³⁾, Kranken- und Armenanstalten, wenn sie der öffentlichen Kranken- und Armenpflege dienen, die Reichsbank⁴⁾, die deutsche Reichsbahngesellschaft, die großen christlichen Religionsgesellschaften⁵⁾, endlich zahlreiche Verbände und Anstalten auf den dem Landesrecht vorbehaltenen Gebieten, sofern sie im öffentlichen Interesse durch Rechtsvorschrift geordnet sind, z. B. die landschaftlichen Kreditverbände (Landestreditanstalten, Landestreditklassen), Deichverbände, Wassergenossenschaften, Fischereigenossenschaften.

I. Die privaten juristischen Personen zerfallen in Vereine und Stiftungen.

1. Der Verein besteht aus einer Mehrheit von Personen, denen die Verwaltung der Vereinsangelegenheiten (in Person oder durch dazu vom

⁴⁾ Jaeger in Leipz. Festgabe für Sohm (1915) S. 16; vgl. auch K. Lehmann, ZSR 74 S. 462 ff.; 78 S. 308 ff.

⁵⁾ Vgl. namentlich Schönfeld, DogmZ 75 S. 333 ff.

¹⁾ Denkbar ist übrigens auch, daß eine auf privatem Stiftungsgeschäft beruhende Stiftung durch öffentlichen Akt einer öffentlichen Organisation, so eingefügt worden ist, daß sie dadurch öffentlichen Charakter erhält, Prot. I S. 586, Band zu § 89, I; Staudinger-Loewensfeld, Vorbem. über Stiftungen VI, 2. Nicht entscheidend ist die öffentliche oder private Natur des Zwecks, wie schon das Bestehen politischer, sozialpolitischer, religiöser Privatvereine beweist, § 62 Abs. 2. Über Hölders stark abweichende Ansicht oben § 96 Anm. ** Nr. 4.

²⁾ Auch öffentliche Schulen, wenn sie jur. Personen sind.

³⁾ ZPO §§ 3 f., 225 ff., 503 ff., 623 f., 956 ff., 1118 ff., 1326 ff.

⁴⁾ Reichsbankgesetz.

⁵⁾ Andere Religionsgesellschaften sind, wenn sie rechtsfähig sind, Privatcorporationen; ihnen können aber nach Art. 137 WRV die Rechte der öffentlichen Religionsgesellschaften gewährt werden.

Berein bestellte Organe) zusteht. Der Verein hat also Mitglieder und Selbstverwaltung.

2. Bei der Stiftung braucht ein bestimmt abgegrenzter Personenkreis, dem die Stiftung zugute kommt, überhaupt nicht vorhanden zu sein (Stiftungen zu allgemein-wissenschaftlichen Zwecken, Krankenhäuser ohne Bestimmung der Aufzunehmenden oder Aufnahmeberechtigten). Ist aber auch ein solcher Personenkreis vorhanden, so steht ihm doch die Verwaltung der Stiftung nicht zu. Die Stiftung hat keine Mitglieder, sondern nur Destinatäre⁶⁾.

Zwischen Stiftungen und Anstalten unterscheidet das BG mit Recht nicht; denn die Grenze ist zu schwankend und die Größe des Apparates, der die Stiftung zur Anstalt machen würde, geradezu unbestimmbar.

Die ruhende Erbschaft, die nach gemeinem Recht ebenfalls als juristische Person behandelt wurde⁷⁾, ist im BG überhaupt verschwunden; denn nach ihm wird die Erbschaft stets mit dem Tode des Erblassers erworben (§§ 1942, 1953, vgl. mit 2101 u. 2105), und wo sofortiger Erwerb unmöglich erscheint, z. B. wenn ein erst Erzeugter oder ein noch nicht einmal Erzeugter zum Erben eingesetzt ist, wird entweder durch eine Fiktion geholfen (§ 1923 Abs. 2), oder es wird ein anderer zunächst Vorerbe. Im Falle der Ausschlagung aber gilt die Erbschaft als dem Ausschlagenden gar nicht angefallen, sondern als dem Nachberufenen schon beim Tode des Erblassers erworben. Für die ruhende Erbschaft ist also kein Raum geblieben. Sie existiert nicht mehr.

II. Entsprechend der Einteilung der privatrechtlichen jur. Personen in Vereine und Stiftungen kann man die öffentlichen in Körperschaften und Stiftungen scheiden. Die Einteilung hat aber geringe Bedeutung, weil für keine dieser beiden Klassen allgemeine Vorschriften gelten, vielmehr die einzelnen Unterarten teils reichsgesetzlich, teils landesgesetzlich geregelt sind. Neben den Stiftungen sind im § 89 auch „Anstalten“ genannt, weil es bei einigen öffentlichen jur. Personen zweifelhaft erscheinen kann, ob sie den Körperschaften oder Stiftungen zuzuzählen sind, z. B. bei den Universitäten, denen von ihrer einstmaligen weitreichenden Selbstverwaltung nur ein äußerst geringer Rest geblieben ist⁸⁾. Die juristischen Personen des öffentlichen Rechts sind, von zwei später zu erwähnenden Vorschriften (unten § 112) abgesehen, dem öffentlichen Rechte überlassen.

⁶⁾ So in der Hauptsache schon E. Mayer in Stengels Wörterbuch I S. 692f.; Leonhard, Allg. T. § 36 II; Meurer S. 31ff. Nur darf man nicht mit E. Mayer behaupten, daß beim Verein Verwalter und Genußbestinatäre zusammensfielen. Sehr viele Vereine dienen den Interessen ganz anderer Personen als der Mitglieder.

⁷⁾ Vgl. insbesondere L. 22 D. de fidej. 46, 1: hereditas personae vice fungitur sicut municipium et decuria; L. 13 § 5 D. quod vi 43, 24: hereditas dominae locum obtinet. Über die Streitfragen vgl. die Pandektenlehrbücher.

⁸⁾ Auch der Fiskus ist, weil seine Natur als Korporation bestritten ist, in § 89 besonders genannt, er gehört aber zu den Körperschaften; denn Fiskus ist der Staat in seiner Eigenschaft als Subjekt von Privatrechten.

§ 98. Umfang der Rechtsfähigkeit.

I. Die Rechtsfähigkeit der juristischen Person bezieht sich auf das gesamte Privatrecht¹⁾ mit Ausnahme derjenigen Rechtsverhältnisse, welche menschliche Individualität voraussetzen. Familienrechte sind daher in der Regel²⁾ ausgeschlossen; Vermögensrechte dagegen sind ihnen zugänglich, ebenso diejenigen Personenrechte, welche keine menschliche Individualität voraussetzen, z. B. das Recht auf den Namen³⁾ oder die Mitgliedschaft in einem Verein.

In vermögensrechtlicher Beziehung steht die juristische Person der natürlichen gleich, ist zumal erbfähig und vermächtnisfähig⁴⁾. Da die Erbeinsetzung einer jur. Person ist sogar, wenn diese erst nach dem Erbfall zur Entstehung kommt, als Einsetzung zum Nacherben gültig (§§ 2101, 2105, 2106, 2109, 2163). Auch eines Nießbrauchs oder einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit ist die jur. Person fähig, und diese Rechte erben auch nicht wie nach gemeinem Recht in 100 oder wie nach anderen Landesrechten in 30 Jahren, sondern erlöschen, abgesehen von besonderen Endigungsgründen, erst mit Untergang der jur. Person (§ 1061).

II. Jedoch bestehen auch einzelne Beschränkungen:

1. Innungen und Versicherungsgesellschaften bedürfen zum Grundstücks-erwerb der Genehmigung der Aufsichtsbehörde⁵⁾.

2. Partikularrechtlich bestehen vielfach Vorschriften, „welche den Erwerb von Rechten durch juristische Personen beschränken oder von staatlicher Genehmigung abhängig machen“ (vgl. Amortisationsgesetze⁶⁾). Soweit diese Vorschriften Gegenstände im Werte von mehr als fünftausend Mark betreffen⁷⁾, sind sie durch Art. 86 den Landesgesetzgebungen vorbehalten⁷⁾, die

¹⁾ Über öffentliche Rechte und Pflichten der jur. Personen, z. B. über Steuerpflicht, Wahlrecht usw., ist im öffentlichen Recht zu handeln.

²⁾ Nach röm. Recht war die jur. Person der *dominica potestas* (über Sklaven) und des Patronats fähig, da beide Rechte als Folge des Eigentums erscheinen, L. 1, 2 D. de manum. quae servis 40, 3; L. 10 § 4 D. de in jus voc. 2, 4. Nach BG § 1913 wird die Bestellung eines Pflegers (insbesondere für noch nicht bestehende zum Nacherben eingesezte juristische Personen) für zulässig zu halten sein. So auch die vorherrschende Meinung

³⁾ RGE 74 S. 114; 101 S. 173 ff.

⁴⁾ Im röm. Recht ist die Erbfähigkeit der meisten jur. Personen erst allmählich anerkannt. Noch nach just. Recht bedurften die Vereine zum Erbschaftserwerb eines besonderen kaiserlichen Privilegs; L. 8 C. de her. inst. 6, 24; Collegium si nullo speciali privilegio subnixum sit, hereditatem capere non posse dubium non est. Die gemeinrechtliche Praxis hat aber diese Beschränkung nicht beachtet.

⁵⁾ GewD § 89b Nr. 1; VerfUntG § 64.

⁶⁾ Kahl, Die deutschen Amortisationsgesetze, 1880, und in Conrad u. Lexis Handwörterb. d. Staatsw. Art. „Amortisationsgesetze“.

⁷⁾ Zweifeln kann man, ob der Vorbehalt sich nur auf den die Wertgrenze überschreitenden Betrag bezieht, so daß also ein höherer Erwerb jedenfalls bis zum Betrage von 5000 M. gültig wäre, oder ob das Landesgesetz, sobald die Wertgrenze überschritten ist, den Erwerb seinem ganzen Betrage nach für ungültig erklären kann. Der Wortlaut („soweit“) spricht mehr für die erstere, praktische Gründe empfehlen die zweite Auslegung. Die Landesgesetze haben sich vielfach auf den Boden der zweiten Auslegung gestellt, vgl. PrAG Art. 6 § 1 „ihrem vollen Betrage nach“; BayAG Art. 7 „dem vollen Betrage nach“; WürtAG Art. 140 usw.

denn auch namentlich in den Ausführungsgesetzen zahlreiche entsprechende Vorschriften erlassen haben.

Der Vorbehalt bezieht sich auf alle juristischen Personen, auch die öffentlichen, und auf alle Arten von Erwerbungen, welche die Wertgrenze überschreiten. Die zurzeit bestehenden landesgesetzlichen Vorschriften aber fordern nur

a) landesherrliche oder staatliche (behördliche) Genehmigung für Schenkungen und Zuwendungen von Todes wegen an juristische Personen⁹⁾ oder nur an geistliche Gesellschaften⁹⁾,

b) eine derartige Genehmigung für den Erwerb von Grundstücken und gleichgestellten Rechten durch juristische Personen¹⁰⁾ oder nur durch geistliche Gesellschaften¹¹⁾ oder nur durch juristische Personen mit wohltätigen und religiösen Zwecken¹²⁾.

3. Endlich kann der Erwerb von Grundstücken durch ausländische juristische Personen (wie durch andere Ausländer) landesgesetzlich von staatlicher Genehmigung abhängig gemacht werden (Art. 88), was vielfach durch die Ausführungsgesetze geschehen ist¹³⁾.

III. Ob und wie weit ein staatliches Aufsichtsrecht über die juristischen Personen besteht, entscheidet sich nach dem öffentlichen Landesrecht¹⁴⁾, durch das aber die reichsgesetzlichen Vorschriften, insbesondere des BG und des Reichsvereinsgesetzes, nicht abgeändert werden können (vgl. unten § 101 II 3).

II. Die Vereine im besonderen. *)

1. Entstehung.

§ 99. Allgemeines.

Bezüglich der Vereinsgründung sind drei Fragen zu unterscheiden: Ist sie nach dem öffentlichen Vereinsrecht erlaubt? Welches sind die privatrechtlichen Erfordernisse der Vereinsbildung? Wie erlangt der Verein die Rechtsfähigkeit?

I. Die Frage der Erlaubtheit ist, weil dem öffentlichen Recht angehörig, im BG nicht geregelt, aber durch das Vereinsgesetz v. 19. April 1908 (BG)

⁹⁾ Wenn sie 5000 M. überschreiten: Preußen Art. 6 (mit Ausnahme der Familienstiftungen); Baden Art. 8; Hessen Art. 12 usw.

⁹⁾ Bayern Art. 7, 10, wenn sie 10000 M. (ausländische 5000 M.) übersteigen.

¹⁰⁾ Preußen Art. 7 (mit Ausnahmen, ausländische ohne Rücksicht auf den Wert); Mecklenburg §§ 27—30.

¹¹⁾ Bayern, wenn über 10000 M. (ausländische über 5000 M.), Art. 8, 10.

¹²⁾ Württemberg Art. 140.

¹³⁾ Preußen Art. 7 § 2; Bayern Art. 10; Hessen Art. 15 (insoweit nicht die Gegenseitigkeit verbürgt ist); Hamburg § 28 usw.

¹⁴⁾ Ein dies ausdrücklich aussprechender Vorbehalt (Art. 80 der Reichstagsvorlage) wurde von der Rik gestrichen, weil er für das öffentliche Aufsichtsrecht selbstverständlich sei. Die Hypothekendarlehen unterstehen nach § 3 HypoBankG der Staatsaufsicht, private Versicherungsunternehmungen nach VerfluffG §§ 1 ff. der Staats- und Reichsaufsicht.

^{*)} Leist, Vereinherrschaft und Vereinsfreiheit, 1899, Die Strafgewalt moderner Vereine, 1902, Unterf. z. inneren Vereinsrecht, 1904; Altman, Handb. d. deutsch. Vereinsrechts, 1905; Waldenburg, Privatr. Verhältnisse der Vereine nach BG, 1899; Schwabe, Die jur. Person u. das Mitgliedschaftsrecht, 1900, die Körperschaft mit und ohne Persönlichkeit, 1904; Staubinger, Bl. f. Rechtsanw. 62 S. 305 ff.; F. v. Bülow, Das Vereinsrecht des BG, 1902; Wiedemann, Beitr. z. v. d. idealen Vereinen, 1908.

unter Ausschluß der Landesgesetze reichsgesetzlich geordnet. Nach § 1 dieses Gesetzes haben alle Reichsangehörigen das Recht, zu Zwecken, die den Strafgesetzen nicht zuwiderlaufen, Vereine zu bilden¹⁾. Das gleiche bestimmt die RNB Art. 124.

II. Die Entstehung eines Vereins erfordert einen Gründungsvertrag, d. h. eine vertragmäßige Vereinigung²⁾ mehrerer Personen zu einer auf die Erreichung bestimmter Zwecke gerichteten, von dem Wechsel der Mitglieder unabhängigen Organisation mit selbständigem Vermögen³⁾.

III. Ob aber diese Vereinigung alsbald die Rechtsfähigkeit zur Folge habe oder ob diese noch von der Erfüllung anderer Erfordernisse abhängt, darüber herrschte weder in der gemeinrechtlichen Theorie noch in den Partikularrechten Einstimmigkeit. Auch war die Frage oft in demselben Rechtsgebiete für die verschiedenen Arten von Vereinen verschieden beantwortet. Man unterscheidet in dieser Beziehung drei Systeme:

1. Das System der freien Körperschaftsbildung fordert eben nichts weiter, als daß sich mehrere Personen zu dem bestimmten Zweck mit korporativer Verfassung vereinigen. Ob eine korporative Verfassung da sei, soll aber nicht nach einem bestimmten Merkmal entschieden werden, so wichtig auch das Vorhandensein eines Vorstandes in dieser Beziehung ist, sondern ist aus der gesamten Vereinsfassung zu entnehmen.

2. Das Konzessionsystem. Nach diesem erlangt der Verein die Rechtsfähigkeit erst durch staatliche Verleihung der juristischen Persönlichkeit.

3. Das System der Normativbestimmungen. Der Verein erlangt die Rechtsfähigkeit, wenn er bestimmte gesetzliche Voraussetzungen erfüllt, welche die Ordnung der Verfassung und die Sicherung des Verkehrs nach außen bezwecken, und wenn die Erfüllung dieser Voraussetzungen durch einen behördlichem Akt, in der Regel durch die Eintragung in ein öffentliches Vereinsregister, bekundet wird. Mit dieser Bekundung entsteht die juristische Person.

Von diesen drei Systemen empfiehlt sich das erste, das System der freien Körperschaftsbildung, dadurch, daß es die Bildung rechtsfähiger Vereine außerordentlich erleichtert,

¹⁾ Die Beschränkung des BG § 3, daß politische Vereine, d. h. solche, welche eine Einwirkung auf politische Angelegenheiten bezwecken, einen Vorstand haben „müssen“, ist durch Kr. 2 des Auftrufs v. 12. Nov. 1918 aufgehoben.

²⁾ Manche wollen darin nicht einen Vertrag, sondern einen Gesamttat erkennen (vgl. unten § 137 II 3); allein die Erklärungen der Vereinsgründer erfolgen keineswegs nebeneinander, sondern sind gegenseitig; jeder erklärt den übrigen, sich mit ihnen zu einem Verein zusammenzuschließen, ganz ähnlich wie beim Gesellschaftsvertrage. Zustimmung v. Lühr S. 476 ff.

³⁾ Näheres darüber und über die Unterscheidung des Vereins von der Gesellschaft unten § 109 II. Die Vereinsgründer müssen geschäftsfähig sein; doch ist die Gründung, wenn einzelne geschäftsunfähig oder geschäftsbeschränkt sind, meist nach § 139 zwischen den übrigen gültig.

also die auf allen Gebieten mächtig hervortretenden Assoziationsbestrebungen unserer Zeit wirksam fördert; aber es ist auf der anderen Seite mit der Verkehrssicherheit nicht wohl vereinbar. Selbst wenn man das Vereinsstatut und das Leben eines Vereins kennt, ist es oft eine schwer zu beantwortende Frage, ob der Verein die genügende korporative Verfassung habe oder wegen des Mangels einer solchen nicht als Korporation betrachtet werden könne. Wollends ist dies den außerhalb des Vereins stehenden Personen in der Regel verborgen. Es ist aber für alle, welche mit dem Verein in Rechtsbeziehungen treten, unbedingt erforderlich, zu wissen, ob ihnen der Verein und nur der Verein haftet oder ob sie sich an die Mitglieder oder die handelnden Personen zu halten haben.

Das Konzeptionsystem schafft zwar diese Klarheit; aber es erschwert die Bildung rechtsfähiger Vereine in bedauerlicher Weise, vereitelt sie in vielen Fällen gänzlich und hat selbst im günstigsten Falle Verzögerungen zur Folge.

Das System der Normativbestimmungen vereinigt die Vorteile und vermeidet die Nachteile der beiden anderen Systeme. Die Eintragung in das Vereinsregister gibt volle Sicherheit darüber, ob ein rechtsfähiger Verein vorhanden sei, und doch ist den Vereinen ein sicherer Weg eröffnet, um zur Rechtsfähigkeit zu gelangen. Sie haben eben nur die aus Gründen der Ordnung und der Verkehrssicherheit geforderten Vorbedingungen zu erfüllen; und deren Erfüllung liegt, bei Lichte betrachtet, in ihrem eigenen Interesse.

IV. Von den deutschen Landesgesetzgebungen stand keine einzige auf dem Boden der freien Körperschaftsbildung, vielmehr verlangten die meisten ausdrücklich oder stillschweigend staatliche Verleihung; ein bayerisches Gesetz vom 29. April 1869 sowie ein sächsisches vom 15. Juni 1868 beruhten auf dem System der Normativbestimmungen.

Auch die gemeinrechtliche und partikularrechtliche Praxis hielt prinzipiell das Erfordernis der staatlichen Anerkennung fest. Allerdings wurde in der Rechtsprechung, insbesondere auch des Reichsgerichts, angenommen, daß Privatvereine ohne staatliche Verleihung der juristischen Persönlichkeit als Kläger und Beklagte zuzulassen seien⁴⁾; allein darin lag nach der richtigen und auch vom Reichsgericht befolgten Meinung keine Anerkennung dieser Vereine als Korporationen, sondern als deutschrechtlich modifizierter Sozietäten⁵⁾.

V. Das BG unterscheidet bezüglich der Erlangung der Rechtsfähigkeit zunächst zwischen ausländischen und inländischen Vereinen.

1. Den ausländischen Vereinen, d. h. denjenigen, welche ihren Sitz nicht in einem Bundesstaate haben, kann die Rechtsfähigkeit durch Beschluß des Bundesrats, jetzt des Reichsrats⁶⁾, verliehen werden, § 23. Hauptsächlich kommt das für die Vereine in den Schutzgebieten und den Konsulargerichtsbezirken in Betracht⁷⁾.

⁴⁾ RGZ 4 S. 156, 8 S. 123, 27 S. 184.

⁵⁾ RGZ 7 S. 167ff.; 8 S. 123 („eine durch eine moderne Rechtsentwicklung zugelassene Modifikation der Sozietät“).

⁶⁾ RMV Art. 178.

⁷⁾ Doch können auch andere ausländische, in ihrem Heimatstaate nichtrechtsfähige Vereine so die Rechtsfähigkeit für das Deutsche Reich erhalten (Bland zu § 23, abw. Staudinger zu § 23), während für ausländische rechtsfähige Vereine Art. 10 in Betracht kommt (unten § 113 III).

Ausgenommen sind allerdings diejenigen ausländischen Vereine, für welche besondere reichsgesetzliche Vorschriften bestehen; allein solche bestehen bisher nur für Kolonialgesellschaften, die aber ebenfalls der Verleihung der Rechtsfähigkeit durch den Bundesrat (Reichsrat) bedürfen (Schutzgebietsg § 11), und für nichtwirtschaftliche Vereine in den Schutzgebieten, für die dem Reichskanzler, jetzt der Reichsregierung^{*)}, die Verleihung der Rechtsfähigkeit zusteht (Schutzgebietsg § 13a, Gesetz vom 22. Juli 1913).

2. Die inländischen Vereine werden verschieden behandelt, je nachdem ihr Zweck „auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist“ oder nicht.

a) Die ersteren, man nennt sie kurz die wirtschaftlichen Vereine, erlangen Rechtsfähigkeit durch Verleihung des Bundesstaates, in dem sie ihren Sitz haben, § 22. Hier gilt also das Konzessionsystem.

a) Ausgenommen sind aber die Vereine, für welche besondere reichsgesetzliche Vorschriften gelten, sei es auf Grundlage des Systems der Normativbestimmungen wie für Aktiengesellschaften, Gesellschaften mit beschränkter Haftung und eingetragene Genossenschaften, sei es gleichfalls auf Grundlage des Konzessionsystems wie für Kolonialgesellschaften, Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit, Innungsausschüsse und Innungsverbände^{*)}.

β) Ausgenommen sind ferner die unter landesrechtlichem Vorbehalt stehenden Vereine, zumal die dem Wasser-, Deich- und Sielrecht (Art. 65, 66), dem Bergrecht (Art. 67, vgl. auch Art. 68), dem Jagd- und Fischereirecht (Art. 69), dem Versicherungsrecht (Art. 75) und dem Agrarrecht (Art. 113) angehörigen, sowie die Waldgenossenschaften (Art. 83).

Die in der Beibehaltung des Konzessionsystems liegende Beschränkung wird selten die Bildung einer juristischen Person hindern, da für Vereine zu wirtschaftlichen Zwecken ausreichende andere Assoziationsformen zur Verfügung stehen. Andererseits war sie erforderlich, weil sonst zahlreiche Vereinigungen, für die an sich die Form der Aktiengesellschaft oder Genossenschaft angemessen erscheint, sich als Vereine konstituieren würden, um den besonderen erschwerten Normativbestimmungen zu entgehen, welche für jene Assoziationsformen im Interesse der Verkehrssicherheit gelten.

b) Über die nichtwirtschaftlichen Vereine im folgenden Paragraphen.

§ 100. Eingetragene Vereine insbesondere.

Die nichtwirtschaftlichen Vereine, die sog. Vereine mit idealen Tendenzen (Idealvereine), also z. B. Vereine zu wissenschaftlichen, künstlerischen, wohlthätigen, religiösen, Erziehungs-, Unterrichts-, politischen, sozialen, geselligen, Sports-, Turn- und Unterhaltungszwecken, erlangen Rechtsfähigkeit durch Eintragung in das Vereinsregister, § 21. Sie heißen dann „Eingetragene Vereine“. Die Eintragung kann nach Erfüllung gewisser Vor-

^{*)} Nach dem Übergangsgesetz § 5 gehen die Befugnisse des Reichskanzlers auf das Reichsministerium über, an dessen Stelle nach der RR die Reichsregierung getreten ist (welche aus dem Reichskanzler und den Reichsministern besteht, Art. 52). Doch ist Art. 58 S. 2 zu beachten.

^{*)} Schutzgebietsgesetz § 11; Versicherungsaufsichtsg § 15; GewO §§ 101, 104g.

aussetzungen gefordert werden. Es gilt also das System der Normativbestimmungen mit Vereinsregister.

I. Die Eintragung hat bei dem Amtsgericht zu erfolgen, in dessen Bezirk der Verein (nach der Satzung) seinen Sitz hat, § 55; jedoch macht örtliche Unzuständigkeit des Gerichts die Eintragung nicht ungültig (FrGG (§ 7)¹).

1. Einsicht des Vereinsregisters sowie der dem Amtsgericht von dem Verein eingereichten Schriftstücke (der Vereinsakten) ist jedem gestattet. Von den Eintragungen kann auch eine auf Verlangen zu beglaubigende Abschrift verlangt werden, § 79; von den Vereinsakten nur bei Glaubhaftmachung eines berechtigten Interesses, FrGG § 34 S. 2.

2. Bei eingetragenen Vereinen liegen den Vorstandsmitgliedern und bei Liquidation des Vereins (unten § 107) den Liquidatoren gewisse Anmeldungen zum Vereinsregister ob (vgl. die folgenden §§). Diese Anmeldungen sind durch öffentlich beglaubigte Erklärung, § 77, oder zu Protokoll des Gerichtsschreibers, FrGG §§ 159, 128, zu bewirken. Zur Erfüllung der Anmeldungspflicht (jedoch mit Ausnahme des unten § 106 I 4 erwähnten Falles) können die Vorstandsmitglieder und Liquidatoren durch Geldstrafen bis zu 300 Mk. angehalten werden, § 78, jedoch erst nachdem die Aufforderung zur Erfüllung binnen bestimmter Frist unter Strafandrohung vorangegangen ist, FrGG §§ 33, 159, 132.

3. Ist eine Eintragung in das Vereinsregister erfolgt, obgleich sie wegen Mangels einer wesentlichen Voraussetzung unzulässig war, so kann das Registergericht sie von Amts wegen löschen. Jedoch sind vorher die Beteiligten zu benachrichtigen unter Bestimmung einer angemessenen Frist zur Geltendmachung von Widersprüchen. Über den Widerspruch entscheidet das Gericht, gegen die Zurückweisung findet sofortige Beschwerde statt. Die Löschung darf nur erfolgen, wenn Widerspruch nicht erhoben oder die Zurückweisung rechtskräftig geworden ist (FrGG §§ 159, 142, 141 Abs. 3 u. 4). Die Löschung kann in gleicher Weise auch von dem vorgeordneten Landgericht verfügt werden (FrGG § 143).

II. Eintragungsfähig sind nach dem Wortlaut des § 21 diejenigen Vereine, deren „Zweck nicht auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist“. Das bedarf der Klarlegung.

1. Nicht jeder „Geschäftsbetrieb“, d. h. jede dauernde, auf Abschluß von Geschäften gerichtete Tätigkeit²), steht der Eintragung entgegen, sondern nur ein „wirtschaftlicher“, d. h. ein solcher, welcher wirtschaftlichen Nutzen (der aber nicht gerade Erwerb zu sein braucht) erstrebt, und zwar für den Verein selber, nicht nur einen Nutzen, der nur anderen Personen unmittelbar zugute kommt. Wer nur zum Nutzen anderer Personen, seien es selbst die Vereinsmitglieder, Geschäfte betreibt, von dem wird man nicht sagen, daß sein Geschäftsbetrieb ein wirtschaftlicher sei³).

¹) Abw. Doewenfeld (zu § 55), der im § 55 ein dem § 7 FrGG vorgehenbes Spezialgesetz erblicken will. Gewiß mit Unrecht. Der § 55 will nur die zuständige Behörde bezeichnen.

²) Vgl. Oppenheimer, DogmF 47 S. 126; DVG 20 S. 27.

³) So jetzt auch RGE 88 S. 334: „eigenen wirtschaftlichen Gewinn für den Verein selbst“, RGE 83 S. 231 ff. Doch ist das Gesagte sehr bestritten. Nach Pland zu § 21, 2 (ähnlich Rehbein I S. 42) soll gleichgültig sein, für wen der wirtschaftliche Nutzen erstrebt wird. Dagegen spricht m. E. schon der Wortlaut (wer wird von einer Person, die täglich für 100 Arme kochen läßt und sie speist, sagen, sie habe einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb?), besonders aber der Zweck der Vorschrift: Der § 21 will die wirtschaftlichen Geschäftsbetriebe auf die besonderen, für sie geschaffenen und mit Kautelen umgebenen

2. Aber auch ein wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb schließt die Eintragung nur dann aus, wenn er den „Zweck des Vereins“, genauer die sich aus dem Zweck des Vereins ergebende und deshalb das Wesen des Vereins bestimmende Haupt- oder Grundtätigkeit bildet; also nicht, wenn er nur zur Unterstützung und Förderung des nicht wirtschaftlichen Hauptzwecks des Vereins dient⁴⁾.

3. Ist die Eintragung eines nichtwirtschaftlichen Vereins vertweigert und auch im Beschwerdewege (darüber unten) keine Abhilfe zu erlangen, so ist ihm die Erlangung der Rechtsfähigkeit überhaupt verschlossen, denn die staatliche Verleihung der Rechtsfähigkeit ist nur bei wirtschaftlichen Vereinen zulässig⁵⁾.

4. Religionsgesellschaften oder geistliche Gesellschaften waren nicht eintragungsfähig, wenn sie nach landesgesetzlicher Vorschrift die Rechtsfähigkeit nur durch ein Gesetz erlangen konnten, Art. 84⁶⁾. Diese Beschränkung des Vereinsrechts ist indes durch den Aufruf v. 12. Nov. 1918 Nr. 2 und RRV Art. 137 Abs. 4 aufgehoben.

Assoziationsformen der Handelsgesellschaften und der Genossenschaften verweisen. Diese aber sind nur für die Fälle geeignet, in denen ein gemeinschaftlicher, zunächst also der Handelsgesellschaft oder Genossenschaft (mittelbar den Mitgliedern) zukommender Nutzen erstrebt wird. Darüber hinaus die Eintragung zu versagen, liegt kein erkennbarer Grund vor. Deshalb sind z. B. die Verbände der landwirtschaftlichen Genossenschaften, welche die Revision der einzelnen Genossenschaften, ihre Vertretung nach außen, ihre sonstige Förderung sowie die Hebung des Genossenschaftswesens im allgemeinen bezwecken, eintragungsfähig und größtenteils bereits eingetragen (vgl. auch LG Graubenz, Posener Monatschr. 1900 S. 161); denn sie erstreben unmittelbaren Nutzen nur für ihre Mitglieder, d. h. die einzelnen Genossenschaften. Ebenso Hausbesitzervereine, deren fürsorgende Tätigkeit lediglich den Mitgliedern direkt zugute kommt, RG 88 S. 334. Ebenso die Kreditreformvereine, welche die Reform des Kreditwesens, die Förderung ihrer Mitglieder durch vertrauliche Auskünfte über Kreditwürdigkeit sowie durch Beitreibung von Forderungen im Mahnverfahren bezwecken. Ebenso Vereine zur Förderung gewerblicher Interessen (RG 78 S. 80). Ferner Ärztevereine und Kassenärztevereine (RG 83 S. 231) und Bibelgesellschaften, mögen sie die Bibeln kaufen oder selbst drucken lassen (abw. Rehbein und teilweise Pland). Ebenso ein Verein für den Bau von Arbeiterwohnungen, wenn er keinen eigenen Nutzen erstrebt (abw. Rehbein). Dagegen ist nicht eintragungsfähig eine Versicherungsgesellschaft, auch wenn sie als Gegenseitigkeitsgesellschaft den Gewinn mittelbar den Versicherten wieder zufließen läßt (dementsprechend hat auch das Versicherungsaufsichtsgesetz § 15 für Versicherungsgesellschaften auf Gegenseitigkeit die Konzession für erforderlich erklärt); ebensowenig ein Beamtenverein, der eine Spar- und Darlehnskasse betreibt.

⁴⁾ Ein Kasino, dessen Zweck (und Grundtätigkeit) in der Förderung der Geselligkeit besteht, ist also eintragungsfähig, auch wenn es zur Deckung der erforderlichen Ausgaben Weinhandel betreibt. Ebenso ein Schulverein, obgleich er Einnahmen aus Schulgelbern bezieht und daraus die Lehrer besoldet, DLGE 15 S. 323, oder ein Alpenverein, der Schutzhütten bewirtschaften läßt. Möglich ist übrigens, daß der Verein neben einem idealen noch einen selbständigen, nicht den idealen Zwecken dienenden wirtschaftlichen Zweck verfolgt, z. B. ein Beamtenverein betreibt zugleich Lebensversicherung oder eine Darlehnskasse. Dann ist der Verein nicht eintragungsfähig, kann aber die Rechtsfähigkeit nach § 22 erlangen, da dieser nur das Vorhandensein des wirtschaftlichen Zwecks, nicht dessen Ausschließlichkeit verlangt.

⁵⁾ Der in der Reichstagskommission gemachte Versuch, diesen Abstand durch einen Zusatz zu § 22 zu heben: „In gleicher Weise können andere Vereine zur Rechtsfähigkeit gelangen, sofern die Eintragung in das Vereinsregister ausgeschlossen oder abgelehnt ist“, scheiterte an dem Willen der Majorität. Bei nicht zu enger Auslegung des § 21 wird daraus übrigens kein erheblicher Schaden entstehen.

⁶⁾ Solche Bestimmungen befanden insbesondere in Preußen, Pr. Verf. Art. 13 (vgl. dazu RG 77 S. 19ff.). Vgl. ferner das Bayr. Religionsedikt v. 1818 §§ 3, 4, 26, 45.

III. Die Eintragung⁷⁾ erfordert:

1. eine Satzung⁸⁾, welche Zweck, Namen und Sitz des Vereins enthält und ergibt, daß der Verein eingetragen werden soll (§ 57⁹⁾). Ist dies Erfordernis nicht erfüllt, so ist die Eintragung, selbst wenn sie erfolgt sein sollte, nichtig.

2. Ferner soll die Eintragung nur erfolgen, wenn die Zahl der Mitglieder mindestens 7 beträgt, wenn ferner der Name des Vereins sich von anderen an demselben Orte oder in derselben Gemeinde bestehenden eingetragenen Vereinen deutlich unterscheidet, endlich die Satzung Bestimmungen enthält über Ein- und Austritt der Mitglieder, darüber, ob und welche Beiträge von den Mitgliedern zu leisten sind, über die Bildung des Vorstandes, über die Berufung der Mitgliederversammlung und die Beurkundung der Beschlüsse. Das sind aber alles nur Ordnungsvorschriften, deren Verletzung die Eintragung nicht nichtig macht (§§ 56, 57 Abs. 2, 58).

3. Die Anmeldung zur Eintragung hat durch den Vorstand¹⁰⁾ in öffentlich beglaubigter Form (oben I 2) zu erfolgen unter Beifügung der Satzung in Urschrift und Abschrift sowie einer Abschrift der Urkunden über Bestellung des Vorstandes. Die Satzung „soll“ von mindestens 7 Mitgliedern unterzeichnet sein und den Errichtungstag angeben, § 59.

4. Ist diesen Erfordernissen nicht genügt oder die Eintragung aus anderen Gründen, z. B. wegen des wirtschaftlichen Zweckes oder wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot oder die guten Sitten unzulässig, so wird die Anmeldung unter Angabe der Gründe zurückgewiesen. Die Zurückweisung ist durch sofortige Beschwerde nach den Vorschriften der Zivilprozessordnung anfechtbar, § 60¹¹⁾.

IV. Wird die Anmeldung zugelassen, so hat das Amtsgericht sie der zuständigen¹²⁾ Verwaltungsbehörde zur Wahrung ihres Einspruchsrechts, §§ 61—63, mitzuteilen.

⁷⁾ Über das Verfahren vgl. FrGG §§ 1—34, 159, 127—130, 141, 142, und die Ausführungsgesetze, Zitate bei Fischer u. Henle zu § 55.

⁸⁾ Schriftform der Satzung ist nicht vorgeschrieben; aber der Richter darf nur eintragen, wenn die Satzung schriftlich eingereicht ist (unten 3).

⁹⁾ Daß der Verein schon bestehen müsse, wie manche aus der Wortfassung der §§ 21, 59, 55 schließen wollen, ist nicht anzuerkennen. Vielmehr kann der Verein sehr wohl unter der Bedingung, daß die Eintragung erfolgen werde, geschlossen sein.

¹⁰⁾ Also durch alle Vorstandsmitglieder, Kammergerichtsentfch. 21, 271.

¹¹⁾ Also binnen 14 Tagen, BPO § 577. Die Beschwerde auf Grund des FrGG (§§ 19 ff.) ist dadurch nach der in Theorie und Praxis vorherrschenden Ansicht ausgeschlossen, vgl. insbesondere RG 47 S. 386 ff.; RG Zentrabl. f. FrG 5 S. 760.

¹²⁾ Die Zuständigkeit bestimmt sich nach Landesrecht. In Preußen ist der Landrat, in den Stadtkreisen die Ortspolizeibehörde zuständig. PrUB Art. 3, im übrigen vgl. die Zitate bei Fischer-Henle zu § 61 Anm. 1 oder Staubinger zu § 61 II.

1. Die Verwaltungsbehörde kann gegen die Eintragung Einspruch erheben, wenn der Verein nach dem öffentlichen Vereinsrecht unerlaubt ist oder verboten werden kann¹³⁾.

Der Einspruch war nach § 61 auch zulässig, „wenn der Verein einen politischen, sozialpolitischen oder religiösen Zweck verfolgt“. Allein dieser Einspruchsgrund ist nach dem Aufruf v. 12. Nov. 1918 Nr. 2 und der RWB Art. 124 Abs. 2 weggefallen¹⁴⁾.

2. Die Eintragung „darf“ erst erfolgen, wenn entweder die Verwaltungsbehörde dem Amtsgerichte erklärt hat, daß Einspruch nicht erhoben werde, oder wenn seit der Mitteilung an die Verwaltungsbehörde 6 Wochen verstrichen sind und Einspruch nicht erhoben ist¹⁵⁾, oder wenn der Einspruch endgültig aufgehoben ist, § 63.

3. Die Erhebung des Einspruchs ist vom Amtsgerichte dem Vorstände des Vereins mitzuteilen. Dieser kann den Einspruch anfechten und zwar im Wege des Verwaltungsstreitverfahrens, wenn in dem betreffenden Bundesstaate ein solches besteht¹⁶⁾, sonst im Wege der Rekurses nach Maßgabe der §§ 20 u. 21 der Gewerbeordnung. Die Nachprüfung bezieht sich aber nur auf die gesetzlichen Erfordernisse des Einspruchs. Die Frage dagegen, ob die Erhebung des Einspruchs durch das öffentliche Wohl geboten, zweckmäßig oder angemessen war, unterliegt der Entscheidung des Verwaltungs- oder Rekursgerichts (ohne besondere landesgesetzliche Bestimmung) nicht.

V. Die Eintragung soll enthalten Namen und Sitz des Vereins, den Errichtungstag der Satzung und die Namen der Vorstandsmitglieder, endlich etwaige Beschränkungen der Vertretungsmacht des Vorstandes und abweichende Bestimmungen über die Fassung von Vorstandsbeschlüssen, § 64. Durch die Eintragung erlangt der Verein die Rechtsfähigkeit und sein Name den Zusatz „eingetragener Verein“, § 65.

Das Amtsgericht hat die Eintragung durch das für seine Bekanntmachungen bestimmte Blatt zu veröffentlichen, § 66 Abs. 1. Die Urschrift der Satzung wird mit der Bescheinigung

¹³⁾ Nach dem Vereinsgesetz v. 19. April 1908 §§ 1 u. 2 trifft das nur zu bei Vereinen, deren Zweck den Strafgesetzen zuwiderläuft. In solchen Fällen hat aber schon das Amtsgericht die Eintragung zu verweigern, da die Vereinsbildung nichtig ist. Die Vorschrift des § 61 ist also jetzt nahezu bedeutungslos.

¹⁴⁾ Bezüglich zahlreicher Streitfragen namentlich über den Begriff der politischen und der sozialpolitischen Vereine muß auf die 9.—11. Auflage (§ 100 IV und zugehörige Anmerkungen) verwiesen werden.

¹⁵⁾ Aus dem Wortlaut des § 63 ergibt sich, daß auch der nach 6 Wochen erhobene Einspruch die Eintragung, wenn sie noch nicht erfolgt ist, hindern soll. So die fast allg. Meinung (vgl. auch Prot. I S. 565); abw. Fischer-Henle zu § 63 und, wie es scheint, Dernburg I § 75 IV.

¹⁶⁾ Das trifft in fast allen Staaten zu. Die Zuständigkeit bestimmt sich nach Landesrecht; in Preußen ist der Bezirksausschuß zuständig, RWB Art. 3. Im übrigen vgl. die Zitate bei Fischer-Henle zu § 44, 1; Voewensfeld zu § 62, 5.

der Eintragung versehen und zurückgegeben, die Abschrift beglaubigt und aufbewahrt, § 66 Abs. 2.

VI. Ist ein Verein eingetragen, obgleich es an einer der Voraussetzungen der Eintragung mangelt, so ist zu unterscheiden:

1. Ist nur gegen die Ordnungsvorschriften der §§ 56, 57, Abs. 2, 58, 59 gefehlt, so ist die Eintragung gleichwohl vollgültig.

2. Mangelt eine wesentliche Voraussetzung (war insbesondere der Vereinszweck ein wirtschaftlicher), so ist die Eintragung wieder zu löschen, FrOG §§ 161, 142, 143. Bis zur Löschung aber ist der Verein für rechtsfähig zu halten, weil sonst unerträgliche Rechtsunsicherheit entstehen müßte und anzunehmen ist, daß dem Amtsgerichte und dem im Falle der Beschwerde entscheidenden höheren Gerichte die Entscheidung dieser oft recht zweifelhaften Fragen endgültig überlassen bleiben sollte¹⁷⁾. Aus gleichem Grunde darf auch nicht angenommen werden, daß die Löschung rückwirkende Kraft habe¹⁸⁾.

3. Die Eintragung einer Religions- oder geistlichen Gesellschaft, die vor dem Austruf v. 12. Nov. 1918 nach Landesgesetz nur durch ein Gesetz Rechtsfähigkeit erlangen konnte, war dagegen für nichtig zu halten, weil hier dem Amtsgericht die sachliche Zuständigkeit fehlte¹⁹⁾.

VII. In der Regel wird die Gründung eines Vereins, der als rechtsfähiger beabsichtigt ist, dahin zu verstehen sein, daß er erst mit Erlangung der Rechtsfähigkeit ins Leben treten soll. Möglich ist aber auch, daß sofortige Entstehung vereinbart ist, während die Erlangung der Rechtsfähigkeit eine gewisse Zeit erfordert, oder daß die Erlangung der Rechtsfähigkeit überhaupt erst nachträglich erstrebt wurde. Dann hat zunächst ein nicht rechtsfähiger Verein bestanden, der sich durch die Eintragung (oder Konzeptionierung) in einen rechtsfähigen verwandelt. Das sog. Vereinsvermögen geht in diesem Falle, eben weil es in Wahrheit nicht dem Verein, sondern den Mitgliedern zuzustand, nicht etwa von Rechts wegen auf den Verein über²⁰⁾, vielmehr gelten bezüglich der Übertragung dieser Rechte und Verpflichtungen die gewöhnlichen Regeln. Doch wird im Zweifel als beabsichtigt anzunehmen sein, daß die Forderungen und andere formfrei übertragbare Rechte übertragen, im Besitz der Vereinsorgane befindliche Mobilien übereignet und die sog. Vereinsschulden vom Verein übernommen sein sollen²¹⁾. Die Schulübernahme ist aber natürlich von der Zustimmung der Gläubiger abhängig. Rechte an Grundstücken können nur in den vorgeschriebenen Formen übertragen werden.

¹⁷⁾ Dafür spricht außer den im Texte angegebenen Gründen auch die Analogie der Volljährigkeitserklärung (oben § 84 II 2) sowie ferner, daß die Gegenansicht unerträgliche Folgen nach sich ziehen würde. Man denke an die Vorstandsmitglieder, die aus allen ihren Geschäften persönlich und solidarisch haftbar gemacht werden könnten, an erfolgte Eintragungen im Grundbuch und die Folgen, die entstehen würden, wenn das Eigentum noch dem früheren (jetzt vielleicht in Konkurs gefallenem) Eigentümer zustände usw. Wie oben auch RGE 81 S. 208ff. in ausführlicher Begründung u. RG in DLGE 22 S. 110ff.; ferner, wenn auch teilweise mit anderer Begründung und Abgrenzung Dernburg § 75 VII; Hipp zu Windscheid S. 285; Eccius, Gruchot 46 S. 693; Hellwig, Grenzen der Rückwirkung S. 29ff., v. Tuhr S. 492ff., Pland-Rnke zu § 21 Nr. 6, jetzt auch Staudinger, Gesamtnachtrag S. 8 u. a. m. — A. A. Pland in den früheren Auflagen, Rehbain S. 32 u. a.

¹⁸⁾ A. A. Hellwig a. a. O. S. 34ff. u. Dertmann Vorbem. zu § 55, welche Rückwirkung annehmen, jedoch ohne Schädigung wohlervorbener Rechte Dritter.

¹⁹⁾ So auch DLGE 8 S. 164ff., 9 S. 371ff., 11 S. 393.

²⁰⁾ Abw. DLGE 2 S. 462; Gierke, Vereine ohne Rechtsfähigkeit S. 9; Dertmann, Vorbem. 6; Pland-Rnke zu § 21, 8 u. RGE 85 S. 260, wo angenommen wird, daß das den Zwecken des nichtrechtsfähigen Vereins dienende Vermögen aktiv und passiv auf den rechtsfähigen Verein übergeht, aber die Fragen, ob die Mitglieder oder der Vorstand des nichtrechtsfähigen Vereins noch wegen der früheren Schulden haften und wie sich der Übergang von Grundstücken vollzieht, nicht entschieden werden. Wie oben Hölder, Biermann, v. Tuhr, Hoff und andere.

²¹⁾ Pland zu § 65 will den Gläubigern kein unmittelbares Recht gegen den Verein gewähren, betrachtet also die Vereinbarung nur als Erfüllungsübernahme. Der Absicht der Vereinsgenossen dürfte die Ansicht des Textes mehr entsprechen.

2. Verfassung.

§ 101. Die Verfassung im ganzen.

I. Bezüglich derjenigen Vereine, deren Rechtsfähigkeit auf staatlicher Verleihung beruht, bleiben nach Art. 82 GG die Landesgesetze, über die Verfassung unberührt¹⁾. Dagegen gelten für diejenigen Vereine, deren Rechtsfähigkeit nicht auf staatlicher Verleihung beruht (sofern nicht besondere reichsgesetzliche Vorschriften bestehen), lediglich die Vorschriften des BG und zwar naturgemäß in der Weise, daß die zahlreichen zwingenden Bestimmungen unbedingt zur Anwendung kommen, in zweiter Linie die Vereinsatzung maßgebend ist und in dritter Linie die ergänzenden Vorschriften des BG anzuwenden sind, § 25.

II. Unter „Verfassung“ verstehen wir den Inbegriff der Festsetzungen über die Organisation des Vereins, insbesondere also über Zweck, Sitz, Mitgliedschaft, Beschlußfassung, Vorstand und sonstige Vereinsorgane. Gewöhnlich sind diese Bestimmungen in einer Urkunde zusammengefaßt, die man im engeren Sinne als „Satzung“ bezeichnen kann, während in einem weiteren Sinne der Begriff der „Satzung“ auch die nicht in diese Urkunde aufgenommenen Verfassungsbestimmungen umfaßt²⁾.

1. Die Gültigkeit der Verfassung ist aber nicht durch die Schriftform bedingt und daher kann für sie, namentlich für ihre Auslegung und Ergänzung auch die Observanz in Betracht kommen. Eingetragen soll allerdings der Verein nur auf Grund einer schriftlichen Satzung werden, § 59, aber ohne daß deren Mangel Nichtigkeit zur Folge hätte³⁾.

Über den notwendigen Inhalt der Satzung bei eingetragenen Vereinen sowie über dessen Eintragung oben § 100 III 1 u. V; über Änderungen der Satzung oder des Vereinszweckes unten § 104, 1c und d.

2. Als Sitz des Vereins gilt, wenn nichts anderes bestimmt ist, der Ort, an dem die Verwaltung geführt, d. h. die Haupt- oder Grundtätigkeit entwidelt⁴⁾ wird, § 24. Anders bestimmt sein kann der Sitz durch die Vereinsatzung, bei konzessionierten Vereinen auch durch Landesgesetz, Art. 82.

¹⁾ Zu beachten ist aber, daß unter Landesgesetzen „über die Verfassung“ nur die besonderen Bestimmungen über diesen Gegenstand, nicht allgemeine Vorschriften zu verstehen sind, die nur nebenher auch auf die Verfassung solcher Vereine Anwendung finden (oben § 14). So jetzt auch RGE 81 S. 244.

²⁾ Vgl. z. B. RGE 73 S. 193; Vorschriften, welche die Verfassung des Vereins betreffen, bilden, auch wenn sie in eine besondere Urkunde aufgenommen sind, einen Teil der Satzung.

³⁾ § 59 enthält nur eine Sollvorschrift („sind beizufügen“), und § 57 spricht nur von einer Satzung, nicht von deren Form.

⁴⁾ Also z. B. bei einem Verein, der Unterrichtserteilung durch eine Lehranstalt bezweckt, der Ort, wo die Lehranstalt sich befindet, während vielleicht das Vermögen an einem anderen Orte verwaltet wird. Hat der Verein mehrere Mittelpunkte der Verwaltung, so hat er mehrere Sätze.

3. Das staatliche Aufsichtsrecht über die Vereine war, weil öffentlich-rechtlicher Natur, im BG nicht berührt, mithin den Landesgesetzen überlassen. Das BG § 1 hat aber alle nichtreichsrechtlichen polizeilichen Beschränkungen des Vereins- und Versammlungsrechts aufgehoben mit Ausnahme der sicherheitspolizeilichen Bestimmungen der Landesgesetze, die jedoch nur insoweit Anwendung finden, als es sich um die Verhütung unmittelbarer Gefahr für Leben und Gesundheit der Teilnehmer einer Versammlung handelt.

Dagegen hatte das BG den politischen Vereinen gewisse Verpflichtungen oder Beschränkungen auferlegt, die aber durch den Aufruf vom 12. Nov. 1918 aufgehoben sind. Namentlich war ihr Vorstand verpflichtet, die Satzung sowie das Verzeichnis der Vorstandsmitglieder binnen zwei Wochen seit der Vereinsgründung der Polizeibehörde einzureichen, ebenso Änderungen der Satzung oder des Vorstandes binnen zwei Wochen seit der Änderung, § 3 Abs. 2 u. 3; ferner durften Personen unter 18 Jahren nicht Mitglieder politischer Vereine sein und an ihren Versammlungen, sofern sie nicht nur geselligen Zwecken dienten, nicht teilnehmen, § 17. (Über Auflösung und Entziehung der Rechtsfähigkeit unten § 106 I 4, 5 u. II.)

4. Über den Vorstand, die Haftung des Vereins für Verschulden der Vorstandsmitglieder und sonstigen Vertreter, die Mitgliederversammlung und die Mitgliederrechte ist in den folgenden Paragraphen zu sprechen.

§ 102. Vorstand*).

Der Verein muß einen Vorstand haben, der aus einer oder mehreren Personen bestehen kann, § 26 Abs. 1¹⁾. Bei zeitweiligem Fehlen eines solchen verliert der Verein aber nicht die Rechtsfähigkeit, vielmehr muß nach den Vorschriften der Satzung oder des Gesetzes eine Neubestellung erfolgen.

1. Der Vorstand wird durch Beschluß der Mitgliederversammlung bestellt, § 27 Abs. 1²⁾. Doch kann die Satzung auch etwas anderes bestimmen, z. B. die Bestellung des Vorstandes einem Aufsichtsrat oder einer öffentlichen Behörde übertragen oder die Ergänzung durch Kooptation anordnen, § 40.

a) Soweit die erforderlichen Vorstandsmitglieder fehlen³⁾, hat das Amtsgericht für die Zeit bis zur Hebung dieses Mangels Ergänzungsmit-

*) Schloßmann, DogmZ 44 S. 289ff.; Preuß, ebenda S. 429ff.; Mehges, ZBlfZrG 2 S. 881ff.; Westmann, Rechtsstellung des Vorstandes, 1903; Meurer S. 150ff.; Broicher, BürgZ 24 S. 192ff.

¹⁾ Der gemeinrechtliche Unterschied der universitates ordinatae u. inordinatae ist also dem BG fremd.

²⁾ Auch ohne besondere Satzungsvorschrift wird häufig anzunehmen sein, daß nur Vereinsmitglieder wählbar sein sollen. Aber das ist Auslegungsfrage und nicht (mit Fölber zu § 29) ohne weiteres anzunehmen. Zustimmung Meurer S. 148.

³⁾ Sie „fehlen“ (nämlich für die Wahrnehmung der dringenden Angelegenheiten), auch wenn sie behindert sind oder sich hartnäckig weigern, so auch Dertmann zu § 29.

glieder zu bestellen⁴⁾; aber nur auf Antrag eines Beteiligten und nur in dringenden Fällen, § 29.

Wichtig ist die Bestellung der Ergänzungsmitglieder namentlich, wenn eine Willenserklärung, z. B. eine Kündigung an den Verein abzugeben und kein Vorstandsmitglied vorhanden ist oder wenn ein wichtiger und unaufschiebbarer Beschluß zu fassen ist und die nach dem Statut zur Beschlußfassung erforderliche Zahl von Vorstandsmitgliedern fehlt. Im ersten Fall würde der kündigende Gläubiger oder Schuldner, im zweiten jedes Mitglied des Vereins als Beteiligter den Antrag auf Ernennung des Ergänzungsmitgliedes oder der Ergänzungsmitglieder stellen können.

b) Für gewisse Geschäftskreise können auch besondere Vertreter (die natürlich zugleich auch Vorstandsmitglieder sein können) bestellt werden (z. B. Leiter einer Zweigniederlassung, Kassierer), aber nur, wenn die Satzung es gestattet, § 30⁵⁾.

Diese besonderen Vertreter werden ganz wie der Vorstand, also regelmäßig durch die Mitgliederversammlung bestellt. Sie sind nicht als Beauftragte, sondern als Willensorgane der juristischen Person zu betrachten wie der Vorstand selber und die oben erwähnten Ergänzungsmitglieder, aber natürlich nur innerhalb ihres besonderen Geschäftskreises. Ihre Vertretungsmacht erstreckt sich im Zweifel auf alle Rechtsgeschäfte, die der ihnen zugewiesene Geschäftskreis gewöhnlich mit sich bringt. Gewöhnliche Bevollmächtigte, Beauftragte, Gehilfen, Angestellte dagegen sind nicht Willensorgane des Vereins und werden, sofern nichts anderes bestimmt ist, vom Vorstande und nicht von der Mitgliederversammlung bestellt.

2. „Der Vorstand vertritt den Verein gerichtlich und außergerichtlich“⁶⁾. Er hat „die Stellung eines gesetzlichen Vertreters“⁷⁾. Seine Vertretungsmacht kann indes durch die Satzung beschränkt werden, § 26 Abs. 2.

⁴⁾ Über das Verfahren FrGG §§ 1ff.; insbesondere über die Beschwerde gegen die Bestellung oder deren Veragung, §§ 19ff.

⁵⁾ Genügend ist also, daß die Bestellung sich auf die Satzung gründet (RGE 70 S. 120), und das ist schon anzunehmen, wenn die Satzung eine besondere Veranstaltung, z. B. eine Zweigniederlassung vorieht, die einen besonderen Vertreter erforderlich macht, RWBarn 1915 Nr. 317; RGE 91 S. 3f.; 94 S. 320. Doch ist stets auf Grund der Satzung zu prüfen, ob nicht gleichwohl der Vertreter nur die Stellung eines Angestellten hat, RWBarn 1917 Nr. 110.

⁶⁾ Aus diesem Wortlaut darf aber nicht geschlossen werden, daß nur Gesamtvertretung (durch alle Vorstandsmitglieder) stattfinden könne, wie manche annehmen; denn das Prinzip der Gesamtvertretung ist nicht ausgesprochen und nicht gewollt, wie sich nicht nur aus den Protokollen (I 513f.) als unzweifelhafte Absicht der II. Kommission ergibt, sondern auch im Gesetze dadurch einen (immerhin noch erkennbaren) Ausdruck gefunden hat, daß abweichend von anderen Gesetzen (altes HGB Art. 209, 227, 229; GenG §§ 9, 24, 25; G. über die G. m. b. H. §§ 6, 35) eine Bestimmung darüber, wie die Vertretung durch den Vorstand erfolgen solle, nicht getroffen ist, RGE i. Straß. 42 S. 217, zahlreiche Oberlandesgerichtsentscheidungen und die Mehrheit der Schriftsteller (A. A. Staudinger § 26, 11, Risch, Gruchot 64 S. 3 u. a.). Man wird daher die Vorschrift des § 28 Abs. 1, daß bei Beschlußfassungen die Mehrheit der erschienenen Mitglieder entscheidet, auch auf die Abgabe von Willenserklärungen beziehen müssen, zumal diese Vorschrift keine Beschränkung auf innere Angelegenheiten erkennen läßt, und die Gegenansicht zu praktischen Schwierigkeiten führen würde. So auch RGE i. Straß. 42 S. 217 und andere Entscheidungen, ferner Dertmann, Bland-Knoke u. a. Natürlich kann auch der Vorstand durch Majoritätsbeschluß ein Mitglied oder mehrere zur Abgabe der Willenserklärung ermächtigen, und im Zweifel wird anzunehmen sein, daß der Vorsitzende stillschweigend ermächtigt sei, die den Beschlüssen entsprechenden Willenserklärungen abzugeben.

⁷⁾ Strenggenommen ist er nicht Vertreter des (geschäftsunfähigen) Vereins, sondern Willensorgan des (willensfähigen, genauer als Willenssubjekt gedachten) Ver-

3. Die Beschlussfassung erfolgt, wenn nichts anderes bestimmt ist, nach den für die Mitgliederversammlung geltenden Vorschriften der §§ 32, 34; der Gegenstand der Beschlussfassung muß also bei der Berufung bezeichnet sein; es entscheidet die absolute Majorität der erschienenen Mitglieder; kein Mitglied ist stimmberechtigt über ein mit ihm selbst abzuschließendes Geschäft oder einen mit ihm zu führenden Rechtsstreit, § 28 Abs. 1 (näheres unten § 104).

4. Willenserklärungen an den Vorstand (also auch an den Verein) können an jedes beliebige Vorstandsmitglied abgegeben werden⁹⁾. Auch durch die Satzung kann dies nicht geändert werden, § 28 Abs. 2.

5. Bei eingetragenen Vereinen sind Änderungen oder erneute Bestimmungen von Vorstandsmitgliedern, ferner etwaige Beschränkungen ihrer Vertretungsmacht und abweichende Bestimmungen über ihre Beschlussfassungen in das Vereinsregister einzutragen, §§ 67, 64. Ist das nicht geschehen, so können sie Dritten gegenüber nur geltend gemacht werden, wenn deren Kenntnis bewiesen werden kann¹⁰⁾. Sind sie eingetragen, so können Dritte sich nur mit Unkenntnis entschuldigen, wenn sie die Unkenntnis beweisen und die Unkenntnis nicht auf Fahrlässigkeit beruht, §§ 68, 70.

6. Auf die Geschäftsführung des Vorstandes, zumal seine Verpflichtungen gegen den Verein finden, sofern nichts anderes bestimmt ist, die Grundsätze des Auftrages entsprechende Anwendung, § 27 Abs. 3 (§§ 664—670).

Allein das Rechtsverhältnis, in dem der Vorstand zum Verein steht, ist nicht etwa wirklich ein Auftrag oder, wenn eine Gegenleistung verabredet ist, ein Dienstverhältnis, sondern ein Rechtsverhältnis eigenartiger Natur, das mehr einem Amt als einem bloßen Vertragsverhältnis ähnelt. Diese amtsähnliche, durch Satzung und Gesetz bestimmte Stellung wird durch den einseitigen¹¹⁾ Bestallungsakt übertragen, dessen Wirksamkeit natürlich von der Zustimmung des Ernannten abhängt¹²⁾. Auch die Macht des Vorstandes, Willenserklärungen des Vereins als dessen Organ abzugeben, beruht lediglich auf dieser amtsähnlichen Stellung, ist also nicht unter den Begriff der Vollmacht zu stellen und kann dem Vorstande, solange er Vorstand bleibt, nicht entzogen und nicht anders als durch die Satzung beschränkt werden.

eins (oben § 96 III). Gleichwohl wird man die Vorschrift des § 206 analog auf ihn anwenden dürfen (Pland-Note zu § 26, 3). Über die Bezeichnung des Vorstandes als Willensorgan des Vereins oben § 96 Anm. 2.

⁹⁾ Infolge dieser Bestimmung wird anzunehmen sein, daß auch da, wo das Wissen des Vorstandes, böser Glaube, Arglist oder Verletzung von Treu und Glauben in Betracht kommen, das Wissen usw. eines Vorstandsmitgliedes genügt, vgl. auch SeuffA 40 S. 398 f.; RGW 08 S. 475; 1912 S. 1; RGZ 78 S. 354.

¹⁰⁾ Vgl. übrigens auch § 71, nach dem Satzungsänderungen (also auch jene Beschränkungen und abweichenden Bestimmungen, wenn sie auf Satzungsänderungen beruhen) erst mit der Eintragung gültig werden.

¹¹⁾ Die Einseitigkeit ergibt sich insbesondere daraus, daß sie auch durch das Gericht erfolgen kann, § 29; die Zustimmung ist nur Rechtsbedingung, nicht die Annahme einer Vertragsofferte, vgl. Vertmann § 26, 4b.

¹²⁾ Es liegt also nicht, wie Pland § 27, 5 meint, ein besonderes einseitiges, vollmachtähnliches Geschäft vor, das wieder auf einem obligatorischen Verhältnis beruhte und von diesem (nach Plands Ansicht — vgl. dagegen unten § 171, 5) kaufalabhängig wäre.

7. Die Bestellung des Vorstandes ist jederzeit widerruflich¹²⁾, unbeschadet des Anspruchs auf eine vereinbarte Vergütung. Die Widerruflichkeit kann auch in der Satzung nicht aufgehoben, wohl aber auf wichtige Gründe, wie namentlich grobe Pflichtverletzung oder Unfähigkeit, beschränkt werden, § 27 Abs. 2.

§ 103. Haftung des Vereins (und anderer juristischer Personen) für Verschulden der Willensorgane*).

Ob und unter welchen Voraussetzungen der Verein für das Verschulden des Vorstandes, der sonstigen Vertreter, Angestellten und Gehilfen hafte, war nach gemeinem Recht höchst bestritten. Hält man an der oben § 96 entwickelten römischen Auffassung fest, so wird man die Haftung genau nach den für die Haftung der natürlichen Personen geltenden Regeln beurteilen müssen. Nach dem BG aber ist infolge der oben entwickelten veränderten Grundanschauung zu unterscheiden:

1. Für Bevollmächtigte, Angestellte, Gehilfen usw. haftet der Verein nach denselben Grundsätzen wie jede andere Person, die sich solcher Personen bedient. Jedermann haftet nun für das Verschulden seiner Vertreter und Gehilfen in zwei Fällen: nämlich

erstens, wenn das Verschulden in der Erfüllung einer obligatorischen Verpflichtung verübt wurde, § 278 (unten § 267);

zweitens, außerhalb obligatorischer Verhältnisse, wenn der Vertreter oder Gehilfe zu einer Verrichtung bestellt war, in dieser das Verschulden verübte und der Prinzipal nicht nachweisen kann, daß er selbst die erforderliche Sorgfalt angewandt hat oder daß der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt entstanden sein würde, § 831 (unten § 459).

2. Die Haftung der juristischen Person für ihre Willensorgane geht aber hierüber hinaus. Der Wille dieser Willensorgane gilt als Wille der juristischen Person selber, sie haftet daher (genau so wie eine natürliche Person) aus ihrer eigenen Handlung (RGE 53 S. 256). Diese Vorschrift gilt nicht nur für Vereine, § 31, sondern nach § 86 und § 89 auch für Stiftungen und für juristische Personen des öffentlichen Rechts und ist, wie die oben § 96 gegebene Begründung zeigt, als allgemeiner, aus dem Wesen der juristischen Personen folgender Grundsatz aufzufassen, mithin auch auf

¹²⁾ Das Widerrufsrecht wird in der Regel derselben Stelle zustehen, welche den Vorstand zu bestellen hat (oben 1).

*) Klingmüller, Haftung für die Vereinsorgane, 1900; Kern in der Festgabe für Wille, 1900, S. 177ff.; Krüger, Haftung der jur. Personen aus unerlaubten Handlungen, 1901; Gierke, Gutachten f. d. 28. Juristentag 1 S. 192ff.; Lenel, DZB 1902 S. 9ff.; Stengel in Sirchs Annalen 34 S. 481ff.; 561ff.; Meurer, S. 175ff.

die dem Handelsrecht angehörigen und die dem Landesrecht vorbehaltenen juristischen Personen auszudehnen¹⁾. Im einzelnen ist hierüber folgendes zu bemerken:

a) Die Haftung bezieht sich nur auf die Handlungen der „verfassungsmäßig berufenen Vertreter“, d. h. des Vorstandes, eines Vorstandsmitglieds²⁾ einschließlich der Ergänzungsmitglieder oder eines nach der Verfassung bestellten besonderen Vertreters³⁾, § 31; nicht also auf die Handlungen anderer Angestellter oder Beauftragter, deren Befugnisse nur auf Beschlüssen des Vorstandes oder der Mitgliederversammlung, nicht auf der Verfassung beruhen.

b) Die „entsprechende“ (§ 89) Anwendung auf den Staat und andere öffentlich-rechtliche juristische Personen setzt voraus, daß es sich um Vertreter handelt, die sich in einer leitenden auf organisatorischen Verwaltungsvorschriften beruhenden Stellung befinden⁴⁾. Hier ist aber das G. v. 22. Mai 1910 und Art. 77 zu beachten (unten § 112 II 1 b).

¹⁾ Also z. B. auf Aktiengesellschaften, RG in DZS 8 S. 223; RG in JurW 32 Beil. S. 92; ebenso auf Gesellschaften m. b. H., DZGE 14 S. 368; RG 68 S. 347; u. Genossenschaften, RG 76 S. 48. Über eine besondere Ausnahme bei Aktiengesellschaften, Ges. m. b. H. und Genossenschaften vgl. RG 54, 128; 68, 344; 72, 293 (Nichtachtung der jur. Person gegenüber der Erbschaft eines Mitgliedes, dessen Beitritt durch Betrug des Vorstandes herbeigeführt oder dessen Ausscheiden durch Schuld des Vorstandes verhindert ist). Für nichtrechtsfähige Vereine gilt der Grundsatz nicht. A. U. Kumburg, ZivW 120 S. 267.

²⁾ Das gilt auch dann, wenn die Vertretung bei Rechtsgeschäften nur den Vorstandsmitgliedern zusammen zusteht, RGWarn 1913 S. 49f.; RG 78 S. 353.

³⁾ Daß diese besonderen Vertreter zum Abschluß von Rechtsgeschäften befugt sind, ist hier nicht erforderlich; auch eine verfassungsmäßige Ermächtigung zu technischen Berichtigungen genügt. So auch die herrschende Meinung, z. B. RG Gruchot 54 S. 131 (a. U. aber RG 74 S. 257). Ein Krankenhaus haftet also nach § 31 für Verschulden des Arztes, wenn dessen Stellung auf der Verfassung beruht.

⁴⁾ Nur organisatorische Verwaltungsvorschriften haben für den Staat und die öffentlichen jur. Personen eine ähnliche Bedeutung wie für Privatcorporationen die Satzung. So betont auch RG 53 S. 276 mit Recht, daß es weder auf die Selbständigkeit des Handelns noch auf die geschäftliche Vertretung als solche, sondern auf die Berufung durch organisatorische Verwaltungsvorschriften ankomme (ähnlich RG 74 S. 23; RGWarn 1912 S. 161; während RG 70 S. 119f. nur die Selbständigkeit und den Umfang der Dienstaufgabe für entscheidend hält); und RG 62 S. 31 ff. präzisiert genauer, daß nur die „Dienstaufgabe“ organisatorisch geregelt zu sein brauche, während die Anstellung sehr wohl auch einem Vertreter obliegen könne. Hinzukommen muß ferner, daß die Stellung eine leitende ist; denn beim Staate usw. bestehen organisatorische Verwaltungsbestimmungen oft auch für ganz untergeordnete Beamte und Bedienstete, die in keiner Weise eine den verfassungsmäßigen Vertretern der Vereine analoge Stellung einnehmen (vgl. auch v. Lühr S. 623). Das Besagte wird durch zahlreiche Entscheidungen aus der Praxis bestätigt. Bei den preussischen Bahnen sind die Bahnmeister, Stationsvorsteher u. Eisenbahnassistenten keine verfassungsmäßigen Vertreter, wohl aber die Betriebsinspektoren, RG 53 S. 276 ff.; 55 S. 229 ff.; RG JurW 1903, Beil. S. 117f.; Recht 1906 S. 853; RGWarn 1919 Nr. 89. Bezüglich des Gymnasialgebäudes ist der Gymnasialdirektor verfassungsmäßiges Organ, bei Landgerichtsgebäuden der Präsident und der I. Staatsanwalt, bei Amtsgerichtsgebäuden der aufsichtsführende Amtsrichter, bei Postgebäuden der Postamtsvorsteher, RG Gruchot S. 531; 49 S. 635; JurW 1904 S. 165; nicht aber Obersekretäre, Kastellane, Hausmeister, Schuldiener. In der Militärverwaltung z. B. Regimentskommandeure und Garnisonkommandeure, RG JurW 1908 S. 543; auch Bataillonkommandeure in An-

c) Ferner ist vorausgesetzt, daß die Handlung in Ausführung der den Willensorganen kraft ihrer Stellung⁶⁾ zustehenden Berrichtungen begangen ist⁶⁾. Was nur bei Gelegenheit dieser Berrichtungen⁷⁾ geschieht, verpflichtet die juristische Person nicht. Betrügt mich ein Vorstandsmitglied im Abschluß eines Geschäfts für den Verein, so haftet der Verein. Bestiebt es mich bei dieser Gelegenheit, so haftet dafür der Verein nicht.

d) Der Verein haftet unter den angeführten Voraussetzungen nicht nur wegen schuldhafter Handlungen oder Unterlassungen, sondern auch wegen schuldloser, wenn sie (ausnahmsweise) zu Schadensersatz verpflichten, also z. B. wegen einer erlaubten Notstandshandlung (§ 904), ferner wegen einer Selbsthilfehandlung, die in der unverschuldeten irrigen Annahme, daß die Voraussetzungen der Selbsthilfe vorlägen, verübt ist (§ 231).

e) Die Haftung bezieht sich nicht nur auf den Abschluß von Rechtsgeschäften, sondern auf Berrichtungen jeder Art⁸⁾. Treibt z. B. die juristische Person ein industrielles Unternehmen, mit dessen Leitung verfassungsmäßig ein besonderer Vertreter oder ein Vorstandsmitglied betraut ist, so haftet der

gelegentlichkeiten des Bataillons, RG Recht 1912 Nr. 1. In bezug auf Kreisstraßen, Brücken usw. sind der Kreistag, der Kreisausschuß (gewiß auch der Landrat) und der Kreisbaumeister verfassungsmäßige Organe, nicht aber Chausseeaufseher, RGE 82 S. 31 ff. In bezug auf Kanalbauten der Vorstand der Kanalbauverwaltung, RGE 106 S. 342. Solche Gasdirektoren der Städte, deren Stellung nur auf Beschlüssen der städtischen Behörde beruht, sind keine verfassungsmäßigen Organe, RGE 74 S. 23; und das gleiche wird unter den gleichen Voraussetzungen von Stadtbaumeistern und Straßenbahnbetriebsdirektoren zu sagen sein, RG JurB 1911 S. 640 (abw. RGE 70 S. 116 f.). Ein gewählter Stadtbaurat und Beigeordneter, dem die Leitung des Bauwesens untersteht, ist verfassungsmäßiger Vertreter (RG Struchot 56 S. 913). Die Posten des Kaiser-Wilhelmkanals sind keine verfassungsmäßigen Organe, RGE 74 S. 257; 79 S. 104 f., wohl aber der Vorstand des Kanalamts und auch der Betriebsdirektor, RGE 79 S. 107 f. Der preussische Pfarrer ist verfassungsmäßiger Vertreter der Kirchengemeinde, RG Barn 1917 Nr. 130. Die Soldatenräte der Revolutionszeit waren zwar von der neuen Reichsregierung, die widerstandslos die Staatsgewalt ausübte und deshalb staatsrechtlich anerkannt werden muß (RGE 100 S. 26 f.), mit gewissen Geschäften der Heeresverwaltung betraut und daher als Organe der Heeresverwaltung anzusehen (woraus sich u. a. eine Haftung des Reichs nach dem G. v. 22. Mai 1910 ergibt, unten § 112 II 1b), allein sie sind wegen der Beschränkung ihrer Dienstaufgaben nicht als verfassungsmäßige Organe im Sinne des § 89 anzuerkennen (RGE 99 S. 286 f.).

⁵⁾ Also nicht etwa nur kraft einer besonderen Ermächtigung der Mitgliederversammlung oder des Vorstandes; denn insofern ist auch das Vorstandsmitglied nicht Willensorgan, sondern gewöhnlicher Bevollmächtigter oder Beauftragter, Lenel a. a. D.

⁶⁾ Daß das Willensorgan sich dabei in den Grenzen seiner Vertretungsmacht gehalten habe, ist aber nicht erforderlich, RGE 57 S. 94; 68 S. 285; RG JurB 17 S. 917.

⁷⁾ D. h. ohne Kausalzusammenhang mit diesen, so daß es also auch geschehen wäre, wenn die Person sich ohne diese Berrichtung nur zufällig an dem Orte befunden hätte.

⁸⁾ Eine Berrichtung ist auch die Teilnahme an einer mit anderen gemeinsam vorzunehmenden rechtlichen oder tatsächlichen Handlung. Daher haftet z. B. die jur. Person wegen eines bei der Vorbereitung oder beim Abschluß eines Vertrages verübten Betruges auch dann, wenn zur Vertragsschließung die Mitwirkung mehrerer Vorstandsmitglieder usw. erforderlich war und nur eines von ihnen den Betrug verübte. So auch RGE 57 S. 93 ff. (freilich mit etwas abweichender Begründung, indem auf die tatsächliche Natur der Vorbereitung von Vertragsschlüssen und die vorwiegende Ermächtigung des kaufmännischen Geschäftsführers zu dieser Vorbereitung zuviel Gewicht gelegt wird). Vgl. ferner RG im Recht 1908 S. 2117.

Verein für allen Schaden, den dieses Willensorgan durch seine mangelhafte Geschäftsleitung Dritten verursacht hat.

f) Auch bei der Gesamtvertretung des Vorstandes genügt schon das Verschulden eines Vertreters, um die Haftung der jur. Person zu begründen, RGE 110 S. 146 (woselbst weitere Zitate).

g) Die Haftung kann durch die Satzung nicht beschränkt werden, § 40.

3. Für den der juristischen Person durch ihre Haftung entstehenden Schaden wird ihr in der Regel das Organ, das den Schaden veranlaßt hat, nach Analogie des Beauftragten (§ 27 Abs. 3) verantwortlich sein. Außerdem haftet es in der Regel neben der juristischen Person als Gesamtschuldner⁹⁾, (vgl. jedoch unten § 112 II 1 b).

§ 104. Mitgliederversammlung (BG §§ 32—37)*).

1. Die Mitgliederversammlung entscheidet in den Vereinsangelegenheiten, welche nicht dem Vorstände oder anderen Organen überwiesen sind, § 32 S. 1¹⁾. Über die Frage, wann und wie sie berufen werde und wie ihre Beschlüsse zu beurkunden seien, bestimmt die Satzung, § 58 Nr. 4²⁾. Im übrigen gelten, wenn die Satzung nicht abweichende Bestimmungen enthält, folgende Regeln:

a) Der Gegenstand der Beschlußfassung muß bei der Berufung bezeichnet sein, § 32 S. 2³⁾. Doch wird hiervon abzuweichen sein, wenn alle Mitglieder erschienen sind und der Beschlußfassung nicht widersprechen.

b) Es entscheidet die Majorität der erschienenen (und abstimmenden)⁴⁾ Mitglieder, § 32 S. 3⁵⁾, und zwar die absolute Majorität, so daß also, wenn bei einer Beschlußfassung über den Ankauf eines Grundstücks von den abstimmenden 25 Mitgliedern 10 für den Ankauf des einen Grundstücks, da-

⁹⁾ RGE 91 S. 75f.

^{*}) Fedlenburg, BürgA 42 S. 168.

¹⁾ Satzungsgemäß ganz beseitigt kann die Mitgliederversammlung nicht werden, vgl. die nach § 40 unabänderlichen §§ 36, 37 (trotzdem bestritten).

²⁾ Bei nicht ordnungsmäßiger Berufung ist die Beschlußfassung (wenn nicht etwa alle Mitglieder erschienen sind) nichtig, RGEW 1912 S. 321.

³⁾ Deutlich, die bloße Angabe „Anträge“ ist nicht genügend, DLGE 32 S. 331 (BayOZG). Doch kann die Satzung das Erfordernis ausschließen oder beschränken, § 40.

⁴⁾ Das Gesetz spricht zwar hier wie im § 33 nur von den „erschiedenen“ Mitgliedern; deren Abstimmung wird wohl aber stillschweigend vorausgesetzt, vgl. HGB § 251; nicht widersprechend RGE 80 S. 194, da die Frage für den § 32 offen gelassen wird. Vgl. auch Fedlenburg, BürgA 43 S. 178ff.

⁵⁾ Ist ein abstimmendes Mitglied geschäftsunfähig oder ist seine Abstimmung wegen eines Willensmangels nichtig oder wirksam angefochten, so ist der ganze Beschluß unwirksam, wenn infolgedessen die Stimmenmehrheit fehlt. Die Abstimmung Minderjähriger wird in der Regel gültig sein, da in der zum Eintritt in den Verein erteilten Zustimmung des gesetzlichen Vertreters eine Einwilligung zur Ausübung der Mitgliedschaft liegt, DLGE 15 S. 324.

gegen 8 für den Ankauf eines anderen und 7 für den Ankauf eines dritten Grundstücks stimmen, ein Beschluß nicht vorliegt⁶⁾).

c) Zu Satzungsänderungen ist eine Mehrheit von $\frac{3}{4}$ der erschienenen (und abstimmenden) Mitglieder erforderlich, § 33 S. 17). Bei eingetragenen Vereinen wird übrigens nach der zwingenden Vorschrift des § 71 die Satzungsänderung erst durch Eintragung ins Vereinsregister wirksam⁸⁾, und gegen diese steht der zuständigen Verwaltungsbehörde ein Einspruchsrecht zu, wenn eine Änderung des Zwecks des Vereins vorliegt und nach dieser der Verein unerlaubt ist oder verboten werden kann⁹⁾. Bezüglich dieses Einspruchsrechts gelten die oben § 100 IV 3 entwickelten Regeln. Bei den konzessionierten Vereinen ist zu jeder Satzungsänderung die Genehmigung des Bundesrats, jetzt des Reichsrats¹⁰⁾, oder des Staates¹¹⁾, von dem die Rechtsfähigkeit verliehen wurde, erforderlich, § 33 Abs. 2¹²⁾.

d) Eine Änderung des Zwecks erfordert die Zustimmung aller Mitglieder, seitens der nicht erschienenen schriftliche Zustimmung, § 33 S. 2¹³⁾.

e) Auch ohne Versammlung der Mitglieder ist ein Beschluß vollgültig, wenn alle Mitglieder ihre Zustimmung zu dem Beschlusse schriftlich erklären, § 32 Abs. 2.

⁶⁾ Hölder zu §§ 27, 32 (ähnlich jetzt auch Dertmann) will bei Wahlen, und wenn sonst keine Beschlußfassung notwendig ist, die sog. relative Majorität entscheiden lassen. Das entspricht weder dem Wortlaut des Gesetzes, denn die sog. relative Mehrheit ist in Wahrheit keine Mehrheit, noch ist es wünschenswert. Es ist also das Gesetz dahin auszulegen (zu ergänzen), daß, wenn nötig, Stichwahlen anzuordnen sind.

⁷⁾ Nach RGE 80 S. 194 f. sollen hier die Mitglieder, die sich der Stimme enthalten oder weiße Zettel abgeben, den verneinenden Mitgliedern zugezählt werden, da das Gesetz von „/ der „erschieneenen“ Mitglieder rede. Dem ist m. E. nicht zugustimmen, da es allgemeiner Sitte entspricht, die Mitglieder, die sich der Stimme enthalten, bei der Ermittlung des Ergebnisses der Abstimmung nicht mitzuzählen, und nicht einzusehen ist, weshalb ein Mitglied auf die Teilnahme an der Abstimmung nicht bedarf soll verzichten können, daß seine Stimme weder für noch wider mitgezählt werden darf. Kann es doch ohne Zweifel sich während der Abstimmung entfernen! So jetzt auch Leddenburg a. a. D.

⁸⁾ Satzungsänderungen brauchen nicht im ganzen Wortlaut eingetragen zu werden, vielmehr genügt, da § 64 für „entsprechend“ anwendbar erklärt ist, die Eintragung, daß die Satzung geändert sei, und die Eintragung der im § 64 genannten Einzelpunkte.

⁹⁾ Früher auch, wenn der Verein nach der Änderung des Zwecks einen politischen, sozialpolitischen oder religiösen Zweck verfolgte, vgl. oben § 100 IV 1.

¹⁰⁾ Bei nichtwirtschaftlichen Vereinen in den Schutzgebieten Genehmigung des Reichsanzlers, jetzt der Reichsregierung, Schutzgebietsges. § 13a (G. v. 22. Juli 1913). Übergangsges. v. 4. März 1919 § 5.

¹¹⁾ Doch kann die Landesgesetzgebung ein anderes bestimmen (Art. 82).

¹²⁾ Auch dies kann übrigens in der Satzung anders bestimmt sein (§ 40). Freilich wird eine solche Vorschrift unter Umständen den Staat veranlassen, mit der Verleihung der Rechtsfähigkeit zurückzuhalten.

¹³⁾ Außerdem bei eingetragenen Vereinen die Eintragung der Zweckänderung, bei konzessionierten staatliche Genehmigung (oben c). Zweifelhaft ist, ob ein eingetragener Verein sich durch Zweckänderung in einen wirtschaftlichen Verein umwandeln könne. Die meisten verneinen dies, so daß nur Auflösung, Liquidation und Neugründung mit staatlicher Verleihung möglich wäre (so Dertmann, v. Luhr u. a.). Es wird aber mit Pland-Rnoffe (zu § 71, 3) zu bejahen sein, wenn staatliche Genehmigung erfolgt, ohne welche die Änderung nicht eingetragen werden darf. Ist sie erfolgt, so muß der Verein hinfort aber auch den besonderen Beschränkungen der konzessionierten Vereine (§§ 33 Abs. 2, 43 Abs. 4) unterliegen.

2. Ferner gelten die folgenden zwingenden Vorschriften:

a) Die Mitgliederversammlung muß berufen werden, wenn das Vereinsinteresse es erfordert, § 36¹⁴⁾, und ferner, wenn der in der Satzung bestimmte Teil oder in Ermangelung einer solchen Bestimmung der zehnte Teil der Mitglieder die Berufung schriftlich unter Angabe des Zweckes und der Gründe verlangt, § 37 Abs. 1. Wird diesem Verlangen nicht entsprochen, so „kann“¹⁵⁾ das Amtsgericht die Antragsteller zur Berufung der Versammlung ermächtigen und über die Führung des Vorzuges Bestimmung treffen¹⁶⁾. Auf die Ermächtigung muß bei der Berufung Bezug genommen werden, § 37 Abs. 2.

b) Ein Mitglied ist nicht stimmberechtigt, wenn über ein mit ihm abzuschließendes Geschäft oder über einen Rechtsstreit zwischen ihm und dem Vereine beschlossen wird, § 34¹⁷⁾.

c) Sonderrechte eines Mitgliedes können nicht ohne dessen Zustimmung beeinträchtigt werden. Darüber unten § 105 IV.

3. Vereinsbeschlüsse, denen es an einem satzungsmäßigen oder gesetzlichen Erfordernisse mangelt, sind nichtig¹⁸⁾. Die Nichtigkeit kann von jedem geltend gemacht werden, dessen Rechte auf Grund des Beschlusses beeinträchtigt werden. Ferner ist eine Feststellungsklage zulässig, wenn ein rechtliches Interesse an alsbaldiger Feststellung vorhanden ist, ZPO § 256.

4. Ob die Mitgliederversammlung berechtigt ist, ein Mitglied vom Verein auszuschließen, ist im folgenden Paragraphen zu besprechen.

§ 105. 3. Mitgliedschaft. Mitgliedsrechte und -pflichten. *)

1. Mitglied eines Vereins können natürliche und juristische Personen sein¹⁾. Doch ist den Soldaten die Zugehörigkeit zu politischen Vereinen

¹⁴⁾ Über die Möglichkeit einer Klage auf die Berufung vgl. RG 79 S. 411, woselbst weitere Entscheidungen.

¹⁵⁾ Eine Pflicht ist damit nicht ausgesprochen, wird aber aus der allgemeinen Amtspflicht zu folgern sein, wenn die Begründung des Antrags sich nicht ohne weiteres als hinlässlich erweist.

¹⁶⁾ Gewöhnlich wird es einen der Antragsteller mit dem Vorzige betrauen.

¹⁷⁾ Der Beschluß ist aber gültig, wenn gleichwohl Majorität vorhanden war, RG 65 S. 242. Wahlen fallen nicht unter § 34. Selbstwahl (zum Vorstande) ist also zulässig, RG 60 S. 173; 68 S. 179; 74 S. 277f.

¹⁸⁾ Abw. v. Luhr, DJurZ 1901 S. 447; Risch in Grünhut 29 S. 337, die ohne Anhalt im Gesetze nur eine Anfechtungsklage nach Analogie des § 271 ff. geben. Wie oben die herrschende Ansicht, der jetzt auch v. Luhr, Handbuch S. 517, zustimmt.

*) Laband in Hirths Annalen, 1874, S. 1487 ff., namentlich S. 1499 ff.; Gierke, Genossenschaftstheorie S. 174 ff.; R. Lehmann, BürgM 9 S. 297 ff. (direkt freilich nur die Aktiengesellschaft behandelnd); Leist, Vereinsherrschaft und Vereinsfreiheit, 1899, Untersuchungen zum inneren Vereinsrecht, 1904; A. Schulze, DogmZ 75 S. 455.

¹⁾ Auch nichtrechtsfähige Vereine können wohl Mitglieder sein; das Mitgliedsrecht steht dann allen Mitgliedern jenes Vereins als solchen zur gesamten Hand zu, so daß sie nur eine Stimme und nur eine Beitragspflicht haben, vgl. Gierke, DJurZ 1907, S. 221 ff.; Dertmann zu § 38; dagegen ein dort angeführter Beschluß des LG Frankfurt a. M. Eine Firma als solche kann nicht Vereinsmitglied sein, RGWam 1918 Nr. 48.

(und die Teilnahme an politischen Versammlungen) verboten, Wehrgesetz v. 23. 3. 1921 § 36 Abs. 2.

II. Die Mitgliedschaft wird erworben entweder durch Teilnahme an der Vereinsgründung (bei hinzutretender Eintragung des Vereins oder Verleihung der Rechtsfähigkeit) oder durch späteren Beitritt, dessen Voraussetzungen sich nach der Satzung bestimmen²⁾. Sie ist, sofern nicht ein anderes (durch die Satzung oder bei konzessionierten Vereinen durch Landesgesetz) bestimmt ist, unübertragbar und unvererblich. Auch die Ausübung der Mitgliederrechte kann, von besonderer Bestimmung abgesehen, nicht einem anderen überlassen werden, § 38, steht jedoch, wenn das Mitglied eine juristische Person ist, deren Organen zu und wird in der Regel auch dem gesetzlichen Vertreter zu gestatten sein³⁾.

III. Die Mitgliedschaft ist nicht etwa nur eine persönliche Eigenschaft, sondern ein Recht im subjektiven Sinne und kann daher im Falle der Verletzung, z. B. wenn dem Vereinsmitglied die Teilnahme an der Vereinsversammlung verwehrt oder ein den Mitgliedern gewährter Vorteil vorenthalten wird, durch Klage verfolgt werden. Auch eine Feststellungsklage ist unter den gesetzlichen Voraussetzungen zulässig.

Die Mitgliedschaft ist zunächst nichts anderes als das Recht auf die persönliche Rechtsstellung innerhalb des Vereins, also ein Personenrecht⁴⁾. Aber aus diesem Personenrecht entspringen zahlreiche und bei den verschiedenen Vereinen sehr verschiedene Einzelrechte und Verpflichtungen. Hervorzuheben sind die Rechte auf Teilnahme an der Vereinsverwaltung wie Stimmrecht, aktives und passives Wahlrecht zu den Vereinsämtern sowie das Recht, Anträge zu stellen; ferner, wenn der Verein den Interessen der Mitglieder dient, Genußrechte an den zum gemeinschaftlichen Gebrauch bestimmten Gegenständen sowie Ansprüche auf den Gewinnanteil und bei Auflösung des Vereins auf den Liquidationsanteil; endlich die Verpflichtungen zur Beitragsleistung und (bisweilen) zur Übernahme von Ämtern und Teilnahme an den Mitgliederversammlungen⁵⁾.

²⁾ Im Fall einer Lücke (vgl. aber § 58) wird der Beschluß über die Aufnahme, weil sie kein Verwaltungsakt ist, der Mitgliederversammlung, nicht dem Vorstande zustehen (herrschende Ansicht, abw. Staubinger-Doewenfeld).

³⁾ Wo es sich um einen persönlichen Genuß oder Gebrauch handelt, wird auch der gesetzliche Vertreter auszuschließen sein. Der Vormund eines geisteskrank gewordenen Klubmitgliedes kann also im Zweifel zwar in der Klubvereinsversammlung stimmen, aber nicht an den Klubvergütungen teilnehmen. Zustimmung v. Lühr S. 548.

⁴⁾ So auch Dernburg § 69 V und viele andere sowie RGZ 100 S. 1. Die Auffassung, daß das Mitgliedsrecht nichts anderes sei als eine die Mitglieder begünstigende, aber nicht berechtigende Wirkung der Vereinsverfassung, „Reflexwirkung der Körperschaftsverfassung“ (Laband a. a. O.), wird der Rechtsstellung der Mitglieder nicht gerecht.

⁵⁾ Pflichten können den Mitgliedern nur durch die Verfassung auferlegt werden, durch einfachen Vereinsbeschluß nur, soweit die Verfassung es vorsieht.

IV. Die nicht auf der Vereinsmitgliedschaft beruhenden Rechte eines Mitgliedes gegen den Verein oder am Vereinsvermögen, z. B. Darlehensforderungen oder Hypotheken und Nießbrauchsrechte an einem Vereinsgrundstück, sind ganz wie Rechte dritter Personen zu behandeln und unterliegen der Verfügung des Vereins in keiner Weise⁶⁾. Die aus der Mitgliedschaft hervorgehenden Rechte dagegen sind zwar auch wahre Rechte, nicht etwa nur Reflerwirkungen des Vereinsverhältnisses, aber sie sind größtenteils Rechte auf Teilnahme am Vereinsleben und deshalb zugleich bald unbeschränkt, bald mit gewissen Beschränkungen dem Vereinswillen unterworfen, sozial gebundene Individualrechte. Wir unterscheiden sie in allgemeine Mitgliedsrechte und Sonderrechte.

1. Sonderrechte, d. h. Bevorrechtigungen, die einem Mitgliede (oder einer bestimmten Gruppe von solchen) zwar in seiner Eigenschaft als Mitglied zustehen, aber kraft einer besonderen, nicht auf alle bezüglichen Satzungs-vorschrift oder Beschlußfassung⁷⁾, unterliegen zwar der Beschlußfassung des Vereins, können aber nur mit Zustimmung des Sonderberechtigten beeinträchtigt werden, § 35. Dahin gehören sowohl Organschaftsrechte wie z. B. bevorzugtes Stimmrecht, Recht auf dauernden Sitz im Vorstande, als selbstnützige Rechte wie z. B. Rechte auf bevorzugte Benutzung von Vereinsvermögen, auf bevorzugten Anfall des Vereinsvermögens bei Beendigung des Vereins, auf Beitragsfreiheit usw.⁸⁾.

2. Die allgemeinen Mitgliedsrechte dagegen, d. h. die jedem Mitgliede als solchem zustehenden, sind in der Regel durch Mehrheitsbeschluß oder, wenn es sich um satzungsgemäße Rechte handelt, im Wege der Satzungsänderung entziehbar.

⁶⁾ Man nennt diese Rechte „Gläubigerrechte“ (oder „Drittrechte“), aber sie sind keineswegs stets obligatorisch (Nießbrauch an einer dem Verein gehörigen Sache). Auch Rechte, die ursprünglich aus der Mitgliedschaft entstanden sind, jetzt aber nicht mehr auf ihr beruhen, sondern selbständig sind, z. B. der Anspruch auf einen bereits festgestellten Gewinnanteil oder auf eine bereits erworbene Rente (gegenüber einem Knappschaftsverein) gehören hierher.

⁷⁾ Die Ansicht des Textes wird jetzt wohl schon als herrschend bezeichnet werden können. Vgl. insbesondere RGE 49 S. 151: „ein aus der Mitgliedschaft hervorgegangenes, von den Rechten der übrigen Mitglieder unterschiedenes Individualrecht eines Mitgliedes gegen die Gesellschaft“; ferner RGE 11 S. 271; DLGE 2 S. 259; RG in JurW 1901 S. 830; SeuffA 61 S. 284; RGE 80 S. 389f. Sehr abweichend früher Pland zu § 35 I, der die Mitgliedschaft selbst als Sonderrecht ansah (dagegen die angeführten Entscheidungen) und andere Mitgliedsrechte im Zweifel dann als Sonderrechte betrachten wollte, wenn sie selbstnützige sind. Pland-Knole ist aber in 4. Aufl. der Ansicht des Textes beigetreten.

⁸⁾ Bestimmt die Vereinsatzung, eine Bevorrechtigung gewisser Mitglieder solle durch Vereinsbeschluß oder durch Satzungsänderung aufgehoben werden können, so handelt es sich um ein auf Widerruf gegebenes (resolutivbedingtes) Sonderrecht. Andersfalls kann das Sonderrecht auch durch Satzungsänderung ohne Zustimmung des Berechtigten nicht aufgehoben werden; denn der § 35 spricht ganz allgemein. Bei unerträglichem Mißbrauch von organschaftlichen Sonderrechten muß man aber eine Klage auf gerichtliche Abstellung gestatten, wofür sich auch eine Analogie aus § 117 BGB gewinnen läßt, Alfred Schulze, DogmJ S. 455ff.

Doch müssen auch hier der Majorisierung gewisse Grenzen gesetzt sein.

a) Eine Änderung zum Nachtheile einzelner Mitglieder (Sonderbenachteiligung, Sonderbeschränkung) ist ohne deren Zustimmung nach Analogie des § 35 für ausgeschlossen zu halten; denn der § 35 beruht auf dem Grundgedanken, daß das einmal bestehende Verhältnis der Mitgliederrechte untereinander ohne Zustimmung der zu Benachteiligten nicht geändert werden kann⁹⁾.

b) Wenn die Satzung für die Aufhebung oder Abänderung gewisser Mitgliederrechte Einstimmigkeit oder eine besonders große Mehrheit verlangt, so ist anzunehmen, daß auch diese Statutenvorschrift selber nicht mit einer geringen Mehrheit soll aufgehoben werden können¹⁰⁾.

c) Wesentliche Schmälerungen der Mitgliederrechte können sich unter Umständen (namentlich wenn es sich um Vereine zu wirtschaftlichen Zwecken handelt) als Veränderung des Vereinszwecks darstellen, also nach § 33 S. 2 der Zustimmung aller Mitglieder bedürfen, z. B. wenn ein Beamtenversicherungsverein auf Gegenseitigkeit seinen Reingewinn statt zu Dividenden oder Prämienermäßigungen zu wohlthätigen Zwecken verwenden wollte¹¹⁾.

V. Der Austritt aus dem Verein steht jedem frei. Jedoch kann die Satzung bestimmen, daß der Austritt erst am Schlusse des Geschäftsjahres oder daß er erst nach einer Kündigungsfrist von höchstens 2 Jahren wirksam werden soll, § 39¹²⁾. Mit dem Wirksamwerden erlöschen alle Mitgliedsrechte für die Zukunft. Bestehende, auf die Zeit vor dem Austritt bezügliche Rechte (z. B. auf den Gewinnanteil für die beim Austritt bereits abgelaufene Geschäftsperiode) sowie Beitragsverpflichtungen für diese Zeit bleiben aber in Kraft.

VI. Die Ausschließung aus dem Verein ist möglich auf Grund einer sie zulassenden Satzungsbestimmung¹³⁾. Eine solche wird aber, wenn sie keine Gründe angibt, im Zweifel dahin zu verstehen sein, daß die Ausschließung aus einem wichtigen Grunde, zumal wegen unwürdigen Verhaltens erfolgen könne¹⁴⁾. Wenn aber ein wichtiger Grund vorliegt, insbesondere wegen grober Pflichtverletzung, wird sie auch ohne ausdrückliche Satzungsvorschrift erfolgen können¹⁵⁾.

⁹⁾ Zustimmung v. Tuhr S. 513. — Es dürfen z. B. die Leistungen des Vereins an die Mitglieder oder die Beiträge der Mitglieder nur in gleichem Verhältnis herabgesetzt oder erhöht werden (RGE 11 S. 272; Sächs. Ann. 23 S. 466), vgl. auch RGKomm zu § 35 und RGE 80 S. 389.

¹⁰⁾ Vgl. auch die (eine Aktiengesellschaft betreffende) RGHGE 19 Nr. 87.

¹¹⁾ Zustimmung z. Tuhr S. 553. — Die unter a—c aufgestellten Regeln lassen sich, wie oben gezeigt, mit genügender Bestimmtheit aus den Grundsätzen des BG entwickeln, und sie dürften auch dem Bedürfnis genügen.

¹²⁾ Andere Beschränkungen, z. B. daß der Austritt während eines ehrengerichtlichen Verfahrens gegen den Austrittenden unzulässig sei, sind nichtig, RGE 108 S. 161.

¹³⁾ Dem Auszuschließenden muß aber rechtliches Gehör gewährt werden, RGE 80 S. 91. — Ein zuvor bereits wirksam ausgetretenes Mitglied kann nicht mehr ausgeschlossen werden. RGE 51 S. 66; 78 S. 135; Scuffl 62 S. 305 ff. Feststellungsfrage zulässig, RGE 108 S. 161.

¹⁴⁾ Es handelt sich hier natürlich nur um eine sachgemäße Auslegung; zustimmend Hedemann, Bürgl 38 S. 134.

¹⁵⁾ Zustimmung Dertmann, zu § 35 S. 131 und ebenso jetzt RGKomm zu § 39, 2. Die vielfach vertretene Meinung, daß die Ausschließung nur auf Grund einer sie zulassenden Satzungsbestimmung zulässig sei (Cosack I § 34 II 3; Planck zu § 35 [anders

Sehr zweifelhaft aber ist, wieweit die richterliche Nachprüfung eines Ausschließungsbeschlusses (z. B. infolge einer Feststellungsklage über dessen Gültigkeit) zulässig sei. Im allgemeinen wird sie sich auf die formelle Gültigkeit des Beschlusses zu beschränken haben, weil die Mitglieder sich eben in Vereinsangelegenheiten der Entscheidung des Vereins unterwerfen haben und weil die Selbstbestimmung und Selbstverwaltung des Vereins nicht zuläßt, daß die endgültige Entscheidung allgemein dem Verein entzogen und in die Hand des Richters gelegt werde. Im Fall offener Unbilligkeit muß aber eine Ausnahme gelten¹⁶); denn der Willkür der Vereinsgenossen will sich kein Beitretender unterwerfen, und die Selbstverwaltung des Vereins kann nicht so weit gehen, daß ihm auch der Mißbrauch seiner Macht gestattet wäre¹⁷).

§ 106. 4. Ende der Rechtsfähigkeit.

Die Rechtsfähigkeit des Vereins wird beendet:

I. Wenn der Verein selbst wegfällt. Dies kann geschehen:

aber *Pland-Knoke* in 4. Aufl.]; *Leonhard*, Allg. Z. § 39 II), ist mit einem gesunden Vereinsleben ganz unvereinbar. Wenn selbst bei einer Gesellschaft, in der das Einzelrecht doch weit gewichtiger ist, Ausschließung aus einem wichtigen Grunde möglich ist, sofern (was beim Verein immer zutrifft) das Verhältnis bei Ausscheiden einzelner Mitglieder zwischen den übrigen fortbestehen soll (§ 737), so muß man das beim Verein um so mehr annehmen. Freilich kann der aus dem Verein Ausgeschlossene (anders wie bei der Gesellschaft, § 738) seine Liquidationsquote nicht herausverlangen, und deshalb wird die Frage, ob ein wichtiger Grund vorliege, mit besonderer Vorsicht zu beantworten sein. *Dernburg* will unter Berufung auf *ALR* II 6 § 43 die Ausschließung bei vorsätzlicher *Zurückerhandlung* gegen die *Korporationsinteressen* zulassen; *Rehbein* wegen grober *Pflichtverletzung*, unwürdigen *Verhaltens* u. dgl. Ein Recht willkürlicher Ausschließung ist ohne besondere *Satzungsvorschrift* zweifellos nicht anzunehmen, *RGE* 73 S. 190. (Ob die Ausschließung aus einem wichtigen Grunde zulässig sei, ist absichtlich nicht entschieden.)

¹⁶) Viele Entscheidungen des *RG* schließen die sachliche Nachprüfung ganz aus, vgl. z. B. *RGE* 49 S. 150ff.; 80 S. 191; 82 S. 248; *RG* *SeuffA* 75 S. 1 (wo die sachliche Nachprüfung einer *Straffsetzung* des Vereins für unzulässig erklärt wird); vgl. ferner *SeuffA* 47 Nr. 4 (Dresden), wo die Nachprüfung auf die *Satzungsmäßigkeit* des angegebenen Grundes beschränkt wird (so daß also die größte Willkür waltete konnte, wenn nur ein *erbichteter* *Satzungsmäßiger* Ausschließungsgrund angegeben wird, vgl. dagegen auch *Ripp*, *DogmZ* 35 S. 335). Einige andere Urteile dagegen lassen die sachliche Nachprüfung anscheinend ohne Beschränkung zu, vgl. *Sächs. Arch.* 4 S. 603ff., wo mehrere *derartige* Urteile angeführt sind, ferner *DVG* *Karlsruhe*, *Bad. Rechtspr.*, 1901, S. 317. Die im Text entwickelte Ansicht sucht zwischen den *Extremen* zu vermitteln, indem sie die *Selbstverwaltung* des Vereins im allgemeinen wahr, aber deren *Mißbrauch* abschneidet, vgl. jetzt auch *v. Tuhr* S. 546ff.; *Hedemann*, *BürgA* 38 S. 135ff.; *Delius*, *VerwA* 22 S. 223ff. *Neuerdings* hat *RGE* 107 S. 388 die sachliche Nachprüfung für zulässig erklärt, wenn in dem *Vorgehen* des Vereins eine *offenbare Unbilligkeit* zu finden sei; es hat sich also der *Ausführung* des Textes im wesentlichen angeschlossen. Daß es sich, wie in dem *Falle* der Entscheidung um eine *Lebensfrage* für das *Mitglied* handeln müsse, wie die Entscheidung annimmt, wird nicht allgemein zu fordern sein.

¹⁷) Auch sonst, wo man sich dem *Ermeßen* eines anderen unterwirft, ist die *offenbar unbillige* Entscheidung der richterlichen Nachprüfung unterworfen (§§ 317, 319). Anders freilich im *Falle* des *Schiedsvertrags*; aber dessen Analogie kann hier nicht entscheiden, da der Verein in *eigner Sache* urteilt. *Zustimmend* *Hedemann*, *BürgA* 38 S. 139; ähnlich jetzt auch *Staudinger*, *Gesamtnachtrag* S. 11.

1. Infolge eines Selbstaufhebungsbeschlusses¹⁾. Die Majoritätsfrage wird in der Regel durch die Satzung geordnet (gewöhnlich $\frac{3}{4}$ oder $\frac{2}{3}$ Mehrheit). Findet sich keine Bestimmung, so muß nach gemeinem Recht wohl Einstimmigkeit sämtlicher Mitglieder gefordert werden. Das BG § 41 verlangt aber nur $\frac{3}{4}$ Mehrheit.

2. Durch Eintritt des Endtermins, wenn ein solcher in der Satzung vorgesehen ist, § 74 Abs. 2²⁾.

3. Beendigung des Vereins muß man wie nach gem. Recht (L. 7 § 2 D. quod. cuj. univ. 3, 4) auch annehmen, wenn sämtliche Mitglieder durch Tod oder Austritt wegfallen, da ein Verein ohne Mitglieder nicht gedacht werden kann³⁾. Übrigens soll dem eingetragenen Vereine schon, wenn die Mitgliederzahl unter drei sinkt, die Rechtsfähigkeit durch das Amtsgericht entzogen werden⁴⁾. Es geschieht dies auf Antrag des Vorstandes oder nach 3 Monaten und nach Anhörung des Vorstandes von Amts wegen, § 73⁵⁾. Von selbst aber wird die Rechtsfähigkeit in diesem Falle nicht verloren.

4. Ein Verein, dessen Zweck den Strafgesetzen zuwiderläuft, kann nach § 2 des Vereinsgesetzes aufgelöst werden. Die Auflösungsverfügung erfolgt durch die nach den Landesgesetzen zuständige Behörde, ist aber im Wege des Verwaltungstreitverfahrens und, wo ein solches nicht besteht, im Wege des Rekurses nach Maßgabe der §§ 20, 21 der GewD anfechtbar. Die endgültige Auflösung ist öffentlich bekannt zu machen. Ist der Verein aufgelöst, so fällt natürlich auch seine Rechtsfähigkeit zusammen.

5. Nach dem Friedensvertrag (Knechtungsvertrag) Art. 117) dürfen Vereine sich nicht mit militärischen Dingen beschäftigen, widrigenfalls unterliegen sie der Auflösung. AusführungsG z. FrV. v. 22. Aug. 1919.

¹⁾ Damit kann die Neugründung eines nichtrechtsfähigen Vereins mit gleichem Zwecke verbunden werden; und eine solche Selbstaufhebung als rechtsfähiger und Neugründung als nichtrechtsfähiger Verein kann in dem Beschlusse, die Rechtsfähigkeit aufzugeben, gefunden werden. Eine Auflösung ist auch die Vereinigung mit einem anderen fortbestehenden Vereine (so daß der erstere verschwindet).

²⁾ Daß auch Erreichung oder Unmöglichwerden des Zweckes den Untergang von selbst herbeiführen, wird beim Schweigen des Gesetzes und der Unsicherheit dieser Umstände nicht anzunehmen sein. Es muß erst ein Auflösungsbeschuß stattfinden, übereinstimmend Bland zu § 41, 4b; abw. Dernburg § 77 VI 5; Rehbein I S. 52; Meurer S. 289; v. Lühr S. 558.

³⁾ Die Möglichkeit des Fortbestehens des Vereins mit einem Mitgliede ist (wie im röm. Recht) aus praktischen Gründen anzunehmen. So auch die herrschende Meinung (vgl. auch RG SeuffA 60 S. 410); abw. Meurer § 30 Anm. 4, Hölber, Nat. u. jur. Verf. S. 292. Nach Schwarz S. 68 kann der Verein vorübergehend auch ohne jedes Mitglied fortbestehen.

⁴⁾ Der Vorstand des eingetragenen Vereins hat dem Amtsgericht auf Verlangen jederzeit eine von ihm vollzogene Bescheinigung über die Zahl der Mitglieder einzureichen, § 72; VereinsG § 22.

⁵⁾ Der Beschuß ist dem Vereine zuzustellen. Er ist durch sofortige Beschwerde nach den Vorschriften der BPO anfechtbar. Der Verlust der Rechtsfähigkeit tritt erst mit der Rechtskraft des Beschlusses ein, § 73.

II. Dem Vereine kann vom Staate die Rechtsfähigkeit von Aufsicht wegen entzogen werden. Nach dem BG ist dies aber nur unter bestimmten Voraussetzungen und in bestimmten Formen zulässig, §§ 43 u. 44.

1. Die Entziehung ist erstens zulässig, wenn der Verein durch gesetzwidrigen Beschluß der Mitgliederversammlung oder gesetzwidriges Verhalten des Vorstandes das Gemeinwohl gefährdet.

2. Außerdem bestehen noch zwei Entziehungsgründe⁶⁾, die aufs genaueste den die Erlangung der Rechtsfähigkeit beschränkenden Vorschriften entsprechen. Dem Vereine kann die Rechtsfähigkeit entzogen werden:

a) wenn sein Zweck nach der Satzung nicht auf einen wirtschaftlichen Betrieb gerichtet ist und er gleichwohl einen wirtschaftlichen Zweck verfolgt⁷⁾;

b) wenn seine Rechtsfähigkeit auf Verleihung beruht und er einen anderen als den in der Satzung angegebenen Zweck verfolgt.

Diese Gründe dienen zur Ergänzung und Durchführung der erwähnten Beschränkungen der Erlangung der Rechtsfähigkeit. Ein Verein, der einen wirtschaftlichen Betrieb verfolgt (a), ist nicht eintragungsfähig, und bei einem konzeSSIONIERTEN Verein (b) ist für die Verleihung in erster Linie der Zweck maßgebend, den der Verein verfolgt. Wie nun, wenn der Verein nach der Satzung keinen wirtschaftlichen Betrieb bezweckte und deshalb eingetragen wurde, oder nach der Satzung einen dem Staate genehmen Zweck verfolgte und deshalb konzeSSIONIERT wurde, jetzt aber der Satzung zuwider sich als wirtschaftlicher (a) oder einen anderen als den angegebenen Zweck verfolgender (b) tatsächlich entküllt hat? Dann muß ihm die Rechtsfähigkeit entzogen werden können; denn sonst könnten jene beschränkenden Bestimmungen beliebig umgangen werden.

3. Was die Zuständigkeit und das Verfahren betrifft, so ist zu unterscheiden:

a) Besteht in dem betreffenden Bundesstaate ein Verwaltungsstreitverfahren (was tatsächlich fast in allen zutrifft), so kommen die für dieses geltenden Vorschriften des Landesrechts zur Anwendung⁸⁾.

b) Besteht ein solches nicht, so erfolgt die Entscheidung in erster Instanz durch die höhere Verwaltungsbehörde, in deren Bezirke der Verein seinen Sitz hat. Deren Entscheidung kann aber im Wege des Rekurses nach Maßgabe der §§ 20, 21 GewD angefochten werden. Jedoch ist die Anfechtung, ganz wie das oben § 100 für den Einspruch ausgeführt wurde, nur aus dem Grunde zulässig, weil keiner der gesetzlichen Entziehungsgründe vorliege, nicht weil die Entziehung durch das Staatswohl nicht gefordert werde.

⁶⁾ Ein dritter Entziehungsgrund, wenn der Verein nach der Satzung einen politischen, sozialpolitischen oder religiösen Zweck nicht hat und gleichwohl einen solchen verfolgt, ist infolge des Ausrufs vom 12. November 1918 weggefallen.

⁷⁾ D. h. wenn er tatsächlich zu einem wirtschaftlichen Vereine in dem oben § 100 II näher erläuterten Sinne wird.

⁸⁾ In Preußen wird Klage beim Bezirksauschuß erhoben. Zur Erhebung ist der Landrat, in Städten die Ortspolizeibehörde zuständig (Pr. AB Art. 2); bezüglich der anderen Länder vgl. Fischer-Henle zu § 44; Staudinger-Loewenfeld zu § 44, 2.

c) Beruht die Rechtsfähigkeit auf Verleihung durch den Bundesrat (jetzt den Reichsrat) oder durch den Reichskanzler (jetzt die Reichsregierung, oben § 99 Anm. 9), so erfolgt auch die Entziehung nur durch diese Behörden.

4. Ist dem Verein die Rechtsfähigkeit entzogen, so können die Mitglieder beschließen, daß der Verein als nicht rechtsfähiger fortbestehen solle, und dies kann auch schon im voraus in der Satzung vereinbart sein. In beiden Fällen besteht aber in Wahrheit nicht der alte Verein fort, vielmehr entsteht ein neues, wesentlich verschiedenes, im allgemeinen nach den Grundsätzen der Gesellschaft zu behandelndes Verhältnis⁹⁾. Daher wird das Vereinsvermögen nicht etwa Gesellschaftsvermögen, das den Vereinsmitgliedern zur gesamten Hand zusteht, vielmehr gelten über den Anfall und die Liquidation dieselben Regeln wie im Auflösungsfall, §§ 45 u. 47.

III. Der Verein verliert die Rechtsfähigkeit durch Eröffnung des Konkurses¹⁰⁾. Der Vorstand hat die Eröffnung des Konkurses bei (voraussichtlich nicht nur ganz vorübergehender) Überschuldung sofort zu beantragen. Bei schuldhafter Verzögerung haften die schuldigen Vorstandsmitglieder den Gläubigern für den daraus entstehenden Schaden und zwar als Gesamtschuldner, § 42. Bei der Frage, ob Überschuldung vorliege, ist übrigens die Beitragspflicht der Mitglieder mit zu berücksichtigen, wenn eine solche (wie gewöhnlich) besteht.

Bei eingetragenen Vereinen ist die Auflösung des Vereins oder die Entziehung der Rechtsfähigkeit ins Vereinsregister einzutragen. Bei Auflösung durch Beschluß oder Zeitablauf hat daher der Vorstand die Auflösung zur Eintragung anzumelden, im ersteren Falle unter Beifügung einer Abschrift des Beschlusses; bei Auflösung oder bei Entziehung der Rechtsfähigkeit von Amtswegen erfolgt die Eintragung auf Anzeige der zuständigen Behörde, § 74. Bei Verlust der Rechtsfähigkeit durch Konkursöffnung wird nur die Konkursöffnung eingetragen, ebenso die etwaige Aufhebung des Eröffnungsbeschlusses, § 75.

IV. Ein weiterer Fall des Verlustes der Rechtsfähigkeit oben § 100 VI 2.

§ 107. 5. Schicksal des Vermögens und Liquidation.*)

I. 1. Über das Schicksal des Vermögens nach Beendigung der Rechtsfähigkeit entscheidet in erster Linie die Satzung. Auch eine nur mittelbare Bestimmung durch die Satzung ist für zulässig zu halten, z. B. die Vorschrift, daß das Vermögen an die vom Vorstande oder die von den städtischen Behörden zu bestimmenden Vereine oder Stiftungen fallen solle.

2. Fehlt eine Satzungsvorschrift, so kann der Verein (vor Beendigung seiner Rechtsfähigkeit) durch gültigen Beschluß, z. B. Teilungsbeschluß, die Bestimmung treffen, jedoch nach § 45 nur in zwei Fällen, nämlich

⁹⁾ Mit dieser Verschiedenheit scheint mir die Ansicht Gierkes (Vereine ohne Rechtsfähigkeit), der ein wirkliches Fortbestehen des Vereins bis zum Eintritt eines Auflösungsgrundes annimmt, nicht vereinbar. Wie oben die herrschende Meinung.

¹⁰⁾ Wird der Eröffnungsbeschluß auf Beschwerde wieder aufgehoben (RD §§ 109, 116), so gilt die Rechtsfähigkeit als nicht verloren. Anders natürlich bei Beendigung des Konkursverfahrens nach erfolgter Schlussverteilung oder bei Aufhebung wegen Zustimmung aller Gläubiger oder wegen Mangels einer den Kosten entsprechenden Masse oder wegen Zwangsvergleichs (RD §§ 202, 204, 190).

^{*}) Wimpfheimer, Die Gesellschaften des HR und BR im Stadium der Liquidation, 1908; Oberwinter, Gruchot 53 S. 769ff.

a) wenn es in der Satzung vorgesehen ist¹⁾,

b) wenn es sich um einen nicht wirtschaftlichen Verein handelt und der Beschluß dahin geht, das Vermögen einer öffentlichen Stiftung und Anstalt²⁾ zu überweisen.

3. Ist weder in der Satzung noch durch gültigen Mitgliederbeschluß etwas bestimmt, so fällt das Vermögen nach § 45, wenn der Verein nach der Satzung ausschließlich den Interessen der Mitglieder diene, an die Mitglieder zu gleichen Teilen.

4. Sonst fällt es an den Fiskus des Bundesstaates, in dessen Gebiete der Verein seinen Sitz hatte. Der Fiskus hat aber das Vermögen tunlichst in einer den Zwecken des Vereins entsprechenden Weise zu verwenden³⁾. Das Landesrecht kann an die Stelle des Fiskus eine andere Körperschaft, Stiftung oder Anstalt setzen, Art. 85. Hatte der Verein seinen Sitz nicht in einem Bundesstaate, so wird man das Vermögen dem Reichsfiskus zuerkennen müssen nach Analogie der erbrechtlichen Vorschrift des § 1936 Abs. 2.

5. Der Fiskus (oder die nach Landesgesetz an seine Stelle tretende juristische Person) erwirbt das Vermögen durch Gesamtnachfolge. Für die Wirkung sind die für den Erbschaftserwerb des Fiskus geltenden Vorschriften maßgebend, § 46 (§ 1966, FrGG § 78).

6. In den übrigen Fällen muß dagegen eine Liquidation stattfinden, d. h. eine geordnete außergerichtliche Abwicklung der Vermögensverhältnisse und Ausantwortung des Überschusses an die Anfallsberechtigten, § 47. Die Liquidation liegt dem Vereine selbst ob; er „gilt bis zur Beendigung der Liquidation als fortbestehend, soweit der Zweck der Liquidation es erfordert“, § 49 Abs. 2. Gleichwohl nehmen manche an, auch in diesem Falle finde eine Gesamtnachfolge der Anfallsberechtigten statt, nur die tatsächliche Aushändigung sei durch das Liquidationsverfahren hinausgeschoben⁴⁾. Allein dem dürfte nicht zuzustimmen sein. Wenn der Verein (nicht nur bestimmten Personen, sondern jedermann gegenüber) für den Liquidationszweck als fortbestehend gilt, so heißt das nichts anderes als: der Verein bleibt einstweilen bestehen, nur sein Zweck ist auf die Liquidation beschränkt. Das Vermögen bleibt also Vereinsvermögen bis zur Ausantwortung an die An-

¹⁾ Eine solche Vorschrift kann natürlich auch durch eine Satzungsänderung (oben § 104) herbeigeführt werden.

²⁾ Unter „öffentlichen Anstalten“ sind in § 45 öffentliche Körperschaften, z. B. der Staat, der Provinzialverband, der Kreis mitzuverstehen, zustimmend v. Lühr S. 562 Anm. 23.

³⁾ Damit ist dem Fiskus eine öffentliche Pflicht auferlegt (vgl. auch Prot. VI 116), deren Erfüllung mithin durch die zuständigen Behörden zu betreiben ist.

⁴⁾ So Hölder zu § 45 Anm. 2; Leonhard § 43; Gierke, Vereine ohne Rechtsfähigkeit, 2. Aufl. S. 47 Anm. 87; Hellwig, Wesen der Rechtskraft S. 203f., vgl. auch Verträge a. L. a. e. Dritten S. 393ff.; Bernhöft, Fiktionen S. 23ff.

fallsberechtigten. Diese haben bis dahin nur einen persönlichen Anspruch an den Verein⁵⁾.

II. Im einzelnen gelten über die Liquidation folgende Regeln (§§ 47—53):

1. Berechtig und verpflichtet zur Liquidation ist der Vorstand; doch können nach Maßgabe der für die Bestellung des Vorstandes geltenden Vorschriften auch andere Personen bestimmt werden, § 48 Abs. 1⁶⁾. Die Liquidatoren haben die rechtliche Stellung des Vorstandes, jedoch mit den Abweichungen, die sich aus dem Liquidationszweck ergeben, § 48 Abs. 2⁷⁾.

a) Ihre Vertretungsmacht ist also beschränkter als die des Vorstandes, da sie Geschäfte nicht vornehmen können, deren Natur dem Liquidationszweck widerspricht⁸⁾.

b) Umgekehrt kann ihre Vertretungsmacht weiter gehen als die des Vorstandes, da solche Beschränkungen, welche die Liquidation unmöglich machen würden, ihnen gegenüber wegfallen⁹⁾.

c) Nach besonderer Vorschrift, § 48 Abs. 3, ist, sofern nicht ein anderes (bei der Bestellung oder in der Satzung) bestimmt ist¹⁰⁾, für die Beschlüsse der Liquidatoren Übereinstimmung aller erforderlich.

d) Im übrigen aber sind die Vorschriften über den Vorstand auf die Liquidatoren anwendbar, namentlich auch, was die Haftung des Vereins für ihr Verschulden (§ 31), den Widerruf der Bestellung (§ 27) und die Verpflichtung zur Anmeldung des Konkurses betrifft (§ 42 Abs. 2).

⁵⁾ So auch die vorherrschende Meinung, vgl. z. B. Pland zu § 53 Anm. 2; Rehbein S. 56; Zitelmann S. 68; Ed S. 67; Crome I § 54 Anm. 14; ferner DLZ 5 S. 378. Außer dem im Texte entwickelten Grunde spricht für diese Ansicht: die Beschränkung der Vorschrift des § 48 S. 1 auf den Fiskus, während eine ähnliche Vorschrift für die anderen Fälle fehlt; ferner das Fehlen einer Vorschrift über Ausschlagung, während man doch das Vermögen nicht jedem durch die Satzung Bestimmten wider seinen Willen aufnötigen kann; das Fehlen einer Vorschrift über die Schuldenhaftung (da sich der von Hölder als Analogie herangezogene § 419 doch auf wesentlich andere Fälle bezieht); endlich die größere Klarheit und Einfachheit der im Texte gegebenen, dem praktischen Bedürfnis vollkommen genügenden Auffassung. Dem allen gegenüber kann der Wortlaut des § 45 „fällt an“ nicht durchschlagen, da hier nur der Hauptgedanke ausgesprochen ist, der durch § 46 bzw. § 47 und § 49 Abs. 2 für die verschiedenen Fälle seine genauere Prägung erhält.

⁶⁾ Bei eingetragenen Vereinen sind die Liquidatoren (auch wenn es die bisherigen Vorstandsmitglieder sind) in das Vereinsregister einzutragen; Anmeldung durch den Vorstand, bei späteren Änderungen durch die Liquidatoren; bei gerichtlich bestellten Liquidatoren Eintragung von Amts wegen, § 76.

⁷⁾ Die Vertretungsmacht der Liquidatoren wird lediglich durch § 48 Abs. 2 bestimmt. Der § 49 Abs. 1 dagegen regelt nur die Obliegenheiten der Liquidatoren. Für Satz 1 u. 3 ist das unzweifelhaft. Es muß aber trotz des Ausdrucks „können“ auch für Satz 2 angenommen werden. Nur durch argumentum e contrario könnte hieraus geschlossen werden, daß neue Geschäfte, welche nicht zur Beendigung schwebender Geschäfte eingegangen werden, Dritten gegenüber nichtig seien, und dies argumentum e contrario ist unannehmbar, da Dritte den Zusammenhang mit der Liquidation zu beurteilen meist außerstande sind. Aber die verschiedenen Ansichten vgl. Pland zu § 49; Reumann zu § 49; Prof. VI S. 136ff.; Goldmann-Lilienthal § 21 Anm. 39; Dertmann zu § 49.

⁸⁾ Ausgeschlossen sind nur diejenigen (dem Vorstände erlaubten) Geschäfte, deren Unzulässigkeit „sich aus dem Zwecke der Liquidation ergibt“ (§ 48 Abs. 2); der Verein kann also die Haftung nur ablehnen, wenn er beweist, daß ein solches Geschäft durch den Liquidationszweck ausgeschlossen ist; es genügt nicht (wie meistens angenommen wird) der Beweis, daß nur tatsächlich ein anderer Zweck verfolgt wurde.

⁹⁾ Z. B. die Satzungsvorschrift, daß die Veräußerung gewisser Sachen ausgeschlossen sei; zustimmend v. Luhr S. 558 Anm. 43.

¹⁰⁾ Solche Bestimmungen sind bei eingetragenen Vereinen in das Vereinsregister einzutragen; Anmeldung durch den Vorstand, bei späteren Änderungen durch die Liquidatoren, § 76.

2. Die Liquidatoren haben die laufenden Geschäfte zu beendigen, die Forderungen einzuziehen, das übrige Vermögen in Geld umzusetzen, die Gläubiger zu befriedigen und den Überschuss den Anfallsberechtigten auszuantworten. Zur Beendigung schwebender Geschäfte können sie auch neue Geschäfte eingehen (sog. Abwicklungsgeschäfte)¹¹⁾. Die Einziehung der Forderungen sowie die Umkehrung des Vermögens in Geld darf unterbleiben, soweit diese Maßregeln nicht zur Befriedigung der Gläubiger oder zur Verteilung des Überschusses erforderlich sind, § 49 Abs. 1. Unter Zustimmung aller Anfallsberechtigten können aber, soweit nur deren Interessen in Betracht kommen, auch beliebige andere Maßregeln getroffen werden, z. B. das nach Befriedigung der Schulden übrig bleibende Vermögen kann ungeteilt den Anfallsberechtigten (z. B. als Vereinsvermögen für den fortbestehenden nichtrechtsfähigen Verein) oder auch einem Mitgliede gegen Aufhebung der übrigen überwiesen werden¹²⁾.

3. Zur Sicherung der Gläubiger sind den Liquidatoren folgende Verpflichtungen auferlegt:

a) Sie haben die Auflösung des Vereins oder die Entziehung der Rechtsfähigkeit öffentlich¹³⁾ bekannt zu machen und zugleich die Gläubiger zur Anmeldung ihrer Ansprüche aufzufordern. Bekannte Gläubiger sind außerdem besonders zur Anmeldung aufzufordern, § 50. Gläubiger die sich nicht melden, sind aber nicht von der Befriedigung ausgeschlossen.

b) Das Vermögen darf den Anfallsberechtigten nicht vor dem Ablauf eines Jahres (Sperrjahr) seit der Bekanntmachung ausgeantwortet werden, § 51¹⁴⁾.

c) Für bekannte Gläubiger, welche sich nicht melden, ist der Schuldbetrag zu hinterlegen, wenn die Sachen zur Hinterlegung geeignet sind und die übrigen Voraussetzungen der Hinterlegung vorliegen, § 52 Abs. 1 (§§ 372 ff.).

d) „Ist die Berichtigung einer Schuld (durch Zahlung oder Hinterlegung) zur Zeit nicht ausführbar“ — das soll heißen: kann sie nicht gezahlt werden, z. B. weil sie bedingt ist, oder braucht sie nicht gezahlt zu werden, z. B. weil sie noch nicht fällig ist, oder stellen sich der Zahlung tatsächliche Hindernisse entgegen, ohne daß eine Verpflichtung zur Hinterlegung bestände —, so darf das Vermögen den Anfallsberechtigten nur ausgeantwortet werden, wenn zuvor dem Gläubiger Sicherheit bestellt ist. Das gleiche gilt für streitige Forderungen, § 52 Abs. 2.

4. Die Liquidatoren sind für ihre Handlungen dem Vereine wie Vorstandsmitglieder verantwortlich, und die Entschädigungsforderungen des Vereins gehören zum Vereinsvermögen, haben also, soweit erforderlich, auch zur Befriedigung der Gläubiger zu dienen. Den Gläubigern steht aber auch ein direkter Anspruch gegen die Liquidatoren zu, wenn diese schuldhafterweise entweder die zugunsten der Gläubiger gegebenen Vorschriften verletzen (oben 3) oder ihrer Pflicht zur Konkursanmeldung nicht genügen oder das Vermögen den Anfallsberechtigten vor Befriedigung der Gläubiger ausantworten, § 53 (vgl. § 42 Abs. 2). In dem letzten Falle ist übrigens, selbst wenn kein Verschulden vorlag, den berechtigten Gläubigern auch ein Anspruch wegen ungerechtfertigter Bereicherung gegen den Anfallsberechtigten zu geben, § 812¹⁵⁾.

¹¹⁾ Vgl. darüber oben Anm. 7. u 8.

¹²⁾ Die Befriedigung der Gläubiger kann aber ohne deren Zustimmung nicht beinträchtigt werden.

¹³⁾ Die Bekanntmachung hat zu erfolgen durch das in der Satzung bestimmte Blatt, sonst durch das für die Veröffentlichungen des Amtsgerichts des Vereinsortes bestimmte Blatt. Die Bekanntmachung gilt als bewirkt mit dem Ablaufe des zweiten Tages nach der (ersten) Einrückung, § 50 Abs. 1.

¹⁴⁾ Über den Beginn des Sperrjahres vgl. Anm. 13.

¹⁵⁾ A. A. Pland, der einen Anspruch (und zwar aus § 814) nur dem Vereine gibt, der infolgedessen, da noch Vermögen da ist, fortbesteht (ebenso v. Tuhr S. 571). Allein dieser Anspruch ist, gerade, wo er am nötigsten ist, ausgeschlossen, nämlich wenn die Liquidatoren das Vermögen wider besseres Wissen an gutgläubige Anfallsberechtigte ausgeantwortet, also wesentlich eine Nichtschuld des Vereins bezahlt haben. Wie oben die vorherrschende Meinung. Neuerdings hat aber RG 92 S. 82f. den Anspruch der Gläubiger aus § 812 ausgeschlossen, weil keine unmittelbare Bereicherung auf Kosten der Gläubiger vorliege, dagegen vgl. unten § 441 II 4.

6. Nichtrechtsfähige Vereine.*)

§ 108. Nach gemeinem Recht.

Zahlreiche Vereine, denen juristische Persönlichkeit nicht verliehen ist, lassen gleichwohl durch ihre Verfassung oder ihr tatsächliches Auftreten im Rechtsleben erkennen, daß sie nicht oder doch nicht allein nach dem Recht der Sozietät behandelt werden wollen und können, sich vielmehr von der gemeinrechtlichen Sozietät unterscheiden, zumal durch das Bestehenbleiben des Vereins trotz des Wechsels der Mitglieder, ferner durch den Ausschluß von Kündigung und Teilungsklage, die Gültigkeit von Majoritätsbeschlüssen, das Vorhandensein eines den Verein vertretenden Vorstandes, die Beschränkung der Haftung der Mitglieder auf ihren Anteil am Vereinsvermögen. usw. Sie sind aber darum schon nach gem. Recht nicht etwa als Korporationen aufzufassen, sondern als deutschrechtlich modifizierte Sozietäten. Wieweit die Abweichung vom Sozietätsrechte reicht, ist im Einzelfalle nach der Verfassung, dem Herkommen und dem Zwecke zu bestimmen.

Über ihre rechtliche Behandlung im gem. Recht dürften im allgemeinen folgende Regeln aufzustellen sein:

1. Das Vermögen steht nicht einem idealen Rechtssubjekt, sondern den Mitgliedern zu; doch ist der Anspruch auf Aufteilung in der Regel ausgeschlossen.

2. Die Praxis (namentlich die des Reichsgerichts) nimmt an, daß solche Vereine „unter ihrem Namen“ Rechte erwerben oder sich verpflichten können¹⁾. Da aber in Wahrheit nicht der Verein, sondern die Gesamtheit der Mitglieder erwirbt oder verpflichtet wird, so ist dies nur eine Formvereinfachung. Der Name des Vereins vertritt die Namen der Mitglieder. In Wahrheit wird doch den Mitgliedern erworben. Deshalb darf man die Eintragung des Vereins im Grundbuch nicht gestatten; denn hier muß der Name des Eigentümers selber eingetragen werden.

3. Die Praxis gibt ebenso dem Verein das Recht, unter seinem Namen als Kläger oder als Beklagter im Prozesse aufzutreten²⁾. Wird er alsdann verurteilt, so kann ohne weiteres die Zwangsvollstreckung in das (sog.) Vereinsvermögen erfolgen.

4. Schwierig ist die Frage, wer für die Schulden hafte, die der Vorstand namens des Vereins kontrahiert hat.

a) War dem anderen Teile bekannt, daß die Vereinsmitglieder statutenmäßig nur mit dem Vereinsvermögen und ihren Beiträgen für die Vereinsschulden haften wollen, so reicht auch ihre Haftung nicht weiter. Der Gläubiger hat dazu stillschweigend konsentiert. Es ist zwar nicht ganz unbestritten, ob eine solche beschränkte Haftung überhaupt durch Vertrag festgesetzt werden könne, allein ein entscheidender Grund dagegen ist nicht ersichtlich (näheres im Recht der Schuldverhältnisse).

b) Hat der andere Teil dies nicht gewußt, so haften die Mitglieder doch nicht weiter, weil der Vorstand keine vorgelegene Vollmacht hat. Wohl aber haftet der kontrahierende

*) Bland zu § 54; Gierke, Vereine ohne Rechtsfähigkeit, 2. Aufl. 1902; Hachenburg, 2. Aufl. S. 475ff.; Ruxbaum, Sächs. Archiv 10 S. 337ff.; Knoke, Recht der Gesellschaft, 1901; Meurer, Die jur. Personen § 7; v. Heintze, Der nichtrechtsfähige Verein (Marb. Diss.), 1902; Josef, BürgA 20 S. 229ff.; Binder S. 93ff.; Danz, DJurZ 1907 S. 377ff.; R. Rümelin, ZivA 101 S. 361ff.; Reubeder, Vereine ohne Rechtsfähigkeit, I. Teil, 1908; Edstein, DogmZ 55 S. 243ff.; v. Lühr § 40; Lindemann, Der nichtrechtsfähige Verein, 1910; Geigel, BayKpfZ 1912 S. 18ff.

¹⁾ RG 4 S. 155, 7 S. 164, 8 S. 122; vgl. SeuffA 6 Nr. 2, 23 Nr. 206, 25 Nr. 199, 33 Nr. 103; RDStG 4 S. 202, 221.

²⁾ RG 4 S. 156, 8 S. 122f.

Vorstand selber, da er ohne ausreichende Vollmacht kontrahierte, nach den über die Haftung nicht bevollmächtigter Vertreter geltenden Grundsätzen (darüber in der Lehre von der Stellvertretung).

§ 109. Nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch.

Im BG ist die Stellung der nichtrechtsfähigen Vereine dem gemeinen Recht gegenüber aus doppeltem Grunde sehr verändert: einerseits ist es dem Vereine leicht gemacht, die juristische Persönlichkeit zu erlangen. Man hielt es daher für angezeigt, ihn, wenn er von diesem Rechte keinen Gebrauch machte, enger an die gewöhnlichen Regeln für Gesellschaften zu binden, als das nach gemeinem Rechte tunlich gewesen wäre. Andererseits aber ist das Gesellschaftsrecht des BG gegenüber dem gemeinem Recht wesentlich fester gestaltet, zumal können die Gesellschaften durch besondere Vereinbarungen in vielen Beziehungen Rechtswirkungen hervorrufen, die im praktischen Ergebnis denen eines rechtsfähigen Vereins ähneln oder gleichen.

I. Daher unterstellt das BG die nicht rechtsfähigen Vereine den Vorschriften über die Gesellschaft, § 54 S. 1. Nur drei Abweichungen gelten:

Aus einem Geschäft, das im Namen eines nichtrechtsfähigen Vereins geschlossen wird, haftet der Handelnde persönlich, mehrere Handelnde als Gesamtschuldner, § 54 S. 2.

Der Verein kann verklagt werden, hat also passive Parteifähigkeit, ZPO § 50 Abs. 2.

Über das Vereinsvermögen ist ein besonderes Konkursverfahren zulässig, KO § 213.

II. Wenn hiernach die nichtrechtsfähigen Vereine im ganzen dem Gesellschaftsrecht unterstellt sind, so ist es gleichwohl nicht zutreffend, sie als Gesellschaften oder als eine besondere Art der Gesellschaften zu bezeichnen; denn die Mitglieder wollen bei der Vereinsgründung nicht ein obligatorisches Verhältnis untereinander eingehen, sondern eine dauernde, von dem Wechsel der Mitglieder unabhängige¹⁾, korporative Organisation mit selbständigem Vermögen schaffen²⁾; sie haben dieselbe Willens-

¹⁾ Die Absicht der Unabhängigkeit des Vereins vom Wechsel der Mitglieder wird meist schon aus der Bezeichnung „Verein“ geschlossen werden können (bestritten).

²⁾ Vgl. jetzt insbesondere RGE 60 S. 99: „eine dauernde Verbindung einer größeren (wohl nicht unbedingt nötig) Anzahl von Personen zur Erreichung eines ihnen gemeinsamen Zweckes, die sich eine die wesentlichen Merkmale korporativer Organisation enthaltende Verfassung gegeben hat, einen Gesamtnamen führt und bei welcher ein Wechsel in dem Mitgliederbestande (und zwar nicht vermöge besonderen Ausnahmerechts, sondern naturgemäß infolge des Wesens der Vereinigung) stattfindet“; ebenso RGE 74 S. 372, 76 S. 27; 95 S. 192; 97 S. 123; vgl. ferner Vierke S. 10f.; Sachenburg 2. Aufl. S. 490ff.; Knoke S. 19ff. Die früher übliche Identifizierung von Verein und Gesellschaft ist jetzt fast allgemein aufgegeben. — Auch staatlich zugelassene, aber als juristische Personen nicht anerkannte Niederlassungen von Orden oder ordensähnlichen Kongregationen sind nichtrechtsfähige Vereine, RGE 97 S. 122ff.

richtung wie bei der Begründung eines rechtsfähigen Vereins, und hierin liegt das Kriterium, das den nichtrechtsfähigen Verein von der Gesellschaft unterscheidet. Freilich wird dieser Willensinhalt vom Rechte nicht unverändert, sondern nur soweit verwirklicht, als er sich den Vorschriften über die Gesellschaften und den erwähnten Sonderbestimmungen anpassen läßt.

III. Will man sich auf Grund dieser Vorschriften die Rechtslage der nichtrechtsfähigen Vereine vergegenwärtigen, so ist davon auszugehen, daß die Satzung für den Verein das gleiche bedeutet wie für die Gesellschaft der Gesellschaftsvertrag, daß sie also den Vorschriften über den Gesellschaftsvertrag untersteht. Sie ist mithin wie dieser formfrei, kann daher auch, sei es überhaupt, sei es in einzelnen Beziehungen, stillschweigend vereinbart werden, und für ihre Auslegung und Ergänzung im Sinn der Vereinsgenossen kommt der Zweck des Vereins, sein gesamtes Gebaren und die Art, wie Vereine überhaupt oder Vereine dieser Art ihre Verhältnisse zu ordnen pflegen, mit in Betracht³⁾. Die rechtliche Beurteilung muß dem Wille möglichst nahe kommen, das sich die Mitglieder beim Zusammentritt oder im Laufe der weiteren Entwicklung von dem Rechtsleben des Vereins gemacht haben. In vielen, freilich nicht in allen Beziehungen werden dann ähnliche Folgen entstehen wie bei rechtsfähigen Vereinen.

1. Der Vorstand nimmt die Stellung eines geschäftsführenden Gesellschafters ein, § 710, und ist als solcher im Zweifel auch zur gerichtlichen und außergerichtlichen Vertretung des Vereins (genauer der Mitglieder-gesamtheit in den Vereinsangelegenheiten) ermächtigt, §§ 714, 715, ohne jedoch die Stellung eines gesetzlichen Vertreters zu haben. Daß es zu Beschlüssen der Mitgliederversammlung und des Vorstandes nur der Stimmenmehrheit bedarf, kann in der Satzung vereinbart werden, §§ 709, 710⁴⁾, und das dürfte (soweit nicht Sonderrechte in Frage stehen), weil der Gesamthaltung der Vereine und der tatsächlichen Übung entsprechend, im Zweifel auch ohne besondere Festsetzung als stillschweigend vereinbart anzunehmen sein⁵⁾. Ist es vereinbart, so kann dem Vorstande die Befugnis zur Geschäftsführung auch durch Mehrheitsbeschluß wieder entzogen werden, § 712. Die Vorstandsmitglieder (wie auch die übrigen Vereinsgenossen) haften übrigens nur für konkretes Verschulden, § 708⁶⁾.

³⁾ Vgl. namentlich Gierke S. 74.

⁴⁾ Die Satzung kann auch jedem einzelnen Vorstandsmitgliede das Recht der Vertretung und Geschäftsführung einräumen, § 711.

⁵⁾ Zu Änderungen der Satzung wird nach Analogie des § 33 Dreiviertelmajorität der erschienenen Mitglieder, zur Zweckänderung Zustimmung aller Mitglieder erforderlich sein, ähnlich v. Tuhr S. 575.

⁶⁾ Abweichend nehmen Edstein a. a. O. S. 259 und v. Tuhr S. 575 Haftung für jede Fahrlässigkeit an, wie mir scheint zu Unrecht; denn die Beschränkung auf konkretes

2. Das Vereinsvermögen ist zwar in Wahrheit Vermögen der Mitglieder, aber ein Sondervermögen, das ihnen nach Gesellschaftsrecht zur gesamten Hand zusteht. Das einzelne Mitglied kann daher weder über seinen Anteil am Vereinsvermögen noch an dessen einzelnen Bestandteilen verfügen, auch keine Aufteilung verlangen noch seine Ansprüche gegen die anderen Mitglieder übertragen; auch kann gegen eine Forderung, die zum Vereinsvermögen gehört, nicht mit einer Forderung gegen ein einzelnes Mitglied aufgerechnet werden, §§ 717—719.

a) Das Vereinsvermögen besteht aus den „Beiträgen der Mitglieder“⁷⁾, den „durch die Geschäftsführung für den Verein erworbenen Gegenständen“ (Sachen und Rechten) und dem, „was auf Grund eines zum Vereinsvermögen gehörigen Rechts oder als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung eines zum Vereinsvermögen gehörigen Gegenstandes erworben wird“, § 718. Unter „Geschäftsführung“ ist der Abschluß irgendwelcher Geschäfte für den Verein zu verstehen, also z. B. auch die Annahme von Schenkungen (die für manche Vereine eine Haupterwerbsquelle bilden). Aber auch ein rechtsgeschäftlicher Erwerb, der keinen Erwerbswillen voraussetzt, kann für das Vereinsvermögen eintreten, z. B. der Erwerb einer Forderung aus einer Auslobung⁸⁾. Erbeinsetzungen und Vermächtnisse zugunsten des Vereins als solchen sind zwar, da ihm Rechtsfähigkeit mangelt, nicht denkbar, aber sie werden regelmäßig als den Vereinsmitgliedern ausgesetzt aufzufassen sein und zwar unter der Bestimmung, daß sie zum Vereinsvermögen gehören sollen. Dann werden sie ohne besonderen Übertragungsakt Vereinsvermögen⁹⁾, so daß also die Entscheidung über Annahme und Ausschlagung dem Vorstande (oder der Mitgliederversammlung), nicht aber den einzelnen Mitgliedern zusteht¹⁰⁾.

Berschulden entspricht nicht nur dem § 54 (§ 708), sondern ist auch der Stellung der Vereinsmitglieder angemessener, kann also nicht als stillschweigend wegbedungen betrachtet werden. Wie oben die herrschende Meinung.

⁷⁾ Daß auch die Forderungen auf die Mitgliederbeiträge zum Vereinsvermögen gehören, ist im Gesellschaftsrecht zu zeigen, vgl. auch RGE 54 S. 300.

⁸⁾ Man denke an das Versprechen eines Preises für den bei einem Gesangsfest Sieger bleibenden Verein.

⁹⁾ Dafür spricht das Bedürfnis und ein Analogiebeschluß aus § 718. Kann für das Vereinsvermögen aus Schenkungen erworben werden, so sieht man nicht ein, weshalb der Erwerb aus Auslobung, Vermächtnis, Erbeinsetzung anders beurteilt werden soll. Der § 718 steht dem nicht entgegen; denn er will nur bestimmen, was (regelmäßig) zum Gesellschaftsvermögen gehöre, nicht aber dem Privatwillen unüberschreitbare Grenzen setzen. Daß Erbschaften und Vermächtnisse in § 718 nicht erwähnt sind, erklärt sich daraus, daß leibtrüchtige Zuwendungen an Gesellschaften praktisch kaum vorkommen (während Vereine häufig bedacht werden). Dafür, daß den Mitgliedern als gesellschaftlich Verbundenen zugewandt werden könne, haben sich namentlich erklärt Gierke S. 21; Ed S. 80 Anm. 2; Staubinger-Doewenfeld zu § 54 VII 3; Bland zu § 54, 3f.; Dertmann zu § 54, 4; Fr. Leonhard, Erbrecht § 1923 III A; Josef, Grundr. 62 S. 412. Abw. Rehbein S. 44; Goldmann u. Lilienthal § 22 Anm. 9; Ripp, Erbrecht § 1 Anm. 27.

¹⁰⁾ Dann muß man freilich, was Ripp a. a. O. einwendet, auch annehmen, daß die

b) Im Grundbuch sind die zum Vereinsvermögen gehörigen Rechte nicht auf den Namen des Vereins, sondern auf den Namen der Mitglieder einzutragen, jedoch mit Angabe des „für die Gemeinschaft maßgebenden Rechtsverhältnisses“, d. h. unter dem Vermerk, daß sie den Eingetragenen als Mitgliedern des nichtrechtsfähigen Vereins zustehen, BGB § 48.

3. Aus den für den Verein abgeschlossenen Rechtsgeschäften haften:

a) Die handelnden Personen selbst nach der Sondervorschrift des § 54 S. 2¹¹⁾ und zwar, wenn es mehrere sind, als Gesamtschuldner. Sie haften, falls sie im Namen „des Vereins“ gehandelt haben¹²⁾, kraft des Gesetzes, einerlei ob sie Vollmacht hatten oder nicht¹³⁾. Die Haftung hat ihren Grund in dem Bedürfnis der Verkehrssicherheit. Sie kann durch die Satzung nicht ausgeschlossen werden, wohl aber durch eine Vereinbarung mit dem Gläubiger, die auch stillschweigend getroffen werden kann, aber aus der bloßen Tatsache, daß das Geschäft im Namen des Vereins geschlossen wurde, nicht entnommen werden darf¹⁴⁾.

b) Hatten die Handelnden Vollmacht, so haften auch die Vereinsmitglieder, deren Haftung natürlich durch Vereinbarung mit dem Gläubiger auf das Vereinsvermögen beschränkt werden kann. Eine solche Beschränkung der Haftung kann aber auch allgemein durch das Vereinsstatut vorgeschrieben sein, da dann die Vollmacht der Vorstandsmitglieder nur die Eingehung derartiger beschränkter Verpflichtungen für die Mitglieder zuläßt¹⁵⁾; und eine

Mitglieder höchstens mit ihrem Anteile am Vereinsvermögen für die Erbschaftsverbindlichkeiten einstehen. Das möchte ich aber auch trotz der beachtenswerten Gegengründe Kipps für richtig halten; denn, wenn die Erbschaft nur dem Vereinsvermögen zugute kommen soll, so entspräche es nicht der Billigkeit, daß die Mitglieder mit ihrem sonstigen Vermögen haften.

¹¹⁾ Vorausgesetzt natürlich, daß sie geschäftsfähig waren. Bei Beschränktgeschäftsfähigen ist Zustimmung des gesetzlichen Vertreters erforderlich, die aber oft schon in der Zustimmung zur Teilnahme an dem Verein zu finden sein wird.

¹²⁾ Hat der Vorstand eine andere Person beauftragt (und bevollmächtigt) und handelt diese im Namen „des Vereins“, so ist sie selbst der Handelnde, nicht aber der Vorstand, DLGE 12 S. 30, JurB 24 S. 218 (Stettin), Gierke S. 20, vorherrschende Ansicht (die Sachlage ist hier eine andere als bei BGB § 200 u. G. betr. Ges. m. b. S. § 11); a. M. aber DLGE 10 S. 57. Handelt jedoch ein vom Vorstande Beauftragter „im Namen des Vorstandes“ für den Verein, so muß der Vorstand im Sinne des § 54 als Handelnder angesehen werden. A. M. jedoch RGE 82 S. 298. Soll wirklich angenommen werden, daß, wenn die drei Vorstandsmitglieder eines nichtrechtsfähigen Klubs durch einen Rechtsanwalt in ihrem Namen für den Klub eine Wohnung mieten lassen, die Haftung aus § 54 Abs. 2 den Rechtsanwalt und nicht die vertretenen drei Vorstandsmitglieder trifft?

¹³⁾ Hatten sie keine Vollmacht, so kann der Gegner nach Maßgabe des § 179 nach seiner Wahl Erfüllung oder Schadensersatz verlangen.

¹⁴⁾ RGE 82 S. 298f.

¹⁵⁾ Dies bestreiten Sachenburg, Ed, Rehbein u. a., weil jede Gesellschaft sich sonst hinsichtlich ihrer Schuldenhaftung die Rechtsstellung einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung verschaffen könne, ohne die Voraussetzungen des G vom 20. April 1892 zu erfüllen. Dieser Grund ist aber m. E. weder durchschlagend noch richtig; denn es ist ein wesentlicher Unterschied, ob (beim nichtrechtsfähigen Verein) nur die Haftung der übrigen Gesellschafter oder ob (bei der Gesellsch. m. b. S.) auch die Haftung des geschäftsführenden

solche Beschränkung wird im Zweifel als stillschweigend festgesetzt gelten müssen¹⁶⁾.

4. Die Haftung für unerlaubte Handlungen, welche die Vorstandsmitglieder (oder sonstigen Vertreter) in Ausführung der ihnen übertragenen Verrichtungen begehen, richtet sich nach den gewöhnlichen Grundsätzen, § 831. Die Vorschrift über die Haftung der rechtsfähigen Vereine für ihre Organe (§ 31) ist hier nicht anwendbar, da wegen des Mangels der Rechts- und Willensfähigkeit auch Willensorgane nicht anzunehmen sind¹⁷⁾.

5. Nach § 736 kann bestimmt werden, daß der Austritt, Tod oder Konkurs eines Mitgliedes den Verein nicht auflösen soll, sondern daß nur der Betreffende ausscheidet; und dies muß man im Zweifel als stillschweigend vereinbart ansehen, da die Vereine regelmäßig vom Wechsel der Mitglieder unabhängig sein wollen. Scheidet demnach ein Mitglied aus, so wächst sein Anteil den übrigen kraft Rechtsfages zu, § 738. Kraft Gesellschaftsrechts stände ihm zwar ein Recht auf eine Geldabfindung zu, § 738, aber auch dessen Ausschluß ist nicht nur zulässig, § 731¹⁸⁾, sondern muß auch im Zweifel als stillschweigend vereinbart gelten, da nach der in Vereinen herrschenden Willensrichtung das Vereinsvermögen dem Vereinszweck dauernd gewidmet sein soll.

6. Mitglieder des Vereins können nicht nur natürliche oder juristische Personen, sondern auch nicht eingetragene Vereine sein¹⁹⁾.

Der Eintritt neuer Mitglieder regelt sich nach der Satzung, ist aber bei deren Schweigen im Zweifel für zulässig zu halten und zwar auf Grund eines Majoritätsbeschlusses, oben Ziff. 1, ²⁰⁾, da die Vereine auf den Eintritt neuer Mitglieder berechnet zu sein pflegen. Nach Analogie der über den Austritt geltenden Regeln, § 738, muß man annehmen, daß dem Eintretenden ein entsprechender Teil des Vereinsvermögens von selbst zuwächst²¹⁾.

Gesellschafters selbst eine beschränkte ist. Wie im Text Bland a. a. D., *Ecclus* IV § 281 S. 675; *Gierke* S. 39 u. zahlreiche dort Anm. 65 Zitierte; ferner *RGE* 63 S. 64f.; 74 S. 374; *RG* *ZurB* 07 S. 136.

¹⁶⁾ So auch *Gierke* S. 89 u. a.; ferner *RGE* 63 S. 65 und bestimmter *RG* *Bruchot* 53 S. 401; *RGE* 74 S. 374; *RG* *ZurB* 1907 S. 136, *RGW* 1916 Nr. 270; 1917 Nr. 263. Dagegen nimmt *RGE* 90 S. 177 zwar an, daß eine solche Auslegung der Satzung häufig, vielleicht in der Mehrzahl der Fälle zutreffen werde, leugnet aber das Bestehen einer Vermutung.

¹⁷⁾ *U. A.* *ZurB* 24, 1882 (Hamburg).

¹⁸⁾ Da § 731 „Bereinigungen über die Auseinandersetzung“ gestattet, kann auch im Gesellschaftsvertrage vereinbart sein, daß der Ausscheidende jeden Anspruchs verlustig geht.

¹⁹⁾ Vgl. oben § 105 Anm. 1 und *RGE* 73 S. 96.

²⁰⁾ *U. A.* *Gierke* S. 16, der beim Mangel einer Satzungsvorschrift Einstimmigkeit fordert, und *Dertmann*, obgleich dieser bei Beschlüssen im Zweifel Majorität für ausreichend hält.

²¹⁾ So mit Recht *Gierke* a. a. D. S. 24ff. und schon vorher *Hölber* S. 189f., deren Ansicht in letzter Zeit vielfach Zustimmung gefunden hat, vgl. z. B. *Dernburg* II § 362; *Endemann* I § 46 Anm. 14; *Knote*, *BürgR* 20 S. 180ff.

Der Austritt steht jedem Mitgliede frei, § 723²²⁾. Ausschließung aus dem Verein ist zulässig, wenn in der Person des Auszuschließenden ein wichtiger Grund vorliegt²³⁾.

7. Der nicht rechtsfähige Verein kann verklagt werden und nimmt alsdann „im Prozesse dieselbe Stellung ein wie ein rechtsfähiger Verein“, ZPO § 50 Abs. 2²⁴⁾. Auf Grund des gegen den Verein ergangenen Urteils findet die Zwangsvollstreckung in das Vereinsvermögen statt, ZPO § 735. Aktive Parteifähigkeit dagegen ist dem Verein nicht beigelegt²⁵⁾; allein die Vorstandsmitglieder (oder andere Personen) können durch die Vereinsatzung (was im Zweifel anzunehmen ist, oben 1) oder auf deren Grund durch besonderen Beschluß zur Klageerhebung ermächtigt werden und sind dann, da die Satzung auch neu eintretende Mitglieder bindet, berechtigt, im Namen der jeweiligen Mitglieder zu klagen²⁶⁾. Freilich müssen die Vereinsmitglieder als die wirkliche Prozeßpartei nach § 253 Nr. 1 ZPO (spätestens bis zur letzten mündlichen Verhandlung) namhaft gemacht werden²⁷⁾.

8. Über das Vereinsvermögen ist wegen Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung ein besonderes Konkursverfahren zulässig, KO § 213.

9. Endlich ist nach Analogie des § 12 ein Namensrecht des Vereins anzuerkennen²⁸⁾.

III. Die Stiftungen. *)

§ 110. Begriff und Entstehung.

I. Während der Verein als eine mit Rechtsfähigkeit ausgestattete Personenvereinigung zu denken ist, fehlt es bei der Stiftung an einer Personen-

²²⁾ Zwingend nach § 723 Abs. 3, vgl. RG 78 S. 136.

²³⁾ Vgl. § 737, der anwendbar ist, da der Verein beim Ausscheiden eines Mitgliedes stets unter den übrigen fortbestehen soll. Vgl. auch RG 78 S. 190.

²⁴⁾ Da der Verein, wenn er verklagt ist, im Prozeß „die Stellung eines rechtsfähigen Vereins“ einnimmt, so kann er auch Widerklage, Vollstreckungsgegenklage (ZPO § 767), Nichtigkeits- oder Restitutionsklage (§ 578) erheben und Schadensersatzansprüche nach ZPO § 302 und § 717 geltend machen. Der Vorstand hat in dem Prozeß ganz die Stellung des Vorstandes eines rechtsfähigen Vereins, kann also Eide im Namen des Vereins leisten, während die Mitglieder nicht als Partei gelten, also keine Parteieide leisten, aber als Zeugen vernommen werden können, vgl. insbesondere die Begründung zu ZPO § 49 a (jetzt § 50), ferner Gierke S. 41 ff.; abw. Hachenburg.

²⁵⁾ So auch die herrschende Meinung, insbesondere RG 54 S. 300; 57 S. 91 f.; 78 S. 101 ff.; a. A. Hellwig, Zivilprozeß § 45 und im Recht 1904 S. 207 ff.

²⁶⁾ So insbesondere RG 57 S. 91 ff.; DLG 15 S. 70. Die erstere Entscheidung fügt hinzu, wenn auch das Statut von Klageerhebung im Namen der Gesellschaft spreche, so müsse das auf die Mitglieder bezogen werden, da sonst die Klageerhebung überhaupt unmöglich sein würde.

²⁷⁾ Davon will allerdings DLG 15 S. 70 absehen; wie oben jedoch RG 57 S. 91 ff.; vgl. auch 78 S. 104 ff.

²⁸⁾ So auch RG 78 S. 102; sehr bestritten.

*) Schloßmann, Dogm 27 S. 1 ff.; Kohler, Bürgl 3 S. 227 ff.; Stinzing, Zivl 88 S. 392 ff.; Gierke, D. PrR I § 50, § 78 und Genossenschaftsrecht II § 37; Regels-

mehrheit, die als Träger der juristischen Persönlichkeit gedacht werden könnte¹⁾. Denn selbst wenn die Stiftung, was übrigens häufig nicht einmal zutrifft, von einer Personenmehrheit verwaltet wird, so ist doch diese Personenmehrheit nicht die juristische Person, sondern nur ein Verwalter fremder (der Stiftungs-) Angelegenheiten. Träger der juristischen Persönlichkeit ist auch nicht das Stiftungsvermögen (dieses ist Rechtsobjekt, nicht Rechtssubjekt), sondern lediglich die Einrichtung (Organisation) selbst, durch die ein bestimmter Zweck dauernd vermittlems menschlicher Kräfte verwirklicht wird. Stiftung ist eine nicht in einem Personenverbande bestehende, mit juristischer Persönlichkeit ausgestattete Organisation zur Verwirklichung bestimmter Zwecke²⁾.

Der wichtigste Teil dieser Organisation ist die Bindung des Stiftungsvermögens für jenen Zweck, aber damit erschöpft sich das Wesen der Stiftung nicht; ja es kann sogar zeitweise an einem Stiftungsvermögen ganz fehlen. Deshalb ist es nicht völlig zutreffend, wenn die herrschende Theorie die Stiftung definiert als ein für einen Zweck bestimmtes Vermögen mit selbständiger juristischer Persönlichkeit.

II. Durch Zuwendungen, die einer bestehenden juristischen Person, z. B. einer Stadt oder Universität für bestimmte Zwecke (für Arme, für Kunstzwecke, Stipendien) gemacht werden (sog. fiduziarische oder unselbständige Stiftungen), entsteht keine rechtsfähige Stiftung³⁾; das Zugewandte wird vielmehr der juristischen Person erworben und ist von ihr nach den über die

berger §§ 88 ff.; Meurer S. 31 ff., 242 ff., 315 ff.; Gradenwitz, Wille des Stifters 1904; Behrend, Die Stiftungen nach dem bürgerlichen Recht, Teil I 1905; Sartorius, Art. Stiftungen im Wörterbuch d. D. Staats- u. Verwaltungsrechts.

¹⁾ Wenn gleichwohl Gierke, D. PrK § 78, die Stiftung als eine „Verbandsperson“ betrachtet, einen „Organismus“, „dessen Seele der fortwirkende Wille des Stifters und dessen Körper der zur Verwirklichung dieses Willens hergestellte Verband von Menschen bilde“, so vertauscht er wieder (s. oben § 96 Anm. **) ein Bild mit der Sache (die Stiftung ist kein Organismus, kein Lebewesen, sondern eine Organisation; der Wille des Stifters lebt nicht fort, sondern nur ein von ihm Gewolltes behält kraft Rechtsvorschrift dauernde Geltung). Aber dieses Bild kann hier nicht einmal als der Sache entsprechend betrachtet werden; denn ein „Verband von Menschen“ braucht bei der Stiftung überhaupt nicht vorhanden zu sein (die Stiftung kann von einem einzelnen oder von einer [anderen] juristischen Person verwaltet werden), und wenn eine Personenmehrheit, z. B. ein collegialischer Vorstand, vorhanden ist, so wird doch nicht dieser Vorstand als die juristische Person (weder als „Körper“ noch als „Seele“) betrachtet. Noch überboten wird die biblische Auffassung Gierkes durch Cromé § 49, nach dem die Stiftung durch den „sie fort und fort durchdringenden unabänderlichen Willen des Stifters regiert wird“. Regiert wird die Stiftung durch den (sehr oft selbständigen) Willen des Verwalters, für den allerdings die vom Stifter gesetzte (durch Rechtsvorschrift aufrecht erhaltene) Verfassung maßgebend ist. Den Genußbestimmungen endlich, welche Meurer S. 43 ff. als die Rechtsträger betrachtet wissen will, stehen häufig überhaupt keine Rechte zu. Wo aber solche Rechte vorhanden sind, sind es Gläubigerrechte, nicht Mitgliedsrechte (oben § 105 IV). Zudem ist der Kreis der Genußdestinatäre in vielen Fällen überhaupt nicht abzugrenzen, z. B. „die Kranken“, „die Armen“, ja bei der Nobelftiftung müßte die Gesamtheit aller Menschen als Rechtssubjekt gelten.

²⁾ Zustimmung v. Lühr S. 593.

³⁾ Auch solche Zuwendungen werden oft Stiftungen genannt. Deshalb ist, wenn in Zuwendungen von Tode wegen oder unter Lebenden einfach von einer Stiftung die Rede ist, immer noch zu untersuchen, ob eine rechtsfähige oder eine sog. fiduziarische Stiftung gemeint ist, RGE 88 S. 338 f.

Erfüllung von Auflagen geltenden Grundsätzen zu verwenden, §§ 525, 2194⁴⁾. Auf die fiduziarischen Stiftungen sind die Vorschriften des BGB über (rechtsfähige) Stiftungen nicht (auch nicht analog) anwendbar⁵⁾.

Ebensowenig darf ein durch Sammlungen für einen bestimmten Zweck, z. B. zur Unterstützung für Überschwemmte oder Abgebrannte oder zur Errichtung eines Denkmals aufgebrachtes Vermögen als Stiftung oder als ein ihr analog zu behandelndes selbständiges Rechtssubjekt betrachtet werden⁶⁾. Vielmehr liegt in solchen Fällen nach der Absicht der Sammler und Beitragenden entweder ein Gesellschaftsverhältnis der Beitragenden vor⁷⁾, während die Sammler als geschäftsführende Gesellschafter erscheinen; oder die Beitragenden übertragen das Eigentum an die Sammler unter der Auflage zweckentsprechender Verwendung. In dem letzteren Falle, der als der einfachere und zweckentsprechendere im Zweifel anzunehmen sein wird, ist das Sammelvermögen als ein fiduziarisches Sondervermögen der Sammler zu betrachten, das dem Zugriff ihrer Gläubiger nicht unterliegt und bei Konkurs nicht in ihre Konkursmasse fällt⁸⁾.

III. Die Entstehung der Stiftung erfordert (wie nach gemeinem Recht) ein Stiftungsgeschäft und staatliche Genehmigung.

1. Das Stiftungsgeschäft ist eine Willenserklärung, die den Zweck der Stiftung angibt, in der Regel für diesen Zweck ein Vermögen bestimmt⁹⁾ und den Willen des Stifters erkennen läßt, die Stiftung als selbständiges

⁴⁾ Vgl. Kohler, BürgA 31 S. 268ff.; Schulze, DogmZ 43 S. 32ff. Über Natur u. Form einer solchen Schenkung unter Auflage unten § 348 Anm. 3 und II 1.

⁵⁾ Insbesondere auch nicht die Formvorschrift des § 81, BGB 105 S. 305ff.

⁶⁾ Dies verteidigt Dernburg; vgl. auch Pfah, DogmZ 36 S. 448. Nach Sedels Gutachten f. d. 30. Juristentag (Bd. 1 S. 564ff.) soll sich die jur. Persönlichkeit des Sammelvermögens aus der Vorschrift des § 1914 ergeben, ein m. E. keineswegs zwingender Schluß, und Bartsch (dieselbst S. 154ff.) empfiehlt für die Vermögen, „die zur Erreichung uneigennütziger Zwecke dienen sollen“, wenigstens de lege ferenda Vorschriften, die sachlich auf Anerkennung der Rechtsfähigkeit hinauslaufen (S. 215ff.).

⁷⁾ Diese Konstruktion hält Gierke I § 80 Note 43 für die allein zutreffende: ähnlich Hellwig, Anspruch S. 297f.; RG Komm. zu § 80, I. Nach Fischbach, Sammelvermögen, 1907 S. 100ff., soll das Sammelvermögen den Spendern nach Bruchteilen gemeinsam gehören, gleichwohl aber ein Sondervermögen bilden, das fast in jeder Beziehung wie ein selbständiges Vermögen behandelt wird.

⁸⁾ So Regelsberger I § 87 und Göttinger Festg. f. Thering, 1892, S. 70; König, Öffentliche Sammlung, 1907; Knoke, Referat auf d. 30. Juristentag, und viele andere (vorherrschende Ansicht). Die Sammler unter sich bilden aber auch in diesem Falle eine Gesellschaft, die jedoch dem Zwecke und der vermutlichen Absicht gemäß bei Wegfall einzelner Sammler nicht erlöschen, sondern für die übrigen unter Zuwachsung des Anteils der Weggefallenen fortbestehen soll (vgl. Dertmann, Vorbem. 6). Bei Wegfall aber kann nach § 1914 zur Verwaltung und Verwendung des Vermögens ein Pfleger bestellt werden.

⁹⁾ Daß die Bestimmung des Vermögens bereits im Stiftungsgeschäft erfolge, ist nicht für schlecht hin notwendig zu halten. Die juristische Person kann auch ohne ein solches (etwa in Rücksicht auf beabsichtigte Zuwendungen) begründet werden (bestritten). Freilich wird in solchen Fällen die staatliche Genehmigung nicht leicht zu erlangen sein. Die Frage wird aber bedeutsam, wenn die Genehmigung erteilt ist und sich die Vermögenszuwendung dann als unwirksam erweist, dagegen andere Personen der Stiftung Zuwendungen machen.

Rechtssubjekt ins Leben zu rufen. Regelmäßig enthält es zugleich eine Ordnung der Verwaltung, zumal die Einsetzung eines Vorstandes oder Bestimmungen darüber, wie der Vorstand gebildet werden soll.

Jedoch ist es, wenn solche Organisationsbestimmungen fehlen, nicht ohne weiteres für nichtig zu halten. Nach § 88 (vgl. § 26) bedarf nämlich die Stiftung zwar eines Vorstandes in gleicher Weise wie der Verein; allein die Bestellung des Vorstandes und die Ergänzung der Organisationsbestimmungen wird auch durch die staatliche Aufsichtsbehörde erfolgen können und zwar m. E. auch dann, wenn das Landesrecht hierüber keine besonderen Vorschriften enthalten sollte¹⁰⁾.

a) Das Stiftungsgeschäft unter Lebenden ist eine einseitige, nicht empfangsbedürftige¹¹⁾ Willenserklärung, selbst dann, wenn es äußerlich als Teil eines Vertrages erscheint. Obgleich es Wirkung erst erzeugt, wenn die staatliche Genehmigung der Stiftung hinzutritt, ist es bereits ein vollendetes Rechtsgeschäft¹²⁾, bleibt also gültig, auch wenn der Stifter vor der staatlichen Genehmigung willensanfähig wird oder stirbt¹³⁾.

Gleichwohl ist es bis zur Erteilung der staatlichen Genehmigung frei widerruflich¹⁴⁾. Auch der Erbe des Stifters kann widerrufen¹⁵⁾; jedoch ist der Widerruf des Erben ausgeschlossen, wenn schon der Stifter das Gesuch um Erteilung der Genehmigung an zuständiger Stelle eingereicht hatte oder im Falle gerichtlicher oder notarieller Beurkundung des Stiftungsgeschäftes das Gericht oder den Notar mit der Einreichung des Gesuches betraut hatte, § 81.

Das Stiftungsgeschäft unter Lebenden bedarf der Schriftform, § 81 Abs. 1 (die jedoch durch gerichtliche oder notarielle Beurkundung ersetzt wird,

¹⁰⁾ Anderer Ansicht Pland zu § 81, 2 u. a. Eine Verpflichtung der Aufsichtsbehörde zu solchen Ergänzungen besteht natürlich nicht. Vielmehr wird in derartigen Fällen meist die Genehmigung verweigert werden.

¹¹⁾ Dies ergibt sich schon daraus, daß das BG nirgends erwähnt, daß sie einem anderen (der Behörde) gegenüber abgegeben werden müsse. Andere Gründe bei Meurer S. 255ff.

¹²⁾ Dies ergibt sich daraus, daß der Erbe die Genehmigung zu dem Stiftungsgeschäft des Erblassers noch nachsuchen kann.

¹³⁾ Dies ergibt sich namentlich aus den Bestimmungen über den Widerruf von Seiten des Erben (§ 81).

¹⁴⁾ Das gilt auch, wenn das Stiftungsgeschäft in einen Vertrag aufgenommen ist. Daraus darf man aber nicht (mit v. Tuhr S. 600) folgern, daß auch eine obligatorische Verpflichtung, eine Stiftung zu errichten oder ein schon geschlossenes Stiftungsgeschäft nicht zu widerrufen, nicht durch Vertrag begründet werden könne. Hier gelten vielmehr die gewöhnlichen Regeln. Weshalb sollte ein Erbvergleich nicht gültig sein, in dem der eine Bruder sich zur Errichtung einer Familiensiftung verpflichtet, wogegen die übrigen auf ihre Pflichtteilsrechte verzichten? Auch eine Klage auf Errichtung (bzw. Nichtwiderruf) ist mit Dertmann zu § 81, 1 a γ, Stinzing S. 410 und Pland-Note für zulässig zu halten, während Pland in früheren Ausgaben nur einen Erbschaftsprüfung gewährte, dessen Unzulänglichkeit sich aber aus dem oben erwähnten Beispiel ergeben dürfte. — Errichten mehrere eine Stiftung gemeinschaftlich, so ist der Stiftungsakt gleichwohl kein Vertrag, sondern ein Gesamttakt (unten § 147 II 3). Das Widerrufsrecht steht also bis zur Genehmigung jedem einzelnen zu. Doch wird meist anzunehmen sein, daß die gemeinschaftlichen Erklärungen miteinander stehen und fallen sollen, so daß also, wenn einer der Stifter widerruft, das ganze Stiftungsgeschäft wegfällt (vgl. auch v. Tuhr S. 600).

¹⁵⁾ Mehrere Erben nur gemeinschaftlich, § 2038; a. A. Hölder; wie hier Dernburg, Löwenfeld, Dertmann und jetzt auch Pland-Note.

§ 126). Der Widerruf ist an keine Form gebunden, kann also auch stillschweigend, z. B. durch anderweitige Verwendung des der Stiftung ausgelegten Vermögens erfolgen. Ist aber die Genehmigung bereits bei der zuständigen Behörde nachgesucht, so kann der Widerruf nur dieser gegenüber erfolgen, § 81 Abs. 2 S. 2.

b) Ob man eine Stiftung durch letztwillige Verfügung begründen, zumal ob man eine noch nicht bestehende Stiftung zum Erben ernennen könne, war im gemeinen Recht eine berühmte Streitfrage¹⁶⁾. Nach dem BG kann die Stiftung durch „Verfügung von Todes wegen“ begründet werden, mithin sowohl durch Testament als durch Erbvertrag¹⁷⁾, und zwar entweder durch Erbeinsetzung der zu errichtenden Stiftung (einschließlich der Einsetzung zum Miterben, Vorerben oder Nacherben) oder durch Vermächtnis an sie¹⁸⁾. Wird die Genehmigung nicht von dem Erben oder Testamentsvollstrecker beantragt, so hat sie das Nachlassgericht einzuholen, § 83 (woraus sich von selbst ergibt, daß ein Widerrufsrecht des Erben nicht besteht).

2. Erforderlich ist ferner die Genehmigung¹⁹⁾ des Bundesstaats, in dem die Stiftung ihren Sitz haben soll; soll sie nicht in einem Bundesstaate ihren Sitz haben, die Genehmigung des Bundesrats (jetzt des Reichsrats), § 80, in den Schutzgebieten die Genehmigung des Reichskanzlers (jetzt der Reichsregierung)²⁰⁾. Als Sitz der Stiftung gilt, wenn nichts anderes bestimmt ist, der Ort, wo die Verwaltung geführt wird.

¹⁶⁾ Diese Streitfrage ist namentlich im Anschluß an das Testament des Kaufmanns Städel zu Frankfurt a. M. verhandelt, der das (damals noch nicht bestehende) „Städelsche Kunstinstitut“ zum Erben eingesetzt hatte, vgl. Windscheid III § 549 Anm. 3 u. 4.

¹⁷⁾ Beispielsweise können zwei Ehegatten durch verbindlichen Erbvertrag ihr beiderseitiges Vermögen einer zu errichtenden Stiftung zuwenden (a. M. Harrer, ZBlfG 19 S. 370). Sehr zweifelhaft aber ist, ob gleichwohl einseitiger Widerruf zulässig sei. Dertmann I a zu § 83 und v. Tuhr S. 598 bejahen das, weil nach § 2278 Abs. 2 bindend durch Erbvertrag nur Erbeinsetzungen, Vermächtnisse und Auflagen angeordnet werden können, also nicht der begrifflich von der Erbeinsetzung usw. zu scheidende Stiftungsakt. Pland schließt den einseitigen Widerruf aus, weil man die Zuwendung, an die zu errichtende Stiftung als ein einheitliches Rechtsgeschäft auffassen müsse. Ich möchte mich der letzteren Ansicht anschließen; hier den einseitigen Widerruf der Stiftung zuzulassen, hieße die vertragmäßige Erbeinsetzung selber für widerruflich erklären. Das aber würde dem Grundgedanken des § 2278 widersprechen.

¹⁸⁾ Auch eine Auflage, durch die der Erbe (oder ein Vermächtnisnehmer) verpflichtet wird, die Stiftung zu errichten, ist wirksam; doch ist dann streng genommen Stifter der Erbe, da er das Stiftungsgeschäft, wenngleich in Folge der ihm auferlegten Verpflichtung, errichtet. Enthält dagegen die Auflage schon das Stiftungsgeschäft, so liegt (was vielfach verkannt wird) in Wahrheit ein Vermächtnis an die Stiftung vor, welche (im Falle der staatlichen Genehmigung) nach § 84 als schon mit dem Erbfall entstanden gilt.

¹⁹⁾ Die Genehmigung erfolgt nach freiem Ermessen. In den meisten Staaten, z. B. in Preußen, Bayern, Hessen, beiden Mecklenburg u. a. (auch wohl in Württemberg) bis zur Revolution durch den Landesherrn (jetzt in Preußen durch die Staatsregierung), in den freien Städten durch den Senat; dagegen in manchen Staaten, z. B. in Sachsen, Elsaß-Lothringen, Oldenburg, S.-Weimar, Braunschweig u. a. durch die Zentralverwaltungsbehörde; vgl. die Zitate bei Fischer-Hentle zu § 81.

²⁰⁾ SchutzgebietesG § 13a (eingefügt durch G. v. 22. Juli 1913).

Die Genehmigung kann nicht ohne den Willen des Stifters, also in der Regel nicht ohne seinen Antrag erfolgen²¹). Durch die letztwillige Errichtung ist aber dieser Wille stillschweigend erklärt; die Genehmigung wird also erfolgen können, wenngleich der Erbe, der Testamentvollstrecker oder das (vielleicht ausländische) Nachlassgericht sie nicht beantragen. Sie ist aber nur wirksam, wenn ein gültiges Stiftungsgeschäft vorliegt. Ist sie also z. B. auf Grund eines nichtigen Testamentes erteilt, in dem die Stiftung zum Erben eingesetzt war, so werden die Rechte der wahren Erben dadurch in keiner Weise beeinträchtigt, und eine Stiftung ist nicht vorhanden.

Wird die Genehmigung verweigert, so ist das Stiftungsgeschäft, da es nur mit ihr zusammen wirken kann und soll, nicht wirksam; jedoch ist eine Wiederholung des Antrags auf Genehmigung nicht ausgeschlossen.

IV. Mit der Genehmigung ist die Stiftung entstanden. Der Widerruf des Stifters ist also nun nicht mehr zulässig, und der Stifter ist verpflichtet, das zugesicherte Vermögen zu übertragen. Forderungen aber und andere Rechte, die durch bloßen Abtretungsvertrag übertragen werden können, gelten im Zweifel als stillschweigend durch das Stiftungsgeschäft übertragen, § 82. Der Übergang erfolgt aber natürlich erst im Momente der Genehmigung der Stiftung.

Wird freilich die Genehmigung erst nach dem Tode des Stifters erteilt, so gilt die Stiftung nach § 84 für die Zuwendungen des Stifters als schon vor dessen Tode entstanden²²). Hier wird also auch der Erwerb durch stillschweigende Abtretung als schon beim Tode erfolgt angesehen.

Die Haftung des Stifters bezüglich der von ihm zugesagten Zuwendungen beginnt erst mit der Genehmigung der Stiftung²³), da ihm bis dahin der Widerruf zusteht. Man wird auf sie die Bestimmungen über die Haftung des Schenkers analog anzuwenden haben²⁴).

§ 111. [Verfassung, Umwandlung, Aufhebung*].

Die Verfassung der Stiftung beruht, soweit nicht zwingende Rechtsvorschriften entgegenstehen, auf dem Stiftungsgeschäft. Ergänzend kann das Herkommen in Betracht kommen. Das gilt auch nach dem BG, wenngleich das Herkommen nicht ausdrücklich erwähnt wird. Zu beachten ist aber, daß das BG, was die Verfassung der Stiftungen betrifft, auch das Landesrecht aufrecht erhalten hat, dem aber zwingende Vorschriften des Reichsrechts vorgehen, § 85.

²¹) Denn dem Stifter kann das Widerrufsrecht (§ 81 Abs. 2) nicht gegen seinen Willen entzogen werden. So auch die herrschende Meinung.

²²) Besonders wichtig ist dies für Zuwendungen von Todeswegen (zumal wird die Erbesetzung einer beim Tode des Testators noch nicht genehmigten Stiftung erst hierdurch möglich, § 1923); aber es liegt kein Grund vor, die Vorschrift auf solche zu beschränken.

²³) A. A. Hölder zu § 82, Meurer S. 276, Stinping S. 420 ff.; wie oben Pland, Staudinger, Dertmann.

²⁴) So auch RGE 54 S. 400; Pland zu § 82 Anm. 3 (a. A. RGKomm. zu § 81). Anders natürlich, wenn die Stiftung auf Grund eines lästigen Geschäfts, z. B. eines Vergleichs errichtet wird.

*) Thiesing, JurZ 1913 S. 318 ff.

I. Nach § 86 finden die meisten Vorschriften über den Vorstand der Vereine analoge Anwendung auf die Stiftungen, nämlich die Vorschriften über:

a) die Notwendigkeit eines Vorstandes, dessen Vertretungsmacht, die Bestellung besonderer Vertreter und die Haftung für Verschulden der verfassungsmäßigen Willensorgane (§§ 26, 30, 31),

b) über die Geschäftsführung und Beschlussfassung (§§ 27³, 28¹).

c) über den Empfang von Erklärungen und die Bestellung von Ergänzungsmitgliedern (§§ 28², 29).

Jedoch können die Bestimmungen über die Geschäftsführung und Beschlussfassung durch die Verfassung der Stiftung geändert werden, und dies geschieht namentlich auch durch Übertragung der Verwaltung an eine öffentliche Behörde, da jene Fragen sich dann nach dem öffentlichen Rechte regeln. Im letzteren Falle finden auch die Vorschriften über den Empfang von Erklärungen und über die Bestellungen von Ergänzungsmitgliedern (c) keine Anwendung.

II. Die Frage, ob bestimmten Personen Rechtsansprüche aus der Stiftung zustehen, ist nach dem Stiftungsgeschäft und ergänzend nach Landesrecht zu entscheiden, wird aber im Zweifel bei genügender Bestimmtheit der Bezugsberechtigten und der sonstigen Voraussetzungen zu bejahen sein¹⁾. Ist der Kreis der Stiftungsdestinatäre nur im allgemeinen bestimmt, die Auswahl im übrigen also der Stiftungsverwaltung überlassen, so ist bei Meinungsverschiedenheiten über die Zugehörigkeit zu jenem Kreise eine Feststellungsfrage begründet²⁾.

III. Die Stiftungen stehen unter Staatsaufsicht. Dieses Aufsichtsrecht ermächtigt an sich im öffentlichen Interesse nicht nur zur Kontrolle und nötigenfalls zu Eingriffen in die Verwaltung, sondern die zuständige Behörde³⁾ ist auch zur Umwandlung des Zweckes und zu der dazu erforderlichen Verfassungsänderung, ja selbst zur Aufhebung der Stiftung berechtigt, welches schärfste Mittel aber wohl nur als Aushilfe, wenn die anderen nicht

¹⁾ Dafür sprechen auch die Analogien des Vertrages zugunsten Dritter und der Vermächtnisse. Vgl. auch RG SeuffA 56 S. 386; DLZ 24 S. 247.

²⁾ Der Einwand, daß dies die Feststellung einer Tatsache, nicht eines Rechtsverhältnisses wäre, ist irrig; denn es handelt sich um die durch die Stiftung (also ein Rechtsverhältnis) bewirkte Begünstigung.

³⁾ Zuständig war vor der Revolution, wenn die Stiftung vom Bundesrat oder vom Reichskanzler genehmigt war, der Bundesrat bzw. der Reichskanzler (SchutzgebietG § 13 a, eingefügt durch G. v. 22. Juli 1913), sonst die von den Landesgesetzen bestimmte Behörde; in Preußen und einigen kleineren Staaten der Landesherr (AB Art. 5 Abs. 2), sonst meist die Landeszentralbehörde; über Bayern und Württemberg vgl. Staudinger zu 87 III 2. Jetzt ist an die Stelle des Bundesrats der Reichsrat, an die Stelle des Reichskanzlers die Reichsregierung getreten. ÜbergangG § 5; RR Art. 52.

ausreichen, zu betrachten ist. Die Umwandlung des Zweckes und die Aufhebung ist aber nach § 87 nur zulässig, wenn die Erfüllung des Stiftungszwecks (z. B. durch Wegfall aller Stiftungsdestinatäre) unmöglich geworden ist⁴⁾ oder wenn sie das Gemeinwohl gefährdet. Bei der Umwandlung muß die (aus dem Stiftungsgeschäft erkennbare) Absicht des Stifters und das Interesse der Destinatäre tunlichst gewahrt werden, so daß also die Umwandlung als eine im Sinne des Stifters erfolgte Anpassung an die veränderten Verhältnisse erscheint. Vor der Umwandlung und Verfassungsänderung „soll“ der Vorstand gehört werden, § 87 Abs. 3.

Nach dem preussischen Ausf. Ges. Art. 4 kann die Änderung der Verfassung sowie die Aufhebung einer Stiftung auch durch Beschluß des Vorstandes mit staatlicher Genehmigung erfolgen (anders bei Familienstiftungen, unten V).

IV. Die Stiftung erlischt durch die soeben besprochene Aufhebung durch die Aufsichtsbehörde (oder nach preussischem Recht durch den Vorstand mit staatlicher Genehmigung), ferner durch Eintritt eines Umstandes, bei dem sie nach einer Bestimmung der Verfassung erlöschen soll, endlich durch Eröffnung des Konkurses, §§ 42, 86. Mit dem Erlöschen der Stiftung fällt das Vermögen an die in der Verfassung bestimmten Personen, § 88 S. 1. Schweigt das Stiftungsgeschäft, so sind, da das BG keine Vorschrift enthält, nach § 85 die Landesgesetze maßgebend⁵⁾. Diese aber erklären in ihrer großen Mehrzahl den Fiskus für anfallsberechtig⁶⁾. Fällt das Vermögen an den Fiskus, so gilt dieser als Erbe. Andernfalls muß, vom Fall des Konkurses abgesehen, ein Liquidationsverfahren wie bei Vereinen stattfinden, § 88.

V. Für die Familienstiftungen⁷⁾ hat das preuß. AG Art. 1—3 auf Grund des § 85 BG eine Reihe von Sondervorschriften erlassen, welche die Entstehung, Verfassungsänderung und Aufhebung solcher Stiftungen erleichtern und der Familie eine gewisse Einwirkung gestatten.

Unter Familienstiftung versteht das Gesetz eine Stiftung, „die nach der Stiftungsurkunde ausschließlich dem Interesse der Mitglieder einer bestimmten Familie oder mehrerer bestimmter Familien dient“. Für die Genehmigung einer solchen ist das Amtsgericht, in dessen Bezirke die Stiftung ihren Sitz haben soll, oder kraft besonderen Auftrages des Justizministers das Landgericht oder das Oberlandesgericht zuständig. Das Gericht hat jedoch nur zu prüfen, ob die Stiftungsurkunde deutlich und bestimmt gefaßt ist, ob sie

⁴⁾ Das gleiche ist nach unbedenklicher Analogie auch anzunehmen, wenn die Erfüllung des Stiftungszweckes unerlaubt geworden ist oder der gesunden Vernunft nicht mehr entspricht. Erheblich weiter geht Gradentwiz, Königsberger Festschr. z. Erinn. an Kant S. 197.

⁵⁾ Eine zwingende Vorschrift der Landesgesetze würde dem Stiftungsgeschäft sogar vorgehen.

⁶⁾ So Preußen AG Art. 5 § 2 (jedoch mit einem Vorzugsrecht der öffentlichen Körperschaften für von ihnen errichtete oder verwaltete Stiftungen); ferner Bayern Art. 5 (jedoch mit einer Ausnahme); Württemberg Art. 31; Baden, Hessen usw. Das elsass-lothringische AG § 7 beruft die gesetzlichen Erben des Stifters; Sachsen und Braunschweig behalten dem Ministerium die Entscheidung vor.

⁷⁾ Frommhold, ZivA 117 S. 87.

ausreichende Bestimmungen über die Bestellung eines Vorstandes enthält und ob ihr nicht etwa besondere Bedenken entgegenstehen. Gegen die Erteilung oder Versagung der Genehmigung findet die sofortige Beschwerde statt.

Bei lehtwilligen Stiftungsgeschäften sind die Familienmitglieder öffentlich aufzufordern, sich über die Erteilung oder Versagung der Genehmigung in einem Termine zu erklären, widrigenfalls sie der Beschwerde verlustig gehen würden.

Eine Änderung der Verfassung sowie die Aufhebung der Stiftung kann durch einstimmigen Familienbeschluß erfolgen, der durch das mit der Verwaltung oder Aufsicht betraute Gericht aufzunehmen ist und der Genehmigung desselben bedarf. (Nähere Bestimmungen darüber Art. 2 §§ 1—14).

IV. Die juristischen Personen des öffentlichen Rechts. *)

§ 112.

I. „Juristische Personen des öffentlichen Rechts“ sind diejenigen, deren Verfassung im öffentlichen Interesse durch Rechtsvorschrift geregelt ist. Für ihre Abgrenzung von den privatrechtlichen Vereinen und Stiftungen ist also nicht das BG, sondern das öffentliche Reichs- oder Landesrecht maßgebend je nach der Rechtsquelle, welche die juristische Person ins Leben gerufen hat¹⁾.

II. Gleichwohl hat das BG für sie zwei wichtige Vorschriften aufgestellt:

1. Die Haftung für Verschulden der verfassungsmäßigen Willensorgane ist dieselbe wie bei Privatkorporationen; denn § 89 Abs. 1 erklärt die Vorschrift des § 31 auf den Fiskus sowie auf die Körperschaften, Stiftungen und Anstalten des öffentlichen Rechts für entsprechend anwendbar.

a) Die Haftung bezieht sich nur auf die Vertreter in leitenden, auf organisatorischen Verwaltungsvorschriften beruhenden Stellungen und nur auf die Handlungen, welche sie in Ausführung der ihnen kraft ihrer Stellung zustehenden Berrichtungen begehen. (Näheres hierüber oben § 103.)

b) Wichtige Ausnahmen gelten für den Schaden, den ein Beamter in Ausübung der ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt zufügt, d. h. in jeder Amtsausübung, die sich nicht als Wahrnehmung privatrechtlicher Interessen des Reichs (des Staates, der Gemeinde usw.) darstellt²⁾. Hier

*) Rosin, Die öffentlichen Genossenschaften, 1886; Gierke I §§ 61, 73—75 und Verh. d. 28. Juristentages I S. 102ff.; Rehbein I S. 32—35; Rußbaum, Bürgl 21 S. 1ff.; Meurer S. 326ff.; Hubrich, Bürgl 33 S. 22ff.; ArchOffR 38 S. 219.

¹⁾ Vgl. darüber die oben § 14 I 4, insbesondere Anm. 5 gegebenen Ausführungen, die hier so gut wie in anderen Fällen der Abgrenzung des öffentlichen und Privatrechts zutreffen. Entscheidend ist also nicht der Zweck allein (so D. Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht S. 71), denn auch private juristische Personen können öffentliche Zwecke verfolgen; sondern „die in der Rechtsordnung ausgeprägte Gesamtaufassung“ (Gierke § 75 S. 621). Im Zweifel aber wird man bei privater Entstehung auch nur eine privatrechtliche Wirkung annehmen können. Vgl. jedoch das oben § 97 Anm. 1 Gesagte. Abweichende Ansichten: Sohm (Zeitschr. f. R 11 S. 187), der das Unterscheidungsmerkmal in der Verbindung mit dem Staate, und Rosin (Das Recht der öffentlichen Genossenschaft), der es in der Verpflichtung zur Zwerd Erfüllung gegenüber dem Staate findet.

²⁾ RGW 84 S. 28f.; 86 S. 122; 91 S. 274; 103 S. 288; 107 S. 271. — Beispiele: Beschädigung durch militärische Übungen (RGW 1916 Nr. 123), Kriegsschiffe und Zoll-

haftet nach RW Art. 131 und dem G. v. 22. Mai 1910 an Stelle des Reichsbeamten das Reich³⁾, jedoch mit Rückgriff gegen den Beamten; ferner ist die Frage der Haftung des Staates, der Gemeinde und anderer Kommunalverbände an Stelle des Beamten oder neben ihm nach Art. 77 den Landesgesetzen überlassen, die vielfach ähnliche Vorschriften getroffen haben⁴⁾.

2. Wenn Konkurs für die öffentlichen jur. Personen überhaupt zulässig ist, so müssen die Vorstandsmitglieder ihn bei Überschuldung, ganz wie es für Privatvereine vorgeschrieben ist, ungesäumt beantragen, widrigenfalls sie für den Schaden haften, § 89 Abs. 2.

III. Unter den juristischen Personen des öffentlichen Rechts sind besonders hervorzuheben:

1. Der Fiskus. Der Staat kommt nicht nur als Träger öffentlicher Rechte und Verpflichtungen, also als staatsrechtliche Person gegenüber den Staatsangehörigen und als völkerrechtliche Person gegenüber anderen Staaten in Betracht, sondern ist auch Subjekt privater Rechte und Pflichten. In dieser Eigenschaft als Privatrechtsperson wird er Fiskus genannt, ohne daß dabei an ein gesondertes, von dem Staate verschiedenes Rechtssubjekt gedacht werden dürfte. Seiner Natur nach ist der Staat (Fiskus) eine Korporation; denn er besteht aus der Gesamtheit der Volksgenossen. In Deutschland ist infolge der bundesstaatlichen Verfassung zwischen dem Reichsfiskus und dem Staatsfiskus jedes einzelnen Bundesstaates (Landes) zu unterscheiden.

Zugunsten des Fiskus kennt das gemeine Recht zahlreiche Sonderbestimmungen. Im BG sind sie beschränkter, zum Teil aber auch auf Gemeinden und andere öffentliche jur. Personen ausgedehnt.

lutter (doch ist für die Haftung aus dem Zusammenstoße von Schiffen Art. 7 EG HW entscheidend, welcher für diesen Fall die Anwendung der §§ 734—739 HW vorschreibt, den Art. 77 mithin ausschließt, RGE 79 S. 180), polizeiliche Maßregeln, Tätigkeit eines Konsulatsbeamten; v. RGE 72 S. 350; DLGE 14 S. 3; RGE 32 S. 145; 55 S. 366f.; RG Gruchot 51 S. 619; Schiffsführung eines Zwangsloten, RGE 86 S. 117ff.; Strafvollzug einschl. Verpflegung u. ärztl. Behandlung, RGE 78 S. 326ff.; Plünderung durch im Dienst befindliche Soldaten, RGE 107 S. 271; auch die Haftung der Lehrer an öffentlichen Schulen für den in Ausübung ihres Berufs verursachten Schaden dürfte hierher zu rechnen sein, RGE 84 S. 27ff. Den Gegensatz der Hoheitsrechte bilden die sog. fiskalischen Rechte (RGE 71 S. 46, 72 S. 349), d. h. solche, wie sie auch für Privatpersonen vorkommen. Daher haften z. B. als Eisenbahnunternehmer, Grundeigentümer, Bauunternehmer auch die öffentlichen juristischen Personen nach den gewöhnlichen Regeln der §§ 89, 31, vgl. z. B. RGE 54 S. 53ff.; 55 S. 174f.; RG in Gruchot 48 S. 995. Zahlreiche weitere Beispiele in RGE 78 S. 326ff. u. 71 S. 46ff.

³⁾ Es gelten aber Ausnahmen namentlich bezüglich der nur auf Gebühren angewiesenen Beamten (unten § 457 III 1), und diese Ausnahmen sind durch Art. 131 RW nicht aufgehoben, da dieser die Haftung nur „grundständig“ ordnet, auch die Übernahme der Haftung, z. B. für die Notare schwerlich im Sinne gehabt hat. Näheres hierüber unten § 457 III 1.

⁴⁾ Näheres hierüber sowie über die Bedeutung des Art. 131 der RW für die Frage, ferner über die Haftung für Amtspflichtverletzungen der Grundbuchbeamten unten § 457 III.

Gegen Forderungen des Fiskus oder eines Kommunalverbandes, welche an eine bestimmte Klasse zu entrichten sind, kann nur mit einer von derselben Klasse zahlbaren Forderung aufgerechnet werden (§ 395). Diese Vorschrift bezweckt lediglich eine Erleichterung der Klassensführung; ganz unrichtig wäre die Annahme, daß die einzelnen Klassen geforderte jur. Personen bildeten. Die üblichen Bezeichnungen „Eisenbahnfiskus“, „Forstfiskus“ und ähnliche sind also strenggenommen unrichtig.

Anderere Privilegien öffentlicher Klassen in § 411 und Art. 92^a).

Über das Okkupationsrecht an derelinquierten Grundstücken s. § 928; über das Recht auf den Erlös von Fundsachen § 981.

Vgl. ferner die Vorbehalte der Art. 73, 94, 97—101, 114, 118.

Das Erbrecht des Fiskus ist im Erbrecht zu besprechen. Über das Anfallsrecht in bezug auf das Vermögen aufgelöster Vereine und untergegangener Stiftungen vgl. oben § 107, § 111.

Wichtige Vorrechte des Fiskus und gewisser anderer jur. Personen des öffentl. Rechts bestehen endlich im Konkurse (RD §§ 49 Z. 1; 61 Z. 2 u. 3) und nach dem ZwBG.²

2. Die Ortsgemeinden (Stadt- und Landgemeinden)⁶) und sonstigen Kommunalverbände wie Kreise, Provinzen, Bezirksverbände.

Das Vermögen der Gemeinde ist teils eigentliches Gemeindevermögen (in den Städten „Kämmereigut“, in den Landgemeinden „Ortsvermögen“ genannt), d. h. für die Gemeindezwecke bestimmt, teils „Allmende“, „Bürgervermögen“, d. h. es unterliegt, obgleich der Gemeinde gehörig, der Nutzung aller Gemeindeglieder oder bestimmter Nutzungsberechtigter, der sog. Realgemeinde (namentlich gehört dahin häufig Wald und Weide als Rest der früheren Markgenossenschaften)⁷).

3. Öffentliche Körperschaften und Anstalten zu Unterrichts-, wissenschaftlichen und Kunstzwecken wie Universitäten und technische Hochschulen, Gymnasien (wenn sie juristische Persönlichkeit haben), Akademien, Schulverbände usw.

4. Die Kirchen und kirchlichen Institute. Nicht nur die katholische (internationale) Gesamtkirche und die evangelischen Landeskirchen sind juristische Personen, sondern auch jede einzelne Lokalkirche oder Pfarrei, ferner die Bistümer und Kapitel, Klöster und Stifte, die evangelischen Kreis- und Provinzialsynodalverbände usw. Gemeinrechtlich ist die einzelne Kirche als Anstalt anzusehen, partikularrechtlich aber, insbesondere nach preußischem Landrecht, bildet die Kirchengemeinde eine Korporation, was in der Tat der evangelischen Auffassung der Kirche als einer Gemeinschaft der Gläubigen besser entspricht.

¹) Vgl. z. B. preuß. AG Art. 11: „Zahlungen aus öffentlichen Klassen sind, wenn nicht ein anderes bestimmt ist, an der Klasse in Empfang zu nehmen“.

⁶) Über nicht die preußischen „selbständigen Gutsbezirke“. Träger der Rechte ist hier die Guts herrschaft, SeuffA 64 S. 293f.

⁷) In manchen Gegenden bildet die Realgemeinde übrigens eine selbständige jur. Person, oder das Realgemeindevermögen steht den Mitgliedern zur gesamten Hand oder auch wohl zu ideellen Teilen (jedoch mit mannigfachen Beschränkungen) zu.

5. Zahlreiche öffentliche juristische Personen verfolgen wirtschaftliche Zwecke ganz allgemeiner Natur oder im Interesse gewisser Berufsstände. So nach Reichsrecht: die Reichsbank, die Deutsche Reichsbahneisen-gesellschaft, die Krankentassen, Unfallversicherungs-genossenschaften und Alters-, Invaliditäts- und Hinterbliebenenversicherungsanstalten; die Innungen, Innungsverbände und Handwerkskammern. Nach Landesrecht vielfach: die Landeskreditanstalten; die Handels- und Landwirtschaftskammern; Deich-, Wasser- und Fischereigenossenschaften; Waldgenossenschaften und andere. Jedoch ist stets zu prüfen, ob sie nach dem Landesrecht dem öffentlichen Recht angehören.

V. Vorbehalte. Übergangsvorschriften. Internationales Privatrecht.

§ 113.

I. Bedeutung des Landesrechts im allgemeinen.

Zur Erleichterung der Übersicht empfiehlt es sich, diejenigen juristischen Personen zusammenzustellen, auf die in weiteren oder engeren Grenzen das Landesrecht anwendbar bleibt.

1. Über die juristischen Personen des öffentlichen Rechts enthält das BG lediglich die beiden Vorschriften des § 89 und daneben kommt RW Art. 131 und das G. v. 22. Mai 1910 in Betracht (oben § 112). Im übrigen gilt für sie Landesrecht.

2. Privatrechtliche juristische Personen, welche den dem Landesrecht vorbehaltenen Gebieten angehören, unterstehen den besonderen landesrechtlichen Vorschriften über derartige Verbände, soweit aber solche Vorschriften nicht bestehen, dem Rechte des BG. Hierher gehören namentlich die juristischen Personen des Wasserrechts (Art. 65), des Deich- und Sietrechts (Art. 66), des Versicherungsrechts (Art. 75), des Zusammenlegungsrechts (Art. 113) und die Waldgenossenschaften (Art. 83).

3. Auf die konzessionierten Vereine finden, was die Verfassung betrifft, zunächst die besonderen Vorschriften des Landesrechts Anwendung, soweit aber solche fehlen das Recht des BG, Art. 82. Sofern es sich nicht um die Verfassung handelt, wie z. B. über Entstehung, Untergang, Schicksal des Vermögens, entscheidet das BG in erster Linie (vgl. Art. 85 und oben § 106).

4. Auf Stiftungen (des Privatrechts) findet das BG prinzipielle Anwendung. Soweit dieses keine Vorschriften enthält, sind aber, was die Verfassung betrifft, auch die Vorschriften der Landesgesetze aufrecht erhalten (oben § 111).

5. Endlich ergibt sich eine fortdauernde Geltung des Landesrechts für gewisse am 1. Jan. 1900 schon bestehende juristische Personen aus den gleich zu erwähnenden Übergangsbestimmungen.

II. Übergangsvorschriften*).

1. Ist nach dem Gesagten auf eine gewisse Art von juristischen Personen das BG anwendbar, so findet es auch auf die beim Inkrafttreten des BG schon bestehenden juristischen Personen dieser Art in gewissen Beziehungen Anwendung (Art. 163), nämlich

a) was die Verfassung und Vertretung betrifft, und

b) bezüglich der Aufhebung der Rechtsfähigkeit und des Schicksals des Vermögens nach der Aufhebung.

2. Die Entstehung und die Frage, wo die juristische Person ihren Sitz habe, ist dagegen bereits bei der Entstehung endgültig nach dem damals geltenden Rechte entschieden¹⁾.

*) Habicht, 3. Aufl. §§ 13 ff.

¹⁾ Die Regeln unter 1 u. 2 sind vollkommen mit den oben § 56 entwickelten Grundsätzen in Einklang. Die Vorschriften über Verfassung und Verwaltung (oben 1a) charakteri-

3. Die beim Inkrafttreten des BG bereits bestehenden Realgemeinden oder ähnlichen Verbände (Art. 164) und die damals bestehenden landschaftlichen oder ritterschaftlichen Kreditanstalten (Art. 167) sind unbeschränkt (also auch in bezug auf Verfassung, Vertretung, Aufhebung und Vermögensschicksal) den geltenden landesrechtlichen Sondervorschriften unterworfen geblieben. Ebenso ist für gewisse damals bestehende bayrische und sächsische Vereine das bayerische G. v. 29. April 1869 bzw. das sächsische G. v. 15. Juni 1868 aufrecht erhalten (Art. 165, 166³).

4. Auf die beim Inkrafttreten des BG bestehenden nichtrechtsfähigen Vereine ist nach allgemeinen Grundsätzen (oben § 56) und zugleich nach Analogie des Art. 163 in bezug auf Verfassung und Vertretung, Auflösung und Schicksal des Vermögens das neue Recht anzuwenden⁴), was denn auch für Bayern und Hessen ausdrücklich anerkannt ist⁴). Daher haften insbesondere die Vertreter solcher Vereine für ihre seit Beginn 1900 abgeschlossenen Geschäfte persönlich und als Gesamtschuldner, und die Parteifähigkeit solcher Vereine ist seitdem auf die passive Parteifähigkeit beschränkt (ZPO § 50 Abs. 2, RD § 213⁵).

III. Internationales Privatrecht**).

1. Für die Frage, ob eine juristische Person entstanden sei, ferner für den Umfang ihrer Rechtsfähigkeit, ihre Verfassung und ihren Untergang muß nach den oben § 61 gegebenen Grundsätzen im allgemeinen das Personalstatut, das Recht des Staates, dem sie angehört, in dem sie also ihren Sitz hat, entscheiden⁶). Ausländische juristische Per-

sieren sich als Regeln über Wesen und Wirkung der Organisationen, die wir juristischen Personen nennen; diese Vorschriften beziehen sich also auch auf die schon bestehenden juristischen Personen (oben § 56 II 2). Die Regeln über Entstehung und Sitz der juristischen Personen (oben 2) bestimmen die Wirkung der die Entstehung und den Sitz begründenden Tatsachen, sind also nach dem damaligen (dem alten) Recht zu beurteilen (oben § 56 I 1). Der Untergang und das Schicksal des Vermögens dagegen (oben 1b) sind nach dem neuen Recht zu beurteilen, weil die Tatsachen, welche diese Wirkungen hervorrufen, unter der Herrschaft des neuen Rechts eintreten.

¹) Näheres darüber bei Habicht S. 103ff.

²) Das ist sehr bestritten. Habicht S. 122ff., Gierke, Vereine ohne Rechtsfähigkeit S. 49ff., Hachenburg S. 479 und RGZ 51 S. 161 erklären das frühere Recht für anwendbar, weil die nichtrechtsfähigen Vereine durch § 54 dem Gesellschaftsrecht unterstellt seien und für Schuldverhältnisse nach Art. 170 das frühere Recht maßgebend bleibe. Dabei ist aber gerade das übersehen, was die Vereine von der Gesellschaft unterscheidet. Vereine sind, auch wenn sie keine Rechtsfähigkeit erlangen, dauernde Organisationen, die ebenso wie andere dauernde Rechtszustände für die Zeit nach dem 1. Jan. 1900 nach neuem Recht zu beurteilen sind (vgl. darüber das oben § 56 I 1 und II 2 Gesagte). Für die Anwendbarkeit des neuen Rechts auch RGZ 63 S. 63f. und, wenigstens was die Anwendbarkeit des § 54 Abs. 2 betrifft, auch RGZ 77 S. 430. Daß die entgegengesetzte Ansicht auf unabsehbare Zeit zu „unentwirrbaren Verwicklungen“ führen würde, geben übrigens die Gegner, insbesondere Gierke selbst zu. Vgl. auch v. Heintze, Der nichtrechtsfähige Verein, S. 72ff. Nach einer neueren Entscheidung (RGWam 1915 Nr. 123) soll das neue Recht zwar für die äußeren Beziehungen, nicht aber für die inneren Verhältnisse des Vereins maßgebend sein; allein auch nach dieser Ansicht würde auf unabsehbare Zeit ein kaum zu entwirrender Rechtszustand entstehen und außerdem die Abgrenzung zwischen den inneren und äußeren Verhältnissen große Schwierigkeiten bereiten.

³) Bayer. Übergangsgesetz Art. 2, vgl. aber auch daselbst Art. 1; Hess. AG Art. 134.

⁴) Diese Regeln muß auch Habicht trotz seiner im übrigen abweichenden Ansicht anerkennen (S. 123, 124). Selbstverständlich werden bereits erhobene Klagen des Vereins dadurch nicht berührt.

⁵) v. Bar, Theorie I S. 307ff.; Zitelmann II S. 110ff.; Pland zu Art. 10; Cosack I § 38; Wamelof, Die jur. Person im internat. PrR, 1900.

⁶) Indirekt bestätigt wird dies durch Art. 10: „Ein einem fremden Staate angehöriger und nach dessen Gesetzen rechtsfähiger Verein“. Eine (gewiß nur selten vorkommende)

sonen, insbesondere ausländische rechtsfähige Handelsgesellschaften, Genossenschaften, Stiftungen und öffentliche Korporationen sind also auch im Deutschen Reich im allgemeinen als rechtsfähig zu behandeln.

2. Für die ausländischen nach dem Rechte ihres Sitzes rechtsfähigen Privatvereine, die bei uns der Eintragung in das Vereinsregister oder der Verleihung des Rechtsfähigkeit bedürfen würden, muß aber eine Ausnahme gelten, weil sonst zahlreiche in Wahrheit auf die Wirksamkeit im Inlande berechnete Vereine, wenn sie die Unbequemlichkeiten der Normativbestimmungen scheuen oder die staatliche Genehmigung nicht erhalten haben, ihren Sitz ins Ausland verlegen und so den Zweck jener Beschränkung vereiteln könnten. Deshalb sollen die bezeichneten Vereine im Inlande als rechtsfähig nur gelten, wenn ihre Rechtsfähigkeit durch einen Beschluß des Bundesrats, jetzt des Reichsrats, anerkannt ist (Art. 10 S. 1).

a) Die Anerkennung kann auch generell, z. B. für bestimmte Klassen von Vereinen bestimmter Staaten erfolgen, sie ist frei widerruflich und nicht mit der Verleihung der Rechtsfähigkeit zu verwechseln.

b) Ist ein solcher ausländischer Verein als rechtsfähig nicht anerkannt, so wird er nach den Vorschriften über nichtrechtsfähige Vereine behandelt, Art. 10 S. 2.

c) Man kann aber die Vorschriften des Art. 10 nur auf solche Rechtsfragen anwenden, welche im übrigen nach deutschem Recht zu entscheiden sind. Ist ein Schweizerischer rechtsfähiger Verein, der die Anerkennung bei uns nicht erlangt hat, zum Erben eingesetzt und gilt für die Erbfolge schweizerisches Recht, so muß er auch bei einem über die Erbfolgefrage vor einem deutschen Gericht zu führenden Prozesse als rechtsfähig anerkannt werden.

Vierter Abschnitt: Die Rechtsobjekte.

Von den Objekten der Rechte (oben § 70) sind die Personen im dritten Abschnitt, die Rechte im zweiten Abschnitt behandelt, während die Geistesprodukte den Darstellungen des Urheberrechts zu überlassen sind. Nur die Sachen und Vermögensinbegriffe sind hier zu besprechen.

I. Sachen.

1. Begriff und Arten.

§ 114. Sachen, Sachgesamtheiten*).

I. Begriff der Sache. Unter Sachen versteht das BGB „nur körperliche Gegenstände“, § 90, genauer: Stücke der unfreien Natur, die als

Ausnahme bilden die einem fremden Staate angehörigen, dort aber nicht rechtsfähigen Vereine, denen nach § 23 vom Bundesrat (Reichsrat) die Rechtsfähigkeit verliehen ist (oben § 99 Anm. 7). Diese sind dadurch gleichsam dem Deutschen Reich angehörig geworden und soweit ihre Rechtsfähigkeit in Betracht kommt, nach deutschem Recht zu beurteilen. Ferner muß man nach Art. 30 (oben § 62 I 3) die sog. Amortisationsgesetze (oben § 98 II) auch auf ausländische oder einem anderen deutschen Lande angehörige juristische Personen anwenden, wenn der Schenker oder Erblasser dem Staate, der das Amortisationsgesetz erlassen hat, angehört oder das zu erwerbende Grundstück sich in diesem Staat befindet.

*) Girtanner, DogmZ 3 S. 72ff.; Göppert, Einheitliche, zusammengesetzte und Gesamtsachen, 1870; Kohler, DogmZ 24 S. 296ff.; Regelsberger §§ 96 u. 97; Sohm, Der Gegenstand, 1905 S. 16ff., ferner BürgA 28 S. 173 und DogmZ 53 S. 373ff.; Binder, Z. f. d. R 59 S. 1ff. und BürgA 34 S. 209; Vetter, Grundbegriffe, 1910, S. 1ff.

selbständige Rechtsobjekte¹⁾ anerkannt werden. „Gegenstand“ bedeutet meist alle Objekte der Rechte mit Ausnahme der Personen, mithin namentlich die Sachen und die Vermögensrechte, aber auch Geistesprodukte, Vermögensbegriffe und das gewerbliche Unternehmen (oben § 70 I 3—7²⁾). Doch ist der Ausdruck nicht streng technisch, da er auch bei Verpflichtungen und Verpflichtungsgeschäften, obgleich sie keine direkte Beziehung zu dem Gegenstande begründen, häufig gebraucht, ja selbst von dem Gegenstande einer Beschlussfassung oder einer anderen Handlung gesprochen wird³⁾.

1. Der Körper des Menschen ist keine Sache (kein Gegenstand, sondern eine Person), wohl aber sind abgetrennte Teile des Körpers, z. B. Haare, Sachen⁴⁾. Auch der Leichnam des Menschen ist Sache, wenn er auch freilich weder dem Erben gehört, wie die Beerbigungspflicht zeigt, noch der Okkupation unterliegt⁵⁾. An Mumien, Skeletten, anatomischen Präparaten ist aber Eigentum anzuerkennen.

¹⁾ Nicht als „Wirtschaftsobjekte“ (wie Regelsberger I § 96 definiert); denn das Recht läßt sich bei der Abgrenzung des Sachbegriffs zwar in der Hauptsache von wirtschaftlichen Gesichtspunkten leiten, aber doch keineswegs ausschließlich, wie ein Blick auf die Abgrenzung des Sachbegriffs bei unbeweglichen Sachen zeigt (unten 4).

²⁾ Vgl. z. B. §§ 1068, 1085ff., 1273, 2374ff. (Nießbrauchs-, Pfandrechts-, Erbschaftsgegenstände); 135, 161, 185 (Gegenstand von Verfügungen). Der § 90 will also nur sagen, daß von den Gegenständen (d. h. den Rechtsobjekten mit Ausnahme der Personen) nur die körperlichen im BG als Sachen bezeichnet werden, und die Polemik Vekfers (Grundbegriffe S. 1ff.) ist demnach keineswegs berechtigt. Ähnlich stellte das Röm. Recht dem Begriff der Sache im eigentlichen Sinne einen weiteren Begriff der Sache gegenüber und unterschied daher res corporales und incorporales L. 1 § 1 D. de rer. div. 1, 8.

³⁾ Vgl. z. B. §§ 434, 444 (Kaufgegenstand), 581, 597 (verpachteter Gegenstand), 2153 (vermachter Gegenstand), 273^a (Verpflichtung, einen Gegenstand herauszugeben), 32 (Gegenstand der Beschlussfassung), 256 (Aufwendung eines Gegenstandes). Im scharfen Gegensatz hierzu und zu dem im Texte Gesagten will Sohm a. a. O. unter Gegenstand nur das mögliche Objekt einer „Verfügung“ verstehen und glaubt darin einen Grundbegriff unseres Rechts zu erkennen, auf den er neben anderem auch den Unterschied der Vermögens- und Familienrechte aufbaut. Sohms Ansicht ist zutreffend von Binder a. a. O. widerlegt; vgl. auch Wiluzky, Bürgl. 28 S. 53ff., und etwa noch § 1439: „Von dem Gesamtgut ausgeschlossen sind Gegenstände, die nicht durch Rechtsgeschäft übertragen werden können.“

⁴⁾ Sie sind nicht herrenlos, vielmehr ist Eigentümer der, von dessen Körper sie abgetrennt sind. So auch Hellmann (Vorträge S. 34), Sohm u. a. nach Analogie des § 963, während Gareis (Festg. für Schirmer, 1900, S. 90) nur ein ausschließliches Aneignungsrecht annimmt.

⁵⁾ So auch die herrschende Meinung. Doch wird vereinzelt auch Eigentum der Erben angenommen. Manche leugnen übrigens die Sachqualität. Namentlich bezeichnen Gierke II S. 35 und Kipp, Erbrecht § 1 II den Leichnam als Rest der Persönlichkeit, über den die Hinterbliebenen bestimmen. Nach v. Blume, Rivl. 112 S. 367ff., steht den Angehörigen ein Recht der Totenfürsorge zu, ein Familienrecht des Inhalts, über den Leichnam zum Zwecke angemessener Bestattung zu verfügen und Einwirkungen Unberechtigter auszuschließen; vgl. ferner Josef, Gruchot 65 S. 304ff. — Fast allgemein werden unentgeltliche Verträge über den eigenen Körper zu wissenschaftlichen Zwecken für zulässig gehalten; ein entgeltlicher Vertrag dieses Inhalts dagegen dürfte mit der vorherrschenden Ansicht als gegen die guten Sitten verstößend für nichtig zu halten sein. Legnhilige Anordnungen über den Leichnam (Bestattung, Verbrennung usw.) sind als Auflagen oder als Bestimmungen über die Testamentvollstreckung für gültig zu halten, RG JurW 1912 S. 540.

2. Ob der körperliche Gegenstand fest, flüssig oder luftförmig sei, macht an sich für den Sachbegriff keinen Unterschied; nur erhalten flüssige und luftförmige Körper erst durch die Zusammenfassung in einem Behälter das für den Sachbegriff erforderliche gesonderte Dasein. (Energien⁶⁾, Triebkräfte wie Wärme, Licht, Elektrizität, Magnetismus sind dagegen keine Sachen, da ihnen die Natur körperlicher Gegenstände fehlt⁷).

3. Bei beweglichen festen Körpern wird der Begriff der Sache im allgemeinen durch die Kohärenz bestimmt. Schlechthin entscheidend ist sie aber nicht. Zumal kann eine Sache, die mit einer anderen körperlich verbunden ist, gleichwohl die Natur eines besonderen Rechtsobjekts behalten, wie näher in der Lehre von den Sachbestandteilen darzulegen ist (unten § 118).

4. Dem Grundstück fehlt von Natur die Absonderung, die es als Sache erscheinen läßt. Hier beruht der Sachbegriff lediglich auf menschlicher Festsetzung. Entscheidend für die Frage, ob ein gewisser Teil der Erdoberfläche nur als ein Teil eines Grundstücks oder als ein ganzes Grundstück oder als eine Mehrheit von Grundstücken oder von Teilen verschiedener Grundstücke zu betrachten sei, ist nicht die gemeinsame oder verschiedene wirtschaftliche Bestimmung, auch nicht die Lage und der Zusammenhang, sondern die Art der Eintragung im Grundbuche. Was als ein Grundstück eingetragen ist, gilt als eine Sache, auch wenn es aus mehreren Stücken besteht, welche nicht aneinander grenzen, § 890.

5. Durch eine Umgestaltung wird die Identität einer Sache nur dann aufgehoben, wenn sie nach der Auffassung des Verkehrs als eine ganz andere, als eine neue erscheint. Bei Erneuerung einzelner Teile ist das in der Regel nicht anzunehmen, selbst wenn allmählich alle ersetzt werden; ebensowenig bei zeitweiligem Auseinandernehmen einer zusammengesetzten Sache⁸).

⁶) Unter Energien im physikalischen Sinne versteht man Zustände von Körpern, vermöge deren sie Arbeit zu leisten vermögen, vgl. Kloeß, *ZivA* 103 S. 34ff.

⁷) So auch RGE in Straß. 29 S. 111; 32 S. 165, wo ein Diebstahl an der Elektrizität, weil sie keine Sache sei, für unmöglich erklärt wird. Unterstützt wird diese Ansicht durch das O. v. 9. April 1900, das die vorläufige Entziehung „elektrischer Arbeit“ unter Strafe stellt und damit einen neuen Verbrechensbegriff schafft. Wie oben auch die vorherrschende Ansicht der Zivilisten wie der Strafrechtslehrer, vgl. z. B. Regelsberger § 96 A. 1; Windscheid-Kipp I § 137 A. 2; Crome I § 58 A. 3; Endemann § 50 A. 10; Rehbein I S. 77; Liszt, *Strafrecht* 12. u. 13. Aufl. S. 427 A. 3 u. 452f.; Dischhausen, *Komm. z. StrGB* 6. Aufl. S. 869 A. 3 zu § 242; Kloeß, *ZivA* 103 S. 34ff.; ferner DLZG 2 S. 223. Dagegen wollte RGE 17 S. 269ff. in einer nach preussischem Landrecht zu entscheidenden Sache den elektrischen Strom als Sache „vorstellen“ und „in juristischem Sinne“ behandeln, und RG 86 S. 14 betrachtet zwar die Elektrizität als Sache oder Ware im Sinne des StempelStG, erkennt aber an, daß es keine Sache im Sinne des BG ist. Abweichend Dernburg *WR* III § 1; Pfleghart, *Elektrizität als Rechtsobjekt*, 1900 u. 1902, u. *BürgA* 24 S. 300ff. An dem im Texte Gesagten würde auch festzuhalten sein, wenn eine neuere naturwissenschaftliche Theorie, nach der die Elektrizität ein Körper ist, richtig sein sollte; denn für das Recht kommt die Anschauung des Lebens, nicht eine von ihr abweichende naturwissenschaftliche Theorie in Betracht.

⁸) Diese römischrechtlichen Regeln (vgl. L. 76 D. de jud. 5, 1: „navem, si adeo saepe

II. Sachgesamtheiten. Wie das gemeine Recht, so kennt auch das BG Sachgesamtheiten oder Sachinbegriffe, d. h. eine Mehrheit einzelner Sachen, die wegen ihrer gemeinsamen Bestimmung in gewisser Beziehung als ein Ganzes betrachtet werden, z. B. eine Herde, eine Bibliothek, ein Warenlager, ein Gutsinventar.

Die zu einem solchen Sachinbegriffe gehörigen Sachen können als zusammengehörige zu Nießbrauch oder Pfand⁹⁾ gegeben werden. Dann bestehen aber der Nießbrauch und das Pfandrecht in Wahrheit doch an den einzelnen Sachen¹⁰⁾. Nur werden diese Rechte in einzelnen Beziehungen anders behandelt, als wenn die Sachen als einzelne verpfändet oder zu Nießbrauch gegeben wären (vgl. z. B. §§ 1035, 1048). Es ist ein zwar ungenauer aber kurzer und nicht bedenklicher Ausdruck, wenn auch das BG in solchen Fällen von einem „Nießbrauch an dem Sachinbegriff“ spricht (§ 1035).

Auch Besitz und Eigentum an dem Sachinbegriff als Ganzem ist so wenig wie nach gemeinem Recht¹¹⁾ anzunehmen. Gleichwohl ließ das gemeine Recht eine Eigentumsklage auf das Ganze zu, was freilich nur für die Herde ausgesprochen und nur für sie unbestritten ist¹²⁾; allein darin lag keine Anerkennung eines Eigentumsrechts an dem Ganzen¹³⁾, sondern nur eine Erleichterung der Klagform und des Beweises, die das BG nicht aufgenommen hat.

§ 115. Arten der Sachen.

I. Grundstücke und bewegliche Sachen*).

1. Während Grundstücke und bewegliche Sachen im römischen Recht, von Einzelpunkten abgesehen¹⁾, den gleichen Regeln unterstanden, räumte

refecta esset, ut nulla tabula eadem permaneret, quae non nova fuisset, nihilominus eandem nam esse existimari“; L. 83 § 5 D. de V. O. 45, 1; L. 98 § 8 D. de solut 46, 3 vgl. Wächter, Württemb. PrA II S. 242) entsprechen der Natur der Sache und sind unbedenklich für das bürgerl. Recht zu verwerten.

⁹⁾ § 1035 (vgl. auch L. 68 § 2 — L. 70 pr. D. de usufr. 7, 1). Für das Pfandrecht ist es nicht besonders ausgesprochen, aber nach Analogie des Nießbrauchs anzunehmen. Andere Wirkungen der Zugehörigkeit zu einer Sachgesamtheit in §§ 92; 260 und 1035; 588 und 1048.

¹⁰⁾ M. M. Cosack § 41; Dernburg, PrA III § 2; Fuchs, Grundbegriffe des Sachenrechts S. 31. Wie oben Wolff, Sachenrecht § 161 IV 2, Ed, Crome u. a. m., sowie RGZ 53 S. 220.

¹¹⁾ L. 30 § 2 D. de usurp. 41, 3: non tamen universi gregis ulla est usucapio, sed singulorum animalium sicuti possessio ita et usucapio.

¹²⁾ L. 1 § 3 — L. 3 pr. de R. V. 6, 1; L. 21 § 1 D. de exc. rei jud. 44, 2.

¹³⁾ So auch die vorherrschende Ansicht: vgl. die bei Regelsberger § 97 A. 6 angeführten Schriftsteller. Abweichend Sotolowski, Die Philosophie im Privatrecht, Sachbegriff und Körper, 1902, S. 385ff.

¹⁴⁾ Wächter, Württemb. PrA II § 37; Meibom, ZivA 72 S. 347ff.

¹⁵⁾ Die Erhaltungsdauer ist verschieden und manche Rechte (Grunddienstbarkeiten, Emphyteuse, Superfizies) oder Rechtsvorschriften (über plantatio, inaedificatio, operis novi nuntiatio, cautio damni infecti, Grenzscheidung, Nachbarrecht usw.) beziehen sich nur auf Grundstücke, weil sie für bewegliche Sachen undenkbar oder unpassend sind.

das deutsche Recht den Grundstücken eine Sonderstellung ein, in älterer Zeit, weil die Familie wirtschaftlich und in ihren politischen und Ständerechten auf dem Grundbesitz beruhte, in neuerer Zeit besonders, weil der Grundbesitz das Fundament des Realcredits bildet und deshalb einer besonderen Sicherheit und äußeren Erkennbarkeit bedarf. Dementsprechend stellt auch das BG (meist dem preußischen Recht sich anschließend) ein vorwiegend verschiedenes Immobilien- und Mobiliarsachenrecht auf, während nur in wenigen Beziehungen gleiche oder doch in der Hauptsache übereinstimmende Grundstücke gelten²⁾.

2. Die für Grundstücke geltenden Vorschriften sind auch auf gewisse Rechte an Grundstücken anwendbar, nämlich mit wenigen Ausnahmen auf das Erbbaurecht, BG über d. Erbbaurecht, § 11; das Erbpachtrecht, wo es landesgesetzlich besteht, Art. 63; gewisse nicht dem Bergrecht angehörige Rechte auf Mineralgewinnung, Art. 68; endlich hat das dem Landesrecht vorbehaltenes Bergrecht (Art. 67) in einigen Staaten die gleiche Behandlung erfahren³⁾. Alle diese Berechtigungen können (wie Grundstücke) im Grundbuche ein besonderes Grundbuchblatt erhalten (GBD §§ 7, 84).

Das gemeine Recht unterschied *praedia urbana*, Gebäudegrundstücke, und *praedia rustica*, unbebaute Grundstücke sowie solche, deren Natur nicht durch das Gebäude bestimmt wird. Im BG ist dieser Gegensatz weggefallen; aber es hat besondere Bestimmungen über die „landwirtschaftlichen“ d. h. dem Landbau dienenden Grundstücke (§§ 582 ff., 998a u. f.) und über „Landgüter“, d. h. Grundstücke oder Grundstückskomplexe mit selbständigem Landwirtschaftsbetriebe (§§ 593 ff.).

3. Beweglich ist jede Sache, die weder ein Grundstück noch wesentlicher Teil eines solchen ist, selbst wenn sie (ohne wesentlicher Bestandteil zu werden) mit dem Grundstück verbunden ist, unten § 118. Doch werden Schiffe, die im Schiffsregister eingetragen sind⁴⁾, in einigen Beziehungen ähnlich wie Grundstücke behandelt (Pfandrecht §§ 1259 ff.; Zwangsversteigerung, ZivBG §§ 162 ff.).

Die Einteilung der Rechte in bewegliche und unbewegliche ist wie dem gemeinen Rechte auch dem BG fremd. Doch findet sich eine Vorschrift über das „unbewegliche Vermögen“: es wird von der Fahrnisgemeinschaft ausgeschlossen, § 1551. In diesem Sinne gehören zum unbeweglichen Vermögen: die Rechte an Grundstücken mit Ausnahme der Hypotheken, Grundschulden und Rentenschuldbforderungen; die Forderungen auf Übertragung solcher Rechte oder auf Befreiung von solchen. Da die Abgrenzung sachentsprechend ist, wird man sie bei der Auslegung von Rechtsgeschäften verwerten können; vgl. ferner §§ 1003, 1971.

II. Vertretbare Sachen (Fungibilien, Quantitätssachen)**).

¹⁾ Insbesondere für den Besitz, die Eigentumsansprüche und wenigstens in der Hauptgrundlage auch für die Einigung.

²⁾ So z. B. in Preußen (AG Art. 37 I) und Elsaß-Lothringen (AG § 81).

³⁾ Ausländische in beschränkterer Weise auch wenn sie nicht eingetragen sind (ZivBG § 171).

⁴⁾ Thering, *DoqM* 4 S. 399 ff.; Wendt, *ZivR* 103 S. 443 ff.; M. Wolff, *Ehrenbergs* *HB* des *HR* IV S. 107.

Übereinstimmend mit dem gemeinen Recht bezeichnet § 91 als vertretbar: „bewegliche Sachen, die im Verkehr nach Zahl, Maß oder Gewicht bestimmt zu werden pflegen“, die also in der Regel nur nach Masse und Beschaffenheit, nicht aber als Individuen in Betracht kommen⁵⁾, wie Geld, Getreide, Wein, ungebundene Bücher, meist, aber nicht immer, Wertpapiere (Loospapiere, z. B. nicht⁶⁾).

Vertretbare Sachen können natürlich auch als Individuen Gegenstand von Verkehrsgeschäften werden; es kann z. B. dieses bestimmte Faß Wein verkauft werden, und dann darf natürlich kein anderer Wein geliefert werden. Umgekehrt können auch nicht vertretbare Sachen nach Maß, Zahl oder Gewicht gehandelt werden, z. B. ich verspreche 10 Pferde bestimmter Rasse und Güte zu liefern. Für die Frage der Vertretbarkeit ist also nicht das einzelne Geschäft, sondern nur die allgemeine Verkehrsart entscheidend.

Der Begriff der Vertretbarkeit ist namentlich im Obligationenrecht von Bedeutung (Zinsen, Darlehen, § 607, Werklieferungsvertrag § 651, Hinterlegungsdarlehen § 700, Anweisung § 783 usw.). Über Geld und Wertpapiere vgl. die folgenden Paragraphen.

III. Verbrauchbare Sachen***).

1. Verbrauchbar sind zunächst diejenigen „beweglichen Sachen, deren bestimmungsmäßiger Gebrauch im Verbrauch oder in der Veräußerung besteht“, § 92 Abs. 1. Das Unterscheidungsmerkmal beruht also auf der Verkehrsart. Daß nicht nur Wein, Öl, Getreide usw., sondern auch Geld, Banknoten, fällige Zins- und Gewinnanteilscheine zu den verbrauchbaren Sachen gehören, ist selbstverständlich⁷⁾.

2. Ferner aber gelten (abweichend vom gemeinen Rechte) als verbrauchbar auch Sachen, die zu einem Warenlager oder zu einem anderen zur Veräußerung der einzelnen Sachen bestimmten Sachinbegriffe gehören, § 92 Abs. 2, z. B. zum Viehstande eines Viehhändlers oder zum Packen eines Hausierers. Hier beruht also das Merkmal auf dem Verhalten des Eigentümers. Nur die Pferde des Viehhändlers, die zu seinem für den Verkauf bestimmten Viehstande gehören, sind verbrauchbar, nicht die zu seinem persönlichen Gebrauch bestimmten. Wird die Zugehörigkeit zu dem Sachinbegriff aufgehoben, so endet auch die Verbrauchbarkeit.

3. Wichtig ist die Verbrauchbarkeit namentlich deshalb, weil der Nießbraucher und andere Nutzungsberechtigte, z. B. der Ehemann, die verbrauch-

⁵⁾ Res quae pondere, numero mensura constant; quae in genere suo functionem recipiunt per solutionem quam specie, Gaj. III § 90 L. 2 § 1 D. de reb. cred. (12. 1).

⁶⁾ Auch Maschinen bekannter und gewöhnlicher Art, die nicht einem bestimmten Raume angepaßt sein sollen, sind vertretbare Sachen, RG 45 S. 64; RG JurW 1915 S. 992.

*** Wächter, Württ. PrR II S. 218 ff.; Dernburg, DR III S. 13 ff.; Sokołowski, Philosophie im Privatrecht (1902) S. 383 ff.

⁷⁾ Dagegen sind Kleider, Teppiche, Bücher u. dgl. nicht verbrauchbar; denn sie sind nicht zum Verbrauch bestimmt, sondern zum Gebrauch; die allmähliche Abnutzung, die allerdings schließlich zur völligen Zerstörung führen kann, ist nur eine unvermeidliche Folge des langdauernden Gebrauches.

baren Sachen nicht individuell, sondern nur dem Werte nach herauszugeben brauchen, §§ 1067, 1377; vgl. auch § 706.

IV. Teilbare Sachen †).

Unter teilbaren Sachen versteht das BGB wie das gemeine Recht solche, welche sich ohne Verminderung des Wertes in gleichartige Sachen zerlegen lassen, § 752. Teilbar sind also z. B.: nicht mit einem Gebäude besetzte Grundstücke (es sei denn, daß sie durch die Teilung entwertet würden, wie z. B. eine gemeinschaftliche Einfahrt) und vertretbare Sachen; unteilbar die meisten anderen, insbesondere Gebäude. Die Teilbarkeit kommt namentlich in Betracht bei Auseinandersetzung einer Gemeinschaft. Hier kann Realteilung nur bei teilbaren Sachen verlangt werden, § 752. Im Einverständnis können die Miteigentümer natürlich auch unteilbare Sachen zerstückeln. Doch bestehen namentlich im Interesse der Landeskultur in einigen Partikularrechten Beschränkungen der Teilung von Grundstücken, welche nach Art. 119 Nr. 2 unberührt bleiben^{a)}.

§ 116. Geld*).

I. Begriff des Geldes im weiteren und engeren Sinn.

Das Wort „Geld“, das vielfach im BGB und in anderen Reichsgesetzen¹⁾, ohne daß irgendwo eine Definition gegeben wäre, gebraucht wird, hat eine weitere und eine engere Bedeutung. Der weitere Sinn des Wortes beruht auf den Gepflogenheiten des Verkehrs, der engere auf den Anordnungen des Staates.

1. Verkehrsgeld oder Geld im weiteren Sinne sind diejenigen Sachen, welche der Verkehr als den allgemeinen Maßstab für den Wert der Verkehrsgegenstände betrachtet und welche diesen Wert nach der Anschauung des Verkehrs auch in sich tragen. Kurz ausgedrückt: Geld ist der im Verkehr anerkannte Wertmesser und Wertträger. Auf diesen seinen Eigenschaften beruht die doppelte

†) Wächter, *BioA* 37 S. 155ff. u. *Bürtt. PrR* II § 43; Steinlechner, *Teilbarkeit und Unteilbarkeit*, 1876; Ed, *KritB* 19 S. 225; Regelsberger § 101. Von der Teilbarkeit der Sache ist streng die Teilbarkeit des Rechts (an der Sache) zu unterscheiden (oben § 69, I u. 4a).

^{a)} Näheres Wolff, *Sachenrecht* § 37 II 2b.

^{*} Savigny, *OblR* I §§ 40—48; Hartmann, *Über den rechtl. Begriff des Geldes und den Inhalt von Geldschulden*, 1868, Goldschmidt, *Handelsrecht* I S. 1060ff.; Hasner in *Grünhut* 7 S. 1ff.; Koch, *Geld und Wertpapiere* (Beiträge S. 5), 1889; Knapp, *Staatliche Theorie des Geldes*, 1906; Helfferich, *Das Geld*, 2. Aufl. (insbesondere Buch II Abschn. I S. 283ff.); Wolff, *Ehrenbergs HW des HR* IV, 1, und dazu Wieland, *BfHR* 83 S. 300; Menger, *Courads Handwörterbuch der Staatswissenschaften* IV, 3. Aufl. S. 577; *Lexis* daselbst VI, 3. Aufl. S. 984ff.; Schäffle, *Btschr. f. d. gef. Staatsw.* 40 S. 146ff.; Rußbaum, *Das Geld in Theorie und Praxis des deutschen u. ausländischen Rechts*, 1925.

¹⁾ *B. B. SGB* § 39, § 429 (vgl. § 466), § 462. *BPD* § 108, § 720, § 815.

Funktion des Geldes: Es dient als Zahlungsmittel, wenn der Wert eines Gegenstandes geschuldet wird, und es dient als allgemeines Tauschmittel, indem es leicht ist, eine Sache in Wert und den Wert wieder in eine andere Sache oder ein sonstiges Gut umzusetzen.

Geld in diesem weiteren Sinne sind nicht nur die inländischen Münzen, sondern z. B. auch die Noten der Privatnotenbanken²⁾, ferner, wenn sie tatsächlich im Verkehr angenommen werden, ausländische Münzen,³⁾ fremdes Papiergeld und fremde Banknoten.

2. Geld im engeren Sinne, Staatsgeld, Währungsgeld, ist nur der durch Rechtsvorschrift anerkannte Wertträger, also das rechtlich anerkannte Zahlungsmittel für Wertschulden, mit anderen Worten diejenigen Sachen, welche der Gläubiger, dem der Wert eines Gegenstandes geschuldet wird, annehmen muß.

a) Zum Begriff des Geldes im engeren Sinne gehört also der Zwangskurs in dem Sinne, daß diese Sachen anstatt Wertes angenommen werden müssen. Nicht unbedingt nötig ist aber der Kennwertszwangskurs. Es genügt vielmehr durchaus zum Begriff des Geldes im engeren Sinne, wenn die fraglichen Sachen zum jeweiligen Kurse in Zahlung genommen werden müssen. Ob der Zwangskurs auf Gesetz oder Gewohnheitsrecht beruht, ist natürlich gleichgültig. Bei uns beruht er tatsächlich nur auf Gesetz.

b) Geld im engeren Sinne sind hiernach für das Deutsche Reich nur die Münzen deutscher Währung (unten IV) und die Reichsbanknoten (V), da diese durch § 3 des G. v. 1. Juni 1909 betr. Änderung des Bankgesetzes gesetzliches Zahlungsmittel geworden sind⁴⁾.

II. Ob eine Gesetzesvorschrift, die den Ausdruck „Geld“ gebraucht, sich auf das Geld im weiteren Sinne oder nur auf das Geld im engeren Sinne bezieht, ist durch Auslegung zu ermitteln, die sich meist aus dem Inhalt und Zweck der Bestimmung mit Sicherheit ergibt⁵⁾. Daß viele Vorschriften des BG, des HGB und der ZPO auf alles Geld im weiteren Sinne bezogen werden müssen, kann begründetem Zweifel nicht unterliegen.

²⁾ Die Bayerische, Sächsische, Württembergische und Badische Banl.

³⁾ Der Finanzminister ist aber mit Zustimmung des Reichsrats befugt, den Umlauf fremder Münzen zu untersagen oder den Höchstwert festzusetzen, zu dem fremde Gold- und Silbermünzen in Zahlung angeboten oder genommen werden dürfen (Tarifizierung), sowie zu bestimmen, ob und zu welchem Kurse ausländische Münzen von Reichs- und Landeskassen (z. B. der Post und Eisenbahn) in Zahlung genommen werden dürfen (MünzG § 14).

⁴⁾ Ebenso BankG. v. 1924 § 3.

⁵⁾ Unrichtig ist es also, wenn manche den weiteren Begriff des Geldes ganz ignorieren und allgemein behaupten, Geld im Sinne des BG sei das inländische gesetzliche Zahlungsmittel.

a) Wenn § 1806 den Vormund verpflichtet, das dem Mündel gehörende „Geld“ verzinslich anzulegen, so kann man unmöglich glauben, daß er ausländisches Geld, Darlehnskassen- und Reichskassenscheine unverzinslich liegen lassen dürfe.

b) Ebensovienig kann man die Bestimmung des § 935 Abs. 2, nach welcher durch Tradition von Geld dem gutgläubigen Erwerber auch dann Eigentum erworben wird, wenn das Geld gestohlen oder abhanden gekommen war, auf inländisches Geld beschränken.

c) Ferner gehören u. a. hierher § 270 Abs. 1 (Übermittlung an den Wohnort des Gläubigers), § 301, § 1288, § 1653; B.D. Art. 4, Art. 96 Nr. 2 usw.

III. Arten und Werte des Geldes. Man unterscheidet:

1. Kurantgeld, das bei allen Zahlungen angenommen werden muß (und daher in der Regel vollwichtig ausgeprägt ist);

2. Scheidemünze, die nur bei kleineren Zahlungen angenommen zu werden braucht (ihr Metallwert bleibt regelmäßig wesentlich hinter dem Wert zurück, zu dem sie angenommen werden muß);

3. Papiergeld, dessen Wert lediglich auf der Anerkennung beruht.

Man unterscheidet ferner:

a) den Nennwert des Geldes, den das Gepräge oder bei Papiergeld der Druck bezeichnet;

b) den inneren Wert oder Metallwert; dieser bestimmt sich durch die Menge edlen Metalles, das die Münze enthält; bei Papiergeld fehlt er natürlich;

c) den Kurswert oder Verkehrswert; das ist der Wert, den eine Geldsorte im Verhältnis zur anderen im Verkehr hat. Man kann hier noch unterscheiden: den Börsenwert, den das Geld im großen Geldverkehr besitzt, und den gemeinen Verkehrswert, der sich in der Regel insofern vom Börsenwert unterscheidet, als er dessen kleinere Schwankungen nicht mitmacht.

IV. Die Deutsche Währung.

1. Im Deutschen Reich galt seit dem 1. Januar 1876 die Goldwährung^{*)}, d. h. der Wert der deutschen Geldes war durch das Gold bestimmt^{?)} und nur Goldmünzen (und in Gold einlösliche Scheine) waren volles gesetzliches Zahlungsmittel. Die Grundmünze, nach der sich der Wert aller übrigen richtete, war ein Goldstück, das Zehnmarkstück, die „Krone“ (wenn auch tatsächlich weit mehr Zwanzigmarkstücke im Verkehr waren); alle Silber-, Nickel- und Kupfermünzen hatten gesetzlich den Wert eines bestimmten Bruchteiles dieser Goldmünze.

^{*)} Die Goldwährung wurde vorbereitet durch G. v. 4. Dezember 1871 betr. die Ausprägung von Reichsgoldmünzen, in der Hauptsache durchgeführt durch das Münzgesetz v. 9. Juli 1873. Durch G. v. 1. Juni 1900 wurde das MünzG in einigen Punkten verändert und am 1. Juni 1909 in neuer Fassung erlassen. Über das MünzG v. 1924 unten 3.

^{?)} Das Mittel, die Übereinstimmung des Wertes der Münzen mit einem bestimmten Goldquantum dauernd zu erhalten, ist die Zulassung der freien Goldprägung. Nach MünzG § 7 Abs. 2 haben Privatpersonen das Recht, auf den Münzstätten der deutschen Staaten Zwanzigmarkstücke für ihre Rechnung gegen eine geringe Gebühr ausprägen zu lassen, soweit die Münzstätten nicht für das Reich beschäftigt sind.

2. Die infolge des Krieges und der Revolution eingetretene grenzenlose Zerrüttung unserer Geldverhältnisse führte zu einer reinen Papierwährung. Der Wert unseres Geldes sank auf ein Billionstel des ursprünglichen Wertes. Der Grund lag in den ungeheuren Kosten des Krieges und den noch viel größeren Lasten, welche der Friedensvertrag, die weiteren Bedrückungen und die mehrjährige Mißwirtschaft verursacht haben. Daneben hat auch die freilich unvermeidliche Vorschrift des G. v. 4. Aug. 1914 mitgewirkt, daß die Reichsbank bis auf weiteres nicht mehr zur Einlösung ihrer Banknoten verpflichtet sein sollte und die Privatbanknoten berechtigt sein sollten, zur Einlösung ihrer Banknoten Reichsbanknoten zu verwenden.

3. Das Münzgesetz v. 30. Aug. 1924 hat aber die Goldwährung wiederhergestellt⁹⁾. Ihre Rechnungseinheit bildet die Reichsmark, die in 100 Reichspfennige eingeteilt wird. Es sollen ausgeprägt werden: als Goldmünzen Stücke über 20 und 10 Reichsmark; als Silbermünzen Stücke über Beträge von 1 bis 5 Reichsmark; im übrigen Stücke über 1, 2, 5, 10 und 50 Reichspfennigen.

a) Aus einem kg feinen Goldes werden wie vor dem Kriege $139\frac{1}{2}$ Stücke über 20 Reichsmark oder 279 Stücke über 10 Reichsmark ausgeprägt. Das Mischungsverhältnis beträgt 900 Teile Gold und 100 Teile Kupfer. Das Fassiergewicht, d. h. das Mindestgewicht, bei dem die (nicht gewaltsam beschädigten) Goldmünzen noch im Verkehr (als vollwertig) angenommen werden müssen, darf unter dem Normalgewichte höchstens um $\frac{5}{1000}$ zurückbleiben.

b) Die Silbermünzen sowie die auf Pfennige lautenden Münzen sind sämtlich Scheidemünzen. Niemand (mit Ausnahme der Reichs- und Landeskassen einschließlich der Kassen der Reichspostverwaltung) braucht Silbermünzen im Betrage von mehr als 20 Mark, auf Pfennige lautende Münzen im Betrage von mehr als 5 Mark in Zahlung zu nehmen.

c) Die früher (auf Grund des G. v. 4. 12. 1871 und der Münzgesetze v. 1873 und 1909 ausgeprägten) Goldmünzen gelten bis auf weiteres auch als Reichsgoldmünzen.

V. Papiergeld existierte seit dem 1. Jan. 1876 nicht mehr; doch sind durch die Novelle zum Bankgesetz v. 11. Juni 1909 die Noten der Reichs-

⁹⁾ Ein erster und erfolgreicher Versuch, ein wertbeständiges Zahlungsmittel zu schaffen, war die Errichtung einer deutschen Rentenbank v. 15. Okt. 1923 (nach Helfferichs Plan), welche zur Ausgabe von wertbeständigen Rentenmarkscheinen und Scheidemünzen ermächtigt wurde, die durch Belastung der landwirtschaftlichen, forstwirtschaftlichen und gärtnerischen Zwecken dienende Grundstücke sowie durch Belastung der industriellen, gewerblichen oder Handelsbetriebe sichergestellt waren. Ähnliche Zwecke verfolgte die Errichtung der von der Reichsbank zu verwaltenden Deutschen Golddiskontobank v. 19. März 1924, welche zur Ausgabe von auf Pfund Sterling lautenden Noten ermächtigt wurde. Jedoch waren die Rentenmarkscheine und Golddiskontobanknoten nicht gesetzliches Zahlungsmittel. Durch das BankG v. 30. Aug. 1924 sind beide Gesetze, soweit sie dem Bankgesetz widersprachen, aufgehoben. Es findet eine allmähliche Liquidation statt.

bank gesetzliches Zahlungsmittel geworden und nach dem neuen Bankgesetz v. 30. Aug. 1924 auch geblieben.

Gesetzliche Zahlungsmittel sind also jetzt:

1. die unter IV 3 (a—c) aufgeführten Münzen, die Scheidemünzen mit der unter IV 3 b angegebenen Beschränkung⁹⁾;
2. die von der Reichsbank ausgestellten auf Reichsmark lautenden Noten.¹⁰⁾

VI. Nach der BundesratsVO v. 28. Sept. 1914 sind die vor dem 31. Juli 1914 getroffenen Vereinbarungen, nach denen eine Zahlung in Gold erfolgen soll (Goldklausel) bis auf weiteres unverbindlich¹¹⁾.

VII. Die Vermögensverschiebungen infolge der Geldentwertung und deren Ausgleich, insbesondere das Aufwertungsgesetz und das Anleiheablösungsgesetz werden (soweit es in einem Lehrbuch des Privatrechts angeht) bei der Besprechung der Geldschulden im Recht der Schuldverhältnisse behandelt werden. Von der Aufwertung abgesehen ist eine Billion Papiermark gleich eine Reichsmark (Münzges. § 5 Abs. 3).

§ 117: Wertpapiere*).

I. Im BG und in anderen Gesetzen, namentlich dem HGB, der ZPO und der KO, finden sich zahlreiche Vorschriften über „Wertpapiere“, ohne daß eine Definition gegeben wäre. Der Begriff ist daher aus der Rechtsprechung und Literatur zu entwickeln.

1. Die Urkunde, in welcher ein Vermögensrecht verbrieft ist, kann für dieses eine sehr verschiedene Bedeutung haben.

a) Oft ist sie nur ein Beweismittel für das Vermögensrecht (insbesondere für seine Entstehung, sein Fortbestehen oder seinen Inhalt), z. B. der vom Schuldner ausgestellte Darlehnschein (Beweisurkunde).

⁹⁾ Bis zum 30. Sept. 1907 waren auch noch die Eintalerstücke deutschen Gepräges in Kurs und mußten bei allen Zahlungen zu 3 Mark angenommen werden, waren also nicht Scheidemünzen. Durch Bekanntmachung des Bundesrats v. 27. Juni 1907 sind sie außer Kurs gesetzt.

¹⁰⁾ Sie ist nach § 31 des Münzgesetzes verpflichtet, ihre Reichsmarknoten umzuwechseln und zwar nach ihrer Wahl in Goldmünzen, Goldbarren oder Devisen zum Goldwerte. Diese Einlösungspflicht tritt aber nur in Kraft nach einem übereinstimmenden Beschlusse des Reichsbankdirektoriums und des Generalrats, der bisher noch nicht ergangen ist.

¹¹⁾ Davon zu unterscheiden ist die sog. Goldwertklausel, nach der nur für die Bestimmung des Geldbetrages der Goldwert entscheiden soll.

^{*}) Kunze, Lehre v. d. Inhaberpapieren, 1857; Savigny, ObR 2 S. 93ff.; Brunner in Edemanns Handbuch II S. 496ff.; Goldschmidt, Zeitschr. f. Handelsrecht 28 S. 63ff.; v. Lehmann, Theorie der Wertpapiere, 1890; Strohal, DogmZ 33 S. 316ff.; Cordes, Wertpapier, 1898; Jacobi, Wertpapiere im BG, 1901 (dazu Pappenheim, Krit ZS 44 S. 334ff.), und Wertpapiere als Legitimationsmittel, 1906; Gierke, D. PrR II §§ 108ff.; Langen, Kreationstheorie, 1906, sowie BürgA 27 S. 161ff.; 30 S. 7ff.; Jacobi, ZfHR 85 S. 21 u. i. Ehrenbergs, HR IV 1 S. 125—562. Die nähere Darstellung dieser vielfach bestrittenen Lehre ist dem Handelsrecht zu überlassen.

b) Oft aber ist sie zugleich die bleibende Verkörperung einer auf das Vermögensrecht bezüglichen Willenserklärung (insbesondere einer solchen, durch die es zur Entstehung gebracht oder in seinem Inhalte näher bestimmt oder verändert ist), z. B. ein von den Parteien unterzeichneter Kaufvertrag (Dispositivurkunde).

c) Sie kann ferner Formerfordernis des Rechtsgeschäfts sein, auf dem das Vermögensrecht beruht, so daß also dieses nicht ohne die Urkunde entstehen oder erworben werden kann (Bürgschaftsurkunde, Schuldversprechen, Schuldanerkenntnis).

d) Endlich kann das Vermögensrecht selbst dauernd an die Urkunde geknüpft sein, so daß (von Ausnahmen, insbesondere dem Falle der Kraftloserklärung abgesehen) auch das Fortbestehen und die Ausübung von der rechtlichen und tatsächlichen Verfügungsmacht über die Urkunde abhängt. Urkunden dieser letzten Art heißen Wertpapiere.

2. Das mit dem Wertpapier verknüpfte Recht kann sein ein Forderungsrecht (man denke z. B. an Banknoten, Wechsel), ein Pfandrecht (Hypotheken- und Grundschuldbriefe), ein Mitgliedsrecht und Gesellschaftsrecht (Aktien und Ruzze). Es gibt indes nur wenige Vorschriften, die für alle Wertpapiere gleichmäßig zutreffen. Ihre Behandlung ist also den einzelnen Rechtsmaterien, bei denen sie vorkommen, insbesondere dem Recht der Schuldverhältnisse, dem Sachenrecht, Handels- und Wechselrecht und Bergrecht zu überlassen.

II. Die Wertpapiere sind entweder Inhaberpapiere oder Namenpapiere.

1. In dem Inhaberpapiere ist ein bestimmter Berechtigter nicht genannt, das Recht vielmehr ausdrücklich oder stillschweigend dem Inhaber zugesagt. Berechtigter ist hier gleichwohl nicht jeder tatsächliche Inhaber, sondern der Eigentümer des Inhaberpapiers. Seine durch das Papier verbrieftete Berechtigung ist aber unabhängig von dem Rechte der früheren Inhaber, sie beruht unmittelbar auf der zugunsten des (berechtigten) Inhabers gemachten Zusage.

2. In den Namenpapieren ist ein bestimmter Berechtigter genannt. Es sind zwei Fälle zu unterscheiden:

a) Ist das Recht nur der bestimmten Person zugesagt, so nennen wir das Papier ein Rektapapier (auch wohl Namenpapier schlechthin). Hier erwirbt nur der Benannte das Recht unmittelbar vom Aussteller, und eine Übertragung auf andere kann, wenn sie überhaupt zulässig ist, nur durch die gewöhnlichen Übertragungsakte (insbesondere durch Abtretung) erfolgen, zu denen, da es sich um ein Wertpapier handelt, noch die Übergabe des Papiers hinzutreten muß.

b) Ist dagegen das Recht dem Benannten oder dem, den er bestimmen werde, zugesagt (ihm oder an seine Order) oder wird die Zusage nach Rechtsvorschrift so aufgefäßt, so heißt das Papier Orderpapier. Der erste Erwerber kann es einem anderen durch Indossament¹⁾ übertragen, und der Erwerber (Indossatar) erwirbt es dann unmittelbar kraft der auch zu seinen Gunsten erfolgten Zusage des Ausstellers. Das Recht des Indossatars ist also den gegen den Indossanten etwa begründeten Einreden nicht unterworfen.

§ 118. 2. Bestandteile. *)

I. Das BG unterscheidet „wesentliche“ und „nichtwesentliche“ Bestandteile, hat aber den Begriff des Bestandteils, von wenigen Einzelvorschriften abgesehen, nicht erläutert. Dieser ist also nach der Verkehrsanschauung und, soweit eine solche nicht zu ermitteln oder wenn sie in den in Betracht kommenden Kreisen verschieden ist, nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten zu bestimmen. Hiernach wird für den Bestandteilsbegriff zu fordern sein:

1. Ein wenn auch loser, ja möglicherweise nur auf der Schwerkraft beruhender¹⁾, körperlicher Zusammenhang²⁾, der die Bestandteile äußerlich als eine Sache erscheinen läßt.

2. Dieser körperliche Zusammenhang für sich allein reicht aber nicht aus. Die angestechte Brosche wird nicht Teil des Kleides, der angenähte Orden nicht Teil des Rockes, und ebensowenig sind das Bild und die Kiste, mit der es zum Zweck fester Verpackung durch Schrauben verbunden ist, eine Sache. Es ist also ferner erforderlich, daß das die Bestandteile umfassende Ganze nach der Verkehrsanschauung (die oft auch im Sprachgebrauch hervortritt) als eine Sache betrachtet wird³⁾. Fehlt eine bestimmte Verkehrsauffassung, so wird aus der Art und der beabsichtigten Dauer der Verbindung der Teile,

¹⁾ Von in dorso gebildet, weil es auf die Rückseite geschrieben zu werden pflegt. Gewöhnliche Form: „Für mich an die Order des Herrn“ usw.

²⁾ Bland zu §§ 93 ff.; Bönischab, BIRN 66 S. 185 ff.; Biermann, DogmZ 34 S. 169 ff.; M. Wolff, Der Bau auf fremdem Boden, 1900; Strohal, DogmZ 33 S. 37 ff.; Riedner, BIRN 72 S. 8 ff.; Lenel, DJurZ 1906 S. 43 ff., 1907 S. 507 ff.; Krüdmann, Wesentlicher Bestandteil und Eigentumsvorbehalt, 1906; Oberwinter, DogmZ 51 S. 254 ff.; Herbert Meyer in d. Breslauer Festgabe f. Dahn (1905); Lenel und Riedner in Verh. d. 29. Juristentags Bd. 3 S. 1 ff., S. 92 ff.; Enneccerus (Kieser) daselbst Bd. 5 S. 113 ff.; Heilborn, Rechtsgestaltende Kraft der Sachverbindung, 1909.

³⁾ Beispiele: Abnehmbare Maschinenteile; Lampengestell, Ölbehälter, Kuppel und Zylinder; Tisch und Schublade, vgl. auch RGE 62 S. 249 f. Ohne körperlichen Zusammenhang wird es sich oft um Zubehör oder um ein die verschiedenen Sachen zusammenschließendes Begriffsganzes, oft aber auch um ganz selbständige Sachen handeln.

²⁾ RGE 63 S. 173 f.; 69 S. 152; RG Warn 1919 Nr. 45.

³⁾ Daher ist das Fernleitungsnetz eines Elektrizitätswerkes, soweit es sich nicht auf dem Grundstück, auf dem die Elektrizität erzeugt wird, befindet, nicht Bestandteil dieses Grundstücks, RGE 83 S. 69 f., 87 S. 44 f.; RG Warn 1918 Nr. 155. Ebensowenig das Rohrnetz einer Gasanstalt Bestandteil des Gaswerkgrundstücks; RG Warn. 1915 Nr. 271.

aus ihrer Anpassung aneinander und aus ihrem wirtschaftlichen Zusammenhange geschlossen werden müssen⁴⁾).

3. Endlich gelten nach besonderer Vorschrift zwei Ausnahmen: Bodensflächen, die im Grundbuch als Bestandteile eines Grundstücks eingetragen sind, gelten als solche, auch wenn sie weder zusammenhängen noch eine wirtschaftliche Einheit bilden (oben § 114 I 4), und umgekehrt sind nur zu einem vorübergehenden Zwecke mit einem Grundstück verbundene Sachen, sowie Gebäude und andere Werke, welche in Ausübung eines dinglichen Rechts an einem fremden Grundstück mit diesem verbunden sind, nicht Grundstücksbestandteile (darüber unten II 3 a und b).

II. Als „wesentliche Bestandteile“ werden nicht diejenigen bezeichnet, welche für das Wesen oder den wirtschaftlichen Wert der Sache entscheidende Bedeutung haben⁵⁾, sondern diejenigen, welche „nicht Gegenstand besonderer Rechte sein können“, also für das Recht nur als Bestandteile, nicht als besondere Sachen in Betracht kommen, § 93. Besser wäre daher die Bezeichnung „sonderrechtsunfähige“ Bestandteile. Die Aufstellung dieses Begriffes beruht auf wirtschaftlicher Zweckmäßigkeit. Die Abtrennung wesentlicher Bestandteile würde wirtschaftliche Werte zerstören und soll deshalb nicht durch Zulassung von Sonderrechten begünstigt werden⁶⁾. Das ist bei der Auslegung der in manchen Beziehungen zweifelhaften Vorschriften des BG zu berücksichtigen.

1. Wesentliche Bestandteile sind erstens diejenigen „Bestandteile einer Sache, welche voneinander nicht getrennt werden können, ohne daß der eine oder der andere zerstört oder in seinem Wesen verändert wird“, § 93.

a) Was zunächst die Zerstörung betrifft, so genügt es nicht, daß die Trennung die bisherige Gesamtsache als solche aufhebt; vielmehr muß der eine oder der andere Bestandteil durch die Trennung zerstört werden⁷⁾. Der Zerstörung wird aber eine sehr erhebliche, also stark wertmindernde Beschädigung gleichgestellt werden müssen (bestr.).

b) Auch für die Frage der Wesensveränderung kommt es an sich nicht

⁴⁾ Es kann nicht lediglich auf die Verkehrsanschauung verwiesen werden, da eine solche häufig fehlen wird (vgl. auch unten Anm. 16), namentlich wegen verschiedener Ansichten der einzelnen Interessentengruppen (zustimmend Pland-Strecker § 93, 2 d β). Für solche Fälle scheinen mir die im Texte aufgestellten Gesichtspunkte maßgebend. Eine Entscheidung darüber, ob eine oder mehrere Sachen vorliegen, ist erforderlich.

⁵⁾ Das träfe bei vielen wesentlichen Bestandteilen nicht zu; Tapeten, Anstrich, Dachziegel usw.

⁶⁾ Mot. III S. 41, vgl. auch RGZ 58 S. 341.

⁷⁾ A. A. Dernburg III § 5 Anm. 15; Kohler S. 468. Wie oben der klare Wortlaut des Gesetzes und die herrschende Ansicht; vgl. auch RG Gruchot 48 S. 865 ff.; RGZ 62, 409.

auf das Ganze, sondern auf die Bestandteile an, d. h. darauf, ob der eine oder der andere Bestandteil eine (für wirtschaftliche Betrachtung) wesentliche Veränderung erleidet. Ist freilich der eine lediglich durch den anderen bestimmt und nach ihm eingerichtet, so daß er nach der Lostrennung seinen Zweck nicht mehr erfüllen kann, so bedeutet die Abtrennung eine Wesensänderung⁸⁾.

Nach dem unter a und b Gesagten ist nach § 93 (über § 94 unten 2b d) z. B. die mit einem Fabrikgebäude verbundene Maschine dann wesentlicher Bestandteil des Fabrikgebäudes (und somit des Grundstücks), wenn entweder ihre Wegnahme nicht möglich ist, ohne daß sie selbst oder das Gebäude zerstört oder sehr erheblich beschädigt wird, oder wenn sie derartig nach dem Gebäude konstruiert oder das Gebäude so für die Maschine gebaut ist, daß Maschine oder Haus durch die Trennung ihre bestimmungsmäßige Verwendbarkeit verlieren würden⁹⁾.

Goldreif und Stein sind selten wesentliche Bestandteile des Ringes, da die Trennung meist ohne Zerstörung oder Wesensänderung des Ringes oder Steines möglich sein wird. Ebenso ist bei Rahmen und Bild zu entscheiden, wenn nicht etwa der Rahmen nur gerade für dieses Bild brauchbar erscheint. Das Gesagte findet auch auf Bodenbestandteile Anwendung. Erde, Sand, Steine, Moor sind als sonderrechtsunfähige Bestandteile des Grund und Bodens zu betrachten, neu hinzugekommene, z. B. von einem Bergsturz herführende aber erst, wenn sie mit dem Boden verwachsen sind¹⁰⁾.

2. Nach § 94 sind aber zahlreiche Bestandteile der Grundstücke auch dann wesentliche, wenn das Erfordernis einer solchen Verbindung, wie sie § 93 verlangt, nicht vorliegt.

a) Das trifft zunächst zu für „die mit dem Grund und Boden fest verbundenen Sachen, insbesondere Gebäude“, welche, was regelmäßig der Fall sein wird, „in das Grundstück hineingebaut sind“, § 94 Abs. 1 S. 1.

Als „fest“ ist die Verbindung zu betrachten, wenn die Loslösung einen unverhältnismäßig erheblichen Aufwand von Mühe oder Kosten erfordert oder unverhältnismäßige Beschädigungen verursacht. Daher werden Mauern, tote Bäume, Kanäle, Leitungs- und Drainageröhren regelmäßig zu den wesentlichen Bestandteilen gehören, nicht aber Bohnenstangen und Rebpfähle oder nur angeschraubte Maschinen¹¹⁾.

⁸⁾ Vgl. auch RG 67, 30; 69, 152.

⁹⁾ Zu weit gehend hat früher das RG angenommen, durch die Einrichtung für einen bestimmten Betrieb werde stets das Fabrikgebäude in seinem Wesen bestimmt; es erleide also durch die Wiederfortnahme der Maschine eine Wesensveränderung (RG 50 S. 241 ff., andere Urteile bei Krüchmann a. a. O.). Das kann nicht als richtig anerkannt werden. Durch Wegnahme einer Schnellpresse — und wenn es die einzige wäre — hört das Drudereigebäude nicht auf, ein solches zu sein, die Schnellpresse muß nur durch eine andere ersetzt werden. Ob das möglich ist, ist keineswegs (wie z. B. RG 62 S. 406 ff. meint) unerheblich. Später hat denn auch das RG diesen Standpunkt verlassen und darauf Wert gelegt, ob „die Maschinen nicht Marktwaren, sondern individuell für das betreffende Gebäude hergestellt sind oder dieses um die Maschinen herumgebaut ist“ (RG 67, 34; ähnlich 69, 122 u. a. m.). Demgemäß hat es namentlich für Lokomobile, Motoren und andere nach Preislisten gehandelte Maschinen die Bestandteileeigenschaft abgelehnt, sofern sie nicht etwa wegen ganz besonders fester Verbindung lediglich als Gebäudeteile erscheinen. Zahlreiche Beispiele im RG-Komm zu § 93, 2 und in den Sammlungen, ferner RG Warn. 1918 Nr. 155; 1920 Nr. 31.

¹⁰⁾ Für die Anstimmungen gilt Landesrecht, Art. 65, 66.

¹¹⁾ RG JurW 08, 738; 09, 267. RG Warn 1918 Nr. 155 verneint die feste Verbindung für angeschraubte und einzementierte Maschinen.

b) Zu den wesentlichen Bestandteilen eines Gebäudes, also mittelbar des Grundstücks gehören ferner „die zur Herstellung des Gebäudes eingefügten Sachen“, § 94 Abs. 2.

a) Eine feste Verbindung wird hier nicht gefordert¹²⁾; vielmehr genügt das „Eingefügtsein“, und ein solches ist auch bei loser Verbindung anzunehmen, wenn die Sache in einen für sie hergerichteten Platz eingepaßt ist¹³⁾.

β) Das Eingefügtsein genügt aber nur, wenn die Sachen „zur Herstellung des Gebäudes“ dienen, § 94 Abs. 2. Demnach sind wesentliche Bestandteile, z. B. die eingefügten Steine, Balken und sonstiges Baumaterial, ferner Türen, Fenster, in Angeln hängende Fensterläden, nicht aber eine auf dem Treppenhofen mit Schrauben befestigte Statue.

γ) Zur „Herstellung des Gebäudes“ dienen nicht nur solche Sachen, welche zur Vollendung jedes Gebäudes (eines Gebäudes in abstracto) erforderlich sind; maßgebend ist vielmehr der Zweck und die Beschaffenheit gerade des in Betracht kommenden Gebäudes. Was gerade dieses durch Zweck, Beschaffenheit, Ort und Lage charakterisierte Gebäude zum Fertigsein erfordert, das dient zur Herstellung. Fehlen spezielle Anhaltspunkte, so wird die Entscheidung den in den betreffenden Orts- und Berufskreisen herrschenden Anschauungen zu entnehmen sein¹⁴⁾.

δ) Was aber nur dem in dem Gebäude beabsichtigten Betriebe, Geschäfte oder sonst verfolgten Zwecke dient, fällt nicht ohne weiteres unter § 94 Abs. 2¹⁵⁾; es dient vielmehr nur dann zugleich zur Herstellung des Gebäudes, wenn das Gebäude derartig gerade dieser Sache an-

¹²⁾ Vgl. RGE 60, 423; 62, 251. Auch wenn eine solche vorhanden ist, reicht sie für sich allein nicht aus; denn der § 94 Abs. 1 bezieht sich nur auf die unmittelbare Verbindung mit dem Grundstück, wie sich aus der besonderen Vorschrift des Abs. 2 ergeben dürfte (bestritten).

¹³⁾ RGE 63 S. 419 hebt mit Recht hervor, daß für die Anwendung des § 94 Abs. 2, abweichend von Abs. 1, auf die Art der Einfügung nichts ankomme. RGE 60 S. 422f. bezeichnet die Fensterläden, welche an der für sie bestimmten Stelle angebracht sind, als eingefügt. RGE 58 S. 290f. leugnet das Eingefügtsein einer Akkumulatorenbatterie, die auf Balken aufgestellt und durch angelötete Drähte mit dem Schaltbrette verbunden war, weil die Batterie nicht in eine für sie bestimmte Stelle so eingepaßt sei, daß eine feste Verbindung mit dem umschließenden Stücke hergestellt werde (hier ist das Wort „feste“ nicht für richtig zu halten und wird auch in RGE 60 S. 423 mißbilligt); vgl. ferner RG Warn. 1913, S. 105. Zu weit geht aber eine vielbesprochene Entscheidung des VII. Senats, die das Eingefügtsein bei einer auf einem Nachbargrundstück stehenden Lokomotive bejaht, obgleich diese mit der durch sie getriebenen Schotteranlage nur durch Treibriemen verbunden war (RGE 63 S. 307f.).

¹⁴⁾ Vgl. RGE 90 S. 201 (die elektrische Aufzugsanlage wesentlicher Bestandteil eines modernen Hotels); RGE 58 S. 338 (ebenso die elektrische Beleuchtungsanlage); RG Warn. 1917 Nr. 264 (nicht aber die Beleuchtungskörper); RG JurW 1901 S. 362 u. Beil. 102 (Badeeinrichtung wesentlicher Bestandteil eines modernen Wohnhauses). Auch die Stahlammereinrichtung eines Bankgebäudes ist wesentlicher Bestandteil.

¹⁵⁾ Vgl. RGE 69 S. 117ff.; RG JurW 1911 S. 317, 537, 574.

gepaßt oder für sie eingerichtet ist, daß es vor der Einfügung als noch nicht vollendet erscheint¹⁶⁾).

c) Sodann sind wesentliche Bestandteile des Grundstücks seine Erzeugnisse, solange sie mit dem Grundstück verbunden sind — dies abweichend vom preußischen, aber übereinstimmend mit dem gemeinen Recht, § 94 Abs. 1 S. 1¹⁷⁾).

d) Endlich Pflanzen und Samen und zwar nicht erst, wenn sie Wurzel geschlagen haben, sondern sogleich mit dem Einpflanzen oder Aussäen, § 94 Abs. 1 S. 2.

3. Alle bisher als wesentlich bezeichneten Teile eines Grundstücks gehören aber in zwei Fällen nicht zu den wesentlichen Bestandteilen, ja überhaupt nicht zu den Bestandteilen des Grundstücks, nämlich:

a) wenn sie nur zu einem vorübergehenden Zwecke (d. h. nicht endgültig, wengleich für längere Zeit) mit dem Grund und Boden verbunden oder dem Gebäude eingefügt sind, § 95 Abs. 1 S. 1 u. Abs. 2¹⁸⁾).

Eine vom Eigentümer für einen Einzug errichtete Schaubühne ist also kein wesentlicher Bestandteil, auch wenn sie fest in den Boden eingemauert ist; ebensowenig provisorisch etwa für die Zeit eines Neubaus oder einer Ausstellung errichtete Gebäude oder von einem Gärtner zum Verkauf angeschaffte, einstweilen eingepflanzte Obstbäume¹⁹⁾. Dagegen er-

¹⁶⁾ In früheren Entscheidungen hat das RG den unter d) besprochenen Unterschied nicht beachtet, vielmehr alle einem Fabrikgebäude eingefügten Maschinen, auch wenn sie leicht durch andere ersetzt werden konnten und wenn Fabrikgebäude und Maschine einander in keiner Weise angepaßt waren, als wesentliche Bestandteile behandelt, vgl. insbesondere RG 50 S. 243f.; 62 S. 406ff.; 63 S. 419ff. In einer neueren Entscheidung des V. Senats (RG 67 S. 30ff.), der sich einige weitere angeschlossen haben, wird die Bestandteileigenschaft (richtiger die Frage der Herstellung des Gebäudes) von der Verlehrsaussparung abhängig gemacht, d. h. davon, ob der Verlehr das Gebäude und die mit ihm verbundene Sache (Fabrikgebäude und Maschine) als eine Einheit betrachte. Allein mit Recht (vgl. Anm. 4) macht der VII. Senat in RG 69 S. 153 darauf aufmerksam, daß eine übereinstimmende Verlehrsanschauung der verschiedenen beteiligten Kreise oft (bei Maschinen wohl in den meisten Fällen) fehle. Eine allgemeinere Abgrenzung ist also nicht zu vermeiden, und die im Text gegebene scheint auch in einigen neueren Entscheidungen des RG angebahnt zu werden, RG 67 S. 35; RG JurB 1908 S. 517; 1909 S. 131, 159, 267f.; 1911 S. 532; RG Warn. 1913 S. 106; 1918 Nr. 165 S. 234.

¹⁷⁾ Über die Pfändung der noch nicht abgetrennten Erzeugnisse unten III 2 und § 358 Anm. 1.

¹⁸⁾ Der § 95 hat seine Hauptbedeutung in den Fällen der Verbindung nach § 94, kann aber auch in den Fällen des § 93 vorkommen, z. B. wenn der Mieter eines Hauses seinen Geldschrank so vermauern läßt, daß er nur unter umfangreicher Zerstörung (und Neuherstellung) von Wänden entfernt werden kann.

¹⁹⁾ Entscheidend ist, ob sich aus den Umständen ergibt, daß die Lösung der Verbindung von vornherein beabsichtigt war oder nach dem Zweck der Verbindung erwartet werden mußte, RG 47 S. 202; 62 S. 410; 63 S. 422; 66 S. 89; RG Warn. 1912 S. 50; RG 97 S. 102ff. (vom Fideikommissinhaber aus seinem Allodialvermögen auf Fideikommissgrundstücken errichtete Gebäude). Bedenklich RG 61 S. 188, wo der Zweck einer für einen Bergwerksbetrieb bestimmten Anlage deshalb für vorübergehend erklärt wird, weil der Bergbau bei Erschöpfung der Mineralien aufhört. Bei einer von einem Mieter vorgenommenen Verbindung wird regelmäßig anzunehmen sein (vgl. auch DRG 7 S. 347; SeuffA 60 S. 1), daß die Verbindung nur vorübergehend (für die Dauer der Mieta) gemacht ist, RG 109 S. 129. So auch RG 87 S. 50f. bezüglich der von einem Elektrizitätswerke mietweise über fremde Grundstücke geführten Kabel und der dort besetzten Leitungsmasten. War aber in dem Pachtvertrag die Übernahme der vom Pächter errichteten Bauten vereinbart, so wird es sich um eine dauernde Verbindung handeln.

scheint eine Verbindung nicht schon deshalb als vorübergehend, weil die verbundene Sache unter Eigentumsvorbehalt erworben war; denn hier war auf rechtzeitige Zahlung und dauernde Verbindung gerechnet.

b) Wenngleich alle übrigen Erfordernisse vorliegen, sind ferner nicht Teile des Grundstücks diejenigen Gebäude und anderen „Werke“, welche in Auübung eines dinglichen²⁰⁾ Rechts an einem fremden Grundstück mit diesem verbunden sind, z. B. eine vom Servitutberechtigten angelegte Brücke oder Wasserleitung, § 95 Abs. 1 S. 2. Diese Ausnahme bezieht sich übrigens nur auf „Gebäude“ und „Werke“, also nicht auf Pflanzen. Hat der Inhaber einer Hutungsgerechtigkeit einzelne Bäume zum Schatten für das Vieh gepflanzt, wozu er, wie wir annehmen wollen, nach dem Inhalte seines Rechts berechtigt war, so werden diese Bäume wesentliche Bestandteile des Grundstücks.

Da die unter a und b genannten Sachen (die sog. Scheinbestandteile) nicht Bestandteile des Grundstücks werden, so bleiben sie beweglich²¹⁾. Sie können daher nach den Grundsätzen über bewegliche Sachen veräußert werden, und die Regeln über den gutgläubigen Erwerb beweglicher Sachen finden Anwendung. Auch die Pfändung ist wie bei anderen beweglichen Sachen zulässig.

III. Wird eine Sache so mit einer anderen verbunden, daß sie zu einem wesentlichen Bestandteil des Ganzen wird, so können besondere (dingliche) Rechte an ihr nicht mehr bestehen. Ist die eine Sache ein Grundstück oder erscheint sie, obgleich beweglich, doch der anderen gegenüber als Hauptsache, so erstrecken sich die dinglichen Rechtsverhältnisse des Grundstücks oder der

²⁰⁾ Der Wortlaut spricht nur von „einem Rechte an dem fremden Grundstück“. Darunter kann aber nach dem Sprachgebrauch das BG nur ein dingliches Recht verstanden werden. Miete, Pacht usw. fallen unter Satz 1 des § 95. Abw. Dernburg u. a.; wie oben die vorherrschende Ansicht und Bayer. OLG, Recht 1903 S. 337f. Bei zeitlich beschränkten dinglichen Rechten trifft sowohl Satz 1 als Satz 2 zu (Nießbrauch, RGE 107 S. 51, 52).

²¹⁾ So auch die vorherrschende Meinung, ferner RGE 55, 284; 59, 21; RG JurW 1904, 336, 543; SeuffW 60, 1; RGE 97 S. 106. U. U. namentlich Herbert Meyer i. d. Breslauer Festschr. f. Felig Dahn (1905) S. 269ff., der die Scheinbestandteile (dem älteren deutschen Recht entsprechend) grundsätzlich als unbeweglich behandeln will, wenn sie ihrer Natur nach unbeweglich sind, d. h. wenn sie nicht unbeschadet ihres Wesens von der Stelle gebracht werden können. Allein das BG kennt überhaupt keine unbeweglichen Sachen, die nicht Grundstücke sind, und gibt darüber keine Regeln. Alle Grundsätze über Grundstücke, welche die Grundbucheinrichtung voraussetzen — und das ist die große Mehrzahl — können überhaupt nicht auf die Scheinbestandteile angewandt werden. Die Übertragung (die doch möglich sein muß) kann also gar nicht anders als nach den Vorschriften der §§ 929ff. erfolgen, und auch für die Erziehung, die Okkupation, die Eigentumsvermutungen usw. ist das Mobiliarerbrechtsrecht durchaus passend. Das „Rechtsgefühl“ (nicht mit dem Sprachgefühl zu verwechseln) sträubt sich also keineswegs gegen die Einordnung der Scheinbestandteile unter die beweglichen Sachen. Allerdings können aber einzelne Vorschriften über Grundstücke, z. B. §§ 859 Abs. 3, 867, 946, auf gewisse Scheinbestandteile, z. B. auf ein vom Nießbraucher des Grundstücks erbautes Haus, analog angewandt werden, weil der Grund jener Vorschriften hier zutrifft.

Hauptfache auch auf den neuen wesentlichen Bestandteil²²⁾; daher wird insbesondere ein Eigentumsvorbehalt an diesem unwirksam. Erscheint keine Sache als die Hauptfache, so entsteht Miteigentum nach Verhältnis der Werte (§§ 946 und 947).

1. Selbstverständlich kann hiernach ein wesentlicher Teil, solange die Verbindung dauert, nicht für sich allein veräußert oder belastet werden. Obligatorische Geschäfte dagegen sind natürlich möglich²³⁾. Man kann die stehenden Früchte verkaufen, ein Stodwerk des Hauses vermieten, ein Haus zum Abbruch verkaufen.

2. Die Pfändung der Früchte auf dem Halme bleibt gleichwohl auch nach dem neuen Recht zulässig, solange sie nicht im Wege der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen beschlagnahmt sind, ZPO § 810. Aber freilich kann ihr jeder Gläubiger, der ein Recht auf Befriedigung aus dem Grundstücke hat, nach ZPO § 771 widersprechen (sofern nicht der Anspruch, für den gepfändet ist, dem seinigen vorgeht); denn sein Recht bezieht sich auf die stehende Frucht als wesentlichen Teil des Grundstücks mit. Die Zulässigkeit des Widerspruchs ist auch durch ZPO § 810 ausgesprochen. Obgleich die Pfändung schon vorher zulässig ist, kann das Pfändungspfandrecht nicht vor der Trennung der Frucht entstehen, da die frühere Entstehung mit § 93 in Widerspruch stehen würde²⁴⁾.

3. Das beim Inkrafttreten des BG begründete Sondereigentum an Bäumen und anderen noch mit dem Grundstück verbundenen Erzeugnissen sowie das zu dieser Zeit begründete Stodwerkeigentum bleibt nach Maßgabe der Landesgesetze bestehen, Art. 181 Abs. 2, 182.

4. Abweichungen vom gemeinen Recht. Die Vergleichung mit dem gemeinen Recht bietet wegen dessen Unsicherheit auf diesem Gebiete mannigfache Zweifel. Auch wer mit dem Verfasser in den dargelegten Vorschriften des BG vielfach nur eine schärfere Fassung der gemeinrechtlichen Regeln erkennt, wird vier wesentliche Abweichungen annehmen müssen, die sich sämtlich als erhebliche Verbesserungen darstellen:

a) Pflanzen und Bäume (wohl auch Samen) werden gemeinrechtlich erst zu wesentlichen Bestandteilen des Grundstücks, wenn sie Wurzel geschlagen haben, nach dem BG schon mit dem Einpflanzen oder Ausäen.

b) An Baumaterialien kann nach gemeinem Recht nach der Verbauung ein besonderes Recht fortbestehen, das freilich ruht, solange die Verbindung dauert, nach der Trennung aber wieder auflebt. Nach dem BG ist jedes Sonderrecht am Baumaterial, wenn dies einmal wesentlicher Bestandteil geworden ist, dauernd verloren (§ 946).

c) Nach gemeinem Recht ist eine Superfizies auch an einem einzelnen Stodwerk eines Hauses möglich, nach dem BG nicht (BD üb. d. Erbbaurecht § 1 Abs. 3; siehe aber oben 3).

d) Nach dem BG ist ein rechtlich geschützter Besitz an einem wesentlichen Teile eines Grundstücks möglich, z. B. an einem gemieteten Stodwerk oder einer zu Platten gemieteten Wand, § 865, nach gemeinem Recht nicht.

IV. Nicht wesentliche Bestandteile sind alle Bestandteile (oben I), die nicht zu den wesentlichen (oben II) gehören. Also sind z. B. die einzelnen Bodenflächen, die zusammen ein Grundstück bilden, unwesentliche Bestandteile, ebenso die Teile einer anderen teilbaren Sache, ferner in der Regel Rahmen und Bild, Ring und Stein, Säbelforb und Klinge.

²²⁾ Bereicherungsanspruch nach § 951; ferner, wenn eine unerlaubte Handlung vorliegt ein Schadensersatzanspruch, der nach Maßgabe der §§ 249—251 auch auf Abtrennung und Rückübertragung gerichtet sein kann; unter Umständen auch Ansprüche wegen Verwendungen (§§ 994ff.) oder Wegnahmerecht (§§ 997, 547^a) nach Maßgabe des § 258. Außerdem können natürlich Ansprüche auf Grund eines besonderen Verhältnisses wie Auftrag oder Geschäftsführung ohne Auftrag begründet sein.

²³⁾ RG Warn. 1919 Nr. 155.

²⁴⁾ Zustimmend v. Tuhr § 9 III 7 und jetzt auch Stein zu § 810 ZPO I 1 (der früher anderer Meinung war); im wesentlichen ebenso auch Dertmann, Z. f. Zivilpr. 41 S. 1ff. A. A. Jaeger, RD § 49 Anm. 37.

Bezüglich der nicht wesentlichen Bestandteile gilt nur die selbstverständliche Regel, daß sich alle Rechtsgeschäfte über die Sache auch auf die nicht wesentlichen Bestandteile mitbeziehen, und zwar nicht etwa nur kraft des vermuteten Parteivillens, sondern eben infolge ihrer Bestandteileseigenschaft. Wer ein einoerahmtes Bild verkauft, der verkauft so gut das Bild wie den Rahmen, weil sich aus diesen beiden Bestandteilen die verkaufte Sache zusammensetzt. Natürlich kann aber, da gesonderte Rechte an nicht wesentlichen Bestandteilen möglich sind, etwas anderes festgesetzt werden, und zwar nicht nur bei obligatorischen, sondern auch bei dinglichen Geschäften²⁵). Man kann also beispielsweise das Eigentum des Bildes unter Vorbehalt des Eigentums am Rahmen übertragen.

V. Als Bestandteile des Grundstücks sollen ferner nach § 96 auch diejenigen Rechte gelten, d. h. im Rechtsverkehr behandelt werden, welche mit dem Eigentum des Grundstücks verbunden sind²⁶), z. B. Grunddienstbarkeiten, ferner Vorkaufsrechte und Reallasten, wenn sie zugunsten des jeweiligen Eigentümers des Grundstücks bestellt worden sind (§§ 1094 Abs. 2, 1105 Abs. 2), Gewerbe- und Apothekerberechtigungen, Patronatsrechte usw. Ob aber solche Rechte von dem Grundstück getrennt werden können, ist mit der Vorschrift, daß sie als Bestandteile gelten, nicht ausgesprochen; denn das Gesetz läßt unentschieden, ob sie als wesentliche oder nicht wesentliche gelten. Hierüber muß also die Natur des einzelnen Rechts entscheiden²⁷).

§ 119. 3. Zubehör.²⁸)

I. Zubehör (Pertinenz) ist eine bewegliche Sache, die, ohne Bestandteil der Hauptsache zu sein, dem wirtschaftlichen Zwecke der Hauptsache zu dienen bestimmt und bereits in die entsprechende räumliche Beziehung gebracht ist, es sei denn, daß diese Bestimmung nur eine vorübergehende ist oder daß die Sache nach der Verkehrssitte gleichwohl nicht als Zubehör betrachtet wird, § 97. Der Zubehörsbegriff erfordert demnach:

1. eine Sache¹), die als Hauptsache erscheint. Ein Handschuh ist nicht Zubehör des anderen (beide bilden vielmehr einen Sachinbegriff);

2. eine für sich bestehende bewegliche Nebensache. Das Zubehör ist nicht Bestandteil der Sache, weder wesentlicher noch unwesentlicher Bestandteil²). Zubehör kann nach dem BG nur eine bewegliche Sache

²⁵) A. A. Sohm S. 19, vgl. dagegen auch BGB § 6 (Dienstbarkeiten, Reallasten).

²⁶) Besteht also ein beim Grundstücksverkauf zugesichertes Recht, das mit dem Grundstück verbunden sein soll, nicht, so ist nicht Mängelhaftung begründet, sondern Eviktionshaftung, da das Recht als Bestandteil, nicht als Eigenschaft des Grundstücks gilt, RGE 93 S. 72 f.

²⁷) Bgl. z. B. RGE 74 S. 401 ff.; RG Recht 1911 Nr. 280.

²⁸) Funke, Die Lehre von den Pertinenzen, 1827; Göppert, Die organischen Erzeugnisse, 1869; Bachmann, Kauf II S. 368 ff.; Kohler, DogmZ 26 S. 1 ff.; Unger, Sirks Annalen 36 S. 475 ff.; Kostochy, DogmZ 74 S. 75 ff.

¹) Nur Sachen, nicht Rechte können Zubehörsstücke haben. Anders im alten Deutschen und Preuß. Recht, Wolff, Sachenrecht § 75 II.

²) Bgl. auch RGE 63 S. 173, 418; 69 S. 120, 152.

sein³⁾, gemeinrechtlich auch ein Grundstück, z. B. der Hofraum mit Stallung und Nebengebäuden, der Hausgarten usw. Diese Abweichung vom gemeinen Recht ist auf das Grundbuchrecht zurückzuführen. Nach dem Grundbuch kann ein Grundstück nur selbständig sein oder Bestandteil eines zusammengesetzten Grundstücks, ersteres, wenn es für sich allein eingetragen ist, letzteres, wenn es mit einem anderen zusammen als ein Grundstück eingetragen oder einem anderen zugeschrieben ist (§ 890). Für die Zubehörseigenschaft ist also kein Raum.

3. die Bestimmung des Zubehörs, dem wirtschaftlichen Zwecke der Hauptsache zu dienen.

a) Für einige besonders wichtige Fälle bestimmt das Gesetz (§ 98), selbst, daß ein solches Dienstverhältnis anzunehmen sei⁴⁾:

a) Ist ein Gebäude für einen gewerblichen Betrieb dauernd eingerichtet⁵⁾, (z. B. eine Fabrik, eine Mühle, eine Schmiede, ein Brauhaus, eine Druckerei, ein Gasthof, ein Theater, eine Brennerei, ein Gas- oder Elektrizitätswerk, eine Apotheke, ein Kaufhaus), so dienen die für den Betrieb bestimmten Maschinen und Gerätschaften den Zwecken dieses Gebäudes⁶⁾; sie sind also Zubehör, wenn sie nicht Bestandteile sind (oben 2) und auch die übrigen Voraussetzungen des Pertinenzbegriffes vorliegen⁷⁾, § 98 Nr. 1.

³⁾ Auch Gebäude können, wenn sie nach § 95 nicht Bestandteile eines Grundstücks, sondern bewegliche Sachen sind (oben § 118 II 3), Zubehör eines Grundstücks, selbst eines Nachbargrundstücks sein, RGZ 55 S. 282 ff.

⁴⁾ und zwar stark abweichend vom gemeinen Recht, dieses erklärt das Inventar eines Landgutes nicht für Pertinenz, und das gleiche wird für das Inventar eines gewerblichen Gebäudes anzunehmen sein.

⁵⁾ Es genügt, daß ein Teil des Grundstücks oder Gebäudes dauernd für den Gewerbebetrieb eingerichtet ist, z. B. ein Hintergebäude für die Druckerei, RGZurB 1916 S. 321; oder ein Teil des Grundstücks für das Fuhrwerksunternehmen, RGWam 1917 Nr. 171.

⁶⁾ Das Inventar eines Restaurationslokals ist Zubehör des in dem unteren Stock zur Restauration eingerichteten Hauses (RGZ 48 S. 207 ff.); ebenso das Inventar eines Hotels oder Restaurationsgrundstücks, jedoch nicht das der Wohnung des Wirtes (OLG 2 S. 499; 5 S. 78; 6 S. 213; SeuffA 56 S. 346; abw. OLG 2 S. 172). Gondeln auf dem zu einem Restaurationsgrundstück hinzugepachteten Teich, die zum Gebrauche der Besucher dienen, sind Zubehör des Restaurationsgrundstücks (RGZ 47 S. 197), der Hotelomnibus Zubehör des Hotels, RGZ 47 S. 200; Maschinen und Gerätschaften einer Druckerei Zubehör des Druckereigebäudes, RGZurB 1916 S. 321. Ferde sind Zubehör eines Fuhrwerksgrundstücks, RGWam 1917 Nr. 171; ebenso eines Brauereigrundstücks oder einer Holzjägererei, wenn sie zum Transporte des Bieres oder Holzes gehalten werden (RGZ 47 S. 262; 69 S. 87). Für das Klavier eines Restaurationsgrundstücks ist die Zubehörseigenschaft bestritten, dagegen verneint für nicht dem Restaurateur gehörige Musikautomaten, da sie gewöhnlich nur gemietet oder von dem Fabrikanten dort aufgestellt zu werden pflegen, WürttembergZ 14 S. 259 bzw. OLG 4 S. 204; ebenso verneint für Verkaufsaufgaben, SächsM 18 S. 242. Das Leitungsnetz eines Elektrizitätswerks und das Rohrnetz einer Gasanstalt werden meist Zubehör des Elektrizitätswerksgrundstücks oder des Gasanstaltsgrundstücks sein, soweit sie sich nicht auf diesem Grundstücke selbst befinden und durch feste Verbindung dessen wesentliche Bestandteile geworden sind, RGZ 83 S. 69 f.; 87 S. 51 f.; RGWam 1915 Nr. 271.

⁷⁾ Insbesondere sind die im Letzte unter 4, 5, 6 erwähnten Erfordernisse auch hier zu beachten.

β) Das gleiche gilt bezüglich eines Landguts⁹⁾ von dem zum Wirtschaftsbetriebe⁹⁾ bestimmten Vieh, den landwirtschaftlichen Erzeugnissen, soweit sie zur Fortführung der Wirtschaft bis zur nächsten Ernte erforderlich sind¹⁰⁾, sowie von dem vorhandenen, auf dem Gute gewonnenen¹¹⁾ Dünger, § 98 Nr. 2.

b) Die Hauptsache muß individuell bestimmt sein; daher ist das Weingäß in der Regel nicht Pertinenz des darin befindlichen Weines, weil es auch weiteren Füllungen dienen soll. Wohl aber kann die Sache mehreren individuell bestimmten Hauptsachen dienen, z. B. eine Dreschmaschine mehreren Landgütern, selbst verschiedener Eigentümer. Dann sind die Grundsätze über das Zubehör entsprechend anzuwenden. Der Verkauf des einen Landguts wird sich also im Zweifel auf den entsprechenden Anteil an der Dreschmaschine mitbeziehen und die Auflassung diesen Anteil mitergreifen¹²⁾.

c) Der „wirtschaftliche Zweck“ bedeutet hier nicht den Gegensatz eines idealen, sondern nur den Zweck, um dessen willen die Sache gehalten zu werden pflegt. Die Orgel kann also sehr wohl Zubehör der Kirche sein¹³⁾.

4. Die Sache muß schon in das entsprechende räumliche Verhältnis zur Sache gebracht sein.

Daß die Verwendung schon eingetreten sei, ist nicht erforderlich. Das für den Landwirtschaftsbetrieb angeschaffte Vieh wird z. B. Zubehör, sobald es auf das Landgut gebracht wird¹⁴⁾.

5. Das Pertinenzverhältnis ist ausgeschlossen, wenn die Benutzung für den Zweck der Hauptsache nur eine vorübergehende ist (Näheres oben § 118 Anm. 19). Andererseits hebt aber auch eine nur vorübergehende Trennung die Zubehörseigenschaft nicht auf, § 97 Abs. 2.

a) Die vorübergehende Natur des Dienens wird häufig (aber nicht immer) daraus zu entnehmen sein, daß die Sache einem anderen als dem Eigentümer der Hauptsache, z. B. dem Mieter, gehört (oben § 118 Anm. 19).

b) Vorübergehend ist das Dienstverhältnis auch dann, wenn die Sache für den Zweck der Hauptsache verbraucht werden soll ohne dieser dauernd zugute zu kommen; mithin sind die zur Verarbeitung oder für den Betrieb bestimmten Rohmaterialien und Kohlen, die auf dem Fabrikgrundstück lagern nicht Zubehör des Grundstücks¹⁵⁾.

⁹⁾ d. h. eines Grundstücks oder Grundstückskomplexes mit selbständigem Wirtschaftsbetriebe; die Größe ist gleichgültig.

¹⁰⁾ Nicht nur das zur Feldbestellung gehörige, denn auch Viehzucht gehört zum Landwirtschaftsbetriebe einschließlich der Schweinezucht (die die landwirtschaftlichen Abfälle verwertet) (Seuffl. 56 S. 257; DLGE 3 S. 235).

¹¹⁾ Auch wenn sich darunter Erzeugnisse zugepachteter Grundstücke befinden, RG JurB 1920 S. 552.

¹²⁾ Für Kunstdünger gilt also, wenn er nicht etwa auf dem Gute gewonnen ist, die Vorschrift des § 98 nicht; aber er wird meist schon nach § 97 Zubehör sein, wenn nicht etwa eine widersprechende Verkehrsauffassung bestehen sollte (Text 6).

¹³⁾ Für Annahme eines Pertinenzverhältnisses in diesem Falle auch Kohler S. 475; Dertmann, Riezler, RGKomm zu § 97; Wimpfheimer, Bürgl. 29 S. 84ff.; dagegen DLGE 10 S. 61. Die Größe der Anteile wird in diesem Falle in erster Linie zu bestimmen sein nach dem Maße, in welchem die Maschine für das eine oder das andere Grundstück benutzt wird. Über die verschiedenen Ansichten vgl. Kostosky, DogmZ 74 S. 75ff.

¹⁴⁾ So auch RG Bruchot 54 S. 883.

¹⁵⁾ RG 51 S. 272 erklärt einen zum Erfaß bestimmten, vorläufig auf dem Fabrikhof abgeladenen Maschinenkessel für Zubehör der Fabrik. Ebenso sind Zubehör die in der Fabrik in Vorrat gehaltenen Erfaßstücke und Materialreserven (RG 66 S. 357); die schon auf das Baugrundstück gebrachten Baumittelstücke, RG 84 S. 285; vgl. aber auch RG 89 S. 63.

¹⁶⁾ So auch die fast allgemeine Meinung der Schriftsteller und RG 86 S. 328f.

c) Anders dagegen ist — nach wirtschaftlicher, nicht bloß formaljuristischer Betrachtung — bei Ersatz- und Reparaturstücken, der sog. Materialreserve, den Baumaterialien für Neu- und Ersatzbauten zu entscheiden (immer die nötige räumliche Beziehung vorausgesetzt); denn, wenn diese Sachen auch durch die vorausgesetzte Verbindung mit dem Grundstück ihre rechtliche Selbständigkeit verlieren, so sollen sie ihm doch als unselbständige Teile weiter dienen, so daß man nicht sagen kann, sie seien nur vorübergehend für die Zwecke des Grundstücks bestimmt¹⁶⁾.

6. Wenn auch alle genannten Voraussetzungen der Zubehöreseigenschaft vorliegen, so ist die Sache doch nicht Zubehör, wenn sie gleichwohl im Verkehr nicht als Zubehör angesehen wird, § 97 Abs. 1 S. 2¹⁷⁾.

II. Wer die Zubehöreseigenschaft behauptet, braucht nur zu beweisen, daß die Sache den Zwecken der Hauptsache zu dienen bestimmt und bereits in das entsprechende räumliche Verhältnis gebracht sei. Behauptet dann der Gegner, diese Bestimmung sei nur eine vorübergehende oder die Sache werde im Verkehr nicht als Zubehör betrachtet, so hat er das zu beweisen¹⁸⁾.

III. Nach römischem Rechte hatte die Zubehöreseigenschaft wohl nur die Wirkung, daß Rechtsgeschäfte über die Sache sich, wenn nicht ein anderes vereinbart war, auf das Zubehör mit erstrecken¹⁹⁾. Die gemeinrechtliche Theorie und Praxis strebte aber in teilweisem Anschluß an neuere Gesetzgebungen darüber hinaus und suchte wenigstens in gewissen Beziehungen eine sachrechtliche Verbindung zwischen Hauptsache und Pertinenz zur Anerkennung zu bringen²⁰⁾.

IV. Das BG stellt eine Mehrheit von Folgen auf, die sich nicht auf ein streng einheitliches Prinzip zurückführen lassen:

1. Gewisse (nicht alle) Geschäfte über die Hauptsache beziehen sich im Zweifel auch auf das Zubehör, nämlich:

a) solche obligatorische Geschäfte, welche eine Verpflichtung zur Veräußerung oder Belastung der Sache erzeugen, also namentlich Verträge und Vermächtnisse dieses Inhalts (§ 314, vgl. auch §§ 493, 2164); nicht aber z. B. Miet- und Pachtverträge, da sie keine Verpflichtung zur Veräußerung oder Belastung hervorrufen;

b) die Veräußerung von Grundstücken (§ 926) oder gleichgestellten Rechten (oben

(Holzvorräte nicht Zubehör der Möbelfabrik). Anderer Ansicht freilich OLG 24 S. 250 und mindestens bezüglich der Kohlen RG 77 S. 38f. sowie Pand-Stroder § 97, 2b B.

¹⁶⁾ Für die Zubehöreseigenschaft eines Reservestücks, der Ersatzstücke und Materialreserven sowie der Baumaterialien die in Anm. 13 erwähnten Entscheidungen und OLG 8 S. 418; 13 S. 313; ferner Dernburg u. a. Entgegengesetzter Ansicht Pand, Dertmann, Riezler, RG Komm, ferner OLG 4 S. 21; 14 S. 12. Das röm. Recht schloß hier die Zubehöreseigenschaft aus, L. 17 §§ 20, 11, L. 18 § 1 D. de act. emti 19, 1. — Die Verschiedenheit der Ansichten, insbesondere auch die in voriger Anmerkung erwähnte RG beruht, wie es scheint, hauptsächlich darauf, daß die durchgreifende Verschiedenheit der im Texte unter b und c behandelten Fälle bisher verkannt ist.

¹⁷⁾ Hauptbeispiel: Eisenerne Ofen gelten an manchen Orten, z. B. in einem Teile der Rheinprovinz, nicht als Zubehör (und auch nicht als Bestandteil) des Hauses. In Hamburg gelten nach OLG 38 S. 30 Wirtschaftseinrichtungen nicht als Zubehör. In der Vorchrift des § 97 S. 2 liegt eine Verweisung auf örtliches Wohnheitsrecht, wie Schlossmann, DogmZ 41 S. 289ff., ausführt (dagegen Doch nahl, DZurZ 1902 S. 292). Es kann sich aber sehr wohl auch nur um eine Verkehrsmitte (oben § 38) handeln, nämlich wenn nur beim Abschluß von Rechtsgeschäften die Sache nicht als Zubehör betrachtet wird.

¹⁸⁾ Jedoch in Beziehung auf den letzten Punkt, wenn es sich um ein Wohnheitsrecht handelt (oben Anm. 17) nach den für den Beweis eines solchen geltenden Regeln (oben § 36, 11, vgl. aber auch § 38 am Ende).

¹⁹⁾ Viele nehmen freilich nur eine Auslegungsregel an; doch spricht L. 38 § 2 D. de act. emti vend. 19, 1 mehr für eine dispositive Vorschrift.

²⁰⁾ So namentlich Kohler a. a. D. und Regelsberger I § 102 III A und 2; in geringerem Grade Windscheid-Kipp I § 143. Ablehnend Dernburg B. I § 77.

§ 115 I 2), die Bestellung oder Aufhebung des Nießbrauchs (§§ 1031, 1062) oder einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit (§ 1093) und die Bestellung eines Vorkaufsrechts (§ 1096).

2. Wenn, sei es infolge der angeführten Auslegungsregel, sei es nach besonderer Absicht, die Wirkung eines Rechtsgeschäfts auf die Pertinenz sich mit erstrecken soll, so erstreckt sie sich unter Umständen auch dann darauf mit, wenn das Geschäft für das Zubehörstück als Einzelsache gar nicht anwendbar ist oder die für das Zubehör an sich nötige Geschäftsform nicht gewahrt ist. So überträgt die Auflassung des Grundstücks auch das Eigentum am Zubehör, ohne daß es einer Tradition des Zubehörs bedarf (§§ 926, B O üb. d. Erbbaurecht § 11); das gleiche gilt für die Bestellung von Nießbrauch und beschränkter Personalservituten an einem Grundstück (§§ 1031, 1093). Ist in solchen Fällen der Veräußerer nicht Eigentümer, so finden die Grundsätze über den gutgläubigen Erwerb von einem Nichteigentümer auf das Zubehör bann Anwendung, wenn der Erwerber den Besitz des Zubehörs erlangt hat (§ 926 Abs. 2, §§ 1031, 1093).

3. Besonders weitreichend ist endlich die Zubehörereigenschaft für Hypotheken und Grundschulden. Diese Rechte erstrecken sich ohne weiteres auch auf das Zubehör, es sei denn, daß dieses nicht in das Eigentum des Grundstückseigentümers gelangt sei (§ 1120). Doch müssen die näheren Vorschriften hierüber der Darstellung der dinglichen Rechte überlassen bleiben²¹⁾.

4. Früchte, Nutzungen und Lasten.

§ 120. Begriff der Früchte und Nutzungen*).

Das B O spricht abweichend von der gemeinrechtlichen Theorie nicht nur von Früchten der Sachen, sondern auch von Früchten der Rechte. Beide Begriffe sind in der folgenden Darstellung zu sondern. Es scheidet ferner dem gemeinen Rechte entsprechend die Früchte der Sachen in natürliche und bürgerliche (zivile, juristische) Früchte, jedoch ohne diese Ausdrücke zu gebrauchen. Endlich stellt es neben den Begriff der Früchte den diese mitumfassenden weiteren Begriff der Nutzungen. Zum Verständnis der Lehre ist es unerlässlich, vom gemeinen Recht auszugehen.

I. Der Fruchtbegriff des gemeinen Rechts ist streng einheitlich und beruht in erster Linie auf wirtschaftlichen Erwägungen. Früchte sind die wirtschaftlichen Erträge, die eine Sache ihrer Bestimmung gemäß und ohne Veränderung ihres Wesens abwirft, sei es unmittelbar (natürliche Früchte), sei es infolge eines auf die Erzielung dieser Erträgnisse gerichteten Rechtsverhältnisses (zivile, bürgerliche, juristische Früchte)¹⁾.

²¹⁾ Vgl. §§ 1121 f., 1135, 1265. Auch für das Pfandrecht an Schiffen (§ 1265, BinnenschiffahrtG § 103), die Fahrtsgemeinschaft (§ 1551), die Zwangsvollstreckung (B O § 865, Zw O § 55 u. a. m.) kommt die Zubehörereigenschaft in Betracht.

*) Wächter, Erörterungen I S. 55 ff.; Göppert, Organische Erzeugnisse, 1869; dazu Ed. B. f. Gejeßn. und Rechtspfl. in Preußen V S. 755 ff., VI S. 373 ff., u. Hartmann, Krit B G XI S. 503 ff.; v. Petrazhski, Einkommen 1893 und 1895; Reichel, Dogm Z 42 S. 205; Sohm, Der Gegenstand S. 77 ff.; Affolter, Fruchtrecht 1911; Crome, Festschr. f. Bergbohm 1919 S. 98.

¹⁾ Diese Begriffsbestimmung ist aber, zumal was die natürlichen Früchte betrifft, nicht unbestritten. Eine ältere Theorie (vgl. namentlich Göppert) bezeichnet die Früchte als organische Erzeugnisse; vgl. dagegen das im Text unter b Gesagte. Petrazhski,

Was über die Grenze des wirtschaftlichen Ertrages hinaus, also unter unwirtschaftlicher Beeinträchtigung der Muttersache gewonnen wird oder was der wirtschaftlichen Bestimmung der Muttersache nicht entspricht, ist nicht Frucht. Im einzelnen stellen sich also als Früchte dar:

a) die organischen Erzeugnisse der Sache, wenn die angegebenen Erfordernisse vorliegen, z. B. Getreide, Obst, Tierjunge, Wolle, Haare, Milch, Dünger, der ordnungsmäßige Holzschlag; aber nicht der unwirtschaftliche Holzschlag und der außergewöhnliche, den Stand der Forst beeinträchtigende Windbruch²⁾, auch nicht das Holz noch tragfähiger Obstbäume oder die Jagdbeute von nicht zur Jagd dienenden Grundstücken³⁾; nach römischem Recht auch nicht das Sklavenkind, da man sich scheute, die Kinderzuchtung als wirtschaftliche Bestimmung eines Menschen zu bezeichnen⁴⁾.

b) Die nicht in organischen Erzeugnissen bestehende wirtschaftliche Ausbeute, z. B. von Sand-, Lehm- und Kergelgruben, Bergwerken, Steinbrüchen und Torfmooren⁵⁾, aber nicht die durch Raubbau unwirtschaftlich gewonnene; auch nicht der im Ader gefundene Findlingsblock (geschweige denn der Schatz), da er nicht der wirtschaftlichen Bestimmung des Grundstücks gemäß gewonnen wird.

c) Als Zivilerträge erscheinen namentlich die durch Vermietung oder Verpachtung erzielten Erträge, ferner, obgleich das bestritten ist, Zinsen von Kapitalforderungen⁶⁾.

II. Das BG hat die Einheitlichkeit und die wirtschaftliche Grund-

ihm folgend auch Dienburg (P. I § 78 u. RR III § 8) und, andere sehen in der Frucht einen Teil des Einkommens, das Einkommen, das in „wiederkehrenden“ oder „regelmäßigen“ Erträgen von Sachen besteht. Allein der Fruchtbegriff ist ganz unabhängig davon, ob der Eigentümer die Frucht gewonnen, oder ob er sie gekauft oder geerbt hat, ob sie für ihn Einkommen oder Kapital ist; das Wesen der Frucht beruht nicht in ihrem Verhältnis zum Eigentümer (so wichtig dieses auch für gewisse Folgen, z. B. die Restitutionspflicht sein kann), sondern lediglich in ihrem Verhältnis zur Muttersache (vgl. auch Reichel S. 248 und Affolter S. 2ff.). Das im Text aufgestellte Erfordernis der Bestimmungsmäßigkeit des Ertrages wird besonders bewiesen durch die Stellen im Ann. 3 u. 4. Man hat allen Ernstes eingewandt, daß dann Unkraut keine Frucht sein würde und daß dies der L. 59 § 1 D. de usufr. 7, 1 „Quidquid in fundo nascitur, vel (der Jurist verbessert sich) quidquid inde percipitur“ widersprechen würde (Petrazzini und Reichel). Allein sollte Paulus bei diesen Worten auch an das Unkrautsammeln gedacht und es als das Normale betrachtet haben?? Statt Bestimmungsmäßigkeit des Ertrages fordern andere „Regelmäßigkeit“ oder „Wiederkehr“, was so ziemlich auf dasselbe hinausläuft.

²⁾ L. 7 § 12 D. sol. matr. 24, 3; L. 10—12 pr. D. usufr. 7, 1; L. 32 D. de jur. dot. 23, 3.

³⁾ L. 26 D. de usuris 22, 1; L. 9 § 5 D. de usufr. 7, 1.

⁴⁾ Partus ancillae in fructu non est, L. 28 D. de usuris 22, 1; L. 27 pr. D. de her. pet. 5, 3.

⁵⁾ L. 7 §§ 13, 14, L. 8 D. sol. matr. 24, 3; L. 9 §§ 2, 3 D. de usufr. 7, 1. Die Möglichkeit endlicher Erschöpfung steht nicht entgegen, da nach der Auffassung des Verkehrs diese Ausbeute gleichwohl als Ertrag, nicht als Kapitalaufzehrung erscheint.

⁶⁾ Zinsen sind eine Frucht, die „non natura pervenit, sed iure percipitur“ (L. 62 pr. D. de R. V. 6, 1), ein Analogon der eigentlichen (natürlichen) Frucht, das im ganzen unter den gleichen Regeln steht: „Usurae fructuum vicem optinent et merito non debent a fructibus separari“ (L. 34 D. de usuris et fructibus 22, 1), womit nicht in Widerspruch steht, daß sie in einzelnen Beziehungen aus besonderen Gründen eine abweichende Behandlung erfahren (L. 39 § 1 D. de leg. I; L. 20 § 14 D. de her. pet. 5, 3). Freilich handelt es sich hier nicht um Erträge von Sachen (bestimmte Geldstücke, die als Muttersache anzusehen wären, sind oft ganz unerfindlich), sondern um einen Ertrag der Kapitalforderung. Latent sind also schon im römischen und gemeinen Recht Früchte von Rechten vorhanden, und die Aufstellung dieses Begriffes im BG war keineswegs unnötige Neuerung, vielmehr in Interesse begrifflicher Klarheit geboten. Der Ertrag der Kapitalforderung besteht übrigens strenggenommen nicht in den als Zins gezahlten Geldstücken, sondern in den neu entstandenen Zinsansprüchen. Der Empfang der Zinszahlung ist nur Eintlassierung einer Forderung. Das bemerkt schon Pomponius in L. 121 D. de V. S. 50, 16: „Usura pecuniae, quam percipimus, in fructu non est, quia non ex ipso corpore, sed ex alia causa est, id est nova obligatione“. Daß die Zinsforderung vice fructuum der Kapitalforderung sei, wird dadurch nicht geleugnet.

auffassung des gemeinrechtlichen Fruchtbegriffs praktischen Rücksichten (darüber unten) aufgeopfert; es spaltet den Begriff der Früchte, indem es die Ertragsnatur nur für die zivilen, nicht für die natürlichen fordert, ja bei einem Teil der natürlichen Früchte, nämlich den Erzeugnissen der Sache, nicht einmal verlangt, daß sie der Bestimmung der Muttersache entsprechen.

1. Früchte einer Sache sind „die Erzeugnisse der Sache“, ferner „die sonstige Ausbeute, welche aus der Sache ihrer Bestimmung gemäß gewonnen wird“, endlich „die Erträge, die die Sache vermöge eines“ (auf die Erzielung dieser Erträge gerichteten) „Rechtsverhältnisses gewährt“, § 99 Abs. 1 u. 3.

a) Die Erzeugnisse der Sache⁷⁾ sind schlechthin Frucht, selbst das Holz noch tragfähiger Obstbäume oder des rücksichtslos niedergeschlagenen oder durch Windbruch niedergelegten Waldes und die auf den Ackerfeldern wachsenden Champignons. Wenn es auch nicht ausdrücklich gesagt ist, können aber doch nur solche Erzeugnisse gemeint sein, welche die Sache ohne Einbuße ihrer eigenen Existenz gewährt. Das Fleisch des Mastochsen ist nicht Frucht des Mastochsen, obgleich das in allzuwörtlicher Auslegung des § 99 gehauptet worden ist, ebensowenig wie ein Schmetterling Frucht seiner Raupe ist oder das Hühnchen Frucht des Eies.

b) Die nicht in organischen Erzeugnissen bestehende Ausbeute ist nur Frucht, wenn sie der Bestimmung der Sache gemäß⁸⁾ gewonnen wird. Findlingsblock und Schatz sind also nicht Frucht, wohl aber die im Bergwerk oder Steinbruch gewonnenen Erze und Steine, Sand, Lehm, Mergel der betreffenden Gruben, Torf, Mineralwasser, Eis des Teiches usw. Auf den wirtschaftlichen Ertrag ist der Begriff auch hier nicht beschränkt. Auch die durch Raubbau gewonnenen Mineralien sind Früchte, werden also z. B. dem Nießbraucher (und zwar schon bei der Trennung, § 954) erworben.

c) Die vermöge eines Rechtsverhältnisses von der Sache gewährten Vorteile sind wie nach gemeinem Recht nur Früchte, wenn sie unter den Begriff des Ertrages der Sache fallen (Pacht- und Mietgelder, aber nicht das Bezugsrecht auf neue Aktien).

2. Diese der wirtschaftlichen Auffassung nicht entsprechende erhebliche Erweiterung des Begriffs der natürlichen Früchte wird aber durch besondere, namentlich obligatorische Vorschriften wieder ausgeglichen.

Der Nießbraucher wird zwar (im Zeitpunkt der Trennung) Eigentümer aller Früchte, muß aber dem Eigentümer nach Endigung des Nießbrauchs den Wert der nicht nach den Regeln ordnungsmäßiger Wirtschaft oder im Übermaße gewonnenen Früchte ersetzen (§ 1039). Ähnliche Verpflichtungen treffen den gutgläubigen Besitzer im Verhältnis zum Eigentümer (§ 993) und den Vorerben gegenüber dem Nacherben (§ 2133). Der Pächter aber kann „den Genuß der Früchte“ überhaupt nur „soweit sie nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft als Ertrag anzusehen sind“ verlangen (§ 581).

III. „Früchte eines Rechts sind die Erträge, welche das Recht seiner Bestimmung gemäß gewährt“, sei es unmittelbar,

⁷⁾ Dernburg, RR III § 8 II, hält es für naturwissenschaftlich inkorrekt, Getreide, Obst, Holz usw. als Erzeugnisse des Grundstücks zu betrachten. Die Pflanze erzwache aus dem Samen, während der Boden und neben ihm Regen, Luft und Sonne nur Bedingungen des Wachstums gewähren. Allein für das Recht kommt nur die Auffassung des Wirtschaft- und Verkehrslebens in Betracht, und dieser erscheinen Getreide, Obst usw. als „Bodenerzeugnisse“.

⁸⁾ Es genügt, daß die Sache jetzt, gleichviel ob von dem Eigentümer oder einem anderen Besitzer, tatsächlich zur Gewährung dieser Ausbeute bestimmt ist.

sei es „vermöge eines (auf die Erzielung dieses Ertrages gerichteten) Rechtsverhältnisses“, § 99 Abs. 2 u. 3. Alles, was natürliche oder zivile Frucht einer Sache ist, kann also zugleich Frucht eines an der Sache bestehenden Rechts sein. Beispielsweise sind die Früchte eines Landguts zugleich Früchte des an dem Landgute bestehenden Nießbrauchs. Nur ist hier stets Voraussetzung, daß das Recht auf Gewinnung solcher Erträge gerichtet ist. Daß auf dem der Bergwerksberechtigung unterliegenden Grundstück wachsende Holz oder Getreide ist also nicht Frucht der Bergwerksberechtigung.

Nimmt man es genau, so kann man übrigens nicht die Fruchtsache, sondern nur das Eigentum an der Fruchtsache als Frucht des Rechts bezeichnen. Der Nießbrauch am Grundstück gewährt nicht das Getreide oder Obst, sondern nur das Eigentum an dem vom Grundstück gewährten Getreide oder Obst⁹⁾. Genau genommen sind also die Früchte von Rechten wieder Rechte, und das tritt augenfällig hervor bei verzinslichen Forderungen. Die Zinsforderung ist Frucht der Kapitalforderung, vgl. oben Anm. 6¹⁰⁾.

Man hat die Gestaltung des Fruchtbegriffes im BG mit reichlichem Tadel bedacht¹¹⁾. In der Tat empfiehlt sich der gemeinrechtliche Begriff durch größere Einheitlichkeit und unmittelbare Anpassung an die wirtschaftlichen Verhältnisse. Allein die im BG getroffene Regelung bietet dafür den Vorzug leichter Anwendung; denn sie macht die Frage des Eigentümerserwerbes an den Früchten in den meisten Fällen von der oft schwierigen tatsächlichen Frage, wie weit der wirtschaftliche Ertrag gehe, unabhängig und verweist diese Frage in die Regelung der zwischen den betreffenden Personen bestehenden oder entstehenden obligatorischen Verhältnisse.

IV. „Nutzungen“ nennt das BG § 100 „die Früchte einer Sache oder eines Rechts und die Vorteile, welche der Gebrauch¹²⁾ der Sache oder des Rechts gewährt“, z. B. die Vorteile der Wohnung, der Benutzung eines Platzes oder Gebäudes für gewerbliche Zwecke, der Benutzung von Kleidern.

V. Der Fruchtbegriff ist in mannigfachen Beziehungen von Bedeutung.

1. Insbesondere erwerben gewisse in bezug auf die Sache dinglich oder obligatorisch berechnete Personen, zumal der Nießbraucher, der gutgläubige Besitzer, der Pächter und beim Rußpfand der Pfandgläubiger das Eigentum an der abgetrennten Frucht, aber nicht an anderen abgetrennten Teilen der Sache, vgl. z. B. §§ 954 ff., 1030, 1039, 1090, 1213.

⁹⁾ Dies gilt auch, wenn der Eigentümer die Früchte erwirbt (der Ader gewährt das Getreide, das Eigentum am Ader gewährt das Eigentum am Getreide); nur wird es, weil statt des Eigentums meist die Sache genannt wird, leicht übersehen. Alfollter, der diesen Gedanken aufnimmt, will sogar alle auch die natürlichen Früchte als Rechte und zwar als „bestimmungsmäßig aus dem Stammrecht hervorgehende Ansprüche“ auffassen. Dem kann nicht zugestimmt werden (§ 99 Abs. 1).

¹⁰⁾ Auch die einzelne Rentforderung wird als Frucht des zum Unterhalt bestimmten Rentrechts zu betrachten sein, selbst wenn die Rente auf eine bestimmte Zeit beschränkt ist (RG 67, 210; 68, 343). Anders natürlich, wenn es sich um Kapitalzahlung in Raten handelt. Dividenden sind zweifellos Früchte; nicht aber die auf alte Aktien entfallenden Bezugsrechte auf neue Aktien; denn sie bilden keinen bestimmungsmäßigen Ertrag, DKG 24 S. 139; BayDKG 18 S. 236.

¹¹⁾ Kamentlich Dernburg a. a. D.

¹²⁾ Den Gegensatz zu „Gebrauch“ bildet hier der Verbrauch. Auch der Verbrauch verbrauchbarer Sachen fällt also nicht unter den Begriff der Nutzung, obgleich diese Sachen im BG definiert werden als Sachen, deren bestimmungsmäßiger Gebrauch im Verbrauch oder in der Veräußerung besteht (§ 92).

2. Die Früchte oder die Nutzungen (Früchte und Gebrauchsvorteile) sind ferner häufig Gegenstand einer gesetzlichen oder vertragmäßigen Herausgabepflicht¹³⁾. Über diese gelten die folgenden Regeln:

a) „Wer zur Herausgabe von Früchten verpflichtet ist, kann Ersatz der auf die Gewinnung der Früchte verwendeten Kosten (selbstverständlich mit Einschluß des Wertes der eigenen Arbeit)¹⁴⁾ insoweit verlangen, als sie einer ordnungsmäßigen Wirtschaft entsprechen und den Wert der Früchte nicht übersteigen“, § 102. Aus dem Ausdrucke, er könne Ersatz der Gewinnungskosten „verlangen“, wird zu folgern sein, daß ihm nicht nur ein Retentionsrecht (§§ 263 ff.), sondern auch ein klagbarer Anspruch zusteht¹⁵⁾. Die Vorschrift ist übrigens nur dispositiv und wird bisweilen sogar als stillschweigend ausgeschlossen zu betrachten sein. Hat sich z. B. jemand durch Rechtsgeschäft verpflichtet, die Früchte der nächsten Ernte eines Grundstücks zu leisten, so wird die Absicht der Parteien meist nicht dahin gehen, daß sie mit Abzug der Bestellungskosten geleistet werden sollen.

b) Früchte können unter Umständen in natura herausgegeben werden, Gebrauchsvorteile, die man einmal gehabt hat, naturgemäß nie. Schreibt also das Gesetz Herausgabe der Nutzungen vor, so bedeutet das bezüglich der Gebrauchsvorteile immer nur die Pflicht zum Wertersatz.

§ 121. Frucht- und Lastenverteilung*).

I. Gehört nach Gesetz oder rechtsgeschäftlicher Bestimmung die Fruchtziehung bis zu einem gewissen Zeitpunkte der einen, nachher einer anderen Person, z. B. bis zu seinem Tode dem Nießbraucher, dann dem Eigentümer, oder bis zu dem für die Auflassung und Übergabe vereinbarten Termin dem Verkäufer, dann dem Käufer, oder bis zur Endigung der Pacht dem Pächter, dann dem Verpächter, so sind zwei sehr verschiedene Fragen zu beantworten:

1. Wer wird Eigentümer der natürlichen Früchte der laufenden Periode, und wem stehen die Ansprüche auf die Zivilerträge, z. B. der Anspruch auf die Zinsen beim Forderungsnießbrauch zu? Diese Frage entscheidet sich für die natürlichen Früchte nach sachenrechtlichen Grundsätzen (vgl. besonders §§ 953 ff.) und für die Ansprüche auf die Zivilerträge nach den Regeln des Obligationenrechts, insbesondere nach den Regeln über das betreffende Schuldverhältnis¹⁾.

¹³⁾ Beispiele von Ansprüchen auf die Nutzungen in §§ 292, 302, 346 f., 446, 487, 745, 818, 987 ff., 1656, 2020, 2023. Auf die Früchte beschränkt sich der Anspruch aus § 2184.

¹⁴⁾ So auch Bland, Dertmann; a. U. Kiepler.

¹⁵⁾ So auch Dertmann und RGKomm zu § 102; a. U. Bland.

* v. Petrazhki, Fruchtverteilung beim Wechsel des Nutzungsberechtigten, 1892.

1) Daneben können auch sachenrechtliche Grundsätze in Betracht kommen, z. B. wenn

2. Wie gestaltet sich die endgültige Auseinandersetzung über die Früchte zwischen den beteiligten Personen? Was hat also der eine von den ihm zugefallenen Früchten dem anderen herauszugeben oder zu ersetzen? Nur diese Frage beantwortet der § 101²⁾, dessen Vorschriften aber selbstverständlich dispositiver Natur sind und auch tatsächlich häufig durch besondere Vereinbarungen (z. B. bei Grundstücksverkäufen) außer Anwendung gesetzt werden. Das Gesetz unterscheidet zwischen natürlichen und Zivilfrüchten:

a) Für natürliche Früchte soll stets der Zeitpunkt entscheidend sein, in dem sie von der Mutter Sache getrennt werden³⁾, § 101 Nr. 1, § 993 Abs. 2.

Das Gesetz stellt sich damit in der Hauptsache auf den Boden des gemeinen Rechts; denn wenn dieses auch grundsätzlich nicht die Trennung, sondern den „Erwerb“ als entscheidend betrachtet⁴⁾, so fiel doch der Erwerb in den meisten Fällen bald nach Rechtsvorschrift, bald wenigstens tatsächlich mit der Trennung zusammen, so daß der prinzipielle Unterschied wenig ins Gewicht fällt⁵⁾.

b) Zivilfrüchte dagegen werden, wenn sie, wie fast immer, in regelmäßig wiederkehrenden Leistungen, z. B. in Miet- und Pachtgeldern, in Zinsen, Renten oder Gewinnanteilen bestehen, nach Verhältnis der Dauer der Berechtigung, sonst nach dem Zeitpunkt der Fälligkeit geteilt, § 101 Nr. 2.

Geht z. B. ein (ehemals) herrschaftliches Gut, dessen jeweiligem Eigentümer gegen den jeweiligen Eigentümer eines Bauernhofes eine Reallast auf jährliche Leistungen zusteht, durch Kauf in andere Hand über, so wird die auf das fragliche Jahr fallende Leistung bei der Auseinandersetzung zwischen dem Verkäufer und Käufer nach Verhältnis der Zeit verrechnet. Ist dagegen die Leistung beim Tode des jeweiligen Eigentümers des Bauernhofes zu machen, so gebührt sie dem Verkäufer des herrschaftlichen Gutes, wenn sie vor dem verabredeten Auflassungstermin fällig wurde, sonst dem Käufer; und daran würde selbstverständlich auch eine etwa gewährte Stundung nichts ändern.

c) Über den Abzug oder das Rückbehaltungsrecht wegen der Gewinnungskosten gilt das oben § 120 V 2 a Gesagte.

es sich um den Nießbrauch an einer Forderung handelt. Der § 101 Nr. 2 ist aber auf diese Fragen auch hier nicht anzuwenden, bezieht sich vielmehr auch hier lediglich auf die Frage der endgültigen Auseinandersetzung der Beteiligten.

²⁾ So auch RGE 80 S. 316.

³⁾ Dieser Grundsatz ist aber gemildert einerseits durch § 102 (oben § 120 V 2), andererseits dadurch, daß, wenn eine Pflicht zur Herausgabe eines landwirtschaftlichen Grundstücks besteht, häufig Ersatz für die auf die noch nicht getrennten Früchte verwandten ordnungsmäßigen Bestelungskosten verlangt werden kann (§§ 592, 898, 1055, 1421).

⁴⁾ Bezüglich der Berechnung der Totalfrüchte galt freilich eine wichtige Ausnahme. Hier trat eine verhältnismäßige Berechnung nach der Dauer der Ehe im letzten Jahre ein.

⁵⁾ Wohl aber kann die Frage aufgeworfen werden, ob nicht die Vorschrift des preussischen Landrechts vorzuziehen gewesen wäre, nach welchem die Früchte zwischen dem Eigentümer und dem Nießbraucher oder dem Eigentümer und dem redlichen Besitzer nach Verhältnis der Zeit geteilt werden, während welcher der eine oder der andere innerhalb des betreffenden Wirtschaftsjahres nungsberechtigt war. War beispielsweise ein Nießbraucher an einem Weinberge am 1. November unmittelbar nach beendeter Weinlese entstanden und stirbt der Nießbraucher am 1. Oktober des nächsten Jahres unmittelbar vor Beginn der Weinlese, so macht es einen seltsamen Eindruck, daß sein Erbe nur die ordnungsmäßigen Bestelungskosten (soweit sie nicht den Wert der Ernte übersteigen) zurückbehält (§§ 1055 u. 592), von der Weinernte aber nichts beanspruchen kann.

II. Fallen regelmäßig wiederkehrende Lasten, z. B. Abgaben, Versicherungsprämien, Pfandzinsen, bis zu einem gewissen Zeitpunkt dem einen, nachher einem anderen anheim, z. B. bis zu dem auf den 1. Juli bestimmten Auflassungstermin dem Verkäufer, von da an dem Käufer, so werden sie im Zweifel nach dem Verhältnis der Zeitdauer geteilt. Nicht regelmäßig wiederkehrende Lasten dagegen, z. B. Straßenanliegerbeiträge, Einquartierungslasten, Patronats- und sonstige Baulasten^{*)}, hat jeder insoweit zu tragen, als sie während der Dauer seiner Verpflichtung zu entrichten sind, § 103. Übrigens regeln auch diese Vorschriften nur die Auseinandersetzung zwischen den Verpflichteten untereinander (vgl. oben I 2).

5. Rechts- und Verkehrsunfähige Sachen.^{*)}

§ 122. Allgemeines.

I. Begriff.

1. Das römische Recht, von dem des Verständnisses halber auszugehen ist, unterscheidet *res in commercio* und *res extra commercium* und bezeichnet als verkehrsunfähige oder dem Verkehr entzogene Sachen:

a) Die allen gemeinsamen Sachen (*res communes omnium*), nämlich Luft, fließendes Wasser, Meer und Meeresgestade.

b) Die sog. *res divini juris*, nämlich:

die *res sacrae*, d. h. die durch die Priester den Göttern geweihten, zu christlicher Zeit nur die zum Gottesdienste bestimmten Sachen, und

die *res religiosae*, d. h. die Orte, an denen ein menschlicher Leichnam von einer zur Verfügung über den Boden berechtigten Person, also in der Regel von dem Grundeigentümer, beerdigt ist;

c) die *res publicae*, d. h. die dem Gemeingebrauch gewidmeten Sachen, insbesondere die öffentlichen Flüsse, die öffentlichen Wege, Plätze usw.

2. Allein die Unfähigkeit dieser Sachen, Gegenstand des Verkehrs zu sein, ist nur eine Folge davon, daß Privatrechte an ihnen nicht oder nur mit beschränktem Inhalt bestehen können¹⁾, und sie reicht deshalb auch nicht weiter als die Rechtsunfähigkeit. Wir sprechen daher besser von rechtsunfähigen bzw. beschränkt rechtsfähigen Sachen, d. h. Sachen, an denen

^{*)} Vgl. RGE 70 S. 265.

¹⁾ Fhering, Geist des röm. R. III § 60; Wappäus, Zur Lehre von den dem Rechtsverkehr entzogenen Sachen, 1867; Regelsberger I §§ 107—117; Windscheid I §§ 146, 147, II § 467; Dernburg, P. I §§ 69—73, RR III §§ 7, 135—141; Stobbe I § 64; Pernice, Die sog. *res extra commercium*, Berl. Festgabe für Dernburg, 1900; Ubbelohde in Glücks Pandekten, Serie der B. 43 u. 44 Teil IV; Biermann, Die öffentl. Sachen (Programm) 1905; Koll, Gruchot 54 S. 313 ff.; Friedrichs, Gruchot 64 S. 676.

¹⁾ Dies hat insbesondere Wappäus dargelegt.

keine oder nur beschränkte Privatrechte bestehen können, die dementsprechend also auch nicht Gegenstand des sachenrechtlichen Verkehrs sein können²).

3. Außerdem kommen, wenigstens im heutigen Recht, auch bloße Verkehrsbeschränkungen vor, welche die Möglichkeit von Rechten an den der Verkehrsbeschränkung unterliegenden Sachen nicht ausschließen³).

II. Nichterwähnung im BG.

Das BG hat die Rechts- und Verkehrsunfähigkeit nicht erwähnt. Daraus darf aber nicht auf ihre Aufhebung geschlossen werden. Vielmehr hat das BG in dieser Materie in die Landesrechte nur wenig eingegriffen.

1. Die Rechts- und Verkehrsunfähigkeit der freien Luft, des Meeres, des fließenden Wassers ist mit der Natur dieser Sachen, die jede Einzelherrschaft ausschließt, notwendig verbunden (vgl. auch Not. III S. 26).

2. Die besondere Stellung der zum Gottesdienst bestimmten Sachen und der Begräbnisplätze bleibt bestehen, da sie öffentlichrechtlicher, vorzugsweise kirchenrechtlicher Natur ist.

3. Die Regeln über die öffentlichen Flüsse und deren Ufer bleiben gleichfalls unverändert, da sie größtenteils öffentlichrechtlicher Natur sind, jedenfalls aber dem Wasserrecht angehören, das dem Landesrecht vorbehalten ist, Art. 65.

4. Die „Regulierung der Wege“, also die Neuanlage oder Veränderung von Wegen innerhalb und außerhalb der Ortschaften, ist ausdrücklich dem Landesrecht vorbehalten, Art. 113. Aber auch die Vorschriften über Entstehung und Endigung der Eigenschaft eines öffentlichen Weges oder Platzes sowie über den Umfang und die etwaigen Beschränkungen des Gemeingebrauchs unterstehen dem Landesrecht, weil sie öffentlichrechtlicher Natur sind (über den Gemeingebrauch und die aus seiner Beeinträchtigung entstehenden Ansprüche unten § 123 III).

5. Die besonderen Vorschriften über die Sachen des öffentlichen Dienstes (unten § 123 IV) gehören lediglich dem öffentlichen Rechte an.

Es ist daher in der Hauptsache das gemeine Recht der rechts- und verkehrsunfähigen Sachen darzustellen mit einem Hinweis auf die wenigen durch das BG bewirkten Änderungen und unter Andeutung besonders wichtiger partikularrechtlicher Abweichungen.

§ 123. Die einzelnen rechtsunfähigen Sachen.

1. Wenn wir die sog. allen gemeinsamen Sachen (res communes omnium) als Gemeingut bezeichnen, so ist das nicht im Wortsinne, sondern

²) Besitz an verkehrsunfähigen Sachen wird aber für möglich zu halten sein.

³) Vgl. z. B. LiteraturheberG §§ 36 ff.; InhaberpapierG §§ 2 u. 3; WarenzeichenG §§ 14 f.

nur dahin zu verstehen, daß kein Privatrecht an ihnen denkbar ist. Am besten werden sie daher den Sachen überhaupt nicht zugerechnet, oben § 114. Sie unterliegen dem Gemeingebrauch nicht kraft besonderer Widmung, sondern lediglich deshalb, weil kein Sonderrecht an ihnen möglich ist. Zu ihnen gehören:

a) die Luft, die nicht mit dem von ihr erfüllten Raume verwechselt werden darf. Die Herrschaft in dem Raume, der sich über einem Grundstück befindet, gebührt dem Grundeigentümer¹⁾.

b) Fließendes Wasser. Jedermann darf es schöpfen, wenn er es nur, ohne fremden Grund und Boden zu betreten, erreichen kann, z. B. an öffentlichen Wegen. Da aber der Fluß als ganzer entweder im Privateigentum steht (Privatflüsse) oder öffentlich, d. h. dem Privateigentum entzogen ist (Näheres im Sachenrecht), so ist Ableitung, Verunreinigung, Benützung der Triebkraft und ein den Fluß merklich mindernder Gebrauch gleichwohl ausgeschlossen.

c) Das Meer. Wer auf dem Meeresboden baut und dadurch den Platz dem Meere entzieht, erwirbt Eigentum am Grund und Boden, aber nur für so lange, als die Anlage besteht. Dem Staate steht aber ein Hoheitsrecht über die Buchten und Reeden sowie ein beschränkteres über andre Küstengewässer zu, vermöge dessen er solche Anlagen untersagen kann.

d) Auch am Meeresgestade (soweit die hohe Flut reicht) war nach röm. Recht jedes Eigentum ausgeschlossen; jeder konnte den Boden durch Anlagen, die ihn dem Meere entzogen, für deren Dauer zu Privateigentum machen. Nach heutiger Anschauung dagegen steht das Gestade regelmäßig im Eigentum des Staates und ist dem öffentlichen Gebrauch nur gewidmet, gehört also zu den res publicae, unten III.

II. Die geheiligten Sachen.

1. Die zum Gottesdienst bestimmten Sachen, besonders Kirchen, Kapellen, Kirchengereäte, Kirchenglocken, stehen jetzt meist im Eigentum der Kirche, können aber auch Staats-, Kommunal- oder Privateigentum sein²⁾, was bei Schloß- und Gutskirchen nicht selten der Fall ist. Das Eigentum wie jedes andere an ihnen etwa bestehende Recht ist jedoch dadurch beschränkt, daß jeder ihrer Bestimmung widersprechende Gebrauch ausgeschlossen ist³⁾.

¹⁾ Näheres darüber und über die damit zusammenhängenden Fragen (Überbau, Luftschiffahrt usw.) bei Wolff, Sachenrecht §§ 52 ff.

²⁾ So auch RG in SeuffA 37 S. 191.

³⁾ Diese und die bei Friedhöfen stattfindende Beschränkung (Text II 2) ähneln den Beschränkungen, die bei den res publicae (Text III) und den Sachen des öffentlichen Dienstes (Text IV) Platz greifen. Biermann will daher alle diese Sachen unter einem neuen Begriff der öffentlichen Sachen zusammenfassen (nicht unrichtig, aber bei den immerhin erheblichen Unterschieden kaum von systematischem Werte).

Innerhalb dieser Schranken aber sind auch dingliche Rechte an ihnen denkbar, insbesondere ist das Kirchenstuhlrecht auch als dingliches Recht möglich⁴⁾.

Alle diese Sachen erhalten ihre Bestimmung durch einen (berechtigten) Akt der Kirchengewalt, der nach katholischem Kirchenrecht in einer feierlichen Weihe (Konsekration oder Benediktion), nach protestantischem in dem Beginn des Kultusgebrauchs hervortritt⁵⁾. Auch das Erlöschen dieser Eigenschaft kann unter gewissen Voraussetzungen durch das Kirchenregiment herbeigeführt werden⁶⁾.

2. Auch die Friedhöfe nehmen heutzutage eine im wesentlichen gleiche Stellung ein. Meist stehen sie im Eigentum der politischen Gemeinde oder der Kirche; doch ist das Eigentum und jedes andere Recht an ihnen so weit beschränkt, als ihre Bestimmung es fordert. Das Recht auf einen bestimmten Begräbnisplatz ist auch hier als dingliches Recht möglich und sehr häufig; es kann nicht nur einem einzelnen, sondern auch allen zu einer bestimmten Familie gehörigen Personen zustehen. Die Beerdigung eines Leichnams auf einem nicht zum Friedhof erklärten Plage gibt letzterem keine rechtliche Sonderstellung.

III. Die dem Gemeingebrauch gewidmeten Sachen (*res publicae*) stehen im Eigentum des Staates, einer Gemeinde, einer Privatperson oder auch in niemandes Eigentum (nach manchen Rechten die öffentlichen Flüsse); sie sind aber kraft gesetzlicher Vorschrift oder öffentlichrechtlicher Widmung (die durch unvordenkliche Verjährung ersetzt wird) für den Gemeingebrauch bestimmt. Das Recht des Gemeingebrauchs ist ein subjektives Recht, da es gegen Verletzung durch Klage geschützt ist; es ist aber kein Privatrecht⁷⁾, sondern öffentlicher Natur, da es dem einzelnen kraft seiner öffentlichen Rechtsstellung zusteht⁸⁾. Es ist daher (auch abgesehen von dem besonderen Vorbehalte für das Wasserrecht) durch Art. 55 nicht aufgehoben. Die aus der Verletzung dieses Rechts entstehenden Restitutions- und Ersatzansprüche sind aber privatrechtlicher Natur, und deshalb sind die landesgesetzlichen Ansprüche dieser Art nur, soweit sie auf dem Wasserrecht beruhen, noch in Geltung, im übrigen durch Art. 55 aufgehoben⁹⁾. Dagegen ist das Recht des Gemeingebrauchs nach den Vorschriften über unerlaubte Hand-

⁴⁾ SeuffW 6 Nr. 240; 38 Nr. 238; dagegen erklärt RGE 24 S. 176 das Kirchenstuhlrecht für ein gegen die Gemeinde gerichtetes Realrecht (bedenklich), freilich anscheinend nur, um das Fortbestehen des Rechts nach Zerstörung und Wiederaufbau der Kirche zu rechtfertigen; dieses Fortbestehen ist aber auch mit der Annahme eines dinglichen Rechts keineswegs unvereinbar. Übrigens unterliegt das Kirchenstuhlrecht im Interesse des Kultus mannigfachen Beschränkungen, vgl. z. B. SeuffW 32 Nr. 332; 37 Nr. 132.

⁵⁾ Wappäus S. 59.

⁶⁾ Wappäus S. 68.

⁷⁾ Auf ein servitutähnliches Privatrecht schließt Ubbelohde II S. 536 aus dem Bestehen von Restitutions- und Ersatzansprüchen bei Beeinträchtigung, aber dieser Schluß ist keineswegs gerechtfertigt.

⁸⁾ So auch SeuffW 22 S. 331 ff.; 27 S. 7. Fremden ist der Gemeingebrauch zwar gestattet, kann ihnen aber unterlagt oder beschränkt werden.

⁹⁾ So auch RGE 53 S. 384 ff.

lungen gegen schuldhaftige Beeinträchtigung geschützt. Beruht der Gemeingebrauch auf öffentlichrechtlicher Widmung (wie besonders bei öffentlichen Wegen und Plätzen), so erlischt er, wenn die Sache dem Gemeingebrauch nach den Vorschriften des öffentlichen Rechts wieder entzogen wird¹⁰⁾.

1. Die öffentlichen Flüsse und Seen. Das sehr vielgestaltige landesrechtliche Wasserrecht kann erst im Sachenrecht näher dargestellt werden¹¹⁾.

2. Die öffentlichen Wege, Brücken, Plätze, Anlagen (nach röm. Recht auch Theater und Stadien) sind dem Privatrecht nicht völlig entzogen, sondern stehen im Eigentum des Staates, einer Gemeinde, eines sonstigen Kommunalverbandes oder auch im Eigentum derer, über deren Grundstücke sie führen¹²⁾. Aber sie sind zum Gemeingebrauch bestimmt; das Eigentum an ihnen ist daher soweit beschränkt, als ihre Bestimmung es erfordert¹³⁾. Im übrigen äußert es seine Wirkungen, z. B. bezüglich der Nutzungen an Chausseebäumen und an den Grasflächen der Böschungen. Wird dem Wege nach öffentlichem Recht die Natur eines öffentlichen Weges entzogen, so wird das Eigentum unbeschränkt.

Bezüglich der öffentlichen Wege gab das röm. Recht wegen verkehrsstörender Anlagen und sonstiger Raumbeschränkungen Popularinterdikte auf Beseitigung und Schadensersatz (gegen schuldlose dritte Besitzer jedoch nur auf Gestattung der Beseitigung) sowie wegen Verhinderung des Gemeingebrauchs oder der Wegeverbesserung¹⁴⁾. Schon gemeinrechtlich waren indes diese Klagen nur bei verletztem Privatinteresse (der Anlieger und Nachbarn) zulässig, und nach Art. 55 sind sie ganz beseitigt¹⁵⁾ und die allgemeinen Vorschriften über unerlaubte Handlungen an ihre Stelle getreten.

Streitig ist, ob den Anliegern eines öffentlichen Weges, zumal einer städtischen Straße, ein Entschädigungsanspruch zustehe, wenn die Straße im öffentlichen Interesse aufgehoben oder verändert, z. B. höher gelegt wird. Die Frage ist zu bejahen, weil die von der Kommune in ihrem Straßennetz kraft öffentlichen Rechts und öffentlicher Pflicht geschaffene Grundlage für die Bebauung und Benutzung der anliegenden Grundstücke einen festen Rechtszustand zugunsten aller Anlieger begründet, der nicht ohne Entschädigung wieder beseitigt werden kann¹⁶⁾.

3. Nach heutigem Rechte gehört auch die Meeresküste zu den dem Gemeingebrauch gewidmeten Sachen (oben I d).

¹⁰⁾ Dies ist der wahre Grund, weshalb in dem in RGE 53 S. 384 ff. entschiedenen Falle der Erbschaftsanspruch ausgeschlossen war, was freilich in der Entscheidung nicht genügend hervortritt.

¹¹⁾ Wolff, Sachenrecht §§ 99—102.

¹²⁾ RG in SeuffA 37 S. 389; RGE 6 S. 207; 48 S. 269; SeuffA 55 S. 265; Windscheid I § 146; Dernburg I §§ 71 ff.

¹³⁾ L. 1 pr. i. f. D. de rer. div. 1, 8.

¹⁴⁾ Vgl. besonders L. 2 pr., §§ 20, 35 D. ne quid in loco publico 43, 8; L. 1 pr. D. de via publica 43, 11 und aus der Praxis SeuffA 5, 27; 19, 235; 27, 136; 29, 140, 141; 36, 199; 40, 51; 43, 219; RGE 1 S. 156.

¹⁵⁾ RGE 53 S. 385.

¹⁶⁾ Auch das Reichsgericht hat einen Entschädigungsanspruch gewährt 7 S. 213;

IV. Die für den öffentlichen Dienst bestimmten Sachen, z. B. die öffentlichen Regierungs- und Gerichtsgebäude, Rat- und Schulhäuser, Militär- und Marinegebäude und -anlagen, Geräte für Kriegs- und Feuerlöschwesen, dürfen, solange diese öffentliche Bestimmung dauert, dem öffentlichen Dienst nicht entzogen werden, unterliegen also namentlich nicht dem Zugriff der Gläubiger. Gewerbebetriebe des Staates oder der Gemeinden, z. B. Eisenbahnen, Gas- und Wasserversorgungsanlagen, Bäder u. dgl., wird man dagegen nur dann in gleicher Weise behandeln dürfen, wenn sie notwendigen öffentlichen Bedürfnissen dienen, deren Befriedigung nicht ohne Gefahr für das öffentliche Interesse Privatpersonen überlassen werden kann¹⁷⁾.

Sachen des Staates, die nicht unmittelbar, sondern nur durch ihren Ertrag oder Tauschwert öffentlichen Zwecken dienen, wie Geld, Wertpapiere, Wabungen, Landgüter, Wohnhäuser, Baupläne, Bergwerke usw. (das sog. Finanzvermögen), sind keinerlei Beschränkungen unterworfen (von landesrechtlichen Sonderbestimmungen abgesehen, Art. 111) und nicht zu den verkehrs- oder rechtsunfähigen Sachen zu rechnen.

II. Vermögen und Sondervermögen.

§ 124. Der Vermögensbegriff*).

I. Unter Vermögen versteht das BG die Gesamtheit der Vermögensrechte einer Person¹⁾.

1. Das Vermögen umfaßt mithin die dinglichen Rechte, die Immaterialgüterrechte (auch das Recht an einem wirtschaftlichen Unternehmen), die Forderungsrechte und das Erbrecht; auch den Besitz, sofern er ein subjektives Recht ist (oben § 73), sowie die befristeten, die schwebenden und die Anwartschaftsrechte dieser Art (oben § 75). Dagegen bilden bloße Hoffnungen und Aussichten, die sich noch nicht zu Anwartschaftsrechten entwickelt haben, z. B. die Aussicht, einen noch lebenden Verwandten zu beerben²⁾, keinen Ver-

10 S. 272; 25 S. 244; 36 S. 272; 27 S. 253; 44 S. 282; 56 S. 101 (vgl. aber auch 51 S. 251), in Urteilen, die zwar preussische und französische Rechtsachen betreffen, aber wegen der Gleichheit der Frage auch für das gemeine Recht zu verwenden sind. Anfangs nahm das RG an, daß dieses Recht der Anlieger auf einer stillschweigenden Vereinbarung beruhe, neuerdings aber richtiger, daß es aus der nach Landesrecht zu bestimmenden Widmung der Straße für den Verkehr kraft Gesetzes hervorgeht und zwar privatrechtlicher Natur ist, aber nach Art. 113 dem Landesrecht untersteht. RG 70 S. 77 ff., vgl. auch RG 78 S. 340 ff.; Voebell in Gruchot 41 S. 1 ff.; Behring, Die Rechte an öffentlichen Wegen, 1894. Gegen das Recht der Anlieger: Ubbelohde, Glücks Kommentar Serie der Bücher 43 u. 44 IV S. 179 ff.; v. Blume in der Königsberger Festgabe für Schirmer, 1900.

¹⁷⁾ So insbesondere Regelsberger I § 112 B.

* Birkmeyer, Das Vermögen im jur. Sinn, 1879; Vetter I §§ 40 ff.; Windscheid I § 42; Regelsberger I § 95; Leonhard, Allg. L. § 47; Binder, Rechtsstellung des Erben, 1901, I S. 7—39; v. Tuhr § 18.

¹⁾ Daß dies nicht nur die in Geld anzuschlagenden Rechte sind, ist oben § 71 nachgewiesen.

²⁾ Die (gemeinrechtliche) Erbberechtigung, das aus der Delation entstehende Recht, Erbe zu werden, ist dagegen schon Vermögensbestandteil (a. A. Regelsberger I § 95), war sie doch nach justinianischem Recht sogar (beschränkt) vererblich (transmissio Iustiniana)

mögensbestandteil; ebensowenig Verhältnisse lediglich tatsächlicher, nicht rechtlicher Natur, z. B. eine (vielleicht sehr wertvolle) Kundschaft^{*)}.

2. Nach einer verbreiteten Ansicht sollen auch die Verpflichtungen einen Teil des Vermögens bilden und zwar die Verpflichtungen in weitestem Sinne, d. h. alle den Forderungen (einschließlich der befristeten und schwebenden), den Ansprüchen und den Anwartschaften anderer entsprechenden Verpflichtungen.

Für das gemeine Recht ist dies als richtig anzuerkennen^{*)}, entspricht auch der herrschenden Meinung^{*)} und ist in die Partikularrechte übergegangen^{*)}.

Das bürgerliche Recht hat aber die Aktiva und die Passiva in so vielen Beziehungen verschieden behandelt^{*)}, daß der Begriff einer die Aktiva und Passiva umfassenden Einheit kaum noch irgendwelche Bedeutung haben würde. In der Tat bedeutet denn auch der Ausdruck „Vermögen“ im BGB stets nur das Aktivvermögen. Die Verpflichtungen werden nicht als Teil des Vermögens angesehen, sondern das Vermögen ist mit ihnen belastet^{*)}, d. h.

und nach altem Recht unter Umständen auch unter Lebenden (durch in *jura cessione*) übertragbar; vgl. ferner L. 23 D. ad l. Aqu. 9, 2; § 10 J. de l. Aqu. 4, 3. Die Erbschaft allerdings ist vor dem Eintritt noch nicht Vermögensbestandteil, woraus sich die L. 5 §§ 13 u. 14 D. de don. i. v. et ux. 24, 1 genügend erklärt.

^{*)} Neben den subjektiven Rechten stellt Köhler, Bürgerl. § 50, noch die Kategorie der (rechtsähnlichen) „Rechtsslagen“ auf, die „nach Ähnlichkeit der subjektiven Rechte behandelt werden“. Was er aber unter dieser Bezeichnung zusammenstellt, sind teils vollentwickelte Rechte (so z. B. die Vertretungsmacht), teils rechtliche Eigenschaften (so die Geschäftsfähigkeit), teils Entwicklungsstufen der Rechte, wie sie oben § 75 charakterisiert sind (vgl. oben § 75 Anm. 3).

^{*)} L. 1 D. de bon. poss. 37, 1: Bonorum possessio admissa commoda et incommoda hereditaria . . . tribuit; nam haec omnia bonis sunt conjuncta; L. 3 eod: Bona autem hic, ut plerumque solemus dicere, ita accipienda sunt universitatis cujusque successione, qua succeditur in jus demortui accipiturque ejus rei commodum et incommodum etc.

^{*)} Vgl. z. B. Savigny I S. 379 ff., II S. 85; Windscheid I § 42 Anm. 3, III § 528 Anm. 4; Regelsberger § 95 III 3. Dagegen Birmeyer a. a. D., insbesondere S. 254 ff.

^{*)} Vgl. z. B. Pr. RR I 9 § 350 u. dazu Förster-Eccius IV § 266 S. 570.

^{*)} Die Aktiva gehen als Ganzes auf den Erben über; für die Passiva haftet er halb beschränkt, halb unbeschränkt. Die Aktiva stehen den Miterben zur gesamten Hand zu; die Haftung für die Passiva ist dagegen nach den Umständen in sehr verschiedener Weise geordnet (Näheres im Erbrecht). Ein Vermögen kann unter Lebenden als Ganzes nicht übertragen werden (Näheres unten § 133), vielmehr bedarf es der Übertragung der einzelnen Rechte; die Haftung für die Schulden des Vermögens dagegen entsteht schon mit dem auf Übertragung des Vermögens gerichteten obligatorischen Vertrage (§ 419) usf.

^{*)} Hauptgründe für die oben entwickelte Ansicht: 1. Obgleich § 1922 bereits festgestellt hat, daß das „Vermögen“ als Ganzes auf den Erben übergeht, spricht § 1967 gesondert aus, daß „der Erbe für die Nachlassverbindlichkeiten haftet“, und zwar ist diese Fassung die Folge eines Antrages, der damit begründet wurde, daß zu einem Vermögen als Ganzem wohl die Aktiva, aber nicht die Passiva gehören und daß diese eine Last, nicht Bestandteile der Erbschaft bilden (Prot. V S. 650). 2. Der Anfall des „Vermögens“ eines Vereins nach § 45 bezieht sich nur auf die Aktiva, wie sie sich nach beendeter Liquidation darstellen (darüber oben § 107 I 6); nur der Fiskus als Anfallberechtigter „haftet“ (beschränkt) für die Nachlassverbindlichkeiten, § 46 (1967). 3. Auch das in §§ 82, 87, 88 erwähnte Vermögen der Stiftung umfaßt nur die Aktiva. 4. Der § 419 spricht zweifelslos von einem auf Übertragung des Vermögens gerichteten Vertrage selbst in den Fällen, wo die Parteien die Haftung für die Schulden ausschließen wollten. 5. Dazu kommt als

sie sind aus diesem Vermögen zu erfüllen. Diese Last aber geht auf den Erwerber des Vermögens, insbesondere den Erben, bald so über, daß er nur mit jenem Vermögen (beschränkt), bald so, daß er auch mit seinem sonstigen Vermögen (unbeschränkt) haftet*).

3. Die Einheit des Vermögens beruht bei Lebzeiten des Trägers darauf, daß alle Rechte derselben Person zustehen. Die Einheit wirkt aber auch nach dem Tode fort, indem das Vermögen als Ganzes auf eine andere Person oder eine Mehrheit von solchen als Erben übergeht (darüber unten § 133). Aus der Einheit ergibt sich ferner, daß durch Hinzutreten und Ausscheiden einzelner Bestandteile zwar der Umfang, aber nicht die Identität des Vermögens verändert wird.

II. Das Wort „Vermögen“ hat aber neben dem entwickelten Hauptbegriff noch andere Bedeutungen.

a) Weitunter bezeichnet es den Rechnungswert, der sich ergibt, wenn man die Wertsumme der Passiven von der Wertsumme der Aktiven abzieht (so z. B. bei Vermögens- und Erbschaftssteuern). In diesem Sinne von „Rein- oder Nettovermögen“ hat der Überschuldete kein Vermögen.

b) Bisweilen wird auch der Ausdruck „Vermögen“ für einzelne Vermögensstücke gebraucht, § 82, BPO § 23.

§ 125. Sondervermögen*).

I. Wie dem röm. und gemeinen Rechte, so sind auch dem BG Vermögensinbegriffe bekannt, die in gewissen Beziehungen, namentlich in bezug auf die Schuldenhaftung, als ein Ganzes und von dem übrigen Vermögen verschieden behandelt werden (Sondervermögen). So steht z. B. die Erbschaft dem übrigen Vermögen des Erben als in gewissen Beziehungen gesonderte Vermögensmasse gegenüber. Das Sondervermögen, z. B. die Erbschaft, kann aber auch mehreren Personen gemeinschaftlich (zur gesamten

Hauptgrund die im Texte hervorgehobene verschiedene Behandlung der Aktiven und Passiven und 6. der Umstand, daß, wo von Sondervermögen die Rede ist, zunächst gleichfalls immer nur eine Gesamtheit von Rechten gemeint ist, vgl. unten § 125. Endlich ist auch in RD § 1 unter dem „gesamten Vermögen“ des Gemeinschuldners nur das Aktivvermögen (die Teilungsmasse, RD §§ 117 ff.) zu verstehen; Jäger, Konkursordnung zu § 1 Anm. 3. Die Ansicht des Textes ist für das BG gut entwickelt von Binder, Rechtsstellung des Erben S. 7—38; gleicher Ansicht Ripps zu Windscheid § 42, der auch auf die Rechtsprache anderer Gesetze verweist; Dernburg, BR I § 103; Hellwig, Wesen der Rechtskraft S. 310 und — wenigstens was die Vorschrift des § 419 anbelangt — auch RGE 69 S. 285 f. Dagegen Pland zu § 1922; Leonhard, Allg. T. § 47; Crome I § 31; Strohal, Erbrecht 3. Aufl. S. 14; Vertmann, Vorbem. z. zweiten Abschnitt 5; Fr. Leonhard, Komm. z. Erbrecht S. 2 f.

*) Würden die Schulden als (negative) Teile des Vermögens betrachtet, so würden sie unbeschränkt auf jeden übergehen, der dieses Vermögen (also auch seine Teile) erwirbt. Erwerbe ich die positive Größe 1000 und die negative Größe 1500, so werde ich um 500 ärmer als ich war. Erwerbe ich 1000, aus denen ich eine Schuld von 1500 befriedigen muß, so werde ich nicht ärmer, als ich war. Es ist also keineswegs richtig, wenn v. Tuhr S. 324 f. meint, daß es sich nur um die terminologische Frage handle, ob man unter Vermögen lediglich die Aktiva oder die mit Schulden belasteten Aktiva verstehe.

*) Haffe, ZivA 5 S. 1 ff.; Mühlenbruch, ZivA 17 S. 321 ff.; Beller I § 43; Regelsberger I § 95 IV; Kohler, BürgA 22 S. 1 ff.; vgl. auch Hellwig, Anspruch S. 220—345; Jäger, Konkursordnung § 1 Anm. 51, § 57 Anm. 2, § 225 Anm. 1 ff.; Beyer, Die Surrogation bei Vermögen, 1906; Gierke II S. 57 ff. („untörperliche Gesamtsache“), v. Tuhr § 19; Martin, ZivA 102 S. 444 ff.

Hand) zustehen, so daß es einen Gegensatz bildet zu den mehreren Einzelvermögen dieser Personen, z. B. der einzelnen Erben¹⁾.

Nach gemeinem Recht gehörten dahin die Erbschaft und die Dos, nach römischem Recht außerdem das *Peculium* und der zum Handelsbetriebe verwandte Teil eines *Peculiums*²⁾. Die Sondervermögen des BG sind: die Erbschaft; das Gesellschaftsvermögen (§ 718); das Vermögen des nicht rechtsfähigen Vereins (§ 54); das unselbständige Stiftungsvermögen sowie das Sammelvermögen (oben § 110 II); das eingebrachte Gut und das Vorbehaltsgut bei der Verwaltungsgemeinschaft (§§ 1363, 1365 ff.); das Gesamtgut, das Sondergut und das Vorbehaltsgut bei der allgemeinen Gütergemeinschaft (§§ 1438, 1439, 1440); das Gesamtgut, das eingebrachte Gut und das Vorbehaltsgut der Frau bei der Errungenschaftsgemeinschaft (§§ 1519—1526) und der Fahrnisgemeinschaft (§§ 1549 ff.); das der elterlichen Nutzung unterstehende und das freie Kindesvermögen (§§ 1649 ff.); ferner außerhalb des BG das Fideikommißvermögen, die Konkursmasse, das Vermögen der offenen Handelsgesellschaft und das Schiffsvermögen des Reeders.

II. Die Behandlung dieser Sondervermögen ist aber nicht die gleiche.

1. Eine Gesamtklage auf Herausgabe gegen Dritte besteht nur bei der Erbschaft.

2. Bezüglich der meisten Sondervermögen gilt allerdings der Grundsatz, daß gewisse ausscheidende Vermögensgegenstände durch andere an ihre Stelle tretende ersetzt werden³⁾; aber dieses sog. Surrogationsprinzip gilt für die einzelnen Sondervermögen nur mit erheblichen Verschiedenheiten, ja sogar bezüglich desselben Sondervermögens bestehen bisweilen Unterschiede je nach den verschiedenen Beziehungen, in denen das Sondervermögen in Betracht kommt⁴⁾.

¹⁾ v. Tuhr § 20 glaubt deshalb, das Gesamthandvermögen sei kein Sondervermögen, sondern gerade dessen Gegenstück. Eine Verschiedenheit von den übrigen Sondervermögen ist gewiß vorhanden; daß sie aber nicht systematisch durchschlagend ist, zeigt die im großen und ganzen gleiche Behandlung.

²⁾ Vgl. insbesondere L. 40 D. de peculio 15, 1: *Peculium nascitur, crescit, decrescit, moritur, et ideo eleganter Papirius Fronto dicebat, peculium simile esse homini.*

³⁾ Eine ältere gemeinrechtliche Theorie stellte für die Sondervermögen, die sog. *universitates juris*, den allgemeinen Satz auf: *res succedit in locum pretii et pretium in locum rei*. Der Satz gilt aber nur für die Erbschaft und selbst für diese nur in beschränktem Maße, L. 20 pr. § 1, L. 33 § 1 D. de her. pet. 5, 3. Dagegen besonders Haffe u. Mühlenbruch a. a. O. und seitdem die allgemeine Meinung. Vgl. aber auch Köhler a. a. O.

⁴⁾ Als zu dem betreffenden Sondervermögen gehörig wird bezeichnet:

a) was auf Grund eines zu dem Sondervermögen gehörigen Rechts oder als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung eines dazu gehörigen Gegenstandes erworben wird. Dies ist ausdrücklich ausgesprochen für das Gesellschaftsvermögen, das Gesamtgut der allgemeinen Gütergemeinschaft und Fahrnisgemeinschaft, für das Vorbehaltsgut sämtlicher Güterrechte, das freie Kindesvermögen sowie für die Erbschaft bezüglich der Miterben, Vor- und Nacherben und des Erbschaftskaufs, §§ 718 Abs. 2, 1473 (1549, vgl. auch 1546), 1370 (1440, 1526, 1549), 1638, 2041, 2111, 2374. Es ist aber zweifellos auch für die Erbschaft bezüglich des Verhältnisses zum Erbschaftsbesitzer (Pland zu § 2019, 5) und überhaupt wohl für alle Sondervermögen anzunehmen, z. B. auch für die Konkursmasse (Jäger, RD § 1 Anm. 62).

b) ferner was durch ein Rechtsgeschäft erworben wird, das sich auf das Sondervermögen bezieht. Dies gilt aber nur für das Gesamtgut, das Vorbehaltsgut, das freie Kindesvermögen und für die Erbschaft bezüglich der Miterben, Vor- und Nacherben und des Erbschaftskaufs in et was abweichender Formulierung für das Gesellschaftsvermögen (Stellen unter a; vgl. unten § 399 I 2), dagegen nicht für die Erbschaft im Verhältnis zum Erbschaftsbesitzer.

c) endlich gehört zum Sondervermögen bei der Erbschaft im Verhältnis zum Erb-

3. Wie das allgemeine Vermögen, so bestehen auch die Sondervermögen nur aus Rechten⁵⁾; aber wie jenes können auch sie mit den Schulden belastet sein⁶⁾. Daher ist auch eine Haftung des Sondervermögens gegenüber seinem Subjekt (sowie umgekehrt) oder gegenüber einem anderen Sondervermögen desselben Subjekts denkbar⁷⁾. Ferner haftet in gewissen Fällen derjenige, welcher ein Sondervermögen erwirbt, bis zum Betrage des Erworbenen für die Schulden (§§ 1480, 1504, 2382)⁸⁾; und bei der Erbschaft können die Nachlassgläubiger unter Umständen durch Beantragung des Nachlasskonkurses (RD §§ 214 ff.) oder der Nachlassverwaltung (§§ 1981, 1984) Befriedigung aus dem Nachlass unter Ausschluß der Eigengläubiger des Erben erlangen.

4. Endlich kann sich die Anwendung der Grundsätze über Verwaltung und über Erstattung von Verwendungen dadurch besonders gestalten, daß die Verwaltung und Verwendung nicht nur auf die einzelnen Sachen, sondern auf das Sondervermögen als Ganzes zu beziehen ist.

Schaftsbefiger: was dieser mit Mitteln der Erbschaft erwirbt, § 2019; sowie beim eingebrachten Gute im Falle der drei Gütergemeinschaften, ferner beim unfreien Kindesvermögen: bewegliche Sachen, die der Ehemann bzw. Vater mit Mitteln des Sondervermögens erwirbt, sein Wille sei denn ein anderer, §§ 1381, 1525, 1550, 1439, 1646. Kohler a. a. O. S. 15 nimmt in allen Fällen, wo der Ausdruck besagt, daß etwas mit Mitteln eines Vermögens angeschafft ist oder daß sich der Erwerb auf das Vermögen bezieht, an, daß eine dieser beiden Voraussetzungen genüge. Das widerspricht aber nicht nur dem mit Überlegung gewählten klaren Wortlaut (vgl. auch RG 70 S. 233), sondern ist auch unter Umständen gar nicht ausführbar. Was der Besitzer zweier Erbschaften mit Mitteln der einen für die andere angeschafft hat, müßte sonst beiden Erbschaften erworben werden.

⁵⁾ Dies ergibt sich für das eingebrachte Gut daraus, daß es der Nutznießung untersteht, die nur an Aktiven möglich ist, § 1363; ferner daraus, daß, wo die Bestandteile der Sondervermögen angegeben werden, stets nur Aktiva erwähnt werden, §§ 718 ff. (Gesellschaftsvermögen); §§ 1365 ff. (Vorbehaltsgut bei Verw.-Gemeinsch.); § 1439 (Sondergut); § 1519 (Gesamtgut bei Erzungensch.-Gemeinsch.); §§ 1520—1522 (Eing. Gut bei Erzungensch.-Gemeinsch.); §§ 1638 ff. (unfreies Kindesvermögen). Dem entsprechend werden auch die Verbindlichkeiten nie als zum Sondervermögen gehörend bezeichnet (vgl. z. B. den Gegensatz der Bezeichnung für Forderungen und Schulden in § 1442), sondern als Verbindlichkeiten, die dem Sondervermögen zur Last fallen (§§ 1469, 1529, 1549) oder deren Berichtigung oder Befriedigung aus diesem verlangt werden kann (§§ 1386, 1410, 1411, 1459, 1549), oder für die das Sondervermögen haftet (§§ 1412—1414, 1460—1462, 1530—1534). Kein Widerspruch zu dieser Auffassung ist es, daß von einer Überschuldung des Sondervermögens gesprochen wird (§§ 1468, 1469); denn diese Überschuldung ist eben eine Überlastung.

⁶⁾ Doch gelten auch hier große Verschiedenheiten. Bald haften Sondergut und übriges Vermögen gleichmäßig für alle Schulden der Person (§§ 1659, 1660), bald für gewisse Schulden nur das Sondergut (§ 2115; RD § 3) oder nur das übrige Vermögen (§§ 1411, 1990, 1992), während für andere Schulden beide Massen haften; bald endlich ist die Haftung beider Massen eine ganz getrennte (z. B. beim Nachlass im Falle des Nachlasskonkurses oder der Nachlassverwaltung, vgl. v. Tuhr S. 338 f.).

⁷⁾ Daß in Nachlassverwaltung oder Nachlasskonkurs befindliche Vermögen meines Erblassers haftet wegen meiner gegen ihn begründeten Forderungen ganz wie für andere Schulden; die gleiche Haftung trifft mich, wenn ich dem Erblasser schuldebte, oder eine zweite mir angefallene, ebenfalls in Nachlassverwaltung oder -konkurs getommene Erbschaft, wenn der zweite Erblasser dem ersten schuldebte (§ 1976).

⁸⁾ Aber die Stellung des Nießbrauchers oder Nutznießers bezüglich der Schulden des Sondervermögens vgl. §§ 1386—1388, 1411 ff., 1525, 1529, 1539, 1549, auch ZPO §§ 737, 739.

Fünfter Abschnitt: Entstehung, Untergang und Veränderung der Rechte.

Erster Titel.

Allgemeines.

§ 126. 1. Die Begriffe.*)

I. Ein Recht kommt zur Entstehung, sobald alle Voraussetzungen vorliegen, an welche die Rechtsordnung die Entstehung knüpft¹⁾. Solange noch eines dieser Erfordernisse fehlt, ist dieses Recht noch nicht entstanden. Nicht selten aber wird in solchen Fällen doch bereits eine Wirkung angenommen, aus der sich beim Hinzutreten der weiteren Voraussetzungen das Recht entwickelt. Als solche Entwicklungsstufen haben wir insbesondere die befristeten Rechte, die schwebenden Rechte, die Anwartschaften und die bloße Gebundenheit der Person oder Sache kennen gelernt (oben § 75). Von dem Untergang und der Veränderung der Rechte ist das gleiche zu sagen. Insbesondere kommen auch hier Vorstufen vor, die den Entwicklungsstufen der Rechte entsprechen²⁾.

II. Die Veränderungen, welche die Rechte erleiden können, sind mannigfacher Art. Ihr Inhalt kann erweitert, beschränkt oder umgestaltet werden. Ihre Kraft kann verstärkt (Rangserhöhung bei Pfandrechten, Verzug) oder abgeschwächt werden (Verjährung, Einreden, Rangerniedrigung). Auch in dem Wechsel der Person des Berechtigten oder (bei Forderungen) des Verpflichteten liegt eine Veränderung, ebenso in dem Übergang auf mehrere Personen, mögen sie geteilt oder zur gesamten Hand oder solidarisch oder gemeinschaftlich berechtigt oder verpflichtet sein³⁾; ebenso in dem Hinzutritt eines weiteren Berechtigten oder Verpflichteten.

Wieweit aber eine Veränderung, insbesondere ein Übergang der Rechte und Pflichten auf andere Personen unbeschadet der Identität möglich sei, kann nur bei den einzelnen Rechten erörtert werden. Die Auffassung, daß jeder Wechsel der Person eine Aufhebung

*) S. bei Grünhut 7 S. 746ff., 8 S. 110ff., 9 S. 344.

¹⁾ Der Tatbestand ist also nicht der alleinige Grund der Entstehung, auch das Gesetz ist zur Entstehung erforderlich. Näheres Enneccerus, Rechtsgeschäft S. 152ff.

²⁾ Beispiele für Rechtsveränderungen bieten die Rechtsübertragungen, bei denen sich alle oben § 75 angeführten Entwicklungsstufen wiederholen. Als Beispiel für den Untergang diene eine Pfandrecht, das unter einem Endtermin oder durch ein anfechtbares Geschäft oder unter einer auflösenden Bedingung bestellt ist. Die Vorstufen des Untergangs entsprechen in diesen drei Fällen durchaus den im § 75 unter 1, 3, 4 angeführten Entwicklungsstufen bei der Rechtsentstehung.

³⁾ Vgl. oben § 69.

des früheren Rechts und Entstehung eines neuen inhaltsgleichen Rechts bedeute⁴⁾, ist weder für das gemeine noch für das bürgerliche Recht anzuerkennen⁵⁾.

III. Rechtserwerb nennen wir die Verknüpfung eines Rechts mit einer bestimmten Person, Rechtsverlust die Lösung von der Person des bisher Berechtigten. Der Rechtserwerb fällt häufig mit der Entstehung, der Rechtsverlust mit dem Untergange des Rechts zusammen. Notwendig aber ist das keineswegs; vielmehr können die meisten Rechte unbeschadet ihrer Identität auf einen anderen Berechtigten übergehen.

Eine ältere, längst aufgegebenen gemeinrechtliche Theorie forderte für jeden Rechtserwerb einen *titulus* und einen *modus acquirendi*. Dabei verstand man unter Titel den Tatbestand, der den Anspruch auf den Erwerb begründete, z. B. den Kauf, unter *modus* die Erwerbstatfachen selbst, z. B. die Tradition. Diese Unterscheidung ist aber selbst für den Eigentumserwerb undurchführbar (bei Okkupation, Fruchtwerb, Verbindung usw. besteht kein Titel in diesem Sinn), und die aufgestellte Lehre ist auch im übrigen oft geradezu unrichtig, indem z. B. der Eigentumserwerb durch Tradition die Gültigkeit des die Tradition veranlassenden Kaufvertrags nicht voraussetzt.

2. Entstehungs-, Aufhebungs- und Veränderungsgründe.

§ 127. Tatbestand. Juristische Tatsachen*).

I. Die gesamten Erfordernisse, an welche die Rechtsordnung eine Rechtswirkung, d. h. die Entstehung, Aufhebung oder Veränderung eines Rechtsverhältnisses¹⁾ knüpft, nennen wir den Tatbestand dieser Rechtswirkung. Diese Erfordernisse (die einzelnen Tatbestandsmomente) sind teils Ereignisse (z. B. die Übereignungserklärung des Tradenten), teils Zustände (z. B. der Besitz des Ersitzenden), ferner bald positiver (Klagerhebung), bald negativer Natur (Fristversäumnis). Sie sind nicht immer Tatsachen, sondern können auch Rechte sein, z. B. das Eigentum des Tradenten als Tatbestandsmoment der Übereignung, der Eigentumserwerb an dem (vermieteten) Grundstück als Tatbestandsmoment für den Übergang des Mietverhältnisses (§ 571)²⁾.

Das Wort Tatbestand ist von der Strafrechtswissenschaft geschaffen (Tatbestand des Verbrechen), aber von der Privatrechtslehre übernommen³⁾. Allein wie in der Strafrechtslehre gewisse Bedingungen der Strafbarkeit von

⁴⁾ So Kunze, Die Obligation §§ 15ff.; Mansbach, Nießbrauch an Forderungen S. 14; Bierling, Kritik II S. 94.

⁵⁾ Vgl. Egner, Tradition S. 1 Anm. 2; Schey bei Grünhut 8 S. 153ff.; Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft S. 468f.; Windscheid § 68 Anm. 6; Dernburg I § 81; Regelsberger I § 120.

* Regelsberger I § 118, woselbst weitere Literatur; Elsbacher, Handlungsfähigkeit I.

¹⁾ Vgl. darüber oben § 64 Anm. 1.

²⁾ Rechte als Tatbestandsmomente sind nicht etwa wieder (wie v. Tuhr II 1 S. 9 will) in die unübersehbare Masse von Tatsachen aufzulösen, die sie zur Entstehung gebracht haben können; Teil des Tatbestandes ist vielmehr nur das Bestehen des Rechts. Besteht dieses, so sind jene einzelnen Begründungstatfachen gleichgültig.

³⁾ Vgl. z. B. Regelsberger § 118 1 und die daselbst Zitierten.

dem Tatbestande des Verbrechen auszufließen sind, weil sie nicht den Grund der Strafbarkeit bilden, sondern der Straftat nur als äußere, von ihr unabhängige Umstände hinzutreten (Bedingungen der Strafbarkeit im engeren Sinn⁴), so muß auch die Privatrechtswissenschaft von dem Begriffe des Tatbestandes diejenigen Erfordernisse der Wirkung ausscheiden, welche die Rechtsordnung nicht als den Grund der Rechtswirkung, sondern nur als Bedingungen betrachtet, unter denen der Tatbestand die ihm zukommende Wirkung hervorruft. Wichtig ist dies namentlich bei den Rechtsgeschäften und Delikten, diesen wichtigsten aller Tatbestände. Tatbestand nennen wir demnach die Gesamtheit derjenigen Erfordernisse, welche die Rechtsordnung als den Grund einer Rechtsfolge anerkennt⁵).

II. Als juristische, d. h. rechtlich bedeutsame oder rechtswirksame Tatsache bezeichnen wir eine solche, welche (allein oder mit anderen) eine Rechtswirkung herbeiführt⁶); und zwar nennen wir so nicht nur die Einzeltatsachen dieser Art, sondern auch Inbegriffe von Tatsachen, die aus systematischen Gründen zu einer begrifflichen Einheit verbunden sind. Nicht nur der Vertragsantrag und die Annahme, sondern auch der aus beiden sich zusammensetzende Vertrag ist eine juristische Tatsache.

Die juristischen Tatsachen sind außerordentlich mannigfaltig. Viele von ihnen setzen sich aus Tatsachen des Seelenlebens und äußeren Tatsachen zusammen (z. B. aus dem Willen und der Erklärung dieses Willens⁷). Nicht selten aber ist auch an das bloß seelische Verhalten eines Menschen, z. B. an Wissen oder Nichtwissen⁸), Kenntniß erlangen⁹), Einverständnissein¹⁰) eine Rechtswirkung geknüpft.

Die meisten juristischen Tatsachen sind nur bei den Lehren, für die sie

⁴) Vgl. Liszt, Lehrb. d. d. Strafrechts § 44 III; Binding, Handbuch § 113 S. 510. Beispiele in StrGB §§ 102 u. 103; 139; 210; 227; 170; 172.

⁵) Was hiernach zum Tatbestand gehört, was nicht, läßt sich natürlich nur bei den einzelnen Tatbeständen und Rechtswirkungen angeben. Genaueres und Beispiele namentlich in der Lehre vom Rechtsgeschäft, unten § 136 B 3.

⁶) Oft müssen auch noch Erfordernisse rechtlicher Natur vorliegen, z. B. bei der Rechtsübertragung das Recht des Übertragenden, ferner Geschäftsfähigkeit usw.

⁷) Elsbacher a. a. O. sondert aus dem Gesamtgebiete der juristischen Tatsachen das „menschliche Verhalten“ aus, worunter er „die Tatsachen des menschlichen Seelenlebens allein oder in Verbindung mit anderen von ihnen abhängigen Tatsachen“ versteht (S. 78) und das er dann wieder in rechtmäßiges und rechtswidriges Verhalten scheidet. Allein um diesen Begriff und der weiteren Einteilung Heimatsrecht in der Rechtswissenschaft zu geben, wäre zunächst nachzuweisen, daß es Rechtsvorschriften gibt, die sich auf das Gesamtgebiet des Verhaltens, ferner des rechtmäßigen oder des rechtswidrigen Verhaltens beziehen, und dieser Nachweis ist wenigstens bis jetzt nicht erbracht.

⁸) §§ 68, 1344, 2366, 2370, 123, 1334, 406, 132, 372, 809.

⁹) §§ 130, 384, 108, 409, 568, 561, 852, 1350, 1424, 1682, 2332, 2140, 1944, 1980, 533, 973f., 1974, 2060, 937, 945, 121, 124, 1337, 1339.

¹⁰) Das Einverständnis gehört nur hierher, sofern keine Erklärung des Einverständnisses erforderlich ist (§§ 117, 180, 639), vgl. Elsbacher S. 244f.

in Betracht kommen, zu erwähnen. Einer besonderen Besprechung aber bedürfen die juristischen Handlungen und ferner der Zeitablauf.

§ 128. Die juristischen Handlungen und ihre Arten*).

I. Die Handlung (im Rechtsinne) definiert man in der Regel als Äußerung (oder Betätigung) des menschlichen Willens und unterscheidet positive Handlungen (auch Handlungen im engeren Sinne) und Unterlassungen, je nachdem sich der Wille in einem Tun oder in einem Unterlassen äußert. Bei genauerer Untersuchung erweist sich aber jene Definition als zu eng; denn fast allgemein wird aus zutreffenden systematischen Gründen auch die fahrlässige Unterlassung, selbst wenn sie auf bloßem Vergessen beruht, als Handlung betrachtet. Genauer ist also die Handlung als die gewollte oder doch voraussehbare Bewirkung eines äußeren Erfolges zu bezeichnen.

II. Die Handlungen sind teils rechtlich bedeutungslos (ein Spaziergang, eine gesellschaftliche Einladung), teils führen sie nach den Vorschriften der Rechtsordnung eine rechtliche Wirkung herbei. Die letzteren nennen wir rechtswirksame oder juristische Handlungen¹⁾.

III. Von den juristischen Handlungen sind hier nur die dem Privatrecht angehörigen zu besprechen²⁾. Man könnte sie in rechtmäßige oder unrechtmäßige als Hauptklassen unterscheiden. Allein diese Einteilung hätte kaum einen Wert, da es wohl keine Rechtsvorschrift geben dürfte, die auf alle rechtmäßigen oder auf alle nichtrechtmäßigen Handlungen angewandt werden könnte³⁾. Ebenso wenig empfiehlt sich die Einteilung in Willens-, Vorstellungs-

*) Elsbacher, Handlungsfähigkeit, 1903; Breit, SächsA 131S. 283ff., Geschäftsfähigkeit, 1903, und Gruchot 55 S. 1ff.; Ranigl, Anwendungsgebiet der Vorschriften über Rechtsgeschäfte, 1901, Willenserklärung und Willensgeschäft, 1907; P. Klein, Rechtshandlungen, 1912; ferner Bittelmann, Rechtsgeschäfte in Entw. I S. 32ff.; v. Tuhr II 1 § 48 u. Allg. Teil des Schweiz. OblRechts § 23; weitere Literaturangaben unten § 136.

¹⁾ Ist der Rechtserfolg nicht an die Handlung selbst, sondern an ihre tatsächliche Wirkung geknüpft, einerlei wodurch diese hervorgerufen wurde, so liegt keine juristische Handlung vor. Vernichten einer eigenen Sache ist (regelmäßig) keine juristische Handlung; denn der Eigentumsverlust tritt bei jedem Untergange, auch dem durch Naturereignisse bewirkten ein. Das gleiche gilt von der Verbindung (§§ 946, 947), der Vermischung und Vermengung (§ 948) usw. Bezüglich etwaiger nur an die Handlung selbst geknüpfter Folgen ist aber auch hier der Begriff der juristischen Handlung gegeben. Die Vernichtung, Verbindung usw. einer eigenen geschuldeten Sache ist eine juristische Handlung, sofern sie eine Schadenersatzpflicht erzeugt.

²⁾ Ausgeschlossen bleibt also insbesondere die Ausübung öffentlicher Befugnisse oder Erfüllung öffentlicher Verpflichtungen durch öffentliche Behörden (Regierungsakte, richterliche Akte) oder durch andere Personen (z. B. Ausübung des politischen Wahlrechts, Ableistung des Militärdienstes). Auch wo eine Handlung zugleich für das Privatrecht und das öffentliche Recht in Betracht kommt, wie z. B. bei den juristischen Handlungen, die eine (private) Schadenersatzpflicht und öffentliche Strafe nach sich ziehen, kommt hier nur die privatrechtliche Seite in Betracht.

³⁾ Zudem reiht sie die eng zusammengehörige Gruppe der schullosen zu Erbsch ver-

und Gefühlsäußerungen, da z. B. die Kategorie der Willensäußerungen das rechtlich Aller verschiedenartigste (kaufen, komponieren, morden) umfassen würde.

Eine rechtlich brauchbare Gruppierung muß das rechtlich Gleichartige, d. h. nach möglichst gleichen Grundsätzen zu Beurteilende zusammenfassen. Sucht man nach einer solchen, so fallen zunächst zwei besonders markante Gruppen ins Auge, die Willenserklärungen, d. h. die auf einen Rechtserfolg gerichteten und für diesen daher maßgebenden Willensäußerungen, und die unerlaubten Handlungen, d. h. rechtswidrige schuldhaftes Handlungen, an die sich eine für den Täter nachteilige Folge (zumal eine Schadenserzatzpflicht) knüpft. Allein diese beiden Gruppen sind zwar die wichtigsten, umfassen aber keineswegs alle juristischen Handlungen⁴⁾.

Es genügt auch nicht, diesen beiden Klassen, wie vielfach geschieht, eine dritte Gruppe hinzuzufügen, die alle erlaubten juristischen Handlungen, die keine Rechtsgeschäfte (besser: Willenserklärungen) sind, umfassen soll und neuerdings gewöhnlich als die Gruppe der Rechtshandlungen im engeren Sinne bezeichnet wird⁵⁾; denn dieser Begriff der Rechtshandlungen hätte nur eine sehr geringe terminologische Bedeutung (gemeinsamer Ausdruck für alles, was erlaubte juristische Handlung ist, ohne Willenserklärung zu sein); systematisch aber ist er wertlos, da er so Verschiedenes (mahnen, komponieren, eine fremde Sache vernichten, um größeren Schaden abzuwenden) und vom Rechte so durchgreifend verschieden Behandeltes umfassen würde, daß Rechtsvorschriften, die diesem ganzen Gebiet eigentümlich wären, kaum möglich erscheinen⁶⁾.

pflichtenden Handlungen (unten Nr. 5) auseinander, da diese Gruppe sowohl rechtmäßige als nichtrechtmäßige Handlungen umfaßt. Trotzdem ist die Einteilung in rechtmäßige und unrechtmäßige Handlungen neuerdings ziemlich verbreitet (Eichbacher, der das gesamte menschliche Verhalten, also nicht nur die Handlungen, so einteilt; ferner Manigk, Klein, v. Tuhr und andere).

⁴⁾ Die ältere Theorie berücksichtigt in der Regel nur diese beiden Arten, die sie als Rechtsgeschäfte und Delikte bezeichnet, nicht ganz zutreffend; denn nicht das Rechtsgeschäft ist eine Unterart der juristischen Handlungen, da es sich häufig aus mehreren Handlungen und außerdem noch anderen Bestandteilen zusammensetzt (unten § 136), sondern die Willenserklärung; ferner ist die Bezeichnung Delikt zu eng, da sie z. B. die schuldhaften Verletzungen von obligatorischen Verpflichtungen nicht mitumfaßt.

⁵⁾ Savigny III 6 nennt sie „freie Handlungen, welche auf nichtjuristische Zwecke gerichtet sind, so daß die juristische Wirkung als untergeordnet im Bewußtsein zurücktritt“, Regelsberger § 129 IV 3b schlägt vor „rechtsgeschäftsähnliche Handlungen“. Neuerdings ist der Ausdruck Rechtshandlungen ziemlich gebräuchlich, vgl. z. B. Manigk, Klein u. a. m.

⁶⁾ Klein ist gleichwohl für Beibehaltung, obgleich er zugibt, daß die Definition der Rechtshandlung positiv nichts über das Wesen der einzelnen Rechtshandlungen aus sagt und lediglich das Vorhandensein eines Rechtsgeschäftes negiert (S. 25, 26). Er glaubt auch gemeinsame Sätze für alle Rechtshandlungen gefunden zu haben (S. 20 ff.); allein diese ohne Ausnahme negativen Sätze besagen, soweit sie überhaupt richtig sind, nichts anderes, als daß die Rechtshandlungen eben keine Willenserklärungen sind. Zum Teil aber sind sie unzutreffend oder unrichtig. So ist es zwar richtig, daß die Legalwirkung der Rechtshandlung nicht gegen Gesetz oder gute Sitte verstoßen kann, aber daraus folgt

Es ist also eine weitere Scheidung erforderlich. Von jenen sog. „Rechtshandlungen“ muß zunächst die kleine Gruppe der schuldlosen, aber gleichwohl zu Schadensersatz verpflichtenden Handlungen (z. B. Notstandshandlungen des § 904) abgetrennt werden, da sie nicht den Willenserklärungen, sondern den unerlaubten Handlungen nahesteht und daher am besten nach diesen besprochen wird. Die dann verbleibende Hauptmasse der „Rechtshandlungen“ aber besteht in Wahrheit aus zwei untereinander durchgreifend verschiedenen Gruppen, von denen die eine den Willenserklärungen nahe verwandt und nach deren Analogie zu behandeln ist, während die andere von den Willenserklärungen in fast jeder Beziehung abweicht und nicht ihnen entsprechend behandelt werden kann. Ich nenne diese beiden Gruppen: Rechtshandlungen (oder geschäftsähnliche Handlungen) und Realakte⁷⁾. So ergeben sich im ganzen fünf Gruppen der juristischen Handlungen: Willenserklärungen, Rechtshandlungen, Realakte, unerlaubte Handlungen, schuldlose zu Ersatz verpflichtende Handlungen.

1. Willenserklärungen. Darunter sind zu verstehen die auf eine Rechtswirkung gerichteten Privatwillensäußerungen. Erforderlich ist demnach, daß die Willenserklärung sich auf einen Rechtserfolg richtet,

nicht, daß die Handlung, selbst nicht einen solchen Verstoß enthalten könne und dann nicht nach Analogie der §§ 134, 138 für nichtig zu halten wäre. Daß ferner eine Rechtshandlung, z. B. eine Mahnung, nicht bedingt oder befristet sein könnte, ist nicht anzuerkennen. Weshalb soll ich meinen Schuldner nicht auffordern können, eine jetzt schon fällige Schuld „binnen 14 Tagen“ oder „sobald er eine gewisse Zahlung seines Schuldners erlangt habe“ zu zahlen? Und weshalb soll kein Verzug eintreten, wenn er dieser Mahnung nicht nachkommt? (Was Manigk, *Frrtum und Auslegung* S. 2ff., hiergegen einwendet, ist m. E. nicht zutreffend; wer binnen 14 Tagen Zahlung verlangt, macht keineswegs eine Stundungsofferte, die der Schuldner ablehnen könnte, so daß die Mahnung unwirksam würde, vgl. übrigens auch Manigk, *Willenserkl.* S. 742). Klein (S. 23) meint zwar, Bedingung und Befristung seien nur da möglich, wo der Handelnde die Wirkung seines Handelns frei bestimmen könne, also nicht bei Rechtshandlungen, da deren Erfolg ex lege eintrete. Allein dabei ist übersehen, daß der Wille des Mahnenden die Verzugswirkungen bei der bedingten Mahnung so wenig bestimmt als bei der unbedingten. Das Gesetz aber kann die Verzugswirkung an die Nichtbefolgung der bedingten Mahnung so gut knüpfen als an die Nichtbefolgung der unbedingten. So bleibt von Kleins Sätzen nur übrig, daß die Rechtshandlungen, auch wenn sie um des erklärten Rechtserfolges willen vorgenommen werden, kein Rechtsgeschäft sind, und ferner der in seiner Bedeutung wenig klare, gewiß aber nicht nur für Rechtshandlungen geltende Satz, daß eine Rechtshandlung nicht den Charakter (Typus) einer anderen annehmen könne.

⁷⁾ Für die Gefühlsäußerungen (Eckbacher S. 197—199) eine weitere Gruppe aufzustellen, empfiehlt sich nicht. Zu ihnen gehört wohl nur die Verzeihung (§§ 532, 1570, 2337, 2243, 2345), deren Behandlung also nicht aus allgemeinen für die Gefühlsäußerungen aufzustellenden Grundsätzen, sondern aus der besonderen Natur gerade der Verzeihung abzuleiten ist. Zudem ist zweifelhaft, ob die Verzeihung nicht den Rechtserfolgswillen fordert, also eine Willenserklärung ist oder ob sie nicht umgekehrt nur die verzeihende Gefinnung (die natürlich des Beweises bedarf) erfordert, in welchem Falle sie überhaupt nicht unter den Handlungsbegriff fallen würde; vgl. Wolff, *Familienrecht* § 35 VI 1. Die zuweilen mit der Verzeihung zusammengestellte Anerkennung der unehelichen Vaterschaft und die Zustimmung zum Ehebruch (Manigk S. 697 ff., 104 ff.) gehören nicht hierher; erstere ist eine Willenserklärung (Kipp, *Familienrecht* § 95 II, *BayrDRG* 10 S. 44, vgl. auch *RG* 58 S. 348 ff.), letztere eine unerlaubte Handlung, eine Verwirkung (unten 4c).

d. h. diesen als gewollt bezeichnet, und daß sie dem Privatrecht angehört (vgl. das in Anm. 2 Gesagte). Die hohe Bedeutung der Willenserklärungen beruht darauf, daß der Mensch durch sie seine Rechtsverhältnisse innerhalb der durch die Rechtsordnung gesetzten Grenzen selbst gestaltet⁹⁾. Die Rechtsordnung stützt seinen Willen mit der Kraft aus, Rechtswirkungen zu erzeugen, und erklärt für diese Wirkungen den Inhalt des Willens — wenn auch nicht allein — für maßgebend. Die Wirkung der Willenserklärung wird also durch ihren Inhalt bestimmt oder wenigstens mitbestimmt.

Den gesamten Tatbestand, an den in diesen Fällen die Rechtswirkung geknüpft ist, bezeichnet man, wie später darzulegen ist (unten § 136), als Rechtsgeschäft. Die Willenserklärungen sind also geschäftliche Handlungen, da sie allein oder mit anderen Voraussetzungen zusammen den Tatbestand eines Rechtsgeschäftes bilden.

2. „Rechtshandlungen“ oder geschäftsähnliche Handlungen sind erlaubte Äußerungen eines geistigen Vorgangs, nämlich eines Willens oder einer Vorstellung, welche Rechtswirkungen, auch ohne darauf gerichtet zu sein, hervorbringen⁹⁾. Sie unterscheiden sich von den Willenserklärungen dadurch, daß sie die an sie geknüpfte Rechtswirkung nicht (als gewollt) bezeichnen oder wenigstens nicht zu bezeichnen brauchen und daß demnach die Rechtswirkung nicht durch den Inhalt des Willens, sondern direkt durch das Gesetz bestimmt wird. Tatsächlich aber werden sie in den meisten Fällen im Bewußtsein ihrer Rechtswirkungen, ja oft in der Absicht sie hervorzurufen vorgenommen. Sie werden daher, soweit die übereinstimmende Natur entscheidend ist, nach Analogie der Willenserklärungen zu behandeln sein¹⁰⁾, also in der Regel namentlich was Geschäftsfähigkeit, Stellvertretung, Irrtum, Betrug, Zwang, Einwilligung und Genehmigung, Ungültigkeit und Anfechtung sowie was

⁹⁾ Diese Ordnung der Rechtsverhältnisse durch den Willen der einzelnen bezeichnet man häufig als Privatautonomie — nicht ganz zutreffend, da hier nicht Rechtsvorschriften, sondern nur Rechtsverhältnisse begründet werden.

⁹⁾ In älteren Auflagen war der Begriff der Rechtshandlungen etwas enger gefaßt, indem auch gefordert wurde, daß sie sich auf ein Rechtsverhältnis bezögen. Demgemäß waren die Wohnsitzbegründung, die Geschäftsführung ohne Auftrag und die Rückgabe der Pfandsache (unten β) nicht zu den Rechtshandlungen, sondern zu den Realakten gerechnet, jedoch, weil sie einen Willen erfordern, durch die Bezeichnung „gemischte Realakte“ abge sondert. Allein diese Handlungen müssen, wie auch schon in den früheren Auflagen ausgesprochen wurde, im wesentlichen nach Analogie der Willenserklärungen behandelt werden. Deshalb erscheint es richtiger, sie den Rechtshandlungen zuzurechnen und diesen Begriff so, wie im Texte geschehen, zu begrenzen.

¹⁰⁾ Gleichwohl ist aus systematischen Gründen keineswegs empfehlenswert, mit Breit (Geschäftsfähigkeit S. 138ff.) den Begriff der Willenserklärung (und folgerweise des Rechtsgeschäfts) so zu erweitern, daß er die geschäftsähnlichen Handlungen mitumfaßt; denn bei den letzteren trifft gerade das wesentlichste und praktisch wichtigste Merkmal der Willenserklärung und des Rechtsgeschäfts nicht zu, die Richtung auf geschäftliche Folgen und die Bestimmung dieser Folgen durch den Inhalt der Willenserklärung.

die Vollendung betrifft¹¹⁾. Die Rechtshandlungen oder geschäftsähnlichen Handlungen sind:

entweder Äußerungen eines Willens (der aber nicht auf den Rechtserfolg gerichtet zu sein braucht), dann sprechen wir von geschäftsähnlichen Willensäußerungen. Ein Beispiel bildet die Mahnung. Sie bringt zwar (in Verbindung mit der Nichtleistung des Schuldners) eine Wirkung, die Verzugsfolgen hervor; aber sie braucht nicht auf diese Folgen gerichtet zu sein, und die Verzugsfolgen werden nicht durch den Willen des Mahnenden, sondern durch das Gesetz bestimmt.

oder Äußerungen einer Vorstellung über irgendeinen Vorgang, z. B. die Anzeige des Gläubigers an den Schuldner, daß die Forderung an eine bestimmte Person abgetreten sei; dann sprechen wir von Mitteilungen. Auch sie sind keine Willenserklärungen (obgleich sie nicht selten mit solchen verwechselt werden); denn ihr Inhalt sagt nichts von einer gewollten Rechtsfolge (wenigstens ist das nicht erforderlich).

a) Die geschäftsähnlichen Willensäußerungen sind sehr mannigfaltig¹²⁾. Hervorzuheben sind:

α) Aufforderungen, welche von dem Gegner ein Tun oder ein Unterlassen fordern (Gebote oder Verbote), z. B. Mahnung (Aufforderung zur Zahlung), Fristsetzung (Aufforderung, binnen dieser Frist zu leisten), Aufforderung zur Erklärung über die Genehmigung (§§ 108 Abs. 2, 177 Abs. 2, 415 usw.), zur Anmeldung von Ansprüchen, zur Vornahme einer Wahl (§ 264 Abs. 2) zur Erklärung über Annahme einer Schenkung (§ 516 Abs. 2), der Widerspruch des Vermieters gegen die Entfernung der eingebrachten Sachen vom Grundstück (§ 560), das Verbot des Mannes gegen die Fortführung seines Namens durch die geschiedene allein für schuldig erklärte Frau (§ 1577) und manche andere.

β) Androhungen, z. B. daß man den Besitz des geschuldeten Grundstücks aufgeben (§ 303) oder die geschuldete bewegliche Sache versteigern lassen werde (§ 384);

γ) Weigerungen, z. B. des Gläubigers, die geschuldete Sache anzunehmen (§ 295); des Schadensersatzberechtigten, die Naturalherstellung anzunehmen (§ 250); des Vertretenen, den ohne Vertretungsmacht geschlossenen Vertrag zu genehmigen (§ 179); des Vermieters, die Untermiete zu gestatten (§ 549).

δ) Willensäußerungen, die (ohne auf eine Rechtswirkung gerichtet zu sein) ein eigenes Tun oder Unterlassen begleiten, z. B. Äußerung des Willens der tatsächlichen Niederlassung, die mit dieser zusammen den Wohnsitz begründet, aber nicht auf die Rechtsfolge der Wohnsitzbegründung gerichtet zu sein braucht¹³⁾; ferner der Wille ein Geschäft für einen anderen zu führen, der mit der tatsächlichen Ausführung zusammen den Geschäftsführerverpflichtet, ohne darauf gerichtet zu sein¹⁴⁾; der Wille, die Pfandsache zurückzugeben, der mit der tatsächlichen Rückgabe das Pfandrecht zum Erlöschen bringt, ohne darauf gerichtet zu sein (§ 1253)¹⁵⁾.

¹¹⁾ Genauerer darüber unten § 194.

¹²⁾ Die von Ripp in der Festgabe für Koch (1903) S. 110 ff. behandelten Rechtswahrnehmungen gehören größtenteils in diese Klasse, zum Teil aber auch zu der folgenden Klasse der Mitteilungen.

¹³⁾ Sonst wäre es eine Willenserklärung.

¹⁴⁾ Dieser Wille ist zwar ein Erfordernis der Ansprüche des Geschäftsführers, aber nicht des Geschäftsherrn. Deshalb ist die Geschäftsführung ohne Auftrag keine Willenserklärung.

¹⁵⁾ Nicht hierher gehört die Fortsetzung des Gebrauchs der Mietsache und ähnliche Fälle (unwiderleglich vermutete Willenserklärung, vgl. unten § 114 III 2).

b) Zu den Mitteilungen gehören z. B. die schon erwähnte Mitteilung des Gläubigers an den Schuldner, daß die Forderung zehrt sei (§§ 409, 412, 413); die Mitteilung des Vermieters an den Mieter, daß die Mietsache veräußert sei (§ 576); die Mitteilung, daß eine Bollmacht erteilt sei (§§ 171, 173); die Benachrichtigung von der Verspätung einer Annahmerklärung (§ 149); die Anzeige eines Mangels des Kaufgegenstandes an den Verkäufer (§§ 478—480, 485)¹⁹⁾.

Ferner manche (nicht alle) Anerkennungen, d. h. Einräumungen der Wahrheit von Rechtsverhältnissen oder Tatsachen, die in irgendwelcher Beziehung gegen den Erläuternden wirken, z. B. die Anerkennung eines Anspruchs, welche die Verjährung unterbricht (§ 208), während der schuldrechtliche Anerkennungsvertrag ein (aus gegenseitigen Willenserklärungen bestehendes) Rechtsgeschäft ist²⁰⁾.

3. Realakte. Diese erfordern weder eine Äußerung eines Willens, noch einer Vorstellung, vielmehr nur die Bewirkung eines tatsächlichen, dem Gebiete des Rechts nicht angehörigen Erfolges, der aber nach den Vorschriften der Rechtsordnung eine Rechtswirkung hervorruft. Dahin gehört z. B. die Spezifikation (§ 950); sie erfordert nur die tatsächliche Herstellung der neuen Sache, die Rechtsordnung aber knüpft daran den Eigentumserwerb; ebenso die Schatzfindung (§ 984) und der Fund (§§ 965 Abs. 1, 976); ferner die Herstellung eines wissenschaftlichen oder künstlerischen Werkes, an welche der Erwerb des Urheberrechts geknüpft ist. Die Realakte sind daher erlaubte nicht in Willens- oder Vorstellungsausprägungen bestehende Handlungen, welche zunächst einen tatsächlichen, dem Gebiete des Rechts nicht angehörigen Erfolg ins Leben rufen, aber nach Rechtsvorschrift zugleich Rechtswirkungen nach sich ziehen. Sie sind von den Rechtshandlungen wesentlich verschieden und sollten nicht als solche bezeichnet werden (wer möchte das Komponieren eines Liedes eine Rechtshandlung nennen?)²¹⁾. Mit den Willenserklärungen haben sie sehr wenig gemeinsam. Sie sind daher nicht nach deren Analogie zu behandeln²²⁾.

4. Die unerlaubten Handlungen, d. h. rechtswidrige, schuldhaftes Handlungen, an die sich eine für den Täter nachteilige Folge knüpft²³⁾. Sie zerfallen in

a) Delikte; bei ihnen tritt eine Schadenersatzpflicht als selbständige Folge der Rechtsverletzung ein (darüber im III. Titel).

¹⁹⁾ Nicht hierher gehören die Fälle, wo das Gesetz nur die Kenntnis eines Umstandes verlangt, die durch Mitteilung oder in anderer Weise erlangt sein kann, z. B. die Kenntnis von der Fesslung (§ 407) im Gegensatz zu der Fesslungsanzeige (§ 409).

²⁰⁾ Vgl. einerseits unten § 216 A, anderseits § 421 II.

²¹⁾ Auch die Bezeichnung „rein äußere Handlungen“ ist wenig zutreffend, man denke z. B. an poetische oder musikalische Schöpfungen, und ebensowenig empfiehlt sich der pleonastische Ausdruck „Tathandlungen“.

²²⁾ Zustimmend Klein S. 29, S. 42.

²³⁾ Eine unerlaubte Handlung ist bisweilen zugleich Willenserklärung, Rechtshandlung oder Realakt, z. B. ist die schuldhaftes Veräußerung einer fremden Sache zugleich Willenserklärung, die schuldhaftes Spezifikation zugleich Realakt.

b) Verletzung obligatorischer Verpflichtungen oder sonstiger Ansprüche. Hier werden nur bereits bestehende Ansprüche zum Nachteil des Verletzten verändert, insbesondere in Ersatzpflichten umgewandelt (darüber im Recht der Schuldverhältnisse).

c) Bertwirkungen. Hier wird infolge der unerlaubten Handlung ein Recht verloren, z. B. das Recht auf Ehescheidung infolge der Zustimmung zum Ehebruch (§ 1565), das Recht der elterlichen Gewalt infolge der Begehung gewisser Vergehen und der Verurteilung aus diesem Grunde (§ 1680), der Zinsanspruch wegen Nichterfüllung der durch Art. 4 des Wuchergesetzes auferlegten Verpflichtungen.

5. Schuldlose zu Ersatz verpflichtende Handlungen. Hier werden fremde Interessen ohne Verschulden des Täters verletzt. Diese Handlungen sind teils (objektiv) rechtswidrig, z. B. Selbsthilfehandlungen, die in der entschuldbaren irrigen Annahme, daß ihre Voraussetzungen vorlägen, vorgenommen werden, § 231, teils rechtmäßig, z. B. die Beschädigung oder Vernichtung einer fremden Sache, um eine drohende unverhältnismäßig große Gefahr abzuwenden, § 904 (Näheres im IV. Titel).

§ 129. Die Handlungsfähigkeit.

I. Unter Handlungsfähigkeit versteht die gemeinrechtliche Theorie die Fähigkeit zu juristischen Handlungen. Das BGB kennt keinen allgemeinen Begriff der Handlungsfähigkeit, sondern nur die Fähigkeit zu Willenserklärungen und folgeweise zu Rechtsgeschäften (§§ 104—115) und die Deliktsfähigkeit oder Zurechnungsfähigkeit (§ 828)¹⁾.

Die Rechtshandlungen (geschäftsfähnlichen Handlungen) setzen in gleicher Weise wie die Willenserklärungen die Geschäftsfähigkeit voraus (oben § 128 III 2)²⁾.

Die Realakte dagegen erfordern regelmäßig nur die tatsächliche Fähigkeit, diejenige Handlung vorzunehmen, an die der Rechtserfolg sich knüpft, z. B. die Sache durch Bearbeitung zu einer neuen umzugestalten, den Schatz

¹⁾ Darin liegt m. E. keine Abweichung vom gemeinen Rechte, sondern nur eine Korrektur der in dieser Beziehung unrichtigen Theorie. Was das gemeine Recht Handlungsfähigkeit nannte, war in der That nur eine an Unklarheit leidende Verbindung der beiden Begriffe der Geschäftsfähigkeit und der Deliktsfähigkeit, und wenn man die Handlungsfähigkeit in der oben angegebenen Weise definierte, so war das fehlerhaft; denn es gab auch nach gemeinem Recht genug juristische Handlungen, die auch ein Geisteskranker oder ein Kind unter 7 Jahren vollwirksam vollziehen konnte, z. B. das Bearbeiten einer Sache, das Komponieren eines Liedes.

²⁾ Also kann z. B. der Geisteskranke weder gültig mahnen noch eine wirksame Besessensanzeige machen, der Minderjährige zwar gültig mahnen, weil ihm das lediglich einen rechtlichen Vorteil bringt, aber ohne Zustimmung des gesetzlichen Vertreters keine wirksame Besessensanzeige machen, weil das mit Rechtsnachteilen verbunden ist (Näheres unten § 194).

zu finden, das Lied zu komponieren. Ein Geisteskranker, der einen Schatz findet oder ein Lied komponiert, erwirbt unzweifelhaft die dem Finder zufallende Schatzeshälfte bzw. das Urheberrecht.

Auf die Verletzung obligatorischer Verpflichtungen und sonstiger Ansprüche werden (wie nach gemeinem Recht) die Vorschriften über die Deliktsfähigkeit angewandt.

Ob schullose Handlungen, die zu Schadensersatz verpflichten, irgendwelche Handlungsfähigkeit voraussetzen, läßt sich nur nach der Natur der einzelnen Handlungen bestimmen. Die Schadensersatzpflicht nach § 904 z. B. setzt weder Geschäftsfähigkeit noch Deliktsfähigkeit voraus.

II. Im einzelnen ist die Geschäftsfähigkeit bei den Erfordernissen der Rechtsgeschäfte (unten §§ 141ff.), die Deliktsfähigkeit bei den unerlaubten Handlungen (unten Titel III) zu besprechen.

3. Der Rechtserwerb insbesondere.

§ 130. Arten des Erwerbes*).

I. Wir unterscheiden abgeleiteten (derivativen) und ursprünglichen (originären, selbständigen) Erwerb.

1. Der abgeleitete Erwerb stützt sich auf das Recht einer anderen Person, das also eine Vorbedingung des Erwerbes bildet; der Erwerb ist von diesem Rechte abhängig. Beim ursprünglichen Erwerb besteht ein solches Abhängigkeitsverhältnis nicht.

Derivativ ist z. B. die Erbfolge, ferner die Eigentumsübergabe nach gemeinem Recht (über das BG vgl. unten § 132); originär z. B. der Erwerb durch Okkupation und zwar auch dann, wenn die Sache von einem früheren Eigentümer delinquent war, da der Erwerb sich nicht auf dessen früheres Eigentum, sondern darauf gründet, daß bei der Okkupation niemand Eigentümer war¹⁾; ferner der Früchterwerb des Eigentümers, Nießbrauchers oder gutgläubigen Erwerbers²⁾, nicht aber der Früchterwerb des Pächters nach gemeinem Recht, der vielmehr, weil auf der Gestattung des Verpächters (Tradition) beruhend, vom Rechte des Verpächters abhängig ist.

2. Der abgeleitete Erwerb wird Rechtsnachfolge oder Sukzession genannt; der Erwerber heißt Rechtsnachfolger oder Sukzessor, derjenige, auf dessen Recht sich der Erwerb stützt, Rechtsvorgänger oder Auktor.

*) Regelsberger I § 120; Hellwig, Wesen der Rechtskraft S. 92ff.; Romeid, Zur Technik des BG, III Rechtsnachfolge, 1904; Regelsberger, Dogm. 47 S. 339ff.; E. v. Schwerin, Über den Begriff der Rechtsnachfolge, 1905; v. Tuhr II §§ 44ff.; Hirsch, Übertragung der Rechtsausübung.

¹⁾ Anderer Ansicht für diesen Fall Hellwig S. 272; dagegen Romeid S. 78ff. und Regelsberger I § 122 I. Das gleiche gilt von dem Eigentumserwerb des Fiskus, nachdem das Eigentum nach § 928 Abs. 1 ausgegeben ist, RGZ 82 S. 74.

²⁾ Denn der Erwerb gründet sich nur auf das eigene Recht dieser Personen. (Manche sprechen freilich auch in solchen Fällen von abgeleitetem Erwerb, Biermann § 40, 2.) Doch liegt in den beiden ersten Fällen mittelbare Rechtsnachfolge vor, wenn das Eigentum oder der Nießbrauch derivativ erworben waren, vgl. unten Anm. 10.

a) Der Begriff der Rechtsnachfolge ist nicht schon dadurch gegeben, daß einem anderen vorher das gleiche Recht zustand. Der Erwerb der Kriegsbeute ist originär, weil nicht von dem Recht einer bestimmten anderen Person abhängig; ebenso der Erwerb durch Erfindung³⁾, denn er findet nicht statt, weil, sondern trotzdem bisher ein bestimmter anderer berechtigt war⁴⁾.

b) Die Rechtsnachfolge beruht häufig auf dem Willen des Rechtsvorgängers; aber notwendig ist das nicht. Die gesetzliche Erbfolge (ebenso die Roterbfolge des gemeinen Rechts) ist so gut Rechtsnachfolge wie die testamentarische Erbfolge.

c) Der Rückfall eines Rechts an den Veräußerer ist keine Sukzession, wenn er nicht etwa (ausnahmsweise) davon abhängig ist, daß das Recht des bestimmten Zwischenberechtigten im Zeitpunkt des Rückfalls noch fortbauere⁵⁾. Die bedingte Rechtsübertragung macht (bei eintretender Bedingung) den Erwerber zum Rechtsnachfolger und zwar des Übertragenden, nicht dessen, der inzwischen das Recht etwa (bösgläubig) erworben hat.

3. Eine Rechtsnachfolge in den Besitz liegt zweifellos vor, wenn er auf Grund des Besitzes des Vorgängers erworben wird, mithin bei Erbfolge und bei Übertragung des mittelbaren Besitzes durch Abtretung des Herausgabeanspruchs (§ 870). Außerdem aber betrachtet das BG jeden mit dem Willen des bisherigen Besitzers erfolgenden Besitzerwerb als Rechtsnachfolge in den Besitz⁶⁾, was mit der zunächst tatsächlichen Natur des Besitzes zusammenhängt (§§ 221, 861 Abs. 2, 862 Abs. 2, 943, 999).

II. Man unterscheidet den abgeleiteten Erwerb in

a) translativen Erwerb, Rechtsübertragung im engeren Sinn; hier erwirbt der Nachfolger daselbe Recht, das dem Auktor zustand, so z. B. bei der Eigentumsübertragung und der Abtretung von Forderungen⁷⁾:

b) konstitutiven oder rechtsbegründenden Erwerb; hier wird auf Grund des Rechts des Auktors ein Recht anderen Inhalts geschaffen, so z. B. bei der Servituten- oder Pfandrechtsbestellung. Auch der konstitutive Erwerb ist Rechtsnachfolge in dem oben entwickelten Sinne; denn das konstituierte Recht kommt nur zur Entstehung, wenn das Mutterrecht bestand und innerhalb der diesem gesetzten Schranken⁸⁾.

³⁾ U. A. Brinz § 76; dagegen namentlich Regelsberger (Festgabe) S. 373f.

⁴⁾ Die Römer gebrauchen freilich den Ausdruck succedere bisweilen auch bei bloß zeitlicher Aufeinanderfolge der Berechtigten, Gaj. III §§ 7 u. 8; L. 11 pr. D. de inoff. test. 5, 2; L. 12 § 5 D. qui pot. 20, 4.

⁵⁾ So die allgemeine Meinung, vgl. z. B. Rot. I S. 378f.; Hölder zu § 221; Gaupp-Stein zu § 325 BPO (abweichend Hellwig S. 111). Der Rückfall infolge Eintritts der Resolutionsbedingung ist also keine Sukzession, weil das Recht (von dem Schutze des guten Glaubens abgesehen) auch aus der Hand eines Dritten zurüdfällt. Dagegen war der Rückfall der Dotalsache an die Frau eine Sukzession, weil von der Fortdauer des Eigentums des Mannes abhängig; si tamen extant, L. 30 C. 5, 12.

⁶⁾ Vgl. Ripp zu Windscheid I S. 794; Hellwig, Rechtskraft S. 246; Wolff, Sachenrecht § 11. U. A. Sohm, Gegenstand S. 26ff.; Riezler zu § 221.

⁷⁾ Bestritten ist, ob das Recht des Auktors als auf den Erwerber übergehend zu betrachten ist oder ob das Recht des Erwerbers als ein neu entstandenes, aber inhaltsgleiches Recht gedacht werden muß (die verschiedenen Ansichten bei Windscheid I § 64 Anm. 6). Die erstere Ansicht ist einfacher und entspricht dem Sprachgebrauch („ich übertrage mein Recht, meine Forderung“), dürfte also vorzuziehen sein.

⁸⁾ Manche Rechtslehrer beschränken indes den Ausdruck Rechtsnachfolge auf den translativen Erwerb.

Dagegen begründet das Aufgeben eines dinglichen Rechts keine Sukzession; denn die daraus folgende Unbeschränktheit des Eigentums beruht auf dem Wesen des Eigentums, nicht auf einem Rückwerb des dinglichen Rechts und ist nicht davon abhängig, daß dies dem Berechtigten zustand, sondern nur davon, daß es jetzt nicht mehr besteht*).

III. Die Rechtsnachfolge ist ferner entweder Sondernachfolge, Singularsukzession — diese bezieht sich auf die Rechte als einzelne — oder Gesamtnachfolge, Universalsukzession — diese bezieht sich auf ein Vermögen als ganzes (darüber unten § 133).

IV. Der Begriff der Sukzession beschränkt sich nicht auf Rechte, sondern bezieht sich auch auf Verpflichtungen, z. B. kann eine Schuld unbeschadet ihrer Identität von einer anderen Person übernommen werden (vgl. unten § 308 I).

V. Man kann endlich die unmittelbare und die mittelbare Rechtsnachfolge unterscheiden. Mittelbar ist sie, wenn der Erwerb von einem Rechte abhängt, das selbst wieder von dem Rechte eines anderen abhängig ist¹⁰⁾.

§ 131. Bedeutung der Rechtsnachfolge.

I. Die privatrechtliche Bedeutung der Rechtsnachfolge ist durch den Begriff selbst gegeben; der Nachfolger wird nur berechtigt, wenn das Recht des Auktors bestand, und die dem Recht des Auktors anhaftenden Beschränkungen (Servituten, Pfandrecht, Endtermin, auflösende Bedingung usw.) übertragen sich auf das Recht des Nachfolgers¹⁾.

Man darf aber diesem Gedanken nicht die Fassung geben, niemand könne einem anderen mehr Recht verschaffen, als er selbst habe; denn das an sich beschränktere Recht des Auktors kann gerade den Inhalt haben, unter Umständen ein umfassenderes Recht begründen zu können. So kann nach römischem Recht der Pfandgläubiger zum Zweck der Befriedigung seiner Forderung die Pfandsache veräußern und dadurch den Erwerber zum Eigentümer machen, obgleich er selbst nicht Eigentümer ist²⁾. Nach bürgerl. Recht gilt dasselbe nur mit dem Unterschiede, daß der Pfandverkauf grundsätzlich durch einen Mittelsmann (Gerichtsvollzieher, Versteigerer, Handelsmäkler) vorgenommen wird

*) Der von Hellwig S. 271 ff. aufgestellte Begriff der restitutiven Sukzession ist also nicht anzuerkennen. Vgl. dagegen auch Romeis S. 96 ff. u. Bekker I § 34 Note i. Ebenso wenig begründet das Aufgeben von Forderungen eine Rechtsnachfolge.

¹⁰⁾ Wenn A seine Forderung an B und dieser sie dann an C abtritt, so ist C unmittelbarer Sukzessor des B, mittelbarer des A. Das Recht, auf das der Erwerb sich unmittelbar gründet, kann übrigens auch ein eigenes, aber derivativ erworbenes Recht sein. Der Fruchtterwerb des Nießbrauchers ist, wenn der Nießbrauch derivativ erworben war, mittelbar von dem damaligen Recht des Auktors abhängig.

¹⁾ So nicht nur nach röm. Recht (L. 54 D. de R. J. 50, 17; L. 157 § 1 D. eod.; L. 20 pr. u. § 1 D. de A. R. D. 41, 1; L. 67 D. de contr. emt. 18, 1), sondern grundsätzlich (über die Ausnahmen zugunsten gewisser gutgläubiger Erwerber unten § 132) auch nach BGB, vgl. z. B. § 398 „vom Gläubiger“, § 404, § 412, § 873 „des Berechtigten“, § 892, § 929 „vom Eigentümer“, § 936 Abs. 2 usw., vgl. auch §§ 414, 415, 417.

²⁾ Auch die Römer haben sehr wohl die Ungenauigkeit der Fassung „Nemo plus juris ad alium transferre potest, quam ipse habet“ (L. 54 D. de R. J. 50, 17) erkannt; vgl. L. 46 D. de A. R. D. 41, 1: „Non est novum, ut qui dominium non habet alii dominium praebeat; nam et creditor pignus vendendo causam domini praestat, quam ipse non habet“.

weitaus meisten Fällen, lediglich den Schutz bestimmter Personen, so bewirkt es also nur relative Unwirksamkeit der Veräußerung⁹⁾, die Vorschriften über den Erwerb vom Nichtberechtigten finden Anwendung, und das Veräußerungsverbot ist den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam (Ausnahme oben unter a). Richterliche Veräußerungsverbote werden namentlich durch einseitige Verfügung (§§ 935 ff. ZPO.) erlassen; ferner wirkt die Anordnung der Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung als Veräußerungsverbot (§§ 20, 23, 146 ZWBG; vgl. ferner RD §§ 6, 106).

Beispiel: Dem A ist die Veräußerung einer beweglichen Sache zugunsten des B, der sie gekauft hat, aber die Tradition erst nach Ablauf einer Frist verlangen kann, durch den Richter verboten (ZPO §§ 935, 938). Er veräußert die Sache gleichwohl an den C durch Übergabe. Welche Wirkung hat das?

War C beim Erwerbe in gutem Glauben in bezug auf das Veräußerungsverbot, so wird er nicht nur Eigentümer, sondern sein Eigentum ist in entsprechender Anwendung des § 932 auch dem B gegenüber wirksam.

War der C beim Erwerbe nicht in gutem Glauben bezüglich des Veräußerungsverbots, so hat er gleichwohl Eigentum erworben; denn im allgemeinen ist die Veräußerung nach den §§ 135 und 136 ja gültig. Dem B gegenüber gilt er indes nicht als Eigentümer.

Aber wie kommt B zu seinem Recht, nachdem die für die Übergabe festgesetzte Frist abgelaufen ist? Eigentümer ist er nicht. Gleichwohl ist er keineswegs schuldlos. Da nämlich ihm gegenüber die Veräußerung unwirksam ist, ihm gegenüber also der Verkäufer A noch Eigentümer ist, so kann er den A zur Abtretung der Eigentumslage zwingen (ZPO § 894). Durch diese Binditionszession aber wird B nach § 931 des BG Eigentümer, sie ersetzt die Tradition¹⁰⁾. B kann also nun als Eigentümer die Herausgabe der Sache

93, StrZPO § 480). Die unrichtige Fassung ist durch ein Redaktionsversehen bei der zweiten Lesung entstanden. Richtig der E. I § 107 und die Motive I S. 212. Unrichtig E. II § 102 u. die Bundesratsvorlage § 132, während die Protokolle (I S. 125) diese Änderung als eine nur formelle bezeichnen, vgl. Raape S. 90 ff. So auch die herrschende Meinung u. RG 105 S. 75 f.

⁹⁾ Das gilt aber auch hier nur, soweit das durch das Verbot geschützte Interesse jener Personen in Frage steht (oben Anm. 5). Ist dem A wegen einer erst später fälligen Forderung des B auf Übereignung eines Grundstücks die Veräußerung des Grundstücks untersagt, hat er aber gleichwohl an C veräußert, so kann B die inzwischen dem C erwachsenen Früchte nicht als Exekutionsobjekt für eine andere ihm gegen A zustehende Forderung benutzen. Hierauf hat Strohal S. 50 aufmerksam gemacht. Sein daraus gegen die herrschende Ansicht erhobener Einwand dürfte die jetzige Formulierung des Textes nicht mehr treffen.

¹⁰⁾ So auch die herrschende, von Pand zuerst entwickelte Ansicht. — Knoke (S. 408) wendet ein, durch die Binditionszession des A an B könne C sein Eigentum nicht verlieren, müsse vielmehr mindestens Dritten gegenüber Eigentümer bleiben. Dem ist schwerlich zuzustimmen. Wenn die Veräußerung an C nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes dem B gegenüber unwirksam ist, so ist eben C, soweit das Recht des B in Frage steht, überhaupt nicht Eigentümer geworden. Jetzt aber, nachdem das Eigentum durch Binditionszession auf B übertragen ist, kommt nur noch das Recht des B in Betracht; mithin ist jedes Recht des C schon nach dem Wortlaut, sicher nach dem Sinne des Gesetzes ausgeschlossen. Wenn Dertmann, DogmZ 66 S. 257, hiergegen einwendet, es sei unverständlich, wie so der Abtretungsakt das doch nach außen sicher entstandene Recht des Dritterwerbers nachträglich wieder solle beseitigen können, so beachtet er nicht, daß ja das Gesetz selbst die Rechte des Dritterwerbers dem Verbotsgeschützten gegenüber für unwirksam erklärt, also damit auch sagt, daß sobald der Verbotsgeschützte Eigentümer geworden, das Eigentum des Dritterwerbers unwirksam sein soll. — Strohal (besonders S. 51 ff.) steht der herrschenden Lehre nahe, nimmt aber an, C habe durch die verbotene Veräußerung des A nur resolutiv bedingtes Eigentum erworben, das um des B willen an den A zurückzufallen zu dem beschränkten Zwecke, die Verwirklichung des geschützten Anspruchs des B zu

von C beanspruchen, da dessen Eigentum, wie die ganze Veräußerung, ihm, dem B, gegenüber unwirksam ist¹¹⁾. Man wird ihm aber nach der Intention des Gesetzes auch eine direkte Klage gegen C auf dessen Mitwirkung zur Eigentumsübertragung an A nicht versagen können, was für das Liegenschaftsrecht durch § 888 Abs. 2 bestätigt wird.

3. „Durch Rechtsgeschäft kann die Verfügung über ein veräußerliches Recht nicht ausgeschlossen oder beschränkt werden“, § 137 S. 1. Die Veräußerung, welche gegen ein vertragsmäßiges Veräußerungsverbot verstößt, ist also gleichwohl gültig. Obligatorisch aber kann natürlich der Vertrag, die Sache nicht veräußern zu wollen, wirksam sein, nämlich wenn der andere Kontrahent ein Interesse an der Nichtveräußerung hatte, § 137 S. 2¹²⁾. Es entsteht dann eine Forderung auf Unterlassung der Veräußerung und, wenn diese doch erfolgt, auf Schadensersatz¹³⁾.

ermöglichen, und nur soweit es zu diesem Zwecke erforderlich sei. A müsse es daher durch Binditionsanweisung auf B übertragen. Allein diese Konstruktion dürfte schwerlich einfacher sein als die herrschende und entspricht weit weniger der Fassung des Gesetzes. Auch die praktischen Konsequenzen der herrschenden Lehre zwingen nicht zu dieser Umgestaltung. Insbesondere kann die herrschende Lehre, wenn sie beachtet, daß der Veräußerer dem durch das Verbot Begünstigten gegenüber nur soweit noch als Eigentümer gilt, als dessen durch das Verbot geschütztes Interesse es fordert (oben Anm. 5 u. 9), unmöglich annehmen, daß B die veräußerte Sache auch in einem nach der Veräußerung ausbrechenden Konkurs des A als zu dessen Konkursmasse gehörig betrachten müsse, sein Recht also nur als Konkursgläubiger geltend machen könne. Die herrschende Lehre hat auch diese Folgerung bisher nicht gezogen. — Dertmann S. 265ff. verwirft den Begriff der relativen Unwirksamkeit überhaupt. Die verbotswidrige Veräußerung sei gültig; aber ihre Wirkungen müßten, soweit sie den Verbotsgeschützten beeinträchtigen, ausgeglichen werden. Vor der Veräußerung seien die dem Verbote unterliegenden Gegenstände dem Vollstreckungszugriff des Verbotsgeschützten unterworfen gewesen. Sie müßten daher, obwohl nun dem Erwerber gehörig, dem Vollstreckungszugriff des Verbotsgeschützten unterworfen bleiben. Letzteres ist m. E. richtig, steht aber mit der relativen Unwirksamkeit der Veräußerung nicht in Widerspruch, sondern ergibt sich gerade erst aus ihr; denn wenn die Veräußerung dem Verbotsgeschützten gegenüber unwirksam ist, so gilt der veräußerte Gegenstand ihm gegenüber noch als dem Veräußerer gehörig, kann also von dem Verbotsgeschützten zur Zwangsvollstreckung herangezogen werden. Die relative Unwirksamkeit ist also gerade das Mittel, durch welches das Gesetz das von Dertmann richtig erkannte Ziel erreicht. Dertmann (S. 267) gibt übrigens im Grunde selbst zu, daß seine Konstruktion nicht ausreicht. Wenn, wie gerade in unserem Beispiele, der Veräußerungsgegenstand nicht nur Haftungs-, sondern auch Schuldgegenstand war, „so genügt der Fortbestand der Haftung nicht; denn aus ihr allein würde sich keine Möglichkeit ergeben, dem Verbotsberechtigten das Eigentum an der Sache zu verschaffen.“ Der „Erwerber muß also zur Abgabe der erforderlichen Willenserklärung verpflichtet erachtet werden.“ Wir haben also allen Grund, an der relativen Unwirksamkeit festzuhalten, die zudem im Gesetze in unzweifelhafter Weise ausgesprochen ist.

¹¹⁾ A. A. Raape, der einwendet, C würde sich gegen die Bindition des B durch *exceptio rei venditae et traditae* schützen können; allein diese Einrede fällt weg, weil sie der Absicht des Gesetzes, den B zu schützen, widersprechen würde. A. A. auch Dernburg, dessen Gegenstände (I § 124 Note 6) aber Raape (S. 53 Note 4) zutreffend widerlegt.

¹²⁾ Besondere Ausnahme in § 1136.

¹³⁾ Besteht eine obligatorische Pflicht, nicht zu veräußern, so kann, wenn ein nach Ermessen des Richters genügender Grund vorliegt, auch die Erlassung eines richterlichen Veräußerungsverbots durch einstweilige Verfügung verlangt werden. Zulässig ist ferner bei der Veräußerung einer beweglichen Sache die Hinzufügung einer Resolutivebedingung nach der das Eigentum im Falle der Weiterveräußerung zurückfallen soll (wie hier die herrschende Meinung; a. A. Schott, Breslauer Fechtchr. f. Dahn S. 305ff., u. Dertmann zu § 137, 2aß auf Grund einer m. E. nicht zutreffenden Analogie aus § 137). Bei der Veräußerung von Grundstücken kann für den Fall der Weiterveräußerung die Rückgabepflicht vereinbart und durch Vormerkung dinglich wirksam gemacht werden. Die Ein-

Die Regel, daß ein vertragsmäßiges Veräußerungsverbot die Veräußerung nicht ungültig macht, erleidet eine nicht unwichtige Ausnahme für die Abtretung von Forderungen. Gläubiger und Schuldner können mit voller Wirkung vereinbaren, daß die Forderung nicht abgetreten werden kann. Die Abtretung ist dann nichtig, § 399. Das gleiche gilt nach § 413 auch von manchen anderen Rechten, namentlich den Urheberrechten, was für den Verlagsvertrag von besonderer Bedeutung ist (vgl. auch Verlagsgesetz § 28).

Zweiter Titel.

Die Rechtsgeschäfte.

I. Begriff und Hauptarten. *)

§ 136. Willenserklärung und Rechtsgeschäft.

I. Dem Menschen ist durch die Rechtsordnung in sehr weitem Umfange die Macht gegeben, seine Rechtsverhältnisse durch den eigenen Willen zu gestalten und dadurch mit seinen Bedürfnissen und Neigungen in Einklang zu bringen. Das Mittel, das dazu dient, ist die Abgabe einer Willenserklärung, d. h. einer auf eine Rechtswirkung gerichteten Privatwillensäußerung (oben § 128 III 1), die allein oder in Verbindung mit anderen Willenserklärungen und sonstigen durch den Willen in Bewegung gesetzten Tat-

räumung eines (durch Vormerkung gesicherten) Vorlaufrechts zu minimalem Preise (welche v. Tuhr II 1 S. 372 zu diesem Zwecke empfiehlt) erscheint als ein unnötiger Umweg, ganz abgesehen davon, daß eine solche Vereinbarung schwerlich unter den Begriff des Vorlaufrechts fallen würde.

*) Karlowa, Das Rechtsgeschäft und seine Wirkungen, 1877; Windscheid, Wille und Willenserklärung, 1878; Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft, 1879, ferner DogmZ 16 S. 357ff.; Enneccerus, Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin, 1889 S. 5—170; Lenel, DogmZ 19 S. 154ff.; Pernice, Zeitschrift f. Handelsrecht 25 S. 77ff.; Leonhard, Der Irrtum bei nichtigen Verträgen, 1882, 2. Aufl. 1907; Weckmann, Kauf II S. 1—58; Eisele, DogmZ 25 S. 414ff.; Bierling, Juristische Prinzipienlehre II S. 117; Windscheid-Kipp I § 69; Regelsberger I § 135; Gierke I § 33; v. Tuhr §§ 50ff. u. Allg. L. des Schweiz. ORs §§ 20ff.; Zitelmann, Die Rechtsgeschäfte im Entwurf des BGB, 1889 (von bleibendem Wert, zumal die Gestaltung der Rechtsgeschäftslehre im BGB dadurch stark beeinflusst ist); Hölder, Kommentar S. 234, ferner DogmZ 55 S. 411ff.; 58 S. 111ff.; Hellmann, DogmZ 42 S. 413ff.; Franke, Die Willenserklärung, 1899, und DogmZ 44 S. 41; Ronch, Willenserklärung und Rechtsgeschäft, 1900; Manigk, Anwendungsgebiet der Vorschr. für die Rechtsgeschäfte 1901; Wlassat, Vertrag 1902; Breit, SächsV. 13 S. 283ff., 314ff.; 15 S. 165ff., 637ff.; u. die Geschäftsfähigkeit, 1903, S. 76ff.; Elsbacher, Die Handlungsfähigkeit nach d. bürgerl. Recht I, 1903 (dazu Gierke, Zeitschr. f. Handelsrecht 55 S. 305ff.); Wedemeyer, Abschluß eines obligatorischen Vertrages durch Erfüllungs- und Aneignungshandlungen, 1903; Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft, 1907; Schloßmann, Willenserklärung und Rechtsgeschäft in der Festgabe für Hänel, 1907; ten Hompel, Verständigungszweck im Recht, 1908; Senle, Vorstellung- u. Willenstheorie i. d. L. v. d. juristischen Willenserklärung, 1910; Jacobi, Theorie der Willenserklärungen, 1910; Jacobsohn, DogmZ 58 S. 329ff.; Hölder, Inhalt der Willenserklärung, 1911 (Programm); Binder, Archiv f. Rechts- und Wirtschaftsphilosophie Bd. 5 u. 6; Manigk, Irrtum und Auslegung, 1918; Brodmann, Ehrenbergs Handb. d. Handelsrechts IV Abt. 2, 1918; Manigk, DogmZ 57 S. 127ff.

bestandsteilen als Grund der gewollten Rechtswirkung anerkannt ist. Diesen gesamten gewollten oder doch durch den Willen in Bewegung gesetzten Tatbestand nennen wir Rechtsgeschäft.

Besteht das Rechtsgeschäft nur aus einer Willenserklärung, ist also diese einzelne Willenserklärung für sich allein als Grund der Rechtswirkung anerkannt, so decken sich Willenserklärung und Rechtsgeschäft. Beispielsweise können wir die Kündigung mit gleichem Rechte als Willenserklärung oder als Rechtsgeschäft bezeichnen. Oft aber führt die Willenserklärung für sich allein die Rechtswirkung nicht herbei, sondern ist nur in Verbindung mit einer anderen Willenserklärung oder mit anderen Tatbestandsteilen als Grund der Rechtswirkung anerkannt. Dann ist sie nur ein Teil des Tatbestandes, den wir als Rechtsgeschäft bezeichnen, und es wäre verwirrend und dem Sprachgebrauch des BG nicht entsprechend, wollte man sie gleichwohl Rechtsgeschäft nennen. Weniger bedenklich (obwohl gleichfalls ungenau) ist es, wenn umgekehrt Rechtsgeschäfte, die aus mehreren Willenserklärungen bestehen (z. B. Verträge) oder neben solchen noch andere Tatbestandsteile enthalten (unten B), nach ihrem wesentlichsten Bestandteile einfach „Willenserklärungen“ genannt werden.

II. Obgleich die Durchführung des menschlichen Willens (in den durch Sittengesetz und allgemeines Wohl gebotenen Schranken) den Grund der Anerkennung des Rechtsgeschäfts bildet, erfordert doch die Verkehrssicherheit nicht selten, daß die äußerlich erkennbare Willenserklärung gültig und wirksam sei, obgleich ihr kein Wille oder kein dem Inhalt entsprechender Wille zugrunde liegt. Deshalb ist das Vorhandensein des inneren Willens in die Begriffsbestimmung des Rechtsgeschäfts nicht aufzunehmen¹⁾. Wir definieren daher: Rechtsgeschäft ist ein Tatbestand, der eine Willenserklärung oder eine Mehrheit von solchen enthält und von der Rechtsordnung als Grund für den Eintritt der als gewollt bezeichneten Rechtswirkung anerkannt ist²⁾. Dies bedarf näherer Darlegung.

¹⁾ Nach gemeinem Rechte waren die Ausnahmefälle, in denen ein Geschäft trotz des Mangels eines der Erklärung entsprechenden Willens gültig war, so selten, daß es zulässig war, sie bei der Definition unberücksichtigt zu lassen (vgl. Enneccerus, Rechtsgeschäft S. 54). Anders nach BG, da sie hier weit häufiger und gewichtiger geworden sind.

²⁾ Zustimmung Bland-Flab, Vorbem. zum III. Abschn. I, 1. Eine in der gemeinrechtlichen Theorie sehr verbreitete Definition, der die Motive I S. 126 folgen, bezeichnet das Rechtsgeschäft als „eine Privatwillenserklärung, gerichtet auf die Hervorbringung eines rechtlichen Erfolges, welcher nach der Rechtsordnung deshalb eintritt, weil er gewollt ist“. Die oben im Texte gegebene Definition spricht dagegen von einem „Tatbestand“ usw., weil das Rechtsgeschäft, wie im Texte ausgeführt ist, auch noch andere Bestandteile als Willenserklärungen haben kann, und von „als gewollt bezeichneten“ Rechtswirkungen aus dem im Texte unter II angegebenen Grunde. Die sonstigen Abweichungen sind nur formal und nach der gleich folgenden Erläuterung des Begriffs der Willenserklärung ohne

A. Willenserklärung.

Jedes Rechtsgeschäft erfordert als wesentlichen Teil eine Willenserklärung, d. h. eine auf die Hervorbringung einer Rechtsfolge gerichtete Privatwillensäußerung (oben § 128 III 1) oder eine Mehrheit von solchen. Das ist im einzelnen zu begründen.

1. Ihrem Inhalte nach muß die Erklärung auf die Herbeiführung einer Rechtswirkung gerichtet sein³⁾, d. h. auf Begründung, Aufhebung oder Veränderung eines Rechtsverhältnisses⁴⁾. Einen Willen dieses Inhalts nennen wir Geschäftswillen. Willenserklärung ist also dasselbe wie Geschäftswillenserklärung; die Erklärung eines nur auf Tatsächliches gerichteten Willens nennt die Rechtssprache nicht Willenserklärung.

a) Die Erklärung braucht aber nicht alle Rechtsfolgen zu umfassen, die das Geschäft irgendwie unmittelbar oder mittelbar nach sich ziehen kann. Vielmehr kann das Gesetz neben den als gewollt bezeichneten Folgen noch weitere an das Geschäft knüpfen, z. B. an den Kauf die Haftung für Mängel (gesetzliche Nebenfolgen). Ferner können die

weiteres verständlich. — Über stark abweichende Ansichten von Bülow und Danz vgl. Breit, Geschäftsfähigkeit S. 168 ff.

³⁾ Gené, Dogm. 19 S. 154 ff.; Thon, Rechtsnorm S. 365; Schloßmann, Grunhuts Zeitschr. 7 S. 569; Ehrlich, Stillschweigende Willenserklärung S. 2 ff.; Danz, Auslegung S. 7 f., fordern nur ein Wollen (genauer ein Bewollterklären) von wirtschaftlicher oder gesellschaftlicher Bedeutung. Allein in dem Wollen eines wirtschaftlichen oder gesellschaftlichen Erfolges wird als Mittel zur Erreichung dieses Zwecks regelmäßig die entsprechende Rechtsfolge mitgewollt; der Erfolg wird als Rechtserfolg gewollt. Ferner kann ein wirtschaftlicher oder gesellschaftlicher Erfolg häufig durch verschiedene Rechtswirkungen erreicht werden, unter denen die Handelnden die Auswahl treffen müssen. Ja es gibt sogar Rechtsgeschäfte, deren gewollte und auch eintretende Rechtswirkungen dem erstrebten wirtschaftlichen Ergebnis nicht entsprechen (fiduziarische Geschäfte). Endlich ist diese für das gemeine Recht aufgestellte Ansicht mit den röm. Rechtsquellen nicht in Einklang, vgl. Enneccerus, Rechtsgeschäft S. 21 ff.; Regelsberger S. 135; Windscheid-Kipp § 69 Note 1a; Hellmann, KritVS 37 S. 171 ff.; Rosenberg, Stellvertretung S. 43 ff.; v. Tuhr II 1 S. 168 f. Über Bachmanns sog. empirische Absicht vgl. Enneccerus, Rechtsgeschäft S. 28 ff.; für die Ansicht des Textes jetzt auch RGZ 68 S. 324 f.: „Dagegen darf die auf eine Rechtswirkung gerichtete Absicht des Erklärenden im Tatbestande eines Rechtsgeschäftes niemals fehlen. Fehlt sie, so liegt ein Rechtsgeschäft überhaupt nicht vor, weder ein wirksames, noch ein unwirksames. Eine derartige Erklärung entbehrt völlig des rechtsgeschäftlichen Charakters.“ Danz will freilich in RGZ 68 S. 127 ff., einer Entscheidung desselben Senates (VII), einen Widerspruch hierzu finden, aber sehr mit Unrecht; denn dort wird nicht das Erfordernis einer auf Rechtsfolgen gerichteten Erklärung geleugnet, sondern ein richtiger und allgemein anerkannter Grundsatz über deren Auslegung aufgestellt. Wenn Danz meint, man denke bei den Millionen Geschäften des täglichen Lebens nicht an die Rechtsfolgen, so ist das nur verständlich, wenn man die Rechtsfolgen ohne weiteres mit „Gericht und Klagbarkeit“ identifiziert. Daß der Käufer und Verkäufer, Mieter und Vermieter daran denken, daß der Kaufpreis oder Mietzins bezahlt werden muß, daß also Rechtspflichten entstehen, sollte nicht bezweifelt werden (dagegen jetzt auch Bierling 4 S. 203 f. Anm. 6). Wie oben die vorherrschende Ansicht.

⁴⁾ Gené S. 376 fordert die „Erklärung, daß der Erklärende einen Rechtserfolg hiermit herbeiführe“, und bezeichnet diese Ansicht als „Dispositionstheorie“ im Gegensatz zu der angeblich herrschenden „Offenbarungstheorie“. In Wahrheit aber weicht seine Ansicht nur dadurch von der herrschenden ab, daß er die Erklärung als causa efficiens der Rechtswirkung betrachtet, während die herrschende Ansicht es unentschieden läßt, ob man die Willenserklärung oder die Rechtsordnung oder beide zusammen als Ursache betrachten will. Darüber, inwieweit die eine oder die andere dieser Auffassungen als zutreffend zu betrachten ist, vgl. oben § 45 Anm. 1 und Enneccerus, Rechtsgeschäft, S. 152—160.

als gewollt bezeichneten Folgen wieder andere mittelbare Folgen hervorgerufen, z. B. hat die erklärte Eigentumsauflassung den Mitübergang der dem Grundstück zustehenden Grunddienstbarkeiten zur Folge (mittelbare gesetzliche Folgen⁵⁾). Erklärt brauchen also nur die unmittelbaren und rechtsgeschäftlichen Folgen zu sein, die eben die Rechtsordnung deshalb hervorruft, weil sie (regelmäßig) gewollt sind⁶⁾.

b) Aber auch diese brauchen nicht in klarer juristischer Vorstellung, sondern nur in praktischer Gesamtanschauung erklärt zu sein, und es ist die Aufgabe des Richters, dieses praktische Gesamtbild in die zutreffenden juristischen Begriffe aufzulösen, was bisweilen mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden ist.

2. Unter Erklärung (des Geschäftswillens) ist einfach die Äußerung (des Geschäftswillens) zu verstehen⁷⁾.

⁵⁾ Näheres über die Unterscheidung der gewollten (rechtsgeschäftlichen) Folgen und der gesetzlichen Nebenfolgen oder mittelbaren Folgen und über den Wert dieser Unterscheidung s. Enneccerus, Rechtsgeschäft S. 145ff.

⁶⁾ Eine Ausnahme von der Regel, daß die geschäftlichen Rechtsfolgen als gewollt bezeichnet sein müssen, gilt nach gemeinem Recht dann, wenn eine wirtschaftliche Folge gewollt ist, die einer bestimmt vorgestellten Rechtsfolge entspricht, und das Wollen dieser Rechtsfolge nur durch eine irrtige Annahme verhindert wurde, dergestalt, daß mit Sicherheit anzunehmen ist, ohne jene irrtige Annahme würde sie gewollt sein. Die Römer sagen hier: plus in re est quam in existimatione, vgl. Enneccerus, Rechtsgeschäft S. 39—56. Für das Recht des BG ist dieser Satz nicht aufzustellen. Schließen z. B. die Parteien mündlich einen Vertrag in der irrigen Meinung, es sei Schriftform erforderlich, so sind in Wahrheit keine auf einen Rechtserfolg gerichteten Willenserklärungen vorhanden. Wäre freilich nur eine Partei in diesem Irrtum, so läge ihrerseits geheimer Vorbehalt vor, und der Vertrag wäre gültig, RRG 68 S. 325; v. Tuhr II 1 S. 173f.

⁷⁾ So wohl auch die vorherrschende Meinung, vgl. z. B. Dernburg I § 106 II, der hervorhebt, daß eine andere Auffassung zu „Begriffspaltereien, Verwirrung und ungesunden Ergebnissen führe“; Pland, Vorbem. zum 2. Tit. Nr. 3; Cosad § 51; Breit S. 116ff. u. a. m. U. U. aber nicht wenige, die freilich untereinander keineswegs übereinstimmen. So versteht Hellmann, DogmF 42 S. 412ff. (ähnlich wenn auch nicht so weitgehend Binder, Rechtsstellung des Erben S. 94 Anm. 70), unter Willenserklärungen nur die an einen bestimmten Adressaten gerichteten, also empfangsbedürftigen Willenserklärungen (vgl. dagegen z. B. § 2231 „eine vom Erblasser . . . eigenhändig geschriebene und unterschriebene Erklärung“, ferner §§ 2078, 2238 u. a. m., sowie Fat a. a. O. und Webemeyer S. 53ff.). M. Leonhard, Allg. Teil S. 156 (ähnlich Crome u. Elsbacher), fordert, daß die Erklärung zur Wahrnehmung für andere bestimmt sei, sieht also im Testament eine Erklärung, nicht aber in der Okkupation oder Dereliction. Manigk hält den Kundgebungszweck der Erklärung für wesentlich und infolgedessen Erklärungen ohne Erklärungsgegner für unentbehrlich. Die stillschweigende Erbchaftsannahme ist ihm daher eine Erklärung, wenn sie einem Interessenten gegenüber erfolgt, sonst nicht. Das Testament aber soll gleichwohl stets eine Willenserklärung sein, da es den Zugang an die Erklärungsinteressenten fordere (?). Der Zugang werde durch die Erklärung an die Behörde oder die Zeugen als Vertreter der wahren Erbchaftsinteressenten bewirkt (?); beim eigenhändigen Testament aber, „so sehr der Schein dagegen spricht“, dadurch, daß der Testator die Urkunde der Nachwelt überliefern und Sorge trage, daß sie zur Zeit der Wirksamkeit sich in der Wahrnehmungssphäre der Beteiligten befinde (vgl. gegen alles dies jetzt auch Pland-Flad, Vorbem. I zum zweiten Titel, S. 263). Die Vertragsannahme nach § 151 dagegen ist nach M. zunächst keine Willenserklärung, „tritt aber durch Zugang in den höheren Aggregatzustand der Willenserklärung“ (?). Manigk unterscheidet dann „Willenserklärungen“ und „Willensgeschäfte“. Die ersteren fordern den Kundgebungszweck an die Interessenten, die letzteren nicht, bei ihnen hat die Willensäußerung nur die Bedeutung eines iudicium voluntatis. Nicht empfangsbedürftige Willenserklärungen gibt es nicht (dagegen unten Anm. 14); was man so nennt, ist entweder empfangsbedürftig oder keine Willenserklärung und im letzteren Falle den Vorschriften über Willenserklärungen nicht unterworfen. — Die Hauptgegengründe gegen den gemeinsamen Kern aller angeführten abweichenden Ansichten sind im Text und in Anm. 10 entwickelt. Eine gesonderte weitere Widerlegung der Manigkschen Theorie kann hier nicht gegeben werden. Übrigens hat Manigk seine Ansicht neuerdings modifiziert. Er erkennt an, daß der § 119 nicht notwendig eine dem Kundgebungszweck dienende Erklärung voraussetze (Irrtum und Aus-

Dem Wortsinne nach ist allerdings nicht jede Äußerung eine Erklärung, sondern nur die zur Wahrnehmung durch andere Personen bestimmte Äußerung. Beispielsweise werden Nichtjuristen die Okkupation des Wildes, die Inbesitznahme der Erbschaft, die Aufgabe des Besitzes in der Absicht, das Eigentum aufzugeben (Dereliktion), nicht leicht Erklärungen nennen. Allein die herrschende Rechtsprache des 19. Jahrhunderts nennt jede Äußerung (eines Geschäftswillens) Willenserklärung⁹⁾, und daß das BG diesem Sprachgebrauche folgt, zeigen nicht nur die Motive, welche beide Worte als gleichbedeutend gebrauchen (I S. 128) und die hierin nichts ändernden Protokolle (I S. 130), sondern auch das Gesetz selbst; denn es gibt keinerlei Vorschriften über bloße Willensäußerungen, was doch, wenn sie unter den Erklärungen nicht einbegriffen wären, unumgänglich erforderlich ein würde. Endlich ist die Anwendung der Vorschriften über die Willenserklärungen, insbesondere der §§ 119, 120, 123 auf die bloßen Willensäußerungen unentbehrlich¹⁰⁾.

3. Das äußere Verhalten, das auf einen Geschäftswillen schließen läßt, ist aber nur dann eine Willensäußerung (Willenserklärung), wenn der Äußernde sich bewußt ist, daß daraus auf einen Geschäftswillen geschlossen werden kann¹⁰⁾.

legung S. 112). Gleichwohl hält er daran fest, daß der Begriff der Willenserklärung auf dem der Erklärung zugrunde liegenden Rechtsfolgenwillen beruhe (S. 115). Das läuft daraus hinaus, daß die in Geschäftszirkum abgegebene Willenserklärung in Wahrheit keine sei. Aber wie stimmt das damit, daß sie provisorisch — wenn keine Anfechtung erfolgt, sogar dauernd — allen Vorschriften über Willenserklärungen unterstellt wird und daß für die Abgrenzung der Rechtsbegriffe doch schließlich die an sie geknüpften Rechtsvorschriften entscheidend sein müssen?

⁹⁾ Statt aller vgl. Savigny 3 S. 257 und RR I Tit. IV.

¹⁰⁾ Ich muß doch die Dereliktion eines Diamanten, der von mir für Glas gehalten, deshalb weggeworfen, aber von einem anderen erkannt und okkupiert wurde, anfechten können; ebenso die Dereliktion eines wertvollen alten Drucks, zu der ich durch arglistige Vorspiegelungen der völligen Wertlosigkeit bewogen wurde; ebenso die Annahme einer Erbschaft (durch Inbesitznahme), zu der ich durch arglistige Täuschung bestimmt wurde. — Die Beweiskraft dieses Arguments bestreitet Elphacher, weil sich aus der gleichen Behandlung noch nicht die Erstreckung des Begriffs ergebe. Beispielsweise sei der Tausch kein Kauf, obwohl er unter den gleichen Regeln stehe. E. übersieht, daß es sich bei der Frage, was das BG unter Willenserklärung versteht, nur um eine Auslegungsfrage, nicht um die Frage der analogen Anwendung handelt.

¹⁰⁾ Die Ansichten sind geteilt: Manche fordern den Willen, ein auf eine Rechtsfolge gerichtetes Wollen kund zu tun oder zu erklären (vgl. z. B. Manigk, Willenserklärung S. 178ff., der aber S. 269 hervorhebt, daß sich der Erklärende des Kundgebungsziwes nicht besonders bewußt zu sein braucht, also unserer Ansicht sehr nahe steht; ferner Elphacher, Handlungsfähigkeit S. 140, 145; Landsberg, Lehrb. I S. 187, 198f.); allein dem widerspricht der § 118 direkt; denn wer eine nicht ernstliche Erklärung abgibt in der Erwartung, der Mangel der Ernstlichkeit werde nicht verkannt werden, der will eben nicht einen Geschäftswillen äußern oder kund tun, und doch nimmt das BG hier eine Willenserklärung an, die eine Schadenersatzpflicht zur Folge hat. Ferner würden die Okkupation und Dereliktion nach dieser Ansicht keine Willenserklärungen sein, da bei ihnen in der Regel die Kundgebungsabsicht mangelt. Man darf daher nur das Bewußtsein fordern, daß aus der Erklärung auf einen Geschäftswillen geschlossen werden kann; dieses ist auch im Falle der Nichternstlichkeit sowie bei Okkupation und Dereliktion vorhanden (zustimmend Vertmann S. 308 und Siegel, BivA 111 S. 15; ähnlich, jedoch ohne die Übereinstimmung zu bemerken, Henle S. 530; denn er nimmt, „wenn sich der Erklärende des Sinnes der Handlung als einer Willenserklärung, aber nicht ihres Inhalts bewußt war“, eine zwar ansehbare, aber doch zunächst gültige Willenserklärung an). Eine dritte Ansicht (Pland 3. Aufl. S. 208 und 210; Webemeyer S. 122ff.; anders aber Pland-Frad in 4. Aufl. S. 263) fordert nur, daß sich die Erklärung objektiv als auf Rechtsfolgen gerichtet darstelle, genauer ein Verhalten, daß nach der Erfahrung des Verkehrs unter Würdigung aller Umstände regelmäßig den Schluß auf einen bestimmten Willen gestatte. Das ist einerseits zu wenig gefordert, wie sich aus den im Text gleich folgenden Beispielen ergeben dürfte, andererseits aber zu viel; denn eine Willenserklärung liegt auch dann vor, wenn nur aus besonderen, aber für die Auslegung in Betracht kommenden (unten § 192)

Eine Kopfneigung ohne das Bewußtsein, daß sie als Annahme einer Offerte aufgefaßt werden könnte, ist keine Willenserklärung und bedarf nicht der Anfechtung. Ebenso wenig ist in der Konjunktion einer Erbschaftsachse, die man irrig für eine eigene hält, oder in dem Angreifen einer zum Kauf überlieferten Ware im gleichen Irrtum eine Willenserklärung zu finden¹¹⁾; nur scheinbare Willenserklärungen liegen vor¹²⁾.

4. Das BG unterscheidet solche Willenserklärungen, welche an die Person, die sie angehen (den Erklärungsgegner), abgegeben werden müssen, und solche, bei denen ein bestimmter Erklärungsgegner fehlt. Die ersteren nennen wie „empfangsbedürftige Willenserklärungen“¹³⁾. Dahin gehören z. B. die Offerte, die Annahme einer solchen, die Kündigung. Nichtempfangsbedürftig dagegen sind z. B. die Ausschlagung einer Erbschaft, die Auslobung, die Okkupation herrenloser Sachen, die Dereliction¹⁴⁾.

Gründen auf den Geschäftswillen geschlossen werden kann. Für den Beweis hat allerdings die Möglichkeit eines regelmäßigen Schlusses Bedeutung. Hat jemand z. B. Erbschaftsachen verbraucht oder ihm zum Kauf überlieferte Waren (mehr als zur Probe erforderlich war) angegriffen, so wird man daraus auf die Annahme der Erbschaft oder der Kaufofferte schließen, wenn er nicht zu beweisen vermag, daß er die Sachen irrig für eigene hielt. Eine neuerdings aufgestellte vierte Ansicht (v. Luhr S. 404) fordert das „Bewußtsein, eine Mitteilung irgenderwelcher Art zu machen“. Auch diese Ansicht fordert zu viel, da das Mitteilungsbedußtsein z. B. bei der Okkupation und Dereliction in der Regel fehlt, und andererseits zu wenig; denn die Unterzeichnung eines Vertragsantrages im Glauben, es sei eine Einladung zum Mittagessen oder eine Todesanzeige, darf nicht als Willenserklärung behandelt werden. Luhr beruft sich auf RGE 77 S. 309 mit Unrecht; denn die Witwe E. unterzeichnete die Urkunde nicht in dem Glauben, es sei eine „Todesanzeige“, sondern in dem Bewußtsein, daß es sich um eine notarielle Anmeldung des Todes ihres Ehemannes zum Handelsregister handelte, die sie für rechtlich bedeutungsvoll hielt, da sie daraus folgerte, an dessen Stelle in die Gesellschaft eingetreten zu sein.

¹¹⁾ Auch die Veräußerung einer irrtümlich für eine eigene gehaltene Erbschaftsachse gehört hierher; denn der Veräußerer weiß nicht, daß in seinem Verhalten (außer der hier gar nicht in Frage stehenden Verkaufserklärung) noch eine weitere Erklärung gefunden werden könnte. Ist man sich dagegen bewußt, daß es sich um die Äußerung eines Geschäftswillens handelt, und gibt man aus Versehen oder Irrtum eine vom Willen abweichende Erklärung ab, so ist die Erklärung höchstens anfechtbar — aus gutem Grunde; denn wer wissenschaftlich einen Geschäftswillen äußert, muß sich gefallen lassen, daß er zunächst an dem Geäußerten festgehalten und nur (unter den Voraussetzungen der §§ 119, 120) bei unverzüglicher Anfechtung wieder losgelassen wird. — Man hat gegen die im Texte entwickelte Ansicht eingewandt, daß nach ihr die Okkupation und Dereliction keine Willenserklärungen sein würden. Das ist offensichtlich unrichtig. Wer einen Hasen schießt und einsteckt, weiß sehr wohl, daß er eine Handlung vollzieht, die auf den Aneignungswillen schließen läßt, und eitel Spitzfindigkeit ist es, ihm dieses Bewußtsein bei „einsamer“ Okkupation abzuspochen. Weiß vielleicht der „einsame“ Jäger nicht, daß auf die geschehene Okkupation und daraus auf den Aneignungswillen geschlossen werden kann (z. B. wenn er den Hasen nach Hause trägt oder jemandem übergibt); fürchtet nicht der Wilddieb eben diesen Schluß, wenn er den Hasen verdirat? Den Kundgebungswillen wird allerdings der Jäger bei der Okkupation nur in seltenen Fällen haben. Eben deshalb darf nur Äußerungsbedußtsein, nicht Erklärungswille für den Begriff der Willenserklärung gefordert werden. Auch das Schweizerische Bundesgericht verlangt eine Erklärung, die mit dem Bewußtsein, eine rechtsgeschäftliche Erklärung abzugeben, erfolgt ist, *Um ür, Komm.* z. Schweiz. *ZGB.* VI, 1913, 9 bei Biff. 2.

¹²⁾ Ein launig zu vermeidender Sprachgebrauch bezeichnet aber auch die nur scheinbaren Willenserklärungen bisweilen als solche, vgl. z. B. § 105 Abs. 2: „eine Willenserklärung, die im Zustande der Bewußtlosigkeit abgegeben wird“.

¹³⁾ Damit soll nicht gesagt sein, daß eine besondere Empfangstätigkeit erforderlich wäre; es genügt vielmehr, daß die Willenserklärung an den Erklärungsgegner gelangt, d. h. bei schriftlichen Erklärungen ihm zugeht, bei mündlichen von ihm vernommen wird (Genauerer unten § 149).

¹⁴⁾ Wenn es auch neuerdings bestritten worden ist (oben Anm. 7) so kann doch kaum

Es kann übrigens vorgeschrieben sein, daß eine solche einer Behörde, z. B. dem Gericht gegenüber erfolgen muß, so z. B. die Aufgabe des Grundeigentums und die Bestellung einer Eigentümergrundschuld gegenüber dem Grundbuchamt (§§ 928, 1196), die Ausschlagung der Erbschaft gegenüber dem Nachlassgericht (§ 1945). Allein es empfiehlt sich nicht, sie dann, wie manche tun, zu den empfangsbedürftigen zu rechnen. Zwar einzelne Regeln über die empfangsbedürftigen Willenserklärungen sind auch auf sie ausgedehnt (z. B. die Vorschriften über die Vollendung); aber in überwiegenden anderen Beziehungen stehen sie den nicht empfangsbedürftigen gleich (vgl. z. B. § 143)¹⁵⁾. Ist dagegen die Erklärung an die Behörde nur fakultativ anstatt der Erklärung an den eigentlichen Erklärungsgegner zugelassen, so tut das der Natur der Empfangsbedürftigkeit der Erklärung keinen Eintrag.

5. Das BG bezeichnet, als Willenserklärungen nur die dem Privatrecht angehörigen, die Privatwillensäußerungen, also nicht die Willensäußerungen des öffentlichen Rechts, mögen sie von öffentlichen Behörden ausgehen (Urteile, Arrestanlagen, Pfändungen, Volljährigkeitserklärungen und sonstige Privilegienerteilungen, Vormundschaftsbestellungen usw.) oder von Privaten in öffentlichen Angelegenheiten abgegeben werden (Ausübung des politischen Wahlrechts, Übernahme eines öffentlichen Amtes).

B. Andere Geschäftsbestandteile.

Viele Rechtsgeschäfte bestehen lediglich aus einer Willenserklärung in dem dargelegten Sinne, so z. B. Auslobung, Erbeinsetzung, Kündigung, oder aus einer Mehrheit von solchen, die man oft unter dem Namen einer Gesamtwillenserklärung zusammenfaßt, z. B. Kauf, Miete, Gesellschaftsvertrag. Andere aber haben daneben noch andere Bestandteile, die nicht nur tatsächlicher, sondern auch rechtlicher Natur sein können.

1. Insbesondere erfordern zahlreiche Geschäfte zu ihrem Bestande neben der Willenserklärung oder den Willenserklärungen noch die Herbeiführung einer Rechtswirkung (einer Vorwirkung), die dann im Zusammenhang mit der Willenserklärung die gewollte Wirkung (die Endwirkung) hervorruft. Der beste Name für solche Geschäfte ist Realgeschäfte¹⁶⁾.

bezweifelt werden, daß das Gesetz die Willenserklärung, „die einem anderen gegenüber abzugeben ist“, als eine besondere Klasse der Willenserklärungen betrachtet, vgl. insbesondere § 130; § 123 Abs. 2; § 143 Abs. 2 verglichen mit Abs. 3; §§ 146, 151. Der Unterschied zwischen empfangsbedürftigen und nichtempfangsbedürftigen Willenserklärungen ist hochbedeutend namentlich für die Lehre von der Vollendung, der Anfechtung und der Auslegung der Willenserklärungen (unten §§ 149, 190 III, 192 II 1, 2; 193 I 1, 2).

¹⁵⁾ Auch die Prot. I S. 71 bezeichnen die Vorstellung, daß hier die Behörde gleich einem beteiligten Erklärungsempfänger funktioniere, als irrig.

¹⁶⁾ Aufgestellt und näher begründet ist die Kategorie der Realgeschäfte bei Enneccerus, Rechtsgeschäft S. 489—512. Zustimmung u. a. Regelsberger I § 155 S. 442; v. Tuhr II § 50 II 2. Es scheint nahezu liegen, nicht die Vorwirkung, sondern das sie begründende Geschäft als Bestandteil des Realgeschäfts zu betrachten; allein das ist, von anderen Gründen abgesehen, schon deshalb unzulässig, weil die Vorwirkung nicht notwendig auf einem Rechtsgeschäft zu beruhen braucht. Das Darlehen, die Zahlung, die Schenkung sind gültig, auch wenn der Empfänger nicht durch die Tradition, sondern erst durch Erziehung oder Vermischung Eigentümer des Geldes wird oder die gegebenen Sachen redlich verzehrt hat (geroiß kein Rechtsgeschäft) (Genaueres Enneccerus a. a. O. S. 509).

So erfordert die Zahlung außer dem Willen der Parteien, daß die Schuld durch die Leistung aufgehoben sein soll, noch als reales Element, daß das Interesse des Gläubigers, welches den Inhalt der Obligation bildet, zur Befriedigung gelange, also z. B. bei Geldschulden, daß das Eigentum der geschuldeten Geldsumme auf den Gläubiger übergehe.

Das Darlehen erfordert den Übergang des Eigentums der vertretbaren Sachen neben den Willenserklärungen der Kontrahenten, daß der Empfänger zur Rückgabe einer gleichen Quantität verpflichtet sein solle.

Die Übereignung einer beweglichen Sache durch Übergabe erfordert neben den auf die Übereignung gerichteten Willenserklärungen der Parteien den Besitzerverb (die Erlangung der tatsächlichen Gewalt) von seitens des Erwerbers.

Die Schenkung erfordert neben der Einigung über die Unentgeltlichkeit der Zuwendung als reales Element die Vermögensvermehrung auf seiten des Beschenkten auf Kosten des Schenkers.

a) Das reale Erfordernis braucht bei den Realgeschäften mit den Willenserklärungen nicht gleichzeitig einzutreten, sondern kann ihnen vorausgehen oder nachfolgen. Die Parteien können vereinbaren, daß eine schon vorher erfolgte Leistung als Zahlung oder als Darlehensgabe oder als Schenkung aufgefaßt werden, ferner daß eine später erwartete Leistung eine Zahlung, ein Darlehen, eine Schenkung begründen solle¹⁷⁾.

b) Das reale Erfordernis braucht nicht zwischen denselben Personen einzutreten, welche die Willenserklärungen abgeben oder empfangen. A kann nach Aneignung an B zahlen, ihm ein Darlehen geben, ihm schenken durch eine Leistung des (von A angewiesenen) C an B oder auch durch eine Leistung des C an D (den Gläubiger des B)¹⁸⁾; ja C und im letzteren Falle auch D brauchen gar nicht zu wissen, daß es sich dabei um eine zwischen A und B stattfindende Zahlung, Darlehensbegründung oder Schenkung handelt¹⁹⁾.

c) Durch dasselbe reale Element können unter Umständen im Zusammenhang mit Willenserklärungen verschiedener Personen verschiedene Realgeschäfte abgeschlossen werden; z. B. zwei Zahlungen: A's Schuldner B weist seinen Schuldner C an, an A zu leisten; oder eine Zahlung und eine Schenkung: B weist seinen Schuldner C an, dem A zu leisten, und vereinbart mit A, daß die Summe geschenkt sein solle²⁰⁾.

2. Ferner erfordern viele Geschäfte die Mitwirkung einer Behörde²¹⁾; so fordert die Übereignung von Grundeigentum eine Mitwirkung des Grundbuchamtes (Eintragung), die Eheschließung eine Mitwirkung des Standesbeamten, die Errichtung eines Solbatentestaments unter Umständen die Mitwirkung von Kriegsgerichtsräten oder Offizieren²²⁾.

3. Unrichtig aber wäre es, all und jede Voraussetzung der Wirksamkeit des Geschäftes als Teil des Geschäftes zu betrachten. So hängt z. B. die Wirksamkeit zahlreicher Geschäfte

¹⁷⁾ Vgl. für das röm. Recht namentlich L. 16 i. f. D. de solut. 46, 3; L. 77 § 6 D. de leg. II und zur Auslegung dieser und anderer Stellen Enneccerus, Rechtsgeschäft S. 514 ff. In beiden im Text erwähnten Fällen ist aber das Rechtsgeschäft erst vollendet, wenn sowohl die Willenserklärungen als auch das reale Element vorliegen. Das gilt auch von der Schenkung; denn man wird die Vereinbarung, eine in Zukunft erwartete Zahlung solle (wenn sie erfolge) Schenkung sein, nicht mit dem Schenkungsversprechen verwechseln.

¹⁸⁾ Andere Beispiele sowie Belegstellen aus dem röm. Recht: Enneccerus, Rechtsgeschäft S. 504 ff.

¹⁹⁾ Es liegt also, was die Zahlung, Schenkung, Darlehensgabe betrifft, nicht etwa eine Stellvertretung vor.

²⁰⁾ Andere Beispiele nebst Belegstellen aus dem röm. Recht bei Enneccerus, Rechtsgeschäft S. 507 ff.

²¹⁾ Auch diese Geschäfte, wie neuerdings bisweilen geschieht, als Realgeschäfte zu bezeichnen, scheint mir weder sprachlich noch sachlich zutreffend.

²²⁾ Man behandelt diese Erfordernisse in der Regel nur bei der Besprechung der Formen der Willenserklärungen, und das ist auch wegen des engen Zusammenhangs mit

von der Zustimmung dritter Personen ab, ohne daß diese Zustimmung als Geschäftsbestandteil angesehen würde (unten § 191). Ferner kann ein Testament erst beim Tode des Testators wirken, und doch wird niemand den Tod als Teil des Geschäftes bezeichnen. Rechtsgeschäft nennen wir also nur denjenigen (eine Willenserklärung enthaltenden) Tatbestand, den die Rechtsordnung als den Grund der (als gewollt bezeichneten) Rechtswirkung betrachtet. Was nach Auffassung der Rechtsordnung die Rechtswirkung nicht begründet, sondern nur bedingt, wird nicht als Teil des Geschäftes, sondern nur als Bedingung seiner Wirksamkeit angesehen und, wenn es dem Geschäftsabschlusse zeitlich nachfolgt, als *condicio juris* bezeichnet²³). Aus dem Gesagten ergibt sich auch, wie verkehrt es wäre, aus dem Begriffe des Rechtsgeschäfts zu folgern, daß seine Wirksamkeit zeitlich mit dem Geschäftsabschlusse zusammenfallen müsse. Ein solches Prinzip der Simultanität hat zwar im altrömischen Rechte für Geschäfte unter Lebenden (für Testamente auch damals nicht) gegolten²⁴), ist aber schon im klassischen Recht mehrfach durchbrochen (Verpändung zukünftiger oder erst zu erwerbender Sachen usw.) und im BG völlig beseitigt.

C. Sanktion durch die Rechtsordnung.

Ein Rechtsgeschäft, d. h. ein gültiges Rechtsgeschäft, liegt nur dann vor, wenn das Recht die Rechtsfolgen, auf deren Begründung die Willenserklärung gerichtet ist, auch wirklich hervorruft. Ist dem Geschäft aus irgendeinem Grunde diese Rechtswirkung endgültig versagt, so bezeichnet es der gemeinrechtliche Sprachgebrauch als nichtig. Das BG dagegen nennt es nichtig nur in bestimmten Fällen, nämlich wenn es ungültig ist: wegen Geschäftsunfähigkeit oder Bewußtlosigkeit eines Handelnden, wegen mangelnden Willens, wegen Formmangels, wegen verbotenen, unsittlichen oder sonst gemißbilligten Inhalts oder wegen Unmöglichkeit der Leistung. In allen übrigen Fällen bezeichnet es das Geschäft, dem die seinem Inhalt entsprechende Rechtswirkung definitiv versagt ist, als unwirksam²⁵). Diese definitive und von vornherein entschiedene „Unwirksamkeit“ wird aber rechtlich nach ganz denselben Regeln behandelt wie die Nichtigkeit, ist also Nichtigkeit, und es ist zu bedauern, daß nicht überall, wo sie vorliegt, der Ausdruck „Nichtigkeit“ gebraucht ist²⁶).

der Form zu empfehlen. Nur darf nicht übersehen werden, daß doch auch eine selbständige Mitwirkung der Behörden oder Urkundspersonen vorliegt. Daß der Grundbuchrichter einträgt, der Stabsbeamte die Erklärungen der Eheschließenden entgegennimmt, der Richter oder Notar das Protokoll aufnimmt, ist behördliche Handlung, nicht bloß Form der Privathandlung. Schon aus diesem Grunde ist es ungenau, das Rechtsgeschäft schlechthin als Privatwillenserklärung zu bezeichnen. Es ist ein Tatbestand, der mindestens eine Privatwillenserklärung, oft aber auch noch andere Bestandteile enthält.

²³) Ob eine bloße Bedingung der Wirksamkeit oder ein Geschäftsbestandteil vorliege, kann nur bei den einzelnen Bedingungen der Wirksamkeit und den einzelnen Geschäftsarten erörtert werden. Die durch den Willen der Parteien in Bewegung gesetzten Erfordernisse werden in der Regel (nicht immer) als Geschäftsbestandteile anzusehen sein.

²⁴) Vgl. Thering, Geist des röm. Rechts III S. 143ff.; Enneccerus, Rechtsgeschäft S. 219ff., 240ff.

²⁵) So ist z. B. nach § 111 Satz 1 ein einseitiges, nicht lediglich vorteilhaftes Geschäft (z. B. eine Kündigung), das ein Minderjähriger ohne Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters vornimmt, „unwirksam“. Der § 388 erklärt die Aufrechnungserklärung für unwirksam, wenn sie unter einer Bedingung oder Zeitbestimmung abgegeben wird; ebenso der § 925 die Auflassungserklärung, ebenso der § 1950 die Annahme oder Ausschlagung einer Erbschaft, wenn sie auf einen Teil beschränkt wird.

²⁶) Hölder, Komm. S. 240, meint, die Willenserklärung im Sinne des Gesetzes sei

Wie schon die Ausdrücke „nichtiges“ oder „unwirksames Rechtsgeschäft“ zeigen, läßt der Gebrauch des Wortes „Rechtsgeschäft“ nicht immer mit Sicherheit darauf schließen, daß der die gewollte Folge begründende Tatbestand auch wirklich vorliege, vielmehr wird häufig schon der äußere Er richtungsakt Rechtsgeschäft genannt ohne Rücksicht auf seine Wirksamkeit²⁷⁾.

III. Nicht selten sind Privatrechtsgeschäfte in einer Prozeßhandlung enthalten, d. h. in einer Handlung, die zur Begründung, Führung oder Erledigung eines Prozesses dient. So ist der Prozeßvergleich, der den Rechtsstreit beendet, zugleich ein Vergleich über das streitige Rechtsverhältnis; die Klage kann sich zugleich als Kündigung oder als Anfechtung darstellen; ebenso können Aufrechnung, Rücktritt, Widerruf, Minderung, Wandelung, Anerkennung, Verzicht, Ausübung eines Wahlrechts im Prozeß erfolgen²⁸⁾. Solche Handlungen haben dann eine Doppelnatur. Sie sind einerseits Privatrechtsgeschäfte und unterstehen, was ihre privatrechtlichen Wirkungen betrifft, im allgemeinen den Vorschriften des Privatrechts²⁹⁾; sie sind andererseits Prozeßhandlungen und daher, sofern es sich um ihre prozessualen Wirkungen handelt, nach Prozeßrecht zu beurteilen.

1. Ihre privatrechtliche Wirkung ist demnach, sofern nicht etwa das Gegenteil beabsichtigt ist, von ihrem Wirksamwerden und Wirksambleiben als Prozeßhandlung nicht abhängig³⁰⁾. Die privatrechtliche Wirkung, z. B. einer Aufrechnung oder Anfechtung, kann mithin eintreten, obgleich die Erklärung in einem vorbereitenden Schriftsatz abgegeben ist, eine wirksame Prozeßhandlung also noch nicht vorliegt³¹⁾; und sie kann bestehen bleiben, obgleich die Prozeßhandlung wirksam widerrufen ist oder, z. B. wegen Erbigung des Prozesses ohne Urteil, bedeutungslos wird.

2. Auch die Frage der Ungültigkeit oder Anfechtbarkeit wegen eines Willensmangels untersteht, was die privatrechtlichen Wirkungen betrifft, dem Privatrecht. Doch kann, wenn inzwischen ein Urteil ergangen ist, dieses natürlich nur auf dem nach Prozeßrecht zulässigen Wege (Berufung, Wiederaufnahmeverfahren, Restitutionsklage) wieder beseitigt werden.

3. Was die Form der Willenserklärung anlangt, so muß man dagegen im allgemeinen

unwirksam, wenn sie ohne rechtliche Geltung sei, nichtig dagegen, wenn auch die Möglichkeit einer zukünftigen rechtlichen Geltung ausgeschlossen sei. Letzteres trifft aber auch oft zu, wo das Gesetz von Unwirksamkeit spricht, vgl. die vorige Note. Gerade umgekehrt meint Leonhard (S. 433), unter wirksamen Geschäften seien die nicht umdeutungs- und nicht bestätigungsfähigen zu verstehen, während das nichtige Geschäft die Umdeutung und Bestätigung zulasse.

²⁷⁾ Durch die Beachtung dieser doppelten Bedeutung wird mancher müßige Streit, zumal auch der, ob das nichtige Geschäft ein Rechtsgeschäft sei, vermieden. In dem ersten Sinne nein, im zweiten ja; es ist rechtlich nicht vorhanden, aber ein äußerer Er richtungsakt liegt vor. Übrigens hat man (wie fast alles in dieser Lehre) auch das bestritten, daß das Wort „Rechtsgeschäft“ die Gesamtheit der Wirkungen des Rechtsgeschäfts bedeuten könne. Aber was meinen wir denn, wenn wir von „Aufhebung eines Vertrages“ sprechen? Die Tatsache des Vertragschlusses kann doch nicht ungeschehen gemacht werden; aufgehoben wird die Gesamtheit der Wirkungen.

²⁸⁾ Vgl. Balsmann, *ZivR* 102 S. 1 ff., namentlich S. 122 ff.; Hellwig, *Prozeßhandlung u. Rechtsgeschäft* i. Fests. f. Gierke, 1910; Stein, *Komm. z. ZPO.* (10. Aufl.) vor § 128 IV u. V (wofelbst in Anm. 35 weitere Literatur); *Planck-Flad*, *Vorbem.* zum 3. Abschnitt I 4.

²⁹⁾ So auch die herrschende Ansicht. *U. U. Kohler*, *Z. f. ZivPr* 26 S. 17 ff.; *Schneider*, *dieselbst* 31 S. 275 ff.

³⁰⁾ *U. U. Kohler a. a. O.*, *Schneider*, *Z. f. ZivPr* 31 S. 283; Hellwig, *Balsmann*, welche hier lediglich Prozeßgrundsätze entscheiden lassen wollen. Wie oben *RGE* 63 S. 412; 53 S. 149; 57 S. 362; Stein vor § 128 VI 3; *Planck-Flad*, *Vorbem.* zum III. Abschnitt I 4a; v. *Tuhr* II § 50 S. 158.

³¹⁾ Nur muß der Wille sofortiger Aufrechnung oder Anfechtung erklärt sein, nicht nur eine Ankündigung zukünftiger Aufrechnung oder Anfechtung (in der mündlichen Verhandlung) vorliegen. Kann eine Anfechtung nur durch Klage (Anfechtungsklage) erfolgen, so ist die Anfechtungswirkung natürlich von der wirksamen Erhebung der Klage abhängig.

die Beobachtung der für die Prozeßhandlung vorgeschriebenen Form auch für die privatrechtliche Wirkung für ausreichend halten, wenn es sich nicht etwa um Willenserklärungen handelt, die, wie z. B. die Eheschließung und die Auflassung, ausschließlich vor einer anderen Behörde abgegeben werden können²²⁾.

2. Hauptarten der Rechtsgeschäfte.

§ 137. Einseitige Rechtsgeschäfte und Verträge*).

Die Rechtsgeschäfte sind entweder einseitige Rechtsgeschäfte oder Verträge.

I. Das einseitige Geschäft enthält Willenserklärungen nur einer Partei. Beispiele bieten das Testament, die Auslobung, die Kündigung, die Okkupation und die Dereliktion.

II. Die zweiseitigen Rechtsgeschäfte oder Verträge enthalten übereinstimmende gegenseitige Willenserklärungen zweier oder mehrerer Parteien.

1. Im Wesen des Vertrags liegt:

a) daß sich zwei (oder mehrere) Parteien gegenüberstehen, die zwischen sich oder den von ihnen vertretenen oder begünstigten Personen eine Rechtswirkung ins Leben rufen wollen¹⁾;

b) daß sich die Parteien ihren Willen gegenseitig erklären. Die zeitlich vorausgehende Vertragserklärung heißt Vertragsantrag oder Offerte, die nachfolgende Annahme oder Akzeptation. Von der Regel, daß auch die Annahme dem Gegner, also dem Offerenten, erklärt sein muß, machen die §§ 151, 152 wichtige, freilich bei richtiger Betrachtung nur scheinbare Ausnahmen, die aber erst in der Lehre von der Vertragsschließung darzulegen sind (unten § 153).

c) Auch der Tatbestand des Vertrages (wie des Rechtsgeschäftes überhaupt) kann neben den Willenserklärungen der Parteien noch andere Erfordernisse, z. B. eine Leistung oder die Mitwirkung einer Behörde umfassen (oben § 136 B).

2. Verträge gibt es auf allen Gebieten des Privatrechts, dingliche Verträge (Übereignung durch Einigung und Übergabe oder durch Auflassung und Eintragung im Grundbuch), familienrechtliche (Eheschließung), Erbverträge. Besonders wichtig aber sind die obligatorischen Verträge.

²²⁾ RRG 64 S. 85, vgl. unten § 145 II 1. Fretschmar, DogmZ 69 S. 235 ff., hält auch die Auflassungserklärungen im Prozeßvergleiche für formrichtig.

* Savigny III §§ 40, 41; Regelsberger § 149; Pland, Vorbemerkungen zu Abschn. III Tit. 3; Hölder zu § 131.

¹⁾ A verspricht dem B eine Leistung an B selbst oder an einen von ihm vertretenen oder begünstigten Dritten (Vertrag zugunsten Dritter). A setzt durch Erbvertrag mit B diesen selbst oder einen von ihm vertretenen oder begünstigten Dritten zum Erben ein. A überträgt Eigentum an B selbst oder an einen von ihm vertretenen Dritten.

Das BG gebraucht den Ausdruck dinglicher Vertrag nicht. Dagegen findet sich vielfach der Ausdruck „Einigung“. Die Einigung besteht aus übereinstimmenden gegenseitigen Willenserklärungen der Parteien; sie führt aber für sich allein die gewollte Rechtswirkung nicht herbei, vielmehr muß bei der Veräußerung oder Belastung beweglicher Sachen die Übergabe, bei der Veräußerung oder Belastung von Grundstücken die Eintragung im Grundbuch hinzukommen²⁾. Die Einigung für sich allein ist also weder Rechtsgeschäft noch Vertrag³⁾. Der Gesamttatbestand, den wir Rechtsgeschäft oder Vertrag nennen, setzt sich hier aus Einigung und Übergabe bzw. Eintragung im Grundbuch zusammen. Die Einigung ist nur ein Teil eines Vertrages⁴⁾.

3. Nicht mit den Verträgen zu verwechseln sind die sog. Gesamttakte, z. B. die Kündigung von Seiten zweier Mieter, die gemeinschaftlich gemietet haben, die Ausübung einer Wahl durch die mehreren Wahlberechtigten, das Stiftungsgeschäft mehrerer Stifter. Hier werden nicht gegenseitige Erklärungen verschiedener Parteien ausgetauscht, sondern dieselbe Partei, die aus mehreren Personen besteht, gibt eine gemeinschaftliche Erklärung⁵⁾.

Ähnlicher sind den Verträgen die Beschlüsse, z. B. der rechtsfähigen Vereine, der Vereins- oder Stiftungsvorstände; denn es wird wie bei Verträgen durch gegenseitige Erklärungen ein bindender einheitlicher Willensinhalt geschaffen. Aber dieser Willensinhalt gilt dann als Wille der juristischen Person und wirkt nur als solcher, nicht als Wille der an dem Beschluß beteiligten Personen.

§ 138. Andere Einteilungen und Arten.

1. Man unterscheidet Rechtsgeschäfte unter Lebenden und von Todeswegen.

a) Die Geschäfte von Todeswegen sollen die Rechtsverhältnisse nach dem Tode des Geschäftssubjekts oder des einen der Geschäftssubjekte regeln; sie werden daher nur wirksam, wenn der durch sie Begünstigte den Tod

²⁾ Vgl. für bewegliche Sachen §§ 929, 1032, 1205; für Grundstücke §§ 873, 925. Die Übergabe kann durch sog. *brevi manu traditio, constitutum possessorium* oder *Binditionszession* ersetzt werden; Wolff, Sachenrecht §§ 38 II u. 66 I 4.

³⁾ Zustimmung Wolff a. a. O.; v. Tuhr II 1 S. 221 Anm. 107. — Das Gesagte gilt auch in den Fällen, in denen die Einigung bereits bindend, also einseitiger Widerruf ausgeschlossen ist; denn diese Wirkung der Einigung ist nicht die (durch die Willenserklärungen als gewollt bezeichnete) Geschäftswirkung. Die gewollte Geschäftswirkung ist allein der Übergang oder die Entstehung des dinglichen Rechts, und diese wird auch hier nicht durch die Einigung für sich allein bewirkt.

⁴⁾ Die Frage, ob alle Vorschriften über Verträge auf den aus Einigung und Übergabe bzw. Eintragung bestehenden dinglichen Vertrag Anwendung finden oder ob wegen der dinglichen Wirkung oder wegen der besonderen Bestandteile des dinglichen Vertrages für ihn Abweichungen anzunehmen sind, kann erst im Sachenrecht besprochen werden, dort auch die Literatur; vgl. Wolff, Sachenrecht § 38 Anm. *).

⁵⁾ Vgl. Kunze, Leipz. Festschr. f. Müller, 1892 S. 27 ff.; Regelsberger I § 148 I; Elsbacher S. 169 f. Natürlich kann auch jede der beiden einen Vertrag bildenden Willenserklärungen einen Gesamttakt mehrerer Personen bilden, z. B. die Erklärung mehrerer Miteigentümer, an dem gemeinschaftlichen Grundstück eine Grunddienstbarkeit zu bestellen.

dieses Geschäftssubjekts überlebt¹⁾. Sie sind entweder einseitige letztwillige Verfügungen (testamentarische Erbeinsetzung) oder Verträge (Erbeinsetzungsvertrag). Auch den gesamten, eine Mehrheit von Erbeinsetzungen, Vermächtnissen, Ernennung von Vormündern und Testamentvollstreckern usw. enthaltenden Testamentsakt oder Erbvertrag bezeichnen wir als Rechtsgeschäft oder genauer als Gesamtrechtsgeschäft.

b) Geschäfte unter Lebenden sind alle anderen Geschäfte, auch wenn sie vielleicht in Erwartung des Todes abgeschlossen werden.

2. Der bezweckten Wirkung nach kann man familienrechtliche (Eheschließung, Adoption) und vermögensrechtliche Rechtsgeschäfte unterscheiden und die vermögensrechtlichen wieder in obligatorische, dingliche und erbrechtliche gliedern.

3. Geschäfte, durch welche jemand das Vermögen einer anderen Person bereichert, heißen Zuwendungen. Eine Zuwendung kann also z. B. durch Übertragung von Eigentum, durch Übertragung oder Bestellung von anderen dinglichen Rechten, durch Abtretung einer Forderung, durch Begründung einer Forderung für den anderen, durch Schuldbefreiung, durch Aufhebung eines an der Sache des anderen bestehenden dinglichen Rechts oder auch durch Abwendung einer Vermögensminderung erfolgen.

Die Zuwendung kann auch mittelbar durch Geschäft mit einem Dritten bewirkt werden (Zahlung oder Übernahme der Schuld eines anderen, Vertrag zugunsten Dritter). Auch eine nichtrechtsgeschäftliche Handlung kann eine Zuwendung sein (Verbindung einer Sache mit der Sache eines anderen, so daß sie deren wesentlicher Bestandteil wird). Doch stehen die Zuwendungsgeschäfte so im Vordergrund, daß sie (wie oben gesehen) schlechthin als Zuwendungen bezeichnet werden.

4. Die Zuwendungen sind in der großen Mehrzahl entgeltlich²⁾, d. h. sie gewähren einen Vorteil gegen ein Entgelt, d. i. eine (vorausgehende, gleichzeitige oder nachfolgende) Leistung, die nach dem Willen der Parteien einen Ausgleich der Zuwendung bilden soll (Kauf, Miete, Dienstvertrag, verzinsliches Darlehen)³⁾. Daß dieser Gegenwert objektiv oder auch nur nach der Meinung der Parteien dem gewährten Vorteil gleichkomme, ist nicht erforderlich; es genügt, daß er nach dem Willen der Parteien die Zuwendung ausgleichen, also ihr Entgelt sein sollte. Der Kauf ist mithin ein entgeltliches Geschäft, auch wenn irrtümlich oder auch bewußterweise aus Not unter

¹⁾ Nach gem. Recht wurde die Schenkung todeshalber auch gültig, wenn der Beschenkte gleichzeitig mit dem Schenker verstarb.

²⁾ Vertmann, Entgeltliche Geschäfte, 1912; Haymann, DogmZ 56 S. 86ff.

³⁾ Daß diese Leistung geschuldet sei, ist nicht erforderlich, sie kann auch zur Begründung des (einseitigen) Schuldverhältnisses dienen (verzinsliches Darlehen). Sie kann ferner den Inhalt einer Bedingung oder Zweckvereinbarung bilden: Ich verspreche dir 10000, wenn du mir das Grundstück leistest; ich verspreche dir 10000 als Mitgift, d. h. als einen Beitrag zur Bestreitung der von dir zu übernehmenden oder übernommenen Ehekosten, vgl. unten § 343 I 3a und Vertmann a. a. O. S. 15ff.

dem wahren Werte der Sache verkauft wird⁴⁾. Den Gegensatz bilden die unentgeltlichen oder lukrativen Geschäfte (Schenkung, Vermächtnis, unverzinsliches Darlehen).

5. Eine Unterart der entgeltlichen bilden die sog. partiarischen Geschäfte⁵⁾, d. h. Verträge, durch die jemand einem anderen gewisse Leistungen verspricht gegen einen Anteil an dem Gewinn, den der andere erzielt, z. B. man verpachtet ein Grundstück für eine Quote der darauf zu gewinnenden Früchte (*colonia partiaria*, Teilpacht) oder verspricht Dienste in einem Handelsgeschäfte gegen eine Tantieme am Gewinn oder am Umsatz (der Fall des sog. *commis intéressé*); man überläßt dem Buchhändler das Verlagsrecht an einem Werke gegen einen Anteil am Gewinn.

6. Über Verfügung, Veräußerung, Belastung, Verzicht ist schon oben § 134 gehandelt.

§ 139. Abstrakte, kaufale, fiduziarische Geschäfte insbesondere.

I. Abstrakte und kaufale Geschäfte*).

1. Es gibt Willenserklärungen, die eben nur den Zweck haben, die Rechtswirkung zu begründen, auf deren unmittelbare Erzeugung sie gerichtet sind; z. B. man nimmt ein Kind an, eben um es als Kind zu haben, man heiratet, um das Eheverhältnis zu begründen.

2. Anders bei den Zuwendungen, d. h. denjenigen Willenserklärungen, durch die man das Vermögen einer anderen Person bereichert. Zuwendungen nimmt man nicht um ihrer selbst willen vor, sondern um mittelbar durch sie noch einen anderen Rechtserfolg ins Leben zu rufen, der dadurch (nach der Rechtsordnung) erreicht werden kann (oder doch als dadurch erreichbar vorgestellt wird), z. B. man übereignet eine Sache, um dadurch eine Verbindlichkeit zu erfüllen oder um dem Empfänger eine unentgeltliche Bereicherung zu verschaffen; man verspricht eine Leistung (z. B. einer Geldsumme), um

⁴⁾ Ist aber schenktalber unter dem Preise verkauft, so liegt kein rein entgeltliches Geschäft, sondern ein *negotium mixtum cum donatione* vor, darüber unten §§ 347, 348.

⁵⁾ Crome, Die partiarischen Geschäfte, 1897; Knoke, Recht der Gesellschaft, 1901 S. 12 ff.

^{*}) Währ, Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund, 3. Aufl. 1894, §§ 3—8; Schloßmann, Zur Lehre von der *causa* (1868); Votmar, Über *causa* im röm. Recht (1875); Karlowa, Rechtsgeschäft § 28 (1877); Venel, Zivl 74 S. 230 ff., 79 S. 62 ff.; Jung, Bereicherungsansprüche, 1902; Klingmüller, Der Begriff des Rechtsgrundes, 1903; Neumann in Gruchot 45 S. 503 ff.; Stampe, Zeitschr. f. Handelsr. 55 S. 387 ff.; v. Tuhr, Z. L. v. d. abstrakten Schuldverträgen, 1903; Neubeder, Bürgl 22 S. 34 f.; Stampe, Das Kaufaprobem, 1904; Rümelin, Zivl 97 S. 211, 98 S. 152; Klingmüller, Zeitschr. f. HR. 58 S. 152; Brütt, Die abstrakte Forderung, 1908; Degenkolb, DogmZ 56 S. 183 ff.; Stampe, Wertbewegungslehre T. 1, 1912.

dadurch den anderen zu einer Gegenleistung (z. B. der Ware) zu verpflichten. Die auf einen mittelbaren Rechtserfolg einer Zuwendung gerichtete Absicht nennen wir ihre *Kausa* (im subjektiven Sinne¹⁾, d. h. ihren Rechtszweck oder, da die Absicht, den Zweck zu erreichen, zugleich den Beweggrund für die Zuwendung bildet, ihren Rechtsgrund²⁾.

3. Die Rechtsordnung führt aber diesen beabsichtigten mittelbaren Rechtserfolg (von anderen Voraussetzungen abgesehen) in der Regel nur dann herbei, wenn seine Herbeiführung vereinbart wurde. Es ist also (was fast allgemein übersehen wird) in der Regel eine Zweckvereinbarung erforderlich³⁾, die man ebenfalls als *Kausa* zu bezeichnen pflegt⁴⁾. Bei Zuwendungen durch einseitiges Geschäft kann aber auch die Zwecksetzung einseitig erfolgen, so bei der Stiftung, der Auslobung, der Erfüllung in den Fällen, wo die Leistung keine Annahmeerklärung erfordert (unten § 283 I 2, 3).

4. Gewöhnlich unterscheidet man die *causa donandi* (die Zuwendung soll eine unentgeltliche Bereicherung bewirken), die *causa credendi* (sie soll den anderen zu einer Leistung verpflichten), die *causa solvendi* (sie soll eine Schuld tilgen); aber es sind auch andere *causae* denkbar, z. B. die *causa novandi*, *dotis constituendae*, *condicionis implendae*.

5. Die Kausalvereinbarung kann nun nach der Auffassung der Rechtsordnung zu dem die Zuwendung enthaltenden Geschäfte in verschiedener Beziehung stehen:

a) Sie kann einen Teil des die Zuwendung enthaltenden Geschäftes, insbesondere Vertrages bilden, und das erscheint als das natürliche und normale, weil ja die Zuwendung um des durch sie zu erreichenden Zweckes willen vorgenommen wird. Ist es der Fall, so nennen wir das Geschäft *kausal*. Fast sämtliche obligatorischen Verträge des gemeinen

¹⁾ Natürlich kann der Ausdruck die auf einen Rechtserfolg gerichtete Absicht des Zuwendenden oder dessen, dem zugewendet wird, oder, wenn beide dieselbe Absicht haben, beides bedeuten.

²⁾ Die *Kausa* im subjektiven Sinne ist also zugleich ein Motiv für den Zuwendungswillen, unterscheidet sich aber von anderen (nur tatsächlichen) Motiven dadurch, daß sie selbst wieder einen rechtsgeschäftlichen, d. h. auf eine Rechtswirkung (die mittelbare Rechtswirkung der Zuwendung) gerichteten Willen darstellt.

³⁾ Zustimmung v. Tuzr II 1 S. 81.

⁴⁾ Da rechtlich in der Regel nur diese Zweckvereinbarung in Betracht kommt, so wird der Ausdruck *Kausa* (ohne Zusatz) tunlichst auf sie zu beschränken sein. — Übrigens wird auch das Rechtsverhältnis, auf das sich die Zweckvereinbarung bezieht (z. B. die Kaufschuld, die gesichert oder noviert werden soll), ja selbst der Entstehungsgrund dieses Rechtsverhältnisses (der Kauf) häufig kurzweg als *Kausa* bezeichnet. Hier handelt es sich aber nur um eine abgekürzte und ungenaue Redeweise, wie sich schon daraus ergibt, daß die *Kausa* doch nicht die gleiche, sondern eine sehr verschiedene ist, wenn eine Kaufschuld gesichert oder gezahlt, noviert, festgestellt oder abgeändert werden soll (vgl. auch unten Anm. 5).

Rechts wie des BG sind kausal. Beim kausalen Geschäft müssen, eben weil die Kausa (Kausalvereinbarung) Geschäftsbestandteil ist, auch in bezug auf sie alle Geschäftserfordernisse vorliegen. Die Zuwendung ist mithin in allen diesen Fällen von der Kausa abhängig. Ist die Kausalvereinbarung auf Unmögliches, Unsittliches oder Unerlaubtes gerichtet oder haben sich die Parteien über sie nicht geeinigt, so ist das kausale Geschäft also nichtig, z. B. das Versprechen einer Geldsumme aus unsittlichem Grunde oder das Versprechen einer Geldsumme, bei dem der Versprechende ein Darlehen, der andere Teil eine Schenkung im Sinne hat.

b) Bei manchen Zuwendungen gehört indes die Kausalvereinbarung nicht zum Geschäftsinhalt. Die Zuwendungserklärung für sich allein (und bei Verträgen deren Annahme) ohne die Kausa bildet den Geschäftsinhalt. Das Geschäft ist von der Kausalvereinbarung getrennt, abstrahiert, ein abstraktes Geschäft. An sich erscheint diese Trennung dessen, was wirtschaftlich zusammengehört, als künstlich. Gleichwohl sind abstrakte Geschäfte sehr häufig, weil sie die Klarheit und Sicherheit der Geschäftswirkungen erhöhen und deshalb den dadurch begründeten Rechten auch eine größere Verkehrstauglichkeit geben⁵⁾.

Abstrakt sind insbesondere nach gemeinem Recht und nach dem BG die Eigentumsübergabe⁶⁾ und die übrigen Verträge, durch welche dingliche Rechte begründet, aufgehoben

⁵⁾ Den Begriff der Kausa (und damit des kausalen und abstrakten Geschäfts hält Stampe, Zeitschr. f. HN 55 S. 397ff., für durch die Rechtsentwicklung überwunden. Im Einklang mit der oben Anm. 4 als ungenau bezeichneten Redeweise will er den Begriff der Kausa durch den Begriff des Grundgeschäfts ersetzen. Darunter versteht er die Parteilfeststellung über Art und Objekt einer Güterverchiebung (z. B. den Kaufvertrag). Den Gegensatz dieses Grundgeschäfts bilden die Hilfsgeschäfte, die nur der Modifizierung der normalen Wirkungen des Grundgeschäfts oder ihrer Sicherung oder völligen Durchführung dienen (ähnlich, wenn auch nicht unbedingt folgend, Kämelin, ZivR 97 S. 218). Ich glaube nicht, daß diese Auffassung geeignet ist, die Klärung des Kaufbegriffs oder des Wesens der abstrakten Geschäfte zu fördern. Man erwäge: 1. Nicht jedem abstrakten Geschäft liegt ein Grundgeschäft zugrunde (Schuldversprechen für Forderung aus Delikt oder ungerechtfertigter Bereicherung). 2. Nicht jedes Hilfsgeschäft ist abstrakt (Bürgschaft, Pfandbestellung). 3. Hilfsgeschäfte sind auch zur Durchführung von Hilfsgeschäften möglich (Bürgschaft für Zahlungsverprechen, Afterbürgschaft). 4. Auch wenn sich das Hilfsgeschäft auf ein Grundgeschäft bezieht, ist nicht das Grundgeschäft selber die Kausa, sondern die Parteilfeststellung darüber, welche Wirkung das Hilfsgeschäft auf die aus dem Grundgeschäft entstehenden Rechte üben soll, ob diese z. B. dadurch aufgehoben, gesichert oder verändert werden sollen. Das Grundgeschäft (genauer das dadurch geschaffene Rechtsverhältnis) ist also nur das Objekt, auf das die Parteien durch das Hilfsgeschäft vermöge der Zwecksetzung einwirken wollen. (Kausa der Bürgschaft ist nicht der Kauf, auch nicht die Kaufschuld, sondern die Vereinbarung, daß durch das Versprechen der Leistung die Kaufschuld gesichert werden solle.) 5. Die Abhängigkeit vom Grundgeschäft bei den einzelnen Hilfsgeschäften ist eine so durchgreifend verschiedene (man denke nur an Übereignung, Fesslon, Wechsel, Schuldversprechen, Bürgschaft), daß der allgemeine Begriff des Hilfsgeschäfts kaum von rechtlicher Bedeutung sein dürfte. Vgl. auch Klingmüller, Z. f. HN 58 S. 157ff.

⁶⁾ Bestritten ist dies allerdings für das gemeine Recht namentlich von Strohal, DogmZ 27 S. 335ff.; aber die Gründe der Bestreitung werden fast ausschließlich aus Beispielen hergeleitet, in denen, was natürlich möglich ist, die Erreichung des mittelbaren Rechtserfolges als Bedingung gesetzt ist.

ber übertragen werden, ferner die Abtretung von Forderungen, die Schuldübernahme, der Schulderlaß und einige wenige obligatorische Geschäfte, nämlich das abstrakte Schuldversprechen, das Schuldanerkenntnis, die Ausstellung von Inhaberpapieren, der Wechsel und einige dem Handelsverkehr angehörende Litteralgeschäfte. Diese Geschäfte, beispielsweise die Tradition, sind also gültig, auch wenn beide Parteien eine verschiedene *causa* im Sinne hatten oder wenn die *causa* unmöglich, unsittlich, verboten ist. Die gewollte Vermögenswirkung tritt also ein, kann aber freilich meistens unter dem Gesichtspunkte der ungerechtfertigten Bereicherung durch Klage ausgeglichen, oft auch durch Einrede gehemmt werden.

6. Die Zweckvereinbarung wird meistens zwischen dem Zuwendenden und demjenigen, dem zugewandt wird, getroffen und betrifft meist ein zwischen ihnen bestehendes oder zu begründendes Rechtsverhältnis. Notwendig ist aber weder das eine noch das andere. A (der Schuldner des X) übereignet (auf Geheiß des X) dem B eine Sache, ohne daß der eine weiß, weshalb der andere übereignet oder sich übereignen läßt. X aber hat einerseits mit A vereinbart, daß dessen Schuld an ihn durch die Übereignung an B getilgt sein solle, und ist andererseits mit B übereingekommen, daß die (durch A bewirkte) Übereignung eine Schenkung des X an B begründen solle. Hier bildet die durch abstraktes Geschäft zwischen A und B erfolgte Eigentumsübertragung zugleich einen Bestandteil zweier kauflarischer Geschäfte, nämlich des zwischen A und X geschlossenen Erfüllungsgeschäfts (*solutio*) und der zwischen X und B geschlossenen Schenkung⁷⁾.

II. Fiduziarische Geschäfte**).

Fiduziarisches Geschäft oder Treuhandsgeschäft nennt man eine Rechtsübertragung⁸⁾ zu einem (wirtschaftlichen) Zwecke, der diese Rechtsübertragung nicht fordert, z. B. Eigentumsübertragung zu Verwaltungszwecken oder zur Sicherung einer Forderung, Zession einer Forderung oder Vollindossament eines Wechsels zur Beitreibung. Die gewollte Rechtswirkung steht also mit dem verfolgten wirtschaftlichen Zwecke nicht im Einklang, sie geht über ihn hinaus. Aber sie ist wirklich gewollt; dadurch unterscheidet sich das fiduziarische von dem simulierten Geschäft, mit dem es bisweilen verwechselt worden ist⁹⁾. Der Fiduziar (Treuhand¹⁰⁾) soll Eigentümer der übertragenen Sache, Gläubiger der zedierten oder durch Indossament übertragenen Forderung werden, sich aber gleichwohl wirtschaftlich nur wie ein Verwalter, Pfandgläubiger, Beauftragter usw. ver-

⁷⁾ Ähnliche Kombinationen ergeben sich häufig infolge von Anweisungen, können aber auch in anderen Fällen vorkommen. Die Verkennung ihres Wesens hat nicht selten zu Irrtümern in der Konditionenlehre geführt. Im allgemeinen ist auch das oben § 136 B I a—c Gesagte zu vergleichen.

***) Regelsberger, *ZivR* 63 S. 172 und Band. I § 141; Hellwig, *ZivR* 64 S. 369ff.; Lang, *ZivR* 83 S. 336ff.; Dreher, *Gruchot* 40 S. 233ff., 449ff.; Alfred Schulze, *Treuhand*, *DogmZ* 43 S. 1ff.; Schöniger, *ZivR* 96 S. 163ff.; Jaeger, *RD* § 43 Anm. 38—47; Schön, *BürgR* 35 S. 291ff.; Fischbach, *Treuhand* und *Treuhandsgeschäfte*, 1912; Hellwig, *Gläubigernot*, 1912; Wolff, *Sachenrecht* § 163 zu Anm. 14—18; v. Tuhr II 2 S. 185ff.; Caspari, *Sicherheitsübereignung* 2. Aufl., 1915; W. Fuchs, *ZivR* 115 S. 84ff.; Kumpf, *ZivR* 119 S. 124ff.

⁸⁾ Überträgt der Treugeber nichts, sondern erwirbt nur ein anderer für dessen Rechnung, so liegt kein Treuhandsverhältnis vor, *RGZ* 84 S. 217; 91 S. 12.

⁹⁾ Vgl. *RG Gruchot* 49 S. 345ff., *SeuffR* 60 S. 177; *JurW* 08 S. 63ff.

¹⁰⁾ Der Begriff des Treuhänders ist freilich weniger bestimmt und weiter als der des Fiduziars; denn Treuhänder nennt man auch und sogar vorzugsweise gewisse nur zur Mitwirkung bei der Verwaltung fremder Rechte oder zur Verfügung über solche berechnete Personen (*HypBankG* §§ 29f.; *BauforderungG* §§ 35f.; *WG* § 1189).

halten, mithin die Sache oder die Forderung nur „zu getreuen Händen“ haben¹¹⁾.

1. Die Gültigkeit des fiduziarischen Geschäftes ist nicht zu bezweifeln¹²⁾, auch für den wichtigen Fall, daß ein Recht zur Sicherung einer Forderung übertragen ist, durch § 223 direkt anerkannt¹³⁾. Der Fiduziar wird also dem Willen der Parteien entsprechend Eigentümer der ihm übertragenen Sachen, Gläubiger der ihm übertragenen Forderungen usw., und wenn er diese Rechte unter Mißbrauch des auf ihn gesetzten Vertrauens weiter überträgt, so ist die Verfügung dennoch vollgültig¹⁴⁾.

2. Die Verabredung, daß er sich dem Fiduzianten gegenüber nicht als Eigentümer, Gläubiger usw., sondern nur als Verwalter, Beauftragter usw. betrachten solle, wirkt nur obligatorisch, zieht also bei Verletzung dieser Pflicht nur eine Schadensersatzpflicht nach sich.

3. Gleichwohl wird im Konkurse des Fiduziars bezüglich der noch in dessen Vermögen vorhandenen, fiduziarisch übertragenen Gegenstände (des Treuguts) ein Aussonderungsrecht (vermöge einer rei vindicatio utilis) gegeben, da sonst die Gläubiger auf Kosten des Fiduzianten befriedigt werden würden¹⁵⁾.

4. Fiduziarische Geschäfte können zu sehr verschiedenen Zwecken abgeschlossen werden, z. B. zum Zwecke der unentgeltlichen oder entgeltlichen Verwaltung, Bewahrung oder Gebrauchsgewährung. Dann können auf das Verhältnis zwischen Fiduziant und Fiduziar unter Umständen Vorschriften über Auftrag, Dienstvertrag, Verwahrungsvertrag, Leihe oder Miete angewandt werden, wobei indessen zu beachten ist, daß beim fiduziarischen Geschäft nicht nur der Besitz, sondern das Recht selbst übertragen ist. Besonders häufig aber sind die folgenden Fälle:

a) Eine Forderung wird zum Zwecke der Einziehung für den Fiduzianten durch

¹¹⁾ Seinen Namen hat das fiduziarische Geschäft von der fiducia des altrömischen Rechts, einer durch Manzipation oder Injurezession bewirkten Eigentumsübertragung, die aber wirtschaftlich nur bezweckte, dem Erwerber Sicherheit für eine Forderung zu geben (fiducia cum creditore) oder ihm die Möglichkeit einer freien und gesicherten Verwaltung der anvertrauten Sache zu gewähren (fiducia cum amico). Der Erwerber wurde Eigentümer und nur obligatorisch verpflichtet, die Sache nach der Tilgung der Schuld oder nach der Beendigung des Verwaltungsverhältnisses zurückzugeben.

¹²⁾ Die Gültigkeit des fiduziarischen Geschäftes müßten diejenigen bestreiten, welche zum Geschäftsbegriff das Wollen des entsprechenden wirtschaftlichen Erfolges verlangen (darüber oben § 136 Anm. 3).

¹³⁾ So auch das RG in ständiger Rechtsprechung, insbesondere auch für die Sicherungsübereignung an beweglichen Sachen (vgl. Text 4b).

¹⁴⁾ So auch das Reichsgericht und andere obersterichterliche Entscheidungen: Eigentumsübertragung zu Pfandzwecken RGZ 13 S. 204; 26 S. 181, vgl. auch RG in Recht 1903, 152 Nr. 738; SeuffA 41, 86; Zession zu Pfandzwecken RGZ 24 S. 162; RDStZ 3 S. 435; 19 S. 131 und 344; Zession zum Zweck der Eintreibung SeuffA 21, 43; 22, 34; 30, 20; Solindossament zu Inzassozienden RGZ 29 S. 129.

¹⁵⁾ So hat auch das Reichsgericht mehrfach, auch im Falle einer Eigentumsübertragung, mit sehr ausführlicher Begründung entschieden, RGZ 45 Nr. 18; 35 Nr. 17; SeuffA 46 Nr. 91; Gruchot 37 S. 119; vgl. auch SeuffA 49 Nr. 113. Vgl. auch Rohler a. a. D. S. 144 ff. u. Konkursrecht § 55 S. 179 ff.; Dernburg, Pand. I § 100 Anm. 11; Regelsberger, § 141 Anm. 14; Jaeger a. a. D. V. M. Lang a. a. D. S. 341 ff.; Biermann § 68, 3; v. Tuhr II 2 S. 202 ff.

zession oder Vollindossament übertragen. Dieser Fall bedarf genauerer Besprechung in der Zessionslehre (unten § 303 IV).

b) Es wird Eigentum zur Sicherung einer Forderung übertragen (Sicherheitsüber-eignung)¹⁶⁾. Ist das bei beweglichen Sachen durch Besitzkonstitut geschehen, so könnte man zweifeln, ob nicht eine Umgehung des § 1205, der zur Verpfändung Besitzübergabe fordert, vorliege; allein durch feste und dem Bedürfnis entsprechende Rechtsprechung ist die Gültigkeit gewohnheitsrechtlich anerkannt¹⁷⁾. Ferner könnte man zweifeln, ob nicht auf die Sicherungsüber-eignung das Verbot der Verfallklausel (§ 1229) und auf den Verkauf der zur Sicherung übereigneten Sachen die zwingenden Vorschriften über den Pfandverkauf (§ 1245) analog anzuwenden seien. Allein auch diese Fragen sind mit der herrschenden Ansicht zu verneinen, weil der Fiduziar nach dem Willen der Parteien die Stellung nicht des Pfandgläubigers, sondern des Eigentümers hat, die Vorschriften über das Pfandrecht also nur, soweit sie den vermutlichen Willen der Parteien entsprechen, Anwendung finden dürfen. Näheres über diese Fragen ist dem Sachenrecht vorzubehalten (Wolff § 163 I d).

c) Eine Forderung wird zum Sicherungszweck abgetreten (Sicherungs-zession). Auch hier ist die zwingende Vorschrift des § 1280 (die Verpfändung erfordert Anzeige des Gläubigers an den Schuldner) nicht analog anzuwenden¹⁸⁾.

d) Ein Gegenstand wird, um ihn dem Zugriffe des Gläubigers zu entziehen, auf Grund eines Scheingeschäfts, z. B. eines Scheinkaufs, auf einen anderen übertragen unter Vereinbarung der Rückübertragung nach dem Vorübergehen der Gefahr. Dann wird (namentlich bei beweglichen Sachen) die Veräußerung oft ebenfalls nur zum Schein vorgenommen, also nichtig sein. Ist sie aber wirklich gewollt, so überträgt sie zwar das Recht, kann aber nach Maßgabe der RD § 31 Nr. 1 oder des Anfechtungsgesetzes § 3 Nr. 1 angefochten werden¹⁹⁾.

II. Die Erfordernisse des Geschäftsabschlusses.

§ 140. Übersicht.

Der Abschluß eines (gültigen) Rechtsgeschäfts hat die folgenden, in dieser Reihenfolge zu besprechenden allgemeinen Erfordernisse:

1. Die Geschäftsfähigkeit des oder der Handelnden und, soweit diese beschränkt ist, die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters.
2. Eine Willenserklärung oder eine Mehrheit von solchen.
3. Verträge erfordern außerdem die Übereinstimmung der gegenseitigen Willenserklärungen.

Bei manchen Geschäften treten noch gewisse besondere Erfordernisse hinzu

¹⁶⁾ Wann in diesem und den unter c und d erwähnten Fällen ein Verstoß gegen die guten Sitten vorliege, kann erst später § 178 III 5 erörtert werden.

¹⁷⁾ RG 57 S. 177; 59 S. 146; 62 S. 126; SeuffA 67 S. 462, 466; DZGE 26 S. 42. Die Ungültigkeit der Sicherungsüber-eignung als einer Gesetzesumgehung behauptet Hellwig, Recht und Wirtschaft I S. 25; dagegen mit Recht Vojsan, JurW 1912 S. 8; Gutachten der Altesten der Kaufmannschaft zu Berlin, LeipzJ 6 S. 98. Die Sicherheitsüber-eignung an Warenlagern erklärt für ausgeschlossen Hoeniger, NotZ 11 S. 177; dagegen mit Recht Weißler, baselbst S. 546; Düringer, LeipzJ 5 A. 417; RG Warn. 1912 Nr. 213; 1913 Nr. 129. Vgl. auch die Zusammenstellung von Schaefer, BürgA 38 S. 1 ff.

¹⁸⁾ So auch die herrschende Meinung. A. U. v. Tuhr S. 197 f.

¹⁹⁾ Über den in solchen und ähnlichen Fällen möglicherweise entstehenden Schadensanspruch gegen den Fiduziar nach § 826 siehe unten § 453 III f u. RG 81 S. 176.

(oben § 136 B); diese sind teils bei der Form der Willenserklärung, teils bei den einzelnen Geschäftsarten zu behandeln.

Nach gemeinem Recht war, von wenigen Ausnahmen abgesehen, zur Gültigkeit des Rechtsgeschäfts auch ein der Erklärung entsprechender, also auf die als gewollt bezeichneten Rechtsfolgen gerichteter Wille erforderlich. Das BG aber hat die Fälle, in denen das Geschäft trotz des Fehlens eines solchen Willens aus Gründen der Verkehrssicherheit gültig ist, erheblich vermehrt. Namentlich behandelt es Erklärungen, die ohne Wissen des Erklärenden von seinem Willen abweichen, zunächst als gültig und gibt dem Erklärenden (unter gewissen Voraussetzungen) nur ein Anfechtungsrecht. Macht er von diesem Rechte Gebrauch, so wird freilich die Erklärung als von Anfang an nichtig betrachtet (so daß also für die endgültige Regelung die Bedeutung des Willens gewahrt ist); aber zunächst ist sie doch gültig, mithin das Geschäft in der großen Mehrzahl der Fälle auch bei mangelndem Willen wirksam. Deshalb ist (abweichend vom gemeinen Recht) der Wille jetzt nicht mehr unter den Geschäftserfordernissen zu behandeln, sondern das Fehlen des Willens als besonderer Nichtigkeits- oder Anfechtungsgrund zu betrachten und mit anderen Anfechtungsgründen (Drohung und arglistige Täuschung) zusammenzustellen, wie es auch im BG geschehen ist (§§ 116—124).

1. Die Geschäftsfähigkeit.*)

§ 141. Geschäftsunfähigkeit und Bewußtlosigkeit.

I. Geschäftsfähigkeit ist die Fähigkeit, durch Rechtsgeschäfte Rechtswirkungen hervorzurufen. Sie wird aber in gleichem Maße wie für Rechtsgeschäfte in analoger Anwendung der §§ 104ff. in der Regel auch für Rechtshandlungen (geschäftähnliche Handlungen, oben § 128 III 2) für erforderlich zu halten sein (vgl. unten § 194), nicht dagegen für die Realakte mit Rechtswirkung wie das Finden eines Schatzes oder die Herstellung eines wissenschaftlichen oder künstlerischen Werkes.

II. Das BG sagt nicht, wer geschäftsfähig sei, sondern gibt nur die Voraussetzungen an, unter denen die Geschäftsfähigkeit fehlt oder beschränkt ist. Es betrachtet also die tatsächlich ein Geschäft abschließenden Personen in der Regel als geschäftsfähig. Daher hat derjenige, der gleichwohl die Geschäftsunfähigkeit behauptet, die Voraussetzungen dieser Ausnahme zu beweisen¹⁾.

III. Geschäftsunfähig sind:

1. die Kinder unter 7 Jahren, „Personen im Kindesalter“ genannt, § 104 Nr. 1 (L. 1 pr. D. de V. O. 45, 1).

*) Savigny III §§ 106ff.; Brunz, Kleine Schriften II S. 459ff.; Binding, Normen II § 35; Regelsberger I §§ 130ff.; Neumann in der Festgabe für Wille 1901 S. 207ff.; Breit, Die Geschäftsfähigkeit, 1903; Elsbacher, Die Handlungsfähigkeit nach dem bürgerl. Recht I, 1903.

¹⁾ So auch die herrschende Beweislehre des gemeinen wie des bürgerlichen Rechts, vgl. RDStGE 17 S. 103f.; RGZ 23 S. 297; RG JurB 73 Nr. 5; RG Warn. 1913 Nr. 108; Bepinger, Beweislast 2. Aufl. S. 155; Rosenberg, Beweislast S. 100f.; Breit a. a. D. S. 50f.; v. A. Fr. Leonhard, Beweislast S. 305. Andere (z. B. Weh, Beweislast S. 185ff., und Staudinger-Kiezler, Vorbem. 6 vor § 104)bürden dem, der sich auf das Geschäft beruft, den Beweis der Volljährigkeit auf, während der Gegner die Geisteskrankheit oder Entmündigung, auf die er sich beruft, zu beweisen habe.

2. Geistesranke, deren freie Willensbestimmung nicht nur vorübergehend ausgeschlossen ist, § 104 Nr. 2 (darüber oben § 85);

3. wer wegen Geisteskrankheit entmündigt ist, § 104 Nr. 3 (darüber oben § 86 I). Nach gemeinem Recht war der wegen Geisteskrankheit Entmündigte nur geschäftsunfähig, wenn und solange er geisteskrank war. Nach dem BG bildet dagegen die Entmündigung wegen Geisteskrankheit einen selbständigen Geschäftsunfähigkeitsgrund. Der Entmündigte ist also geschäftsunfähig, auch wenn er in Wahrheit nicht geisteskrank war, ferner auch während der sog. *dilucida intervalla* (oben § 85 II 1 d), endlich wenn er wieder gesund geworden, die Entmündigung aber noch nicht wieder aufgehoben ist.

IV. Die Willenserklärung eines Geschäftsunfähigen ist nichtig (§ 105 Abs. 1²⁾). Auch die Annahme von Schenkungen macht keine Ausnahme.

V. Vorübergehende Zustände der Bewußtlosigkeit oder der Störung der Geistestätigkeit haben die Geschäftsunfähigkeit nicht zur Folge. Einem Bewußtlosen kann daher während dieses Zustandes eine Erklärung wirksam zugehen, was bei Geschäftsunfähigen nicht der Fall ist (unten § 151, 2). Die Erklärung des Bewußtlosen oder vorübergehend geistig Gestörten dagegen ist nichtig, § 105 Abs. 2. Nur muß die Störung eine solche sein, daß sie die freie Willensbestimmung ausschließt³⁾. Unter dieser Voraussetzung⁴⁾ gehören hierher insbesondere die in schwerer Trunkenheit, hohem Fieber, Hypnose, epileptischem oder Migräneanfall abgegebenen (scheinbaren) Erklärungen⁵⁾. Von der Beweislast gilt das unter II Gesagte.

§ 142. Beschränkte Geschäftsfähigkeit*).

I. In der Geschäftsfähigkeit beschränkt sind:

1. die Minderjährigen, die das siebente Jahr überschritten haben (darüber oben § 83 II und § 84);

¹⁾ Die Ansicht von Danz, *JurW* 13 S. 1016, daß nur Geschäfte nichtig seien, die der Geistesranke bei geistiger Gesundheit nicht vorgenommen hätte, ist weder mit dem Wortlaut noch mit dem Grundgedanken des Gesetzes vereinbar, dem Willen des Geistesranken (wie des Kindes) die Bedeutung für das Rechtsleben zu versagen, und würde zu kaum zu lösenden Zweifeln führen. So auch RG *Wam.* 1915 S. 423. Aus gleichen Gründen kann der Ansicht Reichels (*Prager Jur. Zeitschr.* 23 S. 38) nicht zugestimmt werden, daß Geschäfte der Geistesranken nur nichtig seien, wenn zwischen Geisteskrankheit und Geschäftsabschluß ein Motivationszusammenhang bestehe.

²⁾ Das ist in § 105 Abs. 2 nicht ausdrücklich gesagt, aber unbedenklich aus § 104 Abs. 2 zu ergänzen. Wenn selbst dauernde geistige Störungen, die die freie Willensbestimmung nicht ausschließen, der Gültigkeit der Willenserklärung nicht entgegenstehen, so kann man das bei betätigten vorübergehenden Störungen gewiß nicht annehmen, so auch RG 74 S. 111 ff.; RG *WpZ* 1920 S. 299; RG 103 S. 400.

³⁾ Über partielle Geistesstörungen oben § 85 II 2.

⁴⁾ In Wahrheit liegt gar keine Willenserklärung vor, weil das Erklärungsbebewußtsein fehlt, oben § 136 II A 3.

⁵⁾ Göring, *R. der Minderjährigen und Entmündigten*, 1899; v. Blume, *DogmZ* 48 S. 417.

2. die wegen Geisteschwäche, Verschwendung oder Trunksucht Entmündigten (darüber oben § 86);

3. die unter vorläufige Vormundschaft Gestellten (darüber oben § 86 VII)¹).

II. Die Geschäftsfähigkeit dieser drei Klassen ist im allgemeinen die gleiche. Jedoch ist sie im BG zunächst für die Minderjährigen geregelt (§§ 106 bis 113), während für die Entmündigten und unter vorläufige Vormundschaft Gestellten auf diese Regelung verwiesen wird (§ 114). Der einfacheren Darstellung wegen empfiehlt es sich, dieser Anordnung zu folgen.

1. Die Minderjährigen (die das siebente Lebensjahr überschritten haben) sind fähig zu allen Geschäften, die ihnen keinerlei Nachteil bringen, also z. B. zur Annahme eines Schenkungsversprechens, zum Erwerb durch Tradition oder durch Zession, zur Annahme einer Verzichtserklärung. Sie bedürfen aber zu allen Willenserklärungen, die ihnen „nicht lediglich einen rechtlichen Vorteil“ bringen, der Zustimmung ihres gesetzlichen Vertreters, § 107.

a) Daß hiernach auch ein wirtschaftlich sehr günstiger Kauf, die Annahme einer reichen Erbschaft zustimmungsbedürftig sind, ist nicht zu bezweifeln, da diese Akte neben den (wenn auch überwiegenden) Vorteilen auch Verpflichtungen, also Nachteile hervorrufen. Zweifel aber sind bezüglich der Annahme einer Zahlung entstanden. Das zusammengesetzte Geschäft der Zahlungsaufnahme enthält ein Aufgeben der Forderung, ist also der Zustimmung des Vertreters bedürftig²). Von der Zahlung aber ist der abstrakte Vertrag der Übereignung des Geldes (oder des sonstigen Schuldgegenstandes) zu unterscheiden. Dieser bringt dem Minderjährigen lediglich Vorteil, ist also ohne Zustimmung des Vertreters gültig³).

¹) Ein vierter (vorübergehender) Fall ergibt sich aus der Übergangsbestimmung des Art. 200 Abs. 3: Soweit in einer bei Inkrafttreten des BG bestehenden Ehe die Ehefrau in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist, bleibt die Beschränkung in Kraft, solange der bisherige Güterstand besteht, vgl. Wieruszowski bei Gruchot 44 S. 305.

²) Das sollte nicht bestritten werden; denn es kommt nicht (wie Dertmann, § 107 3e, meint) darauf an, ob der Minderjährige durch die Annahme der Zahlung gegenüber dem bisherigen Zustand ein Plus erlangt, sondern darauf, ob er „lediglich“ einen rechtlichen Vorteil erlangt. Der Verlust der Forderung ist doch kein rechtlicher Vorteil! Dertmanns Ansicht würde zu dem höchst bedenklichen Ergebnis führen, daß der Minderjährige seine Forderungen ohne Wissen des Vormundes einlassieren und das Erlangte vergeuden könnte. Auch zur Annahme einer durch Auflage beschränkten Schenkung oder zum Abschluß eines Leihvertrages als Nehmer ist (gegen Dertmann) in allen Fällen die Zustimmung für erforderlich zu halten.

³) Der Minderjährige hat also die ungerechtfertigte Bereicherung herauszugeben; auch ist, soweit er noch bereichert ist, Aufrechnung zulässig. Abweichend von dem im Texte Gesagten hielt Pland hier wegen des Nichterlöschens der Forderung auch den binglichen Vertrag für nichtig; das steht aber mit der abstrakten Natur der Übereignung in Widerspruch und führte Pland zu der auffallenden Folgerung, daß der Minderjährige zwar Eigentümer wird, wenn eine Nichtschuld, aber nicht, wenn eine Schuld an ihn gezahlt wird. Zustimmung zu dem im Texte Gesagten setzt auch Pland-Pland zu § 107 I 3d.

b) Vollmachtserteilungen sind zustimmungsbedürftig, es sei denn, daß die Vollmacht nur für nicht zustimmungsbedürftige Geschäfte erteilt werde.

c) Familienrechtliche Akte fallen niemals unter den (wirtschaftlich zu verstehenden) Begriff der lediglich vorteilhaften Geschäfte. Sie sind daher in der Regel zustimmungsbedürftig⁴⁾. Doch gibt es Ausnahmen (z. B. §§ 1336¹, 1337³, 1358³, 1595¹, 1598³, 1729³, 1748², 1755).

d) Die Einwilligung zu einer Operation des Minderjährigen bedarf, da sie nicht unter den Begriff des lediglich vorteilhaften Geschäfts fällt, der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters⁵⁾.

e) Auch der (öffentlich-rechtliche) Vertrag des Minderjährigen über Eintritt in das jetzige Reichsheer bedarf der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters, da, soweit nicht besondere Vorschriften bestehen, die Bestimmungen des BG über Geschäftsfähigkeit anwendbar sind⁶⁾.

f) Gesetzlicher Vertreter ist kraft elterlicher Gewalt der Vater und eventuell die Mutter (aber auch die Mutter nur für die ehelichen Kinder, da ihr über die unehelichen die elterliche Gewalt nicht zusteht [§§ 1707]), ferner der Vormund (also auch die Mutter des unehelichen Kindes, wenn sie zu dessen Vormünderin bestellt ist [§§ 1773, 1778 Abs. 3]), sodann der Pfleger, endlich der Beistand (der Mutter), falls ihm die Vermögensverwaltung übertragen ist (§ 1693).

2. Die Ehemündigkeit beginnt beim Manne mit der Volljährigkeit, bei der Frau mit dem vollendeten 16. Jahre (oben § 83 II 3a).

3. Die Fähigkeit ein öffentliches Testament durch mündliche Erklärung zu errichten, beginnt mit dem vollendeten 16. Jahre, die Fähigkeit ein öffentliches Testament durch Überreichung eines Schriftsatzes oder ein Privat testament zu errichten mit der Volljährigkeit (oben § 83 II 3 b). Zustimmung des gesetzlichen Vertreters ist in keinem Falle erforderlich oder wirksam.

III. Das Erwerbsleben fordert für einzelne Klassen von Minderjährigen eine gewisse Selbständigkeit. Diesem Bedürfnis hat das BG Rechnung getragen, indem es gestattet, ihnen die volle Geschäftsfähigkeit für bestimmte Geschäftskreise zu übertragen⁶⁾. Es ist dabei, freilich mit nicht unwesentlichen Veränderungen, dem preussischen Gesetze vom 12. Juli 1875 gefolgt.

1. Der gesetzliche Vertreter kann den Minderjährigen mit Zustimmung des Vormundschaftsgerichts zum selbständigen Betriebe eines

⁴⁾ Breit S. 191. Die Genehmigungsbedürftigkeit des Verlöbnisses ist in der Praxis mehrfach anerkannt: RG 61 S. 272; Gruchot 50 S. 994 u. a. m. Dagegen bedarf der Rücktritt vom Verlöbnis der Zustimmung nicht, weil die Ehe ohne den Willen des minderjährigen Verlobten nicht eingegangen werden kann, RG 98 S. 15.

⁵⁾ So auch OLG 14 S. 14; RG JurB 07 S. 505; Warn. 1911 Nr. 398; Pland-Flab § 107 I 4; a. A. RG Komm. § 106, 2 und Staubinger § 107, 7.

⁶⁾ RG, neue B. f. Arbeitsrecht 23 S. 253.

Erwerbsgeschäfts⁷⁾ ermächtigen. Der Minderjährige wird dann unbeschränkt geschäftsfähig für alle Geschäfte, die der Geschäftsbetrieb mit sich bringt⁸⁾. Ausgenommen sind nur die Geschäfte, zu denen auch der Vertreter der Zustimmung des Vormundschaftsgerichts bedarf (also z. B. die Verfügung über Grundstücke; vgl. §§ 1821 ff.)⁹⁾. Auch zur Zurücknahme der Ermächtigung zum Geschäftsbetrieb ist die Zustimmung des Vormundschaftsgerichts erforderlich, § 112.

2. Ein Minderjähriger kann von seinem gesetzlichen Vertreter ermächtigt werden, in Dienst oder Arbeit zu treten;¹⁰⁾ dann wird er geschäftsfähig für alle Geschäfte, welche die Eingehung und Lösung derartiger Verhältnisse und die Erfüllung der Verpflichtungen daraus betreffen¹¹⁾. Doch gilt hier die gleiche Ausnahme wie unter 1¹²⁾.

Genehmigung des Vormundschaftsgerichts ist hier nicht erforderlich. Die Ermächtigung kann auch ohne Genehmigung des Vormundschaftsgerichts zurückgenommen oder eingeschränkt werden¹³⁾.

Verweigert der Vormund die Ermächtigung, so kann der Minderjährige beim Vormundschaftsgericht beantragen, daß sie von diesem erseht werde¹⁴⁾. Nicht so bei Verweigerung von Seiten des Vaters.

⁷⁾ d. h. also zu einer von dem Minderjährigen selbständig ausgeübten dauernden, auf Erwerb gerichteten Tätigkeit irgendwelcher Art (Hauptfall: der minderjährige Kaufmann). Dahin gehört unzweifelhaft auch die selbständige Ausübung einer Kunst, jedoch nicht die Tätigkeit des Schauspielers, sofern sie, wie gewöhnlich, in einem Dienstverhältnisse ausgeübt wird. Die Ermächtigung zu dem letzteren fällt unter § 113, bedarf also der Zustimmung des Vormundschaftsgerichts nicht; vgl. Warmitz, Bühnengagementsvertrag S. 16; Pfäfflin in Gruchot 48 S. 7ff., a. M. Rehbein I S. 113 und das Kammergericht (RGBl 8 S. 16).

⁸⁾ Bestritten ist, ob dazu auch die Bestreitung der eigenen Lebensbedürfnisse gehöre; dafür Rehbein I S. 113, Dernburg I S. 363; dagegen Pfäfflin S. 10. Sie gehört dazu, sofern der selbständige Betrieb des Erwerbsgeschäfts auch die selbständige Besorgung dieser Angelegenheiten nach Lage der Umstände erforderlich macht, was oft, aber keineswegs immer zutrifft; zustimmend Dertmann zu § 112, 5 a 7.

⁹⁾ Die Zustimmung des Vormundschaftsgerichts ist zu Geschäften des Gewalthabers nicht in gleichem Umfange erforderlich wie zu denen des Vormundes (§ 1643 vgl. mit §§ 1821 ff.). Daraus ergibt sich ein verschiedener Umfang der von dem einen und der von dem anderen erteilten Ermächtigung.

¹⁰⁾ Dahin gehören auch Kunstausübungen, die nicht selbständig betrieben werden (oben Anm. 7), aber nicht Dienstverhältnisse öffentlichrechtlicher Natur, auch nicht Lehrverträge, JurB 1912 S. 520. Ob das Arbeitsverhältnis auf Dienst- oder Werkvertrag beruht, ist gleichgültig.

¹¹⁾ Das ist auch auf die Vereinbarung von Konventionalstrafen, durch welche solche Dienstverträge gesichert werden sollen, mit zu beziehen; so Pfäfflin S. 4; DLG Colmar, Recht 1903 S. 102 und die vorherrschende Ansicht. A. M. Rehbein S. 115 u. a. mit den Motiven, die sich aber auf den wesentlich anderen Wortlaut des C. I beziehen.

¹²⁾ Wichtig ist hier namentlich, daß der Vormund (nicht der Vater) zu einem auf Eingehung eines Dienst- oder Arbeitsverhältnisses gerichteten Vertrage der Zustimmung des Vormundschaftsgerichts bedarf, wenn der Bündel zu persönlichen Leistungen auf länger als ein Jahr verpflichtet werden soll (§ 1822 Nr. 7).

¹³⁾ Die Einschränkungen können nicht nur die Natur oder die Dauer des Dienstverhältnisses, sondern auch die Person des Dienstherrn betreffen, vgl. PrDWB 43 S. 424 ff.

¹⁴⁾ In diesem Falle ist natürlich die Rücknahme oder Einschränkung durch den Vormund für ausgeschlossen zu halten.

Ist die Ermächtigung für einen Einzelfall gegeben, so gilt sie im Zweifel auch als für gleichartige¹⁵⁾ Dienst- und Arbeitsverhältnisse erteilt, § 113.

3. Man darf die Regeln der §§ 112 und 113 nicht auf eine (stillschweigende oder vermutete) Zustimmung des Vertreters zu jenen Geschäften zurückführen. Vielmehr wird die Geschäftsfähigkeit des Minderjährigen, wenn die Ermächtigung erfolgt, kraft Gesetzes erweitert. Hieraus folgt ein Dreifaches:

a) Die Erweiterung findet auch dann statt, wenn es der Absicht des Vertreters im Einzelfalle nicht entspricht.

b) Mit der Geschäftsfähigkeit, die ja für ihren Bereich die Fähigkeit, sich durch Verträge zu verpflichten, enthält, ist in gleichen Grenzen auch die Prozeßfähigkeit verbunden, ZPO § 52¹⁶⁾, was bei Annahme eines Generalkonsenses nicht zuträfe.

c) Der gesetzliche Vertreter ist zur Einwirkung auf das Gebiet, für welches der Minderjährige geschäftsfähig ist, nicht mehr befugt. Das ist zwar im BG nicht ausdrücklich gesagt, muß aber angenommen werden, da mit dem Schutzbedürfnis naturgemäß auch die Vertretungsmacht wegfallen muß, ferner nach der Ausdrucksweise des Gesetzes und aus praktischen Erwägungen.

Das Gesetz erklärt nämlich den Minderjährigen innerhalb des fraglichen Kreises für „unbeschränkt geschäftsfähig“. Tatsächlich aber wäre seine Geschäftsfähigkeit doch eine sehr beschränkte, wenn der Vater oder Vormund durch Geschäftsabschlüsse innerhalb dieses Gebietes seine Tätigkeit lahm zu legen vermöchte. Ein Minderjähriger, der zum Betriebe einer Materialwarenhandlung ermächtigt ist, darf nicht zu gewärtigen haben, daß ihm sein Vater oder Vormund die sämtlichen Warenbestände verkauft oder vielleicht sehr unerwünschte Ankäufe von Waren für ihn vornimmt. Daß die Verkehrssicherheit durch ein solches Durchkreuzen jeder vernünftigen Geschäftsführung leiden müßte, liegt auf der Hand. Es wäre z. B. kaum erträglich, wenn der Vater oder Vormund, nachdem der Minderjährige auf Grund der ihm gegebenen Ermächtigung einen Dienstvertrag geschlossen hat, mit einem Dienstvertrage hervortreten könnte, den er selbst für den Mündel geschlossen hat. Die Ermächtigung bewirkt also wie eine Art partieller Volljährigkeitserklärung zugleich, daß die Vertretungsmacht des gesetzlichen Vertreters entsprechend beschränkt ist¹⁷⁾.

IV. Die wegen Geisteschwäche, Verschwendung oder Trunksucht Entmündigten stehen im allgemeinen den Minderjährigen über 7 Jahren in der Geschäftsfähigkeit gleich, § 114¹⁸⁾.

Jedoch sind sie unfähig, zum Vormund, Pfleger oder Mitglied eines Familienrats bestellt zu werden (§§ 1780 u. 1865), während der Minderjährige nur durch Sollvorschriften ausgeschlossen ist (§§ 1781, 1866); ferner unfähig zur Testamenterrichtung (§ 2229), nicht aber zum Widerruf eines vorher errichteten Testaments (§ 2253). Die Unfähigkeit zur Testamenterrichtung tritt schon mit dem Antrage auf Entmündigung ein, vorausgesetzt, daß infolge dieses Antrags später die Entmündigung ausgesprochen wird.

¹⁵⁾ D. h. wirtschaftlich gleichartige, wenn der Vertrag juristisch auch anders benannt wird (Dienst- und Werkvertrag).

¹⁶⁾ Ebenso die Berechtigung, auf dem Gebiete der freiwilligen Gerichtsbarkeit Anträge zu stellen und Beschlüsse einzulegen, RGZ 37 A 39.

¹⁷⁾ Ebenso Pland zu § 112, 1; RGBl 16 S. 74; Obergerichtsentscheidungen 7 S. 93 und jetzt wohl die herrschende Meinung.

¹⁸⁾ Auch die §§ 112 und 113 können auf sie Anwendung finden.

V. Das gleiche gilt von den unter vorläufige Vormundschaft Gestellten¹⁹⁾, § 114. Wird aber der Entmündigungsantrag zurückgenommen oder rechtskräftig abgewiesen oder die Entmündigung infolge einer Anfechtungsklage wieder aufgehoben, so steht der Gültigkeit der inzwischen geschlossenen Geschäfte des vorläufig Entmündigten nichts entgegen. Die von dem vorläufigen Vormund geschlossenen Geschäfte aber bleiben gleichwohl wirksam, § 115 Abs. 2²⁰⁾.

§ 143. Zustimmung des gesetzlichen Vertreters.

I. Zustimmung im allgemeinen.

1. Die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters kann vor dem Geschäfte (d. h. vor dessen Vollenbung, unten §§ 149 ff.) gegeben werden, dann heißt sie „Einwilligung“, § 183; in der Regel kann sie dem Geschäfte auch nachfolgen, dann heißt sie „Genehmigung“, § 184.

2. Sie wird nicht als Teil des Geschäftsakts, sondern nur als gesetzliche Bedingung seiner Wirksamkeit betrachtet und ist daher, selbst wenn das Geschäft eine Form erfordert, an keine Form gebunden, § 182 Abs. 2¹⁾.

3. Sie kann ausdrücklich oder stillschweigend sein und in der Regel sowohl dem Minderjährigen selbst als dem anderen Teile gegenüber erklärt werden, § 182 Abs. 1²⁾.

4. Sie kann sich auf ein einzelnes Geschäft oder einen ganzen Kreis von solchen beziehen³⁾, z. B. wird in der Gestattung, eine Universität zu beziehen oder sonst selbständig für seine Ausbildung zu sorgen, in der Regel eine stillschweigende Zustimmung zum Abschluß der dazu erforderlichen Geschäfte zu finden sein, freilich zum Kontrahieren auf Kredit nur so weit, als die Annahme einer dahin gehenden Absicht des Vertreters durch besondere Gründe gerechtfertigt erscheint⁴⁾.

¹⁹⁾ Doch sind sie (wie die Minderjährigen) von der Vormundschaft usw. nur durch Sollvorschriften ausgeschlossen (§§ 1781, 1866).

²⁰⁾ Haben Beide Geschäfte geschlossen, die miteinander kollidieren, so gilt daselbe, als hätte eine und dieselbe Person beide Geschäfte geschlossen. Von zwei Verfügungen geht also die frühere vor (unbeschadet der Vorschriften über den guten Glauben); bei Verpflichtungsgeschäften (z. B. zwei Verkäufen derselben Sache) wird der Bevormundete doppelt verpflichtet, es sei denn, daß sie mit demselben Gegner abgeschlossen sind und dieser erkannte, daß das Geschäft nur einmal geschlossen werden solle, vgl. Riezler, ZivR 98 S. 372 ff.

¹⁾ Eine besondere Form kann natürlich für sie vorgeschrieben sein. Doch ist dies nur in seltenen Fällen geschehen, z. B. GBD § 29.

²⁾ Näheres über die Zustimmung unten § 191.

³⁾ Eine nach den Umständen zu weitgehende Ermächtigung kann aber natürlich den gesetzlichen Vertreter schadensersatzpflichtig machen.

⁴⁾ Pland zu § 110, 6 und v. Blume, DogmZ 48 S. 467 ff., leugnen die Möglichkeit eines solchen Generalkonsens; Dernburg § 120 Anm. 11; Ripp zu Windscheid § 71, 4c; Riezler zu § 110; Vertmann zu § 113, 8 erkennen ihn an. Gewiß mit Recht, denn sein eMöglichkeit ergibt sich aus allgemeinen Grundsätzen. Auch die Vorschrift des § 110 spricht nicht dagegen; denn sie verliert dadurch keineswegs (wie Blume S. 445

II. Die Genehmigung insbesondere.

Schließt ein Minderjähriger das Geschäft ohne die (erforderliche) Einwilligung des gesetzlichen Vertreters ab, so ist das Geschäft nach gemeinem Recht in der Schweben. Der andere Teil ist einstweilen gebunden; die Gültigkeit des Geschäfts hängt von dem Willen des gesetzlichen Vertreters ab. Genehmigt dieser, so gilt das Geschäft als von vornherein vollwirksam; verweigert er die Genehmigung, so ist das Geschäft nichtig. Diese Behandlung entspricht durchaus der Natur der Genehmigung als einer nachträglichen Zustimmung zu einem schon früher von dem Minderjährigen selbst abgeschlossenen Geschäft.

Auch das BG hat sich daher grundsätzlich auf den gleichen Standpunkt gestellt, allerdings mit einigen sehr wichtigen Änderungen, die den Schutz des anderen Teils gegen die Nachteile einer Gebundenheit für den ungewissen Fall der Genehmigung bezwecken. Es unterscheidet zu diesem Zwecke zwischen einseitigen Geschäften und Verträgen.

1. Das einseitige Geschäft, welches der Minderjährige ohne die erforderliche Einwilligung des Vertreters vornimmt, z. B. eine Kündigung, ist unwirksam, d. h. nichtig, § 111 S. 1. Eine nachträgliche Genehmigung hilft hier also nichts. Es wäre nämlich für den Gegner eine unbillige Härte, wenn man eine in ihrer Wirksamkeit ungewisse, weil noch von der Genehmigung des Vertreters abhängige Erklärung, z. B. eine Kündigung aufs ungewisse hin, zulassen wollte⁵⁾.

Empfangsbedürftige einseitige Geschäfte des Minderjährigen, z. B. eine Kündigung, kann der Gegner, wenn der Minderjährige keine schriftliche Einwilligung des Vertreters beibringt, aus diesem Grunde unverzüglich zurückweisen, es sei denn, daß der Vertreter selbst den Gegner von der Einwilligung in Kenntnis gesetzt hatte, § 111 S. 2, 3. Wie die vorigen Bestimmungen

meint) ihren Sinn, sondern bleibt zum mindesten eine wertvolle Auslegungsvorschrift. Die Motive und Protokolle allein aber können den Ausschluß des Generalkonjenses nicht begründen. Sehr zu beachten ist jedoch in dem Beispiele des Textes die Beschränkung bezüglich des Kontrahierens auf Kredit, die die praktischen Bedenken der Gegner völlig befeitigt und dem vernünftigen Willen des Vertreters entspricht; denn wer seinen Sohn mit ausreichenden Mitteln auf die Universität schickt, will ihn schwerlich generell ermächtigen, seine Bedürfnisse durch Kreditnehmen zu befriedigen.

⁵⁾ Erklärt sich aber der Gegner mit dem einseitigen Geschäft einverstanden, so kann in den beiderseitigen Erklärungen ein auf die Herbeiführung der gleichen Wirkungen gerichteter Vertrag gefunden werden, sofern diese Wirkungen (was sehr häufig der Fall sein wird) auch durch Vertrag herbeigeführt werden können. Dieser Vertrag kann dann vom gesetzlichen Vertreter des Minderjährigen genehmigt werden. So ist z. B. die vom Gegner konsentente Kündigung des Minderjährigen als ein (genehmigungsfähiger) Vertrag über Endigung des betreffenden Rechtsverhältnisses aufzufassen, ebenso die vom Gegner konsentente Aufrechnungserklärung als (genehmigungsfähiger) Aufrechnungsvertrag; vgl. insbesondere Breit S. 178 ff. und RGZ 76 S. 91 ff. Ferner kann in der Genehmigung unter Umständen eine erneute Vornahme des einseitigen Geschäftes zu finden sein, z. B. in der dem Gegner erklärten Genehmigung einer Kündigung eine erneute Kündigung.

den Gegner vor den Nachteilen einer objektiven Ungewißheit schützen sollen, so diese vor denen der subjektiven Ungewißheit.

2. Verträge, die der Minderjährige ohne Einwilligung des Vertreters schließt, sind wie nach gemeinem Recht in der Schwebe und von der Genehmigung des Vertreters oder, wenn der Minderjährige vor der Entscheidung des Schwebezustandes volljährig wird, von seiner eigenen Genehmigung abhängig, § 108 Abs. 1 u. 3^a). Allein es gelten hier ebenfalls zwei den Schutz des anderen Kontrahenten bezweckende besondere Vorschriften:

a) Bevor die Genehmigung erfolgt ist, ist der andere Kontrahent in der Regel noch nicht gebunden. Er kann widerrufen, was auch durch Erklärung an den Minderjährigen selbst geschehen kann. Das Widerrufsrecht ist aber ausgeschlossen, wenn der andere Teil die Minderjährigkeit kannte, es sei denn, daß der Minderjährige beim Vertragsabschluß die Einwilligung behauptet hatte und dem anderen Kontrahenten die Unrichtigkeit dieser Behauptung nicht bekannt war, § 109⁷). Der Grundgedanke dieser Bestimmung ist: der andere Teil soll nur gebunden werden, wenn er beim Abschluß wußte, daß es sich um einen von der Genehmigung abhängigen Vertrag handle.

b) Der andere Kontrahent kann den Vertreter des Minderjährigen zu einer Erklärung über die Genehmigung auffordern, § 108 Abs. 2. Diese Aufforderung hat eine doppelte Wirkung: Die früher dem Minderjährigen etwa erteilte „Genehmigung“ wird unwirksam, ebenso die Verweigerung der Genehmigung; und die Genehmigung kann nur binnen einer Frist von 2 Wochen nach dem Empfange der Aufforderung und nur an den Auffordernden erklärt werden. Wird sie nicht erklärt, so gilt sie als verweigert⁸).

^a) Ebenso ist das Geschäft, wenn der Minderjährige während des Schwebezustandes stirbt, von der Genehmigung der Erben (oder ihrer gesetzlichen Vertreter) abhängig; denn schwebende Rechtsverhältnisse gehen ebenso auf die Erben über wie die entsprechenden nicht schwebenden. Übereinstimmend im Ergebnis auch Dernburg § 121 III; Riezler zu § 108, 6; RGKomm § 108, 2. Abweichend Pland zu § 108, 8, der den § 163 analog anwenden, die Genehmigung also nur gelten lassen will, wenn der Vertrag für den Todesfall auch mit den Erben geschlossen sein sollte. Allein die Genehmigung ist nach der Auffassung des Gesetzes nur eine Rechtsbedingung des von dem Minderjährigen fertig geschlossenen Vertrages, kann also nicht nach der Analogie der Vertragsannahme behandelt werden. Rehbain will die Genehmigung der Erben sogar stets ausschließen.

⁷) Um die Beweislast in diesem Falle zu beurteilen, ist neben der Sachlage selbst auch die Fassung des § 109 zu beachten, die hier, wie außerordentlich häufig, gerade durch die Absicht, die Beweislast zu regeln, mitbestimmt ist (vgl. oben § 51 I 3). Geseht den Fall, der andere Kontrahent wird aus dem Vertrage, den der Vormund nachträglich genehmigt hat, belangt. Dann ist Einwendung des Beklagten die Behauptung: Ich habe vor der Genehmigung widerrufen; Replik des Klägers: Du hast beim Vertrage die Minderjährigkeit gekannt, also war der Widerruf ausgeschlossen; Duplik des Beklagten: Der Minderjährige hat aber beim Vertrage die Einwilligung des Vormundes behauptet; Triplik des Klägers: Du hast gleichwohl das Fehlen der Einwilligung gekannt.

⁸) Diese im allgemeinen zweckmäßigen Vorschriften stellen gleichwohl den anderen

3. Hat ein Minderjähriger einen von ihm ohne Zustimmung des Vertreters geschlossenen Vertrag mit Mitteln erfüllt, die ihm zu diesem Zwecke oder zu freier Verfügung von dem Vertreter oder mit dessen Zustimmung von einem Dritten überlassen waren, so ist selbstverständlich dieser Erfüllungsakt gültig, da eine Einwilligung vorliegt. Aber auch der obligatorische Vertrag selbst wird von Anfang an wirksam, § 110, da anzunehmen ist, daß sich die stillschweigende Einwilligung auf ihn mitbezoget⁹⁾.

a) Hat also z. B. ein Minderjähriger mit Geld, das ihm zu freier Verfügung überlassen war, sich eine Wohnung gemietet und auf ein halbes Jahr den Mietzins im voraus bezahlt, so ist der Mietvertrag für dies halbe Jahr vollgültig, auch wenn der Vormund nachträglich mit diesem Mietvertrag nicht zufrieden sein sollte.

b) Nach Analogie des § 110 ist anzunehmen, daß Verträge, die auf Dienst- oder Arbeitsleistungen des Minderjährigen gerichtet sind, durch die Erfüllung seitens des Minderjährigen auch dann gültig werden, wenn der gesetzliche Vertreter der Dienst- oder Arbeitsleistung nicht zugestimmt hat¹⁰⁾.

4. Die Wirkung der Genehmigung ist nach dem BG die gleiche wie nach gemeinem Recht: Der Schwebezustand, den das Geschäft erzeugt hat, wird dahin entschieden, daß das Geschäft von Anfang an vollwirksam war, § 184. Die Genehmigung hat, wie man gewöhnlich sagt und wie auch das BG sich ausdrückt, rückwirkende Kraft; doch können erworbene Rechte Dritter dadurch nicht geschmälert werden (Näheres unten § 191). Wird die Genehmigung verweigert¹¹⁾, so ist das Geschäft unwirksam¹²⁾.

Teil nicht für alle Fälle sicher, wie an einem Beispiele dargelegt werden mag. Ich habe einem Minderjährigen ein Pferd verkauft in der durch gute Gründe gestützten, aber doch nicht sicheren Annahme, daß der Vertreter seine Einwilligung bereits gegeben habe oder wenigstens geben werde. Wenn ich nun infolge eines mir von anderer Seite gemachten Kaufangebots Sicherheit haben muß, ob der Kauf des Minderjährigen genehmigt ist oder wird, und deshalb den Vertreter des Minderjährigen zur Erklärung über die Genehmigung auffordere, dieser aber binnen 14 Tagen keine Antwort gibt, so bin ich nach § 108 doch keineswegs sicher, daß der Verkauf an den Minderjährigen unwirksam ist; denn nach § 108 wird nur die erteilte „Genehmigung“, nicht die „Einwilligung“ unwirksam. Eine analoge Ausdehnung der Vorschrift auf die Einwilligung erscheint dem klaren Wortlaut gegenüber bedenklich, um so mehr, da es sich immerhin um eine Ausnahmsbestimmung handelt. Unterstützend (wenn auch nicht entscheidend) kommt hinzu, daß in der zweiten Kommission der Antrag, die Unwirksamkeit auf diesen Fall auszudehnen, gestellt, aber abgelehnt wurde, Prot. I S. 60.

⁹⁾ Die Vorschrift des § 110 ist also nicht etwa eine Ausnahmsbestimmung (RG 74 S. 235). Ob das mit jenen Mitteln Erworbene in gleicher Weise der Verfügung des Minderjährigen untersteht, ist nach der vermutlichen Absicht des gesetzlichen Vertreters zu entscheiden, vgl. auch RG 74 S. 234 (der Minderjährige hat mit seinem Taschengelde ein Lotterielos und mit dem Lotteriegewinn einen Kraftwagen erworben).

¹⁰⁾ Im Ergebnis ebenso, wenn auch mit verschiedener Begründung Hölder, Staudinger, Pand.-Flad zu § 110, Biermann I § 61 Anm. 17; Dertmann, „Der neue Weg“, Organ der Genossenschaft Bühnengestützter (1910) S. 637ff.; Riezler, *Venire contra factum proprium* (1912) S. 134ff. A. A. Marwiz, Bühnengagementsvertrag S. 20ff.

¹¹⁾ Wie die Genehmigung ist auch die Verweigerung unwiderruflich, was schon die Rückfüßig auf den anderen Teil fordert (vgl. auch RG in Gruchot 50 S. 994f.).

¹²⁾ Doch kann, wenn der Minderjährige die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters oder seine eigene Geschäftsfähigkeit arglistig vorgespiegelt hat, nach §§ 823²⁾, 826 eine Deliktshaftung auf das negative Interesse begründet sein.

2. Die Erklärung des Geschäftswillens.*)

§ 144. a) Die Erklärungshandlung überhaupt.

I. Zum Geschäftsabschluß ist, wie bereits bei der Erörterung des Geschäftsbegriffs (oben § 136) dargelegt wurde, eine auf Hervorbringung von Rechtsfolgen gerichtete Willenserklärung erforderlich, die im Bewußtsein dieser ihrer Natur abgegeben wird. Die Willenserklärung besteht aber nicht nur aus den zum Zweck der Erklärung gebrauchten Worten oder sonstigen verkehrszüblichen oder verabredeten Erklärungszeichen (Nicken zum Zeichen der Bejahung, Aufschlagen des Hammers bei der Auktion), sondern neben solchen oder auch allein kann das gesamte übrige Verhalten unter gewissen Umständen als Erklärungsmittel dienen.

Es ist indes nicht ratsam, auf diese Verschiedenheit der Erklärungsmittel (übliche Erklärungszeichen und anderes Verhalten) eine Unterscheidung der Willenserklärungen zu gründen¹⁾; denn beide Arten von Erklärungsmitteln wirken außerordentlich häufig zusammen, und die Frage, was im Einzelfalle noch übliches Erklärungsmittel sei, was nicht, steht keineswegs ohne weiteres fest.

II. Die Willenserklärung braucht nicht notwendig durch ein Verhalten (Worte, Handlungen) zu erfolgen, das sich direkt auf die Erklärung dieses Willens richtet, die Erklärung dieses Willens also zum nächsten Zweck hat; der Wille kann vielmehr auch indirekt erklärt werden durch Worte oder Handlungen, die zunächst einen anderen Zweck verfolgen, aus denen aber doch auf den Geschäftswillen geschlossen werden kann (schlüssiges Verhalten, *facta concludentia*). Wir unterscheiden danach direkte und indirekte (oder unmittelbare und mittelbare) Willenserklärungen; gebräuchlicher sind für diesen Unterschied die Bezeichnungen „ausdrückliche und stillschweigende Erklärung“²⁾, doch führen sie, weil mehrdeutig, leicht zu Irrtümern³⁾.

*) Savigny III § 131, Windscheid-Kipp § 72; Dernburg I § 98; Regelsberger I § 138; Brinz (Lotmar) IV § 564; Hartmann, Zivl 72 Nr. 6; Pininski, Tatbestand des Sachbesizerwerbes 2 S. 317ff., 439ff.; Ehrlich, Stillschweigende Willenserklärung 1893; Friße, Stillschweigende Willenserklärung im BG, Bürgl 14 S. 181; Ffah, Willenserklärung im Tatbestande des Rechtsgeschäfts, 1899; Monich, Willenserklärung und Rechtsgeschäft, 1900; Wendt, Zivl 92 S. 232ff.; Manigk, Willenserklärung, S. 214ff., namentlich S. 295ff.; Breit S. 165ff.; ten Hompel, Verständigungs-zweck im Recht, 1908; Lise, Mißverständnis S. 46ff.; Manigk, Irrtum und Auslegung, 1918.

¹⁾ Schliemann, Lehre vom Zwange S. 103ff.; Bittelmann, Irrtum S. 264, u. a. nennen die Erklärung durch die verkehrszüblichen Erklärungsmittel ausdrückliche, die Erklärung durch andere Mittel stillschweigende Willenserklärung.

²⁾ In der angegebenen Weise wird der Unterschied der ausdrücklichen und stillschweigenden Willenserklärung bestimmt namentlich von Savigny III § 131; Windscheid, Wille und Willenserklärung S. 5; Buchta § 64; Wächter, Pand. II S. 734; Brinz, 2. Aufl. IV § 564 (besonders eindrucksvoll). Man hat eingewandt, daß man ja zunächst noch gar nicht wisse, welchen Zweck der Erklärende mit seiner Erklärung verfolge. Letzteres ist gewiß richtig, aber keineswegs ein Gegengrund gegen die Unterscheidung; denn die Auslegung muß zunächst feststellen, was direkt erklärt worden ist, und kann sich erst dann der Frage zuwenden, ob in dieser Erklärung noch eine zweite indirekte Erklärung liegt. Der im Texte empfohlene Ausdruck direkte und indirekte Willenserklärung findet sich für die gleiche Unterscheidung bei Dernburg I § 98; Crome I § 86 u. a.

³⁾ Der Ausdruck „stillschweigend erklären“ wird u. a. gebraucht, um zu bezeichnen:

a) Die Unterscheidung der direkten und indirekten Erklärungen ist zwar im BG nicht erwähnt, und praktische Rechtsfolgen knüpfen sich an sie nicht⁴⁾; für das Verständnis der Erscheinungen des Rechtslebens aber ist sie nicht zu entbehren⁵⁾.

b) Das schlüssige Verhalten ist meistens (aber nicht notwendig) der Abschluß eines anderen Rechtsgeschäftes, z. B. enthält der Erlaß einer Erbschaftsschuld von Seiten des Erben eine stillschweigende Annahme der Erbschaft; Annahme von Zinsen für die Zukunft ist stillschweigende Zusage, das Kapital in der betreffenden Zeit nicht zurückzufordern⁶⁾.

c) Wenn keine Form für eine Willenserklärung gefordert wird und nicht etwa das Gesetz eine ausdrückliche Willenserklärung verlangt, so ist regelmäßig auch eine indirekte Erklärung zulässig. Zwar ist in der zweiten Kommission von einigen bezweifelt worden, ob eine Willenserklärung durch konkludente Handlungen überhaupt als eine Erklärung gegenüber einer bestimmten Person aufgefaßt werden könne, mit anderen Worten, ob empfangsbedürftige Willenserklärungen indirekt (oder stillschweigend) sein könnten; allein diese Zweifel sind nicht berechtigt. Wenn ich von meinem Schuldner Zinsen für die zwei folgenden Jahre annehme, so erkläre ich ihm dadurch stillschweigend, daß ich das Kapital in den nächsten beiden Jahren nicht zurückfordern will. Wie die Annahme der Zinsen ihm gegenüber geschieht, so auch die darin liegende Stundung⁷⁾.

d) Unter Umständen kann auch in dem bloßen Stillschweigen eine Willenserklärung gefunden werden⁸⁾: doch ist bei einer solchen Annahme große Vorsicht erforderlich. Allgemein aber wird man den Grundsatz aufstellen müssen, daß im Schweigen dann eine Zustimmung liegt, wenn sich der Schweigende bewußt war, daß sein Schweigen als Zustimmung aufgefaßt werden dürfe und auch so aufgefaßt werde. In diesem Falle ist nämlich seine gleichwohl vorhandene entgegengesetzte Absicht als geheimer Vorbehalt bedeutungslos.

den durch Interpretation gefundenen Sinn einer ausdrücklichen Erklärung, den vermuteten Willen (stillschweigend erklärte Bedingung), den aus den Umständen (Indizien) geschlossenen Willen, den nach der Verkehrsart anzunehmenden Willen, den durch ein reales Verhalten direkt an den Tag gelegten Willen, den indirekt (s. oben) erklärten Willen. Auch das Wort „ausdrücklich“ ist mehrdeutig. Im § 164 bezeichnet es die Erklärung durch Worte im Gegensatz zu dem, was die Umstände ergeben. In § 244 bedeutet es eine „besondere“ Erklärung, die bestätigt, daß eine ohnehin bereits ausdrückliche Erklärung („in ausländischer Währung ausgedrückte Geldschuld“) auch den in den Worten enthaltenen Sinn (daß z. B. 10 000 fr. zu zahlen seien) wirklich habe. In § 700 bedeutet es den Gegensatz zu der nur durch einen Schluß gefundenen Erklärung.

¹⁾ Der C I unterschied die ausdrückliche und stillschweigende Erklärung (C I § 72) und knüpfte daran den innerlich nicht berechtigten Unterschied, daß die empfangsbedürftige ausdrückliche Willenserklärung zu ihrer Wirksamkeit nur das Zugehen, die stillschweigende aber die Kenntniserlangung fordere, C I § 74 Abs. 1.

²⁾ Tuzr II S. 404ff. und im wesentlichen übereinstimmend Schneider, BürgR 42 S. 273, wollen nicht direkte und indirekte Willenserklärungen in dem oben angeführten Sinne unterscheiden, sondern „Willenserklärungen“ und Willensbetätigungen“, je nachdem die Willensäußerung mit oder ohne Mitteilungsabsicht erfolge; darüber ist schon oben § 136 Anm. 10 a. E. das Nötige gesagt. Die Willensbetätigung halten beide Schriftsteller, wenn der entsprechende Wille fehlt, für nichtig, und zwar, wie v. Tuzr hinzufügt, auch dann wenn der Handelnde sich bewußt war, daß aus seinem Verhalten auf einen Geschäftswillen geschlossen werden kann (S. 409). — Diese Ansicht steht mit dem Gesetz in Widerspruch. Wie v. Tuzr (S. 406) selbst zugibt, bezeichnet das Gesetz alle Willensäußerungen einschließlich der „Willensbetätigungen“ als Willenserklärungen, und der § 119 spricht ohne Unterscheidungen von allen Willenserklärungen. Sie ist m. E. auch innerlich nicht gerechtfertigt.

³⁾ Zahlreiche gemeintrechtliche Beispiele bei Brinz a. a. D.

⁴⁾ Auch die Mehrheit der II. Kommission hielt stillschweigende empfangsbedürftige Willenserklärungen für möglich. U. U. Bland, Vorbem. 4 zu Tit. 2.

⁵⁾ Vgl. z. B. RG Warn. 1919 Nr. 84, Nr. 50. Im Handelsverkehr wird das Stillschweigen auf ein Bestätigungsschreiben, auch wenn es Abweichungen von der vorherigen Vereinbarung enthält, als Zustimmung angesehen, RG 34 S. 176; RG Recht 1918 Nr. 473. Das gilt aber nicht, wenn der Vertragsantrag vorher abgelehnt war, SeuffR 73 S. 3.

III. Vermutete Willenserklärungen. Als stillschweigende Willenserklärung bezeichnet man gewöhnlich auch ein Verhalten, das nach Rechtsvorschrift als Willenserklärung (bestimmten Inhalts) aufgefaßt werden oder die gleichen Wirkungen wie eine solche hervorrufen soll. In Wahrheit aber sind die hierher gehörigen Fälle verschiedener Natur.

1. Soll das Verhalten nur im Zweifel als Willenserklärung (des bestimmten Inhalts) aufgefaßt werden, so handelt es sich um eine wahre (meist wohl indirekte) Willenserklärung, deren Vorhandensein bis zum Beweise des Gegenteils vermutet wird (vermutete Willenserklärung⁹⁾. Der Beweis, daß der Wille fehlt, zeigt, daß in Wahrheit eine Willenserklärung (dieses Inhalts) nicht vorlag; eine Anfechtung ist dann also weder nötig noch möglich.

So enthält z. B. die direkte Erbeinsetzung (die auch als solche gewirkt hätte, wenn der Eingesezte beim Erbfall schon erzeugt gewesen wäre) im Zweifel zugleich eine Einsetzung zum Nacherben für den Fall, daß der Eingesezte beim Erbfall noch nicht erzeugt sein sollte (§ 2101 Abs. 1). Ferner wird, wenn der Testator die Testamentsurkunde vernichtet, die Absicht, das Testament aufzuheben, vermutet (§ 2255 Abs. 2).

2. Soll das Verhalten schlechthin als Willenserklärung (des bestimmten Inhalts) gelten (praesumptio juris et de jure), so liegt in Wahrheit nur dann eine Willenserklärung vor, wenn das Erklärungsbewußtsein wirklich vorhanden war. Gleichwohl soll auch beim Mangel dieses Bewußtseins das Verhalten nach Rechtsvorschrift als Erklärung (des bestimmten Inhalts) betrachtet werden und folglich den allgemeinen Vorschriften über Willenserklärungen unterstellt sein. Auch diese unwiderleglich vermutete¹⁰⁾ Willenserklärung erfordert also Geschäftsfähigkeit und ist der Anfechtung nach Maßgabe der §§ 119ff. unterworfen.

So gilt die Fortsetzung des Gebrauchs der Sache durch den Mieter als Verlängerung des Mietverhältnisses auf unbestimmte Zeit, sofern nicht Vermieter oder Mieter binnen zwei Wochen etwas anderes erklären (§ 568). Daß volle Geschäftsfähigkeit oder Zustimmung des gesetzlichen Vertreters erforderlich ist, ergibt sich schon daraus, daß die vermutete Vereinbarung schwerlich stärker wirken soll als die wirklich erfolgte. Auch Anfechtung wegen Zwang, Betrug Irrtum ist möglich; nur wird niemand mit der Behauptung gehört, daß in dem Verhalten keine Erklärung zu finden sei. Andere hierher gehörige Fälle in §§ 625, 496, 516, 1405 Abs. 2. Ferner gilt nach §§ 612, 632, 653, 689 bei Dienst-, Werk-, Mäher- und Verwahrungsverträgen eine Vergütung als „stillschweigend vereinbart“, wenn die versprochene Leistung den Umständen nach nur gegen Vergütung zu erwarten ist¹¹⁾.

⁹⁾ Zitelmann, Allg. Teil S. 91, spricht hier von „ergänztem Willen“; allein wenn der Gegenbeweis des mangelnden Willens zugelassen wird, handelt es sich nur um eine Vermutung (praesumptio juris).

¹⁰⁾ Weubt, ZivM S. 253, und nach ihm einige andere sprechen hier von fingierter Willenserklärung; allein genau genommen handelt es sich nicht um eine Fiktion, sondern um eine praesumptio juris et de jure; denn in der ganz überwiegenden Zahl der Fälle ist eine (aus den Umständen zu entnehmende) Erklärung wirklich vorhanden.

¹¹⁾ Hier nur eine vermutete Erklärung (oben 1) anzunehmen, würde der Billigkeit nicht entsprechen und mit dem Wortlaut („gilt“) nicht in Einklang sein. Es wird auch durch das Wort „stillschweigend“ nicht gefordert.

3. Es gibt aber auch Fälle, in denen lediglich dieselbe Wirkung eintreten soll, welche sonst an Willenserklärungen (des bestimmten Inhalts) geknüpft ist, ohne daß damit die Vorstellung verbunden wäre, daß die betreffende Person wirklich eine Willenserklärung (jenes Inhalts) abgegeben hätte. Dann handelt es sich überhaupt nicht um eine Willenserklärung, und die Vorschriften über Willenserklärungen, insbesondere über Geschäftsfähigkeit und Anfechtung, finden keine Anwendung¹²⁾.

Hierher gehören die zahlreichen Vorschriften, nach denen eine Genehmigung als verweigert gilt, wenn eine Erklärung über die Genehmigung binnen bestimmter Frist nach der Aufforderung dazu nicht abgegeben wird (§§ 108 Abs. 2, 177 Abs. 2, 415 Abs. 2, 458 Abs. 1, 1396 Abs. 2, 1448 Abs. 5)¹³⁾.

IV. Protestation und Reservation¹⁴⁾. Man kann den aus einer Erklärung möglicherweise zu ziehenden Schluß auf einen Willen bestimmten Inhalts von vornherein durch eine Verwahrung (Protestation) ausschließen.

Man verwahrt sich z. B. beim Verkauf einer dem Vererber ausgesetzten Erbschafts-sache dagegen, daß darin eine Erbschaftsannahme gefunden werde. Die Protestation ist aber wirkungslos, wenn die Handlung schlechthin keine andere Deutung zuläßt (protestatio facto contraria). Als Reservation pflegt man Verwahrungen zu bezeichnen, die sich dagegen richten, daß in einem Verhalten ein Verzicht auf eigene oder eine Anerkennung fremder Rechte erblickt werde.

b) Form der Erklärung*).

§ 145. Formfreiheit und Form im allgemeinen.

I. Während das Preussische Landrecht zwar prinzipiell auf dem Boden der Formfreiheit steht, aber von diesem Prinzip so viele und so umfassende Ausnahmen macht, daß diese tatsächlich überwiegen, und während der code civil die Form in Fällen von einiger Bedeutung wenigstens indirekt erzwingt, indem er bei Verträgen über 150 fr. den Zeugenbeweis ausschließt, hat das BG in Übereinstimmung mit dem gemeinen Recht an der Formfreiheit als Regel festgehalten und gewiß mit Recht; denn eine allgemeine

¹²⁾ Hier von fingierter Willenserklärung zu sprechen, könnte also nur verwirrend wirken.

¹³⁾ Die Wirkung der Fristverjähmung tritt also hier ein, auch wenn der wirksam Aufgeforderte (vgl. § 131) beim Fristablauf geschäftsunfähig ist; ferner kann von Anfechtung der Fristverjähmung wegen Irrtums oder anderer Willensmängel nicht die Rede sein. Beides ergibt sich daraus, daß die Genehmigung nur innerhalb der Frist erklärt werden „kann“. Mit dem Wegfall der Genehmigungsmöglichkeit sind nämlich die Folgen der Verweigerung eo ipso gegeben. Vgl. auch Webemeyer, Auslegung und Irrtum (Marb. Diss. 1903) S. 15; Ripp zu Windscheid § 82, 8. Zusammentend zu der im Texte unter 2 u. 3 gemachten Unterscheidung v. Tuhr II S. 424f.

¹⁴⁾ Faf, Willenserklärung S. 66ff.

*) Loewe, Form der Rechtsgeschäfte, 1902; Savigny III § 130; Fhering, Geist d. RR. II §§ 45–47; Regelsberger I § 33; Gierke I § 33; Franz, Die formbedürftigen Rechtsgeschäfte, 1907; Reichel, ZivR 104 S. 1ff.; Ebbede, Recht 1911, S. 633ff.; Danz, Auslegung, 3 Aufl. 1911 S. 167ff.; Tise, Mißverständnis S. 127ff.

Formvorschrift enthält eine so große Erschwerung und Belästigung des Verkehrs, daß sie fast notwendig häufig unbeachtet bleibt; und die Folge davon ist, daß der rebliche Kontrahent in die Hand des unredlichen gegeben wird, da der Gewissenhafte sich auch an die formlose Zusage gebunden hält, während der Unredliche sich ungeschert auf die Rechtsungültigkeit des formlosen Geschäfts beruft.

II. Das BG schreibt aber in ziemlich zahlreichen Fällen eine Form vor¹⁾. Die Formvorschriften bezwecken Schutz gegen Übereilung, größere Sicherheit des Geschäftsabchlusses (Unterscheidung von den Vorverhandlungen) und des Geschäftsinhalts, Erleichterung des Beweises, bisweilen auch Erkennbarkeit für dritte Personen. Die vorgeschriebenen Formen sind die Schriftform und öffentliche Formen, welche in verschiedenartigen Mitwirkungen des Gerichts, eines Notars oder einer Behörde bestehen. Übrigens erleidet die Anwendbarkeit der Formvorschriften des BG einige Einschränkungen.

1. Willenserklärungen, welche den Inhalt eines zur Beseitigung eines Rechtsstreits vor dem Prozeßrichter abgeschlossenen gerichtlichen Vergleichs bilden (also nicht etwa nur bei Gelegenheit eines solchen abgegeben sind), unterliegen, was die gesetzlichen Formerfordernisse betrifft, lediglich den Vorschriften der ZPO (§§ 160, 162, 163)²⁾, sind also, wenn sie diesen entsprechen, gültig auch beim Mangel einer vom BG erforderten Form³⁾, und das gleiche wird auch von Willenserklärungen, die den Inhalt einer anderen Prozeßhandlung bilden, anzunehmen sein⁴⁾. Eine Ausnahme muß aber gelten für Willenserklärungen, die vor einer zur Entgegennahme solcher Willenserklärungen ausschließlich berufenen Behörde abgegeben sind, z. B. für die vor dem Standesbeamten einzugehenden Eheschließungen.

2. Urkundliche Willenserklärungen öffentlicher Korporationen, namentlich solche, welche eine Verpflichtung der Korporation begründen, sind häufig landesgesetzlich noch von besonderen, im BG nicht erwähnten Erfordernissen abhängig gemacht⁵⁾. Solche Vorschriften sind nun zwar, soweit sie nichts weiter als Formvorschriften sind, für Privatrechtsgeschäfte durch das BG aufgehoben (Art. 55). Häufig aber sind sie nach Inhalt und Zweck zugleich Beschränkungen der Vertretungsmacht der Korporationsorgane⁶⁾ und in dieser Eigenschaft, da für die Verfassung der öffentlichen Korporationen Landesrecht gilt, noch wirksam.

¹⁾ Genau genommen beziehen sich übrigens die Formvorschriften nicht auf den Gesamtbestand des Rechtsgeschäfts, sondern nur auf die in diesem enthaltenen Willenserklärungen, bisweilen sogar nur auf eine von ihnen (§§ 518 Abs. 1 S. 1; 766, 780 ff.).

²⁾ Es ergibt sich dies daraus, daß die ZPO die Form des gerichtlichen Vergleichs ganz selbständig ohne jede Rücksicht auf die Vorschriften des BG ordnet (ZPO §§ 160, 162, 163), ferner daraus, daß aus dem gerichtlichen Vergleich ohne weiteres Zwangsvollstreckung gewährt wird, ZPO § 794; endlich wird es durch die Denkschrift zum FrGG § 163 (seht 167) bestätigt. Treffliche Ausführung in RGE 48 S. 185—191.

³⁾ Besonders wichtig ist dies, wenn die Beurkundung der Geschäfte landesgesetzlich lediglich den Notaren obliegt (unten § 147 I 1), der Vergleich also, wenn es sich um einen Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit handelte, vor Gericht gar nicht abgeschlossen werden könnte.

⁴⁾ RGE 64 S. 85, vgl. oben § 136 III 3.

⁵⁾ Vgl. z. B. Pr. Städteordnung v. 30. Mai 1853, § 56 Z. 8; Pr. Landgemeindeordnung v. 3. Juli 1891, § 88 Abs. 4.

⁶⁾ Bezüglich der in Anm. 5 erwähnten Vorschriften hat dies die Rechtsprechung des Reichsgerichts in sehr weitem Maße (selbst für das Erfordernis der Besiegelung) angenommen: RGE 64 S. 413 f.; 67 S. 270; 68 S. 407 ff.; 73 S. 205 ff.; RG Warn. 1912

III. Wenn ein Rechtsgeschäft der gesetzlich vorgeschriebenen Form ermangelt, ist es regelmäßig⁷⁾ nichtig, § 125 S. 1⁸⁾.

1. Sind Nebenbedingungen in die Form nicht aufgenommen, so ist zu unterscheiden: Waren sie vorher vereinbart, so ist (tatsächlich) zu vermuten, daß sie bei der endgültigen Zusammenfassung fallen gelassen sind; denn in der Regel ist anzunehmen, daß in der Form der endgültige Geschäftswille niedergelegt ist⁹⁾. Sollten sie aber erweislich gleichwohl gelten, so sind sie, wenn sie nicht etwa die Wirkung des Geschäftes nur einschränken¹⁰⁾, wegen Formmangels nichtig¹¹⁾, und das übrige Geschäft ist nur gültig, wenn anzunehmen ist, daß es auch ohne die Nebenbedingung geschlossen sein würde (§ 139). Verträge gelten im Zweifel als noch nicht geschlossen, wenn nach der Erklärung auch nur einer Partei eine Vereinbarung über den ausgelassenen Punkt getroffen werden sollte (§ 154). Ist das Geschäft gültig, so können die Nebenbedingungen trotz ihrer Nichtigkeit als Auslegungsmittel für den formell erklärten Geschäftswillen in Betracht kommen¹²⁾.

2. In einigen Fällen wird durch nachherige Erfüllung der Mangel der Form geheilt (§§ 313, 518, 766, 2301, vgl. auch OmbHG § 15 Nr. 4)¹³⁾.

Nr. 143. Vgl. ferner Ruffbaum, BürgA 21 S. 1ff.; Biermann, JurW 1912 S. 817; Appel, JurW 1913 S. 513.

⁷⁾ Ausnahmen und Modifikationen z. B. in § 566, § 2235, vgl. auch § 1324.

⁸⁾ Nach § 823 Abs. 2 oder § 826 ist aber ein Schadensersatzanspruch begründet, wenn die Nichtbeachtung der Formvorschrift durch strafrechtlichen Betrug oder in einer gegen die guten Sitten verstößenden Weise in schädigender Absicht herbeigeführt wurde, RGZ 96 S. 315; vgl. ferner RG Barn. 1919 Nr. 23. Der Ersatzanspruch geht auf das negative Interesse, d. h. auf das, was der Getäuschte haben würde, wenn er nicht getäuscht wäre. Der Abschluß eines formrichtigen Geschäfts kann also nur dann verlangt werden, wenn anzunehmen ist, daß ohne die Täuschung das Geschäft formrichtig abgeschlossen wäre. Vgl. Dertmann, Recht 1919 S. 8ff. (wo selbst weitere Literatur). — Erheblich weiter geht RGZ 107 S. 361. Nach dieser Entscheidung würde es Treu und Glauben widersprechen, wenn man zuließe, daß eine Partei sich auf eine Nichtigkeit (wegen Formmangels) beruft, die sie selbst durch eine — wenn auch nicht gegen besseres Wissen erfolgte, also nicht arglistige — Täuschung der anderen Partei herbeigeführt hat.

⁹⁾ RGZ 52 S. 26; 65 S. 49; 68 S. 15; 77 S. 405; RG Barn. 1918 Nr. 50.

¹⁰⁾ RGZ 71 S. 415ff. Aus gleichem Grunde bedarf auch die Aufhebung eines formellen Geschäftes, sofern nicht das Gegenteil vorgeschrieben ist, keiner Form, unten § 252 II 3c.

¹¹⁾ RGZ 52 S. 1ff., ebenso Eccius in Gruchot 43 S. 309. Nachträgliche Veränderungen eines formell richtig abgeschlossenen Geschäftes sind gültig, wenn sie den Punkt, um dessen Willen die Form vorgeschrieben ist (z. B. im Falle des § 313 die Verpflichtung zur Grundstücksveräußerung), nicht unmittelbar betreffen, RGZ 51 S. 179ff. (Genaueres unten § 265 II 2).

¹²⁾ Über Auslegung der Formgeschäfte unten § 193 VI.

¹³⁾ Manche wollen dies auf andere Fälle der Erfüllung einer wegen Formmangels nichtigen Forderung ausdehnen; allein was § 311 betrifft, so ist das sicher unrichtig, wie sich aus dem Gegensatz des § 313 ergibt (vgl. auch RGZ 76 S. 3; DLZG 8 S. 35), und das gleiche wie für § 311 wird auch für § 2371 anzunehmen sein. Für das Leibrentenversprechen (§ 761) dagegen dürfte (soweit es erfüllt ist) die Analogie allerdings zutreffen (anders freilich RGZ 67 S. 208). Regelsberger, DogmZ 58 S. 171, hält die analoge Anwendung überall da für geboten, wo die Formvorschrift lediglich den Schutz vor unüberlegtem Willensentschluß und die Sicherheit über das Dasein des Verpflichtungswillens bezweckt.

IV. Die Form der Willenserklärung ist nach Art. 11 im allgemeinen nach demjenigen Recht zu beurteilen, das für die Wirkung des Rechtsgeschäfts maßgebend ist (sog. Wirkungsstatut¹⁴).

1. „Es genügt jedoch auch die Beobachtung der Gesetze des Ortes, an dem das Rechtsgeschäft vorgenommen wird“ (Statut des Geschäftsorts). Schließen also zwei Franzosen im Deutschen Reich einen in Frankreich zu erfüllenden Vertrag, so genügt die Beobachtung der deutschen Formvorschriften, mögen auch die französischen verletzt sein.

Erstreckt sich der Akt der Geschäftsvornahme auf mehrere Rechtsgebiete, z. B. eine im Deutschen Reich abgeschlossene, in Frankreich empfangene Kündigung oder ein Vertragsschluß, der sich aus einer in Deutschland erfolgten Offerte und einer in Frankreich erfolgten Annahme zusammensetzt, so muß das Geschäft (soweit das Statut des Geschäftsorts in Frage steht) den Formvorschriften beider Rechtsgebiete entsprechen¹⁵). Natürlich ist aber das Geschäft auch hier jedenfalls gültig, wenn es den Formen des Wirkungsstatuts entspricht, z. B. wenn die Kündigung oder der Vertrag ein deutschem Recht unterstehendes Obligationsverhältnis lösen oder begründen soll und die Formen des deutschen Rechts gewahrt sind.

2. Für dingliche Geschäfte („durch die ein Recht an einer Sache begründet oder über ein solches Recht verfügt wird“) kommt aber das Statut des Geschäftsorts nicht in Betracht, sondern lediglich das Wirkungsstatut, Art. 11 Abs. 2; und umgekehrt ist die Form einer im Deutschen Reich geschlossenen Ehe ausschließlich nach deutschem Rechte zu beurteilen, Art. 13 Abs. 3. (Näheres im Sachen- und Familienrecht.)

§ 146. Gesetzliche Schriftform*).

I. Die Schriftform erfordert:

1. Eine Urkunde, welche die wesentlichen Teile der Erklärung enthält¹). Zur Auslegung können aber auch außerhalb der Urkunde liegende Umstände herbeigezogen werden. Es genügt, wenn nach allgemeinen Auslegungsgrundsätzen (unten §§ 192f.) der erforderliche Willensinhalt noch in der Urkunde gefunden werden kann²).

2. Die Urkunde muß „von dem Aussteller eigenhändig durch Namens-

¹⁴) Art. 11 sagt „nach den Gesetzen, welche für das den Gegenstand des Rechtsgeschäfts bildende Rechtsverhältnis maßgebend sind“. Welches Recht dies sei, ist bei den einzelnen Geschäften betreffenden Lehren zu erörtern.

¹⁵) Es ergibt sich dies einerseits aus der untrennbaren Zusammengehörigkeit der Sachnormen und der zugehörigen Kollisionsvorschriften (welch letztere nur Beschränkungen von Sachnormen oder Verweisungen auf solche sind, oben § 59) und andererseits daraus, daß die Sachnormen die Rechtswirkung nicht an die einzelnen Tatbestandsmomente, sondern nur an den Gesamtattbestand des Rechtsgeschäfts knüpfen. Die Frage ist übrigens sehr bestritten. Im Ergebnis übereinstimmend v. Bar, Theorie und Praxis des intern. Privatr. I S. 361 ff.; Pland VI zu Art. 11; Bittelmann, Intern. Privatr. II S. 161 ff., der aber für die einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung nur den Ort der Abgabe entscheidet läßt.

^{*)} V. Lehmann, Die Unterschrift im Tatbestand d. schriftl. Willenserklärung, 1904: Josef, ZivlR 94 S. 465 ff., 100 S. 118 ff.; Wolf, SeuffBl. 76 S. 297 ff.; Siegel, ZivlR 111 S. 1 ff.

¹⁾ Ein schriftliches Leibrentenversprechen über die „mündlich vereinbarte Summe“ ist also ungültig; nicht aber die Bürgschaftsurkunde über „die Schuld des A aus dem Kauf des Blichen Hauses“, denn diese enthält die Bezeichnung der zu sichernden Schuld. Wesentliche Punkte können durch Verweisung auf eine andere Urkunde nur dann formrichtig erklärt werden, wenn diese der Urkunde beigelegt, also zu einem Teile der Erklärung gemacht wird, RGZ 107 S. 294 (105 S. 292).

²⁾ Vgl. RGZ 59 S. 219; 62 S. 175 und 382; 67 S. 214; 71 S. 115 und besonders 80 S. 401 ff. und 109 S. 336; zu eng RGZ 57 S. 263, wo gefordert wird, daß der Willensinhalt sich „unmittelbar“ aus der Urkunde ergeben müsse; vgl. auch unten § 411 Anm. 8.

unterschrift unterzeichnet sein“; doch kann die Namensunterschrift durch gerichtlich oder notariell beglaubigtes Handzeichen ersetzt werden, § 126 Abs. 1.

a) Da Eigenhändigkeit der Unterschrift gefordert wird, ist zwar stenographische Unterzeichnung genügend, nicht aber mechanische Unterzeichnung (durch Schreibmaschine oder Stempel). Doch ist für Schulbversreibungen auf den Inhaber³⁾ eine durch mechanische Vielfältigung hergestellte „Unterschrift“ (Stempel oder Druck mit Schriftzügen, nicht gewöhnlicher Druck oder Schreibmaschinendruck) zugelassen, § 793⁴⁾. Eigenhändige Niederschrift des Textes ist nicht erforderlich, auch nicht die Datierung (Ausnahme beim eigenhändigen Testament, § 2231 Z. 2).

b) Das Erfordernis der „Unterschrift“ ist nur erfüllt für den Teil der Urkunde, der über oder vor der Unterschrift steht. Nicht unterschriebene Nachträge unter oder hinter der Unterschrift sind ungültig.

c) Eine in blanco ausgestellte Urkunde wird durch die Ausfüllung zu einer Willenserklärung des Ausstellers (nicht des Ausfüllenden) und ist für formrichtig zu halten⁵⁾. Wenn aber die Ausfüllung dem Willen des Ausstellers nicht entspricht, kann Anfechtung wegen Irrtums (möglicherweise auch wegen Betruges) zulässig sein (unten § 157 I 2a).

d) Daß der richtige Name des Unterzeichners gebraucht sein müsse, ist im Gesetz nicht gesagt. Man wird daher auch die Zeichnung mit einem nur tatsächlich geführten Namen oder Pseudonym für zulässig halten dürfen, wenn sie die Person mit genügender Deutlichkeit bezeichnet⁶⁾.

e) Die Unterzeichnung muß durch den Aussteller der Urkunde, d. h. den Urheber der Willenserklärung erfolgen. Lasse ich meine Willenserklärung durch einen anderen (einen Schreibgehilfen) unterzeichnen, so ist der Form nicht genügt⁷⁾.

³⁾ Dagegen nicht für Order-Schulbversreibungen, RGE 74 S. 339ff.

⁴⁾ Die gleiche Ausnahme gilt nach BGB § 43 Nr. 4 für die Unterzeichnung der Prämienrechnung durch den Versicherer.

⁵⁾ Für die Gültigkeit auch RGE 57 S. 68 (im Anschluß an Förster-Eccius I § 40 Note 19 und ältere Entscheidungen in preußischen Sachen); ferner RGE 62 S. 383; 71 S. 116; 78 S. 31; ebenso Rehbein I S. 156; Dernburg; v. Tuhr, Festg. f. Laband S. 93f.; Regelsberger, KritB 48 S. 510 u. a. (herrsch. Lehre). Formunrichtigkeit, also Nichtigkeit behauptet Riezler, ZivA 95 S. 357ff. Über Natur und Anfechtbarkeit der Blanketterklärung: Siegel, Die Blanketterklärung, 1908, und ZivA 111 S. 95ff.; Wolf, DogmZ 56 S. 412ff.

⁶⁾ Auch die Unterzeichnung nur mit dem Vornamen ist unter der gleichen Voraussetzung für gültig zu halten, RG JurB 1915 S. 1359f.; RG JurB 1915 S. 1380f. (der Borentwurf von 1881 forderte Unterschrift des „Familiennamens“, was später geändert wurde).

⁷⁾ Eigenhändige Unterschrift ist nicht vorhanden, wenn man eine als eigene Erklärung gewollte Urkunde durch einen anderen in mechanischer Dienstleistung unterschreiben läßt, vgl. RGE 58 S. 388. Doch wird, wenn jemand zur Vollziehung der Unterschrift herangezogen ist, meist nicht bloße Schreibhilfe, sondern Vertretung vorliegen, RGE 81 S. 2 (vgl. über diese Urteile Kumpf, JurB 1914 S. 1019f.).

f) Wird das Geschäft von einem Vertreter geschlossen, so ist dieser Geschäftsperson, muß also unterzeichnen. Unterzeichnet er mit dem eigenen Namen, so ist die Rechtsgültigkeit nicht davon abhängig, ob er seine Vertreter-eigenschaft hinzufügt⁹⁾. Aber auch wenn er lediglich mit dem Namen (oder der Firma) des Vertretenen unterzeichnet, ist das Geschäft mit der jetzt ein-stimmigen Rechtsprechung⁹⁾ für gültig zu halten, da sonst der Unredlichkeit Tür und Thor geöffnet wäre, auch die frühere Praxis die Gültigkeit annahm¹⁰⁾. Gleichwohl ist es eine Ungehörigkeit, die vermieden werden sollte.

3. Bei einem Vertrage muß entweder die Unterzeichnung auf derselben Urkunde erfolgen, oder es müssen mehrere gleichlautende Urkunden auf-genommen werden¹¹⁾, von denen jede Partei das für die andere bestimmte Exemplar unterzeichnet, § 126 Abs. 2¹²⁾. (Unerhebliche Abweichungen sind unschädlich.)

4. Die Schriftform wird durch gerichtliche oder notarielle Beurkundung ersetzt, § 126 Abs. 3. Ist also Schriftform vorgeschrieben, so kann das Geschäft auch in Form gerichtlicher oder notarieller Beurkundung geschlossen werden.

5. Bei empfangsbedürftigen Willenserklärungen ist zur Wirksamkeit natürlich auch erforderlich, daß die Erklärung an den Gegner erfolgt und ihm zugegangen ist¹³⁾.

II. Vorgeschrieben ist die Schriftform:

1. für den Miet- und Pachtvertrag, wenn er auf länger als ein Jahr abgeschlossen wird (§§ 566, 581), die Form ist für den Vertrag, also für die Erklärungen beider Kontra-henten vorgeschrieben; ferner für die Vereinsfassung, sofern es sich um die Eintragung des Vereins handelt; vgl. oben § 100 Anm. 8.

2. für folgende einseitige Geschäfte oder Vertragserklärungen des einen Teils: die Zustimmung zu ohne Versammlung zu fassenden Vereinsbeschlüssen (§ 32 Abs. 2) sowie die Zustimmung Abwesender zur Änderung des Zweckes des Vereins (§ 33); der

⁹⁾ Nur muß sich dann aus dem Inhalt der Urkunde ergeben, daß er als Vertreter gehandelt hat, RGE 96 S. 289.

⁹⁾ So namentlich RGE 50 S. 57 ff., 74 S. 69 ff. (Plenarentscheidung), 81 S. 1 ff.; ferner DLZ 2 S. 389; 3 S. 350 ff.; 4 S. 209 ff.; 10 S. 22; ferner u. a. Staub, DZB 1900 S. 338 ff.; Marcus im Recht 1900 S. 10 ff.; Dernburg I § 136. (Entgegen-gesehener Ansicht DLZ 2 S. 51 ff.; ferner Pland zu 126; Rehbein I S. 156 ff.; Lehmann a. a. O. S. 91 ff.; Vertmann u. a. m.)

¹⁰⁾ RDZ 5 S. 263 u. 271; RGE 4 S. 307 ff.; 30 S. 406.

¹¹⁾ d. h. in jeder muß der Wille beider Parteien vollständig und übereinstimmend niedergelegt sein, RGE 95 S. 84.

¹²⁾ Ein unterschriebener Brief ist also zwar eine formrichtige einseitige schriftliche Er-klärung; Briefwechsel aber genügt nicht zum Abschluß eines Vertrages, für den das Gesetz Schriftform erfordert.

¹³⁾ Daher ist die Urkunde durch die bloße Unterschrift selbst in Gegenwart des Gegners noch nicht vollendet (RGE 61 S. 415; 68 S. 409); wohl aber wenn ihm die unterzeichnete Urkunde vorgelegt ist oder von ihm eingesehen werden konnte, deren Inhalt also in seine Macht gebracht ist (unten § 149 II 1 und 2 b), sei es auch, daß die Übergabe noch nicht erfolgt ist (vgl. auch RG Gruchot 51 S. 184, dessen Formulierung mir allerdings etwas zu eng erscheint). — Da die Erklärung erst durch das Zugehen vollendet wird, so ist die Unterschrift nur ein vorbereitender Akt. Deshalb ist auch die nachträgliche Verwendung einer unwirksam gewordenen Urkunde zu einem neuen Vertragsabschlusse für gültig zu halten, RGE 78 S. 29; v. Tuhr S. 519.

(verbindliche) Antrag auf Berufung einer Vereinsversammlung (§ 37 Abs. 1); das Stiftungsgeschäft (§ 81); der Schuldner kann eine Quittung in Schriftform verlangen (§ 368¹⁴⁾); die Mitteilung des Grundstücksveräußerers an den Hypothekengläubiger von der Schuldübernahme (§ 416); das Leibrentenversprechen (§ 761); die Bürgschaftsübernahme (§ 766¹⁵⁾); das Schuldbversprechen und das Schuldanerkenntnis (§§ 780 und 781)¹⁶⁾, es sei denn, daß sie auf Grund einer Abrechnung oder eines Vergleiches abgegeben werden (§ 782); die Anweisung (§ 783) sowie deren Annahme (§ 784) oder Übertragungserklärung (§ 792); die Schuldverschreibung auf den Inhaber (§ 793); die Abtretung von Hypotheken-, Grundschuldb- und Rentenforderungen (§§ 1154, 1192, 1199, vgl. auch §§ 1069 u. 1274); das eigenhändige Testament (§ 2231); hier ist jedoch abweichend von der sonstigen Schriftform auch erforderlich, daß der Testator die gesamte Urkunde unter Angabe des Ortes und des Tages eigenhändig geschrieben habe.

3. endlich für die Ermächtigung eines Standesbeamten an einen anderen Standesbeamten zur Mitwirkung bei der Eheschließung (§ 1321).

§ 147. Gesetzliche öffentliche Formen.

Eine Mitwirkung des Gerichts, eines Notars oder einer öffentlichen Behörde wird im BG in fünffach verschiedener Weise bei verschiedenen Geschäften gefordert.

I. Die gerichtliche oder notarielle Beurkundung.

1. Erforderlich ist nach dem Gesetze über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (§§ 167—182)¹⁾ die Aufnahme eines Protokolls vor dem Amtsgericht oder Notar in deutscher Sprache. Ist ein Beteiligter nach der Überzeugung des Richters oder Notars taub, blind, stumm oder am Sprechen gehindert, so muß der Richter einen Gerichtsschreiber oder zwei Zeugen, der Notar einen zweiten Notar oder zwei Zeugen zuziehen. Erklärt ein Beteiligter, der deutschen Sprache nicht mächtig zu sein, so muß ein vereideter Dolmetscher zugezogen werden, wenn nicht der Richter oder Notar der zur Erklärung gewählten Sprache mächtig ist. (Näheres FrGG §§ 179, 180.)

Das Protokoll muß Ort und Tag der Verhandlung²⁾, die beteiligten und mitwirkenden Personen und die Erklärungen der beteiligten Personen angeben, ferner in Gegenwart der mitwirkenden Personen vorgelesen, von den Beteiligten genehmigt und eigenhändig unterschrieben sein, was im Protokoll vermerkt sein muß; endlich muß es von den mitwirkenden Personen unterschrieben sein³⁾.

¹⁴⁾ Eine der Schriftform nicht genügende, z. B. nur unterstempelte Quittung ist aber nicht unwirksam, sondern genügt nur dem Rechte des Schuldners nicht; sie ist keine Quittung im Sinne des BG, und ihre Beweisraft ist nicht nach BPD § 416 zu beurteilen, sondern unterliegt freier richterlicher Würdigung.

¹⁵⁾ Abweichend für die kaufmännische Bürgschaft, HGB §§ 350, 351.

¹⁶⁾ Abweichend für das kaufmännische Schuldbversprechen oder Schuldanerkenntnis. HGB §§ 350, 351.

¹⁾ Vgl. auch die landesgesetzl. Vorbehalte in FrGG §§ 198 u. 200 und die Vorschriften der Landesgesetze über die freiw. Gerichtsbarkeit.

²⁾ Unrichtige Datierung hat aber nicht die Richtigkeit der Willenserklärung zur Folge, RGZ 74 S. 423.

³⁾ Für die Beurkundungen, die im Prozeß- oder Konkursverfahren erfolgen, ist aber

Nach Art. 141 EG kann die Landesgesetzgebung bestimmen, daß die Beurkundung nur durch das Gericht oder nur durch einen Notar erfolgen dürfe⁴⁾.

Über die Fassung der von den Beteiligten abzugebenden Erklärung enthält das Gesetz keine Vorschrift. Die Erklärung kann also den ganzen Inhalt des Gewollten einzeln angeben oder dadurch erfolgen, daß der Erklärende sich zu dem Inhalte eines (von ihm eingereichten oder ihm vorgelegten) Schriftsatzes bekennt.

3. Was den Umfang der Beurkundung betrifft, so ist zu unterscheiden:

a) Ist die gerichtliche oder notarielle Beurkundung für eine einseitige, sei es auch empfangsbedürftige Willenserklärung oder für eine Vertragserklärung nur des einen Teils vorgeschrieben, so genügt die Beurkundung des Erklärungsinhalts. Daß die Erklärung dem Gegner zugegangen sei, bedarf also nicht der Beurkundung, sondern kann in anderer Weise bewiesen werden⁵⁾.

b) Ist die gerichtliche oder notarielle Beurkundung für einen Vertrag vorgeschrieben, so ist es am natürlichsten, daß die Parteien sich den Vertragswillen vor dem Gericht oder Notar gegenseitig erklären. Dann wird also nicht nur der Inhalt der Erklärungen, sondern auch deren Abgabe an den Gegner beurkundet. Notwendig aber ist das letztere nicht; nach § 128 soll es vielmehr genügen, wenn zunächst der Antrag und dann die Annahme beurkundet wird⁶⁾, so daß sich also die Beurkundung wie bei einseitigen Willenserklärungen nur auf den Inhalt der Vertragserklärungen, nicht auf die Abgabe an den Gegner erstreckt. Die letztere bedarf der Beurkundung nicht, sondern kann in anderer Weise bewiesen werden. Regelmäßig bedarf es übrigens dieses Beweises nicht einmal. Daß der Antrag dem Gegner zugegangen sei, wird meist schon aus der Tatsache der Annahme ohne weiteres erhellen. Das Zugehen der Annahme aber ist in der Regel überhaupt unnötig; denn der Vertrag kommt in diesem Falle, wenn nichts anderes bestimmt ist, nach § 152 schon mit der Beurkundung der Annahme zustande.

genügend, daß das Protokoll den Vorschriften der ZPO (§§ 169 ff., PD § 72) entspricht, RGE 64 S. 85; DLGE 12 S. 101; Gaupp-Stein zu § 64 II (bestritten).

⁴⁾ Dieser Vorbehalt soll namentlich die Aufrechterhaltung selbständiger Berufsnotariate ermöglichen. Besonders die südd. Staaten haben davon Gebrauch gemacht. So können nach Art. 15 Abs. 2 S. 2 des Bayr. VG z. BGB (vgl. auch Bayr. VG Art. 167) Rechtsgeschäfte, die nach BGB gerichtlicher oder notarieller Beurkundung bedürfen, nur durch den Notar beurkundet werden. Ähnlich in Baden und Württemberg.

⁵⁾ Dies geht daraus hervor, daß die betreffenden Vorschriften nur die Beurkundung der „Erklärung“, nicht der Abgabe der Erklärung an den Gegner vorschreiben. Es entspricht aber auch dem praktischen Bedürfnis.

⁶⁾ RGE 69 S. 131 ff. hält es für zulässig, daß die Erklärungen der Parteien in ein einziges Protokoll aufgenommen werden, daß jede Partei in Abwesenheit der anderen vollzieht und das dann von dem Notar vollzogen wird. Dagegen Lenel, NZurB 09 S. 623, aus m. E. nicht durchschlagenden Gründen; vgl. Pland-Flad zu § 128, 5.

4. Die gerichtliche oder notarielle Beurkundung ist vorgeschrieben:

a) für die folgenden einseitigen Willenserklärungen oder Vertragserklärungen eines Teils: das Schenkungsversprechen, auch wenn es in der Form eines Schuldversprechens oder eines Schuldanerkenntnisses erteilt wird (§ 518); die Zustimmung des einen Ehegatten zu einer letztwilligen Verfügung, durch welche der andere Ehegatte einen gemeinsamen Abkömmling von der fortgesetzten Gütergemeinschaft ausschließt oder für den Fall der Beendigung ihm seinen Anteil kürzt oder entzieht, diesen Anteil anderen zuwendet oder umgekehrt ihm das Gesamtgut oder Stücke desselben gegen Wertersatz ganz überweist (§ 1516 Abs. 2); die Zustimmung zu einem Verträge, durch den ein Abkömmling gegenüber dem anderen Ehegatten auf seinen Anteil an der fortgesetzten Gütergemeinschaft verzichtet oder durch den ein solcher Verzicht aufgehoben wird (§ 1517); der Antrag auf Ehelichkeitserklärung sowie die Einwilligung des Kindes oder der Mutter sowie der Frau des Vaters (§ 1730); die Einwilligung zur Annahme an Kindesstatt, welche der Ehegatte des Annehmenden oder die Eltern des Kindes zu geben haben (§ 1748 Abs. 3); die Anfechtung eines Erbvertrages durch den Erblasser (§ 2282 Abs. 3); die Zustimmung des anderen Teiles zu einem Testament, durch das eine vertragsmäßige Verfügung, die ein Vermächtnis oder eine Auflage enthält, aufgehoben wird (§ 2291 Abs. 2); der Rücktritt vom Erbvertrage, sofern ein solcher zulässig ist (§ 2296 Abs. 2); und der Widerruf einer in einem gemeinschaftlichen Testamente getroffenen korrespondierenden Verfügung (§ 2271 Abs. 1).

b) Ferner fordern die folgenden Verträge gerichtliche oder notarielle Beurkundung: der Vertrag, durch den sich jemand verpflichtet, sein Vermögen oder einen Bruchteil desselben zu übertragen oder mit einem Nießbrauch zu belasten (§ 311); der Vertrag unter künftigen gesetzlichen Erben über den gesetzlichen Erbteil oder Pflichtteil (§ 312); der Vertrag, durch den sich jemand verpflichtet, Grundeigentum oder ein Erbbaurecht zu übertragen (§ 313, vgl. auch B.D. über d. Erbbaurecht § 11 Abs. 2); die Einigung über Übertragung oder Belastung eines Grundstücks oder eines Rechtes an einem solchen (§ 873 Abs. 2¹⁾, vgl. auch §§ 1116 Abs. 2, 1154 Abs. 3), ebenso über die Inhalts- oder Rangänderung eines solchen Rechts (§§ 877, 880), die vertragsmäßige Aufhebung der fortgesetzten Gütergemeinschaft (§ 1492 Abs. 2); die Vereinbarung des überlebenden Ehegatten mit den an der fortgesetzten Gütergemeinschaft teilnehmenden Abkömmlingen über die einem anderen Abkömmlinge gewährte Abfindung (§ 1501); der Vertrag, durch den ein Miterbe über seinen Anteil verfügt (§ 2033, vgl. auch § 2037); der Erbverzicht (§ 2348) und die vertragsmäßige Aufhebung eines solchen (§ 2351); der Vertrag, durch den man dem Erblasser gegenüber auf eine von ihm angeordnete testamentarische Zuspendung verzichtet (§ 2352); der Verkauf oder sonstige Veräußerungsvertrag über eine Erbschaft (§§ 2371, 2385).

II. Die öffentliche Beurkundung.

In einem Falle, nämlich für die Anerkennung der Vaterschaft bezüglich eines unehelichen oder ehelichen Kindes, ist nur eine öffentliche Urkunde vorgeschrieben (§§ 1718 und 1720). Hier kann also die Urkunde nicht nur durch einen Notar oder das Amtsgericht, sondern nach Vorschrift der Landesgesetze auch durch eine andere zuständige öffentliche Behörde aufgenommen werden (FrGG § 167 Abs. 2, § 191 Abs. 1).

III. Der Abschluß des Rechtsgeschäfts vor einer Behörde.

Hier muß der Abschluß in gleichzeitiger Gegenwart aller Beteiligten vor einer Behörde oder in einigen Fällen vor einer Behörde oder einem Notar erfolgen.

Erforderlich ist der Abschluß:

a) vor dem Grundbuchamt: für die Auflassung des Eigentums § 925; vgl. aber auch Art. 143.

b) vor dem Standesamt: für die Eheschließung (§ 1317);

c) vor Gericht oder Notar: für die Eheverträge (§ 1434); die Annahme eines Kindes oder deren Wiederaufhebung (§§ 1750 und 1770); das öffentliche Testament (§ 2231),

¹⁾ Vgl. aber GG Art. 143.

hier sind indessen noch weitere Förmlichkeiten vorgeschrieben (§§ 2232—2246); endlich für den Erbvertrag (§ 2276) und dessen vertragsmäßige Aufhebung (§ 2290 Abs. 4).

IV. Öffentliche Unterschriftsbeglaubigung.

1. Wie schon der Name sagt, wird hier nicht der Inhalt der Erklärung, sondern nur die Unterschrift beglaubigt, § 129. Zuständig sind die Notare, ferner die Amtsgerichte, sofern nicht deren Zuständigkeit landesgesetzlich ausgeschlossen ist⁹⁾, endlich andere Behörden oder Beamte nach Vorschrift der Landesgesetze (§ 129; FrGG §§ 167 Abs. 2, 191, 200)⁹⁾.

Die Beglaubigung geschieht durch einen unter die Unterschrift zu setzenden Vermerk, der Ort und Tag angeben und mit Unterschrift und Siegel oder Stempel versehen sein muß¹⁰⁾. Sie darf nur erfolgen, wenn die Unterschrift in Gegenwart des Richters, Notars oder Beamten vollzogen oder anerkannt ist (FrGG § 183), und sie deckt nur die zur Zeit der Beglaubigung auf der Urkunde und über die Unterschrift befindlichen Erklärungen, nicht spätere Korrekturen oder Hinzufügungen¹¹⁾.

2. Bei der Unterzeichnung durch Handzeichen ist dessen gerichtliche oder notarielle Beglaubigung erforderlich und genügend. Durch gerichtliche oder notarielle Beurkundung wird die öffentliche Beglaubigung ersetzt, § 129.

3. Eine beglaubigte Urkunde kann verlangen: Der Schuldner über die erfolgte Tilgung der Schuld, wenn ihm der Schuldschein nicht zurückgegeben werden kann (§ 371); der Zessionar über Abtretung der Forderung (§ 403, §§ 1154, 1155, vgl. auch § 413); die öffentliche Kasse über Zession des abtretbaren Teiles des Dienst Einkommens eines Beamten usw. (§ 411); der Käufer kann öffentlich beglaubigte Auszüge aus Urkunden zum Beweise seines Rechts verlangen nach § 444; beim Nießbrauch an einem Inbegriff von Sachen können beide Teile öffentlich beglaubigte Unterschrift des Verzeichnisses verlangen (§ 1035); ebenso beim eingebrachten Gut des gesetzlichen Güterrechts (§ 1372); ebenso bei der Ertrügenschaftsgemeinschaft (§ 1528), Fahrnisgemeinschaft (§ 1550) und dem Sondergut der allgemeinen Gütergemeinschaft (§ 1439); ebenso kann der Nacherbe vom Vorerben, der Erbe vom Testamentsvollstrecker ein öffentlich beglaubigtes Nachlaßverzeichnis verlangen (§§ 2121, 2215), und der Nacherbe muß die erforderliche Einwilligung zu Verfügungen des Vorerben in öffentlich beglaubigter Form erteilen (§ 2120). Beglaubigte Abschrift einer Eintragung ins Güterrechtsregister kann jeder verlangen (§ 1563).

4. Vorgeschieben ist eine öffentlich beglaubigte Urkunde: für die Anmeldung zum Vereinsregister (§ 77); für die Anfechtung der Ehe nach dem Tode des anderen Ehegatten (§ 1342); für den einseitigen Verzicht eines Ablömlings auf seinen

⁹⁾ Vgl. oben Anm. 4.

⁹⁾ Für die Besatzung eines in Dienst gestellten Schiffes der Marine sind außerhalb eines Inlandhafens die Geschwaderauditoren zuständig, FrGG § 184. — Über Beglaubigung der Unterschrift kriegsgefangener Deutscher s. BundesratsB. v. 8. 3. 1917.

¹⁰⁾ Die von den öffentlichen Behörden innerhalb ihrer Zuständigkeit und in den landesgesetzlich dafür vorgeschriebenen Formen abgegebenen Willenserklärungen bedürfen, wenn sie mit Unterschrift, Siegel oder Stempel versehen sind, keiner weiteren Unterschriftsbeglaubigung. In der landesrechtlichen Ermächtigung, solche Erklärungen in jenen Formen abzugeben, ist nämlich stillschweigend ausgesprochen, daß jene Form als Beglaubigung, die Behörde also insofern auch als beglaubigende Behörde aufzufassen ist. Vgl. auch DRGG 7 S. 8.

¹¹⁾ Vgl. RG im Recht 1901 S. 353. Für in blanco ausgestellte Urkunden gilt aber natürlich auch hier das oben § 146 I 2c Gesagte.

Anteil am Gesamtgute bei fortgesetzter Gütergemeinschaft (§ 1491 Abs. 1); für die einseitige Aufhebung der fortgesetzten Gütergemeinschaft durch den überlebenden Ehegatten (§ 1492 Abs. 1); für den Antrag auf Eintragung in das Güterrechtsregister (§ 1560); für die Wiederannahme des früheren Namens von Seiten der geschiedenen Ehefrau (1577); für die Anfechtung der Ehelichkeit eines Kindes nach dessen Tode (§ 1597) und für die Anfechtung der Anerkennung der Ehelichkeit (§ 1599); für den Verzicht des Vaters auf die Rücknießung an dem Kindesvermögen (§ 1662, vgl. auch § 1686); für die Erteilung des Namens des Ehemanns der Mutter an deren uneheliches Kind sowie die Einwilligung der Mutter und des Kindes hierzu (§ 1706); für die Ausschlagung der Erbschaft, die Vollmacht dazu und die Anfechtung der Annahme oder Ausschlagung (§§ 1945, 1955, vgl. auch § 1484); für die Ernennung eines Testamentsvollstreckers durch einen dazu im Testament ermächtigten Dritten (§ 2198).

5. Endlich knüpft das BG in einem Falle an beglaubigte Urkunden einen besonderen Vorteil: Wenn der Besitzer eines Hypothekenbriefs durch eine zusammenhängende, bis zum eingetragenen Gläubiger zurückreichende Reihe öffentlich beglaubigter Abtretungserklärungen legitimiert ist, so gelten die Vorschriften über die Vermutung der Richtigkeit des Eingetragenen, ferner über den öffentlichen Glauben des Grundbuchs, die Grundbuchsberichtigung und die Eintragung eines Widerspruchs zu seinen Gunsten in gleicher Weise, wie wenn er als Gläubiger im Grundbuch eingetragen worden wäre (§ 1155).

V. Abgabe der Erklärung an das Gericht.

Für eine erhebliche Anzahl von Willenserklärungen ist vorgeschrieben, daß sie an das Gericht, z. B. an das Vormundschaftsgericht oder an das Nachlaßgericht, abgegeben werden müssen. So geschieht z. B. die Erbschaftsausschlagung durch eine Erklärung an das Nachlaßgericht (§ 1945). In der Regel müssen diese Erklärungen zugleich öffentlich beglaubigt sein.

§ 148. Durch Rechtsgeschäft bestimmte Form*).

I. Nicht selten wird für ein abzuschließendes Rechtsgeschäft vorher eine Form durch Vereinbarung der Parteien festgesetzt¹⁾. Auch eine einseitige Bestimmung der Form ist denkbar, z. B. kann der Vollmachtgeber die Vollmacht auf schriftlichen Geschäftsabschluß beschränken oder der Offerent erklären, daß er nur durch eine schriftliche Annahme gebunden werden will. In allen diesen Fällen entscheidet über die Erfordernisse dieser Form und die Folgen der Vernachlässigung in erster Linie der Sinn der (vereinbarten oder wirksam einseitig bestimmten) Festsetzung²⁾.

II. Im Zweifel aber ist nach § 127 bei Festsetzung schriftlicher Form anzunehmen, daß die gesetzliche Schriftform gemeint ist³⁾. Die

*) Lehmann, Unterschrift usw., Bonn 1904; Siegel, RivA 111 S. 46ff.

¹⁾ Besteht eine Verkehrsform, bestimmte Verträge stets schriftlich abzuschließen, so ist im Zweifel anzunehmen, daß sich die Parteien vorher nicht haben binden wollen, DRG 33 S. 313 (Berliner Mietverträge); SeuffA 72, 117 (Theaterverträge).

²⁾ Die Vereinbarung, daß eine Erklärung (z. B. eine Kündigung) durch „eingeschriebenen“ Brief erfolgen solle, ist aber, was das Einschreiben betrifft, nicht als Formvereinbarung aufzufassen, da das Einschreiben nur den Zugang sichern soll, RG 77 S. 70.

³⁾ Aber nur im Zweifel. Eine abweichende Absicht der Parteien kann unter Umständen aus der Verkehrsform und den begleitenden Umständen geschlossen werden, insbesondere wo rechtsgeschäftliche Erklärungen an eine große Anzahl von einzelnen Personen abgegeben werden müssen, RG 106 S. 331ff.

Urkunde muß also eigenhändig unterschrieben sein, oder es muß bei Verträgen jede Partei das für die andere bestimmte Exemplar unterschrieben haben.

1. Jedoch genügt, soweit nicht ein anderer Wille anzunehmen ist, telegraphische Übermittlung⁴⁾ und bei einem Vertrage Briefwechsel. Der Briefwechsel ist durch Beschluß der Reichstagskommission hinzugefügt (auf meinen Antrag); denn es erschien weder dem Bedürfnisse noch den Gepflogenheiten des Verkehrs noch der vermutlichen Absicht der Parteien entsprechend, daß zwar telegraphische, nicht aber briefliche Mitteilungen zum Abschluß eines schriftlichen Vertrages ausreichen sollten.

a) Nach § 127 kann also eine einseitige Willenserklärung in gültiger Schriftform erfolgen entweder durch eine schriftliche, eigenhändig unterschriebene Urkunde, die natürlich auch ein Brief sein kann, oder durch eine telegraphische Mitteilung.

b) Ein Vertrag kann geschlossen werden entweder in der gesetzlichen Schriftform oder durch Briefwechsel oder durch telegraphische Mitteilungen. Selbstverständlich können diese verschiedenen Mitteilungsformen auch gemischt auftreten (z. B. briefliche Offerte und telegraphische Annahme).

c) Zweifel sind entstanden, ob die brieflichen Mitteilungen der eigenhändigen Unterschrift bedürfen. Ich glaube, diese Frage ist zu bejahen⁵⁾, und zwar aus folgenden Gründen: Zweifellos — und das wird auch allgemein zugegeben — müssen briefliche einseitige Willenserklärungen eigenhändig unterschrieben sein; denn für sie sind schlechthin die Vorschriften für die gesetzliche Schriftform maßgebend. Wenn nun der § 127 für Vertragserklärungen den Briefwechsel gestattet, so ist darin allerdings insofern eine Abweichung von der gesetzlichen Schriftform der Verträge enthalten, als keine gleichlautenden Urkunden ausgetauscht zu werden brauchen; dagegen darf nicht angenommen werden, daß auch die Unterschrift entbehrlich sei, während sie bei einseitigen Erklärungen erforderlich ist. Der kurze Ausdruck „Briefwechsel“ läßt auch auf die Entbehrlichkeit der Unterschrift keineswegs schließen; denn im geschäftlichen Leben wird ganz regelmäßig vorausgesetzt, daß der Brief unterschrieben sei⁶⁾.

ß) Anders dürfte allerdings für die telegraphischen Mitteilungen zu entscheiden sein⁷⁾. Der §. I (§ 92 Abs. 2) forderte für solche, daß die Aufgabeschrift von dem Absender eigenhändig unterschrieben sei. Dies hat das Gesetzbuch fallen gelassen und mit Recht, weil die eigenhändige Unterschrift der Aufgabeschrift dem Empfänger des Telegramms fast niemals zu Gesicht kommt, also für ihn regelmäßig keine Bedeutung hat, und weil eben deshalb der Ausgeber des Telegramms es häufig von anderen schreiben und unterschreiben läßt. Bei Briefen trifft dies alles nicht zu; und deshalb muß es unzulässig erscheinen, das für Telegramme Gesagte auch auf Briefe anzuwenden.

2. Wird telegraphische Übermittlung oder bei Verträgen Briefwechsel

⁴⁾ Das wird analog auch auf die Erklärung durch den (zur Zeit der Abfassung des BG noch nicht erfundenen) Ferndrucker anzuwenden sein.

⁵⁾ Ebenso Risch in Grünhut 24 S. 347; Hölder zu § 127; Rehbain I S. 158; S. Lehmann S. 122ff.; Dertmann u. a. m. Für Verneinung Pfand zu § 127; Riezler bei Staubinger zu § 127.

⁶⁾ Allerdings werden hiernach nicht unterschriebene, sondern unterstempelte Briefe nicht genügen; allein das ist lediglich eine Folge davon, daß das Gesetz die Unterstempelung allgemein — insbesondere auch für Briefe, die eine einseitige Willenserklärung enthalten — für nicht ausreichend erklärt.

⁷⁾ Vorherrschende Ansicht: a. M. Cosack § 60e III 1; Dertmann zu § 127.

herrschend war in Wissenschaft und Praxis die Empfangstheorie. Auch das alte Handelsgesetzbuch (Art. 320, 321) stand auf dem Boden der Empfangstheorie, freilich mit einer eigentümlichen Rückwirkung. Der Vertrag kam nämlich der Empfangstheorie entsprechend zwar nur zustande, wenn die Annahmeerklärung bei dem Antragsteller eingegangen war; war er aber zustande gekommen, so galt nun als Zeitpunkt des Abschlusses der Moment, in dem die Erklärung behufs der Absendung abgegeben war.

II. Das BG hat gleichfalls die Empfangstheorie angenommen, und zwar ohne die künstliche, durch das Bedürfnis nicht geforderte Rückwirkung des Handelsgesetzbuchs. Das neue HGB enthält daher Bestimmungen über die Vollendung der Willenserklärung nicht mehr. Die Vorschriften des BG sind auch für Handelsgeschäfte maßgebend.

1. Nach § 130 Abs. 1 wird die (empfangsbedürftige) Willenserklärung, welche einem Abwesenden gegenüber abgegeben wird, „in dem Zeitpunkte wirksam, in welchem sie ihm zugeht“. Das „Zugehen“ der „Erklärung“ darf aber nicht mit dem Besitzwerb an der Erklärungsurkunde verwechselt werden. Es ist vielmehr eine Machterlangung über die Erklärung selbst, über ihren Gedankeninhalt. Zugegangen ist die Erklärung, sobald der Empfänger bei normaler Gestaltung seiner Verhältnisse die Kenntnis des Erklärungsinhalts sich verschaffen kann und die Kenntnisaufnahme nach den Gepflogenheiten des Verkehrs von ihm erwartet werden muß⁷⁾.

a) Diese Begriffsbestimmung ist mit dem Wortlaut in Einklang; denn die „zugegangene“ Erklärung ist in den Machtbereich dessen, dem sie zugeht, gelangt, und daß der Besitz an der Erklärungsurkunde erlangt sei, wird durch den Ausdruck „Zugehen der Erklärung“ keineswegs gefordert, da wir von zugegangenen Erklärungen oder Nachrichten selbst dann sprechen, wenn es sich überhaupt nicht um eine Urkunde handelt (vgl. auch unten Anm. 12).

b) Die gegebene Abgrenzung ergibt sich aber auch aus der inneren Begründung der Empfangstheorie. An sich ist eine Erklärung erst vollendet, wenn der Erklärungszweck erreicht, die Erklärung also wahrgenommen ist. Allein die Vernehmungstheorie wird der Absicht des Gesetzgebers, den Rechtserfolg an die Willenserklärung der bestimmten Person zu knüpfen, mit a. B. ihn dem Erklärenden in die Hand zu geben, wenig gerecht; denn

rungen I S. 23ff.; Bangerow III § 603 Anm. 1; Marsson, Die Natur der Vertrags-offerte, 1879; Brinz 2. Aufl. IV § 572. Für die Vernehmungstheorie beruft man sich besonders auf die Entscheidung der Quellen, daß ein Tauber nicht stipulieren kann, da er die Antwort des Promittenten zu vernehmen nicht fähig ist, L. 1 pr. D. de V. O. 45, 1; L. 1 § 15, L. 48 D. de obl. et act. 44, 7. Allein dieses Argument ist hinfällig, denn eine Erklärung durch ein Mittel, das überhaupt dem Adressaten nicht zum Bewußtsein gelangen kann, ist keine Erklärung an diesen. Das mündliche an den Tauben gerichtete Wort ist ebensowenig eine Erklärung an diesen als das Wort, das an jemand gerichtet wird, der so weit entfernt ist, daß das Vernehmen unmöglich ist. In beiden Fällen ist die Erklärung nicht bloß nicht vernommen, sondern auch nicht empfangen, nicht zugegangen.

⁷⁾ Der letztere Punkt, daß die Kenntnisaufnahme auch von ihm erwartet werden muß, wird oft übersehen, ist aber sehr folgenreich, vgl. darüber unten 2b und die zugehörigen Anmerkungen.

sie macht den Erfolg in Wahrheit nicht nur von dem Erklärenden, sondern zugleich von einer Mitwirkung des Gegners abhängig, durch deren Verfassung dieser den Erfolg vereiteln könnte. Deshalb muß die Erklärung spätestens dann vollendet sein, wenn der Erklärende alles bewirkt hat, was er seinerseits (sei es persönlich, sei es mit Hilfe fremder Kraft), zu bewirken hatte, um dem Erklärungsgegner den Inhalt der Erklärung kund zu tun. Die Erklärung ist also vollendet, wenn zur wirklichen Kenntniserlangung nur noch die von dem Gegner zu erwartende Tätigkeit mangelt.

c) Das gleiche gilt aber auch, wenn der Parteiville⁹⁾ eine Rechtswirkung von der Willenserklärung eines anderen abhängig macht, wenn z. B. der Wille des Offerenten das Zustandekommen des Vertrages von der Annahmeerklärung des anderen Teiles abhängig macht; auch hier will er dem Erklärenden die Herbeiführung des Rechtserfolgs in die Hand geben, also gebunden sein, wenn dieser seinerseits alles bewirkt, was er (nötigenfalls mit Benützung fremder Kraft) zu bewirken hat, um die Erklärung kund zu tun; nicht aber will der Offerent das Zustandekommen des Vertrages noch von einer eigenen (die Wahrnehmung bezweckenden) Tätigkeit abhängig machen.

d) Die Grenze aber zwischen dem, was seitens des Erklärenden erforderlich ist, und dem, was der Gegenseite überlassen bleibt, bestimmt sich nach den Gepflogenheiten des Verkehrs. Der Erklärende muß alles bewirken bis auf dasjenige, was normalerweise vom Erklärungsgegner zu erwarten ist. Die Erklärung ist also vollendet, sobald zur Kenntnisverschaffung nur noch solche Momente fehlen, deren Herbeiführung normalerweise vom Gegner erwartet werden muß.

e) Diese Abgrenzung entspricht auch dem Bedürfnis des Verkehrs und der Gerechtigkeit. Sie stellt es nicht (wie die Vernehmungstheorie) in das Belieben des anderen Teiles, ob und wann er durch Lesen des Annahmefriefs die Erklärung in Wirksamkeit treten lassen will; sie stempelt nicht (wie die Auserungstheorie oder die Absendungstheorie) die Nichtabsendung oder das Zurückschicken des abgesandten Boten zum Vertragsbruch; vielmehr setzt sie die Vollendung der Erklärung genau in den Zeitpunkt, wo die von dem einen und dem anderen zu erwartenden Tätigkeiten sich ablösen; sie bürdet dadurch zugleich die Gefahr der Erklärung (bei Verlust des Briefes) jedem so lange auf, als es an ihm ist, für die Kenntnisverschaffung bzw. -erlangung zu wirken.

2. Die Anwendung der dargelegten Grundregel ergibt:

a) daß die Erklärung erstens dann zugegangen ist, wenn die Erklärungsurkunde mit dem Willen des Absenders⁹⁾ in den Besitz des Erklärungsempfängers gelangt und die alsbaldige Kenntnisnahme von ihm zu erwarten ist; z. B. wenn der Brief (das Telegramm) in seinen Briefkasten gesteckt¹⁰⁾ oder in seiner Wohnung an seine Hausangehörigen¹¹⁾ oder in seinem Kontor oder an den Portier des Hotels, in dem er logiert, abgegeben ist; dagegen noch nicht, wenn ihm der Brief heimlich in die Tasche gesteckt oder in einer Warensendung so verborgen ist, daß auf alsbaldige Auffindung nicht gerechnet werden kann.

⁹⁾ Natürlich auf Grund der ihm durch das Gesetz erteilten Ermächtigung, oben § 45.

⁹⁾ Das ist aber auch der Fall, wenn der Bote den Brief verliert und der Finder ihn dem Adressaten zustellt.

¹⁰⁾ Geschaß es aber bei Nacht oder besagte die Aufschrift, daß der Kasten nur zu gewisser Zeit geleeert werde, so ist die Erklärung erst am anderen Morgen oder zu jener Zeit vollendet, es sei denn, daß doch früher Kenntnis erlangt wurde. Vgl. auch RGE 99 S. 23.

¹¹⁾ Vollmachtserteilung an die Angehörigen ist nicht erforderlich. Es genügt, daß der Brief durch die Abgabe an den Hausangehörigen tatsächlich in die Macht des Adressaten gekommen und normalerweise zu erwarten ist, daß dieser alsbald Kenntnis nehme; vgl. Lippe a. a. O. S. 424; RGE 50 S. 194; 56 S. 263; 60 S. 336; 91 S. 62.

b) Aber auch ohne Besitzertwerb an der Erklärungsurkunde kann die Erklärung zugegangen sein, wenn es gleichwohl in der Macht des Erklärungsgegners stand, alsbald die Kenntnis zu erlangen, und dies von ihm normalerweise zu erwarten war¹²⁾, so z. B. wenn der Brief ihm überreicht, aber zurückgewiesen wurde;¹³⁾ wenn der Adressat sich seine Briefe von der Post nicht zusenden, sondern selbst abholen läßt oder wenn er postlagernde Sendung erbeten hat und in beiden Fällen der Brief bei der Aufbewahrungsstelle eingegangen und zur Abholung bereit gestellt ist¹⁴⁾; ferner wenn er einen Postschein über einen eingegangenen, von ihm abzuholenden Brief erhalten hat; nicht dagegen, wenn ein Einschreibebrief im Hause vorgezeigt, aber wegen Abwesenheit des Adressaten vom Briefträger wieder mitgenommen wurde¹⁵⁾, oder wenn ein Brief auf Anweisung des Adressaten ihm von der Post nachgesandt ist und ihn noch nicht erreicht hat.

3. Ist das rechtzeitige Zugehen der Erklärung lediglich durch einen Umstand vereitelt, der in der Person des Empfängers liegt und auf dessen Nichtvorhandensein der Erklärende rechnen durfte, so muß die Erklärung, wenn

¹²⁾ Auch hier ist die Erklärung im Sinne des § 130 zugegangen (vgl. auch DStG 10 S. 65: Eine Erklärung ist zugegangen, wenn die Urkunde, die die Erklärung enthält, dem Erklärungsempfänger vorgelegt ist). Das wird allerdings vielfach verkannt. Man verlangt, wo es sich um eine Urkunde handelt, bewußt (Tzsch. a. a. O.) oder unbewußt zum Zugehen der Erklärung den Besitzertwerb an der Erklärungsurkunde, und doch nimmt niemand Anstand, auch wenn es sich nicht um Urkunden handelt, zu sagen, ihm sei eine Nachricht oder eine Erklärung zugegangen. Daß diese zu enge Begrenzung, gegen welche sich namentlich die Ausführung des Textes richtet, dem Bedürfnis nicht gerecht wird, gibt man freilich allgemein zu. Manche wollen helfen, indem sie, wenn der Adressat den Empfang verhindert hat, in analoger Anwendung des § 162 den Empfang fingieren, was unbedenklich wäre, aber dem Bedürfnis nicht in ausreichendem Maße, nämlich nur bei einem Verstoß „gegen Treu und Glauben“ gerecht wird (Habicht, DStG 1901 S. 285 ff., vgl. auch RStG 58 S. 408). Plandl zu § 130 (S. 236) verweist auf den Schadensersatzanspruch, der gegen den zur Annahme der Erklärung verpflichteten Adressaten begründet wird, wenn er die Annahme schuldhaft verhindert. Allein eine solche Verpflichtung zur Annahme ist (was Plandl selber nicht verkennet) in vielen Fällen nicht begründet, und die Beschränkung auf den Fall des Verschuldens wird dem Bedürfnis ebenfalls nicht gerecht. Tzsch. (S. 452 ff.) will dadurch bessern, daß er den Adressaten, wenn das Zugehen aus in seiner Person liegenden Gründen scheitert, nach Analogie des Gläubigers im Annahmeverzuge für verpflichtet erachtet, die später doch noch zugehende Erklärung gegen sich gelten zu lassen, wenn sie ihm binnen angemessener Zeit nach dem Fristablauf zugeht (vgl. unten 3). Allein auch hier klafft eine breite Lücke in allen den Fällen, wo ein späteres Zugehen der Erklärung überhaupt nicht mehr eintritt.

¹³⁾ U. A. allerdings RStG 110 S. 36, welche Entscheidung nur bei arglistiger Annahmeverweigerung den Zugang fingieren will. — Das im Text Gesagte gilt natürlich in der Regel nicht, wenn der Brief mit Strafporto belastet war (worauf Vertmann aufmerksam macht); denn dann dürfte die Annahme nicht erwartet werden.

¹⁴⁾ DStG 32 S. 344. — Nicht entscheidend ist der Zeitpunkt, wo bei Übersendung durch die Post der Brief beim Adressaten abgegeben wäre, sondern der Zeitpunkt, wo er bei der Post wirklich zur Abholung bereit lag; denn von da an war der Empfänger insolge der der Post gegebenen Weisung in der Lage, Kenntnis zu nehmen, und die Kenntnisnahme auch von ihm zu erwarten. Teilweise abweichend Rathenau, DStG 1902 S. 147.

¹⁵⁾ So auch RStG 56 S. 262 ff.

sie verspätet zugeht, oder nach dem Wegfall des Hindernisses unverzüglich wiederholt wird, als rechtzeitig zugegangen erachtet werden; denn die Berufung auf die Verspätung würde gegen Treu und Glauben verstoßen¹⁶⁾.

Was von schriftlichen und telegraphischen Willenserklärungen gesagt ist, wird auch auf andere dauernd verkörperte Willenserklärungen anzuwenden sein, z. B. auf Willenserklärungen vermittels des Fernruders¹⁷⁾.

4. Die zugehende Erklärung wird nicht wirksam, wenn dem Adressaten vorher oder gleichzeitig ein Widerruf zugeht, § 130 Abs. 1 S. 2.

5. Alles Gesagte gilt auch für die Annahmeerklärung bei Verträgen. Doch können bei der Abgabe der Offerte von dem Offerenten erschwerende Bestimmungen über die Annahmeerklärung getroffen werden. Er kann z. B. vorschreiben, daß der Annahmefrief an ihn persönlich abgegeben werden muß. Dann kommt der Vertrag nur durch eine dementsprechende Erklärung zustande. Ebenso können in der Offerte ausdrücklich oder stillschweigend erleichternde Vorschriften für die Annahmeerklärung getroffen werden¹⁸⁾. Wichtige Auslegungsvorschriften über zwei dahin gehörige Fälle enthalten die §§ 151 und 152 (unten § 153 I 2).

B. Erklärung an Anwesende.

1. Wann die Erklärung an einem Anwesenden vollendet sei, ist im BGB nicht ausdrücklich gesagt. Die Vollendung wird also nach Analogie des § 130 anzunehmen sein, wenn die Erklärung in den Machtbereich des Gegners gelangt ist. Das ist bei einer schriftlichen Erklärung an den Anwesenden unzweifelhaft der Fall, wenn ihm das Schriftstück übergeben wird. Bei einer mündlichen Erklärung aber erst dann, wenn sie verstanden ist, nicht wenn das Wort nur unverstanden ans Ohr klingt, mag das Nichtverstehen auf Schwerhörigkeit oder irgendwelchen anderen Gründen beruhen; Empfang und Wahrnehmung fallen also hier zusammen¹⁹⁾.

a) Will freilich der, an den die Erklärung gerichtet ist, sie absichtlich nicht verstehen, hält er sich z. B. bei der ihm erklärten mündlichen Kündigung die Ohren zu, so ist auch

¹⁶⁾ So auch ROE 95 S. 317; 97 S. 338f.; 58 S. 408f.; 108 S. 96f.; Dernburg I § 132 II B 6 und Tise (enger v. Blume, DogmZ 51 S. 1ff. und Pand-Flad zu § 130, 5b). Nach ROE 97 S. 339 soll bei beiderseitigem Verschulden § 254 anwendbar sein. Mir scheint es richtiger, hier die Vollendung der Erklärung nicht anzunehmen, da der Zugang nicht lediglich durch einen in der Person des Empfängers liegenden Umstand verhindert ist. Eine besondere Vorschrift enthält BGB § 10: Hat der Versicherungsnehmer seine Wohnung ohne Mitteilung an den Versicherer geändert, so genügt für Willenserklärungen des Versicherers an ihn die Absendung eines eingeschriebenen Briefes nach der letzten dem Versicherer bekannten Wohnung. Die Erklärung wird wirksam in dem Zeitpunkte, in dem sie ohne die Wohnungsänderung bei regelmäßiger Beförderung zugegangen sein würde.

¹⁷⁾ F. Breit, SächsA 15 S. 658; Dertmann, Recht 06 S. 721ff.; Tise, Mißverständnis S. 195ff.

¹⁸⁾ B. B., daß schon die Absendung eines eingeschriebenen Briefes genügen solle, a. A. Reichel, JurB 11 S. 1534, dagegen mit Recht Bedemeyer, JurB 12 S. 252.

¹⁹⁾ Das ist freilich bestritten. Nicht wenige fordern nur die Möglichkeit der Wahrnehmung durch den Adressaten; vgl. dagegen F. Breit a. a. O. S. 658. Eine Vermittlung zwischen Wahrnehmung- und Empfangstheorie für diesen Fall versucht Tise S. 219.

die nichtvernommene Erklärung für wirksam zu halten, wie ja auch die Erklärung an einen Abwesenden für zugegangen zu halten ist, wenn der Adressat den ihm überreichten Brief zurückweist²⁰).

b) Ebenso ist eine mündliche (durch Boten oder in Person) im Hause des Adressaten an dessen Angehörige oder Bedienstete abgegebene Erklärung als zugegangen zu betrachten, wenn nach den Umständen die Erklärung so in seiner Macht ist, daß erwartet werden muß, sie werde zu seiner Kenntnis gelangen²¹); ferner eine von dem Angestellten eines Kaufmanns in dessen Geschäftslotal entgegengenommene telephonische Erklärung²²).

2. Eine Erklärung durch den Fernsprecher ist wie eine Erklärung unter Anwesenden zu behandeln²³), und daselbe ist bei anderen nicht durch bleibende Zeichen erfolgenden Erklärungen (Winken mit Fahnen u. dgl.) anzunehmen. Die Vorschrift des § 130 gilt also direkt nur für die sog. verkörperten Erklärungen, für diese aber, wie schon hervorgehoben, auch dann, wenn sie einem Anwesenden abgegeben werden²⁴).

§ 150. Selbständigkeit der Erklärung nach der Abgabe.

1. Die Willenserklärung hat vor ihrer Vollendung, also in der Regel bevor sie dem Gegner zugegangen ist, gemeinrechtlich noch kein selbständiges Dasein. Sie wird nur von dem Willen des Erklärenden getragen, wird also hinfällig, wenn der Erklärende, bevor sie vollendet, also bevor sie zugegangen ist, geschäftsunfähig wird oder stirbt.

2. Nach dem BG ist es aber aus Gründen der Verkehrssicherheit ohne Einfluß, wenn der Erklärende nach der „Abgabe“ der Erklärung stirbt oder willensunfähig wird. Kommt also der von dem Erklärenden abgesandte Brief dem anderen Teile zu, nachdem der Absender bereits gestorben oder geisteskrank geworden ist, so wird die Erklärung gleichwohl wirksam (§ 130 Abs. 2). „Abgegeben“ im Sinne dieser Vorschrift ist aber die Erklärung nicht schon dann, wenn sie behufs Absendung geäußert, also z. B. der Brief in der

²⁰) Oben II 2b, ebenso Pland-Flad 2b; abw. Elsbacher I S. 237ff. u. a.

²¹) So im wesentlichen RGE 60 S. 334; 61 S. 125, wo verlangt wird, daß die Person, an die die Erklärung abgegeben wurde, „geeignet“ war, was bei erwachsenen Hausgenossen regelmäßig zutrefte; ebenso Staub, HGB Exkurs zu § 361 Anm. 31. Manche Schriftsteller aber verneinen hier den Zugang so lange, bis der Adressat die Erklärung erfahren hat, Koppers, Gruchot 46 S. 226; Biermann § 46 Anm. 4; Dertmann 4c, Pland-Flad 1c; v. Tuhr S. 436; Jung, ZivA 117 S. 79. Sind die Hausgenossen ufw. zur Empfangnahme mündlicher Geschäftserklärungen ermächtigt (was aber im Zweifel nicht angenommen werden darf), so wird die Erklärung natürlich stets sofort mit der mündlichen Erklärung an sie vollendet.

²²) RGE 102 S. 295f.

²³) Zwar ist im BG § 147 Abs. 1 S. 2 die Gleichstellung nur für die Regel ausgesprochen, daß ein durch Fernsprecher gemachter Antrag wie der an einen Anwesenden gestellte nur sofort angenommen werden kann. Allein die Analogie ist auch für unsere Frage unbedenklich, denn es macht keinen Unterschied ob ich die Schallwellen nur durch Vermittlung der Luft oder unter Mitwirkung eines größeren Apparates an des anderen Ohr bringe.

²⁴) Dies dürfte jetzt wohl allgemein anerkannt sein, vgl. auch RGE 61 S. 415f.; 83 S. 106.

Absicht, ihn auch abzusenden, geschrieben ist, sondern erst wenn sie weggegeben, also z. B. der Brief der Post übergeben oder der mit der Überbringung des Briefes betraute Bote abgesandt ist, so daß normalerweise zu erwarten ist, die Erklärung werden an den Empfänger gelangen¹⁾.

a) Der Grund, weshalb das Gesetz nur bei der Abgabe, nicht beim Zugehen Geschäftsfähigkeit und Leben des Erklärenden fordert, ist leicht zu erkennen. Mit der Abgabe (Absendung) ist die persönliche Tätigkeit des Erklärenden vollendet, und nur für sie ist Geschäftsfähigkeit und Leben erforderlich. Deshalb ist die Vorschrift des § 130 Abs. 2 überall da analog anzuwenden, wo das Verhalten oder die natürlichen oder rechtlichen Eigenschaften des Erklärenden in Betracht kommen. Die Zeit der Abgabe (Absendung) ist also maßgebend für die Frage, ob ein Irrtum vorlag, ob der Erklärende einen Umstand kannte oder kennen mußte²⁾.

b) Handelt es sich dagegen um die davon wesentlich verschiedene Frage, ob das Recht, auf das sich die Erklärung bezog, noch von dieser ergriffen werden konnte, so kann nur der Zeitpunkt des Beginnes der Wirksamkeit in Betracht kommen. Eine dem A (auf seinen Antrag) übersandte Zessionserklärung kann die Forderung nicht mehr übertragen, wenn der Bedent nach der Abgabe, aber vor dem Zugange der Erklärung die Forderung dem (anwesenden) B abgetreten hat; und dasselbe wird anzunehmen sein, wenn der Bedent vor dem Zugehen in Konkurs fällt³⁾.

3. Bei nichtempfangsbedürftigen Willenserklärungen wird Abgabe und Wirksamkeit meist zusammenfallen. Doch ist auch hier eine zeitliche Verschiedenheit denkbar. So wird z. B. eine Auslobung erst durch die Veröffentlichung der Erklärung wirksam. Abgegeben ist sie schon mit der Absendung der Annonce an die Zeitung oder die Annoncenexpedition; sie wird also durch die Veröffentlichung wirksam, auch wenn der Auslobende nach der Absendung stirbt oder willensunfähig wird.

¹⁾ Erst mit der Absendung ist nämlich mit Sicherheit zu behaupten, daß der Erklärende sich entschieden habe. War der Brief nur erst geschrieben, so ist noch nicht gewiß, ob er auch abgesandt worden wäre. Die Erklärung darf also nicht wirksam werden, wenn der auf dem Schreibtisch des Erklärenden liegende Brief nach dessen plötzlichem Tode von einem Diener oder Bekannten zur Post befördert wird und so dem anderen Teile zugeht. Auch der Zweck der ganzen Vorschrift, den Gegner sicher zu stellen, daß die ihm zugehende Erklärung noch rechtsbeständig ist, kann nicht so weit führen, daß man eine Erklärung wirksam werden läßt, die der Erklärende im letzten Moment seines Bewußtseins noch als die seinige, noch nicht aus den Händen gegebene betrachten durfte. Das Wort „Abgabe“ der Erklärung könnte allerdings auch von der bloßen „Aussprechung“ verstanden werden, allein die Fassung des § 1 „wenn der Erklärende die Erklärung behufs Absendung abgegeben hat“, stimmt wörtlich mit Art. 321 des alten HGB überein und ist dort ganz überwiegend, in neuerer Zeit fast einstimmig von der Absendung der Erklärung verstanden. Man muß also annehmen, daß der § 1 ebenso verstanden sein wollte; durch die Fassungsänderung des § 2 aber ist eine sachliche Änderung nicht beabsichtigt.

²⁾ Manche nehmen überhaupt an, daß mit der Abgabe die Willenserklärung bereits vollendet sei (vgl. Dertmann 2 und die dort Zitierten), wohl schwerlich mit Recht; denn die dem Erklärenden obliegende Erklärungstätigkeit ist noch nicht vollendet, wenn er sie auch von nun an nicht mehr persönlich, sondern durch von ihm Beauftragte vollzieht.

³⁾ Zustimmung Jaeger (unter Änderung seiner früheren Ansicht) RD 3. Aufl. § 7 Anm. 14; wie oben auch Pland-Flad, § 130, 8; im Ergebnis (nicht in der Begründung) ebenso auch Breit; SächsA 13 S. 314. Abw. Leonhard, DogmJ. 41 S. 51 ff.; Dernburg I § 132 Note 6; Riezler § 130, 8.

§ 151. Besondere Vorschriften.

1. Die Regeln über das Wirksamwerden der Willenserklärung finden auch dann Anwendung, wenn die Willenserklärung einer Behörde gegenüber abzugeben ist. Auch in diesem Falle genügt also das Zugehen¹⁾, und auch in diesem Falle ist es einflußlos, daß der Erklärende nach der Abgabe der Willenserklärung stirbt oder geschäftsunfähig wird (§ 130 Abs. 3).

2. Eine Erklärung an einen Geschäftsunfähigen²⁾ wird nicht wirksam, bevor sie dem gesetzlichen Vertreter zugeht, § 131 Abs. 1. Daß sie dem Geschäftsunfähigen zugeht, ist wirkungslos und deshalb in keinem Falle erforderlich. Dem Vertreter aber muß sie zugehen, ein bloßes Erfahren von der Erklärung ist nicht genügend.

Gibt man die Erklärung an den Geschäftsunfähigen ab, so kann sie daher in der Regel nur dann gültig werden, wenn man ihn als Boten benützt und er die Erklärung dem Vertreter richtig übermittelt. Ist aber der Vertreter bei der mündlichen Erklärung anwesend, so ist anzunehmen, daß sich die Erklärung zugleich an den Vertreter richtet, also wirksam wird, wenn er sie vernimmt. Auch die schriftliche Erklärung an den Geschäftsunfähigen wird im Zweifel als zugleich an dessen Vertreter gerichtet und somit als wirksam zu betrachten sein, wenn die Erklärungsurkunde an ihn gelangt (so daß alsbaldige Kenntnisaufnahme zu erwarten ist).

3. Das gleiche gilt von der Erklärung an eine in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Person³⁾, es sei denn, daß der Vertreter eingewilligt hat⁴⁾ oder daß die Erklärung dem in der Geschäftsfähigkeit Beschränkten lediglich einen rechtlichen Vorteil bringt, § 131 Abs. 2. Der letzte Punkt ist besonders wichtig bezüglich der Vertragsofferte; denn die Offerte als solche bringt demjenigen, dem sie gemacht wird, stets einen Vorteil, da sie ihm lediglich die Möglichkeit der Annahme verschafft. Die einem Minderjährigen gemachte Offerte ist also stets sofort wirksam⁵⁾.

4. Eine Erklärung kann auch „durch Vermittlung eines Gerichts-

¹⁾ Vgl. oben § 149 II 2a, b, namentlich Anm. 14. Ungerechtfertigt ist die Behauptung, daß Erklärungen, die bis zu einem bestimmten Tage bei der Behörde eingehen müssen, vor Schluß der Büreaustunden zugegangen sein müßten (vgl. jedoch auch das oben § 149 Anm. 10 Gesagte). Dazu bedürfte es einer besonderen Vorschrift. Fehlt eine solche, so kann sich die Behörde nicht darauf berufen, daß sie ihren Briefkasten nur zu bestimmten Stunden, die der Absender nicht kennt oder kennen muß, leere oder ihre Briefe nur zu gewissen Stunden öffne oder von der Post holen lasse. Vgl. über die Frage auch Stein, *BPfD* § 207, IV; v. Tuhr *S.* 452f.; *RGF* 76 *S.* 128.

²⁾ Die einem Bewußtlosen oder vorübergehend geistig Gestörten zugegangene schriftliche Willenserklärung ist nicht unwirksam (oben § 141 V). Anders bei mündlichen Erklärungen, weil Vernehmung erforderlich ist (oben § 149 B 1).

³⁾ Ausnahmen: § 109 Abs. 1 *S.* 2; § 111 *S.* 2.

⁴⁾ Bei Vertragserklärungen ist auch Genehmigung zulässig nach Analogie des § 108. Auch §§ 112 u. 113 sind analog anzuwenden. Hat der Minderjährige einen Antrag mit Einwilligung des gesetzl. Vertreters gemacht, so wird anzunehmen sein, daß die Einwilligung auch für die Entgegennahme der Annahme erteilt sei.

⁵⁾ In *E I* § 66 war dies ausdrücklich bestimmt; ins *BG* ist es, weil selbstverständlich, nicht aufgenommen.

vollziehers“ nach Maßgabe der ZPD zugestellt werden, und zwar entweder direkt durch den Gerichtsvollzieher (§§ 170—173 ZPD) oder unter seiner Vermittlung durch die Post (§§ 193—195 ZPD). Die nach den Vorschriften der ZPD zugestellte Erklärung gilt als zugegangen, auch wenn sie in Wahrheit noch nicht zugegangen sein sollte, § 132 Abs. 1, sondern z. B. nach § 181 ZPD an den Hauswirt oder nach § 182 durch Niederlegung beim Amtsgericht und Anschlagzetteln an der Wohnung oder nach § 172 für einen Soldaten an den Kompagniechef zugestellt wurde.

5. Endlich kann die Zustellung in zwei Fällen nach den für die öffentliche Ladung geltenden Vorschriften der ZPD (§§ 204 bis 207) erfolgen, § 132 Abs. 2 S. 1, nämlich:

a) wenn der Erklärende die Person, welcher gegenüber die Erklärung abzugeben ist, nicht kennt, ohne daß ihn in dieser Beziehung der Vorwurf einer Fahrlässigkeit trifft, also z. B. wenn man dem unbekanntem Erben eines Mieters oder Schuldners kündigen will,

b) wenn der Aufenthalt der Person, der gegenüber man die Erklärung abgeben will, unbekannt ist.

Ob diese Voraussetzungen vorliegen, hat das Amtsgericht, bevor es die öffentliche Zustellung bewilligt, zu prüfen. Zuständig ist das Amtsgericht des Wohnsitzes, und zwar im ersten Falle des Wohnsitzes des Erklärenden, im zweiten Falle des letzten Wohnsitzes des Erklärungsgegners. In Ermangelung eines inländischen Wohnsitzes tritt der Aufenthalt bzw. der letzte Aufenthalt an die Stelle, § 132 Abs. 2 S. 2.

3. Erfordernisse des Vertrages im besonderen.*)

§ 152. Vertragsantrag.

Der Vertrag¹⁾ enthält zwei (oder mehrere)²⁾ wechselseitige empfangsbedürftige Willenserklärungen, von denen die vorangehende, gleichviel von welcher Seite sie ausgeht³⁾, als Antrag (Angebot, Offerte) und die auf den Antrag sich beziehende nachfolgende als Annahme (Akzeption) bezeichnet wird⁴⁾. Beide Vertragserklärungen sind aber spezifisch nicht verschieden.

*) Regelsberger, Erörterungen S. 1, 1868 u. in Endemanns Hdb. d. HRs 2 S. 417ff.; Köppen, Der obl. Vertr. unter Abwesenden, 1874; Sohm, Zeitschr. f. Handelsr. 17 S. 16ff.; Schott, Der obl. Vertrag unter Abwesenden, 1873; Schloßmann, Der Vertrag, 1876; Zitelmann, Die Rechtsgeschäfte im Entwurf des BG S. 120ff., 1889; Neumond, ZivR 89 S. 166ff.; Staub, HGB S. 1283ff.; Eccius, Gruchot 45 S. 267ff.; Bedemeyer, Abschluß des Vertrages durch Erfüllung- und Aneignungshandlungen, 1903; Siber, Buchrechtsgeschäft 1909; Tise, Mißverständnis S. 339ff.; Manigk, DogmS 75 S. 127ff.

¹⁾ Über den Begriff des Vertrages und den Unterschied von Gesamttakten sowie von Beschlüssen oben § 137.

²⁾ z. B. der Gesellschaftsvertrag unter mehr als zwei Personen.

³⁾ Der Antrag zu einem Schenkungsvertrage kann also sowohl von dem Schenker als von dem Beschenkten ausgehen.

⁴⁾ Daß manche Verträge wie überhaupt Rechtsgeschäfte neben den Willenserklärungen

Deshalb ist eine verspätete oder veränderte Annahme als neuer Antrag aufzufassen (§ 150, unten § 153), und der Vertrag ist auch dann vollgültig, wenn wegen ihrer Gleichzeitigkeit oder aus anderen Gründen keine der Vertragserklärungen ausschließlich als Antrag oder als Annahme aufgefaßt werden kann⁵⁾. Zunächst ist der Vertragsantrag zu betrachten.

I. Begriff und Erfordernisse der Offerte.

Vertragsantrag, Angebot, Offerte ist der einseitige Antrag einer Partei an die andere, mit ihr einen Vertrag einzugehen. Es ist nicht eine den Vertrag vorbereitende Handlung, sondern schon die eine Vertragserklärung selber. Eine Offerte liegt also nur vor, wenn der Vertrag durch die Annahme des Gegners geschlossen werden kann, ohne daß es noch einer Erklärung des Offerenten bedarf⁶⁾.

1. Demnach muß die Offerte so bestimmt sein, daß durch die Annahme die Einigung über den ganzen Vertrag erreicht werden kann.

a) Das ist sicher der Fall, wenn sie alle wesentlichen Vertragsbestimmungen und auch diejenigen unwesentlichen enthält, über welche der Antragende nach seiner Erklärung eine Vereinbarung beabsichtigte; und zwar brauchen sie nicht sämtlich direkt ausgesprochen zu sein, vielmehr genügt es, wenn sie sich aus der Offerte unter den obwaltenden Umständen, insbesondere im Zusammenhange mit vorausgegangenen Verhandlungen ergeben⁷⁾.

b) Aber sie kann auch in einzelnen Beziehungen unbestimmt sein, nämlich dann, wenn der Offerent die Bestimmung dieser Punkte dem Gegner überlassen will. Das kommt nicht selten vor in bezug auf den Vertragsinhalt,

der Parteien noch andere Bestandteile enthalten, ist schon oben § 136 B und § 137 II 1 c gezeigt.

⁵⁾ Gleichzeitig sind z. B. die Erklärungen beim stillschweigenden Abschluß eines Gesellschaftsvertrages durch Verbleiben der Wohnung des verstorbenen Vaters seitens der Kinder. Auch aus zwei einander genau entsprechenden, sich kreuzenden Offerten entsteht in der Regel ein gültiger Vertrag (z. B. wenn A dem B ein Pferd für 900 M. brieflich anbietet und B dem A etwa gleichzeitig für dasselbe Pferd 900 M. bietet); denn in der Regel kommt es jedem Teile nur auf den Vertragswillen des anderen Teils an, nicht darauf, daß dieser gerade mit Rücksicht auf die Offerte den Vertragswillen erkläre. Vgl. auch Bekker, *J. d. deutsch. R.* 3 S. 116; Häuser, *J. f. HR* 12 S. 47; Regelsberger I § 150 Anm. 19 und in Endemanns *Handb. des Handelstr.*, 2 S. 445; Dernburg *P.* II § 11 Anm. 2; Bittelmann, *Die Rechtsgeschäfte im E I* S. 121; Crome I § 89 Anm. 2. *A. R. Kohler*, *BürgR* 1 S. 298; Leonhard, *Jrktum* S. 71; Bekker, *Hand.* II S. 88; Cosack § 58 zu Note 5; Dertmann vor § 145, 2b.

⁶⁾ Offerte und annahmefähige Offerte ist dasselbe. Nicht annahmefähige Offerte ist ein Widerspruch in sich selbst.

⁷⁾ Z. B. können folgende Telegramme, deren Inhalt aus früheren Parteierklärungen zu ergänzen ist, genügende Offerten erhalten: „Senden Sie Nr. 128“ (nämlich aus dem überlieferten Antiquariatskataloge zu dem dabei bezeichneten Preise). „Gebe nur 103 1/2“ (nämlich 103 1/2 Prozent für die mir angebotenen 20000 M. eines bestimmten Wertpapiers). „Legen Sie 5 Pfg. zu“ (nämlich zu dem bereits gebotenen Preise für das Liter eines offerierten Fuders Wein); Reumont, *BürgR* 89 S. 166.

z. B. „ich offeriere Ihnen eine von Ihnen selbst zu bestimmende Quantität dieser Ware bis zu 1000 Zentner zu 15 Mk. pro Zentner“ oder „ich biete Ihnen dieses Buch zum Kauf an zu dem von Ihnen selbst zu bestimmenden Preise“. Die Unbestimmtheit kann sich aber auch auf die Person des Gegners beziehen. So enthält z. B. die Aufstellung und Füllung eines Verkaufsautomaten Offerten an diejenigen unbestimmten Personen, welche durch Einstecken des Geldstücks die Annahme erklären werden⁹⁾.

2. Die Erklärung des Offerenten muß sich bereits als dessen Vertragserklärung selbst darstellen. Die Offerte ist demnach streng zu unterscheiden von der bloßen Mitteilung, daß man geneigt oder bereit sei, Verträge gewissen Inhalts abzuschließen, sowie von der Aufforderung oder Einladung an andere, Offerten zu machen.

a) Der Art. 337 des alten HGB stellte in dieser Beziehung die Auslegungsvorschrift auf, daß ein Anerbieten zum Kauf, das erkennbar für mehrere Personen geschieht, z. B. in Druckform oder Metallographie, oder bei dem die Ware, der Preis oder die Menge nicht bestimmt bezeichnet ist, kein verbindlicher Antrag zum Kaufe sei. Diese Regel trifft allerdings in der großen Mehrzahl der Fälle zu⁹⁾, zumal bei der an mehrere Personen erfolgenden Mitteilung von Preislisten, Lagerverzeichnissen, Proben und Mustern, welche der Art. 337 besonders hervorhob. Gleichwohl kann sie, zumal in ihrem zweiten Teile, zu unrichtigen Entscheidungen verleiten, da trotz Unbestimmtheit der Ware eine bindende Offerte beabsichtigt sein kann, welche dem Gegner die Bestimmung oder Wahl überläßt. Sie ist daher weder in das neue HGB noch in das BG aufgenommen.

b) Dagegen enthält der § 156 des BG die Vorschrift, daß das Anerbieten zu einer Versteigerung, worunter auch das Anerbieten an den Mindestfordernden mitzuverstehen ist, nicht als Offerte aufzufassen ist. Demnach ist, entsprechend der in Theorie und Praxis von jeher herrschenden Ansicht, jedes Gebot eine Offerte; der Vertrag kommt „erst durch den Zuschlag zustande“¹⁰⁾, der Zuschlag kann also verweigert werden. Die in dem Gebot liegende Offerte erlischt aber nach der Absicht des Bieters nicht nur, wenn die Versteigerung ohne Zuschlag geschlossen wird, sondern

⁹⁾ Reumont, *RivM* 89 S. 166ff., vgl. auch Sohm, *ZfS* 17 S. 46ff.; Biermann, *DogmZ* 32 S. 322.

¹⁰⁾ Vgl. z. B. RG in *JurW* 1904 S. 76.

¹¹⁾ Der Bieter braucht bei der Erteilung des Zuschlags nicht mehr anwesend zu sein; denn sein Gebot ist dahin aufzufassen, daß er den Zuschlag als genügende Erklärung an sich gelten lassen will. Dies würde also anzunehmen sein, auch wenn es sich nicht aus § 181 *FzGG* ergäbe.

auch, wenn ein Übergebot¹¹⁾ erfolgt. Dies ist in dem zweiten Satze des § 156 ausdrücklich ausgesprochen.

Zu beachten ist aber, daß der Inhalt des § 156 nicht etwa eine zwingende, sondern eine Auslegungsvorschrift ist, welche die an sich zweifelhafte Frage, ob in dem Anerbieten zur Versteigerung einer Offerte liege oder nur eine Aufforderung, Offerten zu machen, in dem letzteren Sinne entscheidet¹²⁾. Geht aus dem Inhalte des Versteigerungsanerbiens im Einzelfalle mit Sicherheit hervor, daß es als bindende Offerte an den Meistbietenden oder Mindestfordernden gemeint ist, daß also der Zuschlag erteilt werden muß, so ist demnach jedes Gebot der Abschluß eines Vertrages — freilich unter der Bedingung, daß kein höheres Gebot erfolge; der Zuschlag hat dann nur die Bedeutung, daß das Ende der Versteigerung und die Unzulässigkeit weiterer Gebote konstatiert wird. Ebenso kann natürlich festgestellt werden, daß das Gebot des einzelnen Bieters nicht sofort durch ein Übergebot erlösche, sondern daß der Versteigerer beispielsweise zwischen den drei Höchstbietenden oder Mindestfordernden wählen dürfe oder daß er den Zuschlag noch 14 Tage nach Schluß des Versteigerungstermins erteilen könne. Aber in allen diesen Fällen bedarf es besonderer Festsetzung.

3. Ist für den Vertrag, d. h. für die Vertragserklärungen beider Teile eine Form vorgeschrieben, so bedarf auch die Offerte dieser Form. Ist die Form nur für die Erklärung des einen Teils vorgeschrieben, so bedarf die Offerte der Form nur, wenn sie die Erklärung dieses Teils (z. B. das Versprechen der Schenkung § 518, das Versprechen der Leibrente § 761, die Übernahme der Bürgschaft § 766) enthält.

II. Zeitschranke der Offerte.

Die Offerte ist dem Willen des Offerenten gemäß immer nur für eine gewisse Zeit gemacht¹³⁾. Ist diese Zeit verstrichen, so erlischt sie; die Annahme ist also ausgeschlossen, § 146. Die Länge dieser Zeit ist verschieden:

1. Hat der Antragende für die Annahme eine Frist gesetzt, so kann die Annahme nur innerhalb dieser Frist erfolgen, § 148; d. h. sie muß — abgesehen von noch zu besprechenden Ausnahmen — dem Offerenten innerhalb der Frist zugehen¹⁴⁾. (Vgl. aber das oben § 149 II 3 Gesagte.)

2. Ist keine Frist bestimmt, so kommt es darauf an, ob die Offerte einem Anwesenden oder einem Abwesenden gemacht wurde.

a) Der einem Anwesenden gestellte Antrag kann nur sofort angenommen werden; dies gilt auch von einem durch den Fernsprecher gemachten Antrage,

¹¹⁾ Anders freilich, wenn das Übergebot, z. B. wegen Geschäftsunfähigkeit des Bietenden nichtig ist und deshalb sofort vom Versteigerer zurückgewiesen wird; denn ein solches Übergebot hat weder der Bieter noch die Auslegungsregel des § 156 im Sinne. Im Ergebnis ebenso Bland zu § 156, während Dernburg das Erlöschen bei jedem Übergebot annimmt, das nicht als sinnloses Handeln erscheint.

¹²⁾ Daß es sich hier in der Tat um eine Auslegungsvorschrift und, nicht wie Bland wegen des Fehlens der Worte „im Zweifel“ annimmt, um eine Dispositivvorschrift handelt, ist oben § 45 II 2 ausgeführt.

¹³⁾ Das gilt auch wenn eine Offerte auf längere unbestimmte Zeit gemacht ist. Die Länge der Zeit ist dann nach den Umständen zu bestimmen RGE 87. S. 2.

¹⁴⁾ So auch RGE 53 S. 59; RG Warn. 1916 Nr. 8. Möglich ist natürlich auch, daß schon die Absendung während der Frist genügen soll (vgl. z. B. RGE 48 S. 175ff.). Doch muß ein solcher Wille erkennbar sein. Schon nach dem früheren Recht war er im Zweifel nicht anzunehmen, RGE 43 S. 19ff.

§ 147 Abs. 1, und es muß ebenso auf einen durch Boten übermittelten Antrag Anwendung finden, wenn nach der Erklärung des Offerenten die Annahme durch Erklärung an den zum Empfang ermächtigten Boten erfolgen soll. „Sofort“, d. h. nicht etwa nur „unverzüglich“, ohne schuldhaftes Zögern, sondern augenblicklich¹⁵⁾.

b) Der einem Abwesenden gemachte Antrag kann nur bis zu dem Zeitpunkt angenommen werden, in welchem der Eingang der Antwort unter regelmäßigen Umständen erwartet werden darf, § 147 Abs. 2.

a) Bei der Berechnung dieses Zeitpunktes frage man: 1. Wann mußte der Brief des Offerenten bei regelmäßiger Beförderung an seine Adresse gelangen? 2. Bis wann pflegt ein ordentlicher pünktlicher Mann einen solchen zu dieser Zeit empfangenen Antrag zu beantworten? 3. Wie lange dauert alsdann die ordnungsmäßige Beförderung der Antwort an den Offerenten¹⁶⁾? Für die Beförderungsbauer (1 u. 3) sind namentlich die bestehenden Postverbindungen zu beachten; für die Berechnung des mittleren Zeitraumes (2) kann namentlich im Geschäftsverkehr die Verkehrs- und Geschäftssitte, die Sonntagsruhe, die übliche Geschäftszeit in Betracht kommen; aber auch der Inhalt des Antrages, der z. B. eine Untersuchung der übersandten Probe oder Ware oder die Einholung einer Genehmigung oder wegen seiner Bedeutung eine gewisse Überlegungszeit erfordert, kann entscheidend sein. Selbstverständlich kommt es nur darauf an, daß der durch die Zusammenrechnung der drei Zeiträume sich ergebende Endpunkt nicht überschritten wird. Also kann z. B. eine bei 1 oder 2 eingetretene Verzögerung unter Umständen durch telegraphische Annahme wieder ausgeglichen werden.

β) Außergewöhnliche Verzögerungsgründe, z. B. Abwesenheit des Adressaten, verlängern die Geltungsbauer der Offerte nur, wenn es dem Willen des Offerenten entspricht, was aber, wenn sie dem Offerenten bekannt waren, in der Regel anzunehmen sein dürfte¹⁷⁾.

γ) Hat der Offerent telegraphische Antwort gefordert, so verkürzt sich die Frist in entsprechender Weise. Wird aber gleichwohl briefliche Annahme gewählt und langt diese infolge besonderer Umstände so früh an, daß auch der für telegraphische Antwort regelmäßig erforderliche Zeitraum noch nicht abgelaufen ist, so ist der Vertrag für bindend zu halten, da es dem Offerenten bei der Festsetzung telegraphischer Antwort vermutlich nur um die Schnelligkeit, nicht um die Form zu tun war.

δ) War die Offerte telegraphisch erfolgt, so wird nach dem Geschäftsgebrauch und den Umständen meist anzunehmen sein, daß der Antragende auch telegraphische Annahme erwartet und stillschweigend verlangt hat¹⁸⁾.

3. Hat der Antragende auf eine Annahmeerklärung verzichtet oder ist eine solche nach der Verkehrssitte nicht zu erwarten, so bestimmt sich der Zeitpunkt des Erlöschens der Offerte nach dem vermutlichen Willen des Antragenden, § 151 Satz 2, und dasselbe gilt für den innerlich gleichen Fall,

¹⁵⁾ Wenn ich einem Bankier, der eben unabkömmlich auf der Börse beschäftigt ist, durch den Fernsprecher eine Quantität Aktien zu bestimmtem Kurse anbiete und er mir zurückerst, er habe jetzt keine Zeit, „Schluß“, so bin ich, wenn er einige Zeit später annimmt, nicht gebunden (RG 104 S. 235). Wie aber bei einer durch Unterbrechung der Verbindung veranlaßten kurzen Verspätung? Auch hier ist die Annahme verspätet (a. A. Dernburg § 129 Anm. 12). Sie wird aber, nach Maßgabe des § 149 (unten § 153) als rechtzeitig gelten müssen, wenn sie nicht unverzüglich zurückgewiesen wird, vgl. Pland zu § 147.

¹⁶⁾ Gutes Beispiel RG Barn. 1919 Nr. 157.

¹⁷⁾ Vgl. dazu RG 59 S. 300.

¹⁸⁾ Vgl. auch RG im Recht 1905 S. 616.

wo der Vertrag gerichtlich oder notariell beurkundet wird, ohne daß beide Teile gleichzeitig anwesend sind, § 152 Satz 2.

III. Bindende Kraft und Erlöschen.

Die Offerte war nach gemeinem Recht nichts weiter als der unselbständige Teil eines (zu schließenden) Vertrages. Für sich allein war sie bedeutungslos, beruhte daher bis zur Annahme nur auf dem fortbauernben Willen des Offerenten, erlosch also, wenn er starb oder willensunfähig wurde, und konnte widerrufen werden. Nur mußte der Widerruf dem Akzeptanten zugehen, bevor die Annahmeerklärung (durch Zugang an den Offerenten) vollendet war¹⁹⁾. Das BG dagegen hat einem unzweifelhaften Verkehrsbedürfnisse folgend und im Anschluß an Art. 319 des alten HGB die Offerte für bindend erklärt, es sei denn, daß der Offerent die bindende Kraft ausgeschlossen hatte, § 145.

1. Durch Widerruf erlischt die Offerte daher nur noch, wenn die bindende Kraft ausgeschlossen ist. Der Widerruf muß dem anderen Teile zugehen, bevor der Vertrag geschlossen, also bevor die Annahmeerklärung dem Offerenten zugegangen ist.

a) Der Vorbehalt, daß man nicht gebunden sein wolle (der im Handelsverkehr häufig durch die Worte „freibleibend“ oder „ohne Obligo“ ausgedrückt wird), kann aber auch die weitergehende Bedeutung haben, der Antragende wolle selbst durch das Zugehen der Annahme noch nicht gebunden sein, so daß in Wahrheit also noch keine Offerte vorliegt. Diese Auslegung wird sogar im Zweifel anzunehmen sein; denn wenn es ungewiß bleibt, ob eine Erklärung eine Offerte sei, wird sie nicht als solche betrachtet werden dürfen²⁰⁾. Die darauf von der Gegenseite eingehende Offerte wird im Verkehr als stillschweigend angenommen betrachtet, wenn sie nicht unverzüglich abgelehnt wird²¹⁾.

b) Die beim Vertragsschlusse vereinbarte Klausel „freibleibend“ bedeutet im Zweifel die Gewährung eines Rücktrittsrechts an den Verkäufer.

c) Die bei einem geschlossenem Kauf vereinbarte Klausel „Preise freibleibend“ ist im Zweifel dahin auszulegen, daß der Käufer an den Vertrag gebunden bleibt, auch wenn der Verkäufer den Preis in angemessener Weise erhöht. Es ist dann § 315 anzuwenden (RGE 103 S. 415f.). Eine mehrmalige Erhöhung des Preises ist aber auch in diesem Falle, wenn nicht ein entsprechender Vorbehalt gemacht ist, nicht zulässig (RGE 104 S. 171).

d) Die einer telegraphischen Offerte beigefügte Bemerkung „Brief folgt“ wird meistens dahin zu verstehen sein, daß eine Ergänzung der Offerte angekündigt werde (RGE 105 S. 13).

¹⁹⁾ Ferner war der Offerent, wenn der Vertrag durch Widerruf verhindert wurde, dem Akzeptanten nach der wohl überwiegenden und m. E. richtigen Ansicht zum Ersatz des Schadens verpflichtet, den dieser dadurch, daß er auf die Offerte vertraute, erlitten hatte. Das entscheidende Prinzip ist unten § 159 Anm. 1 entwickelt. Die dort angeführten Streitfragen bestanden auch hier.

²⁰⁾ OLG 32 S. 354; 38 S. 200 (München), LeipzB 16 S. 1329 (Hamburg), RG LeipzB 22 S. 452 und die Entscheidungen in der folgenden Anmerkung, ferner die große Mehrzahl verschiedener Handels- und Gewerbelammern (28 gegen 2), an welche der Handelsbund eine hierauf bezügliche Anfrage gerichtet hatte. Im Ergebnis ebenso Staub, HGB S. 1138; Dernburg I § 129 Anm. 7; Starke, JurB 1920 S. 472; a. A. Pland u. Dertmann zu § 145, 3; Düringer-Hachenburg, HGB II S. 79.

²¹⁾ OLG 24, 14; 35, 307; 38, 200; RGE 102 S. 229f.; 103 S. 313, und die Mehrzahl der in voriger Anmerkung erwähnten Handelskammern.

2. Auch durch Tod oder eintretende Geschäftsunfähigkeit des Offerenten erlischt sie regelmäßig nicht, es sei denn nach den Umständen, insbesondere nach dem Inhalte der Offerte „ein anderer Wille des Antragenden“ anzunehmen, § 153²²⁾, z. B. beim Erbieten zur Unterrichtszerteilung oder bei Bestellung von offensichtlich nur für den persönlichen Gebrauch bestimmten Gegenständen²³⁾, oder wenn auch der abzuschließende Vertrag mit dem Tode endigen würde.

3. Ob sie durch den Tod des Adressaten erlösche oder eventuell als Offerte an den Erben gemeint sei, ist lediglich nach den Umständen, insbesondere nach ihrem Inhalte zu entscheiden, eine Vermutung darüber besteht nicht²⁴⁾.

4. Selbstverständlich führt aber die Ablehnung der Offerte deren Erlöschen herbei, auch wenn die Zeit, während deren sie sonst hätte angenommen werden können (oben II), noch nicht abgelaufen ist, § 146.

§ 153. Annahme*).

I. Die Annahmeerklärung ist wie die Offerte eine empfangsbedürftige Willenserklärung, wird also unter Anwesenden vollendet, wenn sie vernommen, unter Abwesenden, wenn sie zugegangen ist.

1. Das Gesagte erleidet indessen eine Einschränkung. Da nämlich der Offerent durch die Annahmeerklärung nur infolge seiner für diesen Fall abgegebenen Offerte gebunden wird, so ergibt sich, daß er die Erfordernisse der ihn bindenden Annahmeerklärung auch abweichend bestimmen kann. Er kann sie erschweren¹⁾, z. B. eine bestimmte Form oder die Abgabe an sich persönlich fordern; er kann sie erleichtern, z. B. bestimmen, daß die Niederlegung eines Briefes an einem bestimmten Orte oder das Aufziehen einer Fahne als eine genügende, ihm abgegebene Annahmeerklärung gelten solle²⁾.

2. Zwei solche vom Offerenten gewollte oder vermutlich gewollte Er-

²²⁾ Gemeint ist: es sei denn anzunehmen, daß der Antragende bei Voraussicht des Todes oder der Geschäftsunfähigkeit einen anderen Willen gehabt haben würde⁴⁾.

²³⁾ Hier muß man aber dem Bestimmungsempfänger einen Anspruch auf das negative Interesse geben, wenn er erst nach der Annahme und nachdem er mit der Herstellung begonnen hat, den Tod des Bestellers erfährt, vgl. Kuhlenbed, DJurZ 1915 S. 1142f.; a. A. Staudinger-Riezler zu § 153, 2b, Pland-Flad zu § 153, 2.

²⁴⁾ Eine Offerte über Alimentationsleistungen an ein uneheliches Kind (die dem Vertreter desselben gemacht ist) kann von den Erben des plötzlich verstorbenen Kindes nicht angenommen werden, OLG 4, S. 416.

¹⁾ Schmidt, Unbestellte Zusendungen, 1901; Wedemeyer, Abschluß durch Erfüllung- und Aneignungshandlungen, 1904; Ranigk, Willenserklärung S. 348ff.; Jacobsohn, DogmZ 56 S. 390ff.; Riezler, Venire contra factum proprium S. 115ff.

²⁾ Beispiel: RGE 92 S. 235.

³⁾ läßt die Handlung (z. B. das Aufziehen der Fahne) eine andere Deutung zu, so braucht sich natürlich der Empfänger der Offerte nicht gefallen zu lassen, daß sie ohne den Beweis, daß sie in dieser Absicht erfolgt sei, als Annahme gedeutet wird. Anders natürlich, wenn über die Art der Annahme eine Vereinbarung getroffen war.

leichterungen sind ihrer Bedeutung wegen besonders im Gesetze hervor-
gehoben:

a) Wenn der Offerent auf eine Annahmeerklärung verzichtet³⁾, z. B. sofortige Absendung der bestellten Ware oder sofortige Ausführung des gegebenen Auftrags verlangt hat, oder wenn nach der Verkehrs-
sitten eine Annahmeerklärung nicht zu erwarten ist, wie z. B. bei Bestellung eines Hotelzimmers oder bei Zusendung unbestellter Waren (Bücher) zu sofortigem Gebrauch oder Verbrauch⁴⁾, so ist der Vertrag nach § 151 bindend, sobald aus dem Verhalten des Gegners der Annahmewille hervorgeht⁵⁾, z. B. sobald er die bestellten Waren zur Post gegeben, die Ausführung des Auftrags begonnen, das bestellte Zimmer durch Abweisung eines anderen Gastes oder in anderer äußerlich hervortretender Weise bereitgestellt, die übersandten Waren (nicht nur zur Probe) angebrochen oder die Bücher aufgeschnitten hat⁶⁾. Daß der Offerent in der Lage sei, von dieser Annahmeerklärung Kunde zu erlangen, ist eben wegen seines (wirklichen oder vermuteten) Verzichts nicht erforderlich, und die Möglichkeit, daß der Annehmende die reale Wirkung seiner Handlung noch rückgängig machen, z. B. die abgesandte Ware von der Post zurückholen kann, steht der Vollendung des Vertrages nicht entgegen.

b) Wenn ein Vertrag in der Form gerichtlicher oder notarieller Beurkundung⁷⁾ geschlossen wird und zwar dergestalt, daß beide Parteien zu verschiedenen Zeiten, jede in Abwesenheit der anderen, ihre Erklärung vor Gericht oder Notar abgeben, so kommt der Vertrag, wenn nichts anderes be-

³⁾ Ein Verzicht im Rechtssinne liegt nicht vor; der Offerent hat nur erklärt, daß er seine Verpflichtung von leichteren als den normalen Annahmeerfordernissen abhängig mache.

⁴⁾ In diesem Falle liegt eine zweifache Offerte vor, nämlich zum Abschluß eines obligatorischen Kaufvertrages und eines dinglichen Übereignungsvertrages. Natürlich soll aber nach der Ansicht des Offerenten die letztere nicht ohne die erstere angenommen werden können.

⁵⁾ RG 84 S. 323; 90 S. 435; 102 S. 371f.; RG Warn. 1919 Nr. 131. Es handelt sich hier nicht um eine vermutete, geschweige denn um eine unwiderleglich vermutete Willenserklärung, wie manche anzunehmen scheinen; vielmehr muß der Annahmewille aus dem Verhalten geschlossen werden können, was sich aus den Worten „der Vertrag kommt durch die Annahme des Antrags zustande“ ergibt. Fehlt das Bewußtsein der Annahme, sind z. B. die unbestellt übersandten Waren in der irrigen Meinung, es seien eigene, in Gebrauch genommen, so liegt keine Annahme vor, und Anfechtung ist nicht erforderlich (Begründung und abweichende Ansichten oben § 136 II A 3). Natürlich muß aber, wenn die Handlung zunächst als Annahmehandlung erscheint, der Handelnde das Nichtvorliegen des Annahmewillens beweisen.

⁶⁾ Vgl. Wedemeyer a. a. O. S. 86ff., der freilich die Hotelzimmerbestellung erst dann als angenommen betrachtet will, wenn auf das Eintreffen des Gastes gerechnet und das Zimmer bereit gehalten wird. M. E. mit Unrecht; denn eine dem Gaste erkennbare Erklärung ist nicht erforderlich. Der Annahmewille des Hotelwirts aber kann schon früher, zumal im Fall der Abweisung anderer Gäste, hervorgetreten sein.

⁷⁾ Dasselbe gilt bei der landesrechtlich zulässigen (Art. 142) Beurkundung durch andere Behörden, RG 68 S. 394.

stimmt ist⁹⁾, bereits mit der Beurkundung der Annahmeerklärung zustande, ohne daß es eines Zugehens der Annahmeerklärung bedarf, § 152. Diese zweite Ausnahme beruht auf demselben Grundgedanken wie die erste. Auch hier ist das Zugehen der Erklärung deshalb nicht erforderlich, weil der Offerent — wofür die Vermutung spricht — die Beurkundung als genügende Erklärung an sich selber gelten lassen wollte⁹⁾.

Auch in den Fällen der §§ 151, 152 ist die Willenserklärung als empfangsbedürftig, d. h. als eine solche, „welche einem anderen abzugeben ist“, zu bezeichnen¹⁰⁾ (was freilich vielfach nicht geschieht); denn nach dem wirklichen oder vermuteten Willen des Offerenten soll die betreffende Handlung (z. B. die Absendung der Waren) die Abgabe der Willenserklärung an den Offerenten vertreten, und was als Erklärung an den Offerenten gelten soll, hat dieser in erster Linie selbst zu bestimmen. Alle die zahlreichen Bestimmungen über empfangsbedürftige Willenserklärungen beziehen sich also auf sie mit¹¹⁾, sie gilt, wenn die Voraussetzungen der §§ 151, 152 vorliegen, als dem anderen Teile gegenüber abgegeben.

II. Die Annahmeerklärung muß der Offerte entsprechen und, wenn diese einen Punkt der alleinigen Bestimmung des Annehmenden überlassen hat, diesen Punkt bestimmen. Modifizierte Annahme ist als Ablehnung des Antrages und (wenn die Modifikation bestimmt genug ist) als neuer Antrag des veränderten Inhalts aufzufassen, § 150 Abs. 2. Doch kann eine bloße Erweiterung unter Umständen dahin zu verstehen sein, daß der ursprüngliche Antrag angenommen und ein neuer, die Erweiterung enthaltender gestellt werde.

III. Der Vertrag wird bindend, wenn die Annahme rechtzeitig erfolgt, d. h. wenn die Annahmeerklärung vollendet wird, während die Offerte noch besteht¹²⁾.

1. Die verspätet eingehende Annahmeerklärung ist als Annahme unwirksam. Ist sie aber rechtzeitig abgesandt und mußte der Offerent dies erkennen, z. B. aus dem Poststempel oder aus der Zeitangabe über die Auf-

⁹⁾ Eine solche Bestimmung kann unter Umständen auch stillschweigend getroffen werden, RRG 76 S. 364 ff.

¹⁰⁾ Damit steht nicht in Widerspruch, daß die Vorschrift des § 152 auch gilt, wenn die Beurkundung gesetzlich vorgeschrieben ist, denn die Formvorschrift bezieht sich überhaupt nicht auf das Zugehen der Erklärung, steht also einem Verzicht auf das Zugehen nicht im Wege.

¹⁰⁾ Deshalb konnte auch oben § 137 gesagt werden, daß der Vertrag auch in den Fällen der §§ 151, 152 durch gegenseitige Willenserklärung abgeschlossen werde.

¹¹⁾ Wenn beispielsweise der § 122 bei empfangsbedürftigen Willenserklärungen, welche dem wahren Willen nicht entsprechen, uns deshalb nichtig oder durch Anfechtung nichtig geworden sind, dem Erklärungsgegner, bei nicht empfangsbedürftigen dagegen jedem Dritten einen Schadensersatzanspruch zuerkennt, so kann es gar keinem Zweifel unterliegen, daß bei Vertragserklärungen der Schadensersatzanspruch nur dem anderen Kontrahenten zustehen soll, mögen diese Verträge in der gewöhnlichen Weise oder nach §§ 151 und 152 abgeschlossen sein. Das gestehen auch im Grunde die Gegner zu, sie müssen aber dann von ihrem (wie ich glaube, unrichtigen) Standpunkte Ausnahmen unterstellen, die im Gesetze in keiner Weise angedeutet sind.

¹²⁾ Hierüber oben § 152, wo auch ein etwaiger Ausschluß der Gebundenheit des Offerenten besprochen ist.

gabe des Telegramms, so hat er die Verspätung dem Annehmenden unverzüglich, d. h. ohne schuldhafte Zögern, anzuzeigen¹³⁾, sofern das nicht schon früher geschehen ist. Verzögert er die „Absendung“ dieser Anzeige, so gilt die Annahme als nicht verspätet¹⁴⁾. Der Vertrag ist also in diesem Fall durch den Zugang der Annahme wirksam geworden, § 149¹⁵⁾. Hieraus ergibt sich, daß bei dem verspäteten Eingang der erkennbar rechtzeitig abgesandten Annahmeerklärung zunächst ein Schwebezustand entsteht, der erst durch die Anzeige oder deren Verzögerung (oder Unterlassung) entschieden wird.

2. Die verspätete Annahme gilt (wenn sie nicht ausnahmsweise als nicht verspätet behandelt wird) als neuer Antrag, § 150 Abs. 1¹⁶⁾.

IV. Eine Verpflichtung zur Annahme kann durch einen Vorvertrag begründet werden¹⁷⁾, d. h. durch einen Vertrag, durch den die Verpflichtung zum Abschluß eines anderen obligatorischen Vertrages (des Hauptvertrages) übernommen wird¹⁸⁾. Ist auch der Vorvertrag im BG nicht erwähnt, so ist doch an der Gültigkeit nicht zu zweifeln¹⁹⁾, wenn die Vertragserfordernisse vorliegen und der abzuschließende Hauptvertrag hinreichend genau bestimmt ist²⁰⁾.

Gefeslich²¹⁾ sind manche Gewerbetreibende und Verkehrsanstalten zum Abschluß ge-

¹³⁾ Die Anzeige ist eine Mitteilung, oben § 128 III 2b.

¹⁴⁾ Die Unverzügliche Absendung genügt, auch wenn die Anzeige verloren geht. Streitig ist die Beweislast. Mit Pland, Staub und der vorherrschenden Meinung ist anzunehmen, daß der das Zustandekommen des Vertrages auf Grund des § 149 behauptende Akzeptant die Voraussetzungen der Anzeigepflicht des Offerenten, dieser dann aber die Erfüllung der Pflicht zu beweisen hat.

¹⁵⁾ Lehrreiches Beispiel in RGZ 105 S. 256 ff.

¹⁶⁾ RGZ 103 S. 13 nimmt nach Treu und Glauben und Verkehrssitte stillschweigende Annahme dieses neuen Antrages an, wenn nicht alsbald das Gegenteil erklärt wird, der Vertrag gilt als in dem Zeitpunkt zustande gekommen, in dem der Gegner die ablehnende Antwort erwarten konnte.

¹⁷⁾ Auch ein Vermächtnis dieses Inhalts ist möglich.

¹⁸⁾ Regelsberger, Erörterungen I, 1868; Degenkolb, ZivR 71 S. 1 ff.; Thöl, Handelsrecht I § 246; Regelsberger in Endemanns Handb. d. Handelsr. II S. 411 ff.; Abler, Dogm 31 S. 190 ff.; Windscheid-Kipp II § 310; Stinping, Vorverpflichtung (1903); Breit, Gruchot § 5 S. 24 ff.

¹⁹⁾ Beispiele: RGZ 78 S. 387; 81 S. 135; 66 S. 120; RDHGE 9 S. 38; 17 S. 218.

²⁰⁾ Die besrittene Frage, ob, wenn für den Hauptvertrag gefeslich eine bestimmte Form vorgeschrieben ist, diese auch für den Vorvertrag erforderlich sei, ist wie nach gemeinem Recht nach dem Grunde und Zwecke der Formvorschrift zu beurteilen. Will das Recht ohne die Form eine Willensgebundenheit dieses Inhalts überhaupt nicht, so ist auch der Vorvertrag ohne die Form nichtig. Ist aber nur die durch den Hauptvertrag bezweckte besondere Gestaltung der beabsichtigten Rechtswirkung von der Form abhängig, so trifft die Formvorschrift nur den Hauptvertrag. Daher ist z. B. der formlose Vorvertrag, durch den eine Verpflichtung zum Verkauf eines Grundstücks übernommen wird, nichtig (§ 313), vgl. auch RGZ 53 S. 239; 67 S. 44; ferner SeuffA 58 S. 178; ebenso der formlose Vorvertrag über Eingehung einer Bürgschaftsverpflichtung, RGZ 76 S. 304; der formlose (kausale) Vorvertrag über Geben eines Schulbversprechens oder Schuldanerkenntnisses dagegen gültig; ebenso ein Vorvertrag über einen Grundstückskauf, wenn er nur den Käufer binden soll, RGZ 81 S. 134. Zu allgemein erklärt RGZ 106 S. 176, daß der Vorvertrag, stets der für den Hauptvertrag vorgeschriebenen Form bedürfe; gedacht ist aber wohl nur an Fälle der ersten Art.

²¹⁾ Vgl. Nipperdey, Kontrahierungszwang, 1920. Schon das röm. Recht kannte die Verpflichtung zur Einräumung eines Retiweges, L. 12 pr. D. de relig. 11, 7.

wisser gewerblicher Verträge verpflichtet, so die Posten und Telegraphen (ReichspostG v. 1871 § 3, ReichstelegraphenG v. 1892 § 5), die Eisenbahnen (HGB § 453)²²⁾, nach landesgesetzlichen oder polizeilichen Vorschriften auch Schlachthäuser, Apotheken, Droschken, Dienstmänner u. dgl.²³⁾ Ferner ist in Folge der durch Krieg und Revolution hervorgerufenen Not ein weitgehender Kontrahierungszwang zum Abschluß von Mietverträgen und Anstellung oder Wiederanstellung von Kriegsteilnehmern eingeführt.

Ein Kaufmann, dessen Gewerbebetrieb die Besorgung von Geschäften für andere mit sich bringt, muß solche Geschäfte betreffende Anträge von Personen, mit denen er in Geschäftsverbindung steht, unverzüglich beantworten. Sein Schweigen gilt als Annahme. Das gleiche gilt, wenn einem Kaufmann ein Antrag über Geschäftsbesorgung von jemand zugeht, dem gegenüber er sich zur Besorgung solcher Geschäfte erboten hat, HGB § 362.

Vgl. ferner BG § 663, darüber unten § 380 II 1, 2.

§ 154. Der Vertrag als Ganzes.

I. Wie das gemeine Recht, so fordert auch das BG zur Gültigkeit des Vertrages die Übereinstimmung des Antrags und der Annahme. Haben sich die Parteien über einen Punkt noch nicht geeinigt und sind sie sich dessen bewußt¹⁾, so ist der Vertrag noch nicht geschlossen. Das ist selbstverständlich, wenn der Punkt ein wesentlicher war; im Zweifel aber gilt es auch bei unwesentlichen Punkten, über die, sei es auch nur nach der Erklärung einer Partei, eine Vereinbarung getroffen werden sollte. Haben sich z. B. beim Abschluß eines Kaufes die Parteien zwar über Ware und Preis, aber noch nicht über die Tragung der Transportkosten geeinigt, über welche nach der Erklärung des einen oder beider Teile eine Einigung erfolgen sollte²⁾, so ist der Vertrag noch nicht geschlossen, § 154 Abs. 1.

Anderß natürlich, wenn erweislich die Parteien gleichwohl den Vertrag schon bindend abschließen wollten, indem sie vielleicht spätere gültliche Verständigung über jenen Nebepunkt erhofften.

Daß eine sog. Punktation, d. h. eine Aufzeichnung einzelner Punkte, über die man sich geeinigt hat, keine bindende Kraft hat, bevor über den ganzen Vertrag Einigung erzielt ist, wird in § 154 Abs. 1 S. 2 besonders hervorgehoben.

II. Glauben die Vertragsschließenden irrtümlich, daß sie sich geeinigt hätten, hat aber in Wahrheit der eine etwas anderes erklärt wie der andere (sog. verstedter Dissens), so ist der Vertrag nichtig³⁾. Indes leidet

²²⁾ Vgl. auch BerlG § 26, das den Verleger verpflichtet, dem Verfasser Exemplare des Werkes zum niedrigsten Preise des Verlagsgeschäfts abzulassen.

²³⁾ Wünschenswert wäre, daß mit jedem rechtlichen Monopol, sofern es sich um dringende Bedürfnisse handelt, ein Kontrahierungszwang verbunden wäre. Aber zu weit geht die Behauptung, daß dies ohne weiteres angenommen werden könne; vgl. insbesondere Biermann, DogmZ 32 S. 267 ff.

¹⁾ Glauben die Parteien irrtümlich, sie hätten sich geeinigt, so liegt ein Fall des sog. verstedten Dissenses vor (unten III), vgl. auch SeuffW 61 S. 130.

²⁾ Daß eine solche Erklärung abgegeben sei, muß natürlich derjenige beweisen, der es behauptet, DZGE 4 S. 211.

³⁾ Vgl. RG 58 S. 234 f. Aus Gründen der Billigkeit und Verkehrssicherheit ist aber ein Anspruch auf Ersatz des negativen Interesses anzunehmen, wenn das Mißverständnis von einer der Parteien (durch unklaren Ausbruch) verschuldet ist, RG 104 S. 266 ff. (bagegen Dertmann, ZivN n. F. 1 S. 122 u. Manigl, DogmZ 75 S. 189 ff.; dafür v. Tuhr, ZivN n. F. 1 S. 359).

dies eine Ausnahme, wenn anzunehmen ist, daß die Parteien den Vertrag auch ohne Einigung über diesen Punkt geschlossen haben würden, § 155⁴⁾. Bezüglich dieses Punktes müssen dann, soweit keine Einigung erzielt ist, die allgemeinen Rechtsregeln entscheiden⁵⁾.

Ist ein Landgut für 200000 Mk. verkauft, so daß die eine Hälfte des Kaufpreises bei der Auflassung, die andere nach 6 Monaten bezahlt werden sollte, und ist, ohne daß die Parteien sich dieser Meinungsverschiedenheit bewußt waren, die Verzinsung der gestundeten Hälfte vom Verkäufer verlangt, vom Käufer aber nicht zugesagt, so ist zunächst zu prüfen, ob den Umständen nach anzunehmen ist, daß die Parteien den Vertrag auch ohne Einigung über diesen Punkt geschlossen haben würden. Wird diese Frage bejaht, so ist der Vertrag ohne Zinspflicht gültig; denn nach § 452 braucht der Käufer den gestundeten Kaufpreis nicht zu verzinsen. War der Kaufpreis nicht gestundet, so sind 4% Zinsen zu zahlen oder, wenn die Meinungsverschiedenheit sich darauf beschränkte, ob 3% oder 3½% zu entrichten seien, 3½%, weil über eine soweit reichende Abweichung von dem gesetzlichen Zinssatze Einverständnis bestand.

Eine Nichtübereinstimmung kann sich bei zweideutigen Erklärungen trotz übereinstimmenden Wortlaut durch Auslegung (unten § 192) ergeben. Ebenso kann trotz verschiedenem Wortlaut Übereinstimmung vorliegen, wenn gleichwohl die Willen übereinstimmen⁶⁾.

III. Alles Gesagte bezog sich auf die Fälle, in denen die Erklärungen der Parteien nicht miteinander übereinstimmen. Sind dagegen die Erklärungen im Einklang und weicht nur der Wille einer Partei von ihrer Erklärung ab⁷⁾, so kommen die Regeln über die Nichtübereinstimmung von Wille und Erklärung, insbesondere über den sog. Geschäftszirkum zur Anwendung (unten §§ 155—159).

IV. Haben die Parteien den Vertrag schriftlich oder in der Form der Beurkundung geschlossen, so ist zu vermuten, daß sie sich lediglich auf den Inhalt dieser Urkunde geeinigt haben, mögen auch abweichende Veredungen dem Abschluß vorangegangen sein oder ihn begleitet haben⁸⁾.

Wird jedoch bewiesen, daß daneben noch mündliche Veredungen getroffen oder schon vorher getroffene aufrecht erhalten werden sollten, so sind diese vollgültig⁹⁾, es sei denn, daß die Form gesetzlich vorgeschrieben war (darüber oben § 145 III); sind sie aber bewußterweise noch nicht getroffen oder glauben die Parteien irrtümlich, sie hätten sich geeinigt, so kommen die Vorschriften der §§ 154, 155 zur Anwendung.

Ist vor Abschluß des Vertrages eine Form vereinbart, so ist nach § 125 S. 2 im Zweifel anzunehmen, daß der Vertrag erst mit Vollendung der Form geschlossen sein soll (oben § 148 III). Für die Verabredung der Beurkundung wird dies noch besonders hervorgehoben, § 154 Abs. 2.

V. Im Handelsverkehr wird das Ergebnis der Vertragsverhandlungen häufig (namentlich nach telephonischem oder telegraphischem Abschluß) durch

⁴⁾ Weniger fein erklärt Paulus, wenn eine Sache mit Akzession verkauft war und der Dissens sich auf die Akzession beschränkte, den Kauf stets für gültig, selbst wenn die Akzession mehr wert war als die Hauptsache: L. 34 pr. D. de contr. emt. 18, 1.

⁵⁾ So auch RGE 88 S. 377.

⁶⁾ Vgl. unten § 192f. und Ranigk, DogmZ 75 S. 221 ff.; RGE 105 S. 209.

⁷⁾ Unten § 157 I 1.

⁸⁾ Vgl. RGE 52 S. 26; 65 S. 49; 68 S. 15; 77 S. 405; RG. Warn. 1918 Nr. 50.

⁹⁾ RGE 68 S. 15; RG. JurB 1912 S. 237; 15 S. 507.

ein Bestätigungsschreiben zusammengefaßt. Nach Handelsbrauch (HGB § 346) gilt das Stillschweigen auf ein solches Bestätigungsschreiben als stillschweigende Genehmigung, auch wenn das Schreiben von den vorher vereinbarten Vereinbarungen abweicht¹⁰⁾. Anders jedoch, wenn die Abweichung auf Arglist beruht¹¹⁾ oder wenn sie nicht mit genügender Deutlichkeit hervorgetreten ist oder wenn das Stillschweigen aus anderen Gründen nicht als Genehmigung aufgefaßt werden konnte¹²⁾.

III. Fehlen des Willens und Willensmängel.*)

§ 155. 1. Bedeutung des Willens im allgemeinen.**)

I. Gemeines Recht.

1. Die Frage, ob das Rechtsgeschäft zu seiner Gültigkeit außer der Willenserklärung auch einen dieser Erklärung entsprechenden (also auf die als gewollt bezeichneten Rechtswirkungen gerichteten) inneren Willen erfordere oder ob es allgemein oder doch in gewissen Fällen auch ohne diesen Willen vollwirksam sei, ist nicht eine Frage der Logik, sondern der Geschichte und ist deshalb auch zu verschiedenen Zeiten verschieden beantwortet worden. Das am sinnlich Wahrnehmbaren haftende, von Formalismus beherrschte ältere römische Recht hielt durchweg die (formelle) Erklärung für genügend¹⁾. Das klassische und neuere röm. Recht dagegen in seinem Streben, die mannigfachen Lebensbedürfnisse in möglichst leichter und vollkommener Weise zu befriedigen, mußte notwendig dem wahren Willen, der die Rechtsverhältnisse zu gestalten strebt, eine größere Bedeutung für die Gültigkeit und den Inhalt der Rechtsgeschäfte beimessen.

2. Wieweit es freilich in der Berücksichtigung des Willens gehe, ist bestritten. Die wohl als vorherrschend zu bezeichnende Willenstheorie hält außer der Erklärung wenigstens regelmäßig auch den Willen für erforderlich (meist unter Anerkennung von Ausnahmen²⁾). Die sog. Erklärungs-

¹⁰⁾ RGZ 54 S. 180f.; 58 S. 69; 95 S. 50f.; 103 S. 405; RG Warn. 1919 Nr. 50; 1920 Nr. 5 u. 36. Unter Umständen kann eine solche Annahme auch unter Nichtausfleuten gerechtfertigt sein, RG Leipz 1920 S. 755.

¹¹⁾ RGZ 95 S. 50f.

¹²⁾ Würtz 29 S. 189; RGZ 97 S. 195; RGZ 103 S. 98.

* Ein verbreiteter, aber inkorrekter Sprachgebrauch, der sich auf § 166 Abs. 1 stützt, spricht auch dann, wenn der Wille fehlt, von Willensmängeln, faßt also unter dieser Bezeichnung alle in den §§ 116—124 BGB behandelten Fälle, ferner auch den Irrtum im Motiv, wenn er ausnahmsweise beachtet wird (§ 2078), und wohl auch den verdeckten Dissens zusammen.

** Literatur oben zu § 136.

¹⁾ Vgl. besonders Thering, Geist des RR II §§ 44ff.

²⁾ Ausführlich begründet von Savigny a. a. O., verteidigt namentlich von Windscheid, Wille und Willenserklärung, 1878; Zitelmann, Dogm 16 S. 357ff.; und mit Anerkennung von durch die Verkehrssicherheit geforderten Ausnahmen von Enneccerus, Rechtsgeschäft S. 67—139. Anhänger sind ferner Buchta, Dagerow, Sinteris, Keller, Arndts, Unger, Brinz, Wächter, Rommjen, Bruns, Dern-

theorie dagegen behauptet, es komme nur auf die Erklärung an, wie sie verstanden wurde und den Umständen nach verstanden werden durfte. Das Recht führe eine dieser Erklärung entsprechende Wirkung herbei, einerlei ob sie gewollt sei oder nicht. Freilich wird diese Erklärungstheorie nur von Wenigen für alle Geschäfte aufgestellt; die meisten Anhänger beschränken sie auf die Geschäfte unter Lebenden³⁾ oder wollen die Erklärung nur dann entscheiden lassen, wenn die Abweichung vom wahren Willen vorsätzlich oder durch grobes Verschulden veranlaßt war.

3. Die Frage kann nur aus den Quellen beantwortet werden⁴⁾. Die Quellen des röm. Rechts aber stehen unzweifelhaft grundsätzlich auf dem Boden der Willenstheorie.

Das beweisen nicht nur die zahllosen, den verschiedensten Gebieten des Privatrechts angehörenden allgemeinen Aussprüche, welche den Willen, die Absicht, den consensus usw. als Erfordernis von einseitigen Geschäften und Verträgen aufstellen⁵⁾, sondern vorzüglich die praktischen Entscheidungen, in denen ein Rechtsgeschäft trotz Vorhandenseins einer deutlichen Erklärung wegen des abweichenden Willens für nichtig erklärt wird⁶⁾, ferner die scharfe Hervorhebung, daß ein Vertrag trotz übereinstimmender Erklärung nichtig sei, wenn die Willensmeinung der Kontrahenten nicht übereinstimme⁷⁾, sowie endlich die starke Betonung des Grundsatzes, daß eine Erklärung ohne den entsprechenden Willen keine wirksame Erklärung sei⁸⁾. Die Erklärungstheorie findet dagegen keinen Anhalt in den Quellen des röm. Rechts⁹⁾.

burg, Scheiff, Eisele, Goudsmit, Opzomer, Manigt u. a. Allmählich hat sich eine Annäherung der Ansichten vollzogen, so daß die Vertreter einer Ausnahmen zulassenden Willenstheorie und einer gleichfalls nicht allgemein geltenden Erklärungstheorie praktisch nicht allzuweit mehr auseinandergehen.

¹⁾ Bekker, KritW 3 S. 194, 22 S. 51 ff., 54 ff.; Hasenöhrl, Oesterr. Obligationenr. 1 S. 534; Bähr, Dogm. § 14 S. 401 ff.

²⁾ Dies verkennt die Verteidigung der Erklärungstheorie von Bülow, Geständnisrecht, 1899 S. 105 ff. (zutreffend dagegen Traeger in Gruchot 45 S. 166 ff.); Saty, Willenserklärung, 1899 S. 14, mißt sogar ausdrücklich einer nur aus den Quellen begründeten Ansicht wenig Beachtung bei.

³⁾ Eine leicht zu vermehrende Zusammenstellung bei Enneccerus, Rechtsgeschäft S. 117 ff.

⁴⁾ L. 9 pr. D. de her. inst. 28, 5: Die Erbeinsetzung des frater ist nichtig, wenn der patronus gemeint war, quia voluntate deficitur; § 23 I. de inut. stip. 3, 19: Die auf Stichus gerichtete Stipulation ist nichtig, wenn der Promissor an Pamphilus dachte, von dem er annahm, er heiße Stichus; L. 10 C. de donat. 8, 53: Die Schenkungsurkunde, welche auf ein vom Schenker nicht gemeintes Grundstück lautet, ist nichtig, „majores veritate rei quam scriptura vires obtinente“; L. 2 C. de emancip. lib. 8, 48: „non tam scriptura quam veritas considerari oportet“; vgl. auch L. 1 und 2 pr. D. de jud. 5, 1; L. 15 D. de jurisd. 2, 1, ferner L. 34 pr. D. de poss. 41, 2: „Si me in vacuum possessionem fundi Cornelianis miseris, ego putarem me in fundum Sempronianum missum et in Cornelianum iero non adquiram possessionem.“

⁵⁾ L. 83 § 5 D. de verb. obl. (45 1): Si Stichum stipulatus de alio sentiam, tu de alio, nihil actum erit; L. 137 § 1 D. de verb. obl. (45, 1): Si hominem stipulatus sim, et ego de alio sensero, tu de alio, nihil acti erit; L. 9 pr. D. de contr. emt. (18, 1): Si ego me fundum emere putarem Cornelianum, tu mihi te vendere Sempronianum putasti, quia in corpore dissensimus, emptio nulla est; L. 32 D. de reb. cred. (12, 1): Ein Darlehen ist nichtig, wenn der Schuldner über die Person des Darlehensgebers irrt.

⁶⁾ L. 3 D. de reb. dub. 34, 5: Qui aliud dicit quam vult, neque ita dicit quod vox significat, quia non vult, neque id quod vult, quia id non loquitur, vgl. auch L. 125 D. de verb. sign. 50, 16.

⁷⁾ Die Vertreter der Erklärungstheorie betrafen sich in der Regel nur auf L. 25 § 1

4. Auch aus dem Gesichtspunkte der praktischen Brauchbarkeit ist die Willenstheorie als Regel vorzuziehen. Die Macht des Menschen, seine Verhältnisse durch seinen Willen zu ordnen, ist dann am vollkommensten, wenn sein Wille, nicht aber die irrtümlich vom Willen abweichende Erklärung entscheidet. Wird die Erklärung auch ohne den entsprechenden Willen für genügend gehalten, so ist bei allen den Geschäften, bei denen Wille und Erklärung auseinandergehen, der Zusammenhang des Geschäfts mit den Lebensverhältnissen, die durch das Geschäft geordnet werden sollten, zerrissen; ein Zungenfehler, eine momentane Zerstretheit oder ein infolge eines Irrtums falsch gewählter Ausdruck hat vielleicht den Ruin einer Familie zur Folge. Die Erklärungstheorie als Regel ist im höheren Sinne nicht zweckmäßig, sondern zweckwidrig¹⁰).

5. Auch die gemeinrechtliche Praxis huldigt vorwiegend der Willenstheorie; namentlich hat sich das Reichsgericht mit Entschiedenheit für sie ausgesprochen (RG 28 S. 18).

6. Als Regel ist demnach anzuerkennen, daß ein Rechtsgeschäft ohne einen der Erklärung entsprechenden inneren Willen nichtig ist. Die starre Durchführung dieser Regel aber würde namentlich bei Verkehrsgeschäften für den Gegner Härten mit sich bringen, die durch Ausnahmen vermieden oder durch Entschädigungsansprüche ausgeglichen werden müssen¹¹). Schon nach gemeinem Recht ist daher das Geschäft trotz fehlenden Willens für gültig zu halten: im Falle des geheimen Vorbehalts, in gewissen Fällen der Bevollmächtigung (Anstellung in einem Handelslokal) sowie bei Irrtum über Neben-

D. de leg. III: Cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio; allein der Jurist will hier nur eine praktische Direktive für die Auslegung geben: „Wenn kein zweideutiger Ausdruck vorkommt, soll man nicht zweifeln, ob der Testator das Gesagte auch gewollt habe.“ Das aber, wenn der Beweis entgegengesetzten Willens erbracht werden kann, dieser beachtet werden muß, sagt direkt L. 69 pr. eod.: „Non aliter a significatione verborum recedi oportet, quam cum manifestum est, aliud sensisse testatorem“. Außerdem wird es durch die sämtlichen Stellen der Note 6 erwiesen. Hartmann hat für die Erklärungstheorie noch L. 10 § 1 D. de V. O. 45, 1 herangezogen. Allein diese Stelle spricht nicht, wie Hartmann irrig annimmt, von einem Irrtum über die Identität, vielmehr ist, wie der Wortlaut klar ergibt, der Wille und die Erklärung beider Parteien nicht auf bestimmte Kleider des Promittenten, sondern auf alles das, was von den Kleidern des Promittenten Frauenkleid ist, gerichtet „vestem tuam, quaecunq; muliebris est“. Der Irrtum ist also nur ein Irrtum im Motiv. Näheres bei Enneccerus, Rechtsgeschäft S. 135 ff.; vgl. auch unten § 157 Anm. 3.

¹⁰) Näheres hierüber bei Enneccerus, Rechtsgeschäft S. 76 ff.

¹¹) Diese umfangreiche, schwierige und zweifelhafte Frage kann aber nicht mit Hartmann (Dogm. 20 S. 1 ff.) der Entscheidung des Richters im Einzelfalle überlassen werden; vielmehr sind bestimmte Regeln erforderlich. — Regelsberger I §§ 140 ff. will die Erklärung bei „Verkehrsgeschäften“ für bindend halten, wenn die Abweichung vom Willen verschuldet war. Ich kann selbst in einem verschuldeten Schreibfehler keinen genügenden Grund finden, den Erklärenden bei seiner ihn vielleicht ruinierenden Erklärung festzuhalten, glaube vielmehr, daß auch dieses Verschulden eine weitere Folge als die — ohnehin eintretende — Verpflichtung zur Schadloshaltung des Gegners nicht haben darf. Auch wenn die Umstände sich inzwischen zu ungunsten des Gegners verändert haben, werden dessen berechnete Interessen durch Gewährung des Erfüllungsanspruchs ausreichend berücksichtigt.

punkte; ferner ist, wenn jemand durch Abgabe einer Vertragserklärung dem Gegner das Vertrauen auf deren Gültigkeit erweckt hat, das Geschäft zwar nicht gültig, aber ein Anspruch auf Ersatz des Schadens begründet, der ohne das Vertrauen auf die Erklärung nicht eingetreten sein würde¹²⁾.

II. Das Bürgerliche Gesetzbuch.

Auch das BG huldigt weder einer ausnahmslosen Willens- noch einer ausnahmslosen Erklärungstheorie¹³⁾; ja die II. Kommission war einverstanden „weder zu der einen noch zu der anderen positiv Stellung zu nehmen“ (Prot. I S. 94). Welches Prinzip aber überwiege, ist nicht unbestritten, namentlich infolge der Vorschriften über irrtümlich ohne entsprechenden Willen abgegebene Willenserklärungen. Eine solche Erklärung ist nämlich vorläufig gültig, jedoch wenn das Fehlen oder die Abweichung des Willens sich auf einen wesentlichen Punkt bezog, anfechtbar, § 119 (vgl. auch §§ 120, 1332, 1333, 2078 Abs. 1, 2281). Wird sie aber rechtzeitig angefochten, so wird sie als von Anfang an nichtig behandelt, § 142 Abs. 1; die Anfechtbarkeit ist also in Wahrheit eine von dem Willen des Anfechtungsberechtigten abhängige Nichtigkeit.

Nun kann man sich für die Erklärungstheorie auf die vorläufige Gültigkeit berufen, für das Willensprinzip dagegen auf die definitive Nichtigkeit, die nur dann nicht eintritt, wenn es sich um unwesentliche Differenzen zwischen Wille und Erklärung handelt oder wenn der Erklärende seine Rechte nicht wahrnimmt. Die letztere Auffassung aber trifft das Wesen der Sache besser und ist zugleich mit dem Grundgedanken besser in Einklang, daß die Rechtsgeschäfte dem Menschen gegeben sind als Mittel, seine Verhältnisse seinen Bedürfnissen und Mitteln gemäß durch den eigenen Willen (nicht bloß durch Erklärungen, die vielleicht weit von dem als wünschenswert Erkannten abweichen) zu gestalten¹⁴⁾.

Auch einige andere Vorschriften des BG erscheinen als Konsequenzen des Willensprinzips. Ihm entsprechend erklärt das Gesetz die nicht ernstliche Willenserklärung, auch wenn sie der Absicht der Erklärenden zuwider für ernst gehalten wurde, für nichtig, § 118¹⁵⁾. Ferner ist die allgemein aus-

¹²⁾ Vgl. Enneccerus, Rechtsgeschäft S. 95ff.; jedoch auch unten § 159 Anm. 1.

¹³⁾ Ebenso sieht das Schweizerische BGB weder auf dem Standpunkt eines ausnahmslosen Willensdogmas noch auf dem einer ausnahmslosen Erklärungstheorie, Smür, Komm. z. Schweiz. BGB VI 9 bei 7; v. Tuhr, Allg. Teild. Schweiz. Obligationenr. S. 250f.

¹⁴⁾ Auch die Mehrzahl der Schriftsteller hat sich mehr im Sinne einer (nicht ausnahmslosen) Willensstheorie ausgesprochen, z. B. Dernburg, Rehbein, Crome, Dertmann, Manigk, Riezler, Rosenberger u. a. A. namentlich Cosad, Binder, Jsh, Fr. Leonhard, Danz. Daß die dogmatische Darstellung trotz des Vorwiegens der Willensstheorie im BG von der zunächst eintretenden Gültigkeit des Geschäfts ausgehen muß, den Willen also nicht zu den Erfordernissen des Geschäftsabschlusses zählen darf, ist oben § 140 dargelegt.

¹⁵⁾ Auch das simulierte Geschäft ist nichtig (§ 117). Doch läßt sich dies auch mit der

gesprochene, also der Erklärung gemäß sich auf alle Verfassungsgründe beziehende Erbschaftsannahme nichtig, wenn der Annehmende über den Verfassungsgrund im Irrtum war, § 1949.

Abweichend vom Willensprinzip erklärt aber natürlich auch das BG im Falle des geheimen Vorbehalts die Erklärung nicht für ungültig, § 116; und ferner schließt es bei einer auf Irrtum beruhenden Differenz von Wille und Erklärung, wenn sich die Differenz auf unwesentliche Punkte beschränkt, die Anfechtung aus (wie das gemeine Recht die Nichtigkeit¹⁰). Auch entsteht wenn das Geschäft wegen Nichternstlichkeit der Willenserklärung nichtig ist oder wegen Irrtums angefochten wird, bei Geschäften unter Lebenden (nicht aber bei letztwilligen Zuwendungen) eine Entschädigungspflicht (§ 122, vgl. § 2078 Abs. 3); doch ist in dieser Vorschrift keine Abweichung vom Willensprinzip zu erkennen, da das Geschäft gleichwohl nichtig ist.

Fassen wir das Gesagte zusammen, so läßt sich sagen: Im BG herrscht eine durch die Berücksichtigung der Interessen des Gegners und der Verkehrssicherheit stark eingeschränkte Willenstheorie. Freilich hat diese theoretische Stellungnahme für die Frage, wie weit das Fehlen des Willens die Gültigkeit des Geschäftes ausschließt, nur geringen Wert, da die einzelnen Fälle mit ausreichender Sicherheit im Gesetze entschieden sind. Als praktisch bedeutsam aber wird sie sich in der Lehre von der Auslegung der Willenserklärungen erweisen, weil hier das BG den wirklichen Willen grundsätzlich als maßgebend anerkennt, soweit er einen, wenn auch nur unvollkommenen Ausdruck gefunden hat (unten § 192).

§ 156. 2. Bewußtes Fehlen des Willens.*

Die Willenserklärungen, die in dem Bewußtsein, daß ein entsprechender Wille fehlt, abgegeben sind, werden vom BG verschieden behandelt, je nachdem es sich um nicht ernstliche, simulierte oder unter geheimem Vorbehalt gegebene Erklärungen handelt.

1. Die nichternstliche Willenserklärung ist nichtig, wenn sie in der Erwartung abgegeben wird, die Nichternstlichkeit werde erkannt werden, § 118, unter dieser Voraussetzung z. B. ein Versprechen im Scherz oder aus Prahlerei¹¹. Sie ist nichtig, auch wenn sie für ernstlich

Erklärungstheorie vereinigen, weil hier infolge des Einverständnisses der Gegenpartei genau genommen auch keine Erklärung vorliegt. Die nichternstliche Willenserklärung dagegen ist eine Willenserklärung; denn sie wird mit dem Bewußtsein, daß sie als Erklärung aufgefaßt werden kann, gegeben, und mehr als dieses Bewußtsein ist nicht zu verlangen, Erklärungswille ist nicht erforderlich, vgl. darüber auch oben § 136 Anm. 10.

¹⁰) Abweichungen vom Willensprinzip finden sich auch in der Vollmachtslehre.

*) Literaturnachweisungen oben zu § 136.

¹¹) Auch Erklärungen im Lehrvortrag oder Theaterspiel werden hier nicht selten angeführt. Mit Unrecht, da überhaupt keine Willenserklärung vorliegt, oben § 136.

gehalten, also z. B. das im Scherz gegebene Versprechen für ernst genommen wurde²⁾. Jedoch entsteht dann unter Umständen ein Anspruch auf Ersatz des sog. negativen Interesses, worüber unten § 159 zu handeln sein wird. Ist die nicht ernstliche Willenserklärung abgegeben, um zu täuschen, sollte sie also für ernst gehalten werden, so fällt sie unter den Begriff des geheimen Vorbehalts (unten 3 a).

2. Auch die simulierte oder Scheinerklärung³⁾ ist nichtig, d. h. eine Willenserklärung, welche einem anderen abzugeben ist⁴⁾ und mit dessen Einverständnis (in der Regel um Dritte zu täuschen) nur zum Schein⁵⁾ abgegeben wird, § 117.

a) Eine Ausnahme aber gilt für die simulierte Eheschließung; die in der gehörigen Form geschlossene Ehe ist vollgültig, auch wenn sie im Einverständnis beider Teile nur zum Schein eingegangen ist,⁶⁾ denn sie ist weder nichtig noch anfechtbar (§§ 1323, 1330).

b) Unter dem simulierten Geschäft kann ein anderes verborgen sein, z. B. unter dem Scheinkauf eine Schenkung oder unter dem Scheinverkauf zu hohem Preise ein wirklicher Verkauf zu niedrigerem Preise. Ob dieses „verdeckte“ Geschäft gültig sei, hängt davon ab, ob es allen Erfordernissen genügt, insbesondere ob die Form gewahrt und ob es nicht etwa verboten oder unsittlich ist⁷⁾.

²⁾ Daß die Nichternstlichkeit erkennbar oder bei empfangsbedürftigen Willenserklärungen für den Gegner erkennbar war, wird im Gesetz nicht gefordert und darf nicht hineingetragen werden; so auch die herrschende Meinung (vgl. insbesondere Breit S. 149 und die Protokolle I S. 99). Ebenjowenig fordert das Gesetz, daß die Erwartung gerechtfertigt war. Nur wird das Vorhandensein grundloser Erwartungen meist nicht bewiesen werden können.

³⁾ Savigny III § 132; Bartsch, J. d. Sav. St. Rom Abt. 42 S. 221 ff.; Köhler, DogmZ 16 S. 91 ff., 325 ff.; 28 S. 166; JivA 80 S. 143 Anm. 1; Kiehl, Gruchot 63 S. 558 ff.

⁴⁾ Simulation ist also nur bei empfangsbedürftigen Willenserklärungen denkbar, Grueber, SeuffBl. 63 S. 449. Auf Willenserklärungen, die an eine Behörde abzugeben sind, z. B. eine Erbschaftsausschlagung, ist demnach § 117 nicht anzuwenden, vielmehr sind sie nach § 116 gültig. Selbst das Einverständnis dritter Interessenten kann daran nichts ändern: ebensowenig das Mitwissen der Behörde, vgl. Ripp bei Windscheid zu § 75, 3. Ist die Erklärung „einem anderen oder einer Behörde“ abzugeben, so ist sie empfangsbedürftig und, das Einverständnis des anderen vorausgesetzt, als Scheinerklärung auch dann nichtig, wenn sie tatsächlich an die (nicht um die Scheinabsicht wissende) Behörde abgegeben wird. Über Erklärungen, die zusammen mit behördlichen Akten wirken, im Texte unter c.

⁵⁾ Das Einverständnis über die Unwahrheit von in dem Geschäft enthaltenen Angaben macht aber das Geschäft nicht zum Scheingeschäft, wenn gleichwohl die als gewollt bezeichnete Rechtswirkung auch wirklich gewollt wurde, RGE 60 S. 21 ff.

⁶⁾ v. Tuhr II 1 S. 564 hält auch simulierte Adoptionen, Eheverträge und Vereinsgründungen für vollgültig, weil die Simulation ihrem Wesen nach nur eine antizipierte Wiederaufhebung der Vertragswirkungen sei (?), die Wirkungen dieser Geschäfte aber nicht formlos wieder aufgehoben werden können. Dagegen mit Recht die herrschende Meinung, vgl. auch RGE 29 S. 132; RG LeipZ 1918 S. 394; DLGE 18 S. 282 f. (RG); SeuffA 60 S. 132 (Hamburg).

⁷⁾ Der Erwerb durch eine vorgeschobene Person (den sog. Strohmänn) ist an sich kein Scheingeschäft; denn der Strohmänn soll wirklich erwerben, das Erworbene aber nur

c) Die Vorschrift, daß die simulierte Erklärung nichtig sei, ist eine ganz allgemeine, gilt also auch für Willenserklärungen, die nur mit behördlichen Akten zusammen eine Rechtswirkung hervorrufen, z. B. erwirbt der auf Grund einer simulierten Einigung als Eigentümer Eingetragene kein Eigentum⁹⁾. Sind aber an einen behördlichen Akt für sich allein Rechtswirkungen geknüpft, so treten sie ein, auch wenn der Akt durch simulierte Erklärungen veranlaßt wurde. (Ein Urteil ist gültig, auch wenn die Parteien nur zum Scheine miteinander prozessiert haben¹⁰⁾); die Eintragung als Eigentümer begründet eine Eigentumsvermutung, auch wenn die Einigung simuliert war.)

d) Hat ein Dritter im Vertrauen auf die Gültigkeit des simulierten Geschäfts Rechte erworben (hat z. B. A von B durch simuliertes Geschäft eine Sache erworben und auf Grund des scheinbar erworbenen Rechts dem gutgläubigen C wieder Rechte eingeräumt), so halten nach gemeinem Recht einige das Geschäft diesem gutgläubigen Dritten gegenüber für gültig¹⁰⁾. Das BG hat das nicht angenommen, jedoch den gutgläubigen Dritten in den meisten und wichtigsten Fällen auf andere Weise geschützt, so namentlich durch die Begünstigungen gutgläubiger Erwerber (oben § 132) sowie die Vorschriften über Vollmachtsurkunden (§ 172) und über Zession von nicht bestehenden Forderungen, für welche eine Schuldburkunde zum Schein ausgestellt ist (§ 405). Auch ist für den Dritten, wenn die Schadenszufügung vorsätzlich war, ein Schadenersatzanspruch nach § 826 (bei strafrechtlichem Betrage auch nach § 823 Abs. 2) begründet¹¹⁾.

3. Eine Willenserklärung ist aber „nicht deshalb nichtig, weil der Erklärende sich insgeheim vorbehält, das Erklärte (d. h. die als gewollt bezeichneten Rechtswirkungen) nicht zu wollen“, § 116 S. 1. Vielmehr wird wie schon nach gem. Recht der geheime Vorbehalt¹²⁾ (Mentalreservation) nicht beachtet, weil es aller Treue widerspräche, sich darauf zu berufen¹³⁾.

a) Das Gesagte gilt nicht nur von empfangsbedürftigen, sondern auch von nichtempfangsbedürftigen Willenserklärungen. Unter den Begriff des geheimen Vorbehalts fällt auch die im Scherz abgegebene Erklärung, wenn sie in der Absicht abgegeben wird, daß der andere sie für ernst halte (der sog. böse Scherz). Denn ein unsittliches Motiv wird in der Vorschrift des

als seinem Hintermann gehörig betrachten. Läßt z. B. der Ehemann mit seinem Gelde seine Frau als vorgeschobene Person Wertpapiere erwerben, so ist der Kauf wie die Übergabe an die Ehefrau gültig, diese aber zur Herausgabe an den Ehemann verpflichtet. Ist jedoch der andere Kontrahent einverstanden, daß nicht dem Strohmann, sondern dem Hintermann erworben werden soll, so ist der Erwerb des Strohmanns simuliert und nichtig, dem Hintermann wird aber durch den Strohmann als Stellvertreter erworben, wenn die Erfordernisse dieses „verdeckten“ Geschäfts vorliegen, vgl. RGE 69 S. 45ff. Anders natürlich, wenn der von den Parteien erstrebte Enderfolg durch das Geschäft mit dem Strohmann gar nicht erreicht werden konnte, z. B. wenn dem Strohmann aufgelassen ist RWBart 1919 Nr. 47. Über den Strohmann als Geschäftsinhaber RGE 84 S. 305.

⁹⁾ Ebenso ist der gerichtlich bestätigte simulierte Adoptionsvertrag nichtig, SeuffA 60 S. 130.

¹⁰⁾ Über die sehr bedeutliche Entscheidung RGE 36 S. 249 vgl. Sintonis, J. f. d. Zivilpr. 30 S. 358, und Staudinger-Riezler § 117 II 5.

¹¹⁾ Dernburg, F. § 100; Kohler a. a. O. S. 128; Hartmann, DogmZ 20 S. 3ff. Auch ich hatte mich dieser Ansicht angeschlossen (Rechtsgeschäft S. 99—101), kann sie jedoch auch für das gemeine Recht nicht mehr aufrecht erhalten.

¹²⁾ Vgl. auch Riehl, Bruchot 63 S. 558ff.

¹³⁾ v. Pestalozza, Begr. d. Mentalreservation, 1914; ten Hompel, Verständigungs-zweck im Recht, 1908; Hölder, DogmZ 55 S. 416ff.; Henle, Vorstellungs- u. Willens-theorie S. 39ff., 474ff.; Tise, Mißverständnis S. 39ff.

¹⁴⁾ Die unter einem offenen Vorbehalt gegebene Erklärung ist natürlich nichtig; vgl. RGE 78 S. 376, wo die Analogie des § 116 S. 2 herbeigezogen wird.

§ 116 nicht gefordert, sondern nur der geheime Vorbehalt, das Erklärte nicht zu wollen.

b) Kennt aber bei einer empfangsbedürftigen Willenserklärung der andere Teil den (vermeintlich) geheimen Vorbehalt, so ist die Erklärung nichtig, § 116 Satz 2. Dieser Fall ähnelt der Simulation darin, daß beide Parteien wissen, daß das Erklärte nicht gewollt ist. Nur sind sie hierüber nicht im Einverständnis. Eine Ausnahme bildet die Eheschließung; denn sie ist trotz eines dem anderen Teile bekannten geheimen Vorbehalts gültig (§ 1323).

3. Unbewusste Nichtübereinstimmung von Wille und Erklärung (Geschäftsirrtum).*)

§ 157. Anfechtbarkeit wegen Geschäftsirrtums.

Während in den Fällen bewusster Nichtübereinstimmung von Wille und Erklärung das BG, wie wir gesehen haben, das Rechtsgeschäft ganz entsprechend dem gemeinen Recht mit Ausnahme des Falles der Mentalreservation für nichtig erklärt, läßt es in den Fällen der unbewussten Nichtübereinstimmung nur eine schwebende Nichtigkeit eintreten, welche von dem Willen des Irrenden und von einer rechtzeitigen Erklärung dieses Willens abhängt. Diese schwebende, von der rechtzeitigen Erklärung, daß das Geschäft nicht gelten solle, abhängige Nichtigkeit nennt das BG Anfechtbarkeit.

I. Der Irrtum, der eine Nichtübereinstimmung von Wille und Erklärung herbeiführt, wurde von Savigny wenig zutreffend „unechter Irrtum“ genannt, heute bezeichnen wir ihn als „Irrtum in der Erklärung“ (Erklärungsirrtum) oder „Geschäftsirrtum“. Der Erklärungsirrtum ist streng vom „Irrtum im Beweggrunde“ (unten § 165) zu unterscheiden. Der letztere beeinflusst den Willen, führt also zu einem Entschlusse, der ohne den Irrtum nicht oder nicht so gefaßt wäre. Mit diesem Entschlusse aber stimmt die Erklärung (wenn nicht etwa außerdem noch ein Erklärungsirrtum vorliegt) überein¹⁾.

*) Savigny, 3 §§ 135—139; Bittelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft, 1879; Leonhard, Der Irrtum bei wichtigen Verträgen, 1883, 2. Aufl. 1907; darüber und dagegen Regelsberger, Z. f. RW 29 S. 308ff.; Rht, Der Irrtum bei Rechtsgeschäften, 1885; Pininski, Tatbestand des Besitzerwerbes II S. 402ff.; Regelsberger I § 142; Fersche, Die Irrtumslehre des österr. Privatrechts, 1891; Bähr, Über Irrungen im Kontrahieren, 1895; Venel, DogmZ 44 S. 1ff.; Grabenwiz, Anfechtung und Recht beim Irrtum, 1902; Schloßmann, Irrtum über wesentliche Eigenschaften, 1903; Wedemeyer, Auslegung und Irrtum in ihrem Zusammenhange, 1903; Hausmann, Der Irrtum, 1907; Leist, ZivA 102 S. 215ff.; Jacobsen, DogmZ 56 S. 329ff.; Böh, daselbst S. 412ff.; Tise, Mißverständnis, 1910; Jacobi, Theorie der Willenserklärungen (1910) S. 31ff., 58ff.; Ebbede, Recht 1911 S. 740; Henle, Irrtum über Rechtsfolgen, 1911; Glad in Gruchot 61 S. 1; Maniak, Irrtum und Auslegung, 1918; Dertmann, ZivA 117 S. 275; v. Tuhr, LeipZ 1918 S. 126; Gottschalk, Ved. d. Irrtums, 1917—1919; derselbe, Gruchot 64 S. 393, ZivA 118 S. 399, Gruchot 65 S. 10; Jacobi, DogmZ 70 S. 110; Dertmann, Geschäftsgrundlage (1921) S. 50ff.; Locher, ZivA 121 S. 1ff.; Rhode, ZivA 124 S. 257ff.

¹⁾ Ein Irrtum im Motiv ist z. B. der Fehler bei der Berechnung des Preises (Preisalkulation), durch den der Verkäufer zur Stellung eines zu niedrigen Preises benogen wurde, RGE 55 S. 370f.; 64 S. 268; SenffA 62 S. 308; DLGE 13 S. 324. Hat aber

Das Geschäft ist also regelmäßig (vgl. aber unten III u. IV 1 c) nicht ansechtbar. Der Erklärungsirrtum dagegen beeinflusst die Willensbildung und den Inhalt des Willens nicht, sondern führt eine von dem Willen abweichende Erklärung herbei. Eine solche Nichtübereinstimmung von Wille und Erklärung, deren sich der Erklärende nicht bewusst ist, kann in dreifach verschiedener Weise vorkommen²⁾.

1. Der Erklärende will zwar eine Erklärung von der Gestalt, also zumal von dem Wortlaut abgeben, wie er sie abgegeben hat; aber er irrt über den Sinn, also den wahren „Inhalt“ dieser Erklärung. Sie besagt in Wahrheit etwas anderes, als sie besagen sollte.

a) Beispiele: Ich will mein Pferd Pluto verkaufen, sage aber, da ich irrig annehme, daß Pluto im Stalle stehe, während sich dort ein anderes Pferd befindet: „ich verkaufe das im Stalle stehende Pferd“, Ich will 100 schenken, sage aber irrig meinend, daß der (in Wahrheit 1000 enthaltene) Beutel 100 enthalte: „ich schenke dir dieses Geld“. Ein Österreicher verspricht in Dänemark 1000 Kronen unter solchen Umständen, daß dänische Kronen zu verstehen sind, meint aber österreichische Kronen. Jemand verspricht in der dem Gegner bekannten Meinung ein Darlehen von 30000 Sowjetruble zum Kurse des Darlehensempfangs in deutschem Gelde zurückzuzahlen, 7500 M., während der wahre Kurs nur 300 M. war (RGZ 105 S. 406 ff.).

b) Hat aber eine Erklärung den Sinn, daß man ihren Inhalt wolle, wie er auch (in gewissen Beziehungen) beschaffen sein möge, so stimmen, auch wenn ihr wahrer Inhalt (in diesen Beziehungen) von dem irrtümlich angenommenen abweicht, gleichwohl Wille und Erklärung überein. Verkaufe ich „das Pferd, das jetzt im Stalle steht, welches meiner Pferd es auch sei“, oder verschenke ich „das Geld in diesem Beutel, wieviel es auch sei“, so habe ich nicht nur meine Erklärung, sondern auch meinen Willen auf das im Stalle stehende Pferd, auf die in diesem Beutel befindliche Summe gerichtet³⁾. Glaubte ich gleichwohl irrig, Pluto stehe im Stalle oder der Beutel enthalte viel weniger, so liegt höchstens ein Irrtum im Beweggrunde vor⁴⁾.

der Verkäufer in Wahrheit den aus den angegebenen Grundlagen der Berechnung sich ergebenden Preis gewollt und somit eine von seinem Willen abweichende Erklärung abgegeben, so ist das Geschäft seinerseits ansechtbar (ähnlich RGZ 90 S. 272; 101 S. 108; dagegen Venel, JurZ 1920 S. 417). Über den Fall, daß beide Parteien in Wahrheit den aus den Grundlagen der Berechnung sich ergebenden Preis wollten, vgl. unten § 192 I 3 und § 264 a.

²⁾ Das BG behandelt die beiden ersten dieser Fälle in § 119 Abs. 1; den dritten in § 120. Dieser dritte, der Fall der unrichtigen Übermittlung der Erklärung, scheidet sich von den anderen klar ab. Der Unterschied der beiden Fälle des § 119 Abs. 1 aber ist keineswegs ohne weiteres einleuchtend; denn wer „über den Inhalt seiner Willenserklärung im Irrtum ist“, der will doch offenbar „eine Erklärung dieses Inhalts nicht abgeben“. Gemeint ist aber die im Texte näher bezeichnete Unterscheidung: 1. Der Erklärende hat die äußere Gestalt der Erklärung gewollt, mit ihr aber einen anderen Sinn verbunden, ihren wahren „Inhalt“ also nicht gewollt. 2. Er hat auch eine andere Gestalt der Erklärung gewollt, sich also bei der Erklärungsabgabe versehen. Das ist auch in den Worten des Gesetzes erkennbar, wenn man die Worte „nicht abgeben wollte“ betont. Übrigens ist die Grenzlinie beider Fälle an sich irrelevant, da ja beide gleich behandelt werden. Ihre Klarstellung ist nur nötig, um sie von dem Irrtum im Beweggrunde scharf zu sondern. Über den Unterschied aller drei Fälle von dem sog. versteckten Disens oben § 154, II, III und RGZ 58 S. 235.

³⁾ Dadurch erklärt sich auch die oft mißverständene L. 110 § 1 D. de VO. 45, 1: „vestem tuam, quaecunque muliebris est, dare spondes?“ vgl. Enneccerus, Rechts-geschäft S. 135 ff.

⁴⁾ Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft S. 435 ff., namentlich S. 439, 442 ff.,

c) Der Irrtum über die Rechtsfolgen der Erklärung ist an sich kein Irrtum über den Inhalt der Erklärung, kann es aber sein, wenn jene Rechtsfolgen den Inhalt der Erklärung bilden²⁾.

2. Der Erklärende gibt eine Erklärung ab, die er in dieser Gestalt nicht abgeben wollte, z. B. er verschreibt oder verspricht sich, er vergreift sich bei der Übergabe einer Sache.

a) Hierher gehört auch das Unterschreiben einer Urkunde, die man mit einer anderen, die man unterschreiben wollte, verwechselt oder in der man einen anderen Inhalt enthalten glaubt, als sie wirklich enthält³⁾; denn in beiden Fällen will man eine anders gestaltete

will auch den unter a) besprochenen Fall, den Irrtum über die Identität in einen Irrtum im Motiv auflösen. Dem kann nicht zugestimmt werden. Bei der Fassung des Willensentschlusses stellen wir uns die Sache (oder Person), auf die sich das Geschäft bezieht, entweder nach denjenigen Individualisierungsmerkmalen vor, die für unseren Entschluß die entscheidenden sind, oder es entsteht in uns (wenn wir die Sache oder Person kennen) eine Gesamtvorstellung dieser Sache (oder dieser Person). Ganz anders aber verfahren wir, wenn wir nun unseren Entschluß erklären. Die Erklärung kann die Gesamtvorstellung als solche nicht erfassen; sie kann nur einzelne Individualisierungsmerkmale bezeichnen; aber sie wählt auch die Individualisierungsmerkmale nicht nach ihrem Werte für den Erklärenden, sondern nach der Bequemlichkeit des Erklärenden und der Verständlichkeit für den Gegner. Werden nun irtümlich angenommene Individualisierungsmerkmale für die Erklärung gewählt, welche für den Entschluß nicht bestimmend waren, so weichen Willensentschluß und Erklärung voneinander ab. Ich will das (mir bekannte) Pferd Pluto verkaufen (z. B. weil es für meine Zwecke nicht mehr tauglich ist); in dem irrigen Glauben, Pluto stehe im Stalle, sage ich aber, „ich verkaufe das Pferd, das dort im Stalle steht“. Dann ist mein Wille nur auf Pluto, nicht auf das Pferd, das im Stalle steht, die Erklärung nur auf das Pferd, das im Stalle steht, nicht auf Pluto gerichtet.

²⁾ Habe ich eine Sache verschenkt in der Meinung, Schenkungen seien widerruflich, oder eine mangelhafte Sache verkauft in der Meinung, der Verkäufer habe nicht für den Fehler, so habe ich die Sache doch verschenken oder verkaufen wollen; Wille und Erklärung stimmen überein. Habe ich aber auf „Eviktionshaftung“ verzichtet in dem Glauben, „Eviktionshaftung“ bedeute Fehlerhaftung, so weicht der Sinn meiner Erklärung von meinem Willen ab. Ebenso wenn ein Sprachunkundiger „kauft“ in der Meinung, „kaufen“ bedeute „mieten“, oder wenn jemand „selbstschuldnerische“ Bürgschaft übernimmt in der Meinung, damit nur die Haftung für den ganzen Schuldbetrag, nicht aber einen Verzicht auf das Recht der Vorauslage auszusprechen. Ebenso hat RGE 70 S. 394 die Erbeseinsetzung der „gesetzlichen Erben“ bezüglich der halbbürtigen Geschwister für anscheinbar erklärt, weil der Erblasser in dem Glauben, die halbbürtigen würden durch die vollbürtigen ausgeschlossen, durch jenen Ausdruck nur die vollbürtigen bezeichnen wollte, und RGE 88 S. 284ff. schließt sich ausdrücklich und mit voller Schärfe der im Texte gegebenen Unterscheidung an; ebenso RGE 89 S. 33; 98 S. 138f. (zustimmend Bland-Flad § 119 V 4b; vgl. auch Manigl, Irrtum S. 97ff.). Stark abweichend halten Dertmann, SeuffW 67 S. 29ff.; Danz, DogmZ 46 S. 431ff.; Lige, Mißverständnis S. 450ff., jeden Irrtum über Rechtsfolgen für einen Irrtum über den Erklärungsinhalt; gewiß mit Unrecht: Wer sagt „ich verkaufe“ wird zwar zur Mängelhaftung usw. verpflichtet, eine darauf gerichtete Erklärung aber hat er nicht abgegeben, vgl. auch oben § 136 II A 1a, ferner Manigl, Irrtum und Auslegung S. 96ff.; Henle, Irrtum über die Rechtsfolgen, 1911, und gegen ihn Staudinger-Riezler § 119 V 2b.

³⁾ Hervorzuheben sind namentlich die nicht seltenen Fälle der letzteren Art, in denen jemand eine Urkunde, deren Inhalt er zu kennen glaubt (z. B. weil sie nach seinem Diktat oder seiner Anweisung oder nach mündlicher Vereinbarung aufgesetzt oder weil ihm von einem anderen darüber eine Mitteilung gemacht wurde), die aber von seiner Vorstellung abweicht, ungelesen unterschreibt. Habe ich dem Gegner einen Kaufvertrag über ein Pferd zum Preise von 1000 diktiert, schreibt jener aber (absichtlich oder irrig) 2000 oder macht er gar einen Mietvertrag über eine Wohnung daraus, so will ich, wenn ich den Vertrag ungelesen unterschreibe, lediglich eine auf 1000 lautende Kaufklärung abgeben, und das gleiche gilt, wenn ich zwar nicht diktiert, aber den Preis von 1000 vereinbart oder angegeben oder aus den Erklärungen des Gegners oder sonstigen Gründen entnommen habe. RGE 77 S. 312f.; Barn. 1909 S. 547; 1911 S. 472; 1918 Nr. 25; vgl. auch Siegel, ZivR 111 S. 80ff.

Erklärung abgeben, als man wirklich abgibt. Ebenso eine Blanketterklärung, die in einer vom Willen des Ausstellers abweichenden Weise ausgefüllt wird⁷⁾.

b) Wer dagegen eine Urkunde in bewußter Unkenntnis ihres Inhaltes unterschreibt, um ihren Inhalt, wie er auch sein möge, zu erklären (ein nicht allzu häufiger Fall), gibt eine mit seinem Willen durchaus übereinstimmende Erklärung ab⁸⁾.

c) Überhaupt nicht hierzu gehört eine Handlung, bei welcher der Handelnde sich nicht bewußt ist, daß aus ihr auf einen Geschäftswillen geschlossen werden kann; denn eine solche ist überhaupt keine Willenserklärung, mithin bedeutungslos, ohne daß es einer Anfechtung bedarf (oben § 136 A 2 Anm. 10 und 12).

3. Die Erklärung wird durch die zur Übermittlung verwendete Person oder Anstalt (den Boten, das Telegraphenamnt) unrichtig übermittelt.

a) Schreibe ich auf das Telegrammformular „Verkaufen Sie usw.“, lautet aber die Ausfertigung „Kaufen Sie usw.“, so weicht mein Wille von meiner Erklärung ab; es ist nicht eine Erklärung des Telegraphenamtes oder des Boten, sondern im Rechtsinne meine Erklärung, da ich mich des Telegraphenamtes oder des Boten zur Erklärung bediene⁹⁾. So faßt auch das BG die Sache auf, wie sich eben aus § 120 ergibt.

b) Kann man aber überhaupt nicht mehr von einer unrichtigen Übermittlung meiner Erklärung reden, sondern wird eine von dieser völlig verschiedene übergeben, so werde ich nicht gebunden, es bedarf also nicht der Anfechtung¹⁰⁾.

Eine Nichtübereinstimmung von Wille und Erklärung liegt aber in allen drei Fällen nur dann vor, wenn der durch Auslegung festzustellende Sinn der Erklärung (darüber unten §§ 192, 193) vom Willen abweicht¹¹⁾. Ist das

⁷⁾ Vgl. Siegel, Blanketterklärung, 1908, und ZivM 111 S. 95ff.; Poß, DogmZ 56 S. 412ff. Ein ähnlicher Fall in RGZ 105 S. 184ff.

⁸⁾ Vgl. auch RGZ 62 S. 205; 77 S. 312; DLGZ 6 S. 31ff.; Recht 10 Jiff. 3883. Denkbar ist ein auf den Inhalt der Urkunde, wie er auch sein möge, gerichteter Wille auch dann, wenn man sich von dem Inhalte eine Vorstellung macht. Tatsächlich wird er aber in solchen Fällen nur sehr selten vorhanden sein und nur angenommen werden dürfen, wenn es durch besondere Gründe gerechtfertigt ist.

⁹⁾ Anders natürlich, wenn man eine Erklärung an den vom Gegner zum Empfange ermächtigten Boten, den sog. Empfangsboten abgibt. Dann ist die Erklärung durch die Abgabe an den Empfangsboten vollendet und hat den an diesen erklärten Inhalt, auch wenn sie von ihm unrichtig (oder gar nicht) mitgeteilt wird, unten § 166 I 2a—c, vgl. auch Roswinkel, BürgM 32 S. 386ff.

¹⁰⁾ Das entspricht nicht nur dem Wortlaut, sondern auch der Billigkeit. Wenn mein Bote, der den Sattler zur Geschirreparatur bestellen soll, ihm eine Verkaufsofferte über Pferde oder Wagen überbringt oder wenn er statt des ihm übergebenen Briefes einen ganz anderen (gefälschten) abgibt, kann ich nicht gebunden sein. Das gilt nicht nur bei absichtlich falscher Ausrichtung, sondern auch im Falle des Irrtums, z. B. wenn ihm der Brief betrügerisch ohne sein Wissen untergeschoben wurde oder wenn er den Inhalt des ihm gegebenen Auftrags irrtümlich mit einem ganz anderen ihm von anderer Seite gegebenen verwechselte. So auch Pland, Dernburg, Crome, Biermann, RGKomm. u. a. Dagegen nehmen Hölber, Kipp, Breit, Dertmann u. a. die Wichtigkeit nur bei bewußt unrichtiger Übermittlung und bei jeder solchen an — beides wie mir scheint ohne Anhalt im Gesetze und, auch was die Erweiterung betrifft, gegen die Billigkeit. Wenn ich erfahre, daß mein Bote in meiner Kaufofferte die Zahl 1500 in 1800 verfälscht hat, muß man fordern, daß ich anfechte. Auch die Abgrenzung ist nicht so unmöglich, wie bisweilen behauptet wird. Bei der Veränderung „Kaufen“ statt „Verkaufen“ oder „1800“ statt „1500“ wird der Unbefangene sagen, daß meine Erklärung unrichtig übermittelt, in den beiden anderen Fällen dieser Note, daß etwas ganz Verschiedenes übermittelt sei. Daß vielleicht einzelne Zweifelsfälle bleiben, trifft bei vielen Fragen zu und ist weit erträglicher als die Beweischwierigkeiten, zu denen die andere Ansicht führt.

¹¹⁾ RGZ 58 S. 234f.; 105 S. 211. Vgl. auch das oben Anm. 1 über den Irrtum bei der Preisberechnung Gesagte.

nicht der Fall, so gilt die Erklärung trotz unrichtigen Wortlauts (falsa demonstratio) in dem durch die Auslegung festzustellenden Sinne, und Anfechtung ist weder erforderlich noch zulässig. Besonders wichtig ist, daß die zwar unrichtig ausgedrückte, vom Gegner aber richtig verstandene Erklärung in dem gemeinten Sinne gültig ist¹²⁾.

II. Anfechtbarkeit in diesen Fällen. Das BG behandelt die beiden ersten dieser drei Fälle im § 119 Abs. 1, den dritten Fall im § 120; aber alle drei in vollkommen gleicher Weise.

1. In allen drei Fällen ist das Geschäft anfechtbar, aber nur unter der Voraussetzung, daß der Erklärende bei Kenntnis der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Falles die Erklärung nicht abgegeben haben würde.

a) Es genügt also nicht, daß er bei Kenntnis der Sachlage die Erklärung nicht abgegeben haben würde, vielmehr muß hinzukommen, daß er es auch bei verständiger Würdigung des Falles nicht getan hätte. Umgekehrt genügt aber auch die zweite Voraussetzung nicht, wenn die erste fehlt¹³⁾. Man hat diese beiden Erfordernisse nicht selten als ein subjektives und ein objektives bezeichnet. Das ist aber zum mindesten ungenau. Das erste ist allerdings ganz subjektiv; aber auch in dem zweiten steckt ein subjektives Element. Es kommt nicht darauf an, was ein anderer, ein unbestimmter getan haben würde, sondern darauf, was gerade der Betreffende nach seinen besonderen subjektiven Verhältnissen bei verständiger Würdigung des Falles getan hätte. Praktisch werden daher diese Erfordernisse meist entweder beide vorliegen oder beide fehlen. Die Fälle, wo eins, nicht aber das andere vorhanden ist, sind seltene Ausnahmefälle.

b) Ausschlaggebend für die Annahme, daß der Erklärende die Erklärung bei verständiger Würdigung des Falles nicht abgegeben haben würde, ist das Maß des Interesses, das er an dem Punkte nahm, auf den sich die irrthümliche Erklärung bezog, sowie die Bedeutung dieses Punktes für den Zweck und Wert des ganzen Geschäftes. Die juristische Qualifikation des fraglichen Geschäftsteils entscheidet nicht. Man darf nicht (wie es die ältere gemeinrechtliche Lehre tat) schematisch den Irrtum über den Vertragsgegenstand, über die Person und über die sog. wesentlichen Geschäftsbestandteile (essentialia negotii) als in diesem Sinne wesentlich, jeden anderen als unwesentlich betrachten. Der Irrtum über die Person des Käufers wird meist unwesentlich sein beim Barverkauf, oft (aber nicht immer) wesentlich beim Kreditverkauf. Selbst der Irrtum über die Individualität der Sache kann unter Umständen unwesentlich sein, z. B. wenn zwar eine andere, aber ebenso wertvolle oder gar wertvollere Sache zum Pfand gegeben wird, als diejenige, die der Pfandgläubiger meinte. Andererseits kann der Irrtum über Zahlungs- oder Ründigungsfristen, über Verzinsung und Nebenleistungen sehr wohl eine solche Bedeutung haben, daß er die Annahme rechtfertigt, der Erklärende würde bei verständiger Würdigung des Falles die Erklärung nicht abgegeben haben, wenn ihm die Sachlage bekannt gewesen wäre.

2. Daß der Irrtum, auf dem die Nichtübereinstimmung von Wille und

¹²⁾ Jetzt schon herrschende Ansicht, RGE 66 S. 428f.; 70 S. 391ff.; 99 S. 148; ferner SeuffA 40 S. 396f.; RGE 109 S. 336; vgl. auch RGE 66 S. 21 ff.

¹³⁾ Das ergibt sich sowohl aus dem Wortlaut des § 119 Abs. 1, als auch aus der sachgemäßen Erwägung, daß das Gesetz eine Anfechtung wegen Irrtums doch schwerlich in solchen Fällen gestatten wollte, in denen der Erklärende die Erklärung erweislich auch ohne den Irrtum ebenso abgegeben haben würde. So auch die herrschende Meinung; abw. Cosack § 64 II 1b; Henle S. 513, welcher letzterer Schriftsteller sogar meint, daß der Wortlaut zwingend gegen die herrschende Ansicht spreche.

Erklärung beruht, entschuldbar sei, wird nicht vorausgesetzt¹⁴⁾. Auch zwischen Rechts- und tatsächlichem Irrtum wird nicht unterschieden¹⁵⁾.

3. Alles Gesagte gilt an sich auch für den Fall, daß der Wille auf mehr oder weniger gerichtet ist als die Erklärung (error in quantitate). Da indes unter Umständen in dem Wollen oder Erklären der größeren Quantität auch das Wollen oder Erklären der kleineren liegt, so ergibt sich Folgendes:

a) Das einseitige Geschäft ist stets auf die kleinere Quantität vollgültig, da diese gewollt und erklärt ist¹⁶⁾.

b) Auch ein Vertrag gilt auf die kleinere Summe, wenn in dem Wollen der größeren auch das Wollen der kleineren liegt, z. B. bei Schenkungen, ferner bei lästigen Verträgen, wenn der Empfänger die kleinere Summe will. Will dagegen der Empfänger die größere, so ist der Vertrag anfechtbar¹⁷⁾.

4. Wollen bei einem Vertrage beide Parteien dasselbe, weichen aber ihre Erklärungen infolge beiderseitigen Irrtums von ihrem Willen ab, so ist der Vertrag in der Regel gültig und zwar mit dem gewollten Inhalt¹⁸⁾; denn dieser wird, da die Parteien im Willen einig sind, nach den gesamten Verhandlungen und begleitenden Umständen trotz der Erklärungsfehler noch als gegenseitig erklärt gelten können¹⁹⁾. Ein Kauf über ein Pferd ist also gültig, wenn es auch mit einem falschen Namen bezeichnet ist (falsa demonstratio non nocet). Ein von den Parteien im Einverständnis diktiert und dann unterschriebener Vertrag ist mit dem diktierten Inhalt gültig, auch wenn der Schreiber starke Fehler gemacht hat. Doch gilt das Gesagte nur mit wichtigen Einschränkungen:

a) Bedarf der Vertrag einer bestimmten Form, so ist er nur gültig, wenn der wirklich gewollte Inhalt in der Urkunde noch einen, wenn auch sehr unvollkommenen Ausdruck gefunden hat (unten § 193 VI).

b) Bedarf der Vertrag außer der Willenseinigung noch eines realen Elements, z. B. der Übergabe, oder bedarf er der Mitwirkung einer Behörde, z. B. der Eintragung im Grundbuch (oben § 136 B I u. 2), so ist er nur soweit gültig, als auch dieses Erfordernis für den gewollten Inhalt erfüllt ist. Also ist z. B. die Abereignung ungültig, wenn die Eintragung auf ein anderes Grundstück lautete, dagegen auf den gewollten Teil gültig, wenn die Eintragung sich auf das ganze Grundstück bezog, während nur ein Teil übereignet werden sollte.

III. Anfechtbarkeit wegen Irrtums über wesentliche Eigenschaften²⁰⁾. „Als Irrtum über den Inhalt der Erklärung gilt auch der

¹⁴⁾ Das Anfechtungsrecht entsteht sogar bei grobem Verschulden und wohl mit Recht; denn auch ein grobes Verschulden kann es nicht rechtfertigen, daß wir an Geschäfte gebunden werden, die wir nicht schließen wollten und die uns vielleicht schwer schädigen, während sie dem Gegner einen materiell ganz unberechtigten Vorteil gewähren (vgl. auch oben § 155 I 4). Allerdings darf der Gegner keinen Schaden leiden; aber dafür ist auf anderem Wege gesorgt, worauf erst später (unten § 159) eingegangen werden kann. So auch die allgemeine Meinung und RGZ 62 S. 205.

¹⁵⁾ Über den Irrtum über die Rechtsfolgen oben I 1 c.

¹⁶⁾ Vgl. L. 15 § 1 D. de leg. I (30); L. 9 §§ 3, 4 D. de her. inst. (28, 5). Bei lehtwilligen Zuwendungen nahm das röm. Recht sogar Gültigkeit auf die größere gewollte Quantität an, wenn nur eine kleinere erklärt war, L. 9 § 2 D. de her. inst. (28, 5). Das ist nur aus dem besondern favor der Testamente erklärlich.

¹⁷⁾ Nach gemeinem Rechte ist er nichtig, L. 52 D. loc. (19, 2).

¹⁸⁾ Vgl. Dertmann, ZivA 117 S. 275 ff., woselbst weitere Literaturnachweisungen und Manigk, DogmZ 75 S. 213 ff. Vgl. auch RGZ 99 S. 148.

¹⁹⁾ So auch die herrschende Ansicht, vgl. auch F. Bang, DogmZ 66 S. 309 ff.

²⁰⁾ Lippmann, ZivA 102 S. 283 ff.

Irrtum über solche Eigenschaften der Person oder der Sache, die im Verkehr als wesentlich angesehen werden“, § 119 Abs. 2; d. h. auch wegen eines solchen Irrtums kann man die Erklärung anfechten, „wenn anzunehmen ist, daß man sie bei Kenntnis der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Falles nicht abgegeben haben würde“. Begrifflich zwar liegt hier nicht Mangel der Übereinstimmung von Wille und Willenserklärung vor, sondern nur ein Irrtum im Beweggrunde. Wirtschaftlich aber steht ein solcher Irrtum einem Irrtum über die Identität der Sache oder der Person gleich, und deshalb ist er ihm auch rechtlich gleichgestellt worden²¹⁾.

1. Unter „Eigenschaft“ der Sache ist nicht nur ihre natürliche Beschaffenheit zu verstehen, sondern auch ihre tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse, sofern sie auf ihre Brauchbarkeit und ihren Wert von Einfluß sind, z. B. die Bebaubarkeit eines Grundstücks²²⁾.

2. Daß die Eigenschaft für den gesamten Verkehr wesentlich sei, wird nicht gefordert, wird auch kaum jemals zutreffen. Was für den Kauf wesentlich ist, wird es oft nicht sein für Schenkung, Verpfändung, Leihe, Vermächtnis. Nur gleichartige Geschäfte kommen in Betracht, und auch (was regelmäßig übersehen wird) nur solche, welche unter ähnlichen Umständen geschlossen sind²³⁾.

3. Als (für den Verkehr) „wesentliche Eigenschaften betrachtet eine verbreitete Ansicht alle „erheblichen“, d. h. alle ihre Brauchbarkeit oder ihren Wert beeinflussenden Eigenschaften. Richtiger aber ist es, darunter nur diejenigen zu verstehen, die für den Verkehr das Wesen der Sache ausmachen, so daß also die Sache, wenn sie fehlen, für die Verkehrsauffassung zu einer anderen wird²⁴⁾.

²¹⁾ Habe ich diesen Ring kaufen wollen und auch gesagt „ich kaufe diesen Ring“, so stimmen Wille und Erklärung überein, auch wenn ich den unechten Ring irrtümlich für echt hielt. Aber wirtschaftlich habe ich etwas ganz anderes gewollt als erklärt. Ich wollte einen echten Ring kaufen und gab meine Erklärung bezüglich eines unechten. Die gleiche Übereinstimmung des Willens und der Erklärung bei formaler, dagegen Nichtübereinstimmung bei wirtschaftlicher Betrachtung liegt vor, wenn ich den X als Gärtner engagiert habe in dem irrigen Glauben, daß er gelernter Gärtner sei, während er nichts von der Gärtnerei versteht.

²²⁾ RGZ 61 S. 86; 21 S. 310f.; 52 S. 2.

²³⁾ Die Eigenschaft eines Gemäldes oder Bildwerks als Original oder Kopie, als antil oder modern, als von einem bestimmten Meister geschaffen oder nicht, wird in der Regel wesentlich sein, wenn es in einer Kunsthandlung zu einem entsprechenden Preise, aber nicht, wenn es zu geringem Preise beim Trödler erstanden wird.

²⁴⁾ Zustimmung v. Fuhr II 1 S. 579. Vgl. auch Stuttgart, WürtZ 16 S. 260; Karlsruhe, BadSpr 03 S. 87. — Lenel a. a. D. hält diejenigen Eigenschaften für wesentlich, welche zur normalen Kennzeichnung des Geschäftsobjekts (oder der Person) gehören. Das mag häufig zutreffen, führt aber in anderen Fällen zu unannehmbaren Ergebnissen. Namentlich Lenels Folgerungen, daß die Autorschaft eines modernen Bildes wesentlich, die Eigenschaft eines älteren Kunstwerks als Original oder Kopie nicht wesentlich sei, kann ich nicht zustimmen. Es kommt in allen diesen Fällen auf die Umstände an (oben 2). Bei Schenkung, Leihe, Vermächtnis läßt Lenels Ansicht fast völlig im Stich. Verschente

a) Damit ist der Wortlaut besonders gut im Einklang; denn „wesentlich“ ist, genau genommen, was das Wesen der Sache oder Person bestimmt.

b) Dafür spricht ferner der Zusammenhang mit der gemeinrechtlichen Theorie, die auf die Gestaltung der Vorschrift stark eingewirkt hat²⁶⁾. Von den römischen Juristen wurde der Irrtum über das Geschlecht eines Sklaven für wesentlich erklärt, aber nicht der Irrtum über die Jungfräulichkeit einer Sklavin; ferner der Irrtum, ob Gold oder Messing, Silber oder Blei, aber nicht der Irrtum über die Güte einer Goldlegierung; der Irrtum, ob Wein oder Essig, aber nicht die Unkenntnis des Sauerwerdens des Weines²⁶⁾.

c) Die hier bekämpfte weitere Deutung führt zu unlieblichen Ergebnissen. Nach ihr würde jeder Kauf einer mit einem erheblichen Mangel behafteten Sache sowohl der Wandlung und Minderung (§§ 459ff.) als auch der Anfechtung wegen Irrtums unterliegen. Das Gesetz aber will, wie sich in den kurzen Verjährungsfristen der Mängelansprüche zeigt, die Geltendmachung von Mängeln auch dann, wenn sie erst später entdeckt werden, nach Ablauf jener Fristen im Interesse der Verkehrssicherheit ausschließen. Dieser Absicht würde es widersprechen, wenn der Käufer wegen eines später entdeckten Fehlers noch (unverzüglich) anfechten könnte. Zu noch verkehrteren Ergebnissen führt diese Ansicht beim Viehkauf: Die Beschränkung der Mängelhaftung auf bestimmte Hauptmängel wäre nahezu illusorisch, wenn bei allen erheblichen Mängeln die Irrtumsanfechtung zulässig wäre. Alle diese Unzuträglichkeiten vermeidet die engere Auslegung, nach ihr ist das Gebiet der Irrtumsanfechtung und der Mängelhaftung wesentlich verschieden (Gegenüberstellungen zur Erläuterung des Unterschieds unten § 335 III²⁷⁾).

d) Gleichwohl hat sich das Reichsgericht in einigen Entscheidungen der weiteren Deutung angeschlossen, kommt aber doch zu einem ähnlichen Ergebnisse, indem es (ohne Anhalt im Gesetze) annimmt, daß, wenn ein Gewährleistungsanspruch begründet sei, die

Schmuckfachen z. B. pflegt man weder als echt noch als unecht zu kennzeichnen. Und doch wird niemand bezweifeln, daß die Schenkung eines irrtümlich für unecht gehaltenen Perlenhalsbandes an die Kammerjungfer anfechtbar sein muß. Daß, wie Lenel behauptet, bei der im Texte angenommenen Ansicht ein redlicher Kunst- und Antiquitätenhandel nicht bestehen könne, ist entschieden zu bestreiten (vgl. auch Text 5). In zahlreichen Fällen ist das von Lenel aufgestellte Kriterium unbestimmbar, weil die Bezeichnung je nach den subjektiven Zwecken des Handelnden außerordentlich wechselt. — Text (ZivR 123 S. 162f.) hat Lenel seine Ansicht aufgegeben. Er will nun diejenigen Eigenschaften als wesentlich betrachten, die man bei einem Geschäft dieser Art unter den obwaltenden Umständen voraussetzen pflegt und voraussetzen darf. Das ist aber mit dem Wortlaut des Gesetzes unvereinbar und führt zu einer viel zu weiten Ausdehnung der Anfechtbarkeit, da alsdann jeder kleine Fehler, von dem man annehmen durfte, daß er nicht vorhanden sei, genügen würde. Wegen Eigenschaftsirtum des Verkäufers will L. die Anfechtung völlig ausschließen, dagegen für den Schenker zulassen. Kann es aber für die Frage der Anfechtbarkeit einen Unterschied machen, ob eine Dame ihr echtes Perlenhalsband, das sie für unecht hält, verschenkt oder für 5 M. verkauft hat?

²⁶⁾ Vgl. Savigny 3 S. 283: „Der Irrtum über eine Eigenschaft der Sache ist ein wesentlichlicher, wenn durch die irrig vorausgesetzte Eigenschaft nach den im wirklichen Verkehr herrschenden Begriffen die Sache zu einer anderen Art von Sachen gerechnet werden müßte, als wozu sie wirklich gehört.“

²⁶⁾ L. 9 § 2, L. 10, L. 11, L. 14 D. de contr. emt. 18, 1 (noch andere Stellen bei Windscheid § 76 a Anm. 8). Die Ansicht des Marcellus, der den Irrtum über Eigenschaften stets für einflußlos hielt, wurde verworfen.

²⁷⁾ Beispiele eines Irrtums über wesentliche Eigenschaften des Gegenstandes aus der Rechtsprechung: Kauf einer vermeintlich antiken Bronzestatue, die in Wahrheit eine Nachbildung war, für 2500 Frs., RGZ 34 S. 324 (franz. R.); Kauf eines Patentrechts für eine Maschine zur Herstellung von gewerblich vertriebenen Gegenständen ohne Kenntnis davon, daß ein anderer bereits ein Patent auf das herzustellende Fabrikat hatte, RGZ 20 S. 94 (gem. R.); Irrtum über die Kurzsichtigkeit eines Papiers, RG bei Gruchot 28 S. 904; Irrtum über rechtliche Verhältnisse, die eine zweckmäßige Bebauung ermöglichen, RGZ 61 S. 86; Irrtum über die Brauereifreiheit einer Gastwirtschaft, RGZ 95 S. 175f. Dagegen ist ein bloßer Irrtum über den Wert des Kaufgegenstandes nicht als wesentlicher Irrtum anzuerkennen, RGZ 64 S. 269; ebensowenig der Irrtum über den Wert der ausgeschlagenen Erbschaft, RGZ 103 S. 22f., oder über die Kaufkraft des Geldes, RGZ 111 S. 259f. oder über das größere oder geringere Vermögen des Mitkontrahenten. Daß

Irrtumsanfechtung durch die Gewährleistungsvorschriften als *lex specialis* ausgeschlossen würde²⁸).

4. Was von den Eigenschaften der „Sache“ gilt, muß auf Eigenschaften eines anderen Geschäftsgegenstandes ausgedehnt werden²⁹).

5. Waren die Parteien darüber einverstanden, daß es auf eine bestimmte Eigenschaft nicht ankommen solle, oder galt die Eigenschaft zwischen ihnen als ungewiß, so wollten sie das Risiko auf sich nehmen³⁰); die Anfechtung muß also ausgeschlossen sein, selbst wenn eine Partei gleichwohl die Eigenschaft innerlich für gewiß hielt³¹). Namentlich im Antiquitätenhandel wird dies oft zutreffen.

6. Auch der Irrtum über Eigenschaften der Person³²) kann sich sowohl auf ihre leibliche oder geistige Beschaffenheit als auf ihre rechtlichen oder tatsächlichen Verhältnisse beziehen und begründet das Anfechtungsrecht, wenn die Person durch die irrtümlich angenommene Eigenschaft für das be-

der Verkäufer den Verkauf wegen der irrtümlichen Annahme, er sei Eigentümer, anfechten könne, dürfte zu verneinen sein; denn das Eigentum ist keine Eigenschaft (auch kein Verhältnis, das auf Brauchbarkeit und Wert der Sache von Einfluß ist, oben III 1). So auch die vorherrschende Ansicht und ferner RG im Recht 1908, Beil. S. 117. Abw. Rehbain I S. 137f.; Seeler, *DZurZ* 1899 S. 16; Dertmann § 366d.

²⁸) So *RG* 61 S. 171ff., welche die Frage, ob Irrtumsanfechtung überhaupt begründet sei, noch offen läßt. Ferner ohne solchen Vorbehalt *RG* 62 S. 285; 70 S. 429; *RG* Warneryer 1909 S. 189f.; 1912 Nr. 240 u. 366. Ähnlich Leonhard, *Allg. Teil* S. 496; Schloßmann S. 50; Schneider, *ZivA* 97 S. 142 u. a. Dagegen u. a. Krüdemann, *LeipzZ* 1920 S. 206. Über unerwünschte Konsequenzen dieser Ansicht des *RG* unten § 335 III 2.

²⁹) Dafür auch mit guter Begründung *OLG* 10 S. 133 (Marienwerder); *Recht* 09 Biff. 1443 (Hamburg) und andere *OLG*-Entscheidungen sowie die Kommentare und die große Mehrzahl der Schriftsteller. Dagegen hält das *RG* (*RG* 73 S. 137, woselbst weitere Entscheidungen angeführt werden) die analoge Anwendung für ausgeschlossen, weil die Vorschrift singular sei. *M. E.* ist schon durch Auslegung zu helfen, da in § 119 Abs. 2 „Person“ und „Sache“ offenbar die Person und den Gegenstand bedeuten, auf den sich die Erklärung richtet, wie auch die Vorgeschichte ergibt (vgl. Heilborn, *Gruchot* 46 S. 800ff.). Ferner aber ist auch Analogie bei singulären Rechtsfällen innerhalb des engeren ihnen zugrunde liegenden Prinzips nicht ausgeschlossen (oben § 44 I 2a), und für die Frage der Irrtumsanfechtung kann es keinen Unterschied machen, ob der verkaufte Gegenstand, über dessen Eigenschaften man irrte, ein Haus, ein Handelsgeschäft oder eine Forderung war. Übrigens hat das *RG* in verschiedenen Fällen im Ergebnis selbst richtig entschieden. So erklärt es in *RG* 51 S. 283; 62 S. 201ff.; 85 S. 222 die Erklärung des Konkursverwalters, er verlange nach § 17 *RO* die Erfüllung des Lieferungsvertrages, für anfechtbar, weil der Konkursverwalter den Vertrag, soweit schon geliefert war, auch für beiderseitig erfüllt gehalten hatte; in *RG* 75 S. 272f. ebenso die Bürgschaftsübernahme für eine Forderung, wenn der Bürge annahm, die Forderung sei durch Pfandrecht gesichert, „weil der Gegenstand des Geschäfts ein wesentlich anderer war“, als ihn der Bürge bei der Bürgschaftsübernahme sich vorstellte (Irrtum über den Inhalt der Erklärung, den das *RG* annimmt, liegt in beiden Fällen nicht vor; denn Wille und Erklärung bezogen sich in beiden Fällen auf dasselbe Schuldverhältnis); in *RG* *LeipzZ* 14, 1541 Nr. 1 wird der Irrtum über die Geheimheit eines Verfahrens für wesentlich erklärt; in *RG* 95 S. 112 der Irrtum über den Umfang eines Bezugsrechts. Jetzt haben sich *RG* 103 S. 22 und *RG* *ZurW* 1914 S. 674 Nr. 2 ausdrücklich gegen die Beschränkung auf „Sachen“ erklärt.

³⁰) Daß eine solche Absicht stets vorliege, wenn eine Willenserklärung auf Grund einer Schätzung abgegeben wurde, wird von *RG* 90 S. 270f. mit Recht verneint.

³¹) Vgl. auch *SeuffA* 65 Nr. 90 und *WürttembergZ* 18 S. 260.

³²) Der § 119 Abs. 2 denkt zunächst an die Person des Gegners, wie sich aus dem Gebrauch des bestimmten Artikels ergibt. Analoge Ausdehnung auf Eigenschaften dritter

treffende Geschäft nach der Verkehrsauffassung zu einer ganz anderen werden würde^{3a)}).

IV. Besondere Vorschriften.

1. Bei letztwilligen Verfügungen und Erbverträgen gelten wesentliche Abweichungen (§§ 2078, 2281 ff.):

a) Die Anfechtung findet statt wegen Irrtums über den Inhalt der Erklärung (also auch wegen Irrtums über wesentliche Eigenschaften, da dieser als Irrtum über den Inhalt gilt, § 119 Abs. 2), und wenn der Erklärende eine Erklärung dieser Gestalt nicht abgeben wollte (oben I 1 und 2), während der Fall der unrichtigen Übermittlung hier nicht vorkommen kann (oben I 3).

b) Es genügt, daß der Erklärende die Erklärung bei Kenntnis der Sachlage nicht abgegeben haben würde; nicht nötig ist also, daß er sie auch bei verständiger Würdigung des Falles unterlassen hätte.

c) Auch wegen irrigen Beweggrundes ist Anfechtung gestattet („soweit der Erblasser zu der Verfügung durch die irrtümliche Annahme oder Erwartung des Eintritts oder Nichteintritts eines Umstandes bestimmt ist“). Näheres im Erbrecht.

2. Besondere Vorschriften gelten ferner über die Anfechtung der Eheschließung wegen Irrtums (§§ 1332 und 1333) und bezüglich der Erbschaftsannahme (§ 1949).

§ 158. Anfechtungserklärung wegen Geschäftsirrtums.

I. Die Anfechtung erfolgt durch Erklärung an den Anfechtungsgegner (unten § 190). Nicht erforderlich ist, daß dabei das Wort „anfechten“ gebraucht werde; es genügt jede Erklärung, aus der hervorgeht, daß man das Geschäft nicht gelten lassen will¹⁾.

II. Die Anfechtung muß, um wirksam zu sein, „unverzüglich“, d. h. aber nicht „sofort“, sondern „ohne schuldhaftes Zögern“, erfolgen, nachdem der Anfechtungsberechtigte von dem Anfechtungsgrunde (zuverlässige) Kenntnis erlangt hat, d. h. sich des Irrtums bewußt geworden ist (§ 121

Personen, ja der Person des Erklärenden selbst, dürfte indes zulässig sein, wenn diese vertragsmäßig bei der Leistung mitzuwirken haben und die Leistung infolge der irrig angenommenen Eigenschaft zu einer wesentlich anderen wird, z. B. ein Kunsthändler verspricht einen Saal durch A ausmalen zu lassen, den der Besteller irrig für einen Kunstmaler hält; oder ein Arbeiter verspricht eine Arbeit, zu der er, ohne es zu wissen, wegen Lungenleidens unfähig ist. JurW 1921 S. 537; Erwald, Gruchot 66 S. 534.

^{3a)} Beispiele aus der Rechtsprechung: Unkenntnis völliger Kreditwürdigkeit, sofern bei derartigen Geschäften (z. B. Kreditkäufen im Handelsverkehr) auf Kreditwürdigkeit das entscheidende Gewicht gelegt wird, RG 66 S. 388 f. (in der Regel nicht bei Bargeschäften, RG 105 S. 208); RG Warn. 1912 Nr. 2; Vertrauensunwürdigkeit des Pächters bei langdauernden Pachtverhältnissen (Verurteilung wegen Banknotenfälschung), RG Warn. 1911 Nr. 469, ferner RG 102 S. 226; oder bei anderen langdauernden, besonderes Vertrauen erfordernden Verhältnissen, RG 90 S. 344 f.; sittliche Verfehlungen eines Chirurgen, RG Warn. 1909 Nr. 2; vgl. auch RG 98 S. 207 f.

¹⁾ Daß die Erklärung den Anfechtungsgrund erkennen lasse, ist im Gesetz nicht gefordert und nicht anzunehmen, RG 65 S. 88 ff. In der Anfechtung wegen arglistiger Täuschung wird in der Regel auch eine Anfechtung wegen Irrtums zu finden sein (wenn deren Voraussetzungen vorliegen), da die Behauptung der Täuschung zugleich eine Behauptung des Irrtums enthält und der Wille, daß das Geschäft nicht gelten solle, zum Ausdruck gebracht ist, RG 67 S. 362; RG Warn. 1908 Nr. 278; 1915 Nr. 197; 1917 Nr. 236. Anderer Ansicht RG Warn. 1916 Nr. 7, weil die Folgen verschiedene seien, und wohl auch RG 100 S. 207 f., vgl. auch v. Tuhr II S. 215 f. Allein die einzige in der Anfechtungserklärung bezeichnete Wirkung ist die gleiche, und nur diese ist für die Frage, ob eine Willenserklärung vorliegt, entscheidend, nicht die gesetzlichen Nebenfolgen. Der Anfechtende kann aber die Anfechtung auf den Fall der Arglist beschränken, und eine solch:

Abf. 1 §. 1)²⁾. Jedenfalls aber ist die Anfechtung ausgeschlossen, wenn seit Abgabe der Willenserklärung dreißig Jahre verflossen sind, § 121 Abf. 2³⁾.

1. Ob schuldhaftes Zögern vorliege, ist nach der Besonderheit des Falls zu beurteilen. Mußte der Anfechtungsberechtigte annehmen, daß der Gegner an einer möglichst schnellen Benachrichtigung Interesse habe, so wird in der Regel selbst ein kurzer Aufschub schuldhaft sein; durfte er annehmen, daß es dem Gegner auf eine unbedeutende Verzögerung nicht ankomme, so liegt in einer solchen kein Verschulden⁴⁾.

Streit herrscht darüber, wie zu urteilen sei, wenn der Anfechtungsberechtigte die Anfechtungserklärung in dem Glauben verzögerte, der Gegner habe den Irrtum bemerkt und die Erklärung so, wie sie gemeint war, nicht wie sie lautete, aufgesaßt⁵⁾. Man wird unterscheiden müssen:

a) Hatte der Gegner die in einer einzelnen Beziehung abweichende Erklärung richtig so, wie sie gemeint war, verstanden, so liegt im Rechtsinne eine Abweichung der Erklärung vom Willen gar nicht vor; denn die Erklärung ist nicht nach dem buchstäblichen Sinne, sondern nach dem wahren Willen und nach Treu und Glauben auszulegen (§§ 133 und 157). Hat also z. B. A sein Pferd dem B zum Preise von 1400 Mk. angeboten, dieser dagegen nur 1300 geben zu wollen erklärt, und telegraphiert nun A an B, daß er das Pferd für 1350 Mk. ablassen wolle, die Depesche aber lautet bei ihrer Ankunft auf 350 Mk., so hat B, wenn er diesen Irrtum erkannt und die Depesche so, wie sie gemeint war, verstanden hat und nun zurücktelegraphiert „einverstanden“, das Pferd in Wahrheit für 1350 Mk. gekauft. In diesem Falle entfällt also die Frage, ob A das Geschäft anfechten könne überhaupt⁶⁾.

b) Nimmt der Anfechtungsberechtigte zwar an, daß der Gegner trotz der abweichenden Erklärung die wahre Meinung erkannt habe, ist dies aber in Wirklichkeit nicht der Fall gewesen, so wird in der Verzögerung der Anfechtungserklärung nur dann kein Verschulden liegen, wenn die Annahme, der andere habe den Irrtum erkannt, durch die Umstände gerechtfertigt erscheint⁷⁾.

Beschränkung wird wegen der bei der Irrtumsanfechtung eintretenden Verpflichtung zur Leistung des Vertrauensinteresses (§ 122) unter Umständen schon daraus zu entnehmen sein, daß er sich nur auf die Arglist berufen hat.

²⁾ Daß und wann der Anfechtungsberechtigte Kenntnis erlangt hat, muß der Prozeßgegner beweisen, der die Rechtzeitigkeit der Anfechtung bestreitet, RGE 57 S. 362. Der Beweis, daß alsdann unverzüglich angesprochen sei, liegt dem Anfechtungsberechtigten ob.

³⁾ Die dreißigjährige Frist ist eine Ausschlußfrist, also vom Richter von Amts wegen zu beachten, RGE 110 S. 34.

⁴⁾ U. M. Hölder zu § 121. Wie oben Pland zu § 121, 1. Vgl. auch RGE 49 S. 395; 64 S. 163.

⁵⁾ Strohal, DogmF 34 S. 359, hält die Erklärung hier in jedem Falle für bindend, so daß sich der Gegner, auch wenn er den Irrtum erkannte, hohnlachend darauf berufen könnte, daß die Anfechtung unverzüglich hätte erfolgen müssen. Ed. Borträge S. 46 ff., will, wenn der Gegner den Irrtum erkannte, exceptio doli geben. Pland, Kommentar zu § 121 Nr. 1, verneint die Zulässigkeit dieser exceptio doli.

⁶⁾ Vgl. die oben § 157 Anm. 12 angeführten Entscheidungen. U. M. Tixe, Mißverständniß S. 126 f. — Auch wenn B zwar nicht erkannt hat, aber (wie nach den Umständen wohl anzunehmen ist) hätte erkennen müssen, daß 1350 M. gemeint sei, ist der Vertrag auf 1350 gültig, weil die Offerte so ausgelegt werden muß (unten § 192 II 2, § 193 I 2 a u. II) und das „einverstanden“ sich auf die so auszulegende Offerte bezieht. Doch kann dann B, da sein Wille nur auf 350 M. gerichtet war, nach § 119 seine Erklärung anfechten.

⁷⁾ Pland-Flad § 119, 1, will die Verzögerung selbst dann nicht entschuldigen, weil der Gegner baldmöglichst erfahren müsse, ob von dem Anfechtungsrechte Gebrauch gemacht werde. M. E. liegt aber hier keine Fahrlässigkeit vor. Auch ist das Interesse des Anfechtenden das überwiegende, zumal für den Gegner durch § 122 gesorgt ist.

2. Vollendet ist die Anfechtungserklärung nach den allgemeinen, oben §§ 149ff. dargelegten Grundsätzen über Vollendung von Willenserklärungen, wenn sie dem Anfechtungsgegner zugegangen ist. Erfolgte sie einem Abwesenden gegenüber, so gilt sie aber als rechtzeitig, wenn sie nur rechtzeitig abgesandt ist⁹⁾. Dies gilt jedoch nur dann, wenn sie später auch wirklich erfolgt, d. h. ihm zugegangen ist, sei es durch denselben, nur verspäteten Brief, sei es durch einen neuen. Das zeigt auch die Fassung des § 121 Abs. 1 S. 2 („die einem Abwesenden gegenüber erfolgte Anfechtung gilt als rechtzeitig“ usw.).

III. Bei einigen Rechtsgeschäften gelten bezüglich der Form der Anfechtungserklärung oder der Frist derselben besondere Vorschriften. Dahin gehören namentlich die Eheschließung (§§ 1336ff.), die Legitimation (§ 1731), die Adoption (§ 1755), die Annahme und Ausschlagung einer Erbschaft (§§ 1954ff., 2308), die letztwilligen Verfügungen (§§ 2081ff.) und der Erbvertrag (§§ 2282ff.).

IV. Das wirksam angefochtene Geschäft wird als von Anfang an nichtig angesehen, und zwar nicht nur zwischen dem Anfechtenden und dem Anfechtungsgegner, sondern gegenüber jedermann (§ 142). Daß der Irrende verpflichtet sei, das Geschäft, so wie er es wirklich meinte, auf Verlangen des Gegners aufrecht zu erhalten⁹⁾, läßt sich aus dem BG nicht begründen und würde nicht selten zu Unbilligkeiten führen¹⁰⁾. Im übrigen ist auf die allgemeine Behandlung der Anfechtungslehre des BG zu verweisen (unten § 190).

§ 159. Entschädigungspflicht*).

Gemeinrechtlich ist es eine berühmte Streitfrage, ob derjenige, der eine mit seinem Willen nicht übereinstimmende und deshalb nichtige Erklärung abgegeben hat, dem anderen Teile für den Schaden einstehen muß, den dieser dadurch erlitten hat, daß er auf die Gültigkeit vertraute, mit anderen Worten, ob er auf das sog. negative Interesse oder Vertrauensinteresse haftet. Die Frage ist nach der m. E. richtigen und in der Neuzeit nahezu herrschend ge-

⁹⁾ Natürlich darf aber in der Wahl des Übermittlungsweges kein schuldhaftes Zögern liegen. Übergebe ich den die Anfechtungserklärung enthaltenden Brief einem Fußreisenden als Boten, der vielleicht erst nach Wochen ans Ziel gelangt, so liegt schuldhaftes Zögern vor, vgl. Hölder zu § 121.

⁹⁾ Das behaupten Stadenwiß a. a. O. S. 74ff. und Regelsberger, DogmZ 58 S. 155ff.

¹⁰⁾ Beispiel: Ich kaufe ein Pferd in Identitätsirrtum. Sobald ich den Irrtum erfahre, fechte ich an, und kaufe mir ein anderes Pferd. Soll ich nun gezwungen sein, das von mir wirklich gemeinte Pferd, wenn es mir der Gegner anbietet, auch noch zu nehmen?

^{*)} Brod, Das negative Vertragsinteresse, 1902; P. Klein, Bl. 1. RV 72 S. 140ff.; Danz, DogmZ 46 S. 426ff.; Kabel, J. f. schweiz. Recht 27 S. 291ff.; Verb. Meher, Publizitätsprinzip, 1909, S. 90ff.; Ruhlend, BankArch. 5 S. 285ff.

wordenen Ansicht zu bejahen und zwar unabhängig davon, ob den Erklärenden ein Verschulden (*culpa in contrahendo*) trifft oder nicht¹⁾.

Auch das BG hat sie bejaht und zwar gleichmäßig für die Fälle, in denen das Geschäft wegen Nichternstlichkeit von Anfang an nichtig ist²⁾ und in denen es wegen Irrtums angefochten und deshalb nichtig geworden ist, sowie unabhängig von der Frage, ob ein Verschulden des Erklärenden vorliegt (§ 122)³⁾. Im einzelnen gilt das Folgende:

1. Den Ersatzanspruch hat bei empfangsbedürftigen Erklärungen (also z. B. bei Verträgen, Kündigungen usw.) nur der Gegner, an den die Erklärung abgegeben war. Dies gilt auch von denjenigen Vertragserklärungen, welche scheinbar nicht an den Gegner gerichtet zu sein brauchen (§§ 151 u. 152); denn auch sie sind in Wahrheit empfangsbedürftig (oben § 153 I 2). Da nur der Gegner den Ersatzanspruch hat, so ist ein solcher auch bei Verträgen zugunsten Dritter nur dem Vertragsgegner, nicht dem Dritten zuzugestehen.

2. Bei nichtempfangsbedürftigen Willenserklärungen, z. B. einer Auslobung, steht der Ersatzanspruch jedem Geschädigten zu.

3. Der Ersatzanspruch richtet sich nicht auf das Interesse, das der Ersatzberechtigte an der Gültigkeit des Geschäfts gehabt hatte (sog. Erfüllungsinteresse), sondern nur auf das sog. „negative“ oder besser „Vertrauensinteresse“, d. h. den Schaden, den er dadurch erlitt, daß er das Geschäft für gültig hielt, den er also nicht erlitten haben würde, wenn er gewußt hätte, daß es ungültig sei⁴⁾.

¹⁾ Die gemeinrechtlichen Quellen erklären den Verkäufer einer verkehrsunfähigen Sache und einer nicht existierenden Sache oder Erbschaft für schadenersatzpflichtig. L. 8 § 1 D. de relig. (11, 7); L. 62 § 1 D. de contr. emt. (18, 1); L. 8, L. 9 D. de hered. vend. (18, 4); diese Entscheidung beruht auf dem allgemeinen Gedanken: Wer eine Willenserklärung abgibt, die dem Gegner das Vertrauen erwecken muß, das Geschäft sei gültig abgeschlossen, ist aus Gründen der Verkehrssicherheit dem Gegner für den dadurch entstehenden Schaden verantwortlich. Dieser Grundgedanke aber trifft auch für unsere Frage zu, vgl. Windscheid-Ripp § 307 Anm. 5 und § 309 Anm. 5 und 6, wofelbst zahlreiche Literaturnachweisungen. Thering, DogmZ 4 S. 16ff., führt die Haftung auf *culpa in contrahendo* zurück, die aber durchaus nicht immer vorliegt. Andere wollen die Haftung ganz ausschließen oder nur bei wirklicher *culpa* anerkennen.

²⁾ Eine Willenserklärung muß aber vorliegen, also das Bewußtsein, daß auf einen Willen geschlossen werden könnte, vorhanden sein (oben § 136 II A 3). Dieses Bewußtsein fehlt z. B. bei der (sog.) Willenserklärung im Schulbeispiel oder in theatralischer Darstellung, die somit weder unter § 118 noch unter § 122 fällt.

³⁾ § 122 gibt einen Anspruch gegen den wegen Irrtums Anfechtenden. Für den Irrtenden ist, auch wenn der Irrtum von der Gegenpartei schuldhaft veranlaßt wurde, in der Regel kein Anspruch gegeben, sondern nur, wenn ein besonderer Grund dafür vorliegt (z. B. Betrug), vgl. RGE 51 S. 92.

⁴⁾ Infolge der Anfechtung des Verkäufers kann also der Käufer nicht den Wert, den die Ware für ihn gehabt hätte (abzüglich des Kaufpreises), verlangen, wohl aber z. B. die unnütz aufgewandten Transportkosten und Verbindungen, die Mehrausgaben infolge des Ausschlagens einer anderen vorteilhaften Offerte bei jetzt gestiegenem Preise, ferner die Konventionalstrafen, Eviktionsleistungen usw., die er infolge eines Weiterverkaufs schuldet, den er bei Kenntnis der Ungültigkeit des Geschäftes nicht abgeschlossen hätte. Auch die Kosten des Vertragschlusses selbst (Notariats-, Stempelgebühren usw.) werden hierher zu rechnen sein, selbst wenn sie schon vor dem Vertrage aufgewandt sein sollten.

4. Der Ersatzanspruch reicht aber niemals über das Interesse hinaus, das der Geschädigte an der Erfüllung des Geschäfts hatte.

5. Der Ersatzanspruch besteht nicht, wenn der Geschädigte den Grund der Nichtigkeit oder der Anfechtbarkeit kannte oder infolge von Fahrlässigkeit nicht kannte (kennen mußte), § 122 Abs. 2. Da die Haftung auf dem Veranlassungsprinzip beruht, so muß sie ferner ausgeschlossen sein, wenn der Geschädigte den Irrtum selbst veranlaßt hat⁶⁾.

6. Bei wegen Irrtums angefochtenen letztwilligen Verfügungen ist der Ersatzanspruch ausgeschlossen (§ 2078 Abs. 3), und das gleiche ist bezüglich einer wegen Nichternstlichkeit nichtigen letztwilligen Verfügung anzunehmen.

4. Willensmängel.

a) Drohung und arglistige Täuschung.

§ 160. Übersicht, Vergleichung mit dem gemeinen Recht.

I. Der bloße Schein einer Willenserklärung, der durch körperliche Überwältigung, *vis absoluta*, hervorgerufen wird, ist nach dem BG, ohne daß es einer besonderen Hervorhebung bedurft hätte, bedeutungslos (wie auch nach gemeinem Recht). Eine Willenserklärung, ja eine Handlung des Überwältigten, dem beispielsweise die Hand bei der Unterschrift mit Gewalt geführt wurde, liegt überhaupt nicht vor; denn nicht er hat den äußeren Erfolg bewirkt.

II. Dagegen wird die Willenserklärung, zu welcher der Handelnde durch Drohung oder Betrug bestimmt wurde, im BG §§ 123, 124 wesentlich abweichend vom gemeinen Recht behandelt.

Nach gemeinem Recht ist das Geschäft in diesen Fällen zunächst gültig; seine Wirkung kann aber durch Klage¹⁾ wieder aufgehoben oder durch Einrede

⁶⁾ RGZ 81 S. 398f. gibt hier dem Anfechtenden eine *exceptio dolis generalis*. Unsere Begründung dürfte aber dem Gedanken des § 122 besser entsprechen und gestattet zugleich eine analoge Anwendung des § 254, wenn beide Parteien den Irrtum veranlaßt haben. — Dertmann, *ZivR* 117 S. 306 will bei Irrtum über wesentliche Eigenschaften den Ersatzanspruch des Gegners auch dann versagen, wenn dieser die Eigenschaft gleichfalls unterstellte und die Maßgeblichkeit der Eigenschaft für den Willensentschluß des Anfechtenden erkannte. M. E. entspricht das weder dem Gesetze noch der Billigkeit. Hielten Käufer und Verkäufer die verkaufte unechte Sache für echt und sieht der Käufer an, so ist nicht einzusehen, weshalb der Verkäufer den ihm durch den Glauben an die Gültigkeit des Vertrages erwachsenen Schaden tragen soll.

¹⁾ Ist das erzwungene oder erschlichene Geschäft ein Schuldvertrag, so wird die Kontraktklage gegeben auf Aufhebung des Vertrages, Rückgabe des Geleisteten und Ersatz sonstigen Schadens (sog. Reszessionsklage) oder nach Wahl auf Schadenersatz unter Aufrechterhaltung des Vertrages (sog. Differenzklage). Sie geht nur gegen den anderen Kontrahenten und ist beim Betrage nur, wenn dieser den Betrug verübte, gegeben, L. 11 § 5 D. de act. emti vend. 19, 1; L. 3 C. de resc. vend. 4, 44; beim Zwange zwar auch, wenn ihn

dauernd gehemmt werden²⁾, d. h. das Geschäft ist anfechtbar im Sinne des gemeinen Rechts; und diese Klagen und Einreden wirken beim Betrüge im allgemeinen nur gegen den Betrüger, nicht gegen Dritte, bei der Drohung zwar auch gegen Dritte, aber doch nur in beschränkter Weise³⁾.

Das BG dagegen bezeichnet die Willenserklärung, zu welcher jemand durch Drohung oder Betrug bestimmt wurde, zwar auch als anfechtbar (§ 123); aber Anfechtbarkeit im Sinne des BG bedeutet, wie früher gezeigt, etwas wesentlich anderes, nämlich eine schwebende, von einer rechtzeitigen Erklärung des Anfechtungsberechtigten abhängige Nichtigkeit. Wenn das Geschäft rechtzeitig durch eine Erklärung an den Gegner angefochten wird, so gilt es als von Anfang an nichtig, und diese Nichtigkeit kann, nachdem die Anfechtung einmal erfolgt ist, nicht nur dem Drohenden oder Betrüger, sondern auch Dritten gegenüber geltend gemacht werden. Oft werden freilich diese durch die Vorschriften zugunsten gutgläubiger Erwerber geschützt sein (Näheres in der Anfechtungslehre).

BG und gemeines Recht stehen also auf einem prinzipiell verschiedenen Standpunkt. Das BG erfordert in Wahrheit zur Gültigkeit des Geschäfts ein nicht durch Drohung oder Betrug bestimmtes Wollen, ein in diesem Sinne freies Wollen⁴⁾, das gemeine Recht nur ein Wollen überhaupt.

III. Für die Anfechtung der letztwilligen Verfügungen wegen Drohung oder Täuschung und ebenso für die Anfechtung der Ehe gelten einige besondere Vorschriften (§§ 2078, 1334, 1335), bezüglich derer auf das Erbrecht und Familienrecht zu verweisen ist.

ein Dritter verübte, beschränkt sich aber, wenn der andere Kontrahent die Drohung nicht kannte, auf Aufhebung des Vertrages und Rückgabe, L. 1, L. 8 C. de rescind. vend. 4, 44. Beim Betrüge ist nur die Differenzklage gegeben, wenn sicher ist, daß der Betrogene das Geschäft auch ohne den Betrug abgeschlossen haben würde, aber zu günstigeren Bedingungen, L. 13 §§ 4 u. 5 D. de act. emti vend. 19, 1. (Soq. dolus incidens im Gegensatz zum dolus causam dans). Ferner entspringen aus Drohung und Betrug Deliktansprüche, die actio quod metus causa und actio doli (jedoch war die actio doli nach röm. Recht nur subsidiär). Sie gehen gegen den Erpreßer oder Betrüger oder ihre Erben, die actio quod metus causa auch gegen den Dritten, der aus dem erzwungenen Geschäfte unmittelbar etwas erlangt oder den erpreßten Gegenstand später erworben hat; wenn er aber von der Drohung nichts wußte, nur auf Herausgabe der Bereicherung, L. 9 § 8, L. 10, L. 14 §§ 3, 5 D. quod metus causa 4, 2. Die actio doli verjährt in 2 Jahren; nach dieser Zeit beschränkt sich der Anspruch auf Herausgabe der Bereicherung.

²⁾ Exceptio metus und exceptio doli (specialis). Die exceptio metus ist in rem scripta, d. h. sie richtet sich gegen jeden, der das erpreßte Recht geltend macht. Die exceptio doli richtet sich regelmäßig nur gegen den Betrüger und seine Erben; gegen den Sondernachfolger in das erworbene dingliche Recht nur, wenn er beim Erwerbe den Betrug kannte oder wenn er unentgeltlich erworben hat, L. 4 §§ 27—31 D. de doli exc. 44, 4.

³⁾ Siehe Anm. 1 u. 2.

⁴⁾ Daß man durch eine andere, nicht unter den Begriff der Drohung oder des Betruges fallende Einwirkung zu einer Willenserklärung bestimmt wurde, steht der Vollgültigkeit des Geschäfts nicht entgegen.

§ 161. Anfechtbarkeit wegen Drohung*).

Die Anfechtbarkeit wegen Drohung setzt voraus, daß jemand „widerrechtlich durch Drohung zur Abgabe einer Willenserklärung bestimmt worden ist“

I. Er muß durch Drohung zu der Willenserklärung bestimmt sein

1. Es muß also eine Drohung vorliegen, d. h. eine beabsichtigte Erregung von Furcht vor einem durch den Erreger der Furcht zu bewirkenden Übel. Daß jemand dem anderweitig in Notlage Geratenen seine Hilfe, zu der er nicht verpflichtet war¹⁾, verweigert, um ihn zur Gewährung einer Vergütung zu bestimmen, ist keine Drohung im Sinne des § 123²⁾, kann aber bei unverhältnismäßig hoher Vergütung als unsittliche Ausbeutung der Notlage unter § 138 fallen.

2. Die Drohung muß gerade zu dem Zwecke erfolgt (begonnen oder fortgesetzt) sein, um zu der Willenserklärung zu bestimmen; es muß die Erpressungsabsicht vorliegen. Die Worte „durch Drohung zur Abgabe der Erklärung bestimmt worden ist“ besagen, daß der Drohende den Willen gehabt haben muß, durch die Drohung den Bedrohten zu bestimmen (und daß dieser Wille auch bestimmend gewirkt haben muß, worüber später).

Hätte der Gesetzgeber auch die durch die Drohung nur veranlaßte (nicht bezweckte) Willenserklärung anfechtbar machen wollen, so würde er einen dementsprechenden Ausdruck gewählt haben. Hat mich jemand mit einem zukünftigen Angriffe bedroht und laufe ich mir infolgedessen in einer Waffenhandlung einen Revolver, so kann ich dieses Geschäft nicht anfechten. Auch der Grundgedanke der ganzen Vorschrift, daß die Sittlichkeit gebietet, den durch Zwang realisierten Willen des Drohenden nicht als wirksam gelten zu lassen³⁾, trifft in diesem Falle nicht zu⁴⁾.

*) Savigny III § 114; Schliemann, Die Lehre vom Zwange, 1861; Schloßmann, Die Lehre vom Zwange, 1874; Eghlharz, DogmZ 16 S. 1 ff.; Kohler, DogmZ 25 S. 9 ff.; v. Blume, DogmZ 38 S. 224 ff.; Bland, Festgabe für Regelsberger S. 153 ff.; Peist, ZivA 103 S. 215 ff.; Frankfurter, Bl. f. RG 73 S. 491 ff., 525 ff.; Henle, Anwendungsgebiet der Anfechtbarkeit wegen Drohung (Festschr. f. Bittelmann), 1913.

¹⁾ Wer dem in Notlage Befindlichen zu Hilfe verpflichtet ist, z. B. der im Dienste befindliche Feuerwehrmann, der engagierte Bergführer, der Arzt, der die sofort nötige Operation übernommen (wenn auch noch nicht begonnen) hat, wird, wenn er pflichtwidrig nicht Hilfe leistet, als Verursacher der eintretenden Schädigung behandelt, fällt also, wenn er die Verjagung der Hilfe androht, unter § 123. Hatte der mit Verjagung der Hilfe Drohende die Gefahr selbst herbeigeführt, so wird er auch zur Hilfeleistung verpflichtet sein.

²⁾ Vgl. auch L. 9 § 1 D. quod metus causa 4, 2; Paulus I 7 § 5; ferner Kohler, a. a. D. S. 19 ff.; v. Tuhr, Notstand im Zivilrecht, 1888 S. 12 ff. A. A. für das gem. Recht Regelsberger I § 144 Note 4. Hölder, Komm. § 123, 3, nimmt hier eine Drohung an, leugnet aber die Widerrechtlichkeit.

³⁾ Vim et metum comprobare contra bonos mores est, L. 116 D. de R. J. 50, 17; vgl. Förster-Eccius I § 29 Note 5; v. Blume a. a. D.; Kohler, DogmZ 25 S. 15 ff.

⁴⁾ Es genügt also nicht, wie v. Blume S. 231 (ebenso Hölder zu § 123) meint, daß der Drohende die Willenserklärung in dem Bewußtsein, daß sie durch die Drohung herbeigeführt sei, akzeptierte, vielmehr muß die Initiative zu dem Geschäft von dem Drohenden ausgehen. Der § 123 will eben nur verhindern, daß der Erpressungswille sein Ziel erreiche. Wenn der Erpressungswille fehlt, ist also nicht der § 123 maßgebend, sondern, sofern dessen Voraussetzungen vorliegen, der § 138 (unsittliches Geschäft), und wenn auch diese fehlen, ist das Geschäft vollgültig. Hat der betrogene Ehemann, der mit Anzeige gedroht hatte, sich durch die Bitten des Ehebrechers bestimmen lassen, gegen das Versprechen der Zahlung einer Strassumme an die Armenkasse von der Anzeige abzusehen, so ist § 123

3. Die Drohung muß auch wirklich für den Bedrohten das bestimmende Moment, die Willenserklärung abzugeben, gewesen sein. Trifft das nicht zu, hätte er sie auch ohne die Drohung abgegeben, so kann man nicht sagen, daß er „durch die Drohung“ zur Abgabe „bestimmt“ sei.

4. Eine besondere Schwere des angedrohten Übels wie nach gemeinem Recht ist nach dem BG nicht erforderlich. Doch muß es immerhin so erheblich sein, daß von einer „Zwangslage“ (§§ 124 Abs. 2, 2283 Abs. 2) gesprochen werden kann.

II. Das Gesetz fordert, daß der Bedrohte „widerrechtlich“ durch die Drohung zur Willenserklärung bestimmt wurde; es fordert also nicht gerade eine widerrechtliche Drohung, sondern nur, daß der Drohende darin widerrechtlich handelte, daß er den anderen durch Drohung zur Abgabe dieser Willenserklärung bestimmte. Die Beeinflussung, das Beugen des Willens durch Drohung, muß widerrechtlich sein⁵). Wann ist dieses der Fall?

1. Die Widerrechtlichkeit kann darin liegen, daß eine widerrechtliche Handlung angedroht wird (Widerrechtlichkeit des Mittels). Wer mich durch Drohung mit Erschießen zu etwas bestimmt oder zwingt, der zwingt mich widerrechtlich (in widerrechtlicher Weise), mag er auch auf dasjenige, wozu er mich zwingt, ein Recht haben.

Man braucht keineswegs davor zurückzuschrecken, daß hiernach ein Schuldner die Zahlung, die er, mit Prügeln bedroht, geleistet hat, anfechten kann⁶). Der Grundgedanke, daß die Rechtsordnung den durch Drohung in widerrechtlicher Weise realisierten Willen nicht als wirksam anerkennen darf, trifft in diesem Falle durchaus zu, und es gilt auch sonst — man denke nur an das Verbot der Eigenmacht — nicht der Grundsatz, daß man Rechte durch widerrechtliche Mittel realisieren dürfe. Daß aber der Wortlaut des Gesetzes ebenfalls zutrifft, wird nicht zu bestreiten sein.

Wurde freilich infolge der Drohung einem Dritten eine ihm geschuldete Leistung gemacht, so ist die Anfechtbarkeit ohne Bedeutung, weil dem aus der Anfechtung erwachsenen dinglichen oder persönlichen Anspruch eine Einrede oder ein Kompensationsrecht entgegensteht⁷). Hat aber der Gläubiger selbst gedroht, so muß die Einrede wie die Kom-

unanwendbar. Hat er dagegen gerade zu dem Zwecke gedroht, um dieses Versprechen zu erpressen, so ist (die Widerrechtlichkeit vorausgesetzt, worüber unten) der § 123 anwendbar. So jetzt auch RG E. 59 S. 352 unter ausdrücklicher Billigung der obigen Ausführung (vgl. auch RG E. 104 S. 89). Selbstverständlich ist es aber gleichgültig, ob der Drohende die Absicht, den Bedrohten zu der Willenserklärung zu bestimmen, schon bei Beginn der Drohung hatte oder erst in deren Fortbauer faßte, vorausgesetzt, daß auch im letzteren Fall die Initiative zu dem Geschäft von dem Drohenden ausgegangen ist, vgl. auch Kohler E. 18.

⁵) Vgl. auch RG Barn. 1913 S. 230; RG E. 108 S. 104.

⁶) v. Blume, Cosack und Crome erachten hier die Anfechtung für ausgeschlossen. Pland, Festgabe S. 174f., und v. Tuhr S. 614, stimmen der Ausführung des Textes zu.

⁷) Hat A mich durch Drohung mit dem Messer dazu bestimmt, dem B die diesem geschuldete Sache zu übergeben, so kann ich nach erfolgter Anfechtung die Sache zwar vindizieren; aber B schlägt mich mit der Einrede aus seiner Forderung zurück. War Geld übergeben und von B ausgegeben, so kann ich zwar kondizieren; aber B rechnet mit seiner noch bestehenden Geldforderung auf.

penstation ausgeschlossen sein; denn der Anspruch des Bedrohten, mag er sich formell auch als Eigentumsklage oder *condictio* charakterisieren, beruht doch materiell auf der unerlaubten Handlung, kann daher nach Analogie der §§ 393 und 273 Abs. 2 nicht durch Aufrechnung oder Rückbehaltungsrecht entkräftet werden⁸⁾.

2. Auch wenn etwas an sich Erlaubtes angedroht wird⁹⁾, kann die durch die Drohung bewirkte Beeinflussung des Bedrohten deshalb widerrechtlich sein, weil durch die Drohung, wenn auch nur mittelbar, ein unerlaubter Eingriff in die Rechtssphäre des Bedrohten, insbesondere in sein Vermögen bewirkt wird¹⁰⁾. Die Drohung an einen Verbrecher, man werde ihn anzeigen, wenn er nicht eine Geldsumme zahle (sei es auch an die Armenkasse), wird daher als widerrechtlich zu betrachten sein¹¹⁾.

Liegt aber weder eine durch ihren Inhalt widerrechtliche Drohung noch ein widerrechtlicher Eingriff in die Rechtssphäre des Bedrohten vor, so ist die Anfechtung ausgeschlossen. Der Schuldner, der durch Bedrohung mit der Klage zur Zahlung der Schuld, der Mieter, der durch Drohung mit der Kündigung zur Erhöhung des Mietzinses bestimmt wird, kann nicht anfechten¹²⁾. Ebenjowenig der Verbrecher, der durch Drohung mit der Anzeige zur Leistung des geschuldeten Schadenersatzes oder einer anderen Schuld gezwungen wird¹³⁾.

Ein Verschulden des Drohenden wird zwar fast immer vorliegen, ist aber nicht für erforderlich zu halten¹⁴⁾; denn der § 123 erwähnt davon nichts, und der Zweck seiner Vorschriften, die Beseitigung der durch Drohung (oder arglistige Täuschung) bestimmten, also unfreien Willenserklärung, trifft zu, auch wenn kein Verschulden des Drohenden vorliegt. Daher ist die Anfechtung z. B. auch dann zulässig, wenn die Drohung von einem

⁸⁾ Bland-Flad zu § 123, 4a hält diesen Analogieschluß für unzulässig.

⁹⁾ B. B. Inausrichtstellen des Selbstmords, RG Warn. 1911 Nr. 258.

¹⁰⁾ Vgl. RG Warn. 1913 Nr. 186 S. 230. Die Absicht eines Vermögensvorteils des Drohenden ist nicht erforderlich, RG SeuffA 65 S. 434.

¹¹⁾ Vgl. auch RG 59 S. 353; DLGE 15 S. 327. Daß der Eingriff auch ein unethischer war, wird vom Gesetze (mit Recht) nicht gefordert; und lege non distinguente nec nostrum est distinguere. A. A. v. Blume S. 257.

¹²⁾ Vgl. auch RG 108 S. 104f.; 110 S. 384.

¹³⁾ Vgl. auch RG 102 S. 312ff. — Neuerdings hat Bland (Festgabe S. 153, namentlich S. 161ff. und Kommentar I zu § 123, 3. Aufl.) unter Berufung auf § 823 die Ansicht aufgestellt, das Wort „widerrechtlich“ in § 123 wolle nur die Fälle von der Anfechtung ausschließen, in denen dem Drohenden ein Recht zustehe, den anderen durch Drohung zu bestimmen; es bedeute also daselbe wie „es sei denn, daß dem Drohenden ein Recht, den anderen durch Drohung zu bestimmen, zugestanden habe“. Ich kann mich dieser Ansicht nicht anschließen. Sie widerspricht zunächst dem Wortlaut. Eine Handlung, auf die man kein besonderes Recht hat, ist darum noch nicht „widerrechtlich“. „Widerrechtlich“ ist nur die einem Rechtsgebot widersprechende Handlung. Deshalb kann, wie im Texte (unter 2) ausgeführt ist, die Drohung mit einer an sich erlaubten Handlung nur dann widerrechtlich sein, wenn sie einen unerlaubten Eingriff in die Rechtssphäre des Bedrohten enthält. Auch in § 823 bedeutet „widerrechtlich“ nichts anderes als „im Widerspruch mit einem Rechtsgebot“. Nur sind die dort erwähnten Rechts- und Rechtsgüterverletzungen schon an sich widerrechtlich, so daß praktisch dort allerdings nur die Ausnahmefälle, in denen ein Recht zu der Verletzung besteht, in Betracht kommen. Das gilt auch von der Freiheit; denn darunter ist in § 823 nur die körperliche, nicht die Freiheit des Entschlusses gemeint (unten § 451 I 2 d). Im praktischen Ergebnis wäre die Bland'sche Ansicht nur dann annehmbar, wenn man in allen Fällen, wo kein unerlaubter Eingriff in die Rechtssphäre des Bedrohten vorliegt, ein Recht auf die Bestimmung durch Drohung deduzieren könnte. Das versucht nun allerdings Bland, soweit es irgend möglich erscheint. Aber darf man wirklich von einem Recht des Gläubigers, den Schuldner durch Drohung zur Zahlung zu bestimmen, sprechen?

¹⁴⁾ Vgl. zum folgenden Bland, Festgabe S. 179ff., RG Warn. 1910 Nr. 407; 1911 Nr. 4; RG 107 S. 177; 108 S. 104.

Geisteskranken ausging, oder wenn der Drohende in entschuldbarem Irrtum (z. B. über die Voraussetzungen eines Selbsthilferechts) ein Recht zu der Drohung annahm, oder wenn die Drohung nur scherzhaft gemeint war, aber für ernstlich gehalten wurde.

III. Wer die Drohung verübt hat, ist gleichgültig. Mag es bei der empfangsbedürftigen Willenserklärung der Empfänger oder ein Dritter sein oder mag es sich um eine nicht empfangsbedürftige Willenserklärung handeln, die Erklärung ist immer anfechtbar.

Einen Kauf kann ich anfechten, mag der Verkäufer oder ein Dritter gedroht haben. Eine Erbschaftsausgliederung kann ich anfechten, mag ein Interessent oder ein Unbeteiligter gedroht haben. Auch anonyme Drohungen können die Anfechtung begründen.

§ 162. Anfechtbarkeit wegen arglistiger Täuschung*).

I. Anfechtbar ist eine Willenserklärung, zu deren Abgabe jemand „durch arglistige Täuschung bestimmt worden ist“.

1. Unter Täuschung ist jedes Verhalten zu verstehen, durch das vorzüglich in einem anderen eine irrige Vorstellung hervorgerufen, bestärkt oder erhalten wird. Direkte Mitteilungen (Worte, Schriftzeichen) sind also keineswegs erforderlich, vielmehr kann die Täuschung auch durch andere Handlungen (z. B. das Verbergen eines Fehlers) oder durch das gesamte Verhalten erfolgen. Gleichgültig ist ferner, ob die Täuschung durch Erfindung unwahrer oder durch Entstellung, unvollständige Mitteilung¹⁾ oder Unterdrückung wahrer Tatsachen verübt wird. Deliktstfähigkeit des Täuschenden ist nicht erforderlich.

a) In dem (bewußten) Verschweigen für sich allein kann aber nur dann eine Täuschung gefunden werden, wenn entweder eine spezielle Pflicht zur Mitteilung bestand²⁾ oder wenn nach Treu und Glauben und den im Verkehr herrschenden Anschauungen die Mitteilung erfolgen mußte³⁾. Daher begehrt der Verkäufer eine Täuschung, wenn er weiß, daß der Käufer über wichtige Eigenschaften der Sache irrt, und ihn nicht aufklärt⁴⁾, nicht aber,

*) Ziegler, Betrug beim Vertragsabschluß, 1870; Pernice, Labeo II S. 200; Sprenger, ZivR 88 S. 359 ff.; Niehl, Arglist beim Vertragsabschluß, Gruchot 60 S. 790 ff., 897 ff.; Schulz, Betrug im Immobilienverkehr, 1917; Lenz, Z. Lehre vom bürgerlich-rechtl. Betrug, 1918.

¹⁾ Vgl. auch RGE 23 S. 137.

²⁾ Z. B. auf Grund eines Auftrags oder Dienstverhältnisses.

³⁾ So die fast allgemeine Ansicht, vgl. auch RGE 62 S. 150 ff.; 69 S. 15; 77 S. 314; 111 S. 234 ff.; RG Barn. 1912 Nr. 196; 1913 Nr. 273; 1918 Nr. 202. Daß die Verkehrsanschauung eine Mitteilung über schlechte Vermögensverhältnisse fordere, läßt sich nicht allgemein behaupten, sondern nur nach Lage des Einzelfalles bestimmen, vgl. RGE 69 S. 15; RG Barn. 1911 Nr. 360; DZGE 8 S. 421. — Der Wegfall der Anfechtung beim Nichtbestehen einer (speziellen oder auf der Verkehrsauffassung beruhenden) Offenbarungspflicht hat darin seinen Grund, daß ein Nichthandeln nicht rechtswidrig ist, wenn keine Pflicht zum Handeln besteht.

⁴⁾ So auch nach gemeinem Recht, L. 11 § 5 D. de act. emti 19, 1: Si quis virginem se emere putasset, cum mulier venisset, et sciens errare cum venditor passus sit . . . ex emto competere actionem; L. 13 pr., L. 21 § 1 eod.; L. 9, L. 35 § 8 D. de contr. emt. 18, 1; L. 4 § 4; L. 14 § 9 D. de aed. ed. 21, 1; Seuffw 8 Nr. 41; 35 Nr. 254; RGE 1 S. 299;

wenn er ihm z. B. überseeische Nachrichten nicht mitteilt, die den Preis der Ware ungünstig zu beeinflussen geeignet sind. Das Maß der pflichtmäßigen Offenheit ist übrigens in den einzelnen Rechtsverhältnissen ein verschiedenes, größer z. B. in Auftrags-⁵⁾ und Gesellschaftsverhältnissen als bei Kauf oder Miete.

b) Daß ein Irrtum erregt, bestärkt oder erhalten sei, kann man nur dann sagen, wenn es sich um Tatsachen und nicht nur um allgemeine vage Anpreisungen und Lobeserhebungen handelt.

c) Entschuldbarkeit des Irrtums des Getäuschten ist nicht erforderlich.

2. Eine Arglist liegt immer schon darin, daß man das Mittel der Täuschung in dem Bewußtsein gebraucht, daß jemand dadurch zu einer Willenserklärung⁶⁾ bestimmt werde, die er ohne die Täuschung nicht abgegeben hätte⁷⁾. Das Bewußtsein, daß er dadurch geschädigt werde oder doch geschädigt werden könne, wird meistens freilich auch vorhanden sein, darf aber nicht für erforderlich gehalten werden⁸⁾.

Wenn A seinen Freund durch Vorspiegelung erdichteter Tatsachen zum Abschluß eines Spekulationsgeschäftes bestimmt, so liegt arglistige Täuschung auch dann vor, wenn A (törichterweise) die Spekulation für unfehlbar sicher und die Entstehung eines Schadens für ganz unmöglich hielt. Oder will man hier (wenn das Geschäft mit A selbst oder mit einem Dritten, der die Täuschung kannte, abgeschlossen ist) die Anfechtung versagen?

Nach einer anderen Ansicht⁹⁾ soll zum Begriff der Arglist das Bewußtsein einer wenigstens möglichen Schädigung erforderlich sein, jedoch nicht notwendig einer Vermögensschädigung, vielmehr genügt nach ihr auch die Verletzung idealer Interessen.

Noch weniger ist die Absicht erforderlich, für sich oder andere einen Vermögensvorteil zu erlangen¹⁰⁾.

3. Die Täuschung muß für den Getäuschten (subjektiv) auch wirklich bestimmend oder mitbestimmend gewesen sein, das Geschäft überhaupt oder zu diesen Bedingungen abzuschließen¹¹⁾. Ist aber ein solcher Irrtum normalerweise für derartige Entschlüsse bestimmend, so wird, wenn nicht das Gegenteil bewiesen wird, anzunehmen sein, daß er es auch in diesem Falle gewesen ist.

12 §. 102; 23 §. 137; 31 §. 162. Andere Beispiele bei Rehb. in I §. 147. Vgl. ferner RG 62 §. 150 (Verschweigen des Alters eines Motors); RG JurW 1911 §. 641 (Verschweigen von Schwammverdacht); RG Warn. 1912 Nr. 196.

⁵⁾ Ebenso in Kommissionsverhältnissen, RG in DZ 1904 §. 265 ff., 254 ff.

⁶⁾ oder (was aber hier nicht in Betracht kommt) zu einem anderen schädigenden oder möglicherweise schädigenden Verhalten.

⁷⁾ RG 107 §. 177; RG Warn. 1911 Nr. 5.

⁸⁾ RG 111 §. 7 f.; RG Warn. 1909 Nr. 440; 1913 Nr. 42, Nr. 310.

⁹⁾ z. B. Rehb. in I §. 146, der somit die Arglist durch die Absicht, den Irrtenden zu seinem Besten zu täuschen, für ausgeschlossen hält.

¹⁰⁾ So auch RG in JW 1903 Beil. 40 Nr. 85; DVG 6 §. 222. Der Begriff der arglistigen Täuschung ist also weiter als der des strafrechtlichen Betruges. Letzterer erfordert die vorsätzliche Schädigung des Vermögens und die Absicht, sich oder einem Dritten einen Vermögensvorteil zu verschaffen, StrGB § 262.

¹¹⁾ RG 77 §. 314. — Der Unterschied des sog. error causam dans und incidens kommt nicht in Betracht, vgl. RG ScuffA 66 §. 178. A. A. v. Tühr II I §. 631.

Iſt der Getäuſchte durch die Täuſchung nur zu einem Teile ſeiner Willenserklärung beſtimmt [z. B. zu der beim Kauf getroffenen Vereinbarung, daß der Verkäufer eine (minderwertige) Hypothek in Zahlung zu nehmen habe], ſo iſt zunächſt nur dieſer Teil anfechtbar. Ob aber, wenn dieſer nichtig wird, die übrigen Geſchäftsbeſtimmungen beſtehen bleiben, hängt davon ab, ob das Geſchäft auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen ſein würde (§ 139):

4. Die Erforderniſſe der Entſtehung des Anfechtungsrechts ſind von dem, der ſich auf die Anfechtung beruft, zu beweifen, alſo die Täuſchung, die Argliſt und daß die Täuſchung für den Getäuſchten beſtimmend oder mitbeſtimmend geweſen iſt¹²⁾.

II. Der Regel nach iſt auch hier (wie bei der Drohung) für die Anfechtbarkeit gleichgültig, wer die Täuſchung verübt hat; doch gilt eine ſehr wichtige Ausnahme für empfangsbedürftige Willenserklärungen¹³⁾. Hat bei einer ſolchen „ein Dritter“ die Täuſchung verübt¹⁴⁾, ſo kann die Anfechtung nach § 123 Abſ. 2 nur in zwei Fällen ſtattfinden:

1. wenn derjenige, dem die Erklärung abzugeben war, alſo bei Verträgen der Gegenkontrahent (wir nennen ihn kurzweg den Empfänger) die Täuſchung kannte oder kennen mußte¹⁵⁾, d. h. wenn ſein Nichtkennen auf Fahrläſſigkeit beruhte;

¹²⁾ RG Warn. 1919 Nr. 101.

¹³⁾ Die Ausnahme gilt aber nur für empfangsbedürftige Willenserklärungen. Eine Erbschaftsausſchlagung kann ich alſo, da ſie nicht empfangsbedürftig iſt, anfechten, gleichviel wer mich durch argliſtige Täuſchung zur Ausſchlagung bewogen hat, ebenſo eine Auslobung, eine Dereliktion uſw. Über die Anfechtung des Anerkenntniſſes der Vaterſchaft, zu der man durch argliſtige Täuſchung ſeitens der unehelichen Mutter bewogen wurde, vgl. RG 107 S. 177 ff.

¹⁴⁾ Wer als Vertreter den Vertrag für den Empfänger der Willenserklärung ſchließt, iſt aber kein „Dritter“ im Sinne dieſer Vorſchrift, ſo auch RG 72 S. 126; 76 S. 109. Das gilt auch von Gesamtrepertern, wenn nur einer von ihnen die Täuſchung verübte, RG 78 S. 354; ferner vom Geſchäftsführer ohne Auftrag, wenn der Vertrag genehmigt wird, RG 76 S. 109, und ſelbſtverſtändlich von dem, in deſſen Namen der Vertrag abgeſchloſſen wird, RG 81 S. 436. Aber auch Vermittler (Agenten uſw.), die das Geſchäft vorbereitet haben, werden nicht als Dritte betrachtet werden dürfen, da es unbillig wäre, den Geſchäftsherrn die durch die Argliſt ſeiner Vertragsabſchlußgehilfen entſtehenden Nachteile zum Schaden des Vertragsgegners genießen zu laſſen, ebenſo v. Tuhr II 1 S. 617; Riehl, Grundr. 60 S. 915. Auch der Wortlaut ſteht nicht entgegen, da man ſehr wohl unter dem „Dritten“ nur einen beim Zuſtandekommen des Geſchäfts Unbeteiligten verſtehen kann. Auch das RG ſcheint nach einem ähnlichen Ergebnis zu ſtreben, hat aber biſher die Anfechtung nur für zuläſſig erklärt, wenn die Vorbereitung ſo weit ging, daß nur noch die bindende Abſchlußhandlung (Beurkundung des Grundstückskaufs) durch den Kontrahenten ſelbſt vorgenommen wurde, RG 72 S. 137 oder „wenn das Verhalten der Partei dahin auszulegen iſt, daß ſie alle von einem anderen der Gegenpartei abzugeben den Erklärungen als die ihrigen gelten laſſen wolle“, RG Warn. 1915 Nr. 19. Den das Geſchäft vermittelnden Makler betrachtet RG 101 S. 98 f. als „Dritten“.

¹⁵⁾ Auch hier wird aber die in der vorigen Anmerkung für den Begriff des „Dritten“ gegebene Auslegung in entſprechender Weiſe Platz greifen müſſen. Einen Kauf kann ich alſo anfechten, wenn mich der Verkäufer oder ſein Vertreter oder Vermittler betrog oder wenn mich ein Dritter betrog und der Verkäufer oder ſein Vertreter oder Vermittler dieſes wußte oder wiſſen mußte.

2. wenn ein anderer als der Empfänger der Willenserklärung unmittelbar aus der Erklärung ein Recht erworben hat und die Täuschung kannte oder kennen mußte. In diesem Fall ist die Erklärung aber nur ihm gegenüber anfechtbar. Daher ist ein Vertrag zugunsten Dritter dem Dritten gegenüber anfechtbar, wenn dieser betrog oder den Betrug kannte oder kennen mußte; denn der Dritte erwirbt die Forderung nicht erst durch eine spätere Verfügung der Parteien, sondern „unmittelbar aus dem Vertrage“ (wenn auch vielleicht nicht sofort)¹⁶). Ebenso ist eine Schuldübernahme dem am Geschäftsabluß nicht beteiligten, aber durch das Geschäft unmittelbar befreiten ursprünglichen Schuldner gegenüber anfechtbar, wenn er die arglistige Täuschung verübt hat oder kannte oder kennen mußte¹⁷).

III. Nach ständiger Rechtsprechung können Beitrittserklärungen zur Gründung oder Kapitalerhöhung von Aktiengesellschaften, Gesellschaften m. beschr. Haftung und Genossenschaften wegen arglistiger Täuschung nicht angefochten werden, weil sie zugleich eine Erklärung an die Allgemeinheit enthalten, mit den übernommenen Einlagen haften zu wollen¹⁸). Der Getäuschte kann sich also nur an den halten, der ihn getäuscht hat. Alles Nähere, zumal auch die Frage, wie weit auch die Anfechtung wegen Irrtum und Drohung und die Anwendung der Vorschriften über Nichternstlichkeit und Simulation ausgeschlossen ist, muß dem Handelsrecht überlassen bleiben.

IV. Ist durch die Täuschung eine wesentliche Differenz von Wille und Erklärung¹⁹) oder ein Irrtum über wesentliche Eigenschaften der Person oder Sache bewirkt, so ist natürlich auch nach §§ 119, 120 ein Anfechtungsrecht begründet (vgl. oben § 158 Anm. 1). Wichtig kann dies sein wegen des leichteren Beweises; hiervon abgesehen kommt es, da das Anfechtungsrecht aus § 123 im allgemeinen vorteilhafter ist, nur dann in Betracht, wenn die Anfechtung wegen Täuschung unzulässig oder beschränkt ist, d. h. wenn bei einer empfangsbedürftigen Willenserklärung die Täuschung von einem Dritten ausging und der Empfänger sie weder kannte noch kennen mußte (oben II).

Auch besondere Anfechtungsrechte wegen Irrtums im Beweggrunde können mit der Anfechtung wegen Täuschung konkurrieren (§§ 2078, 2281, 2308), und die Anfechtung ist natürlich überhaupt unnötig und wirkungslos, wenn das Geschäft wegen des Irrtums ausnahmsweise nichtig ist (§ 1949).

§ 163. Anfechtungserklärung und ihre Wirkung.

I. Die Anfechtung erfolgt durch eine Erklärung an den Anfechtungsgegner (§ 143, Näheres unten § 190).

1. Sie muß erfolgen binnen Jahresfrist seit Wegfall der Zwangslage

¹⁶) Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte S. 286ff., nimmt an, daß § 123 Abs. 2 auf Verträge zugunsten Dritter nicht anzuwenden sei. Dagegen mit Recht Bland zu § 123 IV und die herrschende Ansicht. — Wird durch die Anfechtung in einem solchen Falle das Geschäft nach § 139 ganz nichtig, also auch dem Empfänger der Willenserklärung gegenüber, so muß man diesem nach Analogie des § 122 einen Anspruch auf Ersatz des negativen Interesses gegen den Anfechtenden gewähren, wofür sich auch aus den Prot. I S. 120 ein Grund entnehmen läßt.

¹⁷) Vgl. auch v. Lühr II 1 S. 620. Andere Beispiele werden sich bei der Besprechung der Vollmacht und der Zustimmung ergeben.

¹⁸) Vgl. besonders RGZ 57 S. 297 (Plenarbeschluss) und 82 S. 376ff. sowie die zahlreichen dort erwähnten älteren Entscheidungen.

¹⁹) B. B. bei Unterschrift einer untergeschobenen Urkunde.

oder Entdeckung der Täuschung, § 124 Abs. 1 u. 2¹⁾. Für den Lauf der Frist gelten hinsichtlich der Hemmung wegen höherer Gewalt und hinsichtlich der Ablaufshemmung wegen mangelnder gesetzlicher Vertretung oder Tod des Anfechtungsberechtigten die gleichen Vorschriften wie bei der Verjährung (§§ 203 Abs. 2, 206, 207).

2. Jedenfalls aber ist die Anfechtung ausgeschlossen, wenn seit Abgabe der Willenserklärung dreißig Jahre verstrichen sind, § 124 Abs. 3.

II. Das angefochtene Geschäft wird als nicht geschlossen angesehen. Die Nichtigkeit kann also nicht nur den Parteien und deren Rechtsnachfolgern, sondern auch Dritten gegenüber geltend gemacht werden (§ 142).

1. Zweifel können entstehen bei einem Geschäft, das (wegen arglistiger Täuschung) nur einem Dritten gegenüber anfechtbar ist, der aus der Willenserklärung unmittelbar ein Recht erworben hat. Da das Geschäft nur dem Dritten gegenüber anfechtbar ist, so muß sich auch die infolge der Anfechtung eintretende Nichtigkeit zunächst auf die dem Dritten gegenüber eingetretenen Wirkungen beschränken²⁾. Ob das Geschäft im übrigen gültig ist, entscheidet sich nach § 139³⁾.

2. Über die Frage, ob die Anfechtung eines obligatorischen Geschäftes auch das dingliche Erfüllungsgeschäft ergreife, unten § 190 II 3.

§ 164. Konkurrierende Ansprüche.

I. Widerrechtliche Drohung und arglistige Täuschung haben nicht nur die Anfechtbarkeit der Willenserklärung zur Folge; sie sind, wenn ein Schaden entsteht, fast immer zugleich unerlaubte Handlungen. Sie enthalten nämlich, wenn die Handlung den Tatbestand der Nötigung, der Erpressung oder des Betruges erfüllt (StrGB §§ 240, 253, 263), die Verletzung einer Vorschrift, die den Schutz eines anderen bezweckt, und machen daher nach § 823 Abs. 2 Schadensersatzpflichtig. Aber selbst wenn das nicht zutrifft¹⁾, wird doch meist

¹⁾ Die Beweislast, wann die Zwangslage weggefallen oder die Täuschung entbeht sei, trifft den, der den Untergang des Anfechtungsrechts durch Fristablauf behauptet, vgl. RG Gruchot 48 S. 334. Die „Täuschung“ ist erst entbeht, wenn auch die wesentliche Wahrheitswidrigkeit erkannt ist, RGZ 59 S. 96; 65 S. 89. Die Anfechtungserklärung muß während der Frist vollendet (zugegangen) sein; Absendung genügt hier nicht (anders beim Irrtum, § 121 Abs. 1 S. 2).

²⁾ Hat mich X durch Betrug bestimmt, einer dem A gegenüber beabsichtigten Schenkung eine Auflage zu seinen (des X) Gunsten hinzuzufügen, und hat A um diesen Betrug weder gewußt noch wissen müssen, so wird durch die dem X gegenüber erfolgte Anfechtung die Auflage nichtig. Die Schenkung an A aber bleibt bestehen. Vorausgesetzt ist dabei freilich, daß anzunehmen ist, die Schenkung würde auch ohne die Auflage vorgenommen sein; denn wäre das nicht der Fall, so wäre nach § 139 das ganze Geschäft nichtig.

³⁾ Über die analoge Anwendung des § 122 in diesem Falle vgl. oben § 162 Anm. 16
¹⁾ Erpressung und Betrug setzen die Absicht, sich oder anderen einen Vermögensvorteil zu verschaffen, voraus (StrGB §§ 253, 263), Nötigung erfordert Gewalt oder Drohung mit einem Verbrechen oder Vergehen (StrGB § 240).

eine gegen die guten Sitten verstößende vorsätzliche Schadenszufügung vorliegen, die nach § 826 zu Schadensersatz verpflichtet²⁾.

1. Der Drohende oder der Betrüger ist in allen diesen Fällen verpflichtet, den Zustand wiederherzustellen, der ohne die Drohung oder den Betrug bestehen würde; denn darin besteht eben die Schadensersatzleistung (§ 249³⁾).

2. Diese Ersatzansprüche haben zwar, solange das Anfechtungsrecht besteht, geringe Bedeutung, da die Anfechtung wegen ihrer Wirkung gegen jedermann meist vorteilhafter sein wird. Immerhin dienen sie dazu, einen weiteren Schaden, der mit dem Geschäft etwa noch verknüpft war, geltend zu machen, z. B. den, der durch Ausschlagen einer anderen günstigen Offerte erwachsen ist.

3. Ist aber das Anfechtungsrecht durch Verjährung der einjährigen Anfechtungsfrist verloren, so sind die Deliktssklagen von hohem Wert; denn sie verjähren erst drei Jahre nach erlangter Kenntnis und bleiben selbst nach eingetretener Verjährung auf die Bereicherung bestehen⁴⁾.

II. Auch Vertragsansprüche, insbesondere auf Wandelung, Minderung oder Schadensersatz (und zwar auf das Erfüllungsinteresse) können mit dem Anfechtungsrecht konkurrieren, z. B. wenn der Verkäufer dem Käufer das Vorhandensein eines Fehlers arglistig verschwiegen⁵⁾ oder Eigenschaften arglistig vorgespiegelt hat⁶⁾. Darüber bei den einzelnen Vertragsverhältnissen.

²⁾ Auch die Verletzung eines subjektiven Rechts oder geschützten Lebensgutes wird nicht selten in der Drohung liegen, so daß dann der Ersatzanspruch auch auf § 823 Abs. 1 gegründet werden kann. Die Annahme, daß durch die Regelung der Anfechtbarkeit wegen Drohung und arglistiger Täuschung im allgemeinen Teil die an sich begründeten Deliktssansprüche hätten ausgeschlossen werden sollen, ist nicht gerechtfertigt, da es dazu einer besonderen Vorschrift bedürft hätte. Vgl. auch Planck zu § 124 Nr. 7.

³⁾ Er kann also das verlangen, was er haben würde, wenn das Geschäft nicht geschlossen wäre (Rückgängigmachung des Geschäfts, Reszissionsklage). Vermag er zu beweisen, daß das Geschäft ohne die arglistige Täuschung doch, und zwar zu günstigeren Bedingungen geschlossen wäre (wozu freilich auch der Nachweis erforderlich ist, daß der Gegner diesem zugestimmt hätte), so kann er auch unter Aufrechterhaltung des Geschäftes die Differenz zwischen den vereinbarten ungünstigeren und jenen günstigeren Bedingungen verlangen (Differenzklage). Das Erfüllungsinteresse, d. h. die Gewährung dessen, was er haben würde, wenn die arglistigen Vorspiegelungen wahr wären, kann er dagegen in der Regel nicht verlangen, da er ja diesen Vorteil, auch wenn er nicht getäuscht wäre, nicht erlangt haben würde. Doch gilt hier nach § 463 S. 2 eine sehr wichtige Ausnahme, wenn es sich um einen Kauf (oder ein anderes entgeltliches Veräußerungsgeschäft) handelt und die arglistige Täuschung in dem Verschweigen eines Fehlers oder (nach analoger Ausbehnung) in der Vorspiegelung von Eigenschaften des Kaufgegenstandes bestand. Darüber unten § 331 II 3b, c und RGE 103 S. 156ff.

⁴⁾ Neuerdings hat auch das RG eine Fortdauer des Ersatzanspruchs nach Ablauf der Frist des § 124 ausdrücklich anerkannt, RGE (VII) 79 S. 197; (II) 84 S. 135 gegenüber einer älteren entgegengesetzten Entscheidung (RGE 63 S. 269f.).

⁵⁾ Doch will RGE 70 S. 429 die Anfechtung wegen Arglist dann ausschließen, wenn das Gesetz die Wandelung eines Kaufgeschäfts auf Grund arglistiger Täuschung vorsieht (?). Dagegen mit Recht RGE 96 S. 157f.

⁶⁾ Darüber unten § 331 II 3c.

Ist die Anfechtung aber wirksam erfolgt, so fallen diese Ansprüche weg, weil dann der Vertrag als von Anfang an nichtig gilt.

III. Selbstverständlich kann der Deliktsanspruch auch einredeweise geltend gemacht werden. Ist man durch die Drohung oder arglistige Täuschung zur Eingehung einer Verpflichtung bestimmt worden, so bleibt die auf den Deliktsanspruch sich gründende Einrede sogar nach Verjährung des Deliktsanspruchs bestehen (§§ 821, 853).

§ 165. b) Irrtum und andere Beweggründe.

I. Ließe man einen irrtümlichen Beweggrund, auch wenn der Irrtum nicht durch arglistige Täuschung hervorgerufen wurde, als Anfechtungsgrund einer Willenserklärung gelten, so hieße das alle Verkehrssicherheit aufheben und den Schaden, den der Irrtum zur Folge gehabt hat, nicht dem Irrenden, sondern dem Gegner aufbürden. Daher wird der Irrtum im Beweggrunde nach dem BG wie nach gemeinem Recht in der Regel nicht berücksichtigt¹⁾.

II. Eine Ausnahme machen aber (in der Hauptsache im Einklang mit dem gemeinen Recht) die letztwilligen Verfügungen²⁾. Ist der Erblasser zu einer solchen durch die irrige Annahme oder Erwartung des Eintritts oder Nichteintritts eines Umstandes bestimmt, so ist die Verfügung anfechtbar (§ 2078) und zwar gleichviel, ob der Irrtum entschuldbar ist oder nicht.

1. Die Anfechtung (wegen Motivirrtum, Geschäftsirrtum oder Drohung) steht demjenigen zu, dem die Aufhebung der letztwilligen Verfügung unmittelbar zum Vorteil gereicht, also bei Vermächtnissen den Mitvermächtnisnehmern, Substituten oder Belasteten, denen der Wegfall des Bedachten zum Vorteil gereicht, bei Erbensezungen den Miterben, Ersaherben oder gesetzlichen Erben, denen der Erbteil (oder die ganze Erbschaft) ohne die angefochtene Erbensezung zugefallen wäre (§ 2080 Abs. 1).

2. Bezieht sich aber der Irrtum auf eine bestimmte Person und ist diese Person anfechtungsberechtigt oder würde sie anfechtungsberechtigt sein, wenn sie zur Zeit des Erbfalls gelebt hätte, so ist ein anderer zur Anfechtung nicht berechtigt. Hat also der Testator in der irrigen Annahme, sein einziger Sohn sei tot, den X zum Erben eingesetzt, so kann zwar der Sohn die Einsezung anfechten; ist er aber zur Zeit des Erbfalls schon tot oder will er die Verfügung nicht anfechten, so steht einem anderen, z. B. einem anderen gesetzlichen Erben, die Anfechtung nicht zu (§ 2080 Abs. 2).

III. Irrtum, zumal Unkenntnis gewisser Umstände, schließt gewisse Rechtsfolgen aus, die bei Kenntnis der wahren Sachlage eingetreten sein würden. So ist die Rückforderung gezahlter Nichtschulden ausgeschlossen, wenn in Kenntnis des Nichtbestehens gezahlt ist (§ 814); ebenso die Ansprüche auf Wandelung oder Preisminderung, wenn der Käufer den Fehler der Sache kannte (§ 460); der Schadensersatzanspruch bei dem wegen Nichtübereinstimmung von Wille und Erklärung nichtigen oder angefochtenen Ge-

¹⁾ Beispiele oben § 157 Anm. 1.

²⁾ Näheres hierüber Ripp, Erbrecht §§ 22, 36.

schäfte, wenn der Gegner den Nichtigkeits- oder Anfechtungsgrund kannte (§ 122 Abs. 2).

1. In derartigen Fällen genügt nun bald jede Unkenntnis (so in dem ersten der angeführten Fälle), bald wird eine nicht auf grober Fahrlässigkeit beruhende (so im zweiten Falle), bald eine überhaupt nicht auf Fahrlässigkeit beruhende Unkenntnis gefordert (so im dritten Falle), eine Dreiteilung, die sich übrigens, wenngleich wenig beachtet, schon im gemeinen Rechte findet.

2. Dagegen ist die grundsätzlich verschiedene Behandlung des Rechtsirrtums und des Tatsachenirrtums dem BG mit Recht fremd geblieben. Der Richter hat also, sofern es überhaupt in Betracht kommt, im Einzelfalle nach der gesamten Lage der Umstände und der Personen zu entscheiden, ob der Rechtsirrtum auf Fahrlässigkeit (oder auf grober Fahrlässigkeit) beruht oder nicht.

IV. Von den Fällen der Drohung, der arglistigen Täuschung und des Irrtums abgesehen, kommt das Motiv für die Gültigkeit des Geschäfts nicht in Frage. Wohl aber kann es für die Auslegung des Willens von Bedeutung sein (unten §§ 192, 193).

IV. Stellvertretung.*)

§ 166. 1. Begriff und Zulässigkeit.

I. Stellvertreter ist, wer eine Willenserklärung, deren Wirkung einen anderen treffen soll, für diesen (den Vertretenen) abgibt oder empfängt. Man kann sonach Vertretung in der Abgabe und im Empfang von Willenserklärungen unterscheiden oder, wie manche sagen, aktive und passive Vertretung. Von der ersteren als der wichtigeren und im Gesetze ausführlich geordneten ist auszugehen.

1. Die (aktive) Stellvertretung setzt voraus:

a) daß der Vertreter das Geschäft selbst durch seinen eigenen Willen abschließt. Dadurch unterscheidet er sich vom Boten, der die Erklärung als eine fremde, als die des Geschäftsherrn abgibt (Bote: „X läßt Ihnen

*) Buchta, Stellvertretung, 1852; Savigny III § 113 und Obligationenr. II §§ 54—56; Scheurl, DogmZ 2 S. 1ff.; Fhering, DogmZ 2 S. 67ff.; Laband, Z. f. Handelsr. 10 S. 183ff.; Hellmann, Stellvertretung, 1882; Mitteis, L. v. d. Stellvertretung, 1885; Regelsberger I §§ 159ff.; Lenel, DogmZ. 36 S. 1—130; Fr. Leonhard, Vertretung beim Fahrnißerwerb, 1899; Hupka, Vollmacht, 1900 und Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht, 1903; Flah, Geschäftsführung, 1900; Biermann, Gießener Fests. f. Dernburg, 1900; Schloßmann, L. v. d. Stellvertretung, Bd. I 1900, Bd. II 1902; Manigt, Anwendungsgebiet der Rechtsgeschäftsnormen, 1901 S. 297ff.; M. Rümelin, Zivl. 93 S. 131ff.; Regelsberger, DogmZ 44 S. 383ff.; Riezler, Zivl. 98 S. 372ff.; Rosenberg, Stellvertretung im Prozeß auf Grund der Stellvertretungslehre des bürgerl. R., 1908; v. Tuhr II 2 S. 333ff.

sagen, daß er das Pferd kaufe". Stellvertreter: „Ich kaufe das Pferd im Namen des X“)¹). Selbstverständlich kommt es aber nicht auf den Wortlaut der Erklärung, sondern auf deren Sinn an, der sich auch aus anderen Umständen ergeben kann²). Aus dieser Verschiedenheit ergeben sich wichtige Folgen³):

a) Da die durch Boten übermittelte Erklärung eine Erklärung des Absenders ist, bindet sie ihn auch bei unrichtiger Übermittlung; freilich ist bei wesentlicher Abweichung Anfechtung möglich (oben § 157); aber der Anfechtende ist dann verpflichtet, dem Gegner das negative Interesse zu ersetzen (§ 122). Die Erklärung des Stellvertreters dagegen bindet den Vertretenen nur innerhalb der Grenzen der Vertretungsmacht, und bei deren Überschreitung entsteht für den Vertretenen auch keine Verpflichtung zum Ersatz des negativen Interesses.

ß) Da der Bote das Geschäft nicht schließt, ist seine Geschäftsfähigkeit nicht erforderlich, vielmehr genügt die natürliche Fähigkeit, die fremde Erklärung auszurichten. Der Stellvertreter dagegen muß, da er das Geschäft selbst schließt, geschäftsfähig sein. Beschränkung der Geschäftsfähigkeit ist jedoch unschädlich, § 165, weil die Beschränkung lediglich mit Rücksicht auf die Interessen der eigenen Person eingeführt ist⁴). Von der gesetzlichen Vertretung sind die Beschränktgeschäftsfähigen allerdings meist durch besondere Vorschriften ausgeschlossen⁵).

¹) Der Mäler ist, insoweit er die Erklärung einer Partei der anderen ausrichtet Bote; außerdem bereitet er das Geschäft vor (§ 652). Auch die den Brief oder das Telegramm übermittelnde Post- oder Telegraphenanstalt ist Bote im Rechtsinne. Der Bote wird auch dadurch nicht zum Stellvertreter, daß er (nach ihm erteilter Ermächtigung) die mündliche oder schriftliche Erklärung in einzelnen Beziehungen vervollständigt oder verändert, wenn er sie nur (dem erhaltenen Auftrag gemäß) nicht als eigene, sondern als Erklärung des Geschäftsherrn abgibt. Der Geschäftsherr hat hier eben gewollt, daß das, was der Bote in jener Beziehung erklären wird, als seine, des Geschäftsherrn Erklärung gelten soll. Doch ist das bestritten: manche meinen, durch Gewährung irgendwelchen Spielraums werde der Bote zum Stellvertreter und umgekehrt durch Entziehung jeden Spielraums der Stellvertreter zum Boten (Zitate bei Rosenberg S. 178 Anm. 1, dagegen vgl. Matthiesen, JurB 24 S. 659). Richtig ist nur, daß im ersten Fall im Zweifel Stellvertretung, im letzteren im Zweifel Botendienst gewollt sein wird. — Ganz verworfen wird der Unterschied von Bote und Stellvertreter von Rosenberg S. 175ff. aus keineswegs überzeugenden Gründen.

²) Das ergibt sich aus allgemeinen Grundsätzen und aus § 164 Abs. 1 S. 2 durch Analogie. In SeuffA 57 S. 52 ist in folgendem Falle Erklärung durch Boten angenommen: Ein Vater vertraute seinen wegen Geisteskrankheit entmündigten Sohn mit der Niederschrift einer Besjonserklärung und ließ den Sohn die Urkunde nachdem sie vorgelesen und vom Vater genehmigt war, selbst unterschreiben und überbringen. Das DLG Celle nahm an, die Urkunde sei infolge der Genehmigung als vom Vater selbst abgegeben anzusehen.

³) Was vom Boten gesagt ist, gilt auch von anderen bei der fremden Erklärung mitwirkenden Hilfspersonen, dem Konzipienten, Schreiber, Dolmetscher uhn.

⁴) Die Beziehungen zwischen dem Vertreter und dem Vertretenen bestimmen sich natürlich nach dem zwischen ihnen bestehenden Verhältnis, und dieses wird bei beschränkter Geschäftsfähigkeit (Minderjährigkeit) des Vertreters meist unwirksam sein, wenn dessen gesetzlicher Vertreter nicht zustimmt, so z. B. ein Auftrag, ein Dienstvertrag.

⁵) So ruht z. B. die elterliche Gewalt, wenn der Gewalthaber in der Geschäftsfähigkeit

b) Stellvertreter ist nur, wer das Geschäft im Namen eines anderen abschließt⁶⁾, d. h. wer erklärt, daß das Geschäft als Geschäft des anderen gelten, mithin die Wirkung des Geschäfts, und zwar die Gesamtwirkung (nicht etwa nur einzelne Folgen) den anderen treffen soll⁷⁾. Gleichgültig ist, ob dieser Wille, als Vertreter zu handeln, ausdrücklich erklärt oder aus den Umständen zu entnehmen ist, § 164 Abs. 1.

a) Stillschweigende Erklärung des Vertreterwillens wird z. B. meist anzunehmen sein, wenn Dienstleute, Angestellte und Beamte, die dem Gegner als solche bekannt sind, Geschäfte schließen, die ersichtlich nicht ihren persönlichen Bedürfnissen dienen; ebenso bei Erfüllungshandlungen (z. B. der Übergabe der gekauften Sache), wenn das zugrundeliegende Verhältnis (der Kauf) mit dem Vertretenen oder für diesen geschlossen war, nicht dagegen, wenn dieses Grundverhältnis in der Person des Vertreters bestand⁸⁾.

β) Die Vertretung kann auch alternativ für eine von mehreren Personen oder für eine überhaupt noch unbestimmte (erst später zu bezeichnende) Person erfolgen, z. B. kann ein Kauf mit der Klausel „Aufgabe des Käufers vorbehalten“ geschlossen werden⁹⁾. Die Wirkung für und gegen den Vertretenen ist dann aber natürlich von der späteren Bezeichnung seiner Person abhängig.

γ) Das mit dem bevollmächtigten Vertreter eines Gewerbetreibenden geschlossene Geschäft ist für den Vertretenen gültig, auch wenn der Vertreter irrtümlich für den Geschäftsherrn, mit dem man kontrahieren wollte, gehalten wurde.

2. Stellvertreter im Empfang (passiver Vertreter) ist derjenige, an den eine Erklärung, deren Wirkung einen anderen treffen soll, für diesen abgegeben wird. Entscheidend ist hier lediglich der (ausdrücklich erklärte oder aus den Umständen zu entnehmende, § 164, Abs. 3) Wille des Erklärenden, daß die Erklärung dem Empfänger als dem Vertreter des anderen Teils abgegeben werde; denn die Willenstätigkeit des Empfängers

beschränkt ist (§§ 1676, 1678, 1686, 1696), und zum Vormund oder Pfleger können Entmündigte nicht bestellt werden (§§ 1780, 1915); wohl aber können in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Personen Vorstand einer juristischen Person sein; ja Minderjährige und unter vorläufige Vormundschaft gestellte können möglicherweise sogar Vormund oder Pfleger werden, da die ihre Bestellung verbietende Vorschrift der §§ 1781 Nr. 1, 1915 nur eine „Soll“-vorschrift ist, deren Verletzung die Bestellung nicht nichtig macht. Die Schlüsselgewalt der Ehefrau setzt unbeschränkte Geschäftsfähigkeit nicht voraus; wohl aber die Vertretungsmacht des Testamentsvollstreckers (§ 2201).

*) Die Beweislast trifft den, der aus dem Geschäft klagt, sowohl wenn er behauptet, das Geschäft sei in fremden Namen abgeschlossen, als wenn er den Abschluß in eigenem Namen behauptet, Fr. Leonhard, Beweislast S. 325; DRG 22 S. 153; RG Komm. § 164, 3.

7) Hierdurch unterscheidet sich die Vertragsschließung im Namen eines anderen (Stellvertretung) von dem Abschluß eines Vertrags zugunsten eines Dritten. Wenn ich z. B. mein Leben zugunsten eines Dritten versichere, so soll das Geschäft das meine sein: ich habe die Prämie zu zahlen, mir ist der Versicherer gebunden, nur eine einzelne Wirkung soll zugunsten des Dritten eintreten (vgl. auch unten §§ 258 ff.).

8) So richtig Fr. Leonhard S. 34 und in der Hauptsache schon Lenel S. 37, während Rümelin S. 226 ff. nachzuweisen sucht, daß bei der Übereignung durch Übergabe der Wille des Tradenten in der Regel auf keine bestimmte Person, sondern auf den, den es angeht, gerichtet sei; vgl. unten § 167 Anm. 6.

9) Dies bestreitet Hellwig, Beiträge auf Leistung an Dritte S. 243 ff.; dagegen Rümelin S. 221, vgl. auch Dernburg, Pr. Privatrecht II § 13. Beispiele aus der Praxis RG 24 S. 64; 35 S. 133; 38 S. 185; RG Recht 1916 Nr. 624.

ist zum Empfange überhaupt nicht erforderlich, kann ihm die Erklärung doch selbst ohne sein Wissen zugehen (oben § 149).

a) Wie bei der Erklärung der Stellvertreter und der Bote unterschieden wird (oben 1a), so hat man auch beim Empfang den Stellvertreter und den Empfangsboten zu unterscheiden. Die Erklärung an den Vertreter richtet sich an diesen selber, freilich an ihn als Vertreter; die Erklärung an den Empfangsboten richtet sich nicht an diesen, sondern an den, der durch ihn empfängt¹⁰⁾. Daher ist z. B., wo es auf das Wissen und Wissenmüssen des Adressaten ankommt, das Wissen und Wissenmüssen des Vertreters entscheidend, das des Empfangsboten dagegen gleichgültig¹¹⁾.

b) Wer als Stellvertreter eine Erklärung abgibt, wird auch bezüglich des Empfanges der Gegenerklärung als Vertreter aufzufassen sein. Wer dagegen als Bote die fremde Erklärung überbringt und zum Empfange der Antwort ermächtigt ist, wird meist nur als Empfangsbote angesehen werden können.

c) Die Erklärung ist vollendet, sobald sie an den Stellvertreter abgegeben ist. Das gleiche gilt bei der Abgabe an den Empfangsboten, und ihr Inhalt ist der an diesen abgegebene und wird durch eine (entstellende) Mitteilung an den Geschäftsherrn nicht verändert¹²⁾.

d) Sind Hausgenossen (ausdrücklich oder stillschweigend) zum Empfang von Willenserklärungen ermächtigt, so wird es sich meist um Empfangsboten handeln. Sind sie nicht ermächtigt, so wird die an sie abgegebene Willenserklärung doch meist schon vollendet sein, weil sie bereits in die Macht des Adressaten gekommen ist (oben § 149). Ist auch das nicht der Fall, so sind sie lediglich Boten des Erklärenden, deren sich dieser zur Erklärung an den Adressaten bedient. Dann ist die Erklärung also erst, wenn sie diesem zugeht, vollendet, und ihr Inhalt bestimmt sich danach, wie sie ihm zugeht.

II. Die Wirkung der abgegebenen oder empfangenen Willenserklärung für und gegen den Vertretenen hängt davon ab, ob der Vertreter Vertretungsmacht hatte (unten § 168) und die Erklärung innerhalb der Grenzen dieser Vertretungsmacht von ihm oder an ihn abgegeben wurde, § 164 Abs. 1 und 3; doch kann der Mangel der Vertretungsmacht unter Umständen durch Genehmigung geheilt werden (unten § 170). Das Gesetz spricht aber von Stellvertretung auch da, wo die Wirkung für und gegen den Vertretenen ausbleibt (§§ 177 ff.).

III. Während das römische Recht die Stellvertretung im allgemeinen nur beim Besitz, bei dinglichen Geschäften und wohl auch bei der Erbschaftsantretung zuließ, sie aber namentlich für den obligatorischen Verkehr ausschloß und nur in unvollkommener Weise durch eine Haftung des Vertretenen

¹⁰⁾ Wie der Bote dem Sprachrohr des Erklärenden vergleichbar ist, so der Empfangsbote dem Hörrohr des Erklärungsempfängers, Roswinkel, Bürgl 32 S. 386 ff., wofür selbst weitere Literaturangaben. Ein Beispiel eines Empfangsboten in OLG 35 S. 309.

¹¹⁾ Wer dem Vertreter eine fehlerhafte Sache verkauft, kann sich darauf berufen, daß dieser den Fehler gekannt habe; wer die Erklärung des Empfangsboten abgibt, kann sich auf dessen Kenntnis nicht berufen.

¹²⁾ Hat mir jemand durch seinen zum Empfang der Antwort ermächtigten Diener bestellen lassen, daß er mir nach meiner Wahl sein schwarzes oder sein braunes Pferd für 1000 zum Kauf anbiete, und habe ich dem Diener gesagt, das ich das braune kaufe, so ist dieses gekauft, auch wenn der Diener dem Herrn falsche oder gar keine Mitteilung macht. Sehr abweichend meint Litz, Mißverständnis S. 292 Anm. 9 und S. 296 ff., die schriftliche Erklärung werde erst vollendet, wenn der Empfangsbote mit ihr in das Haus des Herrn zurückkehre, die mündliche nur, wenn er sie richtig mitteile, und die unrichtig mitgeteilte sei nichtig.

neben dem Vertreter ersetzt, ist die Zulässigkeit der Stellvertretung in Deutschland seit dem 17. Jahrhundert als Prinzip anerkannt, so daß der Ausschluß bei einzelnen Geschäften als Ausnahme erscheint. Auf diesem Standpunkt steht auch das B.G. Nur bei wenigen Geschäften ist die Stellvertretung aus besonderen Gründen ausgeschlossen.

1. Dahin gehören zunächst rein familienrechtliche Willenserklärungen, nämlich: die Eheschließung und die elterliche Einwilligung dazu (§§ 1317 und 1307, vgl. aber *EG* Art. 57);

die Anfechtung und die Bestätigung der Ehe (§§ 1336, 1337 Abs. 3);

die Anfechtung oder Anerkennung der Ehelichkeit eines Kindes (§§ 1595, 1598 Abs. 3); der Antrag auf Ehelichkeitserklärung, die Einwilligung dazu (§ 1728) sowie die Anfechtung dieser Erklärungen (§ 1731);

der Vertrag über die Annahme an Kindesstatt und die Einwilligung dazu, die Anfechtung des Vertrages und die Einwilligung dazu sowie die Aufhebung (§§ 1750, 1748 Abs. 2, 1755, 1770).

2. Ferner Verfügungen von Todeswegen, nämlich:

das Testament und dessen Widerruf (§§ 2064, 2254—2256);

der Erbvertrag, was die Person des Erblassers betrifft (§ 2274), und ebenso der Erbverzicht (§ 2347)¹²⁾, die Anfechtung (§ 2282)¹³⁾, Bestätigung (§ 2284), Aufhebung (§§ 2290 Abs. 2, 2292) des Erbvertrages und der einseitige Rücktritt von einem solchen (§ 2296, vgl. § 2271);

gewissermaßen als Mitwirkung bei letztwilligen Verfügungen gehört hierher die Zustimmung des Ehegatten zu letztwilligen Verfügungen des anderen Ehegatten über die fortgesetzte Gütergemeinschaft (§ 1516).

3. Sobald die Zustimmung des Mannes zur Eingehung persönlich zu erfüllender Verpflichtungen seitens der Ehefrau und die Kündigung solcher Verpflichtungen durch den Mann (§ 1358 Abs. 3).

4. Endlich kann die Vereinbarung der allgemeinen Gütergemeinschaft zwar durch einen Bevollmächtigten, nicht aber durch den gesetzlichen Vertreter erfolgen (§ 1437 Abs. 1).

IV. Über die Anwendung der Vorschriften über Stellvertretung auf geschäftsähnliche Handlungen unten § 194.

§ 167. Sog. mittelbare Vertretung*).

I. Wer das Geschäft zwar für einen anderen (für fremdes Interesse, für fremde Rechnung), aber in eigenem Namen schließt, d. h. also mit der Absicht, die Wirkungen zunächst in der eigenen Person zu erzeugen, sie aber später durch weitere Rechtsakte, insbesondere durch Übereignung, Abtretung, Schulübernahme auf den anderen zu übertragen, ist kein Stellvertreter im Sinne des B.G. Doch bezeichnet ihn die gemeinrechtliche Theorie

¹²⁾ Jedoch kann für einen geschäftsunfähigen Erblasser der gesetzliche Vertreter mit Zustimmung des Vormundschaftsgericht den Erbverzicht schließen.

¹³⁾ Jedoch kann für einen geschäftsunfähigen Erblasser der gesetzliche Vertreter mit Zustimmung des Vormundschaftsgerichts den Erbvertrag anfechten.

*) Müller-Erzbach, Grundsätze über unmittelbare Stellvertretung aus der Interessenlage entwickelt, 1905, und *DogmZ* 53 S. 358 ff.; E. Müller, *DZurZ* 06 S. 164 ff.; Reubeder, *Grünhut* 36 S. 31 ff.

als indirekten, mittelbaren, stillen Stellvertreter (oder als Zwischenperson, Ersatzmann)¹⁾.

Über den indirekten Stellvertreter finden sich im BG keine Bestimmungen irgendwelcher Art. Daraus geht hervor, daß er durch die Geschäfte, die er mit Dritten schließt, lediglich selbst berechtigt und verpflichtet wird und daß sein Verhältnis zu demjenigen, in dessen Interesse er die Geschäfte schließt, sich lediglich nach dem Rechtsverhältnis, z. B. dem Auftrags- oder Dienstverhältnis bestimmt, das zwischen ihnen besteht.

Nach § 392 Abs. 2 HGB gelten gleichwohl die Forderungen des Kommissionärs aus Kommissionsgeschäften im Verhältnis zwischen dem Kommittenten und dem Kommissionär oder dessen Gläubigern als Forderungen des Kommittenten. Allein in das BG ist eine entsprechende Regel nicht aufgenommen. Sie bleibt also eine Sonderbestimmung für das Kommissionsgeschäft und gilt lediglich für den durch §§ 383 und 406 HGB bestimmten Kreis von Geschäften²⁾.

II. Hat jemand zwar die Absicht, das Geschäft im Namen eines anderen abzuschließen, ist aber der Wille, in fremdem Namen zu handeln, nicht erkennbar, so stimmt seine Erklärung nicht mit seinem Willen überein; denn er gibt eine Erklärung des Sinnes ab, er schließe das Geschäft in eigenem Namen, während er in Wahrheit im Namen des Vertretenen handeln will. Nach der allgemeinen Regel des § 119 müßte also diese Erklärung anfechtbar sein. Der § 164 Abs. 2 bestimmt aber aus Gründen der Verkehrssicherheit, daß der nicht erkennbar hervorgetretene Mangel des Willens, in eigenem Namen zu handeln, nicht in Betracht kommt³⁾. Das Geschäft gilt also als

¹⁾ Schloßmann (vgl. besonders I S. 379f.) leugnet den Unterschied zwischen direkter und indirekter Stellvertretung überhaupt. Es gebe nur eine Vertretung, d. h. die Besorgung fremder Angelegenheiten auf Gefahr und Rechnung des Interessenten. Falsch sei es, nach dem Willen des Vertreters und des Vertretenen und nach dem äußeren Auftreten unterscheiden zu wollen, ob die Wirkungen den Vertreter oder den Vertretenen treffen. Vielmehr entscheide darüber lediglich das Recht nach — objektiven Gesichtspunkten. (Wo finden sich diese?) Die Begriffe des „Handelns in eigenem und in fremdem Namen“ seien inhaltslos, und der Begriff der Vollmacht beruhe auf einer Tautologie. Schloßmann hat für diese Grundlagen seiner Vertretungslehre trotz des in einzelnen Ausführungen hervortretenden Scharfsinns mit Recht keine Zustimmung gefunden. Vgl. dagegen namentlich Hupka S. 23ff.; Rümelin S. 134ff., 293ff.

²⁾ So auch die von jeher in Theorie und Praxis herrschende Meinung sowie RG 58 S. 276f. (abweichend Regelsberger, DogmZ 44 S. 422). Die II. Kommission lehnte einen Antrag, der die Vorschrift auf die Geschäfte anderer Beauftragten ausdehnen wollte, ab (Prot. II S. 361). Müller-Erzbach, Grundsätze der mittelbaren Stellvertretung (vgl. auch DogmZ 53 S. 344), hat ein „ideelles Recht“ der mittelbaren Stellvertretung zu entwickeln versucht, das von dem geltenden Rechte durchgreifend abweicht. Seine Ergebnisse entsprechen aber m. E. keineswegs durchweg der „Interessenlage“ oder (was im Grunde dasselbe ist) der Billigkeit.

³⁾ Gleichwohl wollen Dernburg § 169 Ann. 9 und Schloßmann II § 52 die Anfechtung zulassen.

eigenes Geschäft des Vertreters; denn der Mangel des Willens, in eigenem Namen zu handeln, soll ja überhaupt nicht in Betracht kommen, also von niemand und gegen niemand in Betracht gezogen werden dürfen⁴⁾.

Das Gesagte gilt nicht nur von obligatorischen, sondern auch von dinglichen Geschäften, insbesondere von dem auf das obligatorische Kaufgeschäft folgenden dinglichen Erfüllungsakte, z. B. von der Übergabe der gekauften Sachen (oben § 166 I 1b a). Sind aber der Vertreter und der Vertretene darüber einverstanden, daß der (mittelbare) Besitz und das Eigentum für den Vertretenen erworben werden sollen, so tritt diese Wirkung in demselben Augenblick, in dem der Vertreter erwirbt, durch *constitutum possessorium* ein⁵⁾, also nicht durch die Tradition an den Vertreter, sondern durch eine mit dieser gleichzeitig vollendete weitere Übertragung des Vertreters an den Vertretenen⁶⁾.

⁴⁾ Ed. Vorträge S. 179f., will diese Bestimmung beschränkend so erklären: Der Vertreter könne sich nur dem anderen Vertragsschließenden gegenüber nicht darauf berufen, daß ihm der Wille, für sich selbst zu handeln, fehle. Danach könnte sich der andere Kontrahent, wenn er wollte, auch an den Vertretenen halten (oder gar an beide, wie David im Recht 1901 S. 596ff. und Brach daselbst S. 558ff. annehmen). Das ist aber mit den Worten des Gesetzes schwerlich vereinbar, entspricht auch nicht der Billigkeit; denn weshalb soll dem Gegner (durch die nach seinem Willen sich entscheidende alternative oder gar durch die kumulative Haftung beider) eine erhöhte Sicherheit gegeben werden, auf die er in keiner Weise gerechnet hat und die den Vertretenen unter Umständen schwer schädigt? Man denke nur, daß dieser, weil dem Vertreter die Rechnung überhandt war, ihm Deckung gegeben hat, die er ihm sonst nicht anvertraut haben würde, und daß der Vertreter vor der Vertriebung des Gegners in Konkurs gefallen ist. Wie oben RG Gruchot 66 S. 100.

⁵⁾ So auch das RG in Gruchot 47 S. 987ff. (übereinstimmend mit einer früheren gemeinrechtlichen Entscheidung, RG 30 S. 141), ferner RG 100 S. 192f. Dieses sog. „antizipierende Konstitut“ wird in Wahrheit erst vollendet durch die Besitzergreifung des Vertreters (vgl. auch oben § 136 B und Anm. 17). Das Geschäft des Konstituts setzt sich aus den zwischen dem Vertreter und dem Vertretenen ausgetauschten Erklärungen, daß die demnächst stattfindende Besitzergreifung für den Vertretenen erfolge und auf ihn Eigentum übertrage, und aus der Besitzergreifung selber (deren Sinn nach jenem Einverständnis auszulegen ist) zusammen. Wenn man allerdings wie Lenel und nach ihm andere bewußt oder unbewußt jene Einigung über die zukünftige dingliche Wirkung mit der Vereinbarung einer obligatorischen Verpflichtung zur Eigentumsübertragung vertauscht, so ist der Weg zum richtigen Verständnis dieses Geschäfts verschlossen. Vgl. gegen die mehrfach behauptete Unmöglichkeit eines antizipierenden *constitutum possessorium* auch v. Tuhr, DogmZ 48 S. 47ff.; ferner RG 56 S. 54; RG JurW 1912 S. 797. Zustimmung zu der Auffassung des Textes auch Pland-Flad 4. Aufl. zu § 164, 5c im Gegensatz zu den früheren Auflagen.

⁶⁾ Dem Veruche Rümelins (a. a. D. namentlich S. 218ff.), den Eigentums- und Besitzwerb des Vertretenen schon aus dem Traditionsgeschäfte als solchem zu folgern, kann m. E. nicht zugestimmt werden. Wenn es dem Gegner auch häufig gleichgültig sein wird, für wen erworben werde, so darf man darum noch nicht mit R. unterstellen, die Traditionserklärung sei in Wahrheit an den Unbestimmten, den es angeht, gerichtet; und ebensowenig scheint es mir zulässig, die Frage, ob das Geschäft in solchen Fällen für den Vertreter oder den Vertretenen wirke, „rein objektiv“, „nach der Praktikabilität der Resultate“ zu bestimmen; denn dadurch würde nicht bloß der Grundsatz, daß sich die Rechtswirungen in erster Linie nach den Erklärungen der Geschäftssubjekte richten, verletzt, sondern auch nur ein bei der Verschiedenheit der in Betracht kommenden Interessen äußerst unsicheres Kriterium gewonnen. Vgl. über die sehr bestrittene Frage ferner Pland und Hölder zu § 164; Fr. Leonhard, a. a. D. S. 31ff.; Sellmann, KritB 41 S. 243f.; R. Leonhard, Allg. Teil S. 364ff.; Dernburg § 168 II; Regelsberger, DogmZ 44 S. 393ff.

§ 168. 2. Grund und Umfang der Vertretungsmacht. Selbstkontrahieren.

I. Die Vertretungsmacht kann beruhen auf einer Rechtsregel oder einer öffentlichen Anordnung, auf der Verfassung einer juristischen Person oder auf einem Rechtsgeschäft, d. h. einer Vollmacht.

1. Die Vertreter, deren Vertretungsmacht unmittelbar auf gesetzlicher Vorschrift beruht, kann man als „gesetzliche Vertreter“ (im weiteren Sinne) bezeichnen¹⁾. Dahin gehören:

a) Die (regelmäßigen) Vertreter der geschäftsunfähigen und geschäftsbeschränkten Personen, nämlich der Inhaber der elterlichen Gewalt für die gewaltunterworfenen Kinder und der Vormund für Minderjährige und Entmündigte einschließlich des Falles der vorläufigen Vormundschaft. Sie werden im BG unter dem Ausdruck „gesetzliche Vertreter“ (im engeren Sinne) zusammengefaßt²⁾.

b) Der Pfleger (in den verschiedenen Fällen der Pflegschaft, §§ 1909—14), was sich daraus ergibt, daß die Vorschriften über den Vormund auf ihn entsprechend anzuwenden sind (§ 1915³⁾); und folgerweise der (der Mutter beigeordnete) Beistand, soweit ihm die Vermögensverwaltung übertragen ist, da er insoweit dem Pfleger gleichsteht (§ 1693); sowie der Nachlaßpfleger (§ 1960) und Nachlaßverwalter (§ 1981), da sie als Unterarten der Pfleger zu betrachten sind⁴⁾.

c) Andere Personen, denen das Gesetz ein Vertretungsrecht (freilich in sehr verschiedenen Grenzen) verleiht, so der Konkursverwalter (KO § 6⁵⁾), der Testamentsvollstrecker (§§ 2205 ff.)⁶⁾ und die Ehefrau in den Grenzen ihrer Schlüsselgewalt (§ 1357⁷⁾).

d) Der Ehemann, soweit er über das eingebrachte Gut oder bei den Gütergemeinschaften über das Gesamtgut verfügen kann. Zwar ist diese Befugnis in erster Linie als Verwaltungsrecht, d. h. als ein Recht der Verfügung in eigenem Namen zu betrachten⁸⁾. Doch kann der Ehemann innerhalb der Grenzen dieses Verwaltungsrechts auch im Namen der Frau als deren Vertreter handeln (vgl. das Familienrecht) und wird, sofern er das tut, auch als gesetzlicher Vertreter (i. w. S.) zu bezeichnen sein.

2. Auf der Verfassung einer juristischen Person beruht die Macht des Vereins- oder Stiftungsvorstandes, als Willensorgan der juristischen Person für diese zu handeln. Der Vorstand hat, wie es im Gesetze heißt, „die Stellung eines gesetzlichen Vertreters“, §§ 26, 30, 86, ist also, obgleich er streng genommen nicht Vertreter, sondern Willensorgan ist, nach den Vorschriften über die gesetzlichen Vertreter zu behandeln (oben § 102 Anm. 6).

¹⁾ In diesem Sinn muß der Ausdruck „gesetzlicher Vertreter“ in § 278 verstanden werden, worüber im Schulrecht.

²⁾ Auch die BPD (§ 51) nennt die Vertreter nichtprozeßfähiger Personen (also geschäftsunfähiger oder geschäftsbeschränkter Personen, § 53 BPD) „gesetzliche Vertreter“.

³⁾ Auch nach § 53 BPD steht der im Prozeß durch einen Pfleger Vertretene in diesem Rechtsstreit einem Prozeßunfähigen gleich.

⁴⁾ Näheres bei Ripp, Erbrecht §§ 58, 78.

⁵⁾ Über die Vertreterereignischaft des Konkursverwalters und die verschiedenen Ansichten darüber vgl. namentlich Jaeger, Konkursordnung § 6 Anm. 1 ff.

⁶⁾ Näheres bei Ripp, Erbrecht § 116.

⁷⁾ Innerhalb dieses Wirkungskreises geschlossene Geschäfte gelten, wenn sich aus den Umständen nicht ein anderes ergibt, als im Namen des Mannes vorgenommen (§ 1357 Abs. 1 S. 2).

⁸⁾ Auch die unter a—c genannten Vertreter haben übrigens mannigfache Verwaltungsbefugnisse, die nicht unter den Begriff der Stellvertretung fallen, vgl. Siber, Dogm. § 67 S. 81 ff.

3. Der dritte Grund, auf dem die Vertretungsmacht beruhen kann, die Vollmacht, ist später zu besprechen (unten §§ 171 ff.).

II. Der Umfang der Vertretungsmacht bestimmt sich nach ihrer Grundlage, also nach dem Gesetz eventuell in Verbindung mit der behördlichen Anordnung oder nach dem Statut der juristischen Person, besonders endlich nach dem Inhalte der Vollmacht (unten § 172).

III. In Wissenschaft und Praxis sehr bestritten war die Frage, ob der Vertreter eines anderen als solcher mit sich selbst als eigener Person oder als dem Vertreter eines Dritten Geschäfte abschließen könne⁹⁾. Man spricht in allen diesen Fällen von „Kontrahieren mit sich selbst“ oder „Selbstkontrahieren“, obgleich auch der Abschluß einseitiger Rechtsgeschäfte durch Erklärung an sich selbst in Betracht kommt.

Das Wesen des Geschäftes oder des Vertrages steht der Gültigkeit solcher Geschäfte nicht entgegen. Es ist nicht einzusehen, weshalb der Vertreter, der eine Erklärung im Namen eines Vertretenen gibt, sie nicht zugleich im Namen eines anderen Vertretenen oder in eigenem Namen sollte empfangen können, wenn sich der Akt nur nicht unbemerkt in seiner Person vollzieht, sondern für Dritte erkennbar vorgenommen wird, z. B. vor einer Urkundsperson, vor Zeugen, durch Buchung, durch Mitteilung an den Vertretenen usw.¹⁰⁾.

Alein meistens stehen bei solchen Geschäften die beiderseitigen Interessen miteinander in Widerspruch; die Annahme, der Vertreter sei zum Selbstkontrahieren in der Regel befugt, würde also weder den Interessen des Vertretenen noch seinem (oder des Gesetzes) mutmaßlichen Willen entsprechen. Vielmehr darf man diese Befugnis nur annehmen, wenn sie entweder besonders gegeben ist oder wenn es sich um Geschäfte handelt, bei denen die Übervorteilung des anderen Teils in der Regel nicht zu befürchten ist. Letzteres hat das röm. Recht bei Zahlung von Schulden, Entnahme von Darlehen und Auktionsverkäufen angenommen¹¹⁾.

1. Das BG schließt in § 181 das Selbstkontrahieren in der Regel aus¹²⁾. Wichtige Ausnahmen aber gelten, wenn das Selbstkontrahieren durch Ge-

⁹⁾ Unter der Voraussetzung, daß eine erkennbare Willenserklärung vorliegt, haben sich für die Zulässigkeit erklärt (wenn auch nicht ohne Beschränkungen); Römer, Zeitschr. f. Handelsrecht 19 S. 67 ff.; Mitteis, Stellvertretung § 23; Kohler, Abhandlungen 1 S. 7 ff.; Dernburg, PrK II § 181 Anm. 11; ferner RG 6 S. 11, vgl. RG 4 S. 297; 7 S. 119 f.; 24 S. 87 ff.; sowie RG bei Gruchot 34 S. 956; 35 S. 925; 37 S. 1034 ff. Dagegen Weichmann, Kauf 1 S. 284 ff.; Mustat, Zeitschr. f. Handelsr. 33 S. 507 ff.; Förster-Eccius 1 S. 426. Einen Versuch bestimmter Abgrenzung macht W. Kümelin, Selbstkontrahieren des Stellvertreters (1888). Dasselbst weitere Literatur.

¹⁰⁾ Beispiele in RG 52 S. 130 ff.; 63 S. 17, S. 405; RG JurW 03 Beil. S. 31; RG Gruchot 56 S. 895.

¹¹⁾ L. 9 §§ 4, 5, 7 D. de administ. et peric. tut. 26, 7; L. 2 §§ 8 u. 9 D. pro emptore 41, 4, vgl. auch L. 7 § 5 D. de adm. et peric. 26, 7; L. 78 D. de contr. emt. 18, 1; L. 6 D. de fidej. 46, 1.

¹²⁾ Selbstkontrahieren liegt aber nicht vor, wenn ein Vertreter kraft der ihm eingeräumten Substitutionsbefugnis einen Substituten ernannt hat, der nicht den Vertreter, sondern den Geschäftsherrn vertritt und in dessen Namen mit dem Vertreter als eigener Person ein Geschäft abschließt, DLG 7 S. 6 f.; 11 S. 395 f.; 12 S. 24; ebenso wenig, wenn das Geschäft dem Vertreter zwar Vorteil bringt, aber (im Namen des Vertretenen) mit einem Dritten vorgenommen wird (Verbürgung für eine eigene Schuld im Namen des Vertretenen, Übernahme einer solchen, Anweisung zur Umbuchung einer eigenen Schuld auf das Konto des Vertretenen); doch sind solche Geschäfte nichtig, wenn Kollusion vorliegt, RG 78 S. 352 f. Stark abweichend Predari, Gruchot 63 S. 675, der das Verbot des § 181 als eine allgemeine Schutzvorschrift gegen den Mißbrauch der Vertretungs-

feh¹³⁾, Statut oder Vollmacht „gestattet ist“¹⁴⁾ oder „wenn das Rechtsgeschäft ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht“¹⁵⁾. Das kann aber nur auf die wirkliche Erfüllung, nicht auf die Hingabe an Zahlungsstatt bezogen werden, und auch die Erfüllung einer noch nicht fälligen, nicht klagbaren oder durch Einrede entkräfteten Verbindlichkeit ist auszuschließen, es sei denn, daß der Vertreter in seiner Vertretereigenschaft nicht zahle, sondern nur empfangen¹⁶⁾.

2. Schon in der zweiten Kommission bestritten (Prot. II S. 73, 74) war aber, ob das Geschäft, das der Vertreter entgegen der Regel des § 181 vornimmt, in jedem Falle nichtig sei¹⁷⁾ oder ob es vom Vertretenen

macht auffassen will und annimmt, daß ein solcher Mißbrauch stets zu befürchten sei, wenn ersichtlich die Rechtshandlung des Vertreters auch in dessen eigenes Interesse übergreift. Mir scheint die völlig klare und wegen ihrer Bestimmtheit leicht anwendbare engere Fassung des § 181 nicht ohne Grund gewählt zu sein. So auch RGE 103 S. 418.

¹³⁾ Vgl. z. B. §§ 1009 Abs. 2, 1409 S. 2.

¹⁴⁾ Das kann auch stillschweigend geschehen, vgl. z. B. RGE 74 S. 413. Ferner gilt es nicht nur für dingliche und obligatorische Geschäfte, sondern auch für familienrechtliche, wenn diese überhaupt Vertretung zulassen, RGE 79 S. 283. — Streitig ist, ob das Vormundschaftsgericht dem Vormund oder Pfleger mehrerer Personen das Selbstkontrahieren gestatten könne. Dagegen namentlich RGE 67 S. 61 ff. u. 71 S. 162 ff. (Plenarbeschluss); 93 S. 335. Allein diese Ansicht führt zu unerträglichen Weiterungen und erheblichen Kosten, da stets besondere Pfleger ernannt werden müssen. Auch ist in solchen Fällen das Selbstkontrahieren weniger bedenklich als sonst. Die Frage wird also nach Analogie des § 181 zu bejahen sein.

¹⁵⁾ Der Generalbevollmächtigte des A kann also z. B. an sich selbst zahlen, was A ihm schuldet, oder an sich als den Vertreter des A zahlen, was er dem A schuldet, oder, wenn er zugleich Vertreter des B ist, als A's Vertreter an sich als den Vertreter B's zahlen, was A dem B schuldet. Aber diese Zahlungen können sich nicht durch bloße Gedanken vollziehen, sondern müssen äußerlich erkennbar hervortreten (s. oben). Hupka, Vollmacht S. 277 ff., fordert außerdem, daß der Akt nicht durch unkontrollierbare Zurückziehung wieder aufgehoben werden könne, er hält deshalb in der Regel nur Erklärungen an öffentliche Urkundspersonen oder an den oder die Vertretenen oder aber den Eintrag in ein der öffentlichen Kontrolle unterliegendes Vormundschafts- oder Handelsbuch für genügend. Diese keineswegs wünschenswerte Beschränkung ergibt sich aber weder aus dem § 181 noch aus dem Wesen des Geschäftsabschlusses, der nur Erkennbarkeit der Willenserklärung nicht eine Garantie für fortdauernde Erkennbarkeit fordert.

¹⁶⁾ Vgl. Hölder zu § 181. Pland I zu § 181 will auch in diesem Falle die Selbst Erfüllung ausschließen, weil die Zahlung sachlich einen Verzicht auf die Einrede enthalte. Rechtlich handelt es sich aber nicht um einen Verzicht, sondern lediglich um Erfüllung; der Wortlaut des § 181 spricht also nicht gegen, sondern für die Gültigkeit; und sachlich ist diese ganz unbedenklich, weil dem Vertretenen lediglich ein Vorteil erwächst (Pland-Flad in 4. Aufl. stimmt dem oben Gesagten zu). Auch die Aufrechnung ist zuzulassen, es sei denn, daß das Aufrechnungsrecht nur dem Vertretenen zustand, zustimmend Pland-Flad in 4. Aufl.; v. Tuhr hält die Aufrechnung, auch wenn das Aufrechnungsrecht nur dem Vertretenen zustand, für statthaft, weil ja der Vertreter zahlen und dann rückzahlen könne, dem Vertretenen also durch die Aufrechnung kein Nachteil entstehen könne. Das ist unzutreffend; denn der Vertretene könnte hier insolge der bei der Aufrechnung eintretenden Rückwirkung (Zinsen) sehr wohl geschädigt werden.

¹⁷⁾ So namentlich Pland zu § 181, der entscheidendes Gewicht auf den Ausdruck „kann nicht“ in § 181 legt. Allein dieser ist auch nach unserer Ansicht gerechtfertigt, da der Ausschluß der Vertretungsmacht nicht nur das „Dürfen“ sondern auch das „Können“ einschränkt. Der Ausdruck „darf nicht“ wäre ohne nähere Präzisierung der Folgen auch nach unserer Ansicht fehlerhaft, da er nur eine Schadenersatzpflicht des Vertreters beurkunden würde. Jedenfalls sind die im Texte entwickelten Gründe gegen diese Ansicht die überwiegenden. Der im Texte (bereits in der ersten Auflage) entwickelten Ansicht sind u. a. beigetreten Hölder zu § 181; Dernburg § 170 II 2; Hupka, Vollmacht S. 342; Bier-

genehmigt werden könne. Da, wie § 181 klar ausdrückt, die Vertretungsmacht auf derartige Geschäfte erstreckt werden kann, der Grund der Unwirksamkeit des Geschäfts also in der mangelnden Vertretungsmacht liegt, so fordert die innere Logik des Gesetzes, daß das Geschäft wie andere Rechtsgeschäfte behandelt werde, die ein Vertreter ohne Vertretungsmacht abgeschlossen hat¹⁸⁾. Das fordert auch die Billigkeit¹⁹⁾; im Falle des Zwangsverkaufs ist es sogar ausdrücklich vorgeschrieben (§ 458).

§ 169. 3. Wirkung der Vertretung mit Vertretungsmacht.

I. Wird ein Rechtsgeschäft von einem Vertreter mit Vertretungsmacht im Namen des Vertretenen abgeschlossen, so trifft die gesamte Rechtswirkung direkt und allein den Vertretenen. Es macht keinen Unterschied, ob die Erklärung ausdrücklich im Namen des Vertretenen erfolgt oder ob die Umstände ergeben, daß sie in seinem Namen erfolgen soll, § 164 Abs. 1 (oben § 166 I 1b).

Das gleiche gilt, wenn eine empfangsbedürftige Willenserklärung dem Vertreter gegenüber erfolgt, § 164 Abs. 3.

Eine Ausnahme bilden natürlich die Geschäfte, bei denen die Vertretung ausgeschlossen ist. Hier ist das Geschäft nichtig.

II. Daß die Wirkungen des Geschäfts den Vertretenen treffen, beruht auf dem (ausdrücklich oder stillschweigend erklärten) Willen der handelnden Personen und auf dem Gesetz, das diesen Willen anerkennt. Es bedarf also zur Erklärung dieser Wirkung keineswegs der Annahme, daß der Vertretene selbst handle oder doch als handelnd zu denken wäre. Abgeschlossen wird

mann § 77, 3; Dertmann zu § 181, 2b; seit der 5. Aufl. auch Cosack; in 4. Aufl. auch Pland-Flad; und in trefflicher Begründung RGE 56 S. 107f.; ferner RGE 67 S. 54ff.; 68 S. 40; 71 S. 162; 93 S. 337. Sie ist jetzt als herrschend zu bezeichnen. — Mit Recht erklären RGE 64 S. 373 und 110 S. 216 den Vertretenen zur Genehmigung verpflichtet, wenn Treu und Glauben es gebieten.

¹⁸⁾ Hat der Handelnde als Vertreter des einen das Geschäft mit sich als dem Vertreter des anderen abgeschlossen, so ist natürlich die Genehmigung beider Vertretenen erforderlich, RGE 67 S. 53.

¹⁹⁾ Die im Text angenommene Wirkung ist für den (gefährdeten) Vertretenen vorteilhafter als die Nichtigkeit. Man denke, daß der Vertreter selbstkontrahierend durch Hingabe an Zahlungsstatt den Vertretenen befriedigt habe und der Vertretene bei Ausschluß der Genehmigungsmöglichkeit nach inzwischen eingetretenen Vermögensverfall des Vertreters leer ausgehen würde. Auch für den Vertreter kann die Unmöglichkeit der Genehmigung eine unbillige Härte bedeuten: A bittet den X um ein Darlehen, das aber X nicht ohne Sicherheit geben will. X ist nun zugleich Generalbevollmächtigter des abwesenden B, des Bruders des A, und da er an dessen Genehmigung nicht zweifelt, stellt er als Generalbevollmächtigter des B sich selbst eine Bürgschaftsurkunde aus und gibt A das Darlehen. Der bald darauf zurückgekehrte B genehmigt mündlich. Soll er nun (wenn etwa sein Bruder in Konkurs gerät) die Bürgschaft gleichwohl für unverbindlich erklären können?

das Geschäft vielmehr lediglich von dem Vertreter, nur die Wirkung trifft den Vertretenen (sog. Repräsentationstheorie)¹⁾.

Freilich ist das in der gemeinrechtlichen Wissenschaft bestritten. Manche wollen als im Rechtsinne handelnd nur den Vertretenen betrachten, der sich des Vertreters als seines Werkzeugs bediene²⁾. Nach einer Vermittlungstheorie handelt jeder von den beiden so weit, als sein Wille den Bestimmungsgrund für die Erklärung bildet³⁾. Für zutreffend ist aber allein die Repräsentationstheorie zu halten. Sie allein vermeidet jede Fiktion; denn tatsächlich schließt allein der Vertreter durch seinen Willen und die entsprechende Erklärung das Geschäft ab (er sagt: ich kaufe im Namen des X); der Wille des Vertretenen dagegen bildet nur einerseits einen Bestimmungsgrund für den Willen des Vertreters und für dessen Inhalt und gibt andererseits dem Vertreter die Vertretungsmacht. Weder der Bestimmungsgrund noch die Erteilung der Vertretungsmacht sind aber Bestandteile des Geschäftsabchlusses.

1. Die Repräsentationstheorie liegt auch den Vorschriften des BG zugrunde. Daraus allein erklärt sich der Grundsatz, daß, soweit die Erfordernisse der Willenserklärung in Frage stehen oder rechtliche Folgen von dem Kennen oder Kennenmüssen eines Umstandes abhängen, immer zunächst die Person des Vertreters entscheidet⁴⁾, während nur daneben unter Umständen auch das Kennen oder Kennenmüssen des Vertretenen in Betracht kommt. Direkt ausgesprochen ist dies allerdings nur für einige besonders wichtige Fragen; aber die entsprechende Ausdehnung auf andere Fragen ergibt sich ohne weiteres:

a) Der § 166 Abs. 1 sagt, daß nur der Wille des Vertreters in Betracht komme, „soweit die rechtlichen Folgen der Willenserklärung durch Willensmängel beeinflusst werden“; allein unter „Willensmängel“ sind hier nicht nur Zwang, Betrug und Irrtum, sondern auch die Fälle des mangelnden Willens bei Mentalreservation, Simulation⁵⁾, Nichternstlichkeit der Willenserklärung mitzuverstehen. Ferner muß in gleicher Weise der Fall der mangelnden Willenseinigung bei Verträgen beurteilt werden, und endlich muß der Wille des Vertreters, da er für das Dasein des Geschäftes entscheidet, auch für dessen Inhalt maßgebend sein, so daß also das Geschäft nach dem Willen des Vertreters, nicht des Vertretenen ausgelegt werden muß. Das Rechtsgeschäft ist also gültig trotz geheimen Vorbehalts des Vertreters; es ist nichtig, wenn der Vertreter simuliert abschloß oder eine nichternstliche Willenserklärung abgab; es ist anfecht-

¹⁾ Diese Ansicht ist auch für das gemeine Recht vorherrschend und wird von Buchta, Wächter, Brinz, Laband, Jhering, Windscheid, Regelsberger, Supla u. a. vertreten. Nicht zu billigen ist aber die Variante der Repräsentationstheorie, daß die Handlung des Vertreters als Handlung des Vertretenen betrachtet werde. Diese Fiktion ist weder nötig noch richtig. Wenn nämlich die Handlung wirklich als Handlung des Vertretenen gälte (wie das bei Handlungen der Willensorgane der juristischen Person der Fall ist, die sich eben dadurch von bloßen Vertretern unterscheiden (oben §§ 96, 102, 104, 111), so müßte der Vertretene auch unbedingt für ein in der Handlung begangenes Delikt verantwortlich sein, was bekanntlich nicht der Fall ist, RG 96 S. 179 ff.

²⁾ So namentlich Savigny und Hellmann.

³⁾ Diese Vermittlungstheorie ist namentlich von Mitteis und Dernburg a. a. O. vertreten. Vgl. dagegen auch Supla, Vollmacht S. 16 ff.

⁴⁾ Auch mit der Vermittlungstheorie ist dies nicht vereinbar. Nach ihr könnte der Wille usw. des Vertreters sowie sein Kennen und Kennenmüssen nur soweit in Betracht kommen, als das Geschäft durch seinen, nicht des Vertretenen Willen bestimmt ist.

⁵⁾ Über den Fall der Kollusion zwischen Vertreter und dem anderen Geschäftsbeteiligten vgl. RG Gruchot 52 S. 933 u. Dertmann, Recht 1923 S. 74.

bar, wenn er irrte⁶⁾, arglistig getäuscht⁷⁾ oder widerrechtlich bedroht wurde; es verpflichtet zu Schadensersatz, wenn es wegen seines Irrtums angefochten wird. Der Vertrag ist nichtig, wenn der Vertreter mit dem Gegner nicht einig wurde. Die Willenserklärung ist, weil sie die seine ist, nach seinem Willen — unter Berücksichtigung der allgemeinen Auslegungsgrundsätze — auszulegen.

b) Ferner entscheidet die Person des Vertreters, nicht des Vertretenen⁸⁾, wo „die Rechtsfolgen der Willenserklärung durch die Kenntnis oder des Kennenmüssen gewisser Umstände beeinflusst werden“⁹⁾. Ich erwerbe also z. B. durch meinen Vertreter Eigentum durch Übergabe seitens eines Nichteigentümers nur dann, wenn mein Vertreter in gutem Glauben war¹⁰⁾. Ich kann wegen eines Fehlers der durch meinen Vertreter gekauften Sachen nur dann Wandlung oder Preisminderung verlangen, wenn der Vertreter den Fehler weder kannte noch kennen mußte¹¹⁾. War freilich der Gegner mit dem Vertreter in betrügerischem Einverständnis, so kann er sich auf dessen Kenntnis nach den allgemeinen Grundsätzen über Treu und Glauben nicht berufen.

2. Kommt sonach, wo an das Nichtkennen und Nichtkennenmüssen eine Wirkung geknüpft ist, stets die Person des Vertreters in Betracht, so ist doch sein Nichtkennen und Nichtkennenmüssen dann nicht ausreichend, wenn seine Vertretungsmacht auf Vollmacht beruht, der Vollmachtgeber aber die Wahrheit kannte oder kennen mußte und gerade in der in Frage stehenden Beziehung bestimmte Weisungen gegeben hat, welche für den Geschäftsabschluß entscheidend waren, § 166 Abs. 2¹²⁾.

Habe ich beispielsweise Vollmacht gegeben, ein bestimmtes Pferd, von dem ich wußte, daß es dämpfig sei, für höchstens 300 M. zu kaufen, so kann ich mich nicht darauf berufen, daß der Vertreter den Fehler nicht kannte und nicht zu kennen brauchte¹³⁾.

§ 170. 4. Wirkung unberufener Vertretung.

Hat der Vertreter das Geschäft im Namen des Vertretenen¹⁾, aber ohne Vertretungsmacht oder mit deren Überschreitung abgeschlossen, so treten

⁶⁾ Da die Wirkung des Geschäfts den Vertretenen treffen soll und trifft, so ist es natürlich nur anfechtbar, wenn es für ihn bei verständiger Würdigung des Falles nicht gewollt sein würde.

⁷⁾ Näheres oben § 162 Anm. 14. Auch ein Schadensersatzanspruch wird auf Grund des § 166 anzuerkennen sein, wenn der Vertreter beim Abschluß eines innerhalb seiner Vertretungsmacht liegenden Geschäftes arglistig getäuscht hat, RGZ 83 S. 244; 77 S. 26. Über den Inhalt des Anspruchs oben § 164 Anm. 3.

⁸⁾ Nach VerfWG § 2 Abs. 2 kommt aber beim Versicherungsvertrage auch die Kenntnis des Vertretenen in Betracht.

⁹⁾ Anders beim Voten. Da er das Geschäft nicht schließt, kommt auch sein Kennen und Kennenmüssen nicht in Betracht.

¹⁰⁾ Nach Hupka S. 57 soll dies dem Grundgedanken der Vorschrift über den gutgläubigen Erwerb nicht entsprechen. Dem kann nicht zugestimmt werden.

¹¹⁾ Auch bezüglich der §§ 122, 439, 405, 407, 814, RD §§ 30, 31 kommt das Wissen (bzw. Wissenmüssen) des Vertreters in Betracht.

¹²⁾ Das gleiche wird anzunehmen sein, wenn er beim Geschäftsabschluß anwesend war oder von dessen Bevorchenden Kunde hatte und nicht widersprach. Das erfordert Treu und Glauben, Rehb. I S. 258; Dernburg I § 168; DVG 30, 351. Im Fall der Genehmigung wird man das Nichtkennen und Nichtkennenmüssen im Zeitpunkt der Genehmigung fordern müssen, RGZ 68 S. 377f.

¹³⁾ Dies ist keineswegs mit der Repräsentationstheorie im Widerspruch. Habe ich wissenlich ein dämpfiges Pferd für mich kaufen lassen, so habe ich ebensowenig Grund, mich zu beklagen, wie wenn ich es selbst gekauft hätte. Es bedarf durchaus nicht der Fiktion, daß die Kaufhandlung teilweise die meinige sei, um den Ausschluß der Ansprüche wegen Mängel zu begründen.

¹⁾ Wer sich beim Abschluß für einen bestimmten anderen ausgibt, ist nicht dessen

ähnlich wie bei zustimmungsbedürftigen Geschäften Minderjähriger²⁾ verschiedene Wirkungen ein, je nachdem es sich um Verträge oder einseitige Geschäfte handelt³⁾.

I. Bei Verträgen⁴⁾ ist die Wirkung gegenüber dem Vertretenen und gegenüber dem Vertreter zu unterscheiden.

1. Gegenüber dem Vertretenen ist die Wirksamkeit des Vertrages in der Schwebe und von seiner Genehmigung abhängig, § 177 Abs. 1. Die Genehmigung kann durch Erklärung an den Dritten oder an den Vertreter erfolgen⁵⁾ und bedarf nicht der für den Vertrag etwa vorgeschriebenen Form (§ 182). Genehmigt der Vertretene, so gilt der Vertrag

Vertreter; seine Erklärung ist wegen inneren Widerspruchs nichtig, da sie als Erklärung des Handelnden und doch als Erklärung der Person, für die er sich ausgibt, gelten soll. (So auch die herrschende Meinung; a. A. v. Lühr S. 345, der aber den Fall im Auge zu haben scheint, wo sich jemand nur einen falschen „Namen beilegt“.) Der Gegner kann aber nach § 823 Abs. 2 oder § 826 Er satz verlangen. Die Willenserklärung im Namen einer nicht-existierenden Person ist auf Unmögliches (die Verpflichtung usw. des Nichtexistierenden) gerichtet, würde also nach den allgemeinen Regeln für nichtig zu halten sein, jedoch nach Analogie des § 307 den Vertreter zur Leistung des negativen Interesses verpflichten (auch ein Anspruch nach § 823 Abs. 2 oder § 826 könnte begründet sein). Es fragt sich aber, ob der § 179, der wohl nur an die Vertretung einer wirklich vorhandenen Person denkt, analog auf diesen Fall auszudehnen ist. Ich möchte das bejahen, wenn der Vertreter die Sachlage kennt oder die Kenntnis von ihm erwartet werden muß (ähnlich RG, Recht 09 Nr. 1841 „unter den besonderen Umständen des Falles“, a. A. SeuffA 64 S. 218, Celle; Riezler zu § 179, 3a); das trifft aber keineswegs immer zu (man denke an Stiftungen, die irrig für rechtsfähig gehalten werden). Die Willenserklärung für einen Verstorbenen wird aber der vermuthlichen (eventuellen) Absicht gemäß meist als Erklärung im Namen der Erben aufzufassen sein.

²⁾ Es gelten im allgemeinen dieselben Grundsätze, wie wenn ein Minderjähriger ohne Einwilligung des gesetzlichen Vertreters ein Geschäft geschlossen hat (das ihm nicht lediglich Vorteil bringt, vgl. oben § 143). Nur ist zu beachten, daß, wer mit dem Vertreter abschließt, stets weiß, daß das Geschäft von dessen Vertretungsmacht abhängt, während man von der Minderjährigkeit oft keine Kenntnis hat, sich dann also nicht beruht ist, ein von der Einwilligung oder Genehmigung abhängiges Geschäft zu schließen. Ferner behauptet, wer als Vertreter handelt, dadurch eben in der Regel stillschweigend seine Vertretungsmacht; von dem handelnden Minderjährigen dagegen darf nicht ohne weiteres gesagt werden, daß er stillschweigend die Einwilligung des Vaters oder Vormundes behauptet. Endlich ergibt sich ein wichtiger Unterschied beider Fälle daraus, daß der Vertreter meistens verpfändungsfähig sein wird, während der Minderjährige sich nicht verpflichten kann.

³⁾ Die ältere gemeinrechtliche Theorie nahm an, alle von unberufenen Vertretern geschlossenen Geschäfte (einerlei ob einseitig oder Verträge) seien in der Schwebe und von der Genehmigung abhängig (L. 23 D. de neg. gestis 3, 5; L. 65 § 8 D. pro socio 17, 2). Mit Recht gab aber schon Regelsberger I § 164 II 2 auf Grund der L. 58 pr. D. de solut. 46, 3 und aus Billigkeitsrücksichten dem Gegner, der den Vertreter für bevollmächtigt hielt, ein Widerrufrecht, und RG 26 S. 191 (zustimmend Regelsberger) erklärte in dem gleichen Falle das einseitige Geschäft des Vertreters für wirkungslos; vgl. dagegen freilich L. 24 § 2 D. de usuris 22, 1, welche Stelle (gegen Ruffrat und Regelsberger) m. E. nur von dem Falle, daß der Geschäftsherr die Mahnung genehmigt hat, verstanden werden kann.

⁴⁾ Wie sich aus § 179 ergibt, denkt das BG in erster Linie an obligatorische Verträge, aber das ist kein Grund, seine Vorschriften bei dinglichen Verträgen auszuschließen. So jetzt auch RG 69 S. 266f.

⁵⁾ Ob die Genehmigung noch nach dem Tode des Gegners oder des Vertretenen erfolgen könne, wird nach Analogie des oben § 152 III 2 u. 3 Gesagten zu entscheiden sein. Teilweise Genehmigung ist (ohne Zustimmung des Gegners) unwirksam, RG Barn. 1916 S. 350, ebenso eine Genehmigung mit Veränderungen.

(sofern nicht Rechte Dritter dadurch verletzt werden) als von vornherein für und gegen ihn wirksam. Verweigert er die Genehmigung, so ist der Vertrag ihm gegenüber unwirksam. Bis zur Entscheidung sind die Vertragsschließenden (soweit nicht das gleich zu erwähnende Widerrufsrecht eingreift) gebunden⁶⁾.

a) Der andere Teil kann aber den Vertretenen zu einer Erklärung über die Genehmigung auffordern (auch wenn nur Zweifel an der Vertretungsmacht bestehen). Dann „kann die Genehmigung nur ihm gegenüber erfolgen“, und eine früher etwa „dem Vertreter gegenüber erklärte Genehmigung oder Verweigerung wird unwirksam“⁷⁾. Die Genehmigung muß binnen 2 Wochen erklärt werden (also zugehen); anderenfalls „gilt sie als verweigert“, § 177 Abs. 2.

b) Der andere Teil ist jedoch (selbst wenn er jene Aufforderung an den Gegner gerichtet haben sollte) bis zur Genehmigung auch zum Widerruf berechtigt, es sei denn, daß er den Mangel der Vertretungsmacht beim Abschluß des Vertrages gekannt hat⁸⁾. Der Widerruf kann auch dem Vertreter gegenüber erklärt werden, § 178.

2. Wird die Genehmigung des Vertrages verweigert⁹⁾ (oder gilt sie als verweigert, § 177 Abs. 2), so ist der Vertreter, „sofern er nicht seine Vertretungsmacht nachweist“¹⁰⁾, nach Wahl des anderen Teils „zur Erfüllung oder zum Schadensersatz verpflichtet“, § 179 Abs. 1)¹¹⁾.

a) Es besteht also eine Wahlschuld mit Gläubigertwahl. Der Vertreter hat: entweder die bei wirksamer Vertretung dem Vertretenen obliegende Leistung (soweit sie durch den Vertreter überhaupt bewirkt werden kann) selbst zu machen¹²⁾, oder dem Gegner den Schaden zu ersetzen, der diesem

⁶⁾ Besteht kein Widerrufsrecht, so kann also der Vertrag auch durch Vereinbarung des Vertreters und des Dritten nicht wieder aufgehoben werden, was sich unmittelbar aus § 177 Abs. 1 ergibt, von dem nur die Ausnahme des § 178 gemacht ist.

⁷⁾ Nicht die frühere Einwilligung, d. h. Vollmacht, oben § 143 Anm. 8.

⁸⁾ Diese Kenntnis muß der Gegner beweisen.

⁹⁾ Das hat der Gegner zu beweisen, vgl. jedoch *SeuffA* 62 S. 348.

¹⁰⁾ Erfordernis der Haftung ist natürlich nur das Nichtbestehen der Vertretungsmacht; die angeführten Worte schieben lediglich dem Vertreter die Beweislast zu. Doch hat dieser natürlich nur die Begründung der Vertretungsmacht zu beweisen. Der Beweis des Erlösens liegt dem Gegner ob.

¹¹⁾ Nach gemeinem Recht war wohl nur Haftung auf das negative Interesse anzunehmen und zwar nach den schon mehrfach berührten Grundsätzen nicht nur bei Verschulden, sondern auch ohne solches. Doch war auch die Meinung vertreten, der Vertreter habe für seine Vertretungsmacht die Garantie übernommen, hafte also nach Wahl des Gegners auf Erfüllung oder das Erfüllungsinteresse. Allein eine solche Garantieübernahme ist unerwünscht, ja oft zweifellos nicht gewollt. Auch die Haftung nach § 179 beruht nicht auf dieser Annahme, sondern statuiert eine gesetzliche Garantiepflicht.

¹²⁾ Er ist nicht etwa verpflichtet, zu bewirken, daß der Vertretene (der sich ja eben geweigert hat) erfülle. Ist die Leistung durch den Vertreter unmöglich wie z. B. bei den meisten Dienstleistungen und vielen Werkleistungen, so fällt das Recht auf Erfüllung weg, und es bleibt nur die Schadensersatzverpflichtung.

daraus entsteht, daß das Geschäft nicht so, wie es geschlossen ist, also mit Wirkung gegen den Vertretenen, wirksam geworden ist¹³⁾.

b) Hiervon gibt es aber zwei wichtige Ausnahmen:

a) Kannte der Vertreter den Mangel seiner Vertretungsmacht nicht (was zu beweisen ihm obliegt), so haftet er nur für das negative Interesse, jedoch nicht über den Betrag des Interesses hinaus, das der andere Teil an der Wirksamkeit des Vertrages hat, § 179 Abs. 2¹⁴⁾.

β) Überhaupt ausgeschlossen ist die Haftung des Vertreters, wenn der andere Teil den Mangel der Vertretungsmacht kannte oder kennen mußte¹⁵⁾, ferner, wenn der Vertreter in der Geschäftsfähigkeit beschränkt war, es sei denn, daß er mit Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters handelte, § 179 Abs. 3¹⁶⁾.

Die Vorschriften des § 179 sind analog anzuwenden, wenn die angeblich vertretene Person überhaupt nicht existiert oder wenn sie zwar existiert, ein solches Geschäft aber mit Wirkung für sie nach Rechtsvorschrift überhaupt nicht abgeschlossen werden kann¹⁷⁾.

3. Bei Überschreitung der Vertretungsmacht ist das Geschäft (wenn nicht etwa Genehmigung erfolgt) dem Vertretenen gegenüber in der Regel ebenso unwirksam wie beim Mangel der Vertretungsmacht, und der Vertreter haftet in gleicher Weise¹⁸⁾. Ist aber das Geschäft teilbar und anzunehmen, daß der Gegner es auch für den von der Vollmacht gedeckten Teil allein abgeschlossen haben würde, oder ist er wenigstens nachträglich mit der Teilung

¹³⁾ Mit einem Worte das Erfüllungsinteresse. Ist Schadensersatz gewählt, so kann aber nicht nach § 249 zunächst Erfüllung, sondern nur Entschädigung in Geld verlangt werden, denn die Alternative „Erfüllung oder Schadensersatz“ wäre kaum verständlich, wenn hier als Schadensersatz zunächst wieder Erfüllung zu leisten wäre. Hat der unbefugte Vertreter ein Pferd für 1000 M. gekauft, so kann der Verkäufer entweder Erfüllung wählen, d. h. verlangen, daß der Vertreter den Kaufpreis selbst zahle, wogegen ihm dann natürlich auch das Recht auf die Gegenleistung zusteht, oder er kann (was namentlich bei Zahlungsunfähigkeit des Vertreters wichtig ist) Schadensersatz, d. h. wenn er das Pferd anderweitig nur für 900 M. verkaufen kann, die Differenz fordern. Der Ersatzanspruch umfaßt aber auch andere Schäden, die infolge des Nichtzustandekommens des Vertrages entstanden sind, z. B. vergeblich aufgewandte Reise- oder Prozeßkosten.

¹⁴⁾ Liegt im Fall der vorigen Note nichts weiter als das Gesagte vor, so kann der Verkäufer nichts fordern. Hat er im Vertrauen auf die Gültigkeit des Verkaufs eine auf 950 M. lautende Offerte ausgeschlagen, so kann er 50 fordern; lautete jene Offerte auf 1050, gleichwohl nur 100. Über die Berechnung des Vertrauensinteresses vgl. RG 58 S. 327; RG SeuffA 62 S. 226 (Zulässigkeit der sog. abstrakten Berechnung).

¹⁵⁾ Die Kenntnis oder die Fahrlässigkeit des Nichtkennens hat der Vertreter zu beweisen. Hat der Vertreter die Garantie übernommen, daß Genehmigung erfolgen werde, so haftet er natürlich auch hier auf das volle Interesse.

¹⁶⁾ Endlich muß die Haftung auch ausgeschlossen sein, wenn der Stellvertreter nur die Tatsachen mitgeteilt hat, auf denen die Vertretungsmacht beruht, aber dabei zu erkennen gegeben hat, daß er die (sonst daraus und aus dem Geschäftsabluß zu entnehmende) Behauptung der Vertretungsmacht nicht aufstellen wolle; Supra, Vertretung § 11, der aber noch etwas weiter geht; Ungewitter in Gruchot 48 S. 665.

¹⁷⁾ RG 106 S. 74 (bestritten).

¹⁸⁾ Hatte der Vertreter Vollmacht, eine Sache für 400 zu kaufen, hat er aber zu 500 gekauft, so haftet er ebenso, wie wenn er keine Vollmacht gehabt hätte.

des Geschäfts einverstanden, so ist es auf diesen Teil für den Vertretenen gültig (§ 139), so daß sich die Haftung des Vertreters auf den überschießenden Teil beschränkt¹⁹⁾.

4. Wird die Vertretungsmacht (insbesondere die Vollmacht) nicht überschritten, aber mißbraucht, d. h. bewußterweise in einem ihrem Zwecke oder den Weisungen des Vollmachtgebers widersprechenden Sinne benutzt, so ist das Geschäft an sich wirksam. Wurde aber der Gegner um den Mißbrauch oder hätte er ihn erkennen müssen, so muß dem Vertretenen eine *exceptio doli*²⁰⁾, und im ersten Falle auch ein Ersatzanspruch nach § 826 gegeben werden. Außerdem haftet natürlich der Vertreter (aus dem unterliegenden Verhältnis und nach § 826).

II. „Bei einem einseitigen Rechtsgeschäft ist die Vertretung ohne Vertretungsmacht unzulässig“, § 180 S. 1. Das Geschäft ist also in der Regel nichtig, sowohl wenn es von einem unberufenen Vertreter als wenn es gegenüber einem solchen vorgenommen ist. Genehmigung ist ausgeschlossen. Auch der Vertreter wird durch das Geschäft nicht verpflichtet, haftet also nur, wenn in dem Abschlusse ein Delikt liegt (§§ 823 Abs. 2, 826). Ohne jede Ausnahme gilt aber dies alles nur für nichtempfangsbedürftige Willenserklärungen: eine von einem unberufenen Vertreter erklärte Auslobung, Erbchaftsannahme oder -auschlagung ist schlechthin nichtig. Für empfangsbedürftige Willenserklärungen, z. B. Ründigungen, Rücktritts-, Anfechtungs-, Aufrechnungserklärungen, gelten dagegen sehr wichtige Ausnahmen:

a) Hat bei einer solchen der Empfänger die vom Vertreter behauptete Vertretungsmacht nicht unverzüglich²¹⁾ beanstandet²²⁾ oder war er damit einverstanden, daß der Vertreter ohne Vertretungsmacht handle, so „finden die Vorschriften über Verträge entsprechende Anwendung“, § 180 S. 2, d. h. die Wirksamkeit des Geschäfts (z. B. der Ründigung) ist von der Genehmigung des Vertretenen abhängig; der Gegner kann Erklärung über die Genehmigung fordern; er kann das Geschäft, wenn er nicht den Mangel der Vertretungsmacht kannte²³⁾, noch bis zur Genehmigung zurückweisen;²⁴⁾ end-

¹⁹⁾ Hatte der Vertreter Vollmacht, zu einem pro Zentner bestimmten Preise 1000 Zentner zu kaufen, hat er aber 2000 zu diesem Preise gekauft und ist anzunehmen, daß der Verkäufer auch nur 1000 an den Vertretenen verkauft haben würde, so ist der Verkauf für 1000 gegenüber dem Vertretenen gültig. Im übrigen haftet der Vertreter. Das gleiche wird man auch annehmen müssen, wenn der Verkäufer zwar damals 1000 allein nicht verkauft haben würde, jetzt aber mit dieser Leistung einverstanden ist.

²⁰⁾ So und nur so lassen sich m. E. die Entscheidungen *RG 52 S. 99; 71 S. 222; 75 S. 301; RG Warn. 1919 Nr. 132* rechtfertigen. Unwirksamkeit des Geschäfts gegenüber dem Vertretenen kann nur bei Überschreitung der Vollmacht angenommen werden, liegt also nur vor, wenn der durch Auslegung zu ermittelnde Inhalt der Vollmacht die betreffende Handlung nicht mit umfaßt.

²¹⁾ Das Gesetz sagt „bei der Vornahme“. Das kann aber mit *Bland u. a.* nur in dem angegebenen Sinne verstanden werden, da bei schriftlichen Erklärungen eine Beanstandung „bei der Vornahme“ oft geradezu unmöglich ist, vgl. auch § 174.

²²⁾ also namentlich weder Vorlegung einer Vollmachtsurkunde verlangt noch die Erklärung zurückgewiesen.

²³⁾ Diese Kenntnis wird allerdings in dem zweiten Falle (Einverständnis über den Mangel der Vertretungsmacht) stets vorliegen.

²⁴⁾ Von einem „Widerruf“ (§ 178) kann hier nicht die Rede sein; aber sachlich trifft

lich ist bei Verweigerung der Genehmigung der Vertreter in gleicher Weise wie bei Verträgen haftbar.

b) Das gleiche gilt, wenn die empfangsbedürftige Willenserklärung an einen unberufenen Vertreter mit dessen Einverständnis abgegeben ist, § 180 S. 3. Auch hier ist also die Wirksamkeit gegen den Vertretenen von der Genehmigung abhängig; der Erklärende kann Erklärung über die Genehmigung fordern; er kann seine Erklärung, wenn er nicht den Mangel der Vertretungsmacht kannte, widerrufen; eine Haftung des Vertreters aber darf, wenngleich der Erklärende ihn für einen Vertreter hielt und halten durfte, doch nur angenommen werden, wenn er sich als solcher geriert hat, da sonst jeder Grund für die Haftung fehlen würde²⁵⁾.

5. Die Vollmacht im besonderen.*)

§ 171. Begriff und Erteilung.

Die Vollmachtslehre des BG steht zwar im ganzen auf dem Boden des gemeinen Rechts, ist aber diesem gegenüber im Interesse der Verkehrssicherheit mehrfach verändert und schärfer ausgeprägt, insbesondere was das Erlöschen der Vollmacht und das Fortbestehen ihrer Wirkungen für gutgläubige Dritte nach dem Erlöschen betrifft.

I. Vollmacht ist die durch Rechtsgeschäft erteilte Vertretungsmacht, § 166 Abs. 2¹⁾. Sie gibt dem Bevollmächtigten die Macht, durch im Namen des Vollmachtgebers geschlossene Geschäfte Rechtswirkungen für und gegen diesen hervorzurufen²⁾, fällt also insoweit unter den Begriff der Rechtsänderungsrechte (oben §§ 66 I 3, 68 I 2 b). Am deutlichsten

die Vorschrift des § 178 zu. Wie der Gegner bei einem Vertrage erklären könnte, daß seine eigene Erklärung nicht gelten solle, so erklärt er hier, die Erklärung des Vertretenen solle nicht gelten, d. h. er weist sie nachträglich zurück. So auch die herrschende Meinung. A. A. Dertmann, der die Zurückweisung für unzulässig hält, weil auf die Unachtksamkeit oder Richtigkeit des Empfängers sonst eine Prämie gesetzt werde. Bin ich lässig oder indolent, wenn ich der Versicherung des Vertreters, er habe Vertretungsmacht, vertraue?

²⁵⁾ RGZ 60 S. 335 und Fischer-Henle Anm. 5.

*) Vgl. insbesondere Laband, Zeitschr. f. Handelsr. 10 S. 203 ff.; Zimmermann, Stellvertretende negotiorum gestio S. 86 ff.; Mitteis a. a. O. S. 183 ff.; Strohal, DogmZ 27 S. 442 ff.; Regelsberger I § 163; Gupla, Die Vollmacht, 1900; Eccius in Gruchot 47 S. 219 ff.; v. Seeler, BürgA 28 S. 1 ff.; Klein, Bl. f. RA 73 S. 173 ff.; Jung, DogmZ 69 S. 82. Über die Frage, ob die Bevollmächtigung eine Verfügung sei, oben § 134 Anm. 2.

¹⁾ Man bezeichnet übrigens auch die Vollmachtserteilung als Vollmacht, ebenso die Vollmachtsurkunde. Besser werden Bevollmächtigung, Vollmacht, Vollmachtsurkunde streng auseinander gehalten, wie auch im BG geschehen ist.

²⁾ Das gilt allerdings nur von der aktiven, nicht von der passiven Vertretung, die überhaupt von der aktiven wesentlich verschieden ist und dem Gegner nur die Möglichkeit gewährt, eine Willenserklärung an den Vertreter mit Wirksamkeit für den Vertretenen abzugeben.

tritt dieser Machtcharakter bei der unwiderruflichen Vollmacht hervor, er ist aber auch bei der widerruflichen, bis der Widerruf erfolgt ist, vorhanden.

II. Die Vollmachtserteilung (Bevollmächtigung) ist der Einwilligung nahe verwandt³⁾ und erfolgt wie diese durch einseitige empfangsbedürftige⁴⁾ Willenserklärung. Sie ist die Erklärung, daß die von dem Bevollmächtigten in unserem Namen abzuschließenden Geschäfte oder zu empfangenden Willenserklärungen unmittelbar für und gegen uns wirken sollen, während die Einwilligung sich auf in eigenem Namen abzuschließende Geschäfte bezieht.

1. Die Vollmachtserteilung ist nicht etwa ein Teil des Geschäfts oder der Geschäfte, deren für den Vollmachtgeber wirksamen Abschluß sie ermöglicht, sie ist vielmehr ein selbständiges Rechtsgeschäft. Sie bedarf daher nicht der Form, welche für das Geschäft, auf das sie sich bezieht, etwa vorgeschrieben ist, § 167 Abs. 2⁵⁾, ist vielmehr formfrei⁶⁾, sofern nicht ausnahmsweise eine Form für sie vorgeschrieben ist⁷⁾.

2. Die Vollmacht wird erteilt entweder gegenüber dem Bevollmächtigten (interne Vollmacht) oder gegenüber dem Dritten, dem gegenüber die Vertretung stattfinden soll (externe Vollmacht), § 167 Abs. 1⁸⁾. Sie ist, auch wenn der Bevollmächtigte in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist, vollgültig, da sie ihm keinerlei Nachteil bringt; ebenso ist sie gültig, wenn der Dritte, dem gegenüber sie erklärt wurde, in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist⁹⁾.

³⁾ Vgl. unten §§ 175 u. 191 und RGE 105 S. 296f.

⁴⁾ Die Bevollmächtigung kann aber auch durch öffentliche Bekanntmachung erfolgen, was aus § 171 (unten 3) zu schließen ist, z. B.: „Hierdurch ermächtige ich den B., alle meine Forderungen einzulassieren“.

⁵⁾ Anders aber, wenn sie mit einem solchen zu einem nur in diesem Zusammenhange gewollten Ganzen verbunden ist. Darüber unten § 189 IVa. Vgl. ferner unten § 252 Anm. 13.

⁶⁾ Sie kann daher auch stillschweigend erteilt werden, z. B. durch Einräumung der äußeren Stellung eines Bevollmächtigten oder durch Stillschweigen zu dem (dem Vertretenen bekannten) Auftreten als Bevollmächtigter, RGE 23 S. 249; 43 S. 190; 50 S. 76; RG Warn. 1913 Nr. 130; SeuffA 72 S. 209; RG Warn. 1915 Nr. 273; RG Recht 1918 Nr. 669; oder wenn sie früher in ähnlichen Fällen stets erteilt war. SeuffA 59 Nr. 177; vgl. ferner RGE 81 S. 260; 95 S. 282; LeipzZ 1919 S. 166. Vermutungen für Erteilung einer Vollmacht enthalten z. B. §§ 370, 714; BGB § 56.

⁷⁾ Die Bevollmächtigung zur Erbschaftsauszahlung und zur Ablehnung der fortgesetzten Gütergemeinschaft erfordern öffentliche Beglaubigung, §§ 1945¹⁾, 1484²⁾. Andere Beispiele in BPD § 80; GBD §§ 29, 30, 32; ZwOB § 71 Abs. 2; FrGG §§ 13, 108, 109. — Über die Vollmacht zur Veräußerung eines Grundstücks unten § 252 Anm. 13.

⁸⁾ Venel, DogmZ 36 S. 1ff., nimmt an, die Bevollmächtigung könne nach gem. Recht nur dem Dritten gegenüber öffentliche Erklärung werden; die dem Vertreter selbst gegenüber erklärte Vollmacht werde nur wirksam, wenn dieser (was regelmäßig angenommen werden müsse) ermächtigt sei, sie als Bote dem Dritten zu übermitteln, und dies auch (wenngleich stillschweigend) getan habe. Hellwig, Zeitschr. f. Zivilpr. 29 S. 520, will dies trotz §§ 167, 170 usw. auch für das BG aufrecht erhalten. Vgl. dagegen Supka S. 97ff.; Eccius S. 210.

⁹⁾ A. v. Lühr S. 388, der aus §§ 131¹⁾ folgern will, daß hier die Vollmacht nur für die dem Geschäftsbeschränkten günstigen Geschäfte wirksam sei. Das ist, wie mir scheint, nicht zutreffend. Die Vollmacht als solche bringt dem Minderjährigen keinerlei Nachteil

3. Eine Mitteilung an einen Dritten des Inhalts, daß man jemand bevollmächtigt habe, ist zwar keine Erteilung der Vollmacht¹⁰⁾, sondern eben nur eine Mitteilung¹¹⁾ über eine in der Vergangenheit liegende Vollmachtserteilung; aber sie wirkt diesem Dritten gegenüber so, als ob die Vollmacht wirklich erteilt sei. Die gleiche Wirkung hat die Aushändigung einer Vollmachtsurkunde an den Bevollmächtigten gegenüber demjenigen Dritten, dem der Bevollmächtigte die Urkunde vorlegt¹²⁾, und die öffentliche Mitteilung, daß die Vollmacht erteilt sei, gegenüber allen beliebigen Dritten, §§ 171 Abs. 1, 172 Abs. 1. In allen diesen Fällen treten also jenen Dritten gegenüber die Wirkungen der Vollmachtserteilung ein, auch wenn diese in Wahrheit nicht erfolgt oder wegen Nichternstlichkeit oder Simulation nichtig oder wegen eines Willensmangels wirksam angefochten ist¹³⁾.

4. Der Bevollmächtigung liegt in der Regel ein anderes Rechtsverhältnis zwischen dem Vollmachtgeber und dem Bevollmächtigten zugrunde, am häufigsten ein sog. Geschäftsbesorgungsvertrag, d. h. ein Auftrag oder ein Dienst- oder Werkvertrag, der sich auf eine Geschäftsbesorgung richtet, oft aber auch ein Gesellschaftsvertrag. Das BG wie schon die neuere Theorie und Praxis des gemeinen Rechts scheidet aber die einseitige Vollmachtserteilung streng von dem zugrunde liegenden Verhältnis. Auch wo die Bevollmächtigung äußerlich mit diesem vereint erscheint, ist sie juristisch von ihm verschieden. Sie ist einseitig, auch wo ihr ein Vertrag zugrunde liegt; sie kann ohne ein zugrunde liegendes Verhältnis vorkommen, und umgekehrt kann ein solches Verhältnis, z. B. ein Auftrag bestehen ohne Vollmacht; sie kann gültig sein bei Ungültigkeit des Verhältnisses und umgekehrt; sie kann gültig bleiben bei Endigung des Verhältnisses und umgekehrt.

5. Die Vollmachtserteilung ist ein abstraktes Geschäft, da sie den Grund, auf dem sie beruht, nicht in sich aufnimmt. Es gibt

und ist selbständig, darf also nicht so behandelt werden, als ob sie mit den auf ihrem Grund etwa abgeschlossenen Geschäften eine Einheit bildete.

¹⁰⁾ Unter Umständen kann allerdings eine Erklärung, die sich in der Form als Mitteilung darstellt, in Wahrheit eine Bevollmächtigung sein. Das ist Auslegungssache.

¹¹⁾ Über den Begriff der „Mitteilung“ s. oben § 128 III 2b. — Über auch eine öffentliche Erteilung der Vollmacht ist für gültig zu halten (oben Num. 4).

¹²⁾ Die Vorlegung wird aber nicht etwa durch Berufung auf eine in den Händen des Vertreters befindliche Vollmachtsurkunde ersetzt, RGE 56 S. 66; auch nicht durch Vorlegung einer Abschrift RGE 88 S. 431.

¹³⁾ Manche nehmen an, daß die Mitteilung bzw. die Aushändigung und Vorlegung denjenigen Dritten gegenüber unwirksam sei, welche wissen oder wissen müssen, daß die Vollmacht in Wahrheit nicht entstanden sei. Das entspräche aber keineswegs der Billigkeit. Auf eine mir zugehende Erklärung, die Vollmacht sei erteilt, muß ich mich verlassen können, und das Gesetz hat das Wissen und Wissenmüssen nur bezüglich des Erlöschens, nicht bezüglich des Entstehens der Vertretungsmacht für unwirksam erklärt. Bei Arglist ist allerdings eine *exceptio doli* gerechtfertigt und auch nach § 826 Schutz zu gewähren, vgl. auch Vertmann zu § 173, 1 und die dort Zitierten.

nicht verschiedene Vollmachtsertheilungen (Dienstvollmacht, Auftragsvollmacht, Gesellschaftsvollmacht usw.), sondern nur eine einzige Vollmachtsertheilung, die eben in der Ertheilung der Vertretungsmacht und in nichts anderem besteht. Die Vollmacht ist daher von der Gültigkeit des Verhältnisses, das zu ihrer Ertheilung den Anlaß gab, nicht abhängig, sondern kann gültig sein, obgleich dieses aus einem die Vollmacht nicht berührenden Grunde nichtig ist¹⁴⁾.

a) Das Gesagte ist indes bestritten¹⁵⁾. Man beachte daher das folgende:

a) Nach § 167 erfolgt die Ertheilung der Vollmacht „durch Erklärung gegenüber dem zu Bevollmächtigenden oder dem Dritten, dem gegenüber die Vertretung stattfinden soll“. Jede Erklärung des Inhalts, daß man den A zum Abschluß gewisser Geschäfte bevollmächtigt, ist also eine Vollmacht und der § 167 läßt nicht zu, für den Inhalt des Vollmachtsgeschäfts in allen oder auch nur in gewissen Fällen noch das weitere Erfordernis aufzustellen, daß die Vollmachtsertheilung auch das unterliegende Verhältnis zwischen Vollmachtgeber und Bevollmächtigten mit enthalten müsse¹⁶⁾.

ß) Die Gültigkeit der Vollmachtsertheilung ist von der Gültigkeit des unterliegenden Rechtsverhältnisses nicht abhängig¹⁷⁾. Die Vollmachtsertheilung an einen Minderjährigen ist also z. B. auch dann gültig, wenn der Dienstvertrag, in Rücksicht auf den die Vollmacht gegeben wurde, wegen mangelnder Zustimmung des gesetzlichen Vertreters unwirksam ist¹⁸⁾. Hätte das Gesetz Abhängigkeit gewollt, so hätte es sie aussprechen müssen.

γ) Nach § 168 soll sich zwar das Erlöschen der Vollmacht nach dem unterliegenden Verhältnis bestimmen; dies setzt aber voraus, daß ein solches Verhältnis vorhanden sei, und beruht alsdann lediglich darauf, daß der Vollmachtgeber die Vollmacht vermutlich auf die Zeit des Verhältnisses (z. B. des Dienstverhältnisses) beschränkt, also nur eine zeitlich beschränkte Vollmacht erteilen wollte (näheres hierüber unten § 173).

¹⁴⁾ Zustimmungsupla, Vollmacht S. 107 ff.; ferner für die abstrakte Natur Crome I § 104 S. 460; Rehbein I S. 264 ff.; Fr. Leonhard, Ostr. UGerZ 97 S. 102; Romeid, Jahrb. d. Würt. Rechtspl. 12 S. 121 ff.; Dertmann zu § 167, 1c; Riezler zu § 167, 1; Rojenberg S. 148; RKomm. zu § 166, 4; v. Tuhr S. 386; SeuffA 57 Nr. 57; RG DZurZ 08 S. 1342.

¹⁵⁾ Pland zu § 167 Nr. 3 hält die Vollmacht in der Regel für kausal in dem Sinne, daß sie zwar ein selbständiges, von dem unterliegenden Geschäft verschiedenes Geschäft sei (ein selbständiges, neben demselben bestehendes Geschäft, S. 215 Nr. 1), daß sie aber doch dieses unterliegende Verhältnis wieder in sich aufnehme, mit ihm ein Ganzes bilde und daher von der Gültigkeit des unterliegenden Geschäfts hänge. Nur ausnahmsweise ist nach Pland die Vollmacht abstrakt, also von dem unterliegenden Verhältnis unabhängig. Ähnliche Ansicht bei Dernburg I § 163 V; vgl. auch Seeler, BürgA 28 S. 9 ff. Dagegen hat Pland-Flad 4. Aufl. sich im wesentlichen der Ansicht des Textes angeschlossen.

¹⁶⁾ Daß § 167 für die von mit entwickelte Ansicht spreche, gibt Pland selbst zu; ebenso daß diese in den §§ 170—173 eine Stütze findet; denn er sagt, ich hielte mich hier an den (freilich auch ganz klaren) Wortlaut. Über den § 168, auf den Pland seine Ansicht stützen will, im Texte unter γ. Durch die Berufung auf die Protokolle aber kann eine im Gesetze nicht zum Ausdruck gelangte Meinung nicht begründet werden.

¹⁷⁾ So jetzt auch RGE 69 S. 234.

¹⁸⁾ Ich habe einen minderjährigen Verwalter in der irrigen Annahme, die elterliche Zustimmung sei erteilt, in Dienst genommen und ihm Vollmacht zum Verkauf von Vieh und Getreide erteilt. Nachdem er (in meiner Abwesenheit) umfangreiche bezartige Verkäufe abgeschlossen und sofort erfüllt hat, ist er mit dem erlösten Gelde verschwunden. Es wäre schreiende Unbilligkeit, wenn ich nun alle diese Verkäufe und Traditionen als nichtig behandeln könnte, zumal ich ja, weil nicht bereichert, nicht einmal den Kaufpreis zu ersetzen brauchte. Pland ist zu solchen unglaublichen Folgerungen gezwungen, da besondere Schutzbestimmungen zugunsten der gutgläubigen Erwerber für diesen Fall zweifellos fehlen.

a) Wäre die Vollmachtserteilung wirklich von dem unterliegenden Rechtsverhältnis abhängig, so hätte es einer ganzen Reihe von Schutzbestimmungen für gutgläubige Dritte bedurft, die doch nicht in das Verhältnis zwischen Vollmachtgeber und Bevollmächtigtem hineinschauen können. Aber solche Schutzbestimmungen fehlen nicht bloß gänzlich, sondern andere vorhandene Schutzbestimmungen sind sogar derartig auf den Fall des Erlöschens der Vollmacht beschränkt, daß schwer glaublich ist, der Fall der Entstehung habe mitgetroffen werden sollen, oder auch, er sei nur vergessen worden¹⁹⁾.

b) Wie bei anderen (abstrakten oder kausalen) Geschäften ist es aber natürlich auch bei der Bevollmächtigung möglich, daß sie mit einem anderen Geschäft, hier dem Grundgeschäft, so verbunden wird, daß sie von dessen Gültigkeit abhängen soll. Dann ist sie durch die Gültigkeit des Grundgeschäfts bedingt; als kausal aber darf sie auch dann nicht bezeichnet werden. Eine solche Abhängigmachung wird indes bei der Vollmacht, die dem Dritten gegenüber erklärt wird, kaum jemals vorkommen und kann auch bei der gegenüber dem Bevollmächtigten erklärten nicht als Regel, sondern nur, wenn ein solcher Wille erkennbar ist, angenommen werden²⁰⁾.

6. Die Vollmacht kann auch mehreren Personen erteilt werden und zwar entweder so, daß jeder einzelne wirksam handeln kann (Solidarvollmacht), oder so, daß sie nur zusammen zur Vertretung berechtigt sein sollen (Gesamt- oder Kollektivvollmacht). Im letzteren Falle müssen alle handeln, zusammen oder einzeln²¹⁾; doch genügt, wenn es auf die Kenntnis einer Tatsache ankommt (§ 166), die Kenntnis eines einzelnen²²⁾. Ob Kollektiv- oder Solidarvollmacht gemeint ist, ist Auslegungsfrage; eine Vermutung läßt sich nicht aufstellen²³⁾.

¹⁹⁾ Pland meint zwar: „Was von dem Erlöschen der Vollmacht gesagt sei, müsse auch von der Entstehung gelten.“ Ich glaube, man muß umgekehrt schließen: „Wenn das Gesetz alle diese Vorschriften mit solcher Schärfe nur für das Erlöschen gibt, so ergibt sich daraus eher ein Argument für meine Ansicht, welche nicht genötigt ist, jene Vorschriften gleichwohl auf die Entstehung mitzubeziehen.“

²⁰⁾ A. A. in dem letzten Falle Rosenberg S. 763ff.; Biermann § 74, 4. Ersterer beruft sich dafür, wenn Grundgeschäft und Bevollmächtigung verbunden sind, auf § 139; allein diese Vorschrift kann auf Geschäftsverbindungen nur dann analog angewendet werden, wenn sie nur als einheitliches Ganzes gewollt sind (unten § 189 IV a, c). Biermann schränkt die praktischen Folgen seiner Annahme sehr ein. Er meint, wenn der Bevollmächtigte dem Dritten auf Anordnung oder mit Einwilligung des Vollmachtgebers keine Vertretungsmacht mitteile, so entstehe nun eine selbständige (unbedingte) Vollmacht. Allein der Bevollmächtigte soll doch nur von seiner wirklich bestehenden Vertretungsmacht Mitteilung machen, also wenn sie bedingt ist, von der bedingten Vollmacht, und diese Mitteilung kann aus der bedingten Vollmacht keine unbedingte machen. Man muß daher gerade umgekehrt schließen: Weil die Bevollmächtigung regelmäßig Dritten mitgeteilt werden soll, muß angenommen werden, daß sie regelmäßig als unbedingte gewollt ist; denn die Mitteilung von bedingten Vollmachten hat für Dritte, die nicht in das Grundgeschäft hineinschauen können, wenig Wert.

²¹⁾ Eine Erklärung einzelner Vertreter an eine bestimmte Person wird demnach wirksam, wenn die anderen die gleiche Erklärung (ausdrücklich oder stillschweigend) an diese Person abgeben. Wenn aber, was meistens zutreffen wird, der einzelne zum Abschluß dieses Geschäftes von allen bevollmächtigt werden konnte, wird man auch die nur ihm gegenüber erklärte nachträgliche Genehmigung der übrigen für genügend halten müssen. So richtig RGE 81 S. 326ff.; 101 S. 343 entgegen früheren Entscheidungen.

²²⁾ Vgl. RGE 53 S. 230f.; 78 S. 354; RG Warn. 08 S. 475; RG SeuffA 40 S. 398f.; oben § 102 Anm. 9.

²³⁾ Vgl. Vorschriften in §§ 709, 710; HGB §§ 48 Abs. 2, 125 Abs. 2, 150, 232; GenG § 25; GmbHG § 35 Abs. 2; PBD § 84.

§ 172. Umfang und Wirkung.

1. Über den Inhalt der Vollmacht¹⁾ stellt das BG keine Vermutungen auf²⁾. Er ist daher nach dem Wortlaut der Vollmacht (wenn eine ausdrückliche Bevollmächtigung vorliegt) und den begleitenden Umständen, insbesondere aus dem Zwecke der Vollmacht und aus dem unterliegenden Verhältnis nach den für die Auslegung von Willenserklärungen geltenden Grundsätzen zu bestimmen³⁾. Eine Vollmacht zur Vermögensverwaltung wird z. B. meist nur solche Geschäfte, welche zur Erhaltung, Nutzung und Wehrung des zu verwaltenden Vermögenskomplexes erforderlich sein können, umfassen, nicht aber Veräußerungen der Substanz dieses Vermögens. Eine Vollmacht zum Verkauf von Waren wird nicht ohne weiteres als Vollmacht zum Verkauf auf Kredit aufzufassen sein; auch eine Vollmacht zum Einkauf (welche z. B. Dienstboten erteilt ist) wird nicht ohne weiteres dahin gedeutet werden können, daß auf Kredit des Vollmachtgebers gekauft werden könne.

2. Bei der Frage, ob der Bevollmächtigte sich einen Substituten ernennen könne⁴⁾, ist zu unterscheiden:

a) Einen Ersatzmann, der ganz an seine Stelle tritt, so daß er selbst ausscheidet, kann er nur in dem seltenen Falle ernennen, daß es ihm besonders gestattet ist⁵⁾. (Doch ist in der Prozeßvollmacht die Substitutionsbefugnis enthalten, *BPÖ* § 81). Man spricht hier wohl von Übertragung der Vollmacht; in Wahrheit aber handelt es sich um eine neue (der alten inhaltsgleiche) Bevollmächtigung, die der erste Bevollmächtigte kraft seiner Vertretungsmacht im Namen des Vollmachtgebers⁶⁾ erteilt (Ersatzbevollmächtigung). Der Ersatzbevollmächtigte (C) vertritt den ersten Vollmachtgeber (A) und tritt auch nur zu diesem in ein Kaufverhältnis (Auftrag, Dienstverhältnis).

¹⁾ Über Inhalt und Auslegung der Vollmacht: Dupka S. 175ff.; Nehdein I S. 267ff.

²⁾ Besondere Vorschriften über die Vollmacht des Prokuristen *HGB* § 49; des Handlungsbevollmächtigten und Handlungsreisenden *HGB* §§ 54, 55; des Schiffers *HGB* §§ 62ff.; des Prozeßstellenvertreters *BPÖ* § 81.

³⁾ Man unterscheidet Generalvollmacht (zu allen das Vermögen betreffenden Angelegenheiten) und Spezialvollmacht. Doch sind diese Begriffe nicht festbestimmt, da man z. B. auch von einer Generalvollmacht zur Verwaltung eines bestimmten Gutes oder zur Regelung von Erbschaftsangelegenheiten reden kann im Gegensatz zu der Vollmacht zu bestimmten Handlungen. Manche unterscheiden Generalvollmacht, Geltungsvollmacht und Individualvollmacht.

⁴⁾ Vgl. besonders Dupka, Vollmacht S. 344ff.; Rosenberg, Stellvertretung S. 836ff.

⁵⁾ Der für längere Zeit auf einer Forschungsreise abwesende A hat seinen Generalbevollmächtigten B ermächtigt, im Falle dauernder Behinderung einen anderen Generalbevollmächtigten zu ernennen.

⁶⁾ Dies ergeben die Umstände; denn nur als Vertreter hat er die Möglichkeit, jemanden zur Vertretung seines Vollmachtgebers zu bevollmächtigen.

b) Auch zur Ausführung einzelner Geschäfte einen anderen zu bevollmächtigen (Unterbevollmächtigung), ist dem Bevollmächtigten im Zweifel nicht gestattet, da die Vollmacht auf persönlichem Vertrauen zu beruhen pflegt⁷⁾. Doch kann sich aus dem Inhalte der Vollmacht und dem unterliegenden Verhältnis ein anderes ergeben, und unbedenklich wird die Gestattung anzunehmen sein, wenn der Geschäftsherr kein Interesse an der persönlichen Ausführung durch den Bevollmächtigten hat⁸⁾.

Was Inhalt und Wirkung der Unterbevollmächtigung betrifft, so sind zwei Fälle zu unterscheiden⁹⁾:

a) Der von dem Bevollmächtigten (B) bestellte Unterbevollmächtigte (C) soll einfach im Namen des Geschäftsherrn (A) handeln. Dann wirkt das Geschäft, wenn es der Vollmacht und Untervollmacht entspricht, lediglich für und gegen A¹⁰⁾. Mangelt es an der Vollmacht oder Untervollmacht, so kann (bei Vertträgen) im ersten Falle A, im zweiten A oder B genehmigen. Kann C die Vollmacht oder die Untervollmacht nicht beweisen, so trifft die Haftung aus § 179 lediglich ihn (nicht den B), da nur er als Vertreter des A den Vertrag geschlossen hat¹¹⁾. Er hat aber, wenn es an der Vollmacht des B mangelte, gegen diesen einen Erfasanspruch.

β) C soll in Vertretung des B im Namen des A handeln, also Vertreter des Vertreters sein, z. B. der Assessor C soll als Vertreter des Rechtsanwalts B, des Generalbevollmächtigten des A, im Namen des A einen Kaufvertrag schließen¹²⁾. Dann wirkt das Geschäft, wenn es der Vollmacht und Untervollmacht entspricht, gleichfalls nur für und gegen A. Kann C seine Untervollmacht nicht beweisen, so haftet er nach § 179; fehlt es aber nicht an dieser, sondern an der Vollmacht, so haftet aus § 179 der B¹³⁾. Mangelt es an der Untervollmacht, so kann sowohl A als B wirksam genehmigen. Mangelt es an der Vollmacht, so kann A genehmigen, die Genehmigung des B (die übrigens nur Sinn hat, wenn auch die Untervollmacht mangelt) hat hier nur die Wirkung, daß B aus § 179 haftet; dem A gegenüber bleibt das Geschäft unwirksam¹⁴⁾.

⁷⁾ So auch RG JurB 1912, 526. Dafür spricht auch, daß nach § 664 die Ausführung des Auftrags nicht einem Dritten übertragen werden darf, eine Vorschrift, die nach §§ 27, 86, 713, 2218 auch für den Vorstand von Vereinen, Stiftungen, für geschäftsführende Gesellschafter und Testamentsvollstrecker gilt; vgl. aber auch BPD § 81.

⁸⁾ Supra S. 352.

⁹⁾ Aus der Nichtbeachtung der folgenden Unterscheidung erklären sich viele der in der Literatur aufgeworfenen Streit- und Zweifelsfragen.

¹⁰⁾ C kann als Vertreter des A hier auch mit B ohne Verstoß gegen § 181 kontrahieren, OLG 22 S. 179; RG 108 S. 406f.

¹¹⁾ Ebenso trifft, wenn der von dem Vorstände eines nichtrechtsfähigen Vereins Bevollmächtigte im Namen des Vereins kontrahiert hat, die Haftung aus § 54 lediglich ihn, vgl. oben § 109 Anm. 12.

¹²⁾ Diese Möglichkeit hält v. Tuhr S. 411 Anm. 231 für unvereinbar mit den Grundsätzen des Vertretungsrechts. Das ist schwerlich einleuchtend. Soll etwa, wenn der Assessor C „als Vertreter des Rechtsanwalts B“ und nach dessen Weisungen ein bestimmtes Haus „im Namen des A“ gekauft hat, der Kauf nichtig sein? Oder soll, wenn B, aber nicht C wusste, daß das Haus mit Schwamm behaftet sei, diese Kenntnis nicht in Betracht kommen? Oder soll, wenn der Rechtsanwalt C „als Vertreter des Vereinsvorstandes B“ eines nichtrechtsfähigen Vereins ein Geschäft im Namen des Vereins abgeschlossen hat, der C, aber nicht der B nach § 54 S. 2 haften? (vgl. oben § 109 Anm. 12).

¹³⁾ Ebenso haftet, wenn der vom Vorstände eines nichtrechtsfähigen Vereins in dieser Weise Bevollmächtigte im Namen des Vorstandes für den Verein kontrahiert, aus § 54 lediglich der Vorstand, nicht der Bevollmächtigte.

¹⁴⁾ Das Kaufverhältnis, das der Untervollmacht zugrunde liegt (Auftrag, Dienstverhältnis) wird in dem Falle α meist zwischen A und C, in dem Falle β meist zwischen B und C bestehen, denn wer einen anderen beauftragt, im Namen des Dritten zu handeln, wird auch diesen Auftrag meist im Namen des Dritten erteilen, wer aber einen anderen beauftragt, ihn selbst bei einem im Namen eines Dritten zu schließenden Vertrag zu ver-

3. Die Wirkung der Vollmachtserteilung ist die Entstehung der Vertretungsmacht. Ist diese entstanden und noch nicht wieder erloschen (darüber unten), so kann der Bevollmächtigte das Rechtsgeschäft vollwirksam abschließen, selbst wenn der Vollmachtgeber, z. B. weil er inzwischen geisteskrank geworden ist, es nicht mehr abschließen könnte; denn eine Mitwirkung des Vollmachtgebers bei dem Geschäftsakte findet nicht statt. Über einen Gegenstand auf Grund der Vollmacht verfügen kann aber der Bevollmächtigte nur dann, wenn dem Vollmachtgeber die Verfügungsbefugnis noch zur Zeit der Verfügung zusteht, also z. B. nicht, wenn dieser den Gegenstand inzwischen veräußert hat oder wenn gegen ihn inzwischen ein Veräußerungsverbot erlassen ist¹⁵).

4. Ein einseitiges Rechtsgeschäft des (wirklich oder angeblich) Bevollmächtigten, z. B. eine Kündigung, kann der Gegner, wenn keine Vollmachtsurkunde vorgelegt wird, unverzüglich zurückweisen, es sei denn, daß der Vollmachtgeber ihn von der Vollmacht in Kenntnis gesetzt hatte, § 174¹⁶).

5. Die Anfechtung der Vollmacht kann erst in der Anfechtungslehre besprochen werden (unten § 190 III 7).

6. Über Mißbrauch der Vollmacht oben § 170 I 4 und unten § 453 III e.

§ 173. Erlöschen der Vollmacht*).

I. Aus dem Inhalte der Vollmacht ergibt sich, daß sie endet, wenn die hinzugefügte auflösende Bedingung oder der Endtermin eingetreten ist oder die Geschäfte, auf die sie sich bezieht, vollständig ausgeführt oder unmöglich geworden sind.

II. Liegt der Vollmacht (wie gewöhnlich) ein Rechtsverhältnis zwischen dem Vollmachtgeber und dem Bevollmächtigten zugrunde, so ist ferner anzunehmen, daß sie auf die Dauer dieses Verhältnisses be-

treten, wird diesen Auftrag meist in eigenem Namen geben. Doch kann die Sache auch anders liegen, z. B. wird der Auftrag des Rechtsanwalts B an den ständig bei ihm arbeitenden Assessor C, ihn beim Vertragsabschluß für A zu vertreten, regelmäßig auf Grund des zwischen B und C bestehenden Dienstverhältnisses erfolgen, auch wenn C einfach im Namen von A handeln soll. Besteht das Kaufsverhältnis zwischen B und C, so kann doch C zugleich als negotiorum gestor des A erscheinen, L. 3 § 11, L. 5 § 6 D. neg. gestis, 3, 5. (Über die verschiedenen Ansichten Guya S. 361 Anm. 1.)

¹⁵) Das Veräußerungsverbot hat auf die Veräußerung des Bevollmächtigten dieselbe Wirkung wie auf eine Veräußerung des Vollmachtgebers, oben § 135.

¹⁶) Das entspricht dem Recht, ein einseitiges Rechtsgeschäft eines Minderjährigen zurückzuweisen, oben § 143 II 1. Die Vertragsannahme ist kein einseitiges Rechtsgeschäft, sondern ein Teil eines zweiseitigen. Gleichwohl ist (mit Pand u. a.) die Vorschrift des § 174 analog anzuwenden, wenn ein dem Geschäftsherrn direkt gemachter Antrag von einem (wirklich oder angeblich) Bevollmächtigten angenommen wird; denn sonst entstände für den Gegner dieselbe Ungewißheit, vor der § 174 ihn schützen will. Ferner wird der § 174 auf einseitige durch einen Voten erklärte Geschäfte analog anzuwenden sein, ebenso Pland, Reßbein u. a. Die analoge Ausdehnung auf gesetzliche Vertreter ist aber zu verneinen. So auch die herrschende Meinung und RGZ 74 S. 265 ff.

* v. Lühr, Unwiderrufliche Vollmacht, i. d. Festg. f. Laband 1908 S. 43 ff.; Dertmann, BankR 13, 6; Ripp, BHR 57 S. 214.

schränkt sein soll, also mit dessen Beendigung erlischt, es sei denn, daß der Vollmachtgeber ein anderes bestimmt habe, § 168 S. 1¹⁾.

Wann das zugrunde liegende Verhältnis erlösche, ist bei der Behandlung dieser Verhältnisse auszuführen. Nur einige Beendigungsgründe sind wegen ihrer besonderen Bedeutung schon hier hervorzuheben:

1. Der Geschäftsbesorgungsvertrag und sonach die auf ihm beruhende Vollmacht erlischt im Zweifel durch den Tod des Bevollmächtigten²⁾, dagegen im Zweifel nicht durch den Tod oder die Geschäftsunfähigkeit des Vollmachtgebers (§§ 672, 673, 675³⁾); der Gesellschaftsvertrag und die auf ihm beruhende Vollmacht in der Regel durch den Tod eines Gesellschafters (§ 727, vgl. aber auch § 736⁴⁾).

2. Der Geschäftsbesorgungsvertrag und die auf ihm beruhende Vollmacht erlöschen ferner durch Konkurs des Geschäftsherrn, es sei denn, daß sie sich nicht auf das zur Konkursmasse gehörige Vermögen beziehen (RO § 23); ebenso die Gesellschaft und die ihr entsprechende Vollmacht durch Konkurs eines Gesellschafters (§ 728, vgl. auch § 736⁵⁾).

III. Der Vollmacht liegt aber nicht immer ein anderes Rechtsverhältnis zwischen Vollmachtgeber und Bevollmächtigten zugrunde. Ein solches kann überhaupt fehlen, die Vollmacht z. B. gegeben sein, damit sich der Bevollmächtigte ihrer bei später etwa zu erteilenden Aufträgen bedienen könne. Und auch wenn ein solches Verhältnis vorliegt, kann die Bevollmächtigung doch ohne jede ausdrückliche oder stillschweigende Bezugnahme auf dieses Verhältnis erfolgen, so namentlich, wenn sie durch Erklärung an den Dritten ohne jede Rundgebung des Verhältnisses erteilt wird.

In allen diesen Fällen kann die Vorschrift des § 168 nicht angewandt werden⁶⁾. Gleichwohl wird aus der Natur der Vollmacht als eines Ver-

¹⁾ Der § 168 S. 1 sagt, das Erlöschen der Vollmacht bestimme sich nach dem Verhältnis, das ihr zugrunde liegt. Das heißt aber nicht, daß das Ende des Verhältnisses die Vollmacht notwendig (oder ihrer Natur nach) zum Erlöschen bringe, sondern nur, daß die Dauer der Vollmacht (beim Mangel einer anderen Anordnung des Vollmachtgebers) nach der Dauer jenes Rechtsverhältnisses zu bemessen sei. Ich kann meinen Geschäftsvertrag auf drei Monate anstellen und ihm gleichwohl Vollmacht für ein Jahr geben (vgl. auch ROE 81 S. 259f.) oder auch umgekehrt die Vollmacht auf eine kürzere Zeit als das Dienstverhältnis beschränken. Ist aber über die Dauer der Vollmacht keine Anordnung getroffen, so ist anzunehmen, daß sie nur für die Dauer des Dienstverhältnisses gegeben sein soll. Und dies muß sich nicht nur der Bevollmächtigte, sondern auch ein Dritter, der mit ihm Geschäfte abschließt, sagen. Schließt er also mit meinem entlassenen Verwalter Geschäfte ab, wissend, daß er entlassen ist, so kann er sich nicht darauf berufen, daß bei der Vollmachtserteilung von der Zeitbeschränkung nicht die Rede gewesen sei. Hat der Dritte dagegen von der Entlassung des Verwalters nichts gewußt, so muß man unterscheiden, ob er einen besonderen Grund hatte, das Bestehen der Vollmacht anzunehmen, ob also die Vollmacht ihm gegenüber erklärt oder ihm angezeigt oder öffentlich erklärt wurde oder ihm eine Vollmachtsurkunde vorgelegt worden ist. In diesen Fällen wird er als Gutgläubiger in gewissen Grenzen geschützt, wie unten § 174 darzulegen ist. Hat er aber ohne einen solchen besonderen Grund mit dem (entlassenen) Verwalter abgeschlossen, so geschähe das eben auf seine eigene Gefahr, und eine Schutzbestimmung des BG kommt ihm nicht zugute. Zustimmung Pland-Flad zu § 168, 1a.

²⁾ Das gleiche wird anzunehmen sein, wenn der Bevollmächtigte entmündigt oder unter vorläufige Vormundschaft gestellt wird (bestritten).

³⁾ Ebenso bei Prokura und Handlungsvollmacht, HGB §§ 52 Abs. 3, 54.

⁴⁾ Über die Handelsgesellschaften vgl. HGB §§ 131 Nr. 4, 161 Abs. 2, 177.

⁵⁾ Über die Handelsgesellschaften vgl. HGB §§ 131 Nr. 5, 161 Abs. 2. Vgl. überhaupt Jaeger, RO 3. Aufl. zu § 23 Anm. 8ff.

⁶⁾ Ihr Wortlaut trifft nicht zu, da das Erlöschen der Vollmacht sich nur nach dem Verhältnis, auf dem sie beruht, bestimmen soll. Ihre Anwendung kann zudem in

trauensverhältnisses im Zweifel auch hier zu folgern sein, daß sie mit dem Tode des Bevollmächtigten⁷⁾ oder mit dessen Entmündigung oder Stellung unter vorläufige Vormundschaft erlischt. Auch der Konkurs des Vollmachtgebers muß nach Analogie des § 23 KO die Vollmacht aufheben, es sei denn, daß sie sich auf einen nicht zur Konkursmasse gehörigen Gegenstand bezieht (bestritten).

IV. Die Vollmacht ist grundsätzlich frei widerruflich, § 168 S. 2.

1. Der Widerruf ist wie die Bevollmächtigung eine einseitige empfangsbedürftige Erklärung, die auch stillschweigend, z. B. durch Rückforderung der Vollmachtsurkunde erfolgen kann. Er kann dem Bevollmächtigten oder dem Dritten erklärt werden, dem gegenüber die Vertretung beabsichtigt ist, und wird wirksam, sobald er dem einen oder dem anderen zugeht, § 168 S. 3⁸⁾.

2. Die Vollmacht ist aber unwiderruflich oder nur unter bestimmten Voraussetzungen widerruflich, wenn dies vom Vollmachtgeber bestimmt oder aus dem Grunde der Vollmachtzerteilung zu entnehmen ist.

a) Der § 168 S. 2 erklärt die Vollmacht für unwiderruflich, wenn sich die Unwiderruflichkeit aus dem zugrunde liegenden Rechtsverhältnis ergibt. Daher kann z. B. die im Gesellschaftsvertrage einem Gesellschafter erteilte Vollmacht nur unter den in §§ 715, 712 bestimmten Voraussetzungen widerrufen werden. Der Schuldner, der nach Vereinbarung mit seinen Gläubigern einem von ihnen Vollmacht gibt, seine Aktiva einzuziehen und die eingegangenen Summen unter die Gläubiger zu verteilen, kann diese Vollmacht nicht widerrufen⁹⁾; ebenso wenig der Schuldner, der den Hypothekengläubiger bevollmächtigt, die Miet- und Pachtgelber zu erheben und sich daraus wegen der Zinsen zu befriedigen (Prot. II S. 298, Denkschrift S. 617).

b) Der Grund aber, der in allen diesen Fällen den Widerruf ausschließt oder beschränkt, ist der auf Gewährung einer unwiderruflichen Vertretungsmacht gerichtete Wille des Vollmachtgebers¹⁰⁾, und ein solcher wird in der Regel anzunehmen sein, wenn die Vollmacht

dem ersteren Falle gar nicht in Frage kommen und widerspricht in dem zweiten aller Billigkeit. Ist jedoch die Vollmacht unter Bezugnahme auf ein Rechtsverhältnis erteilt, dieses aber aus einem die Vollmacht nicht berührenden Grunde, z. B. wegen Minderjährigkeit des Bevollmächtigten, wirkungslos, so kann eine für dieses Verhältnis beabsichtigte Zeitschranke nach dem Willen des Vollmachtgebers für die Vollmacht gleichwohl in Betracht kommen.

⁷⁾ Nicht aber mit dem Tode des Vollmachtgebers. Über die Wirkung der Erstreckung auf die Erben, namentlich im Grundbuchverfehr, vgl. RGE 88 S. 345 ff.

⁸⁾ Auch öffentlicher Widerruf ist für möglich zu halten, wirkt aber nur dem gegenüber, dem er zur Kunde kommt. War aber auch die Bevollmächtigung in derselben Weise öffentlich erfolgt, so wirkt der öffentliche Widerruf gegen alle; denn wer sich auf eine öffentliche Erklärung verläßt, muß auch gewärtigen, daß sie in gleicher Weise widerrufen wird. Dafür auch der Analogieschluß aus § 171 Abs. 2 (dessen Vorschrift sich direkt nicht auf die Bevollmächtigung und deren Widerruf, sondern auf die „Mitteilung“ über diese Akte bezieht). Über den Inhalt der Widerrufserklärung RGE 102 S. 25f.

⁹⁾ RGHGE 9 S. 158. Andere Beispiele in RGE 52 S. 99; 53 S. 419; RG Warn. 1918 Nr. 50 a. E.

¹⁰⁾ Verzicht auf den Widerruf ist also für gültig zu halten (abw. Rehb. I S. 274, Pland u. RGE 62 S. 337; zustimmend Hupla u. a.), sofern darin nicht, was namentlich bei Generalbevollmächtigten oft zutreffen wird, eine unsittliche Freiheitsbeschränkung liegt,

im Interesse des Bevollmächtigten oder eines Dritten (namentlich zum Zweck der Sicherung oder Verwirklichung ihrer Rechte) oder im gemeinschaftlichen Interesse beider Teile eingeräumt wird¹¹⁾. Auch in solchen Fällen wird man aber den Widerruf gestatten müssen, wenn ein wichtiger Grund vorliegt¹²⁾.

c) Die unwiderrufliche Bevollmächtigung zur Veräußerung eines Grundstücks bedarf der Form des § 313 (unten § 252 Anm. 13).

§ 174. Fortwirken der erloschenen Vollmacht gegenüber gewissen Personen*).

Die erloschene Vollmacht bleibt schon nach der gemeinrechtlichen Praxis unter Umständen solchen Personen gegenüber wirksam, welche in dem berechtigten Vertrauen auf den Fortbestand der Vollmacht Rechte erworben haben.

Das röm. Recht freilich kennt nur Anfänge einer solchen Rücksichtnahme auf die Verkehrssicherheit: Wenn die Vollmacht, Zahlungen anzunehmen, in einer für Dritte erkennbaren Weise gegeben ist, so werden die Schuldner auch dann frei, wenn sie nach dem Erlöschen der Vollmacht (namentlich durch Tod des Vollmachtgebers oder Widerruf) ohne Kunde von dem Erlöschen an den Bevollmächtigten Zahlung geleistet haben¹⁾. Ferner galt die Bestellung eines Institor, wenn sie in einer für Dritte erkennbaren Form erfolgt war, auch nach der Beendigung des Verhältnisses gutgläubigen Dritten gegenüber solange als fortbestehend, als die Beendigung nicht äußerlich erkennbar hervortrat²⁾. Die neuere Praxis hat aber die letztere Vorschrift mit Recht auf alle diejenigen Vollmachten ausgebehnt, welche unmittelbar oder mittelbar dem Dritten gegenüber erklärt sind, also namentlich auf den Fall, wo eine Vollmachtsurkunde erteilt und dem Dritten vorgelegt wurde³⁾.

Im Anschluß an diese Praxis und an neuere Gesetzgebungen, zumal an den Code civil, stellt das BG zwei Gruppen von Schutzbestimmungen gegen den aus dem unbekanntem Erlöschen der Vollmacht drohenden Schaden auf.

Die erste kommt nur denjenigen Dritten zugute, an welche von dem Vollmachtgeber eine Vollmachtserklärung oder eine Mitteilung über die Voll-

RGZ 47, 150. Ein Verzicht auf den Widerruf kann auch bei der ohne Bezug auf ein Grundverhältnis bestellten Vollmacht vorkommen. Daß der Verzicht durch Vertrag erfolge, ist nicht erforderlich, v. Tuhr in der Fests. f. Laband 1908 S. 56. A. A. aber RGZ 109 S. 333.

¹¹⁾ Vgl. auch RG in JW 1902 S. 262; RGZ 52 S. 99; zu eng DLZG 12 S. 280.

¹²⁾ Nach Analogie der §§ 626, 723, Dertmann zu § 168, 3ca.

*) Goldberg, Schutz gutgläubiger Dritter im Verkehr mit Nichtbevollmächtigten. 1908. Kiehl, Recht 1924 S. 424 ff.

¹⁾ L. 34 § 3, L. 51 D. de solut. 46, 3. Die Ausdehnung dieser Vorschrift auf andere Rechtsgeschäfte, namentlich obligatorische Verträge und Veräußerungsgeschäfte des Bevollmächtigten ist zwar behauptet (Dernburg), aber bei dem direkten Widerspruch der L. 41 D. de reb. cred. 12, 1 und der Nichtnachweisbarkeit eines ihr entgegenstehenden Gewohnheitsrechts sehr bedenklich.

²⁾ L. 11 §§ 2—5 D. de instit. act. 14, 3.

³⁾ Auf den Fall der Vollmachtsurkunde beziehen sich die Entscheidungen in Seufferts Archiv Bd. 28, 29, Bd. 29, 28. Weiter geht mit Recht das Reichsgericht (RGZ 35 S. 139) in Bestätigung eines Urteils des Oberlandesgerichts Kassel. Die Formulierung des Grundsatzes durch das Reichsgericht ist freilich allzuweit ausgefallen; allein der Gehalt des Erkenntnisses zeigt, daß man nach der wahren Meinung des Reichsgerichts den aufgestellten Grundsatz auf eine Vollmachtserteilung nicht beziehen darf, welche lediglich zwischen dem Vollmachtgeber und dem Bevollmächtigten sich abspielt, z. B. auf eine mündlich in Abwesenheit desjenigen, mit dem das Geschäft geschlossen werden soll, erteilte Vollmacht.

macht gelangt ist. Diese Gruppe von Bestimmungen ist enthalten in den §§ 170, 171 Abs. 1, 172 Abs. 2 und wird durch § 173 auf derartige gutgläubige Dritte beschränkt.

Die zweite kommt zunächst dem Bevollmächtigten selbst, mittelbar aber auch Dritten zugute. Sie ist enthalten in den §§ 674, 675, 729 in Verbindung mit § 168 und wird auf gutgläubige Dritte beschränkt durch § 169.

I. Erste Gruppe von Schutzbestimmungen.

1. Die erste Gruppe umfaßt drei Fälle:

a) Die Vollmacht ist einem Dritten gegenüber erklärt.

b) Es ist einem Dritten durch besondere Mitteilung oder es ist durch öffentliche Bekanntmachung kundgegeben, daß die Vollmacht erteilt sei.

c) Es ist dem Bevollmächtigten eine Vollmachtsurkunde⁴⁾ ausgehändigt und von ihm einem Dritten vorgelegt⁵⁾ worden.

In diesen Fällen gilt die Vollmacht, trotzdem sie erloschen ist, dem bestimmten Dritten gegenüber, im Falle der öffentlichen Bekanntmachung jedem Dritten gegenüber als fortbestehend, bis das Erlöschen in entsprechender Weise⁶⁾ mitgeteilt ist, im Falle der ausgehändigten und vorgelegten Vollmachtsurkunde, bis die Urkunde zurückgegeben oder für kraftlos erklärt ist⁷⁾.

2. Alle diese Bestimmungen finden aber keine Anwendung, wenn der Dritte das Erlöschen der Vertretungsmacht bei der Vornahme des Geschäfts kannte oder kennen mußte.

3. Die Kraftloserklärung der Vollmachtsurkunde geschieht durch öffentliche Bekanntmachung von seiten des Vollmachtgebers, welche in der Weise, wie es die RPD für die öffentliche Zustellung von Ladungen vorschreibt, veröffentlicht werden muß⁸⁾. Sie ist unwirksam, wenn der Vollmachtgeber die Vollmacht nicht widerrufen kann. Sonst wird sie wirksam nach Monatsfrist seit der letzten Einrückung in die öffentlichen Blätter, § 176 Abs. 1 und 3.

⁴⁾ Darunter ist nur eine zur Vorlegung an Dritte bestimmte Urkunde zu verstehen, vgl. Goldberger S. 53.

⁵⁾ Die bloße Bezugnahme auf die im Besitz des Bevollmächtigten befindliche Urkunde genügt nicht, RGE 56 S. 66, auch nicht die Vorlegung einer Abschrift.

⁶⁾ Erforderlich ist also: im Falle der Vollmachtsklärung an einen Dritten, daß sie ihm gegenüber widerrufen; im Falle der Mitteilung an den Dritten über die erteilte Vollmacht, daß diese Mitteilung ihm gegenüber zurückgenommen; im Falle der Mitteilung durch öffentliche Bekanntmachung, daß sie ebenso zurückgenommen wird. Doch muß in dem letztgenannten Falle auch die einem bestimmten Dritten gegenüber erklärte Rücknahme diesem gegenüber wirksam sein.

⁷⁾ Auch in diesem Falle muß aber die einem bestimmten Dritten gegenüber erklärte Rücknahme diesem gegenüber gültig sein.

⁸⁾ „Zuständig für die Bewilligung der Veröffentlichung ist sowohl das Amtsgericht, in dessen Bezirke der Antragsteller seinen allgemeinen Gerichtsstand hat, als das Amtsgericht, welches für die Klage auf Rückgabe der Urkunde, abgesehen von dem Werte des Streitgegenstandes, zuständig sein würde“, § 176 Abs. 2.

Zur Sicherung des Vollmachtgebers ist übrigens bestimmt, daß der Bevollmächtigte die Vollmachtsurkunde sofort nach dem Erlöschen zurückgeben muß und daß ihm kein Rückbehaltungsrecht daran zusteht, § 175.

II. Zweite Gruppe der Schutzbestimmungen.

1. Die zweite Gruppe beruht zunächst auf folgenden Vorschriften:

a) Nach § 674 gilt ein Auftrag, der in anderer Weise als durch Widerruf erloschen ist, zugunsten des Beauftragten als fortbestehend, bis dieser das Erlöschen kennt oder kennen muß.

b) Nach § 675 gilt die gleiche Vorschrift für den, der infolge eines Dienst- oder Werkvertrages mit einer Geschäftsbesorgung betraut ist;

c) und ebenso nach § 729 für die geschäftsführenden Gesellschafter, wenn die Gesellschaft anders als durch Kündigung aufgelöst ist.

2. Gilt nun zugunsten dieser Personen der Auftrag, der Dienstvertrag, der Werkvertrag, die Gesellschaft als fortbestehend, so besteht auch die ihnen erteilte Vollmacht fort; denn nach § 168 erlischt die Vollmacht mit dem unterliegenden Verhältnisse. Die noch bestehende Vollmacht wirkt also auch zugunsten derjenigen Dritten, mit denen diese Bevollmächtigten kontrahiert haben. Dies setzt auch der § 169 stillschweigend voraus. Zugunsten solcher Dritten aber, welche das Erlöschen des Auftrags, Dienstvertrags, Werkvertrags, der Gesellschaft kannten oder kennen mußten, soll die Vollmacht gleichwohl nicht wirken, was der § 169 vorschreibt⁹⁾.

§ 175. Ermächtigung*).

I. Unter dem gemeinsamen Namen „Ermächtigung“ in einem weiteren Sinne könnte man die Willenserklärungen zusammenfassen, welche die Befugnis erteilen, durch Rechtsgeschäft irgendwie auf die Verhältnisse, insbesondere auf das Vermögen des Ermächtigenden einzuwirken¹⁾.

1. Dahin würde zunächst die Vollmachtserteilung gehören; denn sie ist die Ermächtigung, durch eine im Namen des Ermächtigenden abzugehende

⁹⁾ Die Beweislast trifft den Gegner, der das Kennen oder Kennenmüssen behauptet.

^{*} Auf den Unterschied von Ermächtigung und Vollmacht hat zuerst Fhering hingewiesen, DogmZ 2 S. 131; ferner ist besonders zu vergleichen Strohal, DogmZ 27 S. 442ff.; Regelsberger I § 163; Ludewig, Ermächtigung nach bürger. R., 1922. Vgl. weiter Zimmermann, negotiorum gestio S. 88; Mitteis, Stellvertretung S. 201ff.; Schloßmann, I S. 294; Hupka, Vollmacht S. 21ff.; Rinne, Grundr. 56 S. 84ff.; Jung, DogmZ 69 S. 82ff. Ganz abweichend Bähr, Krit. Vierteljahrsschr. 30 S. 341.

¹⁾ So jetzt auch das Reichsgericht, RGZ 53 S. 274, vgl. auch 73 S. 308f., und in der Hauptsache auch Hupka, Vollmacht S. 21ff. Mit Regelsberger u. a. auch die Gestattung zu nur tatsächlicher Einwirkung auf eine dem Gestattenden gehörige Sache hierher zu rechnen, ist wegen der inneren Verschiedenheit und der abweichenden Behandlung m. E. nicht empfehlenswert; zustimmend Ludewig S. 4.

Willenserklärung (oder durch den Empfang einer Willenserklärung im Namen des Ermächtigenden) auf dessen Vermögen einzuwirken.

2. Aber es gibt auch eine Ermächtigung, die nicht unter den Begriff der Vollmachtserteilung fällt, nämlich die Ermächtigung, durch ein im eigenen Namen vorzunehmendes Rechtsgeschäft auf das Vermögen des Ermächtigenden einzuwirken. Es dürfte sich daher empfehlen den Ausdruck „Ermächtigung“ hierauf zu beschränken²⁾. Dahin gehören insbesondere:

a) Die Ermächtigung über einen dem Ermächtigenden gehörigen Gegenstand in eigenem Namen zu verfügen (Verfügungsermächtigung), z. B. eine Sache oder ein Recht des Ermächtigenden zu veräußern, zu belasten oder aufzuheben. Sie fällt unter den Begriff der Einwilligung (unten § 191).

b) Die Ermächtigung, durch ein in eigenem Namen vorzunehmendes Rechtsgeschäft den Ermächtigenden zu verpflichten (Verpflichtungsermächtigung), z. B. auf seine Rechnung eine Summe zu erheben oder zu zahlen oder einen Kauf oder ein sonstiges Geschäft abzuschließen³⁾. Eine derartige (und zwar eine doppelte Ermächtigung, nämlich eine Zahlungsermächtigung und eine Empfangsermächtigung) ist namentlich die Anweisung (§§ 783 ff., unten § 423)⁴⁾.

c) Die Ermächtigung zur Verwirklichung, insbesondere auch zur gerichtlichen Geltendmachung eines Rechtes des Ermächtigten (Prozessführungsermächtigung). Sie ist durch das Reichsgericht in ständiger Rechtsprechung und ebenso von der Mehrheit der Schriftsteller anerkannt⁵⁾ und läßt sich

²⁾ In früheren Auflagen hatte ich vorgeschlagen, nur die nicht unter den Begriff der Vollmacht oder der Einwilligung fallenden Ermächtigungen technisch als solche zu bezeichnen. Die jetzige Einteilung aber erscheint systematisch zweckmäßiger, weil sie den wichtigen Unterschied der Ermächtigungen im fremden und im eigenen Namen zu handeln, stärker hervortreten läßt.

³⁾ A ermächtigt mich z. B., mir auf seine Rechnung bei seinem Schneider einen Anzug zu bestellen. Wird der Kauf dementsprechend geschlossen, so bin ich Käufer und habe die Forderung auf Lieferung des Anzuges. Zur Zahlung des Kaufpreises aber ist A verpflichtet, nicht ich. Interessantes Beispiel in RGZ 80 S. 395 ff.: Die Eigentümerin eines Grundstücks ermächtigt einen anderen, das Grundstück in eigenem Namen zu vermieten; zustimmend Ludewig S. 4 f.

⁴⁾ Ludewig S. 65 ff. sieht in der Anweisung nur eine Ermächtigung des Angewiesenen, die Leistung in eigenem Namen für Rechnung des Anweisenden zu bewirken, nicht eine Ermächtigung auch des Anweisungsempfängers, die Zahlung zu empfangen. Gewiß ist es richtig, daß dem Empfänger nicht die Macht erteilt wird, die Summe einzutreiben, wohl aber die Macht, sie für Rechnung des Anweisenden zu empfangen, und dazu bedarf er selbst bei der Anweisung zahlungshalber der Ermächtigung; denn der § 267 und § 362 Abs. 2, aus dem 2. die Befugnis des Anweisungsempfängers zur Annahme für Rechnung des Anweisenden folgert, bezieht sich nur auf Zahlungen zum Zweck der Erfüllung einer Schuld (vgl. auch § 362 Abs. 2: „wird an einen Dritten zum Zweck der Erfüllung einer Schuld geleistet“); der Angewiesene aber zahlt schlechthin ohne die Absicht, eine Schuld des Anweisenden zu erfüllen, ja meist ohne von einer solchen auch nur zu wissen.

⁵⁾ Vgl. bes. RGZ 73 S. 308 f. Weitere Entscheidungen und Literaturzitate bei Ludewig S. 45 Anm. 2.

auch aus § 185 Abs. 1 begründen, da die Prozeßführung, wenn sie auch keine unmittelbare Verfügung enthält, doch zu solchen führt, und ein Analogieschluß also gerechtfertigt erscheint^{*)}. Besonders wichtige Fälle sind die Einziehungsermächtigung (unten § 303 IV 2) und die Ermächtigung, einen Grundbuchberichtigungsanspruch des Ermächtigenden in eigenem Namen geltend zu machen (Wolff, Sachenrecht § 46 VI 1).

3. Die Ermächtigung ist im BG in ihrer Allgemeinheit nicht ausdrücklich geregelt. Aus den Vorschriften über die Einwilligung und über die Vollmacht lassen sich aber die folgenden Analogieschlüsse ziehen:

a) Die Ermächtigung ist (wie Einwilligung und Vollmacht) eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung und bedarf nicht der Form des Rechtsgeschäfts, auf das sie sich bezieht. Doch kann eine besondere Form vorgeschrieben sein (so für die Anweisung).

b) Die Ermächtigung ist (wie Vollmacht und Einwilligung) ein abstraktes, also von dem Grunde, aus dem sie erteilt wird, unabhängiges Geschäft.

c) Nach Analogie von Einwilligung und Vollmacht ist anzunehmen, daß die Ermächtigung widerruflich ist, sofern der Ermächtigende sie weder als unwiderrufliche erklärt hat, noch eine dahin gehende Absicht aus dem die Ermächtigung veranlassenden Grunde zu entnehmen ist. Da indes die Ermächtigung meist um des Ermächtigten willen erteilt wird, ist hier die Unwiderruflichkeit viel häufiger als bei der Vollmacht. Die Anweisung ist in jedem Falle (bis zur Annahme) frei widerruflich (§ 790).

d) Durch die Ermächtigung, selbst die unwiderrufliche, wird die Macht des Ermächtigenden über den Gegenstand, auf den die Ermächtigung sich bezieht, zu verfügen, nicht ausgeschlossen.

V. Inhalt der Rechtsgeschäfte.

1. Im allgemeinen.

§ 176. Geschäftsbestandteile.

I. Das Rechtsleben bewegt sich in gewissen typischen Geschäftsarten, wie Kauf, Miete, Pfandbestellung, Testament, Eheschließung. Diese Geschäftstypen lassen aber bei den verschiedenen Rechtsverhältnissen dem Privatwillen einen sehr verschiedenen Spielraum.

Im Familienrecht wird im allgemeinen nur das anerkannt, was den typischen Geschäften entspricht. Der Parteilwille bestimmt nur, ob er diese Geschäfte abschließen will, kann aber an dem Inhalt und folgerweise den

^{*)} In der Begründung, aber nicht im Ergebnis abweichend Ludwig S. 46 ff.

Wirkungen nichts ändern, auch andersartige Geschäfte als die durch das Recht dargebotenen nicht ins Leben rufen. So können namentlich die Eheschließenden keine abweichenden Bestimmungen über ihr persönliches Verhältnis zueinander vereinbaren. Freier ist der Parteilille schon im Sachen- und Erbrecht und nahezu völlig frei im Obligationenrecht. In obligatorischen Verträgen können die Parteien fast alles festsetzen, was nicht verboten, unsittlich oder unmöglich ist. Dies alles gilt in der Hauptsache nach dem BGB ebenso wie nach gemeinem Recht.

II. Als wesentliche Geschäftsbestandteile (*essentialia*) bezeichnet man diejenigen Bestandteile eines Geschäfts, die es überhaupt zum Geschäft oder zu einem Geschäft bestimmter Art (zu diesem typischen Geschäft) machen, ohne die also kein Geschäft oder kein Geschäft dieser Art vorliegen würde. Dem Kauf z. B. sind die übereinstimmenden Erklärungen des Käufers und des Verkäufers über Preis und Ware wesentlich. Sind die wesentlichen Bestandteile des Geschäfts bestimmt, so knüpft die Rechtsordnung an das Geschäft auch manche nicht gewollte Folgen, sofern nicht ein anderes festgesetzt wurde. Man nennt sie *naturalia*, natürliche Geschäftsbestandteile, aber wenig passend, weil es sich hier nicht um Bestandteile, sondern um Folgen des Geschäfts handelt. Endlich können die Parteien auch bezüglich nicht wesentlicher Punkte Feststellungen treffen, z. B. beim Kauf über den Leistungsort, über die Haftung für Mängel usw. (Nebenbestimmungen, *accidentalia*).

Damit ein Geschäft gültig sei, müssen die Handelnden alle wesentlichen Bestimmungen festgesetzt haben; außerdem aber alle diejenigen Nebenpunkte, von deren Feststellung der endgültige Abschluß nach der Erklärung, sei es auch nur einer der handelnden Personen, abhängen sollte (oben § 154 I).

§ 177. Verbotene Geschäfte*).

I. Geschäfte, die gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen, sind nichtig¹⁾, sofern sich aus dem Gesetze (aus diesem Gesetze oder der Rechtsordnung überhaupt) nicht ein anderes ergibt, § 134²⁾. Das gilt nicht nur von den im

* Fr. Endemann, Die zivilrechtliche Wirkung der Verbotsgesetze (1887) und Lehrbuch I § 11, 2; Jfay, Die Willenserklärung i. Latbest. d. Rechtsgesch., 1899 S. 99 ff.; vgl. auch oben § 135*); reiche Kasuistik bei Rehbain I S. 164—170.

¹⁾ So auch nach gemeinem Recht, L. 5 C. de leg. 1, 14 (Theodos und Valentinian), während das ältere röm. Recht die Nichtigkeit nur annahm, wenn das Gesetz sie speziell aussprach (*lex perfecta*), dagegen nicht, wenn es nur eine Strafe androhte (*lex minus quam perfecta*) oder wenn eine die Folgen der Übertretung ordnende Bestimmung (*sanctio*) überhaupt fehlte (*lex imperfecta*).

²⁾ Das kann nur auf deutsche Reichs- oder Landesgesetze bezogen werden, nicht z. B. auf Anordnungen der fremden Besatzungsbehörden in den besetzten Gebieten, selbst wenn ihnen in gewisser Beziehung gesetzgebende Gewalt zusteht, RGZ 107 S. 174; 108 S. 243.

schäft, bei dem alle Begriffsmerkmale des Wuchers vorliegen, jedenfalls als sittenwidrig anzusehen ist; aber keineswegs, daß ein Geschäft, bei dem eines dieser Begriffsmerkmale fehlt, nicht trotzdem unsittlich, also nach § 138 Abs. 1 nichtig sein könnte. Es steht daher nichts entgegen, einen Vertrag, bei dem Leistung und Gegenleistung in einem das sittliche Empfinden aller anständig und gerecht denkenden Menschen verletzenden Mißverhältnis stehen, auch dann für sittenwidrig und deshalb nach § 138 Abs. 1 für nichtig zu halten, wenn eine Ausbeutung der Notlage, des Leichtsinns oder der Unerfahrenheit nicht vorliegt¹⁰).

V. Die Not des Krieges, insbesondere der Mangel an vielen für die Kriegsführung oder für die Bedürfnisse der Bevölkerung unentbehrlichen Waren, hat zu einer Reihe von gesetzlichen Vorschriften geführt, welche tunlichst verhindern sollen, daß die allgemeine Notlage zur Erzielung übermäßigen oder nicht gerechtfertigten Gewinns ausgenutzt werde¹¹). Man faßt die durch diese Verordnungen getroffenen Handlungen wohl unter dem Namen „Kriegswucher“ zusammen. Doch sind die einzelnen Fälle, insbesondere die Höchstpreisüberschreitung, der Preiswucher und der Kettenhandel voneinander sehr verschieden. Hier sind nur die Hauptpunkte zu erwähnen.

1. Auf Grund gesetzlicher Ermächtigung (vgl. G. v. 4. Aug. 1914 in den Fassungen v. 17. 12. 1914 u. 23. 3. 1916 u. PreistreibereiWD v. 8. 5. 1918) sind durch zahlreiche Kriegsverordnungen für Nahrungs- und Futtermittel, Heiz- und Leuchtstoffe und viele andere Gegenstände Höchstpreise festgesetzt und deren Überschreitung mit Strafe bedroht. Nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts ist jedoch das Geschäft bei Überschreitung des Höchstpreises nicht nichtig, sondern zum Höchstpreise gültig, da der Zweck des Gesetzes, dem Volk die Waren zu angemessenem Preise zuzuführen, sonst nicht erreicht würde¹²). (Über Rückforderung des Zuvielbezahlten unter § 446 Anm. 3.)

2. Durch die PreistreibereiWD v. 8. 5. 1918 (vgl. auch die Bekm. v. 23. 7. 1915) ist ferner mit Strafe bedroht, wer für Gegenstände des täglichen Bedarfs oder des Kriegsbedarfs Preise fordert oder sich oder einem andern versprechen oder gewähren läßt, die unter Berücksichtigung der gesamten Verhältnisse einen übermäßigen Gewinn enthalten (Preiswucher). Auch hier wird das Geschäft zu dem angemessenen Preise aufrecht zu erhalten sein, was allerdings in der Anwendung zu erheblichen Schwierigkeiten führt¹³).

3. Nach der sog. KettenhandelsWD v. 24. 6. 1916 und der sie abändernden PreistreibereiWD v. 8. 5. 1918 ist strafbar, wer den Preis für Gegenstände des täglichen Bedarfs oder des Kriegsbedarfs durch unlautere Machenschaften, insbesondere Kettenhandel, steigert. Kettenhandel ist das wirtschaftlich überflüssige Einschleppen eines Geschäfts, das den Weg, den die Ware zwischen dem Erzeuger und dem Verzehrter zurückzulegen hat,

¹⁰) So im wesentlichen schon frühere Auflagen, dann genauer Ripp, *JurZ* 1916 S. 466f., vgl. auch Hachenburg, *JurZ* 1915 S. 852f. und Knipschaar daselbst S. 1087f. Auch das RG hat gegenüber älteren Entscheidungen (RGZ 64 S. 181; 72 S. 68) anerkannt, daß das Geschäft, wenngleich keine Ausbeutung der Notlage usw. vorliegt, nach § 138 Abs. 1 nichtig sein kann, „wenn ein neues Moment hinzukommt“; so wenn jemand die „durch den Krieg herbeigeführte schwierige wirtschaftliche Lage bewußt dazu benützt, um für sich zum Nachteile anderer Vorteile herauszuschlagen, deren Erlangung sonst nicht offen steht“, RGBl. 93 S. 29; ferner wenn in der Kriegszeit „sei es auf Kosten des einzelnen oder der Gesamtheit nach übermäßigem Gewinn“ gestrebt wird, RGZ 90 S. 402. Vgl. ferner RGZ 83 S. 112; 97 S. 254; 103 S. 37f.; DLZ 12 S. 16 (Cassel); 34 S. 11 (München).

¹¹) R. Lehmann, *Wucher und Wucherbekämpfung*, 1917, wofelbst weitere Literatur. Vgl. ferner unten § 324 IV.

¹²) RGZ 88 S. 251; 89 S. 198; 98 S. 293; RG Warn. 1919 Nr. 50.

¹³) Lehmann, *Wucher und Wucherbekämpfung* (1917) S. 29ff.; Manner, *JurZ* 1917 S. 32; DLZ 38 S. 36 (RG); RGZ 93 S. 107; a. A. Riehl, *JurZ* 1918 S. 73.

BG ausgesprochenen Verboten³⁾, sondern in gleicher Weise von anderen, zumal auch von denen des öffentlichen Rechts⁴⁾. Einerlei ist ferner, ob der Abschluß des Geschäfts direkt verboten ist oder ob der Inhalt mit dem Gesetz in Widerspruch steht, z. B. eine verbotene Handlung versprochen wird.

1. Daß ein Verbot die Nichtigkeit des verbotswidrigen Geschäfts nicht zur Folge haben soll, ist bisweilen ausdrücklich bestimmt⁵⁾. In anderen Fällen ergibt es sich aus der Fassung, z. B. aus der Wendung, das Geschäft „dürfe“ nicht vorgenommen werden, oben § 51 I 1. Nicht selten kann es aus dem Zwecke des Verbots gefolgert werden, z. B. wenn dieses nicht die privatrechtliche Wirkung des Geschäfts verhindern, sondern nur die öffentliche Ordnung schützen wollte. Aus einem Verbote des Bettelns wird nicht die Ungültigkeit der Gabe zu folgern sein. Aus dem Zweck der Höchstpreisgesetze, die verfügbaren Bestände an Nahrungsmitteln usw. dem Volke zu erträglichen Preisen zuzuführen, ist zu folgern, daß der Verkauf zu dem unzulässigen Preise nicht ungültig ist, sondern zu dem zulässigen Preise aufrecht erhalten wird⁶⁾. Doch macht ein Verstoß gegen die Schleichhandelsverordnung (v. 7. 3. 1918, verändert d. RD über Wuchergerichte v. 27. 11. 1919 Art. II), auch wenn er durch Höchstpreisüberschreitung begangen ist, das Geschäft nichtig, weil die Schleichhandelsverordnung weniger den Schutz der einzelnen Käufer als vielmehr den Schutz der Allgemeinheit gegen Abwanderung der Waren bezweckt, die durch Aufrechterhaltung des Kaufs zum Höchstpreise nur befördert werden würde⁷⁾.

2. Bedroht das Gesetz eine Handlung mit Strafe, so wird darin in der Regel auch ein Verbot der Handlung liegen, also der § 134, wenn die Handlung ein Geschäftsabschluß ist, Anwendung finden⁸⁾. Aber auch hier kann sich aus dem Gesetze ein anderes ergeben; insbesondere kann aus dem Grunde der Strafandrohung zu schließen sein, daß nicht die rechtliche Seite der Handlung und ihr Rechtserfolg, sondern nur ihre tatsächliche Vornahme unter diesen besonderen Umständen oder ihr tatsächlicher Erfolg verhindert werden sollte. Deshalb wird man z. B. aus einem Gesetze über die Sonntagsruhe oder die Polizeistunde oder über Unzulässigkeit des Handelsbetriebs von Seiten der Beamten im Zweifel nicht die Nichtigkeit der verbotswidrig abgeschlossenen Geschäfte folgern dürfen⁹⁾.

3. Ein obligatorischer Vertrag, der gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, ist nach § 309 gültig, wenn die Verbotswidrigkeit gehoben werden kann und der Vertrag für diesen Fall geschlossen ist; ebenso wenn er unter einer anderen aufschiebenden Bedingung oder Befristung geschlossen ist und die Verbotswidrigkeit vor deren Eintritt gehoben wird. Man wird diese Regel auch auf andere, namentlich dingliche Geschäfte auszudehnen haben¹⁰⁾.

³⁾ Vgl. z. B. §§ 248, 276, 619.

⁴⁾ Z. B. dem Verbot eines Geschäfts, das beiderseits gegen die Devisenverordnung oder gegen Kriegswirtschaftsvorschriften verstößt, RGZ 104 S. 51, S. 107; 105 S. 299.

⁵⁾ Vgl. z. B. §§ 456—458, 1238 Abs. 1 u. 2, 1323; RD § 241 vgl. mit § 30 (RGZ 56 S. 230); Anfg § 3; HGB §§ 60 u. 61. Ferner ergibt sich aus § 763, daß das Spielen in Lotterien, die in einem Bundesstaate genehmigt sind, durch ein landesgesetzliches Spielverbot nicht mit Nichtigkeit bedroht sein kann, RGZ 48 S. 175.

⁶⁾ RGZ 88 S. 251 f.; 89 S. 198; RG Warn. 1916 Nr. 238, 1917 Nr. 40, 1919 Nr. 50; Dertmann, JurB 1917 S. 255 (woselbst weitere Literatur). U. A. Seuffw 72 S. 1 (Dresden) u. a. m. Ähnliches gilt auch bei der Überschreitung von Richtpreisen, RGZ 97 S. 82 ff. u. bei Verstößen gegen die Preistreiberei RD, RGZ 98 S. 294. Anders aber bei Kettenhandel, unten § 179 V 3.

⁷⁾ RGZ 103 S. 110.

⁸⁾ Dahin gehört auch das Verbot des Kettenhandels, unten § 179 V 3.

⁹⁾ RG Recht 1922 Nr. 192. — So läßt sich auch die Plenarentscheidung RGZ 60 S. 273 ff. rechtfertigen, welche das vertragmäßige Versprechen, bei einer Auktion nicht mitzubieten, trotz des noch geltenden § 270 PrStRG für wirksam erklärt, während die dort gegebene Begründung, daß solche Verbote nur den einen Teil treffen wollen, nicht unbedenklich erscheint; konnte man doch aus diesem Grunde z. B. auch bei Veräußerungsverboten die Nichtigkeit ausschließen (übrigens kann das pactum de non licitando, zumal wenn eine Gegenleistung versprochen wird, gegen die guten Sitten verstoßen, unten § 178 III 5).

¹⁰⁾ Zustimmung v. Lühr § 69 Anm. 46.

II. Auch das zur Umgehung des Verbots vorgenommene Geschäft (der sog. rechtsgeschäftliche Schleichweg) ist nichtig, wenn das Verbot nach dem durch Auslegung festzustellenden Gedanken des Gesetzgebers die Verwirklichung des beabsichtigten praktischen Erfolges überhaupt verhindern wollte, nicht dagegen, wenn es nur die bestimmte Geschäftsart oder Geschäftsform (also nur dieses Mittel der Verwirklichung des Erfolges) untersagen will¹¹).

III. Über Veräußerungsverbote s. oben § 135 II.

§ 178. Sittenwidrige Geschäfte*).

Geschäfte, die „gegen die guten Sitten verstoßen“, sind in wesentlicher Übereinstimmung mit dem gemeinem Recht¹⁾ durch § 138 für nichtig erklärt²⁾. Auch für bedingte und befristete Geschäfte gilt hier keine Ausnahme, weil es als unsittlich erscheint, ein Geschäft für den Fall abzuschließen, daß erlaubt werde, was jetzt gegen die guten Sitten verstößt. Wenn nur ein Teil des Geschäfts gegen die guten Sitten verstößt, ist nach § 139 zu entscheiden (unten § 189 IV).

I. Die Frage, ob ein Verstoß gegen die guten Sitten, d. h. gegen das Sittlichkeits- oder Moralgesetz³⁾, vorliege, untersteht dem richterlichen Er-

¹¹) Vgl. namentlich RGZ 26 S. 184; 44 S. 112; 67 S. 322 (sog. Kastellansvertrag zur Umgehung des Verbotes nicht konzessionierter Gastwirtschaftsbetriebe); DLZ 22 S. 136; RGZ 31 A 186; ferner Ivo Passf, Zur Lehre vom sog. in fraudem legis agere, 1892; Lurje, Bürgl 41 S. 372ff.; Betsch, Umgehung des Gesetzes, 1917. Das AbzG § 6 erklärt ausdrücklich die zur Umgehung seiner Bestimmungen dienenden Verträge für nichtig.

*) Lotmar, Der unmoralische Vertrag, 1896; Windscheid II § 314; Köhler, Bürgl 5 S. 161 und Zivl 84 S. 1ff.; Endemann, Zivlrechtl. Wirkung der Verbotsgesetze, 1887; Jacobi, DogmZ 41 S. 68ff.; Stammler, L. v. richtigen Recht, 1902; Brütt, Kunst der Rechtsanwendung, 1907 S. 172ff., 202ff.; Dieb, Bürgl 33 S. 74ff.; R. Leonhard, Festg. für Bekker, 1907; Hagen, Grundr. 52 S. 497ff.; Herzog, Z. Begr. d. guten Sitten, 1910; Edstein, Bürgl 38 S. 195ff.; S. A. Fischer, Rechtswidrigkeit (1911), S. 70ff.; Wolff, LeipzZ 8, 1268; Edstein, Bürgl 41, 178ff.; Mattheissen, LeipzZ 17, 1289; Bloch, Höchstpreisüberschreitung, 1918; Lauterburg, Recht und Sittlichkeit, 1918; Mitteis i. d. Festschr. f. Wach (1917) S. 15ff.; Kumpf, Zivl 117 S. 315; v. Tuhr, Zivl 120 S. 1; reiche Kasuistik bei Warnerer (Komm.) zu § 138 S. 235—247.

¹⁾ L. 15 D. de cond. inst. 28, 7 (Papinianus): quae facta laedunt pietatem existimationem verecundiam nostram et, ut generaliter dixerim, contra bonos mores fiunt, nec facere nos posse credendum est; § 36 i. f. J. de leg. 2, 20; L. 112 § 3 D. de leg. I; L. 26, 27 pr. 35 § 1 D. de V. O. 45, 1; L. 4 C. de inut. stip. 8, 38.

²⁾ Der Verstoß gegen die guten Sitten wird erwähnt in § 138, § 817 (§ 819) und § 826. Der Begriff ist immer derselbe; der Verstoß wird aber in den drei Fällen durch sehr Verschiedenes bewirkt: in § 138 durch das Rechtsgeschäft, in § 817 durch den Zweck der Leistungsannahme, in § 826 durch die Art und Weise der Schädigung. Diese Verschiedenheit darf nicht (was häufig geschieht) unbeachtet bleiben, wenn man die bei einem dieser Fälle ergangenen Entscheidungen für die anderen verwerten will.

³⁾ Daß unter guten Sitten nicht jeder billigenwerte Lebensbrauch, sondern Sittlichkeit, Moral, zu verstehen ist, entspricht der fast allgemein herrschenden Meinung. Wenn in den Motiven und manchen Reichsgerichtsentscheidungen von „Anstandsgefühl“ gesprochen wird, so ist das nur in diesem Sinne gemeint, vgl. auch RG Warn. 1912 Nr. 54 S. 61: „Sittlichkeitsgefühl“.

messen⁴⁾. Der Richter hat aber nicht nach seinen besonderen moralischen Anschauungen, auch nicht nach den Lehren einer bestimmten Klasse oder Partei, sondern nach der Denkweise der gesamten Nation⁵⁾, nach dem Sittlichkeitsgefühl der billig und gerecht denkenden Volksgenossen zu entscheiden⁶⁾. Auch für das Maß der zu stellenden sittlichen Anforderungen ist die im Volke herrschende Ansicht, also der Durchschnittsmaßstab rechtschaffener Männer als Richtschnur zu betrachten⁷⁾. Doch ist zu berücksichtigen, daß in manchen Fragen an die Sittlichkeit gewisser höherer Stände nach der allgemeinen Auffassung ein höherer Maßstab angelegt wird⁸⁾. Dagegen sind laie Ansichten oder Unsitten, die in einigen Kreisen bestehen, keinesfalls als maßgebend zu betrachten⁹⁾. Daß dem Handelnden der Verstoß gegen die guten Sitten bewußt war, ist nicht erforderlich¹⁰⁾. Jedoch muß er die Tatumstände kennen, die seine Handlung zu einer sittenwidrigen stempeln¹¹⁾.

II. Der Verstoß gegen die guten Sitten muß durch das Geschäft selbst, also durch seinen Abschluß oder Inhalt bewirkt werden.

1. Es genügt mithin für die Anwendbarkeit des § 138 nicht, daß irgendwie bei dem Geschäft in den es begleitenden Gedanken, Absichten und sonstigen Umständen ein Verstoß gegen die guten Sitten vorgekommen ist¹²⁾. Ins-

⁴⁾ Diese Entscheidung betrifft aber nicht eine Tatfrage, wie Lotmar S. 91 behauptet, sondern eine Rechtsfrage und unterliegt also nach § 550 BPD der Revision des Reichsgerichts. So auch RG 48 S. 129; 51 S. 383; 58 S. 216, 220; 63 S. 391; 67 S. 102. Gegenstand der tatsächlichen Feststellung ist nur, ob das Geschäft den bestimmten Inhalt habe, ob z. B. der Urheber einer Körperverletzung die 2000 M. als Entschädigung und Schmerzensgeld oder als Schweigegehalt versprochen habe. Ist aber letzteres festgestellt, so ist die Entscheidung, ob dieser Vertrag unsittlich und darum nichtig sei, eine Rechtsfrage, eine Frage der Auslegung und Anwendung des § 138. Daß eine einseitliche Rechtsprechung in dieser Frage so wünschenswert und notwendig ist, wie kaum bei einer anderen, braucht nicht hervorgehoben zu werden.

⁵⁾ So auch die herrschende Meinung. RG 48 S. 124; 55 S. 373; DLZ 5 S. 109; 22 S. 142.

⁶⁾ Ähnlich RG 48 S. 124 ff.; 80 S. 221; RG Warn. 1912 Nr. 54 (vgl. oben Anm. 3).

⁷⁾ Vgl. RG 80 S. 221; 84 S. 211 f.

⁸⁾ So an das Verhalten eines ehrbaren Kaufmannes im Handelsverkehr, RG 48 S. 125. Verträge, welche die im öffentlichen Interesse erforderliche Ausübung der höheren Berufe, insbesondere der Ärzte, Anwälte, Patentanwälte beschränken, widerstreiten den guten Sitten, RG 66 S. 143; 68 S. 186 ff.; 90 S. 37; 90 S. 437 (während bei amerikanischen Zahn Technikern RG 70 S. 339 ff. anders entscheidet). Den Verkauf einer ärztlichen Praxis erklärt RG 66 S. 142 für sittenwidrig, wenn das gewonnene Vertrauen des Publikums gewinnlüchtig ausgenutzt und der Erwerber durch die Höhe der Gegenleistung zur Erzielung möglichst hoher Einnahmen genötigt wird, während ohne das Vorliegen solcher Umstände RG 75 S. 120 den Verkauf für gültig hält. Auch übermäßig hohe Anwalts- und Arzthonorare widerstreiten unter Umständen den guten Sitten, RG 83 S. 113; RG Warn. 1915 Nr. 162; RG JurB 18 S. 275.

⁹⁾ Man denke an die in manchen Kreisen herrschenden Anschauungen über Vertragsbruch und umgekehrt über Streikbruch, RG 48 S. 125.

¹⁰⁾ RG 72 S. 9, S. 176; 79 S. 23; RG Bruchot 65 S. 214.

¹¹⁾ RG 97 S. 255.

¹²⁾ Z. B. ist ein Geschäft nicht schon deshalb nichtig, weil es durch arglistige Täuschung

besondere machen Motiv und Zweck (sofern sie nicht als Rechtsgrund oder Bedingung in das Geschäft aufgenommen sind) für sich allein das Geschäft nicht zu einem sittenwidrigen¹³⁾, sondern nur, wenn sie auch das Geschäft selbst beeinflusst haben¹⁴⁾, wenn also aus Inhalt, Motiv, Zweck und den zur Zeit des Geschäftsabschlusses vorliegenden Umständen sich ein unsittlicher Gesamtcharakter des Geschäfts ergibt¹⁵⁾.

2. Denkbar ist übrigens auch, daß ein Geschäft, das seinem Inhalte nach nicht unsittlich ist, mit einem unsittlichen Zwecke zu einem ganzen verbunden ist, indem alle Beteiligten es nur in diesem Zusammenhange mit dem unsittlichen Zwecke gewollt haben. Dann muß man das von den Parteien nur als Ganzes Gewollte auch als solches behandeln und demnach (in analoger Anwendung des § 139) wegen Unsittlichkeit für nichtig erklären¹⁶⁾.

3. Abstrakte Geschäfte (Tradition, Fession, Schuldversprechen) sind, da bei ihnen die Zweckvereinbarung nicht Teil des Geschäftes ist (oben § 139 I), trotz Unsittlichkeit der Kausa regelmäßig gültig¹⁷⁾. Auch hier aber kann unter

oder Drohung veranlaßt ist, RGE 72 S. 216ff.; RG Warn. 09 Nr. 62, oder durch Verletzung eines Angestellten oder Vertrauensmannes, RGE 86 S. 148f.

¹³⁾ Der § 1 bedrohte das Geschäft nur dann mit Nichtigkeit, wenn „der Inhalt“ des Rechtsgeschäfts gegen die guten Sitten verstoße. Die II. Kommission knüpfte diese Folge an jeden Verstoß des „Rechtsgeschäfts“ gegen die guten Sitten: „es sei im einzelnen Falle unerlässlich, die verwerfliche Gesinnung der Beteiligten nicht außer acht zu lassen, weil erst durch die Hinzunahme dieses subjektiven Moments der Inhalt des Rechtsgeschäfts in das rechte Licht gesetzt werde“. Die Kommission maß also dem Motiv nur Bedeutung für die Klarstellung des Geschäftsinhalts bei und war weit davon entfernt, die Unsittlichkeit des Motivs für sich allein als Grund der Nichtigkeit anzuerkennen, was auch mit dem beschlossenen Wortlaut unvereinbar sein würde, so jetzt auch RGE 71 S. 173.

¹⁴⁾ Vgl. RGE 63 S. 350; 68 S. 99; 71 S. 193; 78 S. 353 (Kollusion).

¹⁵⁾ So auch RGE 63 S. 350; 68 S. 98; 75 S. 74 und 123; 86 S. 148 „wenn sein Inhalt so beschaffen ist, daß er unter Berücksichtigung der gesamten Umstände des Falles, insbesondere der Gründe und Zwecke der Beteiligten, einen Verstoß gegen die guten Sitten enthält“. Der Verkauf eines Hauses oder die Gewährung eines Darlehens ist also nicht schon deshalb unsittlich, weil der Käufer oder Entleiher in dem Hause oder mit der Darlehenssumme ein Bordell einrichten will und der Verkäufer oder Darleiher dies weiß, RG SeuffA 49 Nr. 238; 61 Nr. 239; RGE 71 S. 194; DLGE 5 S. 109; 6 S. 221. Wohl aber verstößt die Vermietung eines Hauses oder Gewährung eines Darlehens zum Bordellbetrieb oder der Verkauf eines Hauses, der das darin betriebene Bordellgeschäft mitumfaßt oder bei dem der Kaufpreis nach dem Ertrage des Bordellbetriebes festgesetzt wird, gegen die guten Sitten, RGE 29 S. 106; 38 S. 201 (gem. R.); 63 S. 179ff., 351, 370f.; 68 S. 98; 71 S. 433; 75 S. 71; 86 S. 192; BayObLG 15, 627 (a. A. v. Lühr § 70 Anm. 53). Ebenso die Fession an eine vermögenslose Person, um dem Gegner im Falle des Objiegens die Wiedereinzahlung der Kosten unmöglich zu machen, RGE 81 S. 175ff.

¹⁶⁾ Vgl. die Beispiele der vorigen Note. Ferner ist z. B. ein Darlehen nichtig, wenn Darlehensgeber und -nehmer es nur als Mittel zu verbotenen Spielgewächsen und empfangen wollten, DLGE 5 S. 106; RGE 70 S. 1ff. oder wenn es aus der Kasse des Spielklubs zur Förderung hohen Spiels gegeben wird, RG Warn. 1914 Nr. 74; RG Recht 1918 Nr. 1487 (nicht aber jedes Darlehen zu Spielzwecken, Recht 03 S. 152). Vgl. auch André, Einfache uhw. Geschäfte in Festsig. für Enneccerus, 1913.

¹⁷⁾ Die aus unsittlichem Grunde übereignete Sache kann also nicht vindiziert, sondern nur konfiszirt werden. Das ergibt sich nicht nur aus dem unter 1 Gesagten, sondern auch daraus, daß der Bereicherungsanspruch für diesen Fall in § 817 besonders normiert ist. Wäre die Übereignung nichtig, so wäre es namentlich schwer verständlich, daß der § 817 die Rückforderung bei eigener Unsittlichkeit des Gebers ausschließt, denn der Geber könnte

Umständen das Geschäft nur in untrennbarem Zusammenhang mit der unsittlichen Kausa gewollt sein und muß dann mit ihr als Ganzes behandelt und (in analoger Anwendung des § 139) für unsittlich und nichtig erklärt werden¹⁸). Als Regel aber ist festzuhalten, daß das dingliche Erfüllungsgeschäft auch bei Unsittlichkeit des Rechtsgrundes nicht gegen § 138 verstößt¹⁹).

III. Viele Fälle des Verstoßes gegen die guten Sitten lassen sich nach folgenden Gesichtspunkten ordnen:

1. Das Geschäft ist sittenwidrig, wenn es sich darstellt als eine Bewirkung oder Förderung des durch die guten Sitten Verbotenen²⁰) oder als eine Hinderung des sittlich Gebotenen²¹).

Da bloße Förderung des Unsittlichen genügt, ist z. B. das Ausbedingen der Nichthaftung für eigenen Verschuldung (§ 276 Abs. 2), ebenso das Ausbedingen einer Geldentschädigung für den Fall einer selbstverschuldeten Ehecheidung²²). Selbstverständlich braucht der Verstoß gegen die guten Sitten auch nicht in der unmittelbaren Geschäfts-

ja vindizieren. Schlechthin beweisend sind endlich für die abstrakten Schuldversprechen die Worte des § 817 „es sei denn, daß die Leistung in der Eingehung einer Verbindlichkeit bestand“. Wären nämlich die abstrakten Schuldversprechen wegen eines verbotenen oder sittenwidrigen Zwecks stets nichtig, so könnte eine gültige Verpflichtung aus unsittlichem oder verbotenen Rechtsgründe überhaupt nicht vorkommen. Der Fall, daß eine Leistung (das heißt doch eine gültige Leistung) in der Eingehung einer Verbindlichkeit zu sittenwidrigem oder verbotenen Zwecke bestände, wäre undenkbar. So jetzt auch RG 75 S. 74 (vgl. auch 63 S. 185); RG Warn. 1911 Nr. 167; RG Gruchot 63 S. 635. Ferner zustimmend u. a. Eccius, DZB 1903 S. 42; Pland I zu § 138, 1b; Klein, österr. ABZ 1903 S. 391 ff.; a. A. aber Dernburg I § 127, 2; Neubeder, Bürgl 22 S. 67 ff.; Kumpf a. a. O. — Besondere Zweifel erregt folgender Fall: A verkauft ein Grundstück zum Bordellbetriebe zu einem den Wert weit übersteigenden Preise und läßt es gegen geringe Barzahlung und Hypothekenbestellung für den Rest des Kaufpreises auf. Hier kann A, da Eigentum übergegangen ist, nicht vindizieren und, da auch er gegen die guten Sitten verstoßen hat, nicht kondizieren (§ 817 S. 2). Die Hypothekenbestellung aber hat wegen Wichtigkeit der Kaufschuld nur eine Eigentümergegrundschuld für den B erzeugt (§ 1163). Dieser könnte also, so scheint es, das Grundstück behalten, ohne den Kaufpreis (von der Anzahlung abgesehen) zu zahlen. Da dies aber einen groben Verstoß gegen Treu und Glauben und gegen die Billigkeit bedeuten würde, so ist durch *exceptio doli* (und eventuell Klage, § 826) zu helfen, wenn er nicht bereit ist, das seinerseits Erlangte herauszugeben, RG 71 S. 434 ff. (vgl. unten § 446 IIb). — Im Anschluß an Dernburg hält RG in Gruchot 49 S. 452f. eine fiduziarische Rechtsübertragung, welche lediglich die Schädigung der Gläubiger bezwecke, nach § 138 für nichtig. Dem dürfte schwerlich zuzustimmen sein.

¹⁸) Wichtig ist dies namentlich für das wucherische Geschäft (unten § 179 III 2). Es kann aber auch in anderen (immerhin seltenen) Fällen vorkommen, vgl. z. B. RG 81 S. 176 (Zession an eine vermögenslose Person, um dem Schuldner im Fall seines Ob-siegens die Wiedereinziehung der Kosten unmöglich zu machen), ferner RG Gruchot 53 S. 911 (Zession, um dem Bedenten die Möglichkeit zu verschaffen, im Prozesse als Zeuge die Unwahrheit zu sagen). Bei der Auflassung ist eine derartige Verbindung und Abhängigmachung ausgeschlossen in analoger Anwendung des Bedingungsverbotens; vgl. auch André, Festg. f. Enneccerus S. 14.

¹⁹) RG Warn. 1920 Nr. 147 und die daselbst angeführten Entscheidungen.

²⁰) Versprechen sittenwidriger Handlungen (z. B. des Schmuggels, RG 42 S. 295), Versprechen von Lohn für sittenwidrige Handlungen, Versprechen ein Verlöbniß zu lösen, RG 405 S. 245; Versprechen von Schmiergelbern, JurZ 23 S. 634.

²¹) Versprechen, sittlichen oder rechtlichen Verpflichtungen gegen andere nicht nachkommen zu wollen, insbesondere das Versprechen des Vertragsbruchs; Beschränkung der Erfüllung elterlicher Verpflichtungen, RG Warn. 77 Nr. 172.

²²) Vgl. ferner RG 75 S. 239 „Freibrief für Pflichtverletzungen“.

wirkung zu liegen, sondern kann sich aus einer hinzugefügten Bedingung oder der Kaufa ergeben (Schenkung unter unsittlicher Bedingung, Versprechen einer Belohnung für unsittliches Verhalten).

2. Ein Geschäft verstößt ferner gegen die guten Sitten, wenn es zu einer Handlung (oder einer Unterlassung) verbinden soll, die von Moralwegen frei sein muß²³), oder wenn die beabsichtigte Bindung das im Interesse der persönlichen und wirtschaftlichen Freiheit zulässige Maß überschreitet.

Aus dem ersten Grunde sind z. B. für nichtig zu halten das Versprechen, jemanden zu adoptieren oder ein Kind in Adoption zu geben; die Zusage der Ehelosigkeit oder der Heirat nach dem Willen eines anderen; Verträge, welche die Scheidung oder die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft erleichtern sollen²⁴); Verlöbniß bei bestehendem Verlöbniß mit einer anderen Person²⁵); das Versprechen des Ehemanns, einen bestimmten Wohnsitz zu nehmen oder nicht aufzugeben²⁶); das Versprechen, die Religion zu ändern oder nicht zu ändern²⁷); die Zusage einer religiösen Handlung in rechtlich bindender Absicht²⁸).

Der zweite Grund hat zahlreiche Einzelvorschriften des BG und anderer Gesetze veranlaßt²⁹). Aber auch wo solche nicht bestehen, sind Geschäfte für nichtig zu halten, welche den großen allgemeinen Freiheitsprinzipien des modernen öffentlichen Rechts widersprechen, also der persönlichen Freiheit³⁰) überhaupt, der Gewissensfreiheit, der Wahlfreiheit, der Koalitionsfreiheit, der Gewerbefreiheit³¹), der Freiheit der Wissenschaft usro.

Ein solcher Widerspruch liegt aber nicht immer vor, wenn die Freiheit in irgendeiner einzelnen Beziehung beschränkt wird. Eine Beschränkung der persönlichen Freiheit enthält ja im Grunde genommen jede obligatorische Verpflichtung, zumal wenn sie in Person erfüllt werden muß. Eine Beschränkung der Gewerbefreiheit in einer einzelnen Richtung braucht durchaus nicht den guten Sitten zu widersprechen. Wenn beispielsweise

²³) Nach v. Tuhr § 70 II 2 (ähnlich schon Eckstein S. 181 ff.) soll der Grund der Nichtigkeit nur darin liegen, daß solche Verpflichtungen (als Verstöße gegen die öffentliche Ordnung im Sinne des § 106 E I) von der Rechtsordnung nicht anerkannt würden. Allein das Gesetz sieht den Grund der Nichtanerkennung lediglich in dem Verstoß gegen die guten Sitten (Prot. S. 124), und dieser Grund trifft auch zu; denn es widerspricht dem sittlichen Gefühl, sich in derartigen Fragen rechtlich zu binden. Der Begriff des Verstoßes gegen die öffentliche Ordnung aber ist wegen seiner Unbestimmtheit und weil er angesichts des § 138 entbehrlich ist, ins Gesetz nicht aufgenommen.

²⁴) OLG 21 S. 240; 24 S. 261; RG 70 S. 59; 71 S. 87; RG Gruchot 60 S. 655; RG 108 S. 216, 109 S. 140 ff.

²⁵) RG 105 S. 245.

²⁶) RG 23 S. 172. Anderes Beispiel in RG 57 S. 208.

²⁷) RG 21 S. 282 f.

²⁸) RG 57 S. 256 f.

²⁹) Vgl. z. B. §§ 310, 624, 724; HGB §§ 131 Nr. 6, 133 und aus der Rechtsprechung RG 9 S. 108; 30 S. 81; 33 S. 65.

³⁰) So erklärt RG Gruchot 59 S. 334 ein (zeitlich beschränktes) vertragliches Wohnsitzverbot für nichtig.

³¹) Dahin gehören z. B. die sog. Knebelungsverträge, d. h. übermäßige und unwürdige Beschränkungen der wirtschaftlichen Freiheit, z. B. RG 82 S. 313 f. (eine Gesellschaft hatte sich dem Willen einer anderen fast schrankenlos unterworfen. In dieser Entscheidung ist aber, wie Marquart [Recht 1922 S. 719] mit Recht ausführt, der große Unterschied nicht beachtet, der zwischen den Fragen besteht, ob natürliche Personen in ihrer Willensfreiheit „geknebelt“ werden oder ob eine Kapitalgesellschaft, also wesentlich ihr Vermögen, fremden Willen unterstellt wird); RG ZurW 1917 S. 966; RG Recht 1918 Nr. 1095; GR Warn. 1919 Nr. 108; RG SeuffW 73 S. 353; ferner vgl. RG 91 S. 330 f. (Bühnenvertrag mit einseitigem Kündigungs- und Verlängerungsrecht des Theaterunternehmers); RG 90 S. 182 (allzu strenge Strafklauseln, welche die Willensfreiheit in unzulässiger Weise einengen); RG Warn. 1919 Nr. 108; RG 104 S. 327 ff. (Tarifvertrag mit zu weitgehenden Beschränkungen).

ein Gasthofbesitzer ein Nachbargrundstück verkauft, sich aber dabei ausbedingte, daß der Käufer auf dem Grundstück keine Gastwirtschaft betreiben dürfe, so dürfte dagegen nichts einzuwenden sein, und das gleiche gilt in gewissen Grenzen von der sogenannten Konkurrenzklause²²⁾. Entscheidend bei der Beurteilung der schwierigen Frage, ob ein sittenwidriger Verstoß gegen die Freiheit vorliege, wird sein einerseits das Maß der Beschränkung sowie deren Dauer, andererseits das größere oder geringere berechnete Interesse, das der andere Teil an dieser Beschränkung hat²³⁾. Der Rechtsprechung bietet sich hier ein weites Gebiet schöpferischer und für die Entwicklung der Gesellschaft hochwichtiger Tätigkeit, die freilich Besonnenheit und Vorsicht erfordert.

3. Der Verstoß gegen die guten Sitten kann sodann darin liegen, daß von Geld oder Geldeswert abhängig gemacht wird, was nach den guten Sitten nicht davon abhängig gemacht werden soll:

z. B. die Nichtbegehung eines Verbrechens²⁴⁾; ein gerechtes Urteil von Seiten des Richters²⁵⁾; die Fürsprache bei Verleihung eines Amtes oder Titels²⁶⁾; die Nichtanzeige eines Verbrechens²⁷⁾, die Eingehung einer Heirat, sofern es sich nicht um ein Heiratsgut oder eine in anderer Form gegebene Erleichterung der Kosten der Ehe handelt; die Ableistung eines wahren Zeugnisses und die erlaubte Zeugnisverweigerung²⁸⁾; die Erfüllung einer Verpflichtung²⁹⁾.

Gleichgültig ist, ob das Abhängigmachen von Geld und Geldeswert in der Form eines gegenseitigen Vertrages oder in der Form eines bedingten Vertrages oder Vermächtnisses erfolgt. So ist z. B. ein Geldvermächtnis unter der Bedingung, die Religion zu ändern oder nicht zu ändern, für nichtig zu halten⁴⁰⁾. Doch muß man sich hüten, derartige Beispiele schematisch wie Regeln anzuwenden. Beispielsweise würde ein Vermächtnis gültig sein, durch das ein Israelit seinem ältesten Sohne unter der Bedingung, daß er die Religion nicht wechsle, das alte Exemplar des Talmud vermachte, das in der Familie in Ehren gehalten wird.

4. Sittenwidrig sind ferner die wucherischen Geschäfte. Sie sind im folgenden Paragraphen zu besprechen.

5. Aber es gibt auch zahlreiche unsittliche Geschäfte, welche unter keine der erwähnten Hauptklassen fallen.

Beispiele: Es erscheint in der Regel als sittenwidrig, sich die Erfüllung von Verpflichtungen durch Ehrenwort bestärken zu lassen⁴¹⁾. Das Versprechen, bei einer Auktion

²²⁾ Vgl. auch RGE 53 S. 155; 80 S. 219ff.; RG Gruchot 51 S. 395; RG Warn. 1909 Nr. 495. Für Handlungsgehilfen und -lehrlinge ist diese Frage durch §§ 74—76 HGB (neue Fassung v. 10. 6. 1914) geordnet. Für Betriebsbeamte, Werkmeister, Techniker entscheidet GewD § 133 af. (Vgl. dazu auch RGE 68 S. 229ff.) Über Konkurrenzverbote in Kartellverträgen Rundstein, BürgM 25 S. 94ff. Konkurrenzverbote unter Ärzten oder Anwälten verstoßen gegen die guten Sitten, RGE 66 S. 143; 68 S. 186.

²³⁾ Vgl. namentlich RGE 68 S. 229ff.; ferner RGE 31 S. 39; 74 S. 333; 78 S. 260; RG Warn. 1913 Nr. 187; über drückend harte oder die wirtschaftliche Freiheit übermäßig beschränkende langfristige Bierabnahmeverträge RGE 63 S. 390; 67 S. 101; RG Warn. 09 Nr. 273; RG JurB 08 S. 325ff.; 10 S. 62.

²⁴⁾ Vgl. L. 2 § 1, L. 4 § 2 D. 12, 5.

²⁵⁾ Vgl. L. 2 § 2 D. 12, 5.

²⁶⁾ RWBI 1912, 7; RGE 86 S. 98; RG Warn. 1919 Nr. 51.

²⁷⁾ Vgl. auch RGE 58 S. 206f.; RG JurB 04 S. 404; RG Warn. 09 Nr. 63.

²⁸⁾ RGE 79 S. 373f.

²⁹⁾ RG Gruchot 53 S. 681ff. (Abhängigmachen geschuldeter Dienstleistungen von einer Sondervergütung); DLGE 5 S. 109; vgl. auch L. 2 § 1, L. 9 D. 12, 5; L. 5 D. 27, 3; L. 6 C. 4, 7.

⁴⁰⁾ Vgl. auch RGE 21 S. 279ff. (BrM).

⁴¹⁾ RGE 68 S. 229; 74 S. 332; 78 S. 258; 82 S. 223; vgl. jedoch auch LeipzB 1919 S. 918 (Riel) u. 1920 S. 528 (RG).

nicht mitzubieten (pactum de non licitando), und der sog. Schutzvertrag, d. h. die Vereinbarung, daß bei einer öffentlichen Verdingung der Schütze eine höhere Forderung als der zu Schütze stellen soll, sind unsittlich, wenn Ausbeutung der Gegenpartei bezweckt wird⁴²⁾. Ferner der Verkauf einer ärztlichen Praxis zu einem so hohen Preise, daß der Erwerber zu Erzielung möglichst hoher Einnahmen genötigt wird⁴³⁾. Heimliche Sicherungsübertragung aller Aktiva eines Handelsgeschäfts, welche dem Schuldner den Schein der Selbständigkeit und Kreditwürdigkeit beläßt⁴⁴⁾. Der Vertrag der Teilung der Streitsumme zwischen Partei und Anwalt (pactum de quota litis)⁴⁵⁾. Bewußtes vertragsmäßiges Zusammenwirken zur Umgehung und Schädigung fremder Rechte⁴⁶⁾. Streben nach übermäßigem Gewinn in der Zeit der Kriegsnot, sei es auf Kosten des Einzelnen oder der Gesamtheit⁴⁷⁾. Mißbrauch einer tatsächlichen Monopolstellung⁴⁸⁾. Verleitung zum Glücksspiel oder Förderung desselben⁴⁹⁾. Aus Gewinnsucht zu Spielzwecken gegebenes Darlehen⁵⁰⁾. Auch die Ausbeutung der Mehrheitsrechte gegenüber einer Minderheit bei Gesellschafts- oder Gewerkschaftsbeschlüssen in Verfolgung eigennütziger Interessen und unter bewußter Hintanhaltung des Wohlens der Gesellschaft oder Gewerkschaft kann unter Umständen einen Verstoß gegen die guten Sitten enthalten⁵¹⁾. Neues Verlöbniß vor Lösung des alten⁵²⁾.

§ 179. Die wucherischen Geschäfte insbesondere*).

I. Nach älterem Recht war Wucher die Überschreitung des erlaubten Zinsmaßes. Das wucherische Zinsversprechen war nichtig und der Wucher strafbar. Da das G v. 12. Okt. 1867 das Höchstmaß der Zinsen beseitigte, so fiel natürlich dieser Begriff des Wuchers weg. Allein die Gerichte erklärten mehrfach ausbeuterische Zinsgeschäfte für sittenwidrig und deshalb nichtig, und im Ausbau dieses Gedankens schuf das G v. 24. Mai 1880 den neuen Begriff des Kredit- oder Geldwuchers: „Ausbeutung der Notlage, des Leichtsinns oder der Unerfahrenheit durch Ausbedingen unverhältnismäßiger Vorteile bei der Gewährung eines Darlehens oder der Stundung einer Geldforderung.“

Eine Erweiterung dieses Begriffes brachte das G v. 19. Juni 1893, indem es die Strafbarkeit auch auf den sog. Sachwucher ausdehnte, d. h. auf andere Fälle der Ausbeutung der Notlage, des Leichtsinns oder der Un-

⁴²⁾ RGZ 18 S. 22; 58 S. 393; RG JurW 07 S. 201; 08 S. 298; 11 S. 642; RG Warn. 1913 S. 397; Recht 1914 Nr. 2840, 2841; RG Gruchot 60 S. 484; 64 S. 213.

⁴³⁾ oben Ann. 8.

⁴⁴⁾ RG Gruchot 57 S. 918; 58 S. 826; 60 S. 484; 62 S. 86; RG Warn. 1917 S. 200; RGZ 77 S. 210; 85 S. 345.

⁴⁵⁾ RG Recht 1914 Nr. 2226.

⁴⁶⁾ RGZ 88 S. 365 f. (woselbst weitere Zitate).

⁴⁷⁾ RGZ 90 S. 400; SeuffM. 74 S. 218 (RG), vgl. auch unten § 179 V.

⁴⁸⁾ RGZ 103 S. 83 f.; 102 S. 396 f.; 106 S. 388; vgl. aber auch RGZ 99 S. 108 ff.

⁴⁹⁾ RG Gruchot 65 S. 214.

⁵⁰⁾ RG JurW 1924 S. 43.

⁵¹⁾ RGZ 107 S. 204.

⁵²⁾ RGZ 105 S. 245.

*) Neumann, Geschichte des Wuchers in Deutschland, 1865; Blobig, Der Wucher und seine Gesetzgebung, 1892; Caro, Der Wucher, 1893; Koffka, Die Reichswuchergesetze, 1894; Rahm, Die Reichswuchergesetze, 1895; Mandry-Geib § 51; Cohn in Gruchot 41 S. 784 ff.; Neubeder, DZB 1902 S. 568; Eccius, DZB 1903 S. 41; Jacobi, DogmZ 60 S. 229 ff.; Dertmann, DZB 1913 S. 254; Reichel, LeipzB 1917 S. 654; Sachenburg, LeipzB 1915 S. 877; Ripp, DZB 1916 S. 466; S. Lehmann, Wucher und Wucherbekämpfung, 1917.

erfahrenheit durch Ausbedingen unverhältnismäßiger Vorteile, — freilich nur falls der Sachwucher gewerbsmäßig oder gewohnheitsmäßig betrieben wurde.

Das BG endlich vereinigte infolge eines Beschlusses der Reichstagskommission den Geld- und Sachwucher zu einem einheitlichen zivilrechtlichen Begriffe und erklärte das wucherische Geschäft allgemein für nichtig, weil sittenwidrig. Die Bestimmung wurde der allgemeinen Vorschrift des § 138 über die Nichtigkeit unsittlicher Geschäfte als zweiter Absatz hinzugefügt.

II. Wucher ist die Ausbeutung der Notlage, des Leichtsinns oder der Unerfahrenheit eines anderen dadurch, daß man sich oder einem Dritten für eine Leistung Vermögensvorteile versprechen oder gewähren läßt, welche den Wert der Leistung in nach den Umständen auffälligem Mißverhältnis übersteigen.

1. Der Wucher hat also eine doppelte objektive und ferner eine subjektive Voraussetzung. Objektiv setzt er voraus: das Versprechen oder die Gewährung von Vermögensvorteilen, welche den Wert der Leistung (zur Zeit des Geschäftsabschlusses) in nach den Umständen auffälligem Mißverhältnis übersteigen¹⁾, ferner, daß ein anderer (in der Regel der Gegenkontrahent, doch kann es auch ein Dritter²⁾ sein) in Notlage³⁾ sich befand, leichtsinnig oder unerfahren⁴⁾ war. Subjektiv erfordert er die Ausbeutung, d. h. die bewußte Ausnutzung der Notlage, des Leichtsinns, der Unerfahrenheit⁵⁾.

2. Alle entgeltlichen Geschäfte können als wucherische Geschäfte geschlossen werden. In früherer Zeit waren wucherische Darlehen und Stundungen von Geldschulden überwiegend; jetzt kommen mehr wucherische Kauf- und Leihgeschäfte, zumal Viehverkäufe und Viehverleihgeschäfte vor, aber auch wucherische Arbeitsverträge, Gesellschaftsverträge⁶⁾ usw. gehören nicht zu den Seltenheiten. Das beste Mittel zur Bekämpfung des Wuchers bilden die auf kleine Gebiete sich beschränkenden, daher die Verhältnisse übersehenden Kreditgenossenschaften.

¹⁾ RGE 25 S. 179; 86 S. 296 ff.; RGE in Straff. 11 S. 390; 20 S. 279; 23 S. 121; RG Strucht 46 S. 897; Scuffl 60, 218; DLGE 24, 264.

²⁾ Beispiel: Wucherisches Geschäft mit der Mutter bei Notlage des Sohnes; anderes Beispiel in RG Warn. 1911 Nr. 109.

³⁾ Vgl. RG Warn. 1919 Nr. 92. Die Notlage wird meistens eine wirtschaftliche sein; notwendig aber ist das nicht (a. A. RG Komm. zu § 138, 4); z. B. liegt Wucher vor, wenn ich dem Verdürftenden den rettenden Trunk, dem Ertrinkenden das rettende Tau nur zu einem nach den Umständen unverhältnismäßig hohen Preise reiche oder als der einzige rechtzeitig zu beschaffende Arzt ein übermäßiges Honorar für eine Operation ausbedinge.

⁴⁾ DLGE 30, 346. Ganz unbedenklich ist das gleiche bei Ausbeutung der geistigen Beschränktheit anzunehmen, RGE 67 S. 393; RG Warn. 1908 Nr. 119; vgl. auch RGE 72 S. 61 ff.

⁵⁾ RGE 60 S. 11; 64 S. 182; 86 S. 300.

⁶⁾ RGE 46 S. 112; RG Warn. 09 Nr. 387; 11 Nr. 9.

III. Das wucherische Geschäft ist nichtig. Das daraus Geleistete kann als ungerechtfertigte Bereicherung zurückgefordert werden (§§ 817, 819, 821, 822⁷⁾).

1. Ferner ist der Wucherer zu Schadensersatz verpflichtet, und zwar in den Fällen, in denen der Wucher strafrechtlich verboten ist, nach § 823 Abs. 2, da der Wucherer gegen ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz verstoßen hat. Handelt es sich aber um einen Fall nicht gewohnheits- oder gewerbsmäßigen Sachwuchers, so ist eine Schadensersatzpflicht zwar nicht nach § 823, aber nach § 826 begründet, da der Wucherer in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise vorsätzlich Schaden zugefügt hat.

2. Das auf Grund des wucherischen Geschäfts erfolgende abstrakte Erfüllungsgeschäft, insbesondere die Tradition oder Wechselausstellung ist aber in der Regel für gültig zu halten. Denn das wucherische Geschäft ist nach § 138 Abs. 2 nur eine Unterart der sittenwidrigen Geschäfte; abstrakte Geschäfte aber können, da die Kaufa aus ihnen ausgeschlossen ist, in der Regel nicht um ihres Grundes willen für unsittlich, also auch nicht für wucherisch gehalten werden⁸⁾. Wenn aber das abstrakte Geschäft mit dem wucherischen Geschäft nach der Absicht aller Beteiligten ein Ganzes bildet und nur als Teil dieses Ganzen gewollt ist, so wird es nach den oben § 178 II 3 gegebenen Ausführungen für nichtig gehalten werden müssen⁹⁾.

IV. Der § 138 Abs. 2 reiht die wucherischen Geschäfte den sittenwidrigen durch das Wort „insbesondere“ an. Damit ist ausgesprochen, daß ein Ge-

⁷⁾ Das Rückforderungsrecht des Bewucherten ist unzweifelhaft. Aber auch das Rückforderungsrecht des Wucherers dürfte anzuerkennen sein. Zwar läßt sich aus § 817 Abs. 2 durch Analogie der allgemeine Gedanke entwickeln, daß die Rückforderung der grundlosen Leistung ausgeschlossen sein soll, wenn der Leistende durch die Leistung gegen die guten Sitten verstößt (unten § 446, 2), und deshalb habe ich früher (15.—17. Aufl. § 446 Anm. 7) auch diesen Ausschluß angenommen. Allein direkt ausgesprochen ist dieser allgemeine Satz nicht, und ein Analogieschluß ist m. E. nicht zulässig, wo er dem Rechtsgefühl widerspricht. Das aber würde hier der Fall sein, da der Bewucherte grundlos bereichert bliebe. Für das Rückforderungsrecht insbesondere Eccius, JurZ 1903 S. 41; Pland I, § 148 III 4d; v. Lühr III, S. 47; Luz, LeipzZ 1919 S. 561; dagegen Reubekker a. a. D.; Dernburg I § 127 II. Riezler, Venire contra factum proprium S. 178 ff.

⁸⁾ Vgl. RGE 63 S. 179; 75 S. 68; 78 S. 285.

⁹⁾ So erklärte das RG in einem Falle, in dem das wucherische Geschäft nur gegen Hypothekenbestellung abgeschlossen war, nicht nur jenes, sondern auch die Hypothekenbestellung für nichtig, RGE 36 S. 313 (früheres Recht); ebenso (nach neuem Recht) nicht nur den wucherischen Verkauf, sondern auch die mit diesem gleichzeitige Eigentumstradition, da sie mit dem Verkauf zusammen den Tatbestand des § 138 Abs. 2 erfülle, RGE 67 S. 95 ff. Die Begründung der letzteren Entscheidung, die Tradition erscheine nach der Absicht der Parteien als durch den Kauf bedingt, dürfte freilich besser (in Übereinstimmung mit der Ausföhrung des Textes) dahin zu fassen sein, daß der aus Kauf und Tradition zusammengesetzte Geschäftskomplex nur als Ganzes gewollt war. Ebenso RG Warn. 1913 Nr. 353. Im Ergebnis übereinstimmend auch RGE 75 S. 76 und RG Warn. 1913 Nr. 220, welche diese Entscheidung aber auf eine Sonderbestimmung des § 138 Abs. 2 („Gewährung von Vermögensvorteilen“) gründen. RGE 93 S. 75 u. 109 S. 202 betrachten die Nichtigkeit des Erfüllungsgeschäftes bei Wucher sogar als die Regel. Schwerlich mit Recht.

lediglich aus Gewinnrücksichten und mit dem Bewußtsein, daß die Ware dadurch in ungerechtfertigter Weise verteuert wird, verlängert¹⁴⁾. Haben beide Teile bewußt den gegen das Gesetz verstößenden Tatbestand verwirklicht, so ist das Geschäft nichtig¹⁵⁾.

2. Bedingte und befristete Rechtsgeschäfte. *)

a) Begriff und Arten der Bedingung und Zeitbestimmung **).

§ 180. Befristen und Bedingen im allgemeinen.

I. Befristen heißt eine Rechtswirkung an einen zukünftigen Zeitpunkt knüpfen. Bedingen heißt eine Rechtswirkung von einem ungewissen Ereignis abhängig machen.

Nun ist klar: Wer eine Wirkung an einen Zeitpunkt knüpft, von dem ungewiß ist, ob er überhaupt eintreten wird, der befristet zwar, aber er bedingt zugleich. Wer sagt: „Am Tage meiner Wahl zum Bürgermeister zahle ich dir 1000“, sagt, er wolle nicht eher zahlen als am Tage der Wahl und nur, falls er gewählt werde. Andererseits kann auch in dem Bedingen zugleich das Setzen einer Befristung liegen; ja dies ist sogar in der Regel der Fall. Wer sagt: „Ich zahle dir tausend, wenn ich gewählt werde“, sagt darin auch, daß er nicht eher, als bis er gewählt sei, zahlen wolle.

Die römischen Juristen bemerken daher richtig, es liege hier sowohl dies als *condicio* vor, der dies (*incertus*) enthalte zugleich eine Bedingung, die Bedingung zugleich einen dies (*incertus*)¹⁾, und die gemeinrechtliche Theorie betont mit Recht, daß nur der sog. dies certus an et quando (z. B. der Kalendertag) und der dies certus an incertus quando (z. B. jemandes Todestag) reine Befristungen seien, während der dies incertus an certus quando (dein sechzigster Geburtstag) und der dies incertus an incertus quando (der Tag, an dem du Offizier wirst) sowohl eine Befristung als eine Bedingung enthalten²⁾.

II. Dieser theoretischen Scheidung tritt aber im heutigen Sprachgebrauch wie schon bei den Römern eine andere gegenüber, welche mehr die praktische

¹⁴⁾ RG in Straff. 50 S. 290; 51 S. 227 f., 298 ff., 301 ff.; RG Warn. 1919 Nr. 91; RG 98 S. 1 ff. u. S. 61 ff.; 99 S. 51 ff.

¹⁵⁾ RG Warn. 1920 Nr. 143; RG 96 S. 331; 98 S. 2; 101 S. 418.

*) Enneccerus, Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin S. 171—578; Siméon, Das befristete Rechtsgeschäft, 1889; Kohler, BürgA 15 S. 1 ff.; Strohal in Fests. f. Degentolf, 1905, S. 135 ff.

***) Vgl. die Literatur der vorigen Note, ferner Enneccerus, Begriff und Wirkung der Suspensivbedingung und des Anfangstermins, 1871.

¹⁾ L. 8 D. de V. O. 45, 1; L. 54 pr. i. f. D. de cond. 35, 1; L. 22 pr. D. quando dies leg. 36, 2.

²⁾ Begründung bei Enneccerus, Rechtsgeschäft S. 192—207; vgl. ferner RG 2 S. 143. Unter Umständen ist aber ein solches Versprechen doch nur als befristetes ausulegen, z. B. wenn bei Gutsübergaben vereinbart wird, daß den Geschwistern ihre Abfindungen bei der Volljährigkeit ausbezahlt werden sollen. Hier werden, wenn sie zu jener Zeit nicht mehr leben, ihre Erben die Auszahlung verlangen können, v. Tuhr II 2 S. 273.

Anwendung berücksichtigt. Wir gebrauchen den Ausdruck Befristung nur für die beiden ersten der genannten Fälle, also nur für die reinen Befristungen, und reden in den beiden letzten Fällen nur von einer Bedingung, fassen also die Verbindung von Bedingung und Befristung als eine Einheit auf und heben es als eine besondere Ausnahme hervor, wenn einmal in der Bedingung keine Befristung liegt. Wir scheiden also die Zeitbestimmung von der Bedingung durch ihre Gewißheit und definieren: Zeitbestimmung ist die einer Willenserklärung eingefügte Beschränkung, daß eine Rechtswirkung erst mit dem Eintritt eines zukünftigen gewissen Ereignisses beginnen (Anfangstermin) oder bis dahin dauern soll (Endtermin). Von diesem Begriff der Zeitbestimmung geht auch das BG aus, ohne ihn ausdrücklich festzustellen.

Der dies certus an incertus quando, z. B. der Todestag jemandes, ist an sich keine Zeitbestimmung. Das röm. Recht nimmt aber an, daß er bei letztwilligen Zuwendungen in der Regel als Bedingung gemeint sei, „wenn der Bedachte ihn erlebe“³⁾. Wurde also z. B. jemandem etwas vermacht auf den Todestag des Erben, so erhielt er es nur, wenn er diesen Tag erlebte. Das BG hat diese Vermutung nicht ausgenommen — eine hochbedeutende Verbesserung. Hat also z. B. der Erblasser bestimmt, daß sein Haus beim Tode des Erben an den X fallen solle, so erhalten es, wenn X dann schon gestorben ist, die Erben des X, sofern nicht ein anderer Wille des Testators erkennbar ist⁴⁾.

§ 181. Die Bedingung im besonderen*).

I. Bedingung nennen wir die einer Willenserklärung eingefügte Beschränkung, durch welche der Eintritt oder die Wiederaufhebung einer Rechtswirkung von einem für menschliches Wissen ungewissen Umstande abhängig gemacht wird. Auch der Umstand selbst wird Bedingung genannt¹⁾.

1. Nach Savignys Vorgang bezeichnet man die Bedingung vielfach als Nebenbestimmung. Das ist indes nicht zutreffend; denn die bedingte Willenserklärung ist ein untrennbares Ganzes, das ebensowenig in eine Haupt- und eine Nebenbestimmung zerlegt werden kann, wie eine Zerreißung des hypothetischen Urteils in ein Haupt- und ein Nebenurteil gerechtfertigt wäre.

³⁾ L. 1 § 2, L. 75 D. de cond. 35, 1 vgl. mit L. 79 D. eod.: L. 4 pr., L. 22 pr. D. quando dies legati 36, 2.

⁴⁾ Vgl. auch § 2108 Abs. 2 S. 1, wo hieraus die richtige Folge gezogen wird, daß der Nacherbe, wenn kein anderer Wille des Erblassers erkennbar ist, den Tod des Vorerben nicht zu erleben braucht.

^{*}) Enneccerus, Suspensivbedingung S. 85—140 und Rechtsgeschäft S. 171—192; Eghlarz, Resolutivbedingung, 1871; Schulin, Resolutivbedingung, 1875; Kohler, Bürgl 15 S. 1 ff.

¹⁾ Auch alle von den Parteien vereinbarten Bestimmungen werden bisweilen Bedingungen genannt. Über uneigentliche Bedingungen später.

2. Der Wert des bedingten Rechtsgeschäfts für das Rechtsleben liegt darin, daß wir durch ein solches unsere Rechtsverhältnisse den Eventualitäten der Zukunft anpassen und daß wir fremdes wie unser eigenes Verhalten dadurch beeinflussen können.

3. Der Bedingung dem Zwecke nach ähnlich, aber juristisch von ihr sehr verschieden ist die „Auflage“, durch welche der Empfänger einer Schenkung oder letztwilligen Zuwendung zu einer Leistung verpflichtet wird (§§ 525 ff., 1940, 2192—2196, 2278). Die Auflage stellt die Zuwendung nicht ins Ungewisse, verpflichtet aber den Bedachten, wenn er die Zuwendung angenommen hat, zur Erfüllung („Die Bedingung suspendiert, zwingt aber nicht; die Auflage zwingt, suspendiert aber nicht“)²).

II. Von dem Begriff der Bedingung scheiden nach der gegebenen Definition die folgenden sog. uneigentlichen (oder Schein-) Bedingungen aus:

1. Die auf einen gegenwärtigen oder vergangenen, auf einen notwendigen oder unmöglichen Umstand gestellten Bedingungen³), da ihnen allen das Erfordernis der Ungewißheit fehlt.

2. Die Bedingungen, von deren Eintritt die Wirksamkeit des Geschäfts schon nach dessen Natur oder Gegenstand oder nach besonderer Rechtsvorschrift abhängt, z. B. die Bedingung einer Erbeseinsetzung, „wenn der Eingesezte den Erblasser überlebe“ (Rechtsbedingung)⁴).

a) Rechtsbedingung ist ein zukünftiger, ungewisser Umstand, von dessen Eintritt die Wirksamkeit des Geschäfts nach seiner Natur, seinem Gegenstande von besonderer Rechtsvorschrift abhängt. Sie ist also nicht ein Teil des Tatbestandes des Rechtsgeschäfts, sondern eine Bedingung der Wirksamkeit dieses Tatbestandes (oben § 127 I).

b) Die Wirkung der Rechtsbedingung ist bei den verschiedenen Geschäften und den verschiedenen Rechtsbedingungen verschieden. Insbesondere darf allgemein weder Rückwirkung noch Nichtrückwirkung behauptet werden⁵), und auch die Wirkungen des Geschäfts in der Zwischenzeit vor der Entscheidung sind nicht die gleichen.

²) Die Auflage ist wie im BG bei der Schenkung und bei den letztwilligen Zuwendungen zu behandeln. Die Voraussetzung im Sinne Windscheids (vgl. Band. I § 97 und die Lehre von der Voraussetzung, 1850) ist dem BG unbekannt (vgl. auch Prot. II S. 690, RGZ 62 S. 267 f.), wie sie nach der richtigen in Theorie und Praxis auch vorherrschenden Meinung auch für das gemeine Recht zu verwerfen ist, vgl. z. B. RGZ 24 S. 169.

³) *Condiciones in praesens vel praeteritum collatae, necessariae u. impossibiles.* In der notwendigen Bedingung wird aber nach der Absicht der Geschäftssubjekte häufig eine Befristung zu finden sein, L. 79 pr. D. de cond. 35, 1; RGZ 8 S. 240. Die auf Gegenwärtiges oder Vergangenes gestellte Bedingung mit v. Tuhr (II 1 S. 199 und II 2 S. 280) als „Voraussetzung“ zu bezeichnen, dürfte sich nicht empfehlen; denn dieser Ausdruck ist vorwiegend für Umstände gebräuchlich, die zwar angenommen (vorausgesetzt), aber nicht zur Bedingung gesetzt wurden.

⁴) Vgl. Enneccerus, Suspendivbedingung usw. (1871) S. 125 ff.; Dertmann, Rechtsbedingung (1924).

⁵) Enneccerus a. a. O. S. 126 ff.; Dertmann S. 111 ff.

c) Die ausdrückliche Erwähnung einer Rechtsbedingung bei dem Rechtsgeschäfte ist bedeutungslos⁹⁾. Natürlich kann aber im Einzelfalle die Auslegung ergeben, daß durch die Hinzufügung doch etwas nicht Selbstverständliches gesagt sein soll⁷⁾.

d) Die Rechtsbedingung ist nicht mit der stillschweigend erklärten Bedingung zu verwechseln. Die letztere ist eine wahre, auf dem (stillschweigend erklärten) Willen der Parteien oder des Testators beruhende Bedingung. Hat beispielsweise der Erblasser einen kinderlosen Abkömmling zum Erben ernannt und bestimmt, daß nach dessen Tode die Erbschaft auf den X als Nacherben übergehen sollte, so gilt die Bedingung als stillschweigend hinzugefügt „wenn der Abkömmling ohne Kinder verstorbt“ (§ 2107⁸⁾) (stillschweigend erklärte oder vermutete Bedingung⁹⁾).

III. Aufschiebend (Suspensivbedingung, besser Anfangsbedingung) ist eine Bedingung, von der der Eintritt, auflösend (Resolutivbedingung, besser Endbedingung) eine solche, von der die Wiederaufhebung der gewollten Rechtswirkung abhängig gemacht wird.

Bei der aufschiebenden soll also einstweilen in der Schwebe sein, ob die Rechtswirkung eintritt („Ich kaufe das Grundstück für den Fall, daß ich die Polizeierlaubnis zu einer Fabrikanlage darauf bekomme“); bei der auflösenden soll die Rechtswirkung zunächst eintreten, aber, wenn die Bedingung eintritt, wieder aufgehoben werden. („Ich kaufe das Grundstück. Wenn ich aber die Fabrikanlageerlaubnis nicht erhalte, soll der Kauf wieder aufgehoben sein“ oder „als nicht geschlossen gelten“). Strenggenommen liegen also nicht zwei Arten der Bedingung vor, sondern das Bedingte ist verschieden, nämlich das Inkrafttreten bzw. die Wiederauflösung der Rechtswirkung. Ganz korrekt nannten deshalb die Römer nur das aufschiebend bedingte Geschäft „*condicionale*“ oder „*sub condicione contractum*“, das auflösend bedingte dagegen „*purum, quod sub condicione resolvitur*“¹⁰⁾.

1. Wie oben § 180 gezeigt, müßte man bei streng theoretischer Betrachtung sagen, die aufschiebende Bedingung enthalte in der Regel zugleich eine Zeitbestimmung. Der Vereinfachung wegen aber wird diese Zeitbestimmung mit der Bedingung als eins betrachtet; man sagt: „Das aufschiebend bedingte Geschäft soll nach der Parteiabsicht erst mit dem Eintritt der Bedingung wirksam werden“. Enthält aber ausnahmsweise die Bedingung keine Befristung, soll also die Rechtswirkung zwar von dem Eintritt der Bedingung abhängig sein, aber für diesen Fall schon vom Geschäftsabschluß datieren, so sagt man: „Die Parteien haben der Bedingung ausnahmsweise rückwirkende Kraft beigelegt“¹¹⁾.

⁹⁾ Nach röm. Recht wurden allerdings manche (vielleicht alle) Geschäfte, welche keine Bedingungen zuließen, auch durch Hinzufügung einer Rechtsbedingung unwirksam, L. 77 D. de reg. jur. 50, 17; vgl. L. 195 D. eod.: „*Expressa nocent, non expressa non nocent.*“ Allein für das Recht BG ist keinesfalls das gleiche anzunehmen, wie sich aus dem Grunde der Bedingungsverbote ergibt (unten § 182).

⁷⁾ Dertmann S. 46.

⁸⁾ Vgl. L. 102 D. de cond. 35, 1; L. 6 § 1 C. de inst. et subst. 6, 25; L. 54 § 1 D. locat. 19, 2; L. 30 C. de fideic. 6, 42 u. a. m.

⁹⁾ Vgl. ferner § 2350. Ein anderes Beispiel in DVBG 8 S. 23.

¹⁰⁾ L. 2 D. in diem addict. 18, 2; L. 1 D. de lege comm. 18, 3. Was wir Resolutivbedingung nennen, ist in Wahrheit eine auf Wiederauflösung des Geschäfts gerichtete bedingte Nebenwillenserklärung. So auch die vorherrschende Meinung, vgl. besonders Czoghlarz, Resolutivbedingung S. 23—31. Auch die Römer sprechen hier nicht von *condicio*, sondern von *conventio*, L. 2 § 3 D. pro emptore 41, 4.

¹¹⁾ Die Verschiedenheit der Ansichten über die Wirkung der Bedingung nach gemeinem

Das BG geht noch einen Schritt weiter, es läßt die Wirkung des bedingten Geschäfts schlechthin erst mit dem Eintritt der Bedingung eintreten, § 158 Abs. 1. Der Festsetzung rückwirkender Kraft mißt es nur obligatorische Wirkung bei. Die Parteien werden dadurch nur verpflichtet, einander zu gewähren, was sie haben würden, wenn die Wirkung in dem früheren Zeitpunkt eingetreten wäre, § 195.

2. Von einer auflösenden Bedingung spricht man gewöhnlich sowohl dann, wenn nach der Absicht der Parteien die Wirkung bei eintretender Bedingung nur endigen, z. B. der bestellte Nießbrauch erlöschen soll, als auch wenn die Rechtswirkung, falls die Bedingung eintritt, als niemals vorhanden, gewesen gelten, z. B. der Kauf als nicht geschlossen betrachtet werden soll. Eine wahre Resolutivbedingung ist freilich nur im zweiten Falle vorhanden; im ersteren handelt es sich genau genommen um einen ungewissen Endtermin; die Wirkung ist als unzweifelhafte, jedoch eventuell zeitlich beschränkte gewollt¹²⁾. Auch unterscheiden die röm. Quellen beide Fälle scharf: im ersten sagen sie (*ususfructus*) *ad condicionem constituitur*¹³⁾, im zweiten (*emptio*) *sub condicione resolvitur*¹⁴⁾; und der erste Fall bildet auch nicht etwa die Regel, vielmehr sind wahre Resolutivbedingungen sehr häufig¹⁵⁾.

Gleichwohl hat das BG in einem sehr weitgehenden Streben nach Gleichmäßigkeit und Vereinfachung die wahre Resolutivbedingung und den ungewissen Endtermin unter der einheitlichen Bezeichnung „auflösende Bedingung“ zusammengefaßt und der gleichen Behandlung unterworfen: die Wirkung des Geschäfts wird bei eintretender Bedingung nur für die Zukunft aufgehoben, § 158 Abs. 2. Rückwirkende Kraft wird als beabsichtigt nur angenommen, wenn der Geschäftsinhalt es ergibt, und auch dann wirkt diese Verabredung nur obligatorisch, § 159. Haben übrigens die Parteien festgesetzt, daß, wenn die Bedingung eintrete, das Geschäft

Recht beruhte zum guten Teile auf dieser verschiedenen Auffassung des Bedingungs-begriffes:

a) Die Annahme, daß die Bedingung ihrem Wesen nach rückwirkende Kraft habe (Dernburg), geht von der (nur selten vorkommenden) reinen Bedingung aus, die keine Zeitbestimmung enthält.

b) Die Ansicht, welche der Bedingung regelmäßig rückwirkende Kraft abspricht, meint in Wahrheit nur die Bedingung, die (wie regelmäßig) eine Zeitbestimmung enthält.

c) Die Auffassung der römischen Quellen dagegen schließt die Rückwirkung nur so weit aus; als die Bedingung eine Zeitbestimmung enthält und diese die Rechtswirkung aufschiebt (vgl. *Enneccerus*, *Rechtsgeschäft*, namentlich S. 334 ff.). Besonders gilt freilich bei letztwilligen Verfügungen.

¹²⁾ Besonders klar ist der Unterschied von *Эзъларъ* a. a. O. S. 6—31 erörtert.

¹³⁾ *Fr. Vat.* § 50; *L. 4 pr. D. de serv.* 8, 1; *L. 14 § 5 D. de tut.* 26, 1 etc.

¹⁴⁾ *L. 2 D. de in diem add.* 18, 2; *L. 1 D. de leg. comm.* 18, 3; *L. 2 §§ 4, 5 D. pro emt.* 41, 4; *L. 3 D. de contr. emt.* 18, 1.

¹⁵⁾ Namentlich in der Gestalt der sog. *lex commissoria* und in *diem addictio*, vgl. *tit. Dig.* 18, 3 und 18, 2.

als überhaupt nicht geschlossen gelten sollte, so liegt darin unzweifelhaft die Vereinbarung rückwirkender Kraft. Es tritt also Rückwirkung ein, aber nur mit der oben bezeichneten obligatorischen Wirkung.

3. Ob eine Bedingung als aufschiebend oder auflösend gemeint sei, ist eine Auslegungsfrage, bei deren Lösung namentlich auf die Brauchbarkeit des Ergebnisses zu achten ist. Bleiben aber nicht zu lösende Zweifel, so wird die Bedingung als aufschiebend zu betrachten sein; denn bei der Resolutivbedingung wird das Geschäft während des Schwebezustandes einstweilen schon wirksam, und eine solche einstweilige Wirksamkeit darf nur angenommen werden, wenn erkennbar ist, daß sie beabsichtigt war¹⁶). Das BG stellt aber einige Auslegungsregeln auf:

a) Eine aufschiebende Bedingung ist im Zweifel anzunehmen beim Kauf auf Probe, § 495. Ferner wird, wenn sich der Verkäufer einer beweglichen Sache das Eigentum bis zur Zahlung des Kaufpreises vorbehalten hat, im Zweifel angenommen, daß die Übertragung des Eigentums unter der aufschiebenden Bedingung vollständiger Zahlung des Kaufpreises erfolgt sei, § 455.

b) Eine auflösende Bedingung ist im Zweifel anzunehmen, wenn eine lehtwillige Zuwendung davon abhängig gemacht ist, daß während eines Zeitraumes von unbestimmter Dauer der Bedachte etwas unterlasse oder etwas fortgesetzt tue, z. B. solange er lebe, sein Landgut nicht veräußere oder auf Lebenszeit den X verpflege, § 2075.

IV. Nach dem Inhalt der Bedingung kann man unterscheiden:

1. Positive (affirmative) und negative Bedingungen. Die ersteren fordern zu ihrer Erfüllung eine Veränderung, die letzteren nicht. Die Fassung ist nicht entscheidend. „Wenn du ledig bleibst“ ist eine negative Bedingung.

2. Potestativbedingungen, kasuelle und gemischte. Die Erfüllung der Potestativbedingung hängt von der Willkür des bedingt Berechtigten ab, die kasuelle von anderen Momenten, die gemischte von seiner Willkür und anderen Umständen. Von besonderer Bedeutung sind die negativen Potestativbedingungen (vgl. unten § 183 III).

3. Auch von einer willkürlichen Handlung des bedingt Verpflichteten¹⁷), ja selbst von dessen späterer Erklärung, daß er das Geschäft billige oder wolle, kann das Geschäft abhängig gemacht werden (im letzteren Falle spricht man von „Wollensbedingung“).

¹⁶) Dernburg I § 150 III nimmt keine Vermutung an, ebenso v. Tuhr S. 274. Nach gem. Recht entschieden sich manche im Zweifel für eine auflösende Bedingung wegen L. 1 D. de leg. comm. 18, 3 und L. 3 D. contr. emt. 18, 1. Allein daß die lex commissoria eher als auflösende Bedingung zu betrachten ist, hat einen besonderen Grund: es erscheint künstlich, die Erfüllung des Geschäfts zu Bedingung seines Wirksamwerdens zu machen.

¹⁷) Man denke z. B. an ein Strafversprechen für den Fall, daß man etwas tun (oder unterlassen) werde.

Unter Umständen kann das freilich so gemeint sein, daß man die Erklärung noch verschieben und erst später in der Form der Billigung abgeben wolle; dann ist einstweilen eine Willenserklärung überhaupt noch nicht vorhanden. Ist der Wille aber dahin gerichtet, die Rechtswirkung schon durch die jetzige Erklärung (für den Fall der späteren Billigung) zu begründen, so liegt eine bedingte Willenserklärung vor, und dies ist auch bei der reinen Willensbedingung nicht nur möglich, sondern sogar häufig der Fall¹⁹⁾. Wer ein Grundstück heute durch notariell beurkundeten Vertrag unter der Bedingung verkauft, daß er dem (alsbald verreisenden) Käufer morgen die Billigung des Geschäftes telegraphisch mitteile, will die Wirkung des Geschäftes zweifellos durch den heutigen Vertrag (als bedingte) begründen, weiß er doch, daß die telegraphische Mitteilung dazu überhaupt nicht geeignet wäre (§ 313). Wer eine Sache unter der Bedingung, daß er sie billigen werde, kauft, will in der Regel schon jetzt die (bedingte) Kaufklärung abgeben, und das BG bezeichnet diesen sog. Kauf auf Probe ausdrücklich als bedingten Kauf (§ 495). Auch bei einseitig verpflichtenden Verträgen ist die gleiche Absicht, wenngleich seltener, doch keineswegs ausgeschlossen²⁰⁾, man denke z. B. an ein notariell beurkundetes Schenkungsverprechen unter der Bedingung späterer formloser Bestätigung. Vermächtnisse können jedoch nicht von dem Willen des Belasteten abhängig gemacht werden (§ 2065 Abs. 1).

V. Wird aus einem Rechtsgeschäft geklagt und gesteht der Beklagte den Abschluß zwar zu, behauptet er aber, es sei unter Anfangsbedingung

¹⁹⁾ Daß dies auch die Auffassung des BG ist, ergibt sich daraus, daß der Kauf auf Probe, bei dem die Billigung des gekauften Gegenstandes im „Belieben des Käufers“ steht (§ 495 Abs. 1), ausdrücklich als bedingter Kauf bezeichnet wird (§ 495 Abs. 2); ferner aus der Regelung, welche der Wiederkaufovorbehalt und die Einräumung eines Vorkaufsrechts im Gesetze gefunden haben (darüber beim Kauf), und auch aus der erkennbar als Ausnahme erscheinenden Vorschrift für Vermächtnisse (§ 2065). In der Hauptsache, wenn auch mit verschiedenen Begründungen, der gleichen Ansicht Fr. Leonhard, DogmZ 39 S. 174 ff.; Regelsberger I § 153 I D; Krug, Zulässigkeit der Willensbedingung, 1904; Walzmann, DogmZ 54 S. 197 ff.; Vertmann, Riezler, v. Tuhr u. a. m. Dagegen erklärt Raape (Willensbedingung 1912) die Willensbedingung für unzulässig, weil sie „dem Begriff der Willenserklärung widerspreche“; denn „seinen Willen erklären, heiße sich an das Erklärte binden, sich ihm unterwerfen“ (S. 18). Deshalb „schade die Willensbedingung jeglicher Willenserklärung, welchen Inhalt sie auch haben möge“, woraus dann auch die Unzulässigkeit der auf das Wollen des Berechtigten gestellten Bedingung gefolgert wird (S. 31 f.). Alledem kann nicht zugestimmt werden. Die Willenserklärung richtet sich nicht auf Gebundenheit an ihren Inhalt, sondern nur die als gewollt bezeichnete Rechtsfolge; die bedingte Willenserklärung geht demnach nur dahin, daß der Eintritt der Bedingung die Rechtsfolge hervorrufen solle (vgl. mein Rechtsgeschäft S. 177 ff., 183 ff.). Es ist eine Auslegungsfrage, ob schon die jetzige Erklärung die (bedingte) Rechtswirkung begründen oder ob die Willenserklärung noch hinausgeschoben werden soll. Daß ersteres selbst bei auf das Wollen des Schuldners gestellten Bedingungen häufig zutrifft, ist im Texte gezeigt; noch weniger sollte es bestritten werden, wenn die Bedingung auf das Wollen des Berechtigten gestellt ist. Wenn durch die Auffassung der Willensbedingung als wirklicher Bedingung Härten in Beziehung auf Stempellichten entstehen, wie Raape stark betont, so muß durch Auslegung oder Abänderung der Stempelgesetze, nicht aber durch Umdeutung des Privatrechts geholfen werden.

²⁰⁾ In RGZ 72 S. 385 wird aus der Verbindlichkeit des Kaufs und Probe gefolgert, daß die Bedingung auf das bloße Wollen des Berechtigten gestellt werden könne, dagegen die Zulässigkeit der auf das Wollen des Verpflichteten gestellten Bedingung verneint. Diese Verneinung könnte jedoch, da beim Kauf auch der Käufer Verpflichteter ist, nur auf einseitig verpflichtende Geschäfte bezogen werden, und das wird auch in RG Warn. 1911 Nr. 174 unter Berufung auf die erstgenannte Entscheidung ausdrücklich gesagt. Doch ist es auch so nicht völlig zutreffend. Häufig wird zwar bei einseitig verpflichtenden Verträgen die Befügung der Willensbedingung ein Verschieben der Willenserklärung bedeuten, aber doch nicht immer, wie das Beispiel des Textes beweisen dürfte. Die röm. Juristen erklärten freilich die Stipulation unter der Bedingung, wenn der Promissor wolle, und ebenso den unter der Bedingung, daß der Verkäufer wolle, geschlossenen Kauf für nichtig (L. 7 pr. D. 18, 1; L. 8 D. 44, 7; L. 17, L. 46 § 3, L. 108 § 1 D. 45, 1; L. 7 pr. D. de contr. emt. 18, 1; L. 13 C. 4, 38); aber das kann für das heutige weit freiere Recht der Schuldverträge nicht mehr als maßgebend betrachtet werden.

oder Anfangstermin abgeschlossen, so muß der Kläger beweisen, daß das Geschäft so, wie er behauptet (also unbedingt und unbefristet), geschlossen sei (oder daß die Bedingung eingetreten sei); denn die Anfangsbedingung und ebenso der Anfangstermin bilden mit dem übrigen Geschäftsinhalt eine untrennbare Einheit, die Behauptung des Beklagten ist also auf ein wesentlich anderes Geschäft, als der Kläger behauptet hat, gerichtet und stellt sich als Leugnen der klägerischen Behauptung dar²⁰).

Anders, wenn der Beklagte die Hinzufügung einer Endbedingung oder eines Endtermins behauptet. Hier geht nämlich auch aus dem Geschäft, wie es der Beklagte behauptet, die Entstehung des klägerischen Rechts hervor. Deshalb muß der Beklagte, um dessen Untergang darzutun, beweisen, daß die Endbedingung oder der Endtermin hinzugefügt und eingetreten sei²¹).

§ 182. b) Zulässigkeit von Bedingung und Zeitbestimmung*).

I. Schon nach römischem und gemeinem Rechte konnten Rechtsgeschäfte in der Regel unter aufschiebender oder auflösender Bedingung, unter Anfangs- oder Endtermin geschlossen werden.

a) Suspendivbedingung und Anfangstermin sind im röm. Recht bei Stipulationen und bei letztwilligen Verfügungen schon sehr früh zugelassen¹). Bei den Konsensual- und Realkontrakten mögen sie bald nach deren Aufkommen anerkannt sein²). Dagegen waren sie mit den das ältere dingliche Verkehrsrecht beherrschenden Akten der *mancipatio* und in *jure cessio* nicht verträglich, da bei diesen Akten der Erwerb das erworbene Recht als gegenwärtig vorhanden konstatierte und diese Rechtsbehauptung durch Hinzufügung eines Anfangstermins oder einer Anfangsbedingung widersinnig geworden wäre³). Im neueren röm. Recht sind jene Formalakte und mit ihnen diese Bedingungs- und Befristungsverbote verschwunden.

²⁰) So auch ganz überwiegend die Rechtsprechung, insbesondere die des Reichsgerichts, sowie die vorherrschende Meinung der Schriftsteller. Nachweisungen bei Fr. Leonhard, *Bereislast* S. 316 ff. Die im Texte gegebene Begründung ist näher ausgeführt bei Enneccerus, *Rechtsgeschäft* S. 175 ff., S. 211 ff. Behauptet der Beklagte, dem anfangs unbedingt geschlossenen Geschäft sei später eine Anfangsbedingung hinzugefügt, so trifft ihn natürlich die Beweislast.

²¹) So auch die in Rechtsprechung und Literatur vorherrschende Ansicht; Nachweisungen bei Fr. Leonhard, *Bereislast* S. 317 ff. Behauptet bei einem gesetzlich kündbaren Verhältnis (Miete, Dienstvertrag, Darlehen) der Kläger die Vereinbarung eines die Kündbarkeit ausschließenden Endtermins, so hat er dessen Festsetzung natürlich zu beweisen.

*) Enneccerus, *Suspendivbedingung* S. 9—84, *Rechtsgeschäft* S. 496 ff.; Bruch, *Bedingungsfeindliche Rechtsgeschäfte*, 1904.

¹) Dafür spricht das Bedürfnis, ferner hinsichtlich der Stipulation die Prozeßform der *Sponsio*, hinsichtlich der letztwilligen Verfügungen die Erwähnung der bedingten testamentarischen Freilassung in den Zwölftafeln, *Ulp.* II 4. Über die Nichtbeachtung des Anfangstermins bei Erbinsetzungen unten c.

²) Nicht dagegen spricht Gaj. III § 146; denn der hier erwähnte, zu Gajus' Zeit aber schon überwundene Zweifel bezog sich wohl nur auf die Frage, ob ein Kontrakt so geschlossen werden könne, daß er je nach dem Ausfall einer Bedingung Kauf oder Miete sein solle, Enneccerus a. a. O. S. 20 Anm. 34. Nur bei der *Sozietät* scheint die Zulassung der Bedingungen Zweifel erret zu haben, *L. 6 C. pro socio* 4, 37.

³) Enneccerus a. a. O. S. 27 ff., 37 f.

b) Resolutivbedingung und Endtermin waren bei der Begründung oder Übertragung der ihrer Natur nach zeitlich beschränkten Rechte wie z. B. des Nießbrauchs zulässig⁴⁾. Die sog. ewigen Rechte, insbesondere Eigentum und Grunddienstbarkeiten, konnten dagegen unter gewissen oder ungewissen Endterminen ursprünglich nicht übertragen oder begründet werden⁵⁾. Doch war eine solche Grunddienstbarkeitsbestellung schon im klassischen Rechte gültig, indem man der Beschränkung nur obligatorische Wirkung beimaß⁶⁾, und Justinian erklärte auch eine derartige Eigentumsübertragung für vollwirksam⁷⁾. Keine Resolutivbedingungen (mit Rückwirkung) wurden bei Eigentumsabtretungen wahrscheinlich schon nach klassischem, sicher aber nach justinianischem Recht als vollwirksam anerkannt (unten § 187 Anm. 3).

c) Bei Erbeinsetzungen wurde noch nach gemeinem Recht der Anfangstermin nicht beachtet, ebenso ein Endtermin oder eine Resolutivbedingung⁸⁾, wenn nicht etwa darin ein Universalermächtnis zugunsten des gesetzlichen Erben oder anderer Personen zu finden war. Nach BB dagegen sind diese Beschränkungen der Erbeinsetzung wirksam. Ist ein Anfangstermin oder eine Anfangsbedingung gesetzt, so wird einstweilen der gesetzliche Erbe Vorerbe, und bei Eintritt der Bedingung oder des Termins fällt die Erbschaft an den Eingesezten als Nacherben. Ist ein Endtermin oder eine Endbedingung gesetzt, so wird der Eingesezte Vorerbe und nach Eintritt der Bedingung oder des Termins der gesetzliche Erbe Nacherbe.

II. Wie im gemeinen, so bildet auch im bürgerlichen Recht die Zulässigkeit von Bedingungen und Zeitbestimmungen die Regel. Ausnahmen gelten nur bei einzelnen Geschäftsarten aus besonderen Gründen⁹⁾.

1. Bei einer Reihe von Geschäften ist die Hinzufügung einer Bedingung oder einer Zeitbestimmung deshalb ausgeschlossen, weil der bedingte oder befristete Abschluß dem sittlichen Empfinden oder dem öffentlichen Interesse widerspricht. Wird einem solchen Geschäft eine Bedingung oder eine Zeitbestimmung hinzugefügt, so ist das Geschäft nichtig. Auch der auf die Gültigkeit gerichtete Wille aller an dem Geschäft beteiligten und interessierten Personen vermag es nicht gültig zu machen. Hierher gehören:

a) Die auf Begründung oder Lösung der Ehe oder der elterlichen Rechte gerichteten Geschäfte; denn die Beziehungen zwischen Eltern und Kindern oder zwischen Ehegatten sind vorwiegend ethischer Natur, können daher weder in ihrer Entstehung noch in ihrer Dauer vom Zeitablauf oder anderen äußeren Umständen abhängig gemacht werden; dies gilt für

⁴⁾ Selbst bei in jure cessio und gewiß auch bei mancipatio konnten Resolutivbedingung oder Endtermin hinzugefügt werden, Vat. Fr. § 48.

⁵⁾ Vat. Fr. § 283, L. 55 D. de solut. 46, 3; L. 4 D. de serv. 8, 1.

⁶⁾ Diese Beschränkungen erzeugten also nur eine exceptio, L. 4 D. de serv. 8, 1. Auch bei Stipulationen wirkten Endtermine und Endbedingungen nur opo exceptionis, L. 44 § 1 D. de O. et A. 44, 7; § 3 J. de V. O. 3, 15.

⁷⁾ Nach klassischem Recht war sie nichtig, Vat. Fr. § 283. Im justinianischen Recht wird sie durch Aufnahme desselben Fragments (vgl. Datum und Anfangsworte) in den Roder für gültig erklärt, indem der Schlußsatz die entgegengesetzte Fassung erhält: L. 2 C. de don. 8, 54; vgl. auch L. 28 C. de leg. 6, 37.

⁸⁾ Der Anfangstermin wurde nicht beachtet, weil er niemandem zum Vorteil gereichte und den Erben schädigte, der Endtermin und die Resolutivbedingung, weil die Rechtsstellung des Erben als „ewiges Recht“ keine Zeitbeschränkung vertrug: semel heres, semper heres.

⁹⁾ Diese Gründe sind verschieden. Früher suchte man die Bedingungs- und Befristungsverbote des röm. Rechts aus dem Wesen der sog. actus legitimi herzuleiten. Dagegen Enneccerus, Suspensivbedingung S. 9—27. Jetzt ist diese Ansicht wohl allgemein aufgegeben, vgl. auch Brud. C. 6ff.

die Eheschließung, § 1317, die Annahme an Kindesstatt (Adoption), § 1742, sowie deren Aufhebung (Emanzipation), § 1768, die Ehelichkeitserklärung (Legitimation), § 1724¹⁰⁾, und nach dem BG tritt noch die Anerkennung der Ehelichkeit hinzu, § 1598.

b) Die Auflassung des Grundeigentums, § 925, und die Übertragung (nicht die Begründung) des Erbbaurechts, BO über d. Erbbaurecht § 11 Abs. 2; denn das Grundeigentum ist eine Hauptgrundlage des wirtschaftlichen und staatlichen Lebens, über die im öffentlichen Interesse durch die Grundbücher volle Klarheit geschaffen werden soll¹¹⁾.

c) Die Annahme oder Ausschlagung der Erbschaft, § 1947; denn das allgemeine Interesse (der Gläubiger, Schuldner, Vermächtnisnehmer, des Staates, der Gemeinden) fordert eine möglichst schnelle und unzweifelhafte Erledigung der Erbfolgefrage. Ferner die Ablehnung der Fortsetzung der Gütergemeinschaft, § 1484 Abs. 2.

d) Die Annahme oder Ausschlagung des Amtes eines Testamentsvollstreckers, § 2202, ebenfalls im allgemeinen Interesse schnellerer Abwicklung der erbchaftlichen Verhältnisse¹²⁾.

2. Bedingungen und Befristungen müssen ferner bei einseitigen empfangsbedürftigen Willenserklärungen ausgeschlossen sein, wenn diese in fremde Vermögensverhältnisse eingreifen und die berechtigten Interessen des anderen Teils nur einen sofort gewissen und sofort wirksamen Eingriff zulassen¹³⁾.

a) Aus diesem Grunde ist die Hinzufügung einer Bedingung oder Befristung ausdrücklich ausgeschlossen bei der Annahme und Ausschlagung eines Vermächtnisses (§ 2180 Abs. 2) und bei der einseitigen Aufrechnungserklärung (§ 388)¹⁴⁾. Das gleiche muß aber, ohne daß es einer besonderen Vorschrift bedürfte, auch angenommen werden für die Anfechtungserklärung¹⁵⁾, die Rücktrittserklärung und den Widerruf¹⁶⁾, die Wahlklärung bei

¹⁰⁾ Sie ist kein Rechtsgeschäft, sondern eine auf Antrag des Vaters erfolgende Verfügung der Staatsgewalt (§ 1723), ist aber gleichwohl des Zusammenhangs wegen hier mitzuerwähnen.

¹¹⁾ Einen Ersatz für die befristeten oder bedingten Auflassungen bietet nach gewisser Richtung die Möglichkeit, einen befristeten oder bedingten Anspruch auf Übertragung oder Rückübertragung des Eigentums durch eine ins Grundbuch eingetragene Vormerkung zu sichern (Näheres Wolff, Sachenrecht § 61 I 3 u. Anm. 14).

¹²⁾ Der allgemeinen Rechtsicherheit dienen ferner folgende handelsrechtliche Vorschriften: Die der Erteilung einer Prokura hinzugefügten Bedingungen und Befristungen sind (wie andere Beschränkungen) Dritten gegenüber unwirksam, HGB § 50 Abs. 1. Aktienzeichnungen müssen zwar den Zeitpunkt angeben, in dem die Zeichnung unverbindlich wird, wenn nicht bis dahin die Errichtung der Gesellschaft beschlossen wird, werden aber durch Hinzufügung anderer Befristungen oder Bedingungen unwirksam, HGB § 189 Abs. 3 u. 4. Endlich sind bei Wechselausstellungen zwar Befristungen zulässig, aber Bedingungen unzulässig und zwar im allgemeinen Interesse der Verkehrssicherheit, da sie die Bedeutung des Wechsels für den Verkehr aufheben würden.

¹³⁾ Zustimmung v. Luhr II 1 S. 212 u. a. — Bedingung und Befristung sind nicht bei allen einseitigen Willenserklärungen ausgeschlossen, auch nicht bei allen einseitigen empfangsbedürftigen. Die Vollmachtserteilung z. B. kann befristet oder bedingt sein. Freilich entsteht dann die Vollmacht erst mit dem Eintritt der Bedingung oder Befristung; die vorher vorgenommenen Geschäfte sind also von einem Vertreter ohne Vertretungsmacht abgeschlossen, und wenn der Gegner eine Erklärung ohne Vollmachtsurkunde zurückweisen kann, so braucht er auch die bedingte Vollmachtsurkunde nicht gelten zu lassen, bevor ihm der Eintritt der Bedingung bekannt ist. Auch die Einwilligung und die Genehmigung kann bedingt sein, womit aber natürlich nicht gesagt ist, daß sie wie eine unbedingte wirke, z. B. genügt sie weder im Falle des § 177 Abs. 2, noch schließt sie den Widerruf im Falle des § 178 aus, wenn nicht etwa die Bedingung bereits eingetreten und dies dem anderen Teile bekannt ist.

¹⁴⁾ Nach Handelsrecht gehört hierher auch die Abandonerklärung, d. h. die bei Verschollenheit des Schiffs und in einigen anderen Fällen zulässige Erklärung des Seeversicherten, daß er die Zahlung der Versicherungssumme gegen Abtretung der ihm an dem versicherten Gegenstande zustehenden Rechte verlange, HGB § 866.

¹⁵⁾ Vgl. auch DROE 12 S. 13f.; RGE 66 S. 153.

¹⁶⁾ RG Warn. 1915 Nr. 103.

Wahlschuld, Wahlvermächtnis und Gattungsschuld sowie die Erklärung, durch die ein Wiederkaufs- oder Vorkaufsrecht ausgeübt wird. Die Kündigung läßt in der Regel zwar Befristungen, aber nicht Bedingungen zu¹⁷⁾.

b) In allen diesen Fällen (auch den im Gesetz ausdrücklich hervorgehobenen) wird man aber eine bedingte oder befristete Erklärung für vollwirksam halten müssen, wenn berechnete Interessen des anderen Teils dadurch nicht verletzt werden¹⁸⁾. So z. B. wenn die Bedingung auf die Gegenwart oder Vergangenheit gestellt und dem Gegner der Eintritt bekannt ist¹⁹⁾; wenn dem in Verzug befindlichen Schuldner zugleich mit der Setzung einer angemessenen Frist erklärt wird, daß man für den Fall der Fristversäumnis zuträte; wenn die Aufrechnungserklärung unter der Bedingung erfolgt, daß die Forderung, gegen die man aufrechnet, bestesse oder daß sie schon fällig sei (darüber Näheres bei der Aufrechnung); wenn die Anfechtung erklärt wird für den Fall, daß der bestrittene Anfechtungsgrund erwiesen werde²⁰⁾; wenn unter Bedingung gekündigt wird, die Bedingung eintritt und der andere Teil dies erfährt, bevor die Zeit, innerhalb deren gekündigt werden kann, abgelaufen ist; oder wenn die Kündigung für den Fall der Nichterhaltung einer nach § 643 gesetzten Frist ausgesprochen wird (vgl. § 643).

c) Ferner muß man, da der Ausschluß der Bedingung in diesen Fällen lediglich den Schutz des anderen Teiles bezweckt, die Erklärung dann für gültig halten, wenn sich der Empfänger mit der bedingten oder befristeten Abgabe einverstanden erklärt²¹⁾.

Eine nach dem Gesagten unzulässige bedingte oder befristete Willenserklärung ist nichtig.

§ 183. c) Erfüllung und Ausfall der Bedingung.

I. Den allgemeinen Auslegungsregeln des BG gemäß sind auch Bedingungen und Zeitbestimmungen nicht nach dem Wortlaut, sondern nach dem wahren Willen und nach Treu und Glauben auszulegen, was zumal für die Frage, ob die Bedingung erfüllt sei, nicht selten von wesentlicher Bedeutung ist¹⁾.

¹⁷⁾ Die Mahnung (die hier vielfach mitgenannt wird) gehört schon deshalb nicht hierher, weil sie kein Rechtsgeschäft ist. Aber man darf auch befristete und bedingte Mahnungen nicht für unwirksam halten, oben § 128 Anm. 6 (zustimmend v. Tuhr S. 213). So erklärt auch RGE 75 S. 335 keineswegs alle befristeten oder bedingten Mahnungen für unwirksam, sondern nur dann, wenn sie gegen Treu und Glauben verstoßen. Es verstößt gewiß nicht gegen Treu und Glauben, wenn ich Zahlung „binnen 14 Tagen“ oder „sobald beim Schuldner die Versicherungssumme für sein abgebranntes Haus eingegangen sein werde“, verlange. Der Verzug tritt aber natürlich erst nach Eintritt des Termins oder der Bedingung ein.

¹⁸⁾ Dies wird häufig bei Potestativbedingungen zutreffen, vgl. z. B. Holze Bd. 22 Nr. 264; SeuffA 57 Nr. 60. Viel zu weit aber geht es, allgemein Potestativbedingungen für zulässig zu erklären (so Hellmann S. 158; Thiele, ZivA 89 S. 148; Brud S. 132f.). Ich brauche mir bei bestehender dreimonatiger Kündigungsfrist nicht gefallen zu lassen, daß mir die Wohnung am 1. Januar auf den 1. April gekündigt wird, wenn ich im Laufe des Quartals mir ein Klavier anschaffen oder einen Ball geben oder nach 12 Uhr nach Hause kommen würde, vgl. auch RRG 4 S. 342f.

¹⁹⁾ U. U. Pland, welcher meint, der Gegner müsse z. B. die Kündigung unmittelbar durch die Kündigungserklärung erfahren. Allein das ergibt sich weder aus dem Gesetze noch aus dem Wesen der Kündigung. Wie oben Staub, GVB § 66 Anm. 10; Dertmann zu § 564, 2; Leonhard, S. 402 U. 5; Brud S. 134; v. Tuhr S. 289.

²⁰⁾ RG Warn. 1908 Nr. 118.

²¹⁾ Brud a. a. O. S. 161ff.

¹⁾ L. 19 pr., L. 101 pr. D. de cond. 35, 1: In condicionibus testamentorum voluntatem potius quam verba considerari oportet. Nach dem vermutlichen Willen ist also z. B. zu entscheiden, binnen welcher Zeit die zur Bedingung gesetzte Handlung des Be-

II. Bei letztwilligen Zuwendungen gilt ferner nach § 2076 folgende Auslegungsregel: Wenn die Bedingung den Vorteil eines Dritten bezweckt, so gilt sie im Zweifel als eingetreten, wenn der Dritte die erforderliche Mitwirkung versagt²⁾.

Ist also beispielsweise A zum Erben eingesetzt, wenn er die B (deren Begünstigung bezweckt ist) heiratet, so wird er auch dann Erbe, wenn die B seinen Heiratsantrag ausschlägt oder schon vorher erklärt, daß sie auf seinen Heiratsantrag nicht eingehen werde³⁾. Die Vorschrift ist aber nur eine Auslegungsregel, darf also nicht angewendet werden, wenn ein anderer Wille des Testators anzunehmen ist, wenn z. B. die Bedingung dahin ging, den Sohn oder die Tochter des Erblassers zu heiraten, da hier die Zuwendung vermutlich nur für den Fall des wirklichen Zustandekommens der Heirat gewollt sein wird⁴⁾.

III. Eine Fiktion des Eintritts der Bedingung findet nach dem BG nur in einem Falle statt: Wenn der Eintritt von der Partei, der er zum Nachteil gereichen würde, wider Treu und Glauben verhindert ist⁵⁾, so gilt die Bedingung als eingetreten, § 162 Abs. 1⁶⁾. Ebenso gilt umgekehrt der Eintritt der Bedingung als nicht erfolgt, wenn er von der Partei, der er zum Vorteil gereicht, wider Treu und Glauben herbeigeführt ist, § 162 Abs. 2. Ob es der Partei erlaubt war, den Eintritt der Bedingung zu hindern (oder umgekehrt den Eintritt der Bedingung herbeizuführen) oder ob ein solches Verhalten wider Treu und Glauben verstößt, hängt von der Absicht der Parteien beim Geschäftsabschluß ab, ist also Auslegungsfrage⁷⁾.

bedachten vorgenommen werden muß (im Zweifel binnen angemessener Zeit, die nicht allzu eng bemessen werden darf und z. B. bei einer Eheschließung länger sein wird als bei einer Geldzahlung, vgl. auch L. 19 pr. cit.); ferner ob eine willkürlich zu wiederholende Handlung, z. B. eine Gabe an die Armenkasse, die der Bedachte schon bei Lebzeiten des Erblassers in Unkenntnis der Verfügung vorgenommen hat, wiederholt werden muß, L. 2, L. 11 § 1 D. de cond. 35, 1; ferner ob die Bedingung in Person erfüllt werden muß oder auch durch den Erben oder durch einen Dritten erfüllt werden kann usw.

²⁾ Für Geschäfte unter Lebenden ist diese Auslegungsregel nicht aufgestellt. Hier gilt also nur dann das gleiche, wenn die Auslegung einen dahin gehenden Willen der Parteien ergibt.

³⁾ Das gemeine Recht nimmt die Wirksamkeit der Zuwendung auch dann an, wenn der Vorteil für den Dritten aus anderem Grunde verhindert wird, nachdem der bedingt Bedachte seine Bereitwilligkeit zur Erfüllung gezeigt hat, also z. B. wenn die B nach dem Heiratsantrage, aber bevor sie sich erklärt hat, stirbt; L. 18 § 2 D. de alim. leg. 34, 1; L. 54 § 2 D. de leg. 1. (Bei der letzteren Stelle muß man annehmen, daß der Bedachte schon Anstalten zur Manumission gemacht hat, weil sie sonst der L. 23 § 2 D. ad leg. Aquil. 9, 2 widerspräche.) Soweit ist das BG nicht gegangen.

⁴⁾ So auch L. 4 C. de cond. insertis 6, 46.

⁵⁾ Verhindert ist der Eintritt durch die Partei natürlich nur, wenn ihr Verhalten den Nichteintritt verursacht hat, RGE 66 S. 222 ff. Ob schon in dem Unterlassen einer Tätigkeit, die zum Eintritt der Bedingung erforderlich war, ein „Verhindern“ liegt, hängt davon ab, ob dieses Tun von den Parteien vorausgesetzt wurde; daß eine Verpflichtung dazu bestand, ist nicht erforderlich, RGE 79 S. 97 f. Zu eng verlangt DVG 12 S. 240 positives Zuwiderhandeln.

⁶⁾ RG Warn. 1915 Nr. 200 will diese Vorschrift analog anwenden, wenn schon bei Eingehung des Vertrages die Umstände so liegen, daß die Bedingung aller Voraussicht nach nicht eintreten kann und hierüber arglistig getäuscht wird. Somit würde ein Anspruch auf das Erfüllungszintere entstehen. Mir scheint nach allgemeinen Grundsätzen nur ein Anspruch auf das negative Interesse begründet.

⁷⁾ Ein Verstoß gegen Treu und Glauben ist z. B. anzunehmen, wenn ein Angestellter, dem eine Extrabelohnung für den Fall 10 jähriger treuer Dienste versprochen ist, kurz vorher

Ist jemand unter einer negativen Potestativbedingung lektivillig bedacht, welche sich erst bei seinem Tode erfüllen kann, weil er bei Lebzeiten ihr noch zuwiderhandeln könnte, so kann er nach gemeinem Recht die Zuwendung durch Stellung der sog. Mucianischen Kautio sofort wirksam machen. Die Kautionsleistung gilt als Erfüllung der Bedingung^{*)}. Das BG dagegen kennt diese Kautio und ihre Wirkung nicht, sondern hält dadurch, daß es die Bedingung in solchen Fällen im Zweifel als auflösende Bedingung auffaßt, § 2075.

d) Wirkung des aufschiebend bedingten oder befristeten Geschäfts*).

§ 184. Gemeines Recht und Prinzip des BG.

I. Nach gemeinem Recht ist, was die Wirkungen des Anfangstermins betrifft, zu unterscheiden:

1. Bei obligatorischen Geschäften (und bei Pfandrechtsbestellungen) schiebt der Anfangstermin die Entstehung des Rechts nicht hinaus; das Forderungsrecht entsteht vielmehr sofort als befristetes, noch nicht fälliges; d. h. der Schuldner ist schon jetzt verpflichtet, aber seine Verpflichtung geht nicht auf sofortige Zahlung, sondern auf Zahlung bei Eintritt des Termins oder (und zwar in der Regel) bis zum Eintritt des Termins¹⁾.

2. Bei Übertragung von Eigentum und den meisten dinglichen Rechten dagegen ist der Erwerb des Rechts selbst bis zum Eintritte des Termins hinausgeschoben²⁾.

3. Bei Vermächtnissen wird das Recht auf Erwerb des Vermächtnisses (und somit dessen Vererblichkeit) durch eine reine Zeitbestimmung nicht hinausgeschoben (dies legati cedit); die Geltendmachung ist aber bis zum Eintritt des Termins gehindert³⁾.

ohne Grund entlassen wird oder wenn der Verkauf, von dessen Abschluß binnen bestimmter Frist die Verpflichtung, einen Gewinnanteil zu zahlen, abhängt, willkürlich über die Frist hinaus verzögert wird, RGE 53 S. 257; aber nicht, wenn der Verkäufer, der einen Malterlohn für den Fall der Zahlung des Kaufpreises versprochen hat, wegen Verzuges und Zahlungsunfähigkeit des Käufers zurücktritt. Zahlreiche weitere Beispiele aus dem früheren Recht bei Rehbain I S. 239 f. Vgl. ferner RGE 79 S. 96 ff. Daß die Vereitelung des Eintritts der Bedingung den Zweck des Verhaltens des bedingt Verpflichteten gebildet habe, ist nicht erforderlich; für die Anwendung des § 162 genügt das Bewußtsein der Vereitelung der Bedingung durch das gegen Treu und Glauben verstoßende Verhalten, ObTrib 50, 23; Strieth. Arch. 97 S. 267; RGE 10 S. 296; RDStG 21, 125.

*) L. 4 § 1 D. cond. inst. 28, 7: caventem implere condicionem; L. 67 D. de cond. 35, 1.

*) Literatur oben § 180 Note *); ferner Bracht, DogmZ 61 S. 261 ff. Weitere Literaturhinweise bei Enneccerus, Rechtsgeschäft S. 305.

1) Praesens obligatio, in diem autem dilata solutio, § 2 J. de V. O. 3, 15; L. 46 pr. D. de V. O. 45, 1; L. 10, L. 213 D. de V. S. 50, 16. Über nur scheinbar entgegenstehende Aussprüche: Enneccerus, Rechtsgeschäft S. 312 ff. Entscheidend ist, daß in praktischen Fragen die befristete Obligation als schon bestehend behandelt wird. L. 12 D. de accept. 46, 4; L. 10, L. 17, L. 56 D. de cond. ind. 12, 6; Rechtsgeschäft S. 319 ff.

2) L. 1 § 2 D. quib. mod. usufr. 7, 4; L. 9 § 2 D. usufr. quemadm. 7, 9. Bei Präbialservituten entstand das Recht gleich, durfte aber einstweilen nicht ausgeübt werden; L. 4 pr. D. de serv. 8, 1.

3) Enneccerus, Rechtsgeschäft S. 422 ff.

II. Die Wirkung der erfüllten Anfangsbedingung ist nach gemeinem Rechte sehr streitig. Die früher herrschende Theorie der absoluten Rückwirkung, nach welcher der Eintritt der Bedingung nur aufklärt, daß das Geschäft von Anfang an wie ein unbedingtes wirksam gewesen sei, ist jetzt allgemein verlassen; aber auch die entgegengesetzte Annahme, daß die Wirkungen des Geschäfts in jeder Beziehung erst vom Moment des Eintritts der Bedingung datieren, befriedigt nicht. Das Richtige liegt auch hier in der Mitte⁴⁾.

1. Bei obligatorischen Verträgen wird durch den Eintritt der Bedingung klar, daß bereits vom Vertragsschluß an zwar eine Obligation, aber wegen der in der Bedingung liegenden Befristung (oben § 180) eine befristete Obligation bestanden hat, und das gleiche gilt von bedingten Pfandrechtsbestellungen⁵⁾. Die Obligation wird also zwar, was die Vererblichkeit, die Möglichkeit sofortiger Aufhebung usw. betrifft, durchaus wie andere entstandene Forderungen behandelt⁶⁾; die Früchte und Akzessionen der Zwischenzeit bis zur Erfüllung der Bedingung kann aber der Gläubiger wegen der in der Bedingung liegenden Befristung nicht verlangen.

2. Bei der bedingten Tradition erfolgt dagegen der Eigentumsübergang erst mit dem Eintritt der Bedingung, jedoch (wenigstens nach justinianischem Recht) unabhängig davon, ob der Übereignungswille des Tradenten in diesem Momente noch fortbauert oder z. B. durch Tod oder Wahnsinn des Veräußerers fortgefallen ist⁷⁾.

3. Die Wirkung des bedingten Vermächtnisses ist in jeder Beziehung auf den Eintritt der Bedingung verschoben⁸⁾, und bei früherem Tode des Vermächtnisnehmers geht das Vermächtnis auf seine Erben nicht über⁹⁾. Für bedingte Erbeinsetzungen gilt an sich das gleiche Prinzip; der Eingesezte muß also den Eintritt der Bedingung erleben. Ist aber der Erbschaftserwerb er-

⁴⁾ Den näheren Nachweis des folgenden und die Besprechung der abweichenden Ansichten: Enneccerus, Rechtsgeschäft S. 334—421 u. 442—498.

⁵⁾ L. 8 pr. D. de peric. et comm. 18, 6; quasi jam contracta emtione in praeteritum; L. 11 § 1 D. qui potiores 20, 4; Quum enim semel condicio exstitit, perinde habetur ac si illo tempore, quo stipulatio interposita est, sine condicione facta esset.

⁶⁾ L. 78 pr. D. de V. O. 45, 1; L. 8 pr. cit 18, 6; L. 16 D. de solut. 46, 3 vgl. mit L. 13 § 7 D. de accept. 46, 4; § 33 J. de act. 4, 6. Zahlung der Schuld bei schwebender Bedingung war freilich nicht möglich, weil sie dem Inhalte der Vereinbarung widersprochen hätte, L. 38 § 16 D. de V. O. 45, 1; deshalb konnte auch das irrthümlich vor Eintritt der Bedingung geleistete fondiziert werden, L. 16, L. 56 D. de cond. ind. 12, 6.

⁷⁾ L. 2 § 5 C. de donat. 39, 5. Ein Zeugnis der älteren Auffassung: L. 9 § 1 D. de jure dot. 23, 3.

⁸⁾ L. 1 § 4 D. de S. C. Silaniano 29, 5; L. 17 D. quib. mod. ususfr. 7, 4; L. 14 § 3 D. quando dies 36, 2; vgl. auch über die Wirkungen: L. 28 D. de pign. 20, 1; L. 5 § 7 D. quando dies 36, 2; L. 11 § 4 D. de exc. rei jud. 44, 2; L. 13 § 8 D. de accept. 46, 4.

⁹⁾ L. un. § 7 C. de cad. toll. 6, 51.

folgt, so wird er wie in anderen Fällen des hinausgeschobenen Erbschaftserwerbs doch an die Zeit des Erbfalls geknüpft.

III. Das B.G. hat die Wirkungen bedingter und befristeter Geschäfte im wesentlichen einheitlich gestaltet. Es behandelt zunächst die Bedingung (§§ 158 ff.) und begnügt sich bei der Befristung mit einer Verweisung auf die entsprechenden Regeln über das bedingte Geschäft (§ 163). In beiden Fällen soll die gewollte Rechtswirkung nach §§ 158, 163 erst mit dem Eintritt der aufschiebenden Bedingung oder des Anfangstermins entstehen. Doch bedarf dies näherer Darlegung.

§ 185. Wirkung der aufschiebenden Bedingung nach dem B.G.

I. Solange die Bedingung schwebt, ist die Wirksamkeit des Geschäfts noch ungewiß, die gewollte Wirkung noch nicht entstanden. Gleichwohl ist das bedingte Geschäft bereits bindend. Es unterliegt dem Widerruf ebenso wenig wie das entsprechende unbedingte Geschäft.

1. Der bedingt Berechtigte hat bereits eine gesicherte Aussicht auf die bei Eintritt der Bedingung zu erwartenden Rechtswirkungen.

a) Diese Aussicht ist vererblich (vgl. aber unten Nr. 5) und veräußerlich, sofern es sich überhaupt um ein vererbliches und veräußerliches Recht handelt. Für die Veräußerung kommen dieselben Geschäfte und Rechtsformen zur Anwendung wie für die entsprechenden unbedingten Rechte. Zumal können bedingte Forderungen bereits vor Eintritt der Bedingung abgetreten werden¹⁾; sie gelten für den Fall, daß die Bedingung später eintritt, als Teile des Vermögens²⁾ und gehören also, wenn der Gläubiger in Konkurs fällt, zu seiner Konkursmasse³⁾.

b) Wird während Schwebens der Bedingung das von der Bedingung abhängige Recht von dem anderen Teile schuldhaft vereitelt oder beeinträchtigt⁴⁾, z. B. die bedingt zu Eigentum übergebene Sache vernichtet oder beschädigt, so hat der bedingt Berechtigte beim Eintritt der Bedingung einen Entschädigungsanspruch, § 160 Abs. 1. Die Aussicht (die ja zur Zeit der schädigenden Handlung bereits bestand) wird also wie ein Recht behandelt;

¹⁾ Einer ausdrücklichen Hervorhebung im Gesetze bedurfte dies nicht. Ebenso wenig wird beispielsweise zu bezweifeln sein, daß derjenige, dem das Eigentum bedingt übergeben ist, es (etwa unter der gleichen Bedingung) weiter übertragen kann (woraus freilich nicht hervorgeht, daß er es in allen Fällen darf).

²⁾ § 2313 sagt zwar, daß bei der Berechnung des Nachlasses zum Zwecke der Pflichtteilsfeststellung die bedingten Forderungen vorläufig außer Ansatz bleiben sollen; aber bei Eintritt der Bedingung findet eine Ausgleichung statt und darin zeigt sich, daß sie schon vorher als Teile des Vermögens gelten, vorausgesetzt, daß die Bedingung später eintritt.

³⁾ RG 52 S. 51.

⁴⁾ Es ist aber ein Verschulden für erforderlich zu halten, das der andere Teil nach den für das fragliche Rechtsverhältnis geltenden Bestimmungen zu vertreten hat.

ihre Verletzung ist Rechtsverletzung, freilich selbstverständlich nur, falls die Bedingung eintritt, nicht falls sie ausfällt.

c) Auch gegen dritte Personen muß man (nach Eintritt der Bedingung) nach § 823 Abs. 1 einen Ersatzanspruch gewähren, wenn sie den Gegenstand, auf den die Aussicht sich bezieht, während des Schwebens der Bedingung schuldhafterweise beschädigt oder vernichtet und dadurch die Aussicht geschädigt oder vereitelt haben⁶⁾. Nämnen wir das nicht an, so würden wir uns mit der gesamten sonstigen Behandlung des bedingten Rechts in Widerspruch setzen.

d) Kurz, die Aussicht des bedingt Berechtigten wird in allen erkennbaren Beziehungen wie ein Recht behandelt und ist deshalb auch als Recht anzusehen⁶⁾. Wir haben sie aufzufassen als eine (schwebende) Anwartschaft, d. h. ein Recht, bei Eintritt der Bedingung die Forderung, das Eigentum, die Erbschaft, das Vermächtnis ipso jure⁷⁾ zu erwerben⁸⁾.

2. Ein Recht auf Sicherheitsleistung hat der bedingte Gläubiger nach dem BGB so wenig wie ein unbedingter⁹⁾. Wohl aber kann er wie dieser wegen dringender Gefahr Arrest beantragen, ZPO § 916¹⁰⁾, ebenso eine einstweilige Verfügung nach ZPO §§ 935 ff.

⁶⁾ Zustimmung u. a. Dernburg, I § 154 II 4; Dertmann § 823, 3h; Biermann § 81 Anm. 1, vgl. auch unten § 451 Anm. 7. Jetzt wohl schon herrschende Ansicht. A. A. v. Tuhr, da der Ersatzanspruch hier nur dem Eigentümer (der bedingt veräußert hat) zustehe. Das läuft darauf hinaus, daß die Verletzung des Anwartschaftsrechts nicht unter § 823 Abs. 1 falle, das Anwartschaftsrecht also kein Recht im Sinne dieses Paragraphen sei (vgl. darüber unten § 451 Anm. 7).

⁷⁾ Vgl. RGE 69 S. 421f.

⁸⁾ D. h. „ohne besondere Erwerbshandlung“ (vgl. auch RGE 66 S. 349), nicht aber, wie Dreht S. 270 mir mißverständlich auslegt „ohne Rücksicht auf jenes Recht“.

⁹⁾ Über den Begriff der Anwartschaften und Erwerbsberechtigten sowie der schwebenden Anwartschaften oben §§ 66 I 3 u. 75, 4. Zustimmung zu der Annahme eines Erwerbs- und Anwartschaftsrechts während Schwebens der Bedingung: R. Leonhard § 89 Anm. 3; Dernburg § 154 II; Strohal in der Leipziger Festgabe f. Degenkolb (1905) S. 137 ff. u. a. m. Diese Ansicht ist allmählich die herrschende geworden, vgl. auch RG JurB 1910 S. 747. (Über Drehts, DogmZ 61 S. 270 ff., abweichende Ansicht vgl. die 9.—11. Aufl. Anm. 8). Aus dem Bestehen des Anwartschaftsrechts folgt u. a. daß, wenn während schwebender Bedingung zwischen dem, der bedingt ein Recht übertragen hat, und einem Dritten ein Rechtsstreit entsteht, das Urteil keine Rechtskraft gegen den bedingten Erwerber erlangt, Strohal a. a. O.; Pland-Flad § 161 2a; a. v. Tuhr S. 304. — Auch Pfändung des Anwartschaftsrechts ist möglich, und zwar kann auch der Eigentümer, der bedingt veräußert hat, pfänden lassen, RGE 79 S. 242 ff. Über die Frage, ob die Vorschriften über Sachpfändung oder Rechtspfändung zur Anwendung kommen, vgl. Stein, ZPO § 857 II 9; v. Tuhr S. 308 und die daselbst Zitierten.

¹⁰⁾ Daß auch nach röm. Recht ein Anspruch des bedingten Gläubigers auf Realisierung nicht anerkannt war, hat Regelsberger, DogmZ 40 S. 451 ff., gegenüber der vordem herrschenden Ansicht nachgewiesen. Gewohnheitsrechtlich war aber der Anspruch im gem. Recht wohl anerkannt, wenn der Schuldner die Gefahr der Nichtbefriedigung verschuldet hatte.

¹¹⁾ Eine Ausnahme gilt, wenn der bedingte Anspruch wegen der entfernten Möglichkeit des Eintritts der Bedingung einen gegenwärtigen Vermögenswert nicht hat. ZPO § 916.

Auch im Konkurse des Schuldners kann sich der bedingte Gläubiger melden, zunächst aber nur Sicherung verlangen, RD § 67. Bei Eintritt der Bedingung aber wird er berücksichtigt, und zwar nach der neuen RD §§ 154, 168f. auch dann, wenn die Bedingung erst nach der Schlußverteilung eintritt.

3. Eine Klage aus dem bedingten Recht auf sofortige Leistung ist während Schwebens der Bedingung noch nicht begründet, jedoch wenn ein rechtliches Interesse an alsbaldiger Feststellung vorhanden ist, eine Feststellungsklage. Ist die Besorgnis gerechtfertigt, daß der Schuldner sich der rechtzeitigen Leistung entziehen werde, so ist nach § 259 ZPO auch eine Klage auf künftige Leistung für zulässig zu halten¹¹⁾.

4. Zahlung bedingter Schulden ist (wie nach gemeinem Recht) ausgeschlossen; im Fall irrthümlicher Zahlung ist daher Rückforderung zulässig, § 813 Abs. 2.

5. Bei bedingten letztwilligen Zuwendungen wird im Zweifel angenommen, sie seien nur für den Fall gewollt, daß der Bedachte den Eintritt der Bedingung erlebe, § 2074 vgl. mit § 2108. Praktisch betrachtet sind sie also in der Regel unvererblich. Selbstverständlich ist ferner, daß hier die Anwartschaft nicht vor dem Erbfall entsteht (§ 2179).

II. Beim Eintritt der Bedingung entsteht die gewollte Rechtswirkung ohne Rückwirkung, § 158 Abs. 1. Das ist für alle Geschäfte gleichmäßig vorgeschrieben, gilt also für obligatorische Verträge, Traditionen, letztwillige Zuwendungen usw. Die Forderung, das Eigentum, der Nießbrauch entstehen also erst bei Eintritt der Bedingung; die Erbschaft, das Vermächtnis fallen erst dann an.

1. Da aber die Rechtswirkung nicht neu geschaffen wird, sondern sich aus dem schon bei schwebender Bedingung bestehenden Anwartschaftsrechte entwickelt, so tritt sie ein, selbst wenn die Parteien sie jetzt nicht mehr begründen könnten, also namentlich auch, wenn der durch das Geschäft Verfügende bei Eintritt der Bedingung nicht mehr lebt, nicht mehr willensfähig oder verfügungsbefugt ist¹²⁾, insbesondere wenn er den Geschäftsgegenstand

¹¹⁾ So richtig Hellwig, Anspruch S. 384f., Zivilprozeß I S. 376; Gaupp-Stein zu § 259 sowie RGZ 51 S. 243. Man kann unter „Klage auf künftige Leistung“ die Klage auf Leistung nach Eintritt der Bedingung mitverstehen, und nach ZPO § 916 kann der bedingte Anspruch sogar einen (in das Vermögen viel schärfer eingreifenden) Arrest begründen. Die Beschränkung der Anm. 10 wird auch hier anzunehmen sein. Für vollstreckbar kann das Urteil vor Eintritt der Bedingung nicht erklärt werden (ZPO § 726).

¹²⁾ Mit Unrecht nimmt RGZ 95 S. 107 an, der Wille dessen, der Eigentum unter einer Bedingung übertragen hat, müsse beim Eintritt der Bedingung noch fortbauern; mir zustimmend Dertmann, Rechtsbedingung S. 87 Anm. 4.

inzwischen an einen anderen veräußert hat¹³⁾. Zugunsten derer, die den Geschäftsgegenstand inzwischen gutgläubig, d. h. in nicht grobfahrlässiger Unkenntnis der bedingten Verfügung erworben haben, finden jedoch die Vorschriften über den gutgläubigen Erwerb vom Nichtberechtigten Anwendung, § 161 (oben § 132).

2. Wo der Altersvorzug entscheidet, muß das bedingte Recht (ebenso das befristete) schon von der Entstehung des Anwartschaftsrechts, also in der Regel vom Geschäftsabschluß datieren (§ 1209).

3. Die Wirkung der bedingten lehtwilligen Zutwendung ist nach dem oben I 5 Gesagten im Zweifel davon abhängig, daß der bedingt Bedachte den Eintritt der Bedingung erlebt.

4. Sollte nach dem Inhalt des Geschäfts die Wirkung schon in einem früheren Zeitpunkt eintreten, also namentlich auf den Abschluß des Geschäfts zurückbezogen werden, so tritt sie gleichwohl erst bei Eintritt der Bedingung ein. Die Verabredung rückwirkender Kraft wirkt nur obligatorisch. Die Parteien sind „verpflichtet“, einander zu gewähren, was sie haben würden, wenn die Wirkung in dem früheren Zeitpunkt eingetreten wäre, § 159.

Hat also A dem B unter aufschiebender Bedingung eine Kuh zum Eigentum übertragen, so gehört das vor Eintritt der Bedingung geworfene Kalb, auch wenn Rückwirkung vereinbart wurde und die Bedingung eingetreten ist, dem A. Es gehört daher, wenn A in Konkurs gerät, zu dessen Konkursmasse. B kann also zwar die Kuh vindizieren, hat aber wegen des Kalbes (wenn Rückwirkung verabredet war) nur eine Forderung gegen A, die er als Konkursgläubiger geltend machen kann.

III. Bei Ausfall der Bedingung ist klar geworden, daß das Geschäft unwirksam bleibt; die etwa getroffenen vorläufigen Schutzmaßregeln werden also hinfällig oder sind aufzuheben.

§ 186. Wirkung des Anfangstermins nach dem BG.

I. Nach § 163 ist die Wirkung des Anfangstermins anscheinend ganz einheitlich, und zwar in unmittelbarem Anschluß an die Vorschriften über die Wirkung der Bedingung geregelt. Jedoch ergeben sich aus der Gewißheit des befristeten Rechts einige Abweichungen von der Bedingungslehre.

1. Nach § 163, welcher den § 158 für anwendbar erklärt, soll die Wirkung erst mit Eintritt des Termins stattfinden. Das ist gleichmäßig vor-

¹³⁾ Auch Arrestvollziehungen, Zwangsvollstreckungen und Verfügungen des Konkursverwalters können den Erwerb des bedingt Berechtigten nicht beeinträchtigen. Da die Anwartschaft, aus der sich das volle Recht bei Eintritt der Bedingung entwickelt, schon mit dem Abschluß des Geschäfts entstanden ist, so wird ferner der Anwärter durch die Rechtskraft eines Urteils, das in einem nach dem Abschluß des bedingten Rechtsgeschäfts rechtshängig gewordenen Prozesse gefällt ist, nicht getroffen, auch wenn die Bedingung erst nach dem Urteil eintritt. So mit Recht Strohal (in der Festsache f. Degenfoll S. 137 ff.) ganz im Einklang mit der oben gegebenen Konstruktion.

geschrieben für obligatorische Verträge, Traditionen, letztwillige Zuwendungen usw. Die Forderung, das Eigentum, der Nießbrauch entstehen also, wenn wir zunächst nur den Wortlaut der Bestimmung in Betracht ziehen, erst mit dem Termine; die Erbschaft, das Vermächtnis fallen erst mit diesem an.

2. Aber der Erwerber hat wie beim bedingten Recht schon eine gesicherte Aussicht, die in jeder Beziehung bereits als Recht behandelt wird.

a) Sie ist vererblich und veräußerlich, wenn und wie es das Recht selber ist¹⁾. Die befristete Forderung zumal kann vor Eintritt des Termins abgetreten oder erlassen werden.

b) Sie bildet auch einen Teil des Vermögens und ist bei Berechnung des Vermögensbestandes mitzuberechnen²⁾.

c) Wird sie von dem anderen Teil schuldhafterweise vereitelt oder einträchtigt, so entsteht ein Schadensersatzanspruch, § 163 (§ 160).

d) Auch gegen Dritte muß man wegen schuldhafter Beschädigung oder Vernichtung des Gegenstandes der Aussicht einen Ersatzanspruch nach § 823 Abs. 1 gewähren (vgl. oben § 185 I 1 c).

e) Eine befristete Forderung vor Eintritt des Termins zu zahlen, ist der Schuldner im Zweifel selbst ohne Zustimmung des Gläubigers berechtigt, so daß dieser durch die Nichttaunahme in Verzug kommt, § 271 Abs. 2. Da die Forderung durch die Zahlung erlischt, so ist die Rückforderung auch bei irrtümlich vorzeitiger Zahlung ausgeschlossen, § 813 Abs. 2.

3. Seine volle Wirkung erlangt das Recht aber erst mit dem eintretenden Termin. Vorher kann es daher nicht ausgeübt, namentlich bei befristeten Forderungen der Schuldner noch nicht in Verzug gesetzt werden.

4. Auch eine Leistungsklage ist in der Regel noch nicht zulässig, sondern nur eine Feststellungsklage bei Vorhandensein eines rechtlichen Interesses an alsbaldiger Feststellung. Die ZPO hat aber aus befristeten Forderungen in drei Fällen schon vor dem Termine eine Klage auf künftige Leistung gegeben, nämlich:

a) bei nicht mehr von einer Gegenleistung abhängigen Geldforderungen sowie bei Ansprüchen auf Räumung eines Grundstücks, einer Wohnung oder eines anderen Raumes, wenn die Geltendmachung dieser Rechte an einen bestimmten Kalendertag geknüpft ist (ZPO § 257);

b) bei wiederkehrenden Leistungen wegen der noch nicht fälligen Raten (ZPO § 258);

¹⁾ Vgl. darüber das bei der Bedingung Gesagte.

²⁾ Abweichend von der bedingten Forderung ist sie sogar von Anfang an (wenn sie unverzinslich ist, unter Abzug des Zwischenzinses) mitzuberechnen.

c) bei anderen Rechten auf künftige Leistungen nur, wenn zu besorgen ist, daß sich der Schuldner der rechtzeitigen Leistung entziehen werde (BPD § 259).

II. Überblicken wir nun die Wirkungen des betagten Forderungsrechts in ihrer Gesamtheit, so ergibt sich das überraschende Resultat, daß es in jeder Beziehung wie eine schon bestehende, aber befristete, d. h. auf Zahlung bei Eintritt des Termins gerichtete Forderung behandelt wird. Eine Forderung, die nicht nur veräußert und vererbt, nein auch mit sofortiger Wirkung gezahlt und erlassen werden kann, ist schon eine Forderung; ein Schuldner, der am 1. Febr. zu zahlen hat, ist schon Schuldner und hat einen Gläubiger. Ich nehme daher an, daß die befristete Forderung des BG ganz ebenso wie die befristete Forderung des gemeinen Rechts nichts anderes ist, als ein gegenwärtiges Recht auf Zahlung bei Eintritt der Befristung. Nicht ihre Existenz ist hinausgeschoben, sondern ihr Inhalt ist ein anderer, als bei der unbefristeten. Sie ist gerichtet darauf, daß der Schuldner bei Eintritt des Termins, gewöhnlich sogar darauf, daß er bis zum Eintritt des Termins zahle. Das mag vielleicht mit der Ausdrucksweise des BG nicht im Einklang stehen, aber es entspricht aufs genaueste den im BG vorgeschriebenen Wirkungen, und diese sind entscheidend, nicht die hier von unverbindlicher theoretischer Konstruktion beherrschte Ausdrucksweise^{a)}.

^{a)} Die oben entwickelte Auffassung der befristeten Forderung als eines bereits bestehenden Forderungsrechts hat seit der ersten Auflage Zustimmung gefunden u. a. bei Dernburg I § 157 II Anm. 6, 7; Ripp zu Windscheid I § 96 I 2; Leonhard S. 416 Anm. 2; Crome § 102, 2a; Pland-Flad zu § 163, 4; in der Hauptsache auch bei v. Tuhr II 2, 326. Dagegen wollen Pland (zu § 163), Rehbein (S. 240ff.) u. a. den § 163 nur auf die Fälle beziehen, in denen nach der Absicht der Parteien „die rechtliche Wirkung erst mit dem Anfangstermine eintreten soll“ (Fassung des § 1), nicht aber auf die Fälle, in denen „nur deren Geltendmachung auf den Termin verschoben ist“ (Fassung des § 1). Mit dieser Unterscheidung stimmen allerdings die Protokolle (I S. 186) überein. Das Gesetz aber hat die beiden Fälle durch die Wendung zusammengefaßt: „Ist für die Wirkung des Geschäfts ein Anfangstermin bestimmt“, und diese Wendung bezieht sich auf beide Fälle in gleicher Weise. Ebenso wenig ist es möglich, diese Unterscheidung in die von Vermächtnissen redenden §§ 2177, 2217 hineinzutragen (vgl. darüber auch v. Tuhr S. 328). Dazu kommen entscheidende sachliche Gründe. Auf die Parteiabsticht kann eine derartige Unterscheidung nicht gegründet werden; denn die Unterscheidung ist den Parteien ganz fremd. Wer mir (z. B. durch Akzept eines Wechsels) 100 nach drei Monaten zu zahlen verspricht, denkt in keiner Weise daran, ob er dadurch sofort Schuldner einer noch nicht fälligen Obligation werden oder erst nach drei Monaten in den Obligationenkreis treten will. Ganz unrichtig ist das Argument Rehbeins, das Gesetz unterscheide zwischen „Befristung“, von der allein der § 163 spreche, und „Betagung“, die nur die Fälligkeit ausschließe und in § 272 und § 813 Abs. 2 und § 2217 Abs. 2 behandelt werde. Es ist doch geradezu unmöglich, die Vorschrift des § 2217 Abs. 2 über „bedingte und betagte“ Vermächtnisse auf die im Sinne Rehbeins „befristeten“ nicht mitzubeziehen, und ebenso wenig sehe ich einen Grund, die (im Sinne Rehbeins) „befristeten“ Forderungen von den Vorschriften des § 272 oder § 813 Abs. 2 auszunehmen. Pland erkennt denn auch ausdrücklich an, daß „wo das BG von einer nichtfälligen Forderung oder einer betagten Verbindlichkeit spricht, beide (nach Pland verschiedenen) Fälle zusammengefaßt“ werden, und daß auch RD § 65 und BPD § 257 und 258 nicht unterscheiden. Ausschlaggebend für die Ansicht des Textes ist endlich ihre praktische Brauchbarkeit. Sie verlangt von den

III. Bei den nicht obligatorischen Geschäften dagegen ist die Wirkung des befristeten Geschäfts zunächst nur die Entstehung einer Erwerbshberechtigung oder Anwartschaft mit den gleichen Wirkungen wie beim bedingten Geschäft. Der Erwerb bei Eintritt des Termins ist also unabhängig davon, ob der Verfügende beim Eintritt des Termins noch willensfähig und verfügungsbefugt ist. Seine späteren Verfügungen wie auch die gegen ihn bewirkten Arrestvollziehungen usw. beeinträchtigen den Erwerb nicht. Doch finden die Vorschriften zum Schutze gutgläubiger Erwerber Anwendung, § 161.

§ 187. e) Wirkung der auflösenden Bedingung und des Endtermins.

I. Das auflösend bedingte Geschäft ist, solange die Bedingung schwebt, vollgültig, ungewiß ist nur seine Beständigkeit.

1. Von der Aussicht von Rückwerb bei eintretender Bedingung gilt ganz dasselbe wie für die Aussicht auf Erwerb bei der aufschiebenden Bedingung. Insbesondere besteht auch hier kein Recht auf Sicherstellung. Bei dringender Gefahr ist Arrest oder einstweilige Verfügung zulässig.

2. Fällt die Bedingung aus, so ist der Bestand des Geschäfts gesichert.

3. Bei Eintritt der Bedingung wird die Wirkung des Geschäfts wieder aufgehoben. Hier aber ist zu unterscheiden:

a) Nach gemeinem Recht wird das Geschäft in der Regel der Absicht der Parteien gemäß wieder aufgelöst, als ob es nie bestanden hätte, also mit rückwirkender Kraft¹⁾. Sehr bestritten ist aber, ob bei Rechtsübertragungen,

Parteien keine unerbringlichen Beweise und gibt dem Richter keine unlösbaren Rätsel auf, sondern unterwirft alle befristeten (oder betagten) Forderungen der gleichen, für alle passenden Behandlung mit der einzigen, auf einem ganz anderen Felde liegenden Ausnahme, daß die vorzeitige Zahlung vom Gläubiger nur dann angenommen zu werden braucht, wenn nicht die Parteien das Gegenteil beabsichtigt haben oder das Gesetz ein anderes bestimmt (§ 271 Abs. 2). Zuhr, der im allgemeinen der Ansicht des Textes zustimmt, macht (S. 326) darauf aufmerksam, daß bei Miete, Dienstvertrag und Gesellschaft der hinzugefügte Anfangstermin zugleich der früheste Moment für die Entstehung der aus dem Schuldverhältnis erwachsenden Forderungen sei. Das ist gewiß richtig und (wie auch Risch, KritW 44, 516f., auf den sich v. Zuhr beruft, sagt) wohl allgemein anerkannt. Aber solche Forderungen werden auch weder in der Verkehrssprache noch in der Rechtssprache als befristete (wie sie v. Zuhr nennt) oder betagte bezeichnet. Gewiß mit Recht; denn der Aufschub der Entstehung ergibt sich hier nicht aus einer Befristung der Forderung, sondern daraus, daß derartige Forderungen überhaupt pro rata temporis entstehen und zwar auch bei Mietverhältnissen (usw.), denen kein Anfangstermin hinzugefügt. Die für die Zeit vom 1. Oktober ab entfallende Mietzinsforderung ist, wenn ich am 1. April auf den 1. Oktober gemietet habe, ganz ebenso zu beurteilen, als wenn der Mietvertrag am 1. April auf sofort abgeschlossen ist.

¹⁾ Das ist zwar bestritten, wird aber überwiegend selbst von solchen Schriftstellern angenommen, welche bei der Anfangsbedingung die Rückwirkung in Abrede stellen, z. B. von Windscheid. Beweisend ist namentlich, daß nach Eintritt der Bedingung die Früchte und anderer Gewinn der Zwischenzeit herausgegeben werden müssen: Vat. Fr. § 14; L. 4 § 4, L. 6 pr., L. 16 D. de in diem add. 18, 2; L. 5 D. de leg. com. 18, 3; L. 11 § 10 D. quod vi 43, 24; L. 38 §§ 2 u. 3 D. de usuris 22, 1.

zumal der Eigentumstradition, der Rückfall ipso jure erfolge, so daß also auch alle von dem inzwischen Berechtigten eingeräumten Rechte Dritter wegfallen (sog. dingliche Wirkung), oder ob nur eine obligatorische Rückgabepflicht entstehe, die natürlich gegen Dritte nicht geltend gemacht werden kann (sog. obligatorische Wirkung²⁾). Nach Justinianischem Recht ist die dingliche Wirkung anzunehmen, jedoch nur bezüglich des Geschäftsgegenstandes selbst³⁾, nicht bezüglich der Früchte und anderen Erwerbss der Zwischenzeit. Bezüglich der letzteren besteht nur ein obligatorischer Anspruch⁴⁾.

b) Nach dem BG wird unzweifelhaft bei Eintritt der Bedingung jede Wirkung des Geschäfts ipso jure aufgehoben, aber ohne Rückwirkung, § 158 Abs. 2. Diese Aufhebung wird im einzelnen genau so behandelt wie der Eintritt der Wirkung bei Erfüllung der aufschiebenden Bedingung. Auch das resolutiv bedingt übertragene Eigentum fällt also ipso jure zurück. Zugunsten gutgläubiger dritter Erwerber finden jedoch die bekannten Schutzbestimmungen Anwendung. Die Verabredung rückwirkender Kraft hat auch hier nur obligatorische Wirkung, was namentlich von Bedeutung ist bezüglich der Früchte, z. B. bei Konkurs des Rückgabeverpflichteten.

II. Bei Eintritt des Endtermins endigt die Wirkung des Geschäfts. Schon nach römischem Recht fiel daher, seitdem man die Eigentumsübertragung unter Endtermin überhaupt für möglich hielt⁵⁾, auch das Eigentum mit dem Endtermin von selbst an den früheren Eigentümer oder dessen Erben zurück⁶⁾, jedoch selbstverständlich ohne jede Rückwirkung.

Auch nach dem BG endigt die Rechtswirkung des Geschäfts mit dem Eintritt des Endtermins von selbst, § 163 (§ 158). Eine unter Endtermin eingegangene Forderung erlischt also, ebenso ein unter Endtermin bestelltes Recht an fremder Sache. Wer bis zu einem Endtermin Eigentum übertragen hat, wird bei Eintritt desselben von selbst wieder Eigentümer. Inzwischen hat er die Aussicht auf Rückwerb, ganz wie jemand, dem unter Anfangstermin Eigentum übertragen ist, die Aussicht auf Erwerb hat (oben § 186).

²⁾ Die dingliche Wirkung hat namentlich Rießer, Zeitschr. f. Zivilr. und Prozeß 2 S. 1ff., 270ff., bestritten, ferner Abides, Karlowa, Wendt u. a.; für dieselbe die herrschende Meinung in Theorie und Praxis, vgl. z. B. Windscheid I § 90 Anm. 1; Dernburg P. I § 112; Regelsberger I § 152.

³⁾ Beweisend namentlich L. 41 pr. D. rei vind. 6, 1: „uti in rem actione postea non poterit“; L. 4 § 3 D. de in diem add. 18, 2: „rem pignori esse desinere“; L. 3 D. quib. mod. pign. 20, 6: „finiri pignus, si melior condicio fuerit allata“; L. 9 D. de aqua 39, 3; L. 8 D. de leg. com. 18, 3; L. 4 C. de partis int. emt. et vend. 4, 54. L. 3 eod. beweist nicht dagegen, weil hier nur Rückgabepflicht, nicht Unwirksamwerden der Tradition gewollt war.

⁴⁾ Die Quellen erwähnen hier nur obligatorische Ansprüche. Es würde bedenklich und der Verkehrssicherheit nicht dienlich sein, weiter zu gehen; vgl. die Stellen der Note I.

⁵⁾ Darüber oben § 182 Ib.

⁶⁾ Die auch hier bestrittene dingliche Wirkung ist anzunehmen wegen L. 26 C. de leg. 6, 37 und nach Analogie der Resolutivbedingung.

Überhaupt sind für die Aussicht auf Rückfall dieselben Grundsätze maßgebend wie für die Aussicht auf Erwerb beim Anfangstermin, soweit die betreffenden Fragen hier überhaupt wiederkehren, § 163 (§ 160, § 161). Das gleiche gilt für die Frage der Geltendmachung.

§ 188. f) Unmögliche und unsittliche Bedingungen.

I. Das unter einer unmöglichen aufschiebenden Bedingung geschlossene Geschäft ist der Natur der Sache entsprechend nach dem BG stets nichtig, da eine nur für einen unmöglichen Fall gewollte Wirkung in Wahrheit nicht gewollt ist. Die innerlich nicht gerechtfertigte Regel des römischen Rechts, nach welcher bei letztwilligen Verfügungen die unmögliche Bedingung gestrichen, die Verfügung also als unbedingte aufrecht erhalten wurde¹⁾, ist somit weggefallen. Eine unmögliche auflösende Bedingung ist naturgemäß bedeutungslos.

Innerlich widerspruchsvolle (perplexe) oder unverständliche Bedingungen machen, wenn nicht durch Auslegung zu helfen ist, das ganze Geschäft nichtig.

II. Unsittlich bedingte Geschäfte sind nach dem BG wie alle unsittlichen Geschäfte nichtig (§ 138 Abs. 1). Die auch hier für letztwillige Verfügungen geltende Ausnahme des gemeinen Rechts, nach welcher die Verfügung als unbedingte gelten soll, ist weggefallen. Selbstverständlich ist für die Frage, ob das Geschäft unsittlich bedingt sei, nicht der Inhalt der Bedingung für sich allein, sondern der Gesamthalt des Geschäfts in Betracht zu ziehen (oben § 178).

VI. Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte.*)

§ 189. Richtigkeit.

Als „nichtig“ bezeichnet der gemeinrechtliche Sprachgebrauch jedes Geschäft, dem die Rechtsfolge, auf die es sich richtet, endgültig versagt ist. Das BG kennt zwar den gleichen Begriff, nennt das Geschäft aber nur dann „nichtig“, wenn jene Wirkungslosigkeit auf einzelnen bestimmten Gründen beruht, nämlich auf Geschäftsunfähigkeit, Bewußtlosigkeit oder mangelndem

¹⁾ § 10 J. de her. inst. 2, 14. Schon Gaius III § 98 bezeichnete dies als irrationell: „vix idonea diversitatis ratio reddi potest“.

*) Savigny IV §§ 203ff.; Karlowa, Rechtsgeschäft S. 116ff.; Grabenwirth, Ungültigkeit oblig. Rechtsgeschäfte, 1887; Mitteis, DogmZ. 28 S. 85ff.; Jacobi, ZivA 86 S. 51ff.; Hellmann, ZivA 90 S. 363; Alexander, Begriff der Unwirksamkeit, 1903; Knoke, Festg. f. Güterbod., 1910, S. 403ff.; Boß, LeipzZ 09 S. 755ff.; DogmZ 60 S. 293ff.; Strohal, Relative Unwirksamkeit, 1911; O. Fischer, Konversion unwirksamer Geschäfte, 1913; Dertmann, DogmZ 66 S. 130ff.; Ebbede, Gruchot 63 S. 177ff.

Willen einer Geschäftsperson, auf Formmangel, auf dem verbotenen, unsittlichen oder sonst gemißbilligten Inhalt und auf Unmöglichkeit der Leistung¹⁾. Sehr häufig wird ferner im BG ein Geschäft als „unwirksam“ bezeichnet; aber diese Unwirksamkeit ist kein einheitlicher Begriff²⁾ und bildet nicht durchweg einen Gegensatz zur Nichtigkeit. Vielmehr ist bei zahlreichen nur „unwirksam“ genannten Geschäften die Wirkung in ganz derselben Weise wie bei nichtigen Geschäften endgültig ausgeschlossen, und alle Regeln über nichtige Geschäfte müssen auf sie mit angewandt werden. Es empfiehlt sich daher, sie auch als „nichtig“ zu bezeichnen³⁾.

I. Nichtig ist demnach jedes Geschäft, dem die als gewollt bezeichnete Rechtsfolge endgültig versagt ist. Außerlich ist das nichtige Geschäft vorhanden, d. h. die Willenserklärungen und sonstigen Geschäftsbestandteile, aus denen sich das Geschäft zusammensetzt, liegen vor⁴⁾; aber als Rechtsgeschäft ist es nicht vorhanden⁵⁾, weil ihm das Recht die rechtsgeschäftliche Wirkung, d. h. die als gewollt bezeichnete Rechtsfolge endgültig versagt, wodurch aber nicht ausgeschlossen ist, daß an die vorgenommene Handlung aus besonderem Grunde eine nicht gewollte gesetzliche Rechtsfolge geknüpft sei, namentlich die Verpflichtung zur Leistung des negativen Interesses. Aus dem Begriff ergibt sich:

1. Das nichtige Rechtsgeschäft, weil rechtlich nicht vorhanden, übt Wirkung für und gegen niemand. Daher kann sich jeder gegenüber jedem auf die Nichtigkeit berufen. Hat aber im Fall einer nichtigen Veräußerung die unmittelbare Geschäftspartei weiter veräußert, so können natürlich dem gutgläubigen Erwerber die bekannten Schutzbestimmungen des BG (oben § 132) zugute kommen.

2. Die Nichtigkeit hat der Richter, wenn sie gerichtskundig ist, zu berücksichtigen, auch wenn sie von dem, dem sie zugute kommt, nicht geltend gemacht ist. Einer besonderen Klage zur Herbeiführung der Nichtigkeit bedarf es nicht, ebensowenig zur Feststellung der Nichtigkeit. (Nur die Nichtigkeit einer formrichtig geschlossenen oder ins Heiratsregister eingetragenen Ehe

¹⁾ §§ 105, 116—118, 125, 134, 138, 306.

²⁾ Übersichten der verschiedenen Fälle der Unwirksamkeit bei Fischer S. 8ff. und Strohal S. 2ff.

³⁾ Fälle einer solchen endgültigen Unwirksamkeit (die besser Nichtigkeit genannt würde) in §§ 111, 174, 344, 388, 925, 1253, 1398, 1831, 1950, 2101, 2202.

⁴⁾ Ist das nicht der Fall, so sagt man nicht, das Geschäft sei nichtig, sondern es sei nicht zustande gekommen, z. B. ein Kauf, bei dem die Erklärungen der Parteien über Preis und Ware oder über einen anderen Punkt nicht übereinstimmen, über den eine Vereinbarung geschlossen werden sollte; eine Eigentumsübergabe, bevor der Erwerber den Besitz erlangt hat. Übrigens ist eine genaue Abgrenzung wertlos, weil sich keine Rechtsfolgen an den Unterschied knüpfen.

⁵⁾ Daß man es gleichwohl Rechtsgeschäft nennt, hängt mit dem Doppelsinn dieses Wortes zusammen (oben § 136 C am Ende).

kann, solange die Ehe nicht für nichtig erklärt oder aufgelöst ist, nicht anders als durch Nichtigkeitsklage geltend gemacht werden, § 1329.) Zulässig ist eine Klage auf Feststellung der Richtigkeit unter den gewöhnlichen Voraussetzungen der Feststellungsklage.

3. Das nichtige Geschäft kann nicht nachträglich gültig werden, insbesondere — strenggenommen — nicht bestätigt werden⁶⁾. Was äußerlich als Bestätigung erscheint, ist, wie auch § 141 Abs. 1 ausdrücklich sagt, in Wahrheit ein erneuter Abschluß, bedarf also der etwa für das Geschäft vorgeschriebenen Form und dessen sonstiger Erfordernisse⁷⁾ und kann erst von dieser Bestätigung oder vielmehr erneuten Vornahme an wirken. In der Vereinbarung, das alte Geschäft solle bestätigt sein, liegt allerdings im Zweifel die Erklärung, das Geschäft solle so gelten, als sei es von Anfang an wirksam gewesen; allein diese Abrede kann nur obligatorisch zwischen den Parteien wirken, § 141 Abs. 2.

Eine wegen Geschäftsunfähigkeit, Bewußtlosigkeit oder vorübergehender Störung der Geistestätigkeit eines Ehegatten nichtige Ehe kann jedoch durch (formlose) Bestätigung mit rückwirkender Kraft gültig werden (§ 1325); ebenso eine wegen Formmangels nichtige, jedoch ins Heiratsregister eingetragene Ehe durch zehnjähriges Zusammenleben der Ehegatten (§ 1324).

II. Sowohl das gemeine als das bürgerliche Recht kennen eine unentschiedene, eine schwebende Richtigkeit, zumal eine solche, welche von einer Willenserklärung einer Person abhängt⁸⁾. Das Geschäft wird hier meistens vorläufig als gültig angesehen, aber, wenn jene Erklärung erfolgt, mit rückwirkender Kraft wieder aufgehoben. Es gilt dann als von Anfang an nichtig (Schwebezustand mit provisorischer Regelung, oben § 75, 3⁹⁾).

⁶⁾ So ursprünglich auch nach röm. Recht, L. 29 D. de R. J. 50, 17: quod ab initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere. Justinian hat freilich für nichtige Schenkungen unter Ehegatten und verwandte Fälle, wenn die Form gewahrt war, leibwillige Bestätigung mit rückwirkender Kraft zugelassen, L. 25 C. de don. i. v. et ux. 5, 16. Manche wollen aus der angefügten Begründung „sicut et alias ratihabitiones negotiorum ad illa reduci tempora oportet, in quibus contracta sunt,“ den höchst unbefriedigenden Satz ableiten, nach gem. Recht sei die Bestätigung nichtiger Geschäfte mit rückwirkender Kraft in der Regel möglich, Windscheid I § 83 A. 10; Dernburg, B. I § 122 A. 5. Allein zu dieser Annahme sind wir nicht gezwungen; denn jene Worte sollen nicht eine Rechtsänderung, sondern eine Verweisung auf das bereits geltende Recht enthalten, wobei freilich eine Verwechslung der verschiedenen Arten der Ratihabition untergelaufen ist. Wegen die Verallgemeinerung auch die herrschende Meinung.

⁷⁾ Bgl. z. B. RGZ 55 S. 40; 61 S. 266; 64 S. 149; RG Warn. 1913 Nr. 43.

⁸⁾ Diese unentschiedene Richtigkeit ist, wenn die erforderliche Erklärung abgegeben ist, eine wahre Richtigkeit, kann insbesondere dann auch gegen Dritte geltend gemacht werden. Sie unterscheidet sich also wesentlich von der gemeinrechtlichen Anfechtbarkeit, und es ist nicht wünschenswert, sie mit Mittelis a. a. O. und Regelsberger I § 174 unter den Begriff der gemeinrechtlichen Anfechtbarkeit zu stellen.

⁹⁾ Doch gibt es auch einige Fälle einer schwebenden Richtigkeit ohne provisorische Regelung. So ist die Richtigkeit eines einseitigen Geschäftes, das ein Minderjähriger mit Einwilligung des gesetzlichen Vertreters, aber ohne Vorlegung einer schriftlichen Einwilligung vorgenommen hat, von vornherein ungewiß und davon, ob der Gegner das Geschäft zurückweist, abhängig.

Dahin gehört nach BG insbesondere das (wegen Irrtum, Drohung oder arglistiger Täuschung) anfechtbare Geschäft (unten § 190 II). Es wird zunächst als gültig angesehen, gilt aber, wenn die Anfechtungserklärung erfolgt, als von Anfang an nichtig¹⁰⁾.

Säufig, aber fälschlich, hat man eine unentschiedene (schwebende) Nichtigkeit, welche von dem Willen einer Person abhängt, als relative Nichtigkeit bezeichnet. Das ist unzutreffend, weil das Geschäft, wenn einmal die Entscheidung gefallen ist, entweder allen gegenüber nichtig oder allen gegenüber gültig ist.

III. Als relativ unwirksam sind vielmehr diejenigen Geschäfte zu bezeichnen, deren Rechtswirkungen zwar im allgemeinen eintreten, jedoch mit der Beschränkung, daß gewisse rechtliche Interessen eines Beteiligten, welche das Gesetz schützen will, ebenso gewahrt bleiben, als wenn das Geschäft überhaupt unwirksam wäre¹¹⁾. Das Gesetz bezeichnet in solchen Fällen das Geschäft als jenen Beteiligten gegenüber unwirksam¹²⁾, was aber, wie sich aus dem Zwecke der Vorschrift ergibt, in der angegebenen Weise zu verstehen ist¹³⁾. In diesem Sinne macht z. B. ein Veräußerungsverbot, das nur den Schutz einer bestimmten Person bezweckt, die Veräußerung nur dieser Person gegenüber unwirksam (oben § 135), und gewisse Erlöschungsgründe einer Vollmacht sind unter Umständen bestimmten Personen gegenüber unwirksam so daß ihnen gegenüber die Vollmacht in Kraft bleibt (oben § 174¹⁴⁾).

IV. Trifft ein Nichtigkeitsgrund an sich nur einen Teil des Geschäfts, so nimmt der § 139 mit Recht als Regel an, daß das ganze Geschäft nichtig sei. Eine Ausnahme gilt nur, wenn anzunehmen ist, daß das Geschäft auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde¹⁵⁾.

a) Die Vorschrift bezieht sich hauptsächlich auf ein Geschäft, das aus mehreren Geschäften besteht, die durch den Parteiwillen zu einem Ganzen verbunden sind, d. h. nur als Ganzes gewollt wurden. Ob das der Fall sei, ist aus der äußeren Verbindung und dem

¹⁰⁾ Ein gemeinrechtliches Beispiel einer solchen schwebenden Nichtigkeit mit provisorischer Regelung bieten die Erbeseinsetzungen eines Testaments, in dem das Recht der Nov. 115 verlehrt ist, sowie die durch Betrug oder Zwang bewirkte Eheschließung.

¹¹⁾ Vgl. Strohal S. 18.

¹²⁾ Es verwendet also zwar die Rechtsfigur der Fiktion; aber darin liegt keineswegs ein logischer Widerspruch, wie sich aus dem im Text Gesagten ohne weiteres ergeben dürfte. Unrichtig ist die bisweilen sich findende Formulierung, nur der Geschützte könne sich auf die relative Unwirksamkeit berufen. — Vertmann, Dogm. § 66 S. 130 ff., verwirft den Begriff der relativen Unwirksamkeit überhaupt. Darüber und dagegen ist schon oben § 135 Anm. 10 am Ende gesprochen.

¹³⁾ Vgl. auch oben § 135 Anm. 5.

¹⁴⁾ v. Tuhr II 1 S. 330 nimmt hier nur eine inhaltliche Beschränkung der Vollmacht an, wie mir scheint nicht in Einklang mit §§ 168, 173.

¹⁵⁾ Vgl. André, Einfache, zusammengesetzte, verbundene Geschäfte i. Festg. f. Ennecerus, 1913; Goldmann, Gruchot 56 S. 121. — Das gem. Recht betrachtete umgekehrt die Gültigkeit der von dem Nichtigkeitsgrunde unmittelbar nicht betroffenen Geschäftsanteile als Regel, c. 37 in Vito 5, 13 „utile per inutile non debet vitari“, hielt aber doch das ganze Geschäft für nichtig, wenn die Einzelbestimmungen nur in ihrem Zusammenhange bestehen können oder gewollt sind, L. 129 § D. de R. I. 50, 17; L. 1 § 5 D. de V. O. 45, 1; L. 44 D. de C. E. 18, 1.

wirtschaftlichen Zwecke des Geschäfts sowie den begleitenden Umständen zu schließen¹⁶). Gleichartigkeit der verbundenen Geschäfte ist nicht erforderlich; insbesondere können selbst obligatorische und dingliche Geschäfte in dieser Weise verbunden werden, und bisweilen trifft das selbst bei dem Kaufgeschäft und dem abstrakten Erfüllungsgeschäft zu¹⁷). Auch mehr als zwei Personen können beteiligt sein, z. B. wird ein unter mehreren Personen geschlossener Gesellschaftsvertrag oder ein Verkauf an mehrere Käufer, wenn er für einen Vertragsschließenden nichtig ist, in der Regel für alle als nichtig zu betrachten sein¹⁸).

b) Auch auf streng einheitliche Geschäfte kann die Vorschrift unter Umständen angewandt werden, z. B. wenn ein Teil der versprochenen Leistung unmöglich ist oder wenn die versprochene Leistung nur teilweise einem gesetzlichen Verbot widerspricht¹⁹). Ist dagegen ein wesentlicher Bestandteil des Geschäfts nichtig, so beruht die Nichtigkeit des Ganzen schon auf der Natur des Geschäfts, so daß die Vorschrift des § 139, insbesondere dessen Ausnahme, nicht in Betracht kommen kann.

c) Zwei äußerlich getrennte Geschäfte fallen zwar nicht unter den Wortlaut des § 139; doch ist bisweilen analoge Anwendung geboten, wenn nämlich gleichwohl nach dem aus dem Zweck und den sonstigen Umständen zu entnehmenden Parteivillen die Geschäfte nur als Ganzes gelten sollten²⁰).

d) Auch auf anfechtbare Geschäfte ist der § 139 anzuwenden, wenn der Anfechtungsgrund nur einen Teil des zusammengesetzten Geschäfts trifft, das Geschäft also infolge der erfolgten Anfechtung bezüglich dieses Teiles als nichtig angesehen wird²¹).

e) Die Ausnahme wird namentlich in Betracht kommen, wenn die Nichtigkeit nur Nebenbedingungen von offenbar untergeordneter Bedeutung betrifft oder wenn das Geschäft nur ein gesetzliches Höchstmaß überschritten hat²²) oder wenn mehrere Geschäfte zwar äußerlich miteinander verbunden sind, wirtschaftlich aber nicht miteinander zusammenhängen, endlich wenn den Parteien beim Abschluß die Nichtigkeit des einen Geschäftsteils bekannt war²³).

f) Modifikationen des § 139 gelten für die Eingehung einer Wahlschuld, da diese bei Unmöglichkeit einer Leistung für die übrigen gültig ist (§ 265), und für mehrere im Testamente enthaltene Verfügungen, da hier die Unwirksamkeit der einen die anderen nur

¹⁶) Beispiele: RG 50 S. 169, 81 S. 51, 94 S. 148 f. und 97 S. 275 erklären eine Vollmachtserklärung für nichtig, die mit einem wegen Verletzung des § 313 oder aus anderem Grunde nichtigen Vertrage verbunden war und nur dessen Ausführung bezweckte (dagegen D. Fischer, JurW 1922 S. 191 ff.; vgl. auch RG 103 S. 301 f.). RG 59 S. 174 wendet den § 139 an auf einen von Eheleuten mit einem Dritten geschlossenen Kauf, wenn der Ehemann geisteskrank war. RG 62 S. 185 ff. erklärt ein Geschäft, durch das von dem einen der mehreren Verkäufer ein Schankwirtschaftsgrundstück, von dem anderen das Schankinventar gekauft war, für völlig nichtig, nachdem der Inventarlauf wegen eines nur von diesem Verkäufer verübten Betruges wirksam angefochten war. Weitere Beispiele bei André S. 28 f. Dagegen ist die Einheitlichkeit des durch Auszahlung geschlossenen Darlehensvertrages und der Vereinbarung über Bestellung einer Hypothek für das Darlehen zu verneinen, RG 108 S. 150.

¹⁷) Vgl. z. B. Warn. 1912 Nr. 360 u. oben § 178 und § 179.

¹⁸) RG 59 S. 174 ff.; 62 S. 185 ff.; 71 S. 102; RG. Warn. 1912 Nr. 360; RG 99 S. 52 f. Doch wird, wenn Mehrere sich als Bürgen (sei es auch in derselben Urkunde) verpflichtet haben und eine der Bürgschaften, z. B. wegen Minderjährigkeit des Bürgen, nichtig ist, die Nichtigkeit der übrigen Bürgschaften in der Regel nicht anzunehmen sein, da dem Gläubiger gegenüber mehrere voneinander ganz unabhängige gesamtschuldnerische Bürgschaftsverträge vorliegen, RG 88 S. 412.

¹⁹) Daß, wie RG 78 S. 120 meint, der § 139 nur bei zusammengesetzten Geschäften in Betracht kommen könne, ist demnach nicht anzuerkennen, vgl. denn auch RG 82 S. 125.

²⁰) Vgl. z. B. RG 79 S. 439; RG Warn. 1918 Nr. 214 (in zwei Kaufverträge zerlegter Tauschvertrag) und andererseits RG 86 S. 323.

²¹) Das ist in Theorie und Praxis allgemein anerkannt.

²²) Wegen Art. 86 vgl. oben § 98 Anm. 7 Gemeinrechtliche Beispiele: Zinsen, die das gesetzliche Höchstmaß überschreiten; Schenkungen über 500 Soli (Dulaten).

²³) Vgl. RG 79 S. 304 f. u. André S. 32, woselbst weitere Entscheidungen.

dann unwirksam macht, wenn anzunehmen ist, daß sie ohne jene nicht gewollt sein würden (§ 2085)²⁴). Für Erbverträge, in denen von beiden Teilen vertragsmäßige Verfügungen getroffen sind, gilt dagegen die genau dem § 139 entsprechende Vermutung des § 2298 Abs. 1 u. 3.

V. Ist ein Geschäft so, wie es zunächst beabsichtigt war, nichtig, so kann es doch als ein anderes Geschäft²⁵) aufrecht erhalten werden, wenn dessen sämtliche Erfordernisse, also namentlich auch die Erfordernisse der Form vorliegen (Konversion, Umdeutung)²⁶). Daß dieses andere Geschäft auch eventuell beabsichtigt sei, ist aber nicht erforderlich. Es genügt, daß es bei Kenntnis der Nichtigkeit vermutlich gewollt worden wäre, und dies anzunehmen, wird im allgemeinen gerechtfertigt sein, wenn das andere Geschäft den wirtschaftlichen Zweck des zunächst beabsichtigten ebenfalls, wenn auch vielleicht nur teilweise oder in nicht so vollkommener Weise, erreicht, § 140. Beispielsweise wird ein formunrichtiger eigener Wechsel nicht selten als Schulbversprechen nach § 780 aufrecht zu erhalten sein oder ein wegen Minderjährigkeit des Erblassers nichtiger Erbvertrag als Testament²⁷).

Wenn auch der § 140 nur von nichtigen Geschäften spricht, so muß er doch auf alle endgültig „unwirksamen“ (oben deshalb als nichtig bezeichneten) Geschäfte bezogen werden;

²⁴) Auch § 566 enthält eine Abweichung von der Regel des § 139, darüber unten § 349 Anm. 12. — Ferner steht nach RG (II) JurB 1916 S. 390 (vgl. auch RG 86 S. 323) der Berufung auf § 139 die Replik der Arglist gegenüber, wenn an dem nichtigen Teil des Geschäftes nur die eine Partei ein Interesse hatte, diese aber den von dem Nichtigkeitsgrunde nicht betroffenen Geschäftsteil bestehen lassen will, die andere sich jedoch auf § 139 beruft, um sich der Erfüllung auch dieses Teils zu entziehen (die mit der Begründung einer Wechselschuld verbundene Sicherungszession war nichtig, und der Schuldner betrieb sich auf § 139, um sich auch von der Wechselverpflichtung zu befreien). Dagegen bestreitet RG (III) 91 S. 359ff. jenen Satz in seiner Allgemeinheit als mit dem § 139 geradezu im Widerspruch stehend und will die Replik der Arglist nur dann gewähren, wenn (wie im Falle der ersterwähnten Entscheidung) der sich auf § 139 Berufende die Gegenleistung bereits in der Hand hat und sich nun seiner Vertragspflicht entziehen und gleichwohl das Empfangene behalten will. Mir scheint es, was den Vorstoß gegen Treu und Glauben betrifft, nicht entscheidend zu sein, ob die Gegenleistung schon empfangen ist oder nicht (zumal sie ja bei Nichtigkeit des ganzen Vertrages kondiziert werden könnte). Allerdings liegt in der Anerkennung der Replik der Arglist eine (beschränkende) Fortbildung der Vorschrift des § 139 und zwar in beiden Fällen. Aber diese Fortbildung dürfte sich noch innerhalb der zulässigen Grenzen halten (oben § 54 III 2).

²⁵) D. h. also als Geschäft anderer Wirkung oder anderen Inhalts. Daß es „anderer Art“ sei, ist nicht erforderlich, z. B. kann der Verkauf einer Sache unter Umständen als Verkauf der auf Leistung der Sache gerichteten Forderung aufrecht erhalten werden.

²⁶) RG 110 S. 391; D. Fischer, Konversion unwirksamer Geschäfte, Festschr. f. Wach, 1913: Römer, ZivR 36 S. 68f.; Enneccerus, Rechtsgeschäft S. 152. Der wichtigste gemeinrechtliche Konversionsfall war die Aufrechterhaltung des nichtigen Testaments als Kodizill. Doch war hier (in der Regel) eine Erklärung des Testators erforderlich, aus der auf den Willen der Aufrechterhaltung geschlossen werden konnte.

²⁷) Aus der Rechtsprechung: RG 48 S. 230; 66 S. 27; 76 S. 1; RG JurB 1910 S. 467; RGZ 28 A. S. 17; 31 A. S. 112 (Erbvertrag als Testament aufrecht erhalten); zu eng RG 79 S. 306ff., vgl. Fischer, Konv. Recht 09 Nr. 420, 3032, DZGE 10 S. 140; Recht 1914 Nr. 1070 (Umdeutung einer unwirksamen Verpfändung in Einräumung eines Rückbehaltungsrechts), 104 S. 122 (Umdeutung eines nichtigen dinglichen Verkaufrechts in ein persönliches); RG Barn. 13 Nr. 239; 17 Nr. 79; 18 Nr. 134; RG 110 S. 392 (Umdeutung der Übergabe eines Grundstücks als Mitgift in das Versprechen einen lebenslänglichen Nießbrauch zu bestellen).

nicht minder auf schwebend nichtige, insbesondere anfechtbare Geschäfte, deren Richtigkeit sich (insbesondere durch Anfechtung) herausstellt**).

§ 190. Anfechtbarkeit*).

I. Das im gemeinrechtlichen Sinne anfechtbare Geschäft ist an sich gültig, führt also die gewollte Rechtsfolge herbei; aber diese Folge kann durch Klage oder durch Wiedereinsetzung in den früheren Stand wieder beseitigt und durch Einrede dauernd gehemmt werden.

Daraus ergeben sich durchgreifende Unterschiede von der Richtigkeit: Die Anfechtbarkeit kann nicht von jedermann gegen jedermann geltend gemacht werden, sondern nur von demjenigen, dem das Anfechtungsrecht zusteht, und nur gegen denjenigen, gegen den das Anfechtungsrecht sich richtet¹⁾. Ein Anfechtungsrecht hat der Richter im Prozesse nur zu berücksichtigen, wenn sich der Berechtigte darauf beruft. Das anfechtbare Geschäft wird vollgültig, wenn der Anfechtungsberechtigte das Geschäft bestätigt, d. h. auf sein Anfechtungsrecht verzichtet²⁾. Diese Bestätigung bedarf keiner Form, auch wenn das Geschäft ein Formgeschäft ist, und macht das Geschäft vollwirksam.

II. Begrifflich verschieden von der gemeinrechtlichen ist die Anfechtbarkeit des BG. Das anfechtbare Geschäft des BG ist zwar vorläufig gültig, wird aber, wenn von dem Anfechtungsberechtigten eine dahingehende Willenserklärung abgegeben wird, als von Anfang an nichtig betrachtet, § 142 Abs. 1. Anfechtbarkeit ist also in Wahrheit eine schwebende, von dem Willen des Anfechtungsberechtigten abhängige Richtigkeit, verbunden mit der Annahme vorläufiger Geltung³⁾.

1. Aus diesem Begriffe ergibt sich, daß das wirksam angefochtene Geschäft einem nichtigen Geschäft gleich steht.

a) Es gilt als nichtig nicht nur dem gegenüber, der angefochten hat, sondern jedem gegenüber⁴⁾. Jeder kann sich also auf die Richtigkeit berufen

** So auch Fischer S. 20f. und die fast allgemeine Ansicht. Nicht widersprechend RGE 79 S. 306ff., da hier nur von Geschäften die Rede ist, deren endgültige Unwirksamkeit noch nicht entschieden ist.

¹⁾ Brud. Bedeutung der Anfechtbarkeit f. Dritte, 1900; Jacobi, ZivR 86 S. 51ff.; Riezler, SeuffBl. 74 S. 189ff.; Kipp, Doppelwirkungen im Recht, Festg. f. v. Martiz, 1911, S. 211ff.

²⁾ In der Regel sind das nur der unmittelbar Beteiligte und seine Erben, also der Vertragsgegner und bei lektwilligen Verfügungen die Bedachten; ausnahmsweise aber auch ein Dritter, dem durch das Geschäft unmittelbar oder mittelbar etwas zugekommen ist, so im Falle der actio quod metus causa und der in integrum restitutio in rem.

³⁾ Eine Bestätigung kommt auch in Fällen der oben § 189 II erwähnten schwebenden Richtigkeit vor, die hierin also der Anfechtbarkeit nahe kommt.

⁴⁾ Was Breit, Handlungsfähigkeit S. 159 (ähnlich Riezler, BfR 74 S. 190), hiergegen bemerkt, beruht auf einer Verfehlung des Begriffs der schwebenden Richtigkeit; wie oben auch Biermann u. a. m.

⁵⁾ Veräußerte Sachen kann der frühere Eigentümer daher nach wirksamer Anfechtung des Veräußerungsgeschäfts vindizieren, auch aus dritter Hand (vgl. jedoch das im Texte folgende); zedirierte Forderungen gelten als nicht abgetreten; übernommene oder erlassene Schulden als nicht übernommen oder erlassen. Ist nur das Verpflichtungsgeschäft angefochten, so gilt nur dieses als nichtig, die Leistung auf dessen Grund erscheint aber als un-

und gegen jeden. Doch kommen auch hier die Begünstigungen gutgläubiger Erwerber zur Anwendung genau wie bei der von Anfang an entschiedenen Nichtigkeit, und wenn eine Fession angefochten ist, wird der Schuldner, der bereits an den Fessionar gezahlt hat, meist durch eine Fessionsanzeige oder eine vorgelegte Fessionsurkunde gedeckt sein (§§ 409, 410).

b) Wer die Anfechtbarkeit kannte oder kennen mußte, wird ebenso angesehen, wie wenn er die Nichtigkeit gekannt hätte oder hätte kennen müssen, § 142 Abs. 2⁵⁾.

c) Es bedarf keiner Klage zur Herbeiführung der Nichtigkeit. Diese ist infolge der Anfechtung von selbst da. Eine Feststellungsklage ist unter den allgemeinen Voraussetzungen natürlich auch hier wie bei der sofort entschiedenen Nichtigkeit zulässig.

d) Im Prozesse ist die auf der wirksamen Anfechtung beruhende Nichtigkeit, wenn sie gerichtskundig ist, auch dann zu berücksichtigen, wenn die betreffende Partei sich nicht darauf beruft.

e) Eine Bestätigung des wirksam angefochtenen Geschäfts ist nur in dem gleichen Sinne und mit den gleichen Wirkungen denkbar wie die Bestätigung eines nichtigen Geschäfts⁶⁾. Auch die Vorschriften über Konversion finden Anwendung (oben § 189 V).

2. Ist nur ein Teil des Geschäfts anfechtbar und wirksam angefochten, so ist dieser Teil nichtig. Ob das Geschäft im übrigen gültig ist, hängt davon ab, ob anzunehmen ist, daß es auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde (§ 139)⁷⁾.

3. Ist ein obligatorisches Geschäft, z. B. ein Verkauf angefochten, so hängt die Frage, ob auch das dingliche Erfüllungsgeschäft, z. B. die Übergabe durch Übergabe nichtig wird, davon ab, ob der Anfechtungsgrund und die Anfechtung sich auch auf dieses bezogen⁸⁾. Ist es der Fall, so kann

gerechtfertigte Bereicherung, und zwar von Anfang an; der Anspruch auf Rückgabe (§ 812) datiert also von der Leistung, nicht erst von der Anfechtung. Ferner können nach §§ 823, 826 Ansprüche auf das negative Interesse begründet sein (oben § 164).

⁵⁾ Dies kommt namentlich für die Frage der Anwendbarkeit der Schutzbestimmungen zugunsten gutgläubiger Erwerber in Betracht (oben § 132); vgl. ferner §§ 178, 179, 1343, 1345.

⁶⁾ Vgl. auch RG 74 S. 3; 87 S. 259. Dernburg I § 118 VI (ähnlich Bld., Dogm. § 69 S. 334) will aus praktischen Gründen bei Zustimmung des Gegners eine (auch bei Formgeschäften formlose) Rücknahme der Anfechtung zulassen, was dem Gesetze direkt widerspricht.

⁷⁾ So auch RG 70 S. 394f. Daher ist z. B. ein mit zwei Verkäufern abgeschlossener Kauf, der dem einen gegenüber wegen Betruges angefochten ist, in der Regel ganz nichtig.

⁸⁾ Ersteres wird meist zutreffen (z. B. wird anzunehmen sein, daß die infolge von Geschäftsirrtum oder arglistiger Täuschung verkaufte Sache ohne Fortdauer des Irrtums auch nicht übergeben sei), und dann wird die Anfechtungserklärung im Zweifel auf das dingliche Erfüllungsgeschäft mitbezogen werden müssen, RG 66 S. 390; 69 S. 16; 70 S. 58; RG Warn. 1912 Nr. 2 a. E., Nr. 369.

der anfechtende Verkäufer vindizieren, was namentlich im Konkurse des Gegners von Bedeutung ist, während ihm im entgegengesetzten Falle nur Ansprüche wegen ungerechtfertigter Bereicherung und möglicherweise Deliktansprüche (oben § 164) zustehen.

4. Alle diese Folgen treten aber nur ein, wenn das Geschäft wirksam angefochten ist. Liegt keine wirksame Anfechtung vor, so ist das Geschäft vollgültig.

III. Eine wirksame Anfechtung hat folgende Erfordernisse:

1. Ein bestehendes Anfechtungsrecht. Wann ein solches vorhanden sei und wem es zustehet, ergibt sich aus den Vorschriften über die einzelnen Anfechtungsgründe (vgl. z. B. oben §§ 157f., 161ff.). Seiner Natur nach ist es ein Rechtsänderungs- (oder Gestaltungs-)recht (oben § 66 I 3). Es ist vererblich⁹⁾.

2. Eine Erklärung des Anfechtungsberechtigten, aus der sich ergibt, daß er das Geschäft nicht gelten lassen will¹⁰⁾. Gleichgültig ist, ob das Wort „Anfechtung“ gebraucht ist oder nicht¹¹⁾. Auch darf man, da das Gesetz darüber schweigt, wohl nicht fordern, daß die Anfechtungserklärung den Grund der Anfechtung angebe¹²⁾. In der Regel ist die Anfechtungserklärung an keine Form gebunden.

Doch gibt es Ausnahmen: a) Die Anfechtung der Ehe, der ehelichen Geburt¹³⁾ sowie der Anerkennung der letzteren erfolgt, wenn der andere Ehegatte bzw. das Kind noch lebt, durch Anfechtungsklage, nach dem Tode durch öffentlich beglaubigte Erklärung an das Nachlassgericht (§§ 1341 und 1342, 1596 und 1597, 1599).

b) Die Anfechtung der Erbschaftsannahme oder -ausschlagung erfolgt durch öffentlich beglaubigte Erklärung an das Nachlassgericht (§§ 1955, 1945, vgl. aber auch § 2308).

c) Die Anfechtung der testamentarischen Erbeinsetzung, der Ausschließung von der gesetzlichen Erbfolge und der Ernennung von Testamentvollstreckern, ferner derjenigen testamentarischen Verfügungen, die keine Rechte für andere begründen (insbesondere der Auflagen), sowie die Anfechtung der Aufhebung aller genannten Verfügungen erfolgt durch Erklärung an das Nachlassgericht (§ 2081).

d) Die Anfechtung eines Erbvertrags bedarf der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung (§ 2282 Abs. 3).

e) Die Anfechtung des Erbschaftsvertrags wegen Erbunwürdigkeit erfolgt durch Anfechtungsklage (§§ 2340, 2342)¹⁴⁾.

3. Die Anfechtungserklärung muß an den Anfechtungsgegner gerichtet sein.

⁹⁾ Auf Zessionar oder Schuldübernehmer geht das Anfechtungsrecht nicht über, da die Anfechtung nicht nur die einzelne Forderung oder Verpflichtung, sondern das ganze Schuldverhältnis ergreift. So auch die herrschende Meinung.

¹⁰⁾ Über die Unzulässigkeit bedingter Anfechtungserklärungen oben § 182 II 2a, b, c. Zu allgemein wird die Zulässigkeit verneint von RG in SeuffA S. 61 S. 178, während RG 66 S. 153 nur von grundsätzlicher Unzulässigkeit echter Bedingungen spricht.

¹¹⁾ So auch RG 48 S. 221; 65 S. 88.

¹²⁾ RG 66 S. 88ff. Über die Frage, ob aus der Anfechtung wegen Arglist auch eine Anfechtung wegen Irrtums zu entnehmen sei, oben § 158 Anm. 1.

¹³⁾ In diesem Falle handelt es sich nicht um die Anfechtung einer Willenserklärung, die allgemeinen Regeln über die Anfechtung finden aber Anwendung.

a) Anfechtungsgegner ist bei Vertragserklärungen der andere Teil oder sein Erbe, nicht aber ein Singularsuzzessor¹⁴⁾. Besteht jedoch wegen eines Betruges, den ein Dritter verübt hat, das Anfechtungsrecht nicht dem Vertragsgegner, sondern nur einem anderen gegenüber, der unmittelbar einen Vorteil aus dem Geschäfte erlangt hat, so muß natürlich die Anfechtung diesem gegenüber erfolgen, § 143 Abs. 1 und 2¹⁵⁾.

b) Einseitige empfangsbedürftige Willenserklärungen sind dem anderen gegenüber anzufechten, und das gilt auch dann, wenn die Erklärung an den anderen oder eine Behörde abzugeben war, selbst wenn sie tatsächlich der Behörde gegenüber abgegeben wurde, § 143 Abs. 3¹⁶⁾.

c) Bei einseitigen nicht empfangsbedürftigen Willenserklärungen ist Anfechtungsgegner jeder, der aus der Erklärung unmittelbar einen rechtlichen Vorteil erlangt hat¹⁷⁾. Die Anfechtung kann jedoch, wenn die Erklärung an eine Behörde abzugeben war, auch dieser gegenüber erfolgen. Die Behörde soll dann dem eigentlichen Anfechtungsgegner Mitteilung machen, ohne daß davon die Gültigkeit der Anfechtung abhinge, § 143 Abs. 4. Übrigens ist in manchen Fällen vorgeschrieben, daß die Anfechtungserklärung gegenüber einer Behörde erfolgen muß (§§ 1597, 1599, 1955, 1956, 2081, 2281 Abs. 2).

Sind mehrere Anfechtungsberechtigte oder mehrere Anfechtungsgegner vorhanden, ist aber die Anfechtung nur von einem oder gegenüber einem erklärt, so folgt aus dem Wesen der Anfechtbarkeit als einer schwebenden Nichtigkeit, daß die Wirkung des Geschäfts zwischen dem Anfechtenden und demjenigen, dem die Anfechtung erklärt ist, als niemals vorhanden gewesen zu betrachten ist. Ob das Geschäft dann aber zwischen den übrigen (teilweise, möglicherweise auch ganz) bestehen kann, hängt davon ab, ob es zwischen ihnen allein

¹⁴⁾ J. B. nicht der Zessionar des Betrügers, RG SeuffA 69 S. 310.

¹⁵⁾ Einen Vertrag, durch den ich meinem Neffen eine Rente ausbedungen habe, kann ich also wegen eines von einem Dritten verübten Betruges, von dem zwar mein Neffe, nicht aber die Rentenanstalt Kenntnis hatte, nur meinem Neffen gegenüber anfechten.

¹⁶⁾ Ist beispielsweise die Verzichtserklärung auf ein Recht an einem Grundstück dem Grundbuchamt gegenüber erfolgt, so kann die Anfechtung doch nur gegenüber dem Eigentümer, nicht dem Grundbuchamt gegenüber geschehen (vgl. § 875).

¹⁷⁾ J. B. kann die Anfechtung des Anerkenntnisses der Vaterchaft nach § 1718 sowohl der Mutter als dem Kinde gegenüber erfolgen, RG 58 S. 353. — Im Sinne dieser Vorschrift „unmittelbar“ erlangt ist wohl jeder Vorteil, den man nicht als Rechtsnachfolger eines anderen erlangt, Dertmann, WfM 71 S. 285; Kludhohn, ZivA 113 S. 37f. (also z. B. beim Inhaberpapier der jetzige Inhaber des Papiers, da er die Forderung nicht als Rechtsnachfolger eines etwaigen früheren Inhabers erworben hat, v. Luhr II 1 S. 311). Daher kann die irrtümliche Dereliktion einer Wertsache dem Offizianten gegenüber angefochten werden (a. Hölder u. Staubinger, die hier die Anfechtung ausschließen; richtig Pland zu § 143; Dertmann u. Kludhohn a. a. O.). Hat noch niemand Vorteil erlangt, so wird einfacher Widerruf genügen. Bemühe ich mich also die irrtümlich derelinquierte Sache zurückzuerlangen, so kann ein späterer Offiziant mir das bereits zurückerlangte Eigentum nicht mehr entziehen. Im Ergebnis zustimmend Kludhohn a. a. O., der dies durch Auslegung aus dem Gesetze selbst entwickeln zu können glaubt, während ich eine Lücke im Gesetze annehme, die in der angegebenen Weise zu ergänzen ist. A. v. Luhr a. a. O., der hier eine öffentliche Zustellung nach Analogie des § 132 Abs. 2 fordert.

möglich ist und bei Kenntnis der teilweisen Nichtigkeit unter ihnen allein geschlossen sein würde (§ 139)¹⁹⁾.

4. Die Anfechtung muß in einigen Fällen unverzüglich nach Kenntnis des Anfechtungsgrundes erfolgen (§§ 121, 318), in anderen bestehen Ausschlußfristen von einem Jahr (§§ 124, 2082, 2283), 6 Monaten (§ 1339), 6 Wochen (§ 1954). Jedenfalls ist die Anfechtung ausgeschlossen, wenn seit der Willenserklärung oder bei letztwilligen Verfügungen nach dem Erbfolge 30 Jahre verstrichen sind. Gegen Vermächtnisse und letztwillige Auflagen kann man sich einredeweise auch nach Ablauf der Ausschlußfrist noch auf die Anfechtbarkeit berufen (§ 2083).

5. Die Anfechtungserklärung kann auch im Prozesse abgegeben werden, verliert aber dadurch nicht ihre Natur als (privatrechtliches) Rechtsgeschäft. Sie ist daher in der Wirksamkeit nicht von dem weiteren Schicksal des Prozesses abhängig und steht, namentlich auch was den Anfechtungsgegner, das Zugehen und die Ausschlußfristen betrifft, unter den gewöhnlichen Regeln²⁰⁾.

6. Die Anfechtbarkeit ist ausgeschlossen, wenn der Anfechtungsberechtigte das Geschäft bestätigt hat, § 144. Bestätigung ist die Erklärung, das Geschäft trotz der Anfechtbarkeit gelten zu lassen, also das Anfechtungsrecht aufzugeben. Sie setzt mithin das Bewußtsein, daß ein solches bestehe oder doch möglicherweise bestehe, voraus²⁰⁾. Sie ist kein Teil des Geschäftsabchlusses und bedarf daher nicht der für das Geschäft etwa vorgeschriebenen Form²¹⁾. Auch stillschweigende Bestätigung ist nicht ausgeschlossen, und eine solche wird z. B. darin zu finden sein, daß man in Kenntnis des Anfechtungsrechts einen anfechtbaren Vertrag erfüllt oder das durch anfechtbares Geschäft erworbene Recht weiter veräußert²²⁾. Ob die Bestätigung

¹⁹⁾ So richtig Bland zu § 143; Staudinger § 123 IV 4; Dertmann § 143, 3; RGE 56 S. 424; 65 S. 405; 71 S. 202f., während Hellwig (Anspruch und Plagerrecht S. 189) nach Analogie des Rücktrittsrechts und Wahlrechts nur eine gemeinschaftliche Erklärung aller an alle zulassen will und Hölder zu § 143, 2e und Riezler zu § 143, 7 der gegen einen Anfechtungsgegner gerichteten Anfechtungserklärung Wirksamkeit gegen alle zuschreiben.

²⁰⁾ Näheres oben § 136 III. Streitig ist, ob die Prozeßvollmacht ohne besondere Bestimmung zur Abgabe oder Entgegennahme der Anfechtungserklärung ermächtigt, was mit dem Reichsgericht anzunehmen sein dürfte, soweit die Anfechtung mit der Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung in dem Rechtsstreit zusammenhängt, RGE 53 S. 146; 58 S. 227; 63 S. 413. Vgl. auch Rosenberg, Stellvertretung S. 64 ff.

²¹⁾ RGE 68 S. 400; 69 S. 411 f.; 93 S. 228. Kennt man von mehreren Anfechtungsgründen nur einen, so wird die Bestätigung dahin zu verstehen sein, daß man auf das Recht, aus diesem Grunde anzufechten, verzichtet.

²²⁾ Daß die Bestätigung dem Gegner gegenüber erfolgen müsse, ist im Gesetze nicht gesagt, und die Protokolle ergeben die entgegengesetzte Meinung der Kommission (Prot. I S. 133). So auch RGE 68 S. 399; RG Barn. 1911 Nr. 225. — Eine Bestätigung ist natürlich nur möglich, bevor die Anfechtung erfolgt ist; denn nachher gilt das Geschäft als nichtig, kann also nur neu geschlossen werden: RGE 74 S. 3; SeuffA 63 S. 4; RG Bay-Appfß 22, 402; Ripp in der Festgabe f. Koch S. 112.

²³⁾ RG Barn. 1913 Nr. 276, RGE 68 S. 399 ff.; RGE 104 S. 3.

auch einen Verzicht auf einen neben dem Anfechtungsrecht bestehenden Schadenersatzanspruch enthält, ist Auslegungsfrage; in der Regel wird es anzunehmen sein.

7. Schwierigkeit bereitet die Anfechtung der Vollmachtserteilung²³⁾. Da die (einseitige empfangsbedürftige) Vollmachtserteilung sowohl dem Bevollmächtigten als dem anderen, mit dem ein Geschäft geschlossen werden soll, gegenüber zu wirken bestimmt ist und auch sowohl diesem als jenem gegenüber abgegeben werden kann, so erscheint sowohl der Bevollmächtigte als der Dritte im Sinne des § 143 Abs. 3 als der, dem gegenüber das Geschäft „vorzunehmen war“.

a) Die Anfechtung kann daher wohl dem einen als dem anderen gegenüber erfolgen²⁴⁾, wenn ihm gegenüber ein Anfechtungsgrund vorliegt. Liegt beiden gegenüber ein solcher vor, so kann beiden gegenüber angefochten werden.

b) Die dem Bevollmächtigten erklärte Anfechtung setzt voraus, daß ihm gegenüber ein Anfechtungsgrund vorliegt, ist also namentlich wegen Betrugs nur zulässig, wenn er den Betrug verübte, kannte oder kennen mußte. Sie macht die Vollmacht im allgemeinen unwirksam, die auf Grund der Vollmacht abgeschlossenen Geschäfte also für den Vollmachtgeber unverbindlich, während der Bevollmächtigte selbst nach § 179 haftet (wenn nicht etwa der andere Teil die Anfechtbarkeit kannte oder kennen mußte, §§ 142 Abs. 2, 179 Abs. 3), sich jedoch im Falle der Anfechtung wegen Irrtums nach § 122 beim Vollmachtgeber schadlos halten kann.

War aber die Vollmacht dem Dritten erklärt oder ihm oder öffentlich mitgeteilt oder die ausgestellte Vollmachtsurkunde dem Dritten vorgelegt, so ist die Vollmacht nach §§ 170 bis 172 dem Dritten, bei öffentlicher Mitteilung jedem Dritten gegenüber gleichwohl wirksam. Insofern kann sie also nur durch eine besondere, gegen die ihm gegenüber erfolgte Erklärung oder gegen die Mitteilung gerichtete Anfechtung beseitigt werden, falls auch hinsichtlich dieser Erklärung oder Mitteilung ein Anfechtungsgrund vorliegt²⁵⁾.

c) Die dem Dritten gegenüber erklärte Anfechtung setzt voraus, daß ihm gegenüber ein Anfechtungsgrund vorliegt, ist also namentlich wegen Betruges nur zulässig, wenn er den Betrug verübte, kannte oder kennen mußte. Sie macht die Vollmacht nur hinsichtlich der mit ihm geschlossenen oder zu schließenden Geschäfte unwirksam, da ihn die Vollmacht im übrigen nichts angeht. Für die Haftung gelten die gewöhnlichen Regeln (§§ 179, 142 Abs. 2, 122), doch ist hier besonders zu beachten, ob nicht einer der oben § 170 I 2 b β besprochenen Fälle vorliegt, in denen die Haftung ausgeschlossen ist.

d) die auf Grund einer Vollmacht abgeschlossenen Geschäfte wirken lediglich zwischen dem Vertretenen und dem Dritten. Daher besteht auch das Anfechtungsrecht lediglich zwischen ihnen. Doch ist der Bevollmächtigte (wenn die Vollmacht noch besteht) meist auch als zur Abgabe oder Entgegennahme der Anfechtung der von ihm beschlossenen Geschäfte ermächtigt zu betrachten.

8. Die hinsichtlich der Vollmacht entwickelten Regeln sind großenteils auch auf die Zustimmung entsprechend anwendbar, da auch diese sowohl dem einen als dem anderen Teile erklärt werden kann (unten § 191).

IV. Die sog. Gläubigeranfechtung, d. h. die Anfechtung von die Gläubiger benachteiligenden Rechtshandlungen innerhalb und außerhalb des Konkurses (RD §§ 29ff., Anfechtungsges., Fassung v. 20. Mai 1898) hat mit der An-

²³⁾ Diese Lehre hat Gupta, Vollmacht S. 139ff., 148ff., erheblich gefördert; vgl. ferner Pland zu §§ 143, 3 u. 167, 4; Hölber I § 143, 2b; Hellmann, Bortr. S. 139; v. Tuhr II 2 S. 389ff.

²⁴⁾ Auch der Wortlaut des § 143 Abs. 3 widerspricht dem nicht; denn es heißt „abzugeben war“ nicht „abgegeben ist“. Sie „war“ einem von beiden oder beiden abzugeben. Zustimmung Pland-Plad, der auch die Analogie des Widerrufs (§ 168, § 167 Abs. 1) anführt. A. A. Rosenberg S. 723ff., 732ff. und Vertmann zu § 167, 5.

²⁵⁾ Im Falle des Betruges muß er also den Betrug verübt, gekannt oder fahrlässig nicht gekannt haben.

fechtung der Rechtsgeschäfte wegen eines Willensmangels, der Anfechtung im engeren Sinne, nur den Namen überein²⁶). Auch die im BG erwähnte Anfechtung eines Entmündigungsbeschlusses (§ 115), einer Todeserklärung (§§ 1348, 2370), der Versäumnis der Erbschaftsauslagungsfrist (§ 1956), der ehelichen Geburt (§ 1593), des Erbschaftserwerbs wegen Erbunwürdigkeit (§§ 2340 ff.)²⁷ sind von der Anfechtung im engeren Sinn wesentlich verschieden.

VII. Zustimmung. Konvaleszenz.*)

§ 191.

I. Die Zustimmung im allgemeinen.

1. Geschäfte, die von einer oder mehreren Personen abgeschlossen werden, bedürfen nicht selten zu ihrer Wirksamkeit der Zustimmung einer dritten, an dem Geschäftsabschluß nicht teilnehmenden Person¹). Diese Zustimmung wird gefordert bald im Interesse der Geschäftssubjekte (oder der durch sie vertretenen Personen), um sie vor Schädigung zu bewahren, bald im Interesse des Zustimmungenden selbst, weil das Geschäft in seinem Namen geschlossen wird oder weil durch das Geschäft über seine Rechte verfügt oder wenigstens mittelbar in seine Rechte oder Interessen eingegriffen wird.

Die wichtigsten der hierher gehörigen Fälle lassen sich in folgende Gruppen scheiden:
 a) Zustimmung kraft Aufsichtsrechts. Gewisse Geschäfte der Beschränktgeschäftsfähigen bedürfen der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters (§§ 107 ff., 131 Abs. 2, 1304, 1331, 1337, 1437 Abs. 2, 1751, 2275 Abs. 2). Ferner sind manche von dem gesetzlichen Vertreter oder mit dessen Zustimmung von dem Beschränktgeschäftsfähigen geschlossenen Geschäfte der Zustimmung des Vormundschaftsgerichts bedürftig (§§ 1484, 1643—1645, 1653, 1690, 1814, 1816, 1819—1822, 1829). Endlich bedarf der Vormund zu gewissen Geschäften der Zustimmung des Gegenvormundes und die Mutter der Zustimmung des ihr beigeordneten Beistandes (§§ 1809 ff., 1690).

b) Zustimmung des Vertretenen. Das Geschäft, das jemand im Namen eines anderen abschließt, bedarf zu seiner Wirksamkeit für und gegen diesen der Zustimmung des Vertretenen. Geht diese Zustimmung dem Geschäft voran, so heißt sie Vollmacht, ist aber auch in diesem Falle eine Art der Zustimmung; denn der Vollmachtgeber erklärt seine Zustimmung zu dem in seinem Namen abzuschließenden Geschäfte.

c) Zustimmung zur Verfügung über Rechte des Zustimmungenden. Wer in eigenem Namen über ein fremdes Recht verfügt, bedarf der Zustimmung des Berechtigten, § 185²). Deshalb ist auch zur Schulübernahme, da sie eine Verfügung über die Forderung enthält, die Zustimmung des Gläubigers erforderlich (§§ 415 ff.).

²⁶) Vgl. Jaeger, KD § 29 Anm. 1 ff.; AnFG § 1 Anm. 8 ff.

²⁷) Wegen der beiden letzten Fälle vgl. aber oben Anm. 13.

¹) Seuffert, L. v. d. Natihabition, 1868; v. Blume, DogmZ 48 S. 417 ff.; Zitelmann, RivA 99 S. 47 ff.; A. Müller, Gruchot 54 S. 226 ff.; Dertmann, Rechtsbedingung 1924.

²) Die Bestätigung (oben § 190 III 6) fällt nicht unter den Begriff der Zustimmung, da sie sich auf ein eigenes (anfechtbares) Geschäft bezieht.

³) Die Meinung v. Tuhr's II 2 S. 216 (vgl. auch Siber, DogmZ 67 S. 102 u. 137), daß man über Forderungen und Grundbuchrechte, weil hier der Name des Berechtigten genannt werden muß, nur als Vertreter verfügen könne, ist m. E. nicht zu billigen. Wenn mich mein Bruder ermächtigt hat, über gewisse ihm zustehende Hypothekforderungen

d) Zustimmung wegen mittelbarer Verührung der Rechte oder Interessen des Zustimmungenden. Aus diesem Grunde bedarf namentlich ein Ehegatte zu zahlreichen Geschäften der Zustimmung des anderen (§§ 1395ff., 1399 Abs. 2, 1412, 1460, 1444ff., 1465 Abs. 2, 1516f., 1746). Ferner bedürfen Verfügungen über eigene Rechte, an denen dritten Personen Rechte zustehen, der Zustimmung dieser Berechtigten (§§ 876, 880 Abs. 3, 1071, 1178 Abs. 2, 1245 Abs. 1, 1255 Abs. 2, 1276, 1283 Abs. 1); ebenso gewisse Verfügungen des Vorerben der Zustimmung des (anwartschaftsberechtigten) Nacherben (§§ 2113f., 2120)*).

2. In allen diesen Fällen gelten für die Zustimmung im allgemeinen dieselben Vorschriften*) (§§ 182—185).

Die Vollmacht, d. h. die vorgängige Zustimmung zu den im Namen des Vollmachtgebers abzuschließenden Geschäften, und ferner die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters zu den Geschäften der Beschränktgeschäftsfähigen sind zwar besonders geregelt (§§ 166ff., 107ff.); allein diese Regelung ist, wo sich Lücken zeigen, aus den allgemeinen Vorschriften der §§ 182—185 zu ergänzen*), wie denn unter Umständen auch eine analoge Anwendung von Vorschriften über die Vollmacht auf andere Zustimmungsfälle zulässig erscheint (unten 5). Terminologisch empfiehlt es sich, nur die nicht unter den Begriff der Vollmacht fallenden Zustimmungen als solche zu bezeichnen*).

3. Die Zustimmung ist eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung und kann, wenn sie sich auf eine empfangsbedürftige Willenserklärung bezieht, sowohl dem einen als dem anderen Teile gegenüber erklärt werden, § 182 Abs. 1⁷⁾. Doch gibt es Ausnahmen (§§ 108, 177, 876, 1071 usw.). Sie ist kein Teil des Rechtsgeschäfts, sondern ein Erfordernis der Wirksamkeit desselben und bedarf daher nicht der für das Geschäft etwa vorgeschriebenen Form, § 182 Abs. 2⁸⁾, kann also auch stillschweigend erklärt werden⁹⁾. Eine einseitige Willenserklärung kann jedoch vom Gegner, wenn die Zustimmung nicht in schriftlicher Form beigebracht wird, aus diesem

„in eigenem Namen“ zu verfügen und ich unter Vorlegung dieser schriftlichen Ermächtigung diese Forderungen in eigenem Namen verlaufe und abtrete, so bin ich Bedent und mich, nicht aber meinen Bruder treffen die Verpflichtungen des Bedenten (§§ 402, 403); ebenso wenn der Ehemann in eigenem Namen über eingebrachtes Gut unter Zustimmung der Frau verfügt. So auch die herrschende Meinung, vgl. Wolff, Familienrecht § 48 I.

⁷⁾ Weitere hierher gehörige Fälle in §§ 880 Abs. 2, 1183, 2291, 456ff.

⁸⁾ v. Blume S. 424ff. will die „Zustimmung kraft Aufsichtsrechts“ von den übrigen Fällen („Zustimmung kraft Rechtsbeteiligung“) dadurch scheidet, daß bei ihnen, von der Vorschrift des § 110 abgesehen, Generalkonsens unzulässig sei. Dagegen oben § 143 Anm. 4.

⁹⁾ So auch die herrschende Meinung, z. B. Pland, Vorbem. 1 vor § 182: Dertmann, Vorbem. 3.

¹⁰⁾ So scheidet auch RGE 53 S. 275 scharf die Vollmacht, d. h. die durch Rechtsgeschäft von jemand erteilte Macht, in dessen Namen Rechtshandlungen vorzunehmen, von der im voraus erklärten Zustimmung zu in eigenem Namen abzuschließenden Geschäften.

¹¹⁾ Im § 182 Abs. 1 u. 3 ist nur von der Zustimmung zu empfangsbedürftigen Willenserklärungen die Rede, weil diese Vorschriften nur bei solchen in Betracht kommen. Das nötigt aber keineswegs, die übrigen Vorschriften §§ 182ff. auf empfangsbedürftige Willenserklärungen zu beschränken (bestr.).

¹²⁾ Doch ist bisweilen eine besondere Form für die Zustimmung vorgeschrieben, insbesondere bedürfen grundbuchmäßige Erklärungen öffentlich beglaubigter Form.

¹³⁾ Beispiel: Der Verkäufer unter Eigentumsvorbehalt duldet wissentlich die Pfandbestellung an dem Kaufgegenstande, RG Recht 09 Nr. 210; RG Warn. 1915 Nr. 10. Stillschweigende Genehmigung in RGE 106 S. 45.

Grunde unverzüglich zurückgewiesen werden, § 182 Abs. 3. (Genauerer oben § 143 II 1 und § 172, 4.)

4. Die Zustimmung kann dem Geschäft vorausgehen (Einwilligung) oder ihm nachfolgen (Genehmigung)¹⁰).

5. Die Einwilligung (ebenso die Genehmigung) ist wie die Vollmacht ein abstraktes Geschäft. Sie kann aber wie diese auf Grund eines Rechtsverhältnisses gegeben werden (ich ermächtige meinen Gärtner, überflüssiges Obst in seinem Namen zu veräußern). Dann muß wie bei der Vollmacht (§ 168 S. 1), wenn nichts anderes bestimmt ist, angenommen werden, daß sie auf die Dauer dieses Rechtsverhältnisses beschränkt sein soll¹¹). Ebenso sind die Vorschriften der §§ 170—172 analog auf die Einwilligung anzuwenden.

6. Die Einwilligung kann wie die Vollmacht (oben § 173 IV 2) bis zum Geschäftsabschluß widerrufen werden, soweit nicht aus dem Grunde, aus dem sie abgegeben wurde, das Gegenteil hervorgeht, § 183. Sie ist also z. B. untiderruflich, wenn sie auf einer rechtsgültigen Vereinbarung beruht oder durch Klage erzwungen wurde; ferner sind manche Einwilligungen (die dann regelmäßig einer Form bedürfen) nach besonderer Vorschrift untiderruflich¹²).

II. Die Genehmigung insbesondere.

1. Die Genehmigung ist nur möglich, wenn bei ihrer Erteilung das zu genehmigende Geschäft noch besteht.

Ob aber ein Vertrag vor der Genehmigung durch den Willen der Kontrahenten wieder aufgelöst werden könne, läßt sich nicht durch allgemeine, für die verschiedenen Fälle der Genehmigung geltende Regel bestimmen.

a) Haben die Parteien lediglich im eigenen Interesse den Vertrag geschlossen und ist die Genehmigung eines Dritten nur deshalb erforderlich, weil über dessen Recht verfügt wird, so können die Parteien das Geschäft vor der Genehmigung natürlich wieder rückgängig machen (z. B. die Verpfändung einer fremden Sache). Hierher rechnet das BG auch die Schulübernahme durch Vertrag zwischen Schuldner und Übernehmer (§ 415).

b) Der ohne Vertretungsmacht in fremdem Namen abgeschlossene Vertrag hängt nach § 177 Abs. 1 lediglich von der Genehmigung ab, unterliegt also nicht der Disposition

¹⁰) Für die Zustimmung des Vormundschaftsgerichts (und überhaupt wohl von Behörden, RD § 133), des Gegenvormunds und des Beistands wird jedoch der Ausdruck „Genehmigung“ gebraucht, der also in diesen Fällen die Einwilligung mitumfaßt (§§ 1751, 1690 ufw.); ebenso im GmbHG § 17 (RGE 85, 47).

¹¹) So auch Hölder zu § 183; Gareis zu § 183; Fisch in Grünhut 29 S. 34; Endemann I § 83 A. 6. Abw. Pland infolge seiner Ansicht, daß die Vollmacht kaufal sei, während er bei der Einwilligung die abstrakte Natur anerkennt. In Wahrheit ist, wie oben gezeigt, die Vollmacht eine Art der Einwilligung.

¹²) Namentlich die Einwilligung zu einigen dinglichen Geschäften (§§ 876, 880, 1071, 1178, 1245, 1255, 1276), ferner zu manchen familiengüterrechtlichen oder familienrechtlichen Geschäften (§§ 1516, 1517, 1726, 1748) und zur testamentarischen Wänderung von auf Erbvertrag beruhenden Vermächtnissen und Auflagen (§ 2291). Über Anfechtung der Zustimmung oben § 190 III 7, 8.

der Vertragsschließenden¹³⁾. Dagegen kann der andere Teil dann widerrufen, wenn er den Mangel der Vertretungsmacht nicht kannte (§ 178).

c) Ähnliche Grundsätze gelten für die Verträge, die ein Beschränktgeschäftsfähiger, eine Ehefrau, ein Vormund ohne die erforderliche Zustimmung des gesetzlichen Vertreters, des Ehemanns, des Vormundschaftsgerichts geschlossen haben. Auch sie sind durch den Willen der Kontrahenten in der Regel¹⁴⁾ nicht löslich. Nur kann der andere Teil im Falle der Unkenntnis der Umstände, welche die Genehmigung erforderlich machen, vom Vertrage zurücktreten (§§ 109, 1397, 1830)¹⁵⁾.

2. Der Genehmigende gibt seine Zustimmung nicht zu einem neuen, sondern zu dem früher abgeschlossenen Geschäft. Er genehmigt es als ein schon damals geschlossenes. Deshalb hat die Genehmigung rückwirkende Kraft: das Geschäft gilt als schon damals vollwirksam, § 184 Abs. 1¹⁶⁾. Hat also A ohne Vollmacht des B dessen Forderung dem X abgetreten und genehmigt B diese Abtretung, so gilt die Forderung als im Momente der Abtretung (nicht erst der Genehmigung) auf X übergegangen, was z. B. wegen der Zinsen von Bedeutung sein kann¹⁷⁾.

Erworbene Rechte Dritter können aber durch die rückwirkende Kraft der Genehmigung nicht geschmälert werden, da die rückwirkende Kraft lediglich auf dem Willen des Genehmigenden beruht, der in fremde Rechte nicht eingzugreifen vermag. Hat also in unserem Beispiele B vor der Genehmigung die Forderung selbst an Y abgetreten, so wird dessen Recht nicht dadurch geschmälert, daß B darauf die von A vorgenommene Abtretung an X genehmigt, § 184 Abs. 2¹⁸⁾.

¹³⁾ Mit v. Tuhr S. 238 Anm. 189 ist eine Ausnahme anzunehmen, wenn der Vertrag ausschließlich in einer Verminderung oder Belastung des Vermögens des Vertretenen bestand.

¹⁴⁾ Nach § 1829 Abs. 1, §§ 1643, 1686 gilt eine wichtige Ausnahme für die vom Vormund, dem Vater oder der Mutter geschlossenen Verträge, welche der Zustimmung des Vormundschaftsgerichts bedürfen. Da nämlich hier die Genehmigung (oder Verweigerung) dem Gegner gegenüber nur wirksam ist, wenn sie ihm vom Vormund usw. mitgeteilt ist, so kann dieser durch die Unterlassung der Mitteilung das Geschäft vereiteln. Man wird ihm also auch den Rücktritt gestatten müssen. Ferner kann ein Minderjähriger widerrufen, wenn ihm der Widerruf nur Vorteil bringt.

¹⁵⁾ Aufhebung des Vertrages durch Willenseinigung der Kontrahenten ist aber natürlich dann immer möglich, wenn zu der Lösung eines solchen Vertragsverhältnisses die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters usw. überhaupt nicht erforderlich ist, wie z. B. im Falle der Aufhebung einer Schenkung eines Minderjährigen.

¹⁶⁾ Vgl. z. B. RGE 69 S. 266 ff. Für die Verjährung eines von der Genehmigung abhängigen Anspruchs kann die Rückwirkung aber nicht in Betracht kommen, da vor der Genehmigung die Möglichkeit, ihn wirksam geltend zu machen, noch nicht bestand, RGE 65 S. 248. Ebensovienig für tatsächliche Verhältnisse z. B. den Besitz, RGE 56 S. 245; 75 S. 116. Auch Bezug kann vor der Genehmigung nicht eintreten.

¹⁷⁾ Beim Vertragsschluß kann die Rückwirkung natürlich ausgeschlossen werden und ein solcher Ausschluß wird unter Umständen beabsichtigt sein, wenn der Vertrag unter der Bedingung (dem Vorbehalt) der Genehmigung geschlossen wird. Einseitiger Ausschluß bei der Genehmigung dagegen macht die Genehmigung als solche unwirksam, kann aber als Offerte zu einem neuen Vertrage aufgefaßt werden.

¹⁸⁾ Die Regel, daß erworbene Rechte Dritter durch die Genehmigung nicht beeinträchtigt werden können, gilt (wie nach gemeinem Recht) in vollem Umfange. Zwar sagt § 184 Abs. 2 ausdrücklich nur, daß durch die Rückwirkung Verfügungen nicht unwirksam werden, die der Genehmigende über den Gegenstand vor der Genehmigung getroffen

III. Konvaleszenz nennt man das nachträgliche Vollwirksamwerden eines anfangs mangelhaften Geschäftes. Das nichtige Geschäft kann nicht konvaleszieren, sondern höchstens neu geschaffen werden¹⁹⁾.

1. Einige Hauptfälle sind schon besprochen, die Genehmigung (oben II) und die Konvaleszenz des anfechtbaren Geschäfts durch Versäumnis der Anfechtungsfrist oder durch Bestätigung (oben § 190 III 4, 6).

2. Ferner wird eine von einem Nichtberechtigten getroffene Verfügung über ein Recht²⁰⁾ vollwirksam, wenn dieses Recht und die Gebundenheit an die Verfügung später in derselben Person zusammentreffen²¹⁾, also namentlich wenn der Verfügende selbst (oder sein für die Nachlassverbindlichkeiten unbeschränkt haftender Erbe) das Recht erwirbt, oder wenn der Verfügende von dem Berechtigten beerbt wird und dieser für die Nachlassverbindlichkeiten unbeschränkt haftet²²⁾, § 185 Abs. 2. In diesem Falle tritt aber keine Rückwirkung ein (das Geschäft wird nur ex nunc, nicht ex tunc wirksam), was z. B. wegen der Früchte von Bedeutung ist. Waren zwei Verfügungen getroffen, die nicht miteinander in Einklang stehen, hatte z. B. ein Nichtberechtigter die Forderung erst dem A und dann dem B abgetreten und darauf den Gläubiger beerbt, so wird nur die erste Verfügung wirksam²³⁾ oder geht der jüngeren vor (z. B. bei zwei Verpfändungen derselben Forderung).

hat (Zwischenverfügungen) oder die durch Zwangsvollstreckung oder Arrestvollziehung oder durch den Konkursverwalter erfolgt sind. Aber das sind nur die Hauptfälle, an die der Gesetzgeber zunächst gedacht hat; das gleiche muß von jedem Rechte gelten, das zur Zeit der Genehmigung für einen Dritten schon begründet war. Bestimmend Pand.-Flad § 184, 1b; ebenso Dernburg § 114 III 2. U. U. freilich v. Tuhr S. 245; aber seine Ansicht führt zu unannehmbaren Ergebnissen. Ein vollmachtloser Vertreter des A hat sich für diesen von X eine Forderung abtreten lassen. Darauf tritt X die Forderung an mich ab. Soll ich nun, wenn A den Erwerb der Forderung genehmigt, meine Forderung verlieren? Oder soll ich, wenn ich die Forderung des X vor jener Genehmigung habe pfänden lassen, mein Pfandrecht verlieren? Und das alles, weil die rückwirkende Kraft der Genehmigung (angeblich) nur vor denjenigen Rechten Dritter, die durch Verfügung gerade des Genehmigenden entstanden sind, nicht aber vor anderen wohlervorbenen Rechten Dritter halt macht?

¹⁹⁾ Quod ab initio vitiosum est, tractu temporis convalescere non potest, L. 29, L. 210 D. de R. J. 50, 17.

²⁰⁾ Dahin gehören z. B. die Veräußerung oder Belastung von fremden Sachen oder Rechten (ob auch Einigungen und Eintragungsbewilligungen, die noch nicht durch Übergabe oder Eintragung vollendete Verfügungen geworden sind, kann erst im Sachenrecht dargelegt werden), ferner die Abtretung oder Aushebung fremder Forderungen, aber nicht die Eingehung einer Verpflichtung zu künftigen Verfügungen, RGE 49 S. 415.

²¹⁾ Auch nach gemeinem Recht gilt diese Regel (wenigstens im praktischen Ergebnis), wenn es sich um dingliche Rechte handelt, insolge der exceptio rei venditae et traditae. Für die Fesslung von Obligationen ist sie nicht ausgesprochen, dürfte aber nach Analogie der dinglichen Rechte gleichfalls anzunehmen sein. Die allgemeine Formulierung des BG ist ein erheblicher Fortschritt.

²²⁾ Haftet der Erbe nicht unbeschränkt, so steht er auch für die Verfügung nicht vollständig ein; die Konvaleszenz ist daher ausgeschlossen. — Über Verfügungen der Voreltern vgl. RGE 110 S. 95.

²³⁾ Dasselbe wird auch bei gleichzeitiger Genehmigung mehrerer Verfügungen anzunehmen sein (nur daß dann auch Rückwirkung stattfindet). Von mehreren nicht gleich-

a) Obgleich das Gesetz nur die Konvaleszenz von Verfügungen erwähnt, wird es doch auf sog. Verfügungen im Wege der Zwangsvollstreckung analog auszudehnen sein, also konvalesziert z. B. die Pfändung einer dem Schuldner nicht gehörigen Sache, wenn der Schuldner später das Eigentum der gepfändeten Sache erwirbt²⁴⁾.

b) Bei einseitigen Verfügungsgeschäften, z. B. der Aufrechnungserklärung oder Kündigung, ist die Konvaleszenz nach Analogie der §§ 111 und 180 auszuschließen, da sonst für den Gegner die gleichen Härten entstehen würden, welche zum Ausschlusse der Genehmigung bei solchen Geschäften geführt haben²⁵⁾.

VIII. Auslegung der Rechtsgeschäfte. *)

§ 192. Grundlegung.

Die Auslegung hat den für das Recht entscheidenden Sinn einer Willenserklärung zu ermitteln¹⁾. Im älteren römischen und älteren deutschen Recht (wie in anderen unentwickelten Rechten) war das der Wortsinn. Es galt Wortinterpretation²⁾. Seit der Ausbildung des *jus gentium* und namentlich infolge der rechtsbildenden Tätigkeit der römischen Juristen ist dagegen das Prinzip der sog. Willens-, besser Sinnesinterpretation zur Herrschaft gelangt³⁾, somit ins gemeine Recht übergegangen und auch im BG

zeitigen Genehmigungsakten würde dagegen natürlich der erstere vorgehen, ja oft sogar allein gültig sein, da das durch diesen erworbene Recht des Dritten durch die zweite Genehmigung nicht mehr beeinträchtigt werden kann.

²⁴⁾ So auch RGE 60 S. 73 und OGE 22 S. 163, welche zwar die direkte Anwendung mit Recht ausschließen, die analoge aber (was meistens übersehen wird) zulassen. A. M. Dertmann, Staudinger u. Pland-Flad zu § 185; vgl. auch RG Barn. 1917 Nr. 132.

²⁵⁾ So Rehbein S. 288 und nach ihm die allgemeine Meinung.

*) Regelsberger, Endemanns Hand. d. Handelsr. 2 S. 386 ff.; Stammler, R. der Schuldverh. S. 55 ff.; Danz, Auslegung der Rechtsgeschäfte, 3. Aufl. 1911; DogmZ 38 S. 373 ff.; 54 S. 1 ff.; Rechtsprechung, 1908; Grundsätze von Treu und Glauben im Bankverkehr, 1909; Einf. i. d. Rechtsprechung, 1912; Schneider, Treu und Glauben, 1902 (dazu Regelsberger, KritB 44 S. 429) und JurZ 1903 S. 232; Schneider, BürgV 25 S. 269 ff.; Schneider, Rechtsbegr. Treu und Glauben, 1917; Fr. Leonhard, Beweislast S. 328 ff.; Wedemeyer, Auslegung und Irrtum, Arb. Diss. 1903; Wendt, ZivV 100 S. 1 ff.; Staffel, DogmZ 50 S. 301 ff.; Manigt, Willenserklärung und Willensgeschäft, 1907, S. 454 ff.; Hölder, z. L. v. d. Auslegung (1907); Brütt, Rechtsanwendung (1907); Eise, Lehre vom Mißverständnis, 1910, S. 83 ff.; Bierling, Jur. Prinzipienlehre 4 (1911) S. 197 ff.; Henle, Treu und Glauben, 1912; Heß, ZivV 112 S. 1; Dertmann, JurZ 1912 S. 186; Dertmann, Rechtsordnung und Verkehrsjutte, 1914; BahZ 11 S. 173; Reichel, SächsV 15 S. 1; Manigt, Irrtum u. Auslegung, 1918; Krüdmann, ZivV 116 S. 157 ff.; Ebbede, DogmZ 69 S. 1 ff.; Fr. Leonhard, ZivV 120 S. 14 ff.; Manigt, DogmZ 57 S. 127 ff. Über die sog. Kriegsklausel u. d. *clausula rebus sic stantibus* unten § 264 a.

¹⁾ Die Frage nach dem für das Recht maßgebenden Sinne ist eine Rechtsfrage und da reichsgesetzliche Vorschriften (§§ 133, 157) entscheiden, revisionsfähig; so auch RGE 66 S. 319; RG SeuffV 64 S. 137, 263. Gebunden ist das RG nur an die tatsächlichen der Auslegung zugrunde liegenden Feststellungen, zu denen freilich auch der innere Wille gehört. Dies wird häufig übersehen; vgl. jedoch RG SeuffV 64 S. 137, wo mit Recht die „Feststellung“ dieses Willens durch das Untergericht und die Frage, ob er „in Betracht zu ziehen“ sei, unterschieden wird; ferner RGE 71 S. 223.

²⁾ Fhering, Geist d. r. R. II § 44 ff.; Heusler, Inst. I S. 60 ff.

³⁾ Vgl. L. 219 D. de v. S. 50, 16: „In conventionibus contrahentium voluntatem potius quam verba spectari placuit.“ L. 7 § 8 D. de pactis 2, 14: „minus ex verbis quam

anerkannt. Ziel der Auslegung ist danach die Feststellung des wahren Sinnes der Willenserklärung, wie er sich aus den gesamten in Betracht zu ziehenden äußeren und inneren Umständen ergibt.

Festgestellt soll werden, der für das Recht maßgebende Sinn oder Inhalt der Willenserklärung. Ist das aber der vom Erklärenden gemeinte?⁴⁾ oder der nach der allgemeinen Auffassung der Volksgenossen aus der Erklärung zu entnehmende?⁵⁾ oder der vom Erklärungsgegner verstandene oder doch zu verstehende?⁶⁾ Und ferner: Welche Umstände und Verkehrssitten können zur Auslegung verwandt werden? Auch die dem einen oder dem anderen oder beiden unbekannt und nicht erkennbaren?

I. Die Antwort gibt zunächst mit hinreichender Deutlichkeit § 133, der überhaupt die Grundlage der Auslegungslehre des BGB bildet:⁷⁾ „Bei der Auslegung einer Willenserklärung ist der wirkliche Wille zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften“⁸⁾.

1. Es ist m. E. nicht zu bezweifeln, daß unter dem „wirklichen Willen“ der innere Wille verstanden werden muß; denn der in der Erklärung nur scheinbar vorhandene, innerlich nicht vorhandene Wille ist eben kein wirklicher Wille. Aber von diesem wirklichen (inneren) Willen wird nicht gesagt, daß seine Ermittlung das Endergebnis der Auslegung bilde, sondern nur, daß er „bei der Auslegung“ „erforscht“ werden soll. Als Objekt der Auslegung ist bezeichnet „die Willenserklärung“, nicht ein innerer, nicht zum Ausdruck gelangter Wille⁹⁾; aber bei der Auslegung der Erklärung soll der wirkliche Wille nicht unbeachtet bleiben, sondern „erforscht“, also auch in

ex mente convenientium“. L. 6 § 1 D. de contr. emt. 18, 1: „potius id quod actum, quam id quod dictum sit, sequendum“. L. 19 pr., L. 101 pr. D. de cond 35, 1: „voluntatem potius quam verba considerari oportet“.

⁴⁾ So die ältere gemeinrechtliche Theorie.

⁵⁾ So insbesondere Danz; Auslegung S. 78f., 92, wenn auch mit Zulassung von Ausnahmen. Gegen Danz vgl. das unten 1 u. 2 Gesagte, ferner Dertmann, Rechtsordnung S. 116ff., Manigk, Irrtum S. 190ff.

⁶⁾ So Viele bei empfangsbedürftigen Willenserklärungen.

⁷⁾ Vgl. darüber und zum Folgenden namentlich Manigk, Irrtum und Auslegung S. 189ff., 202, 278.

⁸⁾ Ebenso schon das alte HGB Art. 278 für Handelsgeschäfte: „Bei Beurteilung und Auslegung der Handelsgeschäfte hat der Richter den Willen der Kontrahenten zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften“ und Code civil art. 1156: „On doit dans les conventions rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que s'arrêter au sens littéral des termes“.

⁹⁾ Das ergibt sich mit logischer Notwendigkeit auch aus § 119 Abs. 1. Wäre auch der nicht erklärte Wille entscheidend, so müßte die Willenserklärung im Falle dieser Vorschriften mit dem gewollten Inhalte gelten, während nach § 119 der erklärte Inhalt gilt, zwar durch Anfechtung beseitigt werden kann, aber ohne daß der gewollte Inhalt an seine Stelle trate; vgl. auch RGZ 68 S. 128f., sowie 67 S. 433; RG Barn. 1912 Nr. 3; 1913 Nr. 395; 1919 Nr. 2; ferner Bohens, SächsA 14 Beil. S. 182ff. und die dort angeführten Entscheidungen.

Betracht gezogen werden. Der Ausleger hat also aus der Erklärung und dem sonst für die Auslegung in Betracht kommenden Umständen den wirklichen Willen zu erforschen, aber er darf ihn nur soweit als maßgebend betrachten, als er in der Erklärung einen Ausdruck gefunden hat¹⁰⁾.

2. Diese Regelung entspricht auch dem Zwecke und Grundgedanken des Rechtsgeschäfts. Das Rechtsgeschäft ist das Mittel, unsere Rechtsverhältnisse nach unseren Bedürfnissen und Wünschen zu ordnen. Dieser Zweck aber wird am besten erreicht, wenn die Wirkung des Geschäfts sich möglichst dem Willen, nicht der vielleicht fehlgreifenden Erklärung anschmiegt. Deshalb bildet die Erklärung (d. h. die Äußerung des Willens, oben § 136 II A 2) zwar eine Schranke für den Ausleger, er darf nichts als Inhalt der Willenserklärung annehmen, was nicht erklärt ist; aber er muß den Willen als maßgebend betrachten, wenn der gewollte Inhalt in der Erklärung nur irgendwie erkennbar geworden ist¹¹⁾.

3. Unter der Erklärung aber sind nicht nur die gebrauchten Worte zu verstehen, sondern alles, wodurch der Wille, sei es allein, sei es im Verein mit anderen Umständen zum Ausdruck gelangt ist¹²⁾.

¹⁰⁾ In früheren Auflagen war zu ausschließlich betont, daß die Erklärung auszulegen ist, wodurch der Irrtum erweckt werden konnte, daß der Wille für die Auslegung überhaupt nicht in Betracht käme.

¹¹⁾ So sagt auch RG Gruchot 52 S. 426 „Die Auslegung findet die Grenze ihrer Zulässigkeit nur darin, daß nicht die Deutung der Willenserklärung zu einer Umdeutung werden darf, in den Worten also der behauptete Sinn möglicherweise liegen kann, mag er auch darin nur einen unvollkommenen Ausdruck gefunden haben“, vgl. ferner RG 90 S. 371 „sofern dieser andere Wille noch irgendwie in der Vertragsurkunde (Bürgschaft) gefunden werden kann“; ferner RG S. 429, wo eine auf Quadratruten lautende Erklärung als auf Quadratfuß gehend ausgelegt wird, weil sie so gemeint und vom Gegner verstanden war; ferner RG in JurW 1924 S. 1970f.: „Dazu genügt es, wie das RG oft ausgesprochen hat, daß das wirklich Gewollte einen, wenn auch noch so unvollkommenen Ausdruck gefunden hat“. — Stark von dem im Texte Gesagten und von den Entscheidungen des Reichsgerichts abweichend behauptet Leonhard (S. 68ff., S. 141), daß die Auslegung auf die Benutzung der in der Erklärung selbst (einschließlich der Vorverhandlungen) enthaltenen Umstände beschränkt sei. Selbst wenn die Parteien übereinstimmend etwas von dem objektiven Sinn der Erklärung irgendwie Abweichendes gewollt hätten, ohne daß dies in der Erklärung hervorgetreten sei, gelte nur der objektive Sinn der E. und jede Partei könne höchstens wegen Irrtums anfechten (S. 105f.). Mir scheint das mit dem § 133 in direktem Widerspruch zu stehen, auch dem § 157 und dem Rechtsgefühl nicht zu entsprechen und mit dem Zweck und Grundgedanken des Rechtsgeschäfts (oben 2) unvereinbar. Die L.'sche Ansicht zeigt, wohin die Überspannung der Erklärungstheorie führt. Allerdings will auch Leonhard den Willen berücksichtigen, wenn der Gegner den von dem objektiven Sinn der Erklärung abweichenden Willen des Erklärenden erkannt hat; aber auch dann nur, wenn ihm eine Aufklärungsspflicht oblag und er diese arglistig verletzt hat. Es soll sich dann um einen Schadensersatzanspruch handeln. Aber ein solcher könnte höchstens auf das negative Interesse gerichtet sein, nicht wie Leonhard in (m. E. unzulässiger) analoger Ausdehnung des § 463 Abs. 2 annimmt, auf das Erfüllunginteresse.

¹²⁾ Vgl. auch RG 67 S. 433. — Daher ist auch bei Willenserklärungen durch Zeichen oder durch schlüssiges Verhalten die Auslegung (Deutung) keineswegs ausgeschlossen.

Wenn beide Parteien im Einverständnis bei der Vertragsschließung von derselben irrigen Voraussetzung ausgegangen sind, so wird nicht selten zu schließen sein, daß sie den Vertraginhalt sowie er sich bei Wahrheit dieser Voraussetzung gestalten würde, gewollt und auch erklärt haben. Haben sie z. B. einen Kauf über ein Wertpapier zum Preise von 337 ½ % abgeschlossen, was nach ihrem Einverständnis dem Tageskurse, der in Wahrheit 437 ½ % betrug, entsprach, so wird meistens anzunehmen sein, daß sie zum Tageskurse abschließen wollten¹³⁾.

4. Daß Gesagte gilt für die nichtempfangsbedürftigen Willenserklärungen im allgemeinen ohne Einschränkung (vgl. jedoch unten 6). Bei ihnen, zumal den testamentarischen Verfügungen, ist der wirkliche Wille, also der vom Erklärenden gemeinte Sinn stets entscheidend, wenn die gebrauchten Worte (und sonstigen Erklärungszeichen) im Zusammenhange mit den begleitenden Umständen noch als eine (wenngleich unvollkommene) Erklärung dieses Inhalts aufgefaßt werden können¹⁴⁾.

Ist das der Fall, so sind selbst starke Abweichungen von dem gewohnten Sprachgebrauch unschädlich, und zur Auslegung können auch bisher verborgene, den Interessenten unbekanntete Umstände dienen. Kann aber die Erklärung nicht mehr als Erklärung des gemeinten Sinnes aufgefaßt werden, so gilt nicht der gemeinte, sondern der herkömmliche Sinn der Worte; jedoch ist (unter den bekannten Voraussetzungen) Anfechtung möglich, dadurch wird jedoch die Erklärung nur unwirksam, nicht der wirklich gemeinte Sinn wirksam¹⁵⁾.

5. Bei der empfangsbedürftigen Willenserklärung ergibt sich dagegen eine auf deren Wesen beruhende Abweichung. Die empfangsbedürftige Willenserklärung richtet sich an einen bestimmten Gegner, ist daher erst vollendet, wenn sie ihm zugegangen, d. h. so in seine Macht gekommen ist, daß seine Kenntnis erwartet werden durfte (oben § 149). Also ist sie auch nur mit dem Inhalt zugegangen, der dem Gegner erkennbar war. Ein von dem herkömmlichen abweichender Sinn kann also nur in Betracht kommen, wenn der Gegner ihn verstanden hat¹⁶⁾ oder unter den obwaltenden

¹³⁾ RGZ 94 S. 68 hält in diesem Falle den Vertrag für zu 337 ½ % abgeschlossen, aber für anfechtbar. W. E. ist das nur richtig, wenn die Annahme, die Parteien wollten zum Tageskurse abschließen, aus besonderen Gründen nicht zutrifft, RGZ 97 S. 139f.; 101 S. 52; 105 S. 406; 108 S. 108. Über die verschiedenen Ansichten vgl. Dertmann, Geschäftsgrundlage; Voher, ZivR 121 S. 1ff.; Rhode, ZivR 128 S. 257ff.

¹⁴⁾ Bei formbedürftigen Willenserklärungen muß sogar die formelle Erklärung für sich allein allenfalls noch als Erklärung dieses Inhalts aufgefaßt werden können (unten § 193 VI).

¹⁵⁾ Gutes Beispiel in RGZ 70 S. 391 ff.: Die Erblasserin hatte nur ihre vollbürtigen Geschwister einsetzen wollen, jedoch in dem durch unrichtige Rechtsbelehrung veranlaßten Glauben, die halbbürtigen seien durch die vollbürtigen ausgeschlossen, die „gesetzlichen Erben“ eingesetzt. Durch Auslegung war nicht zu helfen; denn der gewollte Sinn kann nicht mehr in der Erklärung gefunden werden; aber die Einsetzung der halbbürtigen Geschwister wurde mit Recht für anfechtbar erklärt.

¹⁶⁾ Vgl. auch RGZ 62 S. 50f.; 99 S. 148.

Umständen verstehen mußte¹⁷⁾. Hier können daher bei der Prüfung der Frage, ob der wirkliche Wille erklärt und also für die Auslegung maßgebend ist, nur Umstände benutzt werden, die der Gegner kannte oder deren Kenntnis oder Kenntnissnahme von ihm zu erwarten war¹⁸⁾. Besonders wichtig ist dies bezüglich des örtlichen Sprachgebrauchs und der örtlichen Verkehrssitten sowie für die von einer Partei ausgegebenen Prospekte und Bedingungen (unten § 193 I 2 a, b, II, III 1).

6. Aus gleichem Grunde wie bei empfangsbedürftigen ist auch eine Einschränkung der Auslegung bei solchen Willenserklärungen (auch den nicht empfangsbedürftigen) anzunehmen, welche noch unbestimmten Personen zur Kenntnis gelangen und dann ihnen gegenüber wirksam werden sollen, wie Vollmachturkunden, Wechsel, Inhaberschuldverschreibungen, Auslobungen usw. Hier werden bei der Prüfung der Frage, was noch als erklärt gelten kann, in der Regel nur allgemein erkennbare oder aus der Urkunde selbst zu entnehmende Umstände in Betracht gezogen werden dürfen, besondere nur dann, wenn sie derjenige Dritte, dessen Rechte oder Verpflichtungen in Frage stehen, kannte oder kennen mußte.

7. Bei letztwilligen Verfügungen hat, wenn zwischen der Errichtung und dem Tode Änderungen hinsichtlich des Personenkreises der Bedachten oder des Gegenstandes der Zuwendung eintreten, die Auslegung unter Umständen festzustellen, was der Testator, wenn er diese Änderungen vorausgesehen hätte, verfügt haben würde¹⁹⁾.

8. Auch andere Gesichtspunkte können für die Frage, wieweit der wirkliche Wille gegenüber der Unvollkommenheit der Erklärung durchgreife, mit in Betracht kommen. So wird bei Schenkungen der Meinung des Schenkers meist ein größeres Gewicht beizulegen sein als der des Beschenkten. Niemals aber ist bei der Auslegung schematisch zu verfahren, stets vielmehr die Gesamtheit der Umstände zu würdigen. Alle vorstehend gegebenen Grundlinien der Auslegungslehre sind mehr Richtpunkte als feste Regeln.

¹⁷⁾ Daß dies Kennen oder Kennenmüssen auf dem Verkehr mit dem Gegner oder auf Beziehungen zu ihm beruhe (so Lihé S. 109), ist nicht erforderlich.

¹⁸⁾ So sagt auch RGE 101 S. 247 vollkommen scharf, „daß zur Auslegung einer Willenserklärung Umstände nicht herangezogen werden können, die für den „Empfänger“ der Erklärung nicht erkennbar waren“, und ebenso RGE 88 S. 88, „daß eine Partei ihre Erklärung in dem Sinne gegen sich gelten lassen muß, wie sie die „Gegenpartei“ nach Treu und Glauben auffassen dürfte, ist nicht zu bezweifeln“. Daß in beiden Entscheidungen nur von empfangsbedürftigen Willenserklärungen die Rede ist, zeigen die Worte „Empfänger“ und „Gegenpartei“. Das Reichsgericht hat also den im Texte hervorgehobenen, immer noch vielfach geleugneten Unterschied der nichtempfangsbedürftigen und empfangsbedürftigen Willenserklärungen keineswegs verkannt. — Zu eng ist eine ziemlich verbreitete Meinung, nach der nur die dem Gegner bekannten Umstände in Betracht kommen sollen.

¹⁹⁾ Das BG stellt in dieser Beziehung mehrere Auslegungsvorschriften auf, deren analoge Ausdehnung zulässig erscheint, §§ 2067—2071; 2169 Abs. 3; 2172 Abs. 2; 2173; vgl. ferner RG Gruchot 62 S. 250; RGE 99 S. 85; 108 S. 85; 110 S. 306.

II. Unter Anwendung dieser Grundsätze hat die Auslegung nicht nur den dunklen oder zweideutigen Wortlaut aufzuklären, sondern auch den unvollständigen zu ergänzen²⁰⁾ oder den im einzelnen mißratenen zu verbessern²¹⁾ immer freilich nur unter der Voraussetzung, daß das Gefundene unter Berücksichtigung aller heranzuziehenden Umstände noch als erklärt und bei empfangsbedürftigen Willenserklärungen als dem Gegner erklärt zu betrachten ist.

Bisweilen leiden ferner nicht nur die Ausdrücke, sondern auch die Gedanken der Parteien an Unklarheit, Unvollständigkeit oder Ungenauigkeit. Namentlich ist die als gewollt bezeichnete Rechtsfolge oft nicht scharf und richtig erkannt. Dann ist es eine wichtige Aufgabe der Auslegung, aus dem wirtschaftlichen oder gesellschaftlichen Zwecke des Geschäfts, aus der Verkehrssitte und den begleitenden Umständen das eigentlich den Parteien vor-schwebende Ziel zu ergründen und die hierauf gerichtete Absicht ihren eigenen Unterlassungen oder Denkfehlern gegenüber ergänzend²²⁾ oder berichtigtend²³⁾ zur Geltung zu bringen²⁴⁾. Auch diese Korrektur darf freilich nicht zur Annahme eines Gedankeninhalts führen, der in der Erklärung überhaupt nicht mehr gefunden werden kann oder der gar mit der Absicht der Parteien in Widerspruch steht²⁵⁾.

III. Deckt sich der so ermittelte Sinn der Erklärung nicht mit dem Willen des Erklärenden, so ist gleichwohl der ermittelte Sinn maßgebend. Doch kann die Erklärung, wenn die bekannten Voraussetzungen vorliegen, wegen

²⁰⁾ RG Barn. 1915 Nr. 121; RG JurW 1915 S. 87; RG 88 S. 213; 99 S. 84 ff.

²¹⁾ RG SeuffM 62 S. 134; DLGE 10 S. 161 (RG). Wichtig ist dies namentlich auch bei Verwendung falscher Ausdrücke für Rechtsbegriffe: Testament statt Erbvertrag; Kauf statt Leihe (RG 38 S. 257 ff.); Darlehen statt Einlage (RG 31 S. 34); Gesellschaft statt nichtrechtsfähiger Verein (RG 60 S. 96).

²²⁾ Diese ergänzende und die gleich zu erwähnende berichtigende Auslegung fallen streng genommen nicht unter den Begriff der Auslegung, sind aber tatsächlich von ihr kaum zu trennen und werden deshalb auch als Auslegung bezeichnet. Die Zulässigkeit der ergänzenden Auslegung wird schon in den Protokollen betont (I S. 625) und in der Rechtsprechung nachdrücklich anerkannt, RG Gruchot 54 S. 386; 59 S. 919; 60 S. 654; RG 67 S. 434; 87 S. 113 (wo betont wird, daß die ergänzende Vertragsauslegung nur zur Ausfüllung von Lücken des Vertragswillens dienen darf, nicht aber zur Erweiterung des Vertragsgegenstandes selbst führen kann); SeuffM 65 S. 227 (Dresden); DLGE 22 S. 38 (Breslau) u. S. 138 (Dresden); RG 92 S. 420. Ebenso zahlreiche Schriftsteller. Widerlegung abweichender Ansichten bei Dertmann, Rechtsordnung S. 151—218.

²³⁾ RDStGE 22 S. 271; RG SeuffM 60 S. 191 ff.; vgl. auch unten § 284 II 2. Ferner enthalten L. 9 D. de in diem add. 18, 2 und L. 2 D. de leg. comm. 18, 3 Beispiele, in denen es sich um eine Korrektur des Gedankens, nicht nur des Ausdrucks handelt.

²⁴⁾ Die Berechtigung zu dieser Ergänzung und Berichtigung ist durch § 157 gegeben; denn dieser schreibt vor, daß der Vertrag nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte ausgelegt werden soll. Unter Vertrag aber sind nicht nur die einzelnen Vertragsbestimmungen, sondern das durch Zweck, Verkehrssitte, Umstände und Abreden bestimmte Ganze zu verstehen, und die Vorschrift des § 157 ist analog auch auf einseitige Geschäfte anzuwenden, unten § 193 III.

²⁵⁾ RG 87 S. 214; RG Barn. 1916 Nr. 157 S. 247; vgl. auch L. 9 i. f. D. de in diem add. 18, 2.

Richternspflichtigkeit nichtig oder wegen Irrtums anfechtbar sein²⁶⁾. Beruht die Abweichung des Willens auf geheimem Vorbehalt, so ist sie überhaupt bedeutungslos.

IV. Ist der (durch Auslegung sich ergebende) Inhalt einer empfangsbedürftigen Willenserklärung vom Gegner falsch oder überhaupt nicht verstanden, so ist zu unterscheiden:

1. Bei einer schriftlichen Erklärung wird die Gültigkeit durch das Mißverständnis nicht beeinträchtigt; denn für sie ist nur das Zugehen erforderlich, und eine Erklärung des durch die Auslegung sich ergebenden Inhalts ist dem Gegner zugegangen²⁷⁾. Gibt aber der Gegner darauf eine Erklärung ab, in der er auf die mißverstandene Erklärung ohne Inhaltsangabe bezug nimmt („Einverstanden“; „Akzeptiere ihre Offerte“), so weicht nun sein Wille von seiner Erklärung ab, er kann also seine Erklärung (und damit den ganzen Vertrag) nach Maßgabe des § 119 anfechten²⁸⁾, wird dadurch freilich zur Leistung des negativen Interesses verpflichtet.

2. Das gleiche gilt von der mündlichen Erklärung, wenn sie vom Gegner richtig wahrgenommen, aber unrichtig gedeutet ist²⁹⁾. Ich offeriere das Handpferd, der Gegner versteht auch „Handpferd“, meint aber, das linkslaufende (das Sattelpferd) werde Handpferd genannt und sei ihm also offeriert. Auch hier ist die auf das Handpferd (das rechtslaufende) gerichtete Offerte in seine Macht gekommen, also wirksam erklärt, und wenn er sie annimmt, kommt der Vertrag zustande, kann aber von ihm (unter der Gefahr, das negative Interesse leisten zu müssen) angefochten werden.

3. Ist dagegen die mündliche Erklärung falsch wahrgenommen, hat z. B. der Vermieter gesagt „ich kündige auf den 1. Juni“, der Mieter aber verstanden „auf den 1. Juli“, so liegt eine gültige Erklärung überhaupt noch nicht vor, denn die mündliche Erklärung gelangt erst durch die Wahrnehmung in die Macht des Gegners; der Empfang tritt hier erst mit der Wahrnehmung ein (oben § 149 B 1); die wirklich abgegebene Erklärung aber ist nicht wahrgenommen, sondern etwas anderes. Es wäre auch eine nicht zu entschuldigende Härte, wollte man den Erklärungsempfänger durch eine von ihm falsch oder überhaupt nicht wahrgenommene mündliche Erklärung für gebunden halten³⁰⁾.

²⁶⁾ RGE 68 S. 128 (oben Anm. 9).

²⁷⁾ Dies gilt allerdings nach dem oben I 5 Gesagten nur für den Inhalt (Wortlaut und Sinn), der unter den obwaltenden Umständen dem Gegner erklärt erscheint.

²⁸⁾ Vgl. auch Warnerer 1911 Nr. 110; 1912 Nr. 3.

²⁹⁾ Hiermit sowie mit dem unter I Gesagten stimmt auch Tizé, der diese Fragen zuerst ausführlich behandelt hat, überein, Mißverständnis S. 221 ff. bzw. S. 222 ff.

³⁰⁾ Stark abweichend hält Tizé S. 219 hier die Erklärung für gültig mit Ausnahme

V. Kann trotz aller Auslegungsversuche der (maßgebende) Sinn der Erklärung ganz oder teilweise nicht ermittelt werden, so ist die Erklärung oder der unbestimmt bleibende Teil nichtig. Ob die Nichtigkeit des Teiles das ganze Geschäft ergreift, ist nach § 139 zu entscheiden.

§ 193. Ausführung.

I. Ausgehen wird die Auslegung von den gebrauchten Worten, und für ihre Deutung wird zunächst anzunehmen sein, daß der Erklärende sie in dem Sinne gebraucht und der (etwaige) Gegner sie in dem Sinne verstanden habe, den die Allgemeinheit der Volksgenossen ihnen beilegt¹⁾.

1. Es kann aber auch der besondere Sprachgebrauch eines bestimmten Ortes oder Geschäftszweiges, ja selbst der bestimmten Person in Betracht kommen. Dies gilt bei nichtempfangsbedürftigen Willenserklärungen, insbesondere bei Testamenten, ohne besondere Beschränkungen²⁾ (vgl. aber unten 3).

2. Bei der empfangsbedürftigen Willenserklärung dagegen kann dies, eben weil sie sich an eine bestimmte Person richtet, nur dann gelten, wenn auch der Gegner den Sprachgebrauch des Erklärenden als maßgebend gelten lassen muß. Ob aber dies im Einzelfall zutrifft, oder ob nicht umgekehrt des Gegners besonderer Sprachgebrauch oder keiner von beiden, sondern nur der allgemeine entscheidet, darüber läßt sich keine allgemeine Regel aufstellen; vielmehr sind dafür die verschiedenartigsten Umstände allein oder in Verbindung miteinander bestimmend³⁾, insbesondere:

des Falles, daß der Erklärende unmittelbar nach Abgabe der Erklärung den Mangel der gegnerischen Wahrnehmung bemerkt hat oder bemerken mußte. Das entspricht aber weder der Rechtskonsequenz noch der Billigkeit. Oder soll in dem Beispiel des Textes der Vermieter verlangen können, daß der Mieter am 1. Juni ausziehe? Wäre Lizes Ansicht richtig, so müßte selbst die an einen Tauben (dessen Taubheit ohne Verschulden nicht bemerkt wurde) abgegebene und von diesem nicht verstandene mündliche Erklärung gültig sein; was Lize in der Tat im Widerspruch mit den römischen Juristen (Gaj. III §§ 105, 108; L. 1 § 15, L. 48 D. 44, 7; L. 1 pr. D. 45, 1) und in Widerspruch mit der sonst allgemein gebilligten Meinung annimmt.

¹⁾ L. 7 § 2 D. de suppl. leg. 33, 10: „Non ex opinionibus singulorum sed ex communi usu nomina exaudi ri debere.“

²⁾ Das gilt unter Umständen selbst von sonderbarer Ausdrucksweise, z. B. wenn der Erblasser seine „Maritätenammlung“ vermacht hat und so eine Abteilung seines Weinfellers zu bezeichnen pflegte, oder seine „Menagerie“, wie er seine Porträtgalerie zu benennen liebte (einerlei ob der Belastete oder der Bedachte diese Sonderbarkeit kannte). Freilich ist stets zu prüfen, ob der Testator die gewohnte absonderliche Redeweise auch im Testament beobachtet hat, vgl. L. 7 § 2 D. de suppl. leg. 33, 10 und zur Auslegung Enneccerus, Rechtsgeschäft S. 123 Anm. 2.

³⁾ Alle gemachten Versuche, hier feste Regeln zu finden, bevorzugen einzelne Umstände in einseitiger Weise: Savigny 8 S. 264f. und Dernburg, BR I § 111 II, lassen den Sprachgebrauch des Verfassers des ersten Schreibens (meist des Offerenten) entscheiden, weil der andere Teil sich diesem gefügt habe; Cosad umgekehrt die Auffassung

die Kenntnis von dem besonderen Sprachgebrauch oder das Kennenmüssen; der Ort, wo die Erklärung abgegeben ist oder umgekehrt, wohin sie sich richtet oder wo sie wirken soll; die Natur des Geschäftes, indem z. B. bei Schenkungen der Sprachgebrauch des Schenkers meist für überwiegend zu halten sein wird; der Sprachgebrauch, der bei früheren Geschäften befolgt ist; die Redeweise der Person, welche den Ausdruck zuerst gebraucht hat; bei technischen Ausdrücken der Sprachgebrauch des Gewerbes, um dessen Leistungen es sich handelt, und noch manches andere.

a) Ergeben nun die Umstände, daß die von der einen Partei angenommene besondere Bedeutung auch für die andere als maßgebend gelten muß, so ist das Geschäft im Sinne dieser Bedeutung gültig geschlossen⁴⁾; doch kann der Erklärende (bei Vertragsschlüssen ist das jede Partei), wenn er seine Erklärung gleichwohl anders gemeint hat, unter den bekannten Voraussetzungen (§ 119) anfechten, freilich unter der Gefahr, das negative Interesse leisten zu müssen (§ 122)⁵⁾.

b) Besteht dagegen kein ausreichender Grund, die besondere Bedeutung auch für den Gegner als maßgebend zu betrachten, so kann nur der allgemein herkömmliche Sinn in Betracht kommen⁶⁾. Der Erklärende kann aber, wenn er seine Erklärung gleichwohl anders gemeint hat, anfechten (§§ 119, 122).

des Empfängers, weil sich der Erklärende dessen Verständnisvermögen anpassen müsse; Danz (S. 222) erklärt den Abschlußort für maßgebend; Tige (S. 159) den Ursprungsort der Erklärung, jedoch soll ein Ausdruck nach der Sprache dessen ausgelegt werden, der ihn zuerst gebraucht hat; v. Bar (Th. u. Pr. des int. PrKs) entscheidet (richtig) nach den Umständen, mißt aber ohne genügenden Grund dem Erfüllungsort sekundäre Bedeutung zu. Der im Texte aufgestellten Ansicht ist Dertmann, Rechtsordnung und Verkehrsſitte S. 405 ff., beigetreten.

⁴⁾ Beispiele: 1. Wenn eine Versicherungsgesellschaft die Haftung für Schaden durch Aufruhr ablehnt (von Wächter gebrauchtes Beispiel), so ist im Zweifel für die Frage, was unter Aufruhr zu verstehen ist, der Sitz der Gesellschaft maßgebend. 2. Wenn ein Österreicher nach Dänemark schreibt, daß er für ein dort zum Verkauf stehendes Pferd 1000 Kronen biete, so sind im Zweifel dänische Kronen zu verstehen. 3. Wer eine Sache bei einem Gewerbetreibenden bestellt, wird im Zweifel den Sprachgebrauch des Gewerbes und des Ortes der Gewerbeniederlassung als entscheidend zu betrachten haben. 4. Bei Verträgen über Grundstücke, zumal bei Miet- und Pachtverträgen, wird im Zweifel der Ort, an dem das Grundstück liegt, maßgebend sein, z. B. über die Frage, was unter dem I. Stod zu verstehen ist. Gegen Tiges Vermutung, daß mir in den Beispielen 2 und 4 der Gedanke der *lex rei sitae* vorschwebt, brauche ich mich wohl kaum zu verteidigen; denn offensichtlich schließe ich aus der Gesamtheit der Umstände, daß von dem, der eine Offerte in Kronen über ein dort verkäufliches Pferd nach Dänemark sendet oder den I. Stod eines Hamburger Hauses mietet, „im Zweifel“ (nicht „schlechthin“) erwartet werden darf, daß er sich darüber unterrichtet habe, was man in Dänemark unter Kronen, in Hamburg unter dem I. Stod versteht. Wenn Tige die Offerte des zweiten Beispiels auf österreichische Kronen deutet, weil nach der von ihm aufgestellten Regel der Ursprungsort der Erklärung entscheidet, so beweist das m. E. nur, wie nötig die Warnung des Textes vor Regelbildung ist.

⁵⁾ In den Fällen 2, 3, 4 der vorigen Anmerkung also der Käufer, Besteller, Mieter, während im Falle 1 die Erfordernisse des § 119 schwerlich vorliegen werden.

⁶⁾ Ist ein Scheck versprochen, worunter der Gläubiger einen Wechsel, der Schuldner einen Scheck (oder einen einfachen Schuldschein) verstanden hat, so kann das Versprechen nur als auf einen Scheck gerichtet ausgelegt werden.

c) Ist weder ein besonderer und für beide Teile bindender, noch ein allgemein herkömmlicher Sinn zu ermitteln (was namentlich bei ganz zweideutigem Ausdruck bisweilen vorkommt), so ist eine wirksame Erklärung überhaupt nicht zustande gekommen; denn eine Erklärung des bestimmten Inhalts an den anderen Teil liegt nicht vor⁷⁾.

3. Eine besondere Stellung nehmen diejenigen Willenserklärungen ein, die unbestimmten Personen gegenüber wirken sollen, wie Vollmachtsurkunden, Wechsel, Inhaberschuldverschreibungen usw. Bei ihrer Auslegung werden in der Regel nur der allgemeine Sprachgebrauch und die aus der Urkunde selbst sich ergebenden Momente in Betracht gezogen werden dürfen, dagegen der besondere örtliche, gewerbliche oder persönliche Sprachgebrauch nur dann, wenn derjenige Dritte, dessen Rechte oder Verpflichtungen in Frage stehen, ihn kannte oder doch kennen und für maßgebend halten mußte⁸⁾.

II. Neben dem Wortlaut kommen für die Auslegung zahlreiche andere Momente in Betracht, die einen Schluß auf den Sinn der Erklärung gestatten, so namentlich: das Gesamtverhalten der Geschäftspersonen beim Geschäftsabschluß und die begleitenden Umstände aller Art, die Vorverhandlungen⁹⁾, die gewöhnliche Handlungsweise der Beteiligten, unter Umständen ihre Vermögenslage; ganz besonders aber der Zweck des Geschäftes¹⁰⁾ und der Zusammenhang mit anderen Geschäften oder anderen Teilen desselben Geschäftes. Der Wert der Auslegung hängt häufig davon ab, daß diesen begleitenden Umständen und insbesondere dem Zwecke des Geschäftes im Vergleich mit dem Wortlaut der richtige Wert beigelegt wird¹¹⁾. Bei empfangs-

⁷⁾ Beispiel: Ein Däne verkauft in Berlin ein dort befindliches Pferd einem Österreicher für 1000 Kronen; wobei jeder an die Währung seines Landes denkt. Danz (S. 223 Anm. 2) will in diesem Beispiel (nach seinen Regeln) den Sprachgebrauch dessen entscheiden lassen, der den Preis vorgeschlagen hat; gewiß mit Unrecht, man denke nur, daß keinem die Rationalität des anderen bekannt war. — Auch in dem vielbesprochenen Falle der Entscheidung RGZ 68 S. 6ff. liegt der Grund der Richtigkeit nicht, wie das RG annimmt, in einem versteckten Dissens (denn auch eine einseitige Erklärung müßte unter gleichen Umständen nichtig sein), sondern darin, daß das Kadelwort („Semilobel“) weder einen allgemein herkömmlichen, noch einen besonderen und für beide Teile bindenden Sinn besitzt (ähnlich Lige, der von Unbestimmtheit spricht). Schließt man freilich (was das RG nicht tut und was auch nicht ohne weiteres zulässig ist) aus dem Tatbestande, der Agent habe die Mitteilung über die Bedeutung des Kadelwortes als Bote des Verkäufers gemacht, so wäre diese Mitteilung (nach Analogie des § 120) für den Verkäufer verbindlich, der Kauf mithin auf ihrer Grundlage gültig geschlossen, jedoch von Seiten des Verkäufers ansechtbar (vgl. Hoeniger, Bürgl 35 S. 258).

⁸⁾ Vgl. Böhens, Grenze zwischen Tatfrage und Rechtsfrage S. 196f. Danz S. 214ff.; Dernburg I § 164 IV u. Anm. 1; RGZ 20 S. 61.

⁹⁾ Vgl. auch L. 134 § 1 D. de V. O. 45, 1: plerumque ea, quae praefationibus convenisse concipiuntur, etiam in stipulationibus repetita creduntur.

¹⁰⁾ RGZ 18 S. 232; 19 S. 63.

¹¹⁾ Grundlose Vernachlässigung des Wortlauts erklären L. 25 § 1, L. 69 pr. de leg. III für unzulässig: Cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio. Non aliter a significatione verborum recedi oportet, quam cum manifestum

bedürftigen Willenserklärungen ist aber auch hier (wie beim Sprachgebrauch) zu beachten, daß nur diejenigen begleitenden Umstände und diejenigen Zwecke für die Frage, was erklärt sei, in Betracht kommen, welche der andere Teil kannte oder deren Kenntnisnahme von ihm zu erwarten war¹²⁾.

Daher sind insbesondere die von einer Partei der anderen zugestellten Prospekte, Preislisten und Geschäftsbedingungen für die Auslegung maßgebend, wenn die Kenntnisnahme (und zwar vor dem Geschäftsabschluß) erwartet werden konnte. Ob das aber der Fall ist, läßt sich nicht allgemein, sondern nur nach den Umständen entscheiden¹³⁾. Auf die nicht ihr, sondern anderen Personen zugestellten Prospekte usw. wird die Partei im allgemeinen keine Rücksicht zu nehmen brauchen¹⁴⁾.

III. Es muß so ausgelegt werden, „wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte¹⁵⁾ es erfordern“, was in § 157 zwar direkt nur für Verträge ausgesprochen, unbedenklich aber auch auf einseitige Willenserklärungen anzuwenden ist¹⁶⁾. Die Abgabe und die Entgegennahme der Erklärung sowie das gesamte Verhalten der Geschäftspersonen sind also so zu deuten, wie es redliche und verständige Menschen unter gleichen Umständen¹⁷⁾ zu meinen pflegen¹⁸⁾. Das gilt nicht nur, wenn der innere

est, aliud sensisse testatorem; dagegen wird das Neben am Wortlaut in L. 9 D. de in diem add. 18, 2; L. 2 D. de lege comm. 18, 3; L. 54 § 1 D. locati 19, 2; L. 31 D. evict. 21, 2 verworfen.

¹²⁾ Ist z. B. der Kaufgegenstand undeutlich bezeichnet, so kann sich der Käufer für die Richtigkeit seiner Auslegung nicht auf den dem Verkäufer unbekanntem Zweck des Kaufes berufen.

¹³⁾ In der Rechtsprechung ist es bejaht, wenn Geschäftsbedingungen üblich und dem Gegner zugestellt waren (RG 13 S. 76f.) oder wenn die Zustellung bei einer früheren Geschäftsverbindung erfolgt war (RG Recht 1908 Nr. 942, ähnlich SeuffA 52 S. 393f.) oder wenn sie so veröffentlicht sind, daß der Gegner Kunde erhalten mußte (RG 103 S. 86); dagegen verneint, wenn sie am Ende einer Preisliste, wo man sie nicht vermuten brauchte, mitgeteilt waren (SeuffA 64 S. 391, Kostod.) oder wenn die Mitteilung erst beim Geschäftsabschluß erfolgte und die sofortige Kenntnisnahme dem Gegner nicht zugemuten war (OLG 14 S. 371f.). Teilweise abweichend Tige, der eine feste Regel bilden will. Ein Widerspruch zwischen der Kostoder und den beiden ersten Entscheidungen ist m. E. keineswegs vorhanden.

¹⁴⁾ RG 66 S. 40.

¹⁵⁾ Da die Verkehrssitte nur bei der nach Treu und Glauben erfolgenden Auslegung berücksichtigt werden soll, so sind Verkehrssitten, die Treu und Glauben verletzen, bedeutungslos. — Der Grundsatz, daß nach Treu und Glauben (bona fides) und Verkehrssitte ausulegen sei, ist schon im klassischen röm. Recht herrschend. — Die Frage, ob eine Verkehrssitte bestimmten Inhalts bestehe, ist Tatfrage, also nicht revisibel. Die Frage, ob diese Verkehrssitte oder ob Treu und Glauben durch eine Auslegung verletzt sei, ist Rechtsfrage, also revisibel, RG Warn. 1919 Nr. 131.

¹⁶⁾ Unbestritten gilt das für empfangsbedürftige Willenserklärungen (Kündigung, Bevollmächtigung), aber es ist auch für nichtempfangsbedürftige anzunehmen. Weshalb sollte eine nachweisbare Verkehrssitte, die sich etwa über die Auslegung gewisser Ausdrücke in Testamenten oder Auslobungen gebildet hat, nicht benutzt werden? Dertmann zu § 157, 1b und 3, will die Vorschrift zwar auf alle (auch die einseitigen) Rechtsgeschäfte, aber nicht auf die beiden einzelnen, nur zusammen einen Vertrag bildenden Willenserklärungen (Offerte und Annahme) anwenden. Wenn aber eine Kündigung nach der Verkehrssitte auszulegen ist, weshalb nicht eine Offerte? Und wie, wenn für die beiden Parteien verschiedene Verkehrssitten maßgebend waren? Soll das gar nicht in Betracht kommen?

¹⁷⁾ Auch die persönlichen Beziehungen zwischen den Parteien können mit in Betracht kommen RG Leipzig 1920 S. 643.

¹⁸⁾ Beispiele: RG 66 S. 126f.: „Wer einen Teil seines Grundstücks zur Anlage einer Brillefabrik verkauft, kann sich nicht wegen des damit unvermeidlich gegebenen

Wille zweifelhaft ist, sondern auch, wenn nachweislich ein anderer Wille vorhanden war. Ist nämlich die Erklärung bewußterweise in anderem Sinne abgegeben, als sie nach Treu und Glauben und Verkehrs-sitte zu verstehen war, so kommt die abweichende Willensrichtung als geheimer Vorbehalt nicht in Betracht¹⁹⁾. Ist sie aber ohne Verletzung von Treu und Glauben, zumal in Unkenntnis der Verkehrs-sitte anders gemeint, so gilt die Erklärung doch in dem durch Treu und Glauben und Verkehrs-sitte bestimmten Sinne, ist aber unter den bekannten Voraussetzungen anfechtbar (§§ 119, 122)²⁰⁾.

1. Die Verkehrs-sitte ist namentlich im Handelsverkehr stark ausgeprägt (Handels- und Börsenbräuche, übliche Versicherungsbedingungen usw.). Sie ist gleich wichtig für die Deutung des Wortlauts wie für die Würdigung des sonstigen Verhaltens und der begleitenden Umstände. Bei empfangsbedürftigen Willenserklärungen ist sie jedoch für die Frage, ob der wirkliche Wille in der Erklärung noch gefunden werden kann, nur entscheidend, wenn sie dem Gegner bekannt war oder die Kenntnis bei ihm erwartet werden durfte, was freilich bei allgemeinen Verkehrs-sitten oder bei Verkehrs-sitten eines Berufs- oder sonstigen Kreises, dem beide Parteien angehören, in der Regel anzunehmen sein wird²¹⁾. Möglicherweise können für die beiden Parteien verschiedene Verkehrs-sitten in Betracht kommen, in welchem Falle das über den Sprachgebrauch Gesagte (oben I 2 a, b) entsprechend anzuwenden ist²²⁾.

2. Nicht selten ist anzunehmen, daß sich die Parteien der herrschenden Verkehrs-sitte, wie sie auch beschaffen sein möge, schlechtthin unterwerfen wollen, z. B. daß sie für die an einer bestimmten Börse geschlossenen Geschäfte die Rechnungs- und Ausdrucksweise jener Börse schlechtthin als maßgebend betrachten wollen. Dann liegt selbst wenn sich eine Partei von jener Verkehrs-sitte eine falsche Vorstellung gemacht haben sollte, nicht einmal eine Abweichung der Erklärung vom Willen vor, so daß also auch von Anfechtung wegen Irrtums nicht die Rede sein kann²³⁾.

3. Auch die schon oben § 192 II besprochene ergänzende und berichtigende Auslegung beruht auf § 157.

Staubes usw. beklagen; RGZ 93 S. 299: Wer weiß, wie der andere Teil eine mehrdeutige Erklärung gemeint oder verstanden hat, kann sich nicht auf einen anderen Sinn berufen; vgl. ferner RGZ 66 S. 428f.; RGZ 98 S. 122 (Auslegung typischer Vertragsklauseln nach Treu und Glauben). — Sehr zahlreiche auf § 157 gegründete Entscheidungen und ein sehr umfangreiches Schrifttum haben die sog. Kriegsklauseln und ähnliche hervorgerufen, d. h. die bei einem Vertrage getroffenen Vereinbarungen, daß im Falle des Krieges oder ähnlicher Ereignisse (Mobilmachung, Aufruhr, Streik, Betriebsstörungen, höhere Gewalt usw.) der Vertrag hinfällig werden oder ein Rücktrittsrecht entstehen oder Befreiung von der Lieferungs- und Abnahmepflicht oder Fristverlängerung eintreten solle usw., darüber unten § 264 IV. — Über die sog. *clausula rebus sic stantibus* unten § 264 a.

¹⁹⁾ Habe ich 1000 Rubel versprochen und Papier gemeint, obgleich der Gegner nach der mir bekannten Verkehrs-sitte „Gold“ verstehen mußte und, wie mir bewußt war, auch verstanden hat, so kommt mein abweichender Wille nicht in Betracht.

²⁰⁾ Habe ich 1000 Rubel versprochen und Papier gemeint, während nach der mir unbekannteren Verkehrs-sitte „Gold“ zu verstehen war, so gilt die Erklärung genau so, als hätte ich versehenlich „Gold“ gesagt. Ich kann also anfechten, muß aber dann das negative Interesse leisten. Daß im Texte (wie im Beispiel) nur von auslegender, nicht von ergänzender Verkehrs-sitte die Rede ist, dürfte kaum mißzuverstehen sein, was ich gegen Manigk, Irrtum S. 162, bemerke.

²¹⁾ Vgl. auch HGB § 346 „unter Kaufleuten“; ferner RGZ 69 S. 126f.

²²⁾ Von mehreren widerprechenden Verkehrs-sitten kann aber auch eine ausschlaggebend sein, z. B. die des Haupthandelsplatzes gegenüber kleineren Plätzen, RDStGH 7 S. 13; SeuffA 50 Nr. 256.

²³⁾ Dieser Fall ähnelt durchaus dem oben § 157 I 1 b besprochenen.

4. Auch allgemeine Anschauungen und übliche Handlungsweisen, die sich noch nicht zu einer bestimmten Verkehrssitte verdichtet haben, können für die Auslegung in Betracht kommen, jedoch nur, wenn sie den Geschäftspersonen bekannt waren²⁴).

IV. Ferner ist wie bei der Auslegung der Gesetze (oben § 51 III) der Wert des Ergebnisses der Auslegung auch hier von großer Bedeutung. Insbesondere wird in Zweifelsfällen so auszulegen sein, daß sich ein verständiger, den wirtschaftlichen und sonstigen Interessen der handelnden Personen entsprechender Sinn ergibt²⁵).

V. Endlich kann für die Auslegung eine der zahlreichen besonderen Auslegungsvorschriften (oben § 45 II) in Betracht kommen.

Das gem. Recht hat auch eine Reihe von allgemeinen Auslegungsregeln aufgestellt, namentlich daß im Zweifel gegen den auszulegen sei, der den Vertrag formuliert hat²⁶) (also aus diesem Grunde in der Regel gegen den Verkäufer oder Vermietet²⁷) sowie in der Neuzeit gegen die formularmäßigen Bedingungen der Versicherungsgesellschaften und größeren Betriebe²⁸), ferner daß im Zweifel die Auslegung, bei der die Erklärung den erstrebten Erfolg am vollständigsten erreicht, vorzuziehen sei²⁹), und daß im Zweifel bei Verpflichtungen die kleinere Summe als gewollt gelte³⁰). Noch jetzt haben diese Regeln einen gewissen Wert³¹), aber sie binden den Richter nicht; denn das BG hat von der Aufstellung solcher Regeln mit Recht abgesehen, da sie als gesetzliche Vorschriften leicht zu Irrtümern führen. Nur für leibwillige Verfügungen ist bestimmt, daß im Fall der Mehrdeutigkeit diejenige Auslegung vorzuziehen ist, bei der die Verfügung Erfolg haben kann (§ 2084).

Die BD v. 14. 2. 1920 enthält die Auslegungsvorschrift, daß unter „Friedensschluß“ oder „Kriegsende“ im Zweifel³²) der 10. Januar 1920 zu verstehen ist (vgl. aber auch § 1 Abs. 2 u. 3 der BD).

VI. Die dargelegten Regeln gelten auch für Willenserklärungen, die gesetzlich einer bestimmten Form bedürfen. Insbesondere ist nicht zu bezweifeln, daß auch außerhalb der Urkunde liegende Umstände, wie z. B. die Vorverhandlungen, zur Auslegung herangezogen werden dürfen³³). Nur muß, da das Gesetz hier die bestimmte Form für die Willenserklärung vorschreibt, der durch die Auslegung zu ermittelnde Sinn in der Urkunde noch

²⁴) RG Warn. 1919 Nr. 192.

²⁵) Vgl. auch RG Warn. 1912 Nr. 147.

²⁶) L. 38 § 18, L. 99 pr. D. de V. O. 45, 1; L. 26 D. de reb. dub. 34, 5.

²⁷) L. 39 D. de pact. 2, 14; L. 21, L. 33 D. de contr. emt. 18, 1; L. 172 pr. D. de reg. jur. 50, 17.

²⁸) RG 10 S. 160; 18 S. 144.

²⁹) L. 80 D. de V. O. 45, 1; RG 24 S. 67.

³⁰) L. 34 i. f. D. de R. J. 50, 17. Diese Regel kann aber auf gegenseitige Verpflichtungsverhältnisse nur sehr bedingte Anwendung finden. Vielmehr wird hier eher diejenige Summe anzunehmen sein, die dem Werte der Gegenleistung am besten entspricht.

³¹) So nimmt z. B. das RG in ständiger Rechtsprechung an, daß Unklarheiten in den von einer Versicherungsgesellschaft entworfenen Versicherungsbedingungen zu Lasten der Gesellschaft gehen, RG 94 S. 29.

³²) Also nicht bei erweislich abweichendem Willen der Parteien, RG Warn. 1921 Nr. 81.

³³) Das (nicht aber das Gegenteil, wie Danz meint) dürfte auch die herrschende Ansicht sein, vgl. die oben § 146 Anm. 2 angeführten Entscheidungen.

einen, wenngleich unvollkommenen Ausdruck gefunden haben³⁴). Doch darf man, wenn man nicht zu unerträglichem Formalismus kommen will, hier nicht zu ängstlich urteilen.

VII. Wer einen von der normalen Bedeutung abweichenden Sinn der Erklärung behauptet, hat die Umstände, aus denen sich dieser abweichende Sinn ergibt, zu beweisen, also z. B. den besonderen Sprachgebrauch, die besondere Verkehrsart, die besondere Lage der Verhältnisse usw.; denn als Regel wird der Richter annehmen, daß der Erklärende die Erklärungsmittel in dem herkömmlichen Sinne gebraucht hat³⁵). Bei empfangsbedürftigen Erklärungen ist aber außerdem zu zeigen, daß diese besonderen Umstände auch für die Auffassung des Gegners als maßgebend zu betrachten sind.

IX. Analoge Anwendung der Vorschriften über Rechtsgeschäfte.*)

§ 194.

I. Die Rechtshandlungen oder geschäftsähnlichen Handlungen (oben § 128 III 2) unterscheiden sich von den Willenserklärungen dadurch, daß sie nicht auf die Herbeiführung einer Rechtswirkung gerichtet sind, diese also nicht als gewollt bezeichnen (oder doch nicht bezeichnen brauchen), und daß die Wirkung eintritt, nicht weil sie gewollt, sondern lediglich weil sie durch das Gesetz verordnet ist¹). Aber sie sind den Willenserklärungen nahe verwandt; denn sie sind gleichfalls Äußerungen eines geistigen Vorgangs (eines Willens oder einer Vorstellung) und führen wie jene Rechtswirkungen herbei. Tatsächlich werden sie auch, zwar nicht notwendig, aber doch gewöhnlich, in dem Bewußtsein dieser Rechtsfolgen und oft in der Absicht, sie hervorzurufen, vorgenommen. Wegen dieser überwiegenden Ähnlichkeit sind auf sie die Vorschriften über Willenserklärungen und Rechtsges-

³⁴) So auch RGZ 59 S. 219; 62 S. 175 und 382; 67 S. 214; 71 S. 115; 76 S. 306; 80 S. 401 ff.; SeuffM 60 S. 433. Zustimmung v. Lühr S. 506; vgl. auch Dertmann S. 137 ff. A. A. Danz S. 167 ff.

³⁵) Das ist selbstverständlich und kaum bestritten. Vgl. auch L. 114 D. de reg. jur. 50, 17: In obscuris inspicere solere, quod verisimilius est aut quod plerumque fieri solet; C. 7 X de spons. et matr. 4, 1. Man darf aber nicht, wie es neuerdings mehrfach geschehen ist, aus diesem Wahrscheinlichkeitschlusse die feste Regel machen, daß jede Willenserklärung nur in dem herkömmlichen Sinne Geltung habe (wovon man dann nur einzelne Ausnahmen zulassen will). Das ist eine Vertauschung der Beweisfrage mit der ganz anderen Frage, was den Inhalt der Erklärung bilde.

^{*}) Bittelmann, Rechtsgeschäfte S. 33f.; Breit, Geschäftsfähigkeit S. 199 ff.; Manigt, Willenserklärung S. 650 ff.; P. Klein, Rechtshandlungen (1912) und zahlreiche daselbst S. 3 Anm. 16 zitierte Aufsätze desselben Verfassers.

¹) Das Gesetz sanktioniert nicht die Rechtshandlung, z. B. die Mitteilung oder Mahnung, sondern knüpft an sie ungewollte Folgen. Dabei kann unter Umständen aber doch ein Parallelismus zwischen der Mitteilung und ihrer Wirkung bestehen, z. B. wirkt die Mitteilung über eine erteilte Vollmacht nach § 171 dem Empfänger gegenüber gerade so, wie die durch die Mitteilung bezeichnete Vollmachtsteilung gewirkt haben würde.

schäfte in weitem Maße analog anzuwenden. Freilich muß dabei der besondere Inhalt und die Wirkung der betreffenden Erklärung mitberücksichtigt werden. Doch darf die analoge Anwendbarkeit als Regel behauptet werden²⁾.

1. Die geschäftsähnlichen Willensäußerungen (oben § 128 III a) sowie ferner die Mitteilungen (oben § 128 III 2 b) setzen in gleicher Weise wie die Rechtsgeschäfte die Geschäftsfähigkeit und das ungestörte Bewußtsein der Geschäftssubjekte voraus³⁾.

So kann z. B. ein Geschäftsunfähiger nicht wirksam mahnen, wohl aber ein Geschäftsbeschränkter, da ihm die Mahnung nur Vorteil bringt. Die Fessionsanzeige eines Geschäftsunfähigen ist nichtig, die eines Geschäftsbeschränkten bedarf der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters, da sie rechtliche Nachteile herbeiführt⁴⁾ (§ 409). Auch für den Empfang von solchen Aufforderungen und Mitteilungen durch Geschäftsunfähige oder -beschränkte muß das gleiche wie beim Empfang von Willenserklärungen gelten⁵⁾; und ebenso sind die Vorschriften über Willenserklärungen Bewußtloser oder vorübergehend geistig Gestörter und an solche analog anzuwenden. Für die Wohnsitzbegründung und die Geschäftsführung ohne Auftrag ist das Erfordernis der Geschäftsfähigkeit ausdrücklich im Gesetze ausgesprochen (§§ 8, 682 vgl. unten § 386 Anm. 8).

2. Auch die Vollendung der geschäftsähnlichen Willensäußerungen und Mitteilungen ist in gleicher Weise wie die Vollendung der Willenserklärungen zu bestimmen; eine Mahnung oder Fessionsanzeige unter Abwesenden ist also vollendet, wenn sie zugegangen ist. Doch gilt für einzelne Mitteilungen, z. B. die Mängelanzeige beim Kauf und Werkvertrag (§§ 478, 485, 639), die Besonderheit, daß sie schon mit der Absendung wirksam werden⁶⁾.

²⁾ Zustimmung v. Land-Flad, Vorbem. zu III Abschnitt 1 2a sowie v. Tuhr an den in den folgenden Anmerkungen bezeichneten Stellen.

³⁾ Ebenso Bittelmann a. a. D. bezüglich der Mitteilungen; v. Tuhr II 1 S. 360, 362 allgemein. Dagegen kommt Klein (S. 168f.) zwar bezüglich der geschäftsähnlichen Willensäußerungen (Willensmitteilungen) zu ähnlichen Ergebnissen, hält dagegen Mitteilungen (Vorstellungsmitteilungen), auch wenn sie von Geschäftsunfähigen ausgehen, für wirksam, falls sie dem Mitteilenden lediglich rechtlichen Vorteil bringen (S. 149, 151f.). Das wird aber den Interessen des Gegners keineswegs gerecht; oder soll etwa der Verkäufer oder Vermieter jede Mängelanzeige eines Geisteskranken respektieren müssen? Kleins Gegenbeispiele dürften sich dadurch erledigen, daß die betreffenden Anzeigepflichten vernünftigerweise wegfallen müssen, wenn der Zweck dieser Anzeigen auf irgendwelchem anderen Wege erreicht ist. Noch anders Manig! S. 709ff. u. 771 (gegen ihn Klein S. 167).

⁴⁾ Diejenigen Rechtsfolgen, welche nicht an die Fessionsanzeige als solche, sondern an die Kenntnis des Schuldners von der Fession geknüpft sind (§§ 406—408), treten aber natürlich auch bei der Fessionsanzeige eines Geschäftsunfähigen oder Geschäftsbeschränkten ein, vorausgesetzt, daß der Schuldner wirklich sichere Kunde erhält (Mitteilung eines wegen Geisteskrankheit Endmündigen, aber wieder Gesunden über eine vom Vormund vollzogene Abtretung). Die Nichtbeachtung dieses Unterschiedes ist wohl die Hauptquelle der abweichenden Ansichten. Was von der Fessionsanzeige gesagt ist, gilt entsprechend auch bei anderen Mitteilungen.

⁵⁾ Der Grund der Geschäftsbeschränkung, die Minderjährigen usw. vor der Nachteilen zu bewahren, die ihnen im Verkehr aus ihrer mangelnden Einsicht oder Willensreife erwachsen würden, trifft auch für die mit Nachteilen verknüpften Aufforderungen und Mitteilungen und deren Empfang zu.

⁶⁾ Diese Ausnahmenvorschriften bestätigen die Regel, daß andernfalls Zugang erforderlich wäre.

3. Ebenso sind die Vorschriften über Stellvertretung, Einwilligung und Genehmigung, sofern sich nicht aus dem Gesetze oder der Natur der betreffenden Handlung ein anderes ergibt, auf die geschäftsähnlichen Willensäußerungen und Mitteilungen entsprechend anzuwenden.

a) So ist z. B. eine Mahnung von Seiten eines Vertreters ohne Vertretungsmacht unzulässig und genehmigungsunfähig, es sei denn, daß der Gemahnte die vom Mahnenden behauptete Vertretungsmacht nicht beanstandet hätte oder damit einverstanden gewesen wäre, daß der Mahnende ohne Vertretungsmacht handelte (§ 180). Daß bei Mitteilungen eine Stellvertretung nach Maßgabe der Vorschriften über Rechtsgeschäfte stattfindet, ist auch in der Rechtsprechung anerkannt⁷⁾.

b) Auch auf die Wohnsitzbegründung und -aufgabe sind die Stellvertretungsgrundsätze entsprechend anzuwenden. Dem gesetzlichen Stellvertreter eines Kindes oder Geisteskranken muß doch die Möglichkeit gegeben sein, wenn es die Umstände erfordern, dessen Hausstand an einen anderen Ort zu übertragen und diesen durch seinen (des Vertreters) Willen zu einem dauernden, also zum Wohnsitz zu machen; und weshalb soll ich beim Antritt einer langjährigen Forschungsreise meine Frau nicht ermächtigen können, unter gewissen Umständen unseren gemeinsamen Wohnsitz durch tatsächliche Überführung unseres Haushalts und den Willen dauernder Niederlassung an einen ihr passend erscheinenden Ort zu verlegen⁸⁾?

4. Endlich muß man auch das Fehlen des Willens und das Vorhandensein von Willensmängeln sowie die eintretenden Folgen der Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit nach Analogie der Willenserklärungen behandeln⁹⁾.

Daher ist z. B. eine nicht ernstliche oder eine simulierte Mahnung oder Fristsetzung nichtig. Eine Fessionsanzeige kann nach § 119 angesprochen werden, wenn sie sich durch Irrtum oder Versehen auf eine andere als die wirklich gemeinte Forderung richtet; ebenso eine Vollmachtsanzeige, wenn sie eine andere als die wirklich gemeinte Person als bevollmächtigt bezeichnet; oder die Anzeige der Veräußerung an den Mieter, wenn sie sich auf ein anderes als das wirklich gemeinte Grundstück bezieht (§ 576).

II. Die Realakte (oben § 128 III 3) dagegen sind von den Willenserklärungen und auch von den geschäftsähnlichen Handlungen durchgreifend verschieden. Sie erfordern weder eine Äußerung eines Willens noch einer Vorstellung, sondern nur die Bewirkung eines tatsächlichen, dem Gebiete des

⁷⁾ So unterstellt RGE 58 S. 346f. die Einreichung des Verzeichnisses der zerstörten und beschädigten Sachen an die Feuerversicherungsgesellschaft den Vorschriften über die Stellvertretung, dabei richtig betonend, daß diese Erklärung keine Willenserklärung sei. Ähnlich wendet OLG 6 S. 224 die Stellvertretungslehre mit Recht auf die Mängelanzeige an, freilich mit der unrichtigen Begründung, daß die Mängelanzeige eine Willenserklärung sei. Dem im Text Gesagten zustimmend v. Tuhr II 2 S. 369. Ebenso schon Zitelmann a. a. O. Manigt S. 677, 711, 741 lehnt die Stellvertretung ganz ab, Klein S. 157ff., 170f. hält sie, von zahlreichen Ausnahmen abgesehen, für zulässig. — Kommt es nur auf die Erlangung der Kenntnis an, so ist natürlich entsprechend dem oben Anm. 4 Gesagten die Mitteilung als solche, mithin auch die Vertretungsmacht des Mitteilenden gleichgültig und nur die erlangte Kenntnis — gleichviel wie sie erlangt wurde — entscheidend.

⁸⁾ Für die Möglichkeit der Vertretung Dernburg I S. 158; Dertmann zu § 8, 2; Staubinger-Loewenfeld § 8, 3 u. a.; dagegen Hölder zu § 8, 1; Manigt S. 694; Klein S. 74; v. Tuhr S. 371, welcher meint, daß es sich hier nur um tatsächliche Hilfe handle und stets der Wille des Vertretenen entscheide. (Wie aber in den Beispielen des Textes?)

⁹⁾ So erklärt RGE 94 S. 67 die Anfechtung einer Mitteilung für zulässig. — Manigst abweichend, aber m. E. wenig überzeugend Klein S. 154ff., 168ff.

Rechts nicht angehörigen Erfolges, an den aber die Rechtsordnung eine Rechtsfolge knüpft. Daher sind die Realakte in der Regel nicht nach der Analogie der Willenserklärungen zu behandeln¹⁰⁾.

a) So ist z. B. zur Spezifikation, zum Schafffund oder Fund, zum Komponieren eines Liedes keine Geschäftsfähigkeit erforderlich, sondern nur die Fähigkeit, jene tatsächlichen Erfolge hervorzurufen. Auch der geisteskranke Spezifikant, Schafffinder, Funder oder Komponist erwirbt das Eigentum an der neuen Sache oder der Schaffhälfte¹¹⁾, das Recht auf den Funderlohn¹²⁾ oder das Autorrecht.)

b) Auch die Vorschriften über Stellvertretung sind auf Realakte im allgemeinen nicht anzuwenden. Ob die von meinem Gehilfen oder Arbeiter aus meinem oder auch aus fremdem Stoffe hergestellte neue Sache ihm oder mir gehört, hängt nicht davon ab, ob die Voraussetzungen einer wirksamen Stellvertretung vorliegen, sondern lediglich davon, ob nach der Verkehrsanschauung seine Tätigkeit als für mich geschehen anzusehen ist¹³⁾.

c) Noch weniger ist an eine Anwendung der Vorschriften über Vollendung der Willenserklärungen oder über Willensmängel zu denken.

Dritter Titel.

Schuldhafte Handlungen.

§ 195. 1. Unrecht, unerlaubte, schuldhafte Handlung.*)

I. Unter Unrecht ist jedes menschliche Verhalten, das der Rechtsordnung widerspricht, durch das also ein Rechtsgebot oder -verbot verletzt wird, zu verstehen. Meistens enthält das Unrecht zugleich eine Verletzung subjektiver Rechte anderer, aber das trifft nicht in allen Fällen zu.

¹⁰⁾ Zustimmung Wolff, Sachenrecht § 37 III; Pland-Flad, Vorb. z. III. Abschnitt I 2b; v. Tuhr II 1 S. 361. Auch Manigk ist bezüglich dieser Gruppe, die er „rein äußere Handlungen“ nennt, der gleichen Ansicht, Willenserklärung S. 650ff., bes. S. 675 Abs. 3.

¹¹⁾ So auch die allgemeine Meinung.

¹²⁾ Auch die Anzeigepflicht (§ 965) entsteht, und der gesetzliche Vertreter muß für deren Erfüllung Sorge tragen. Wird sie verletzt, so ist der Anspruch auf den Funderlohn und die Aussicht auf Eigentumserwerb an der Fundsache ausgeschlossen (§§ 971 Abs. 2, 973); vgl. auch Manigk S. 672 und die daselbst zitierten.

¹³⁾ Die röm. Quellen sagen, es müsse meo nomine spezifiziert sein, L. 25, L. 27 § 1 D. de acqu. rer. dom. 41, 1; L. 31 § 1 D. de don. i. v. et ux. 24, 1. Das kann aber nur in dem im Texte angegebenen Sinne verstanden werden. Vgl. auch Prot. III S. 242; ferner Rümelin, BivA 93 S. 283ff.; Manigk S. 666ff.; Wolff § 73 III; v. Tuhr II 2 S. 371.

*) V. Merkel, Kriminal. Abhandlg. I; Fhering, Das Schuldmoment im röm. Privatrecht 1867; Binding, Normen, 2. Aufl., 1890; Pernice, Labeo II; Regelsberger I § 178; v. Liszt, Die Deliktsobligationen des BG, 1898; Lindelmann, Die Schadensersatzpflicht aus unerlaubten Handlungen nach dem BG, 1898; W. Müller, Begriff der unerlaubten Handlungen im BG, 1900; v. Tuhr II 2 S. 453ff.

1. Das Unrecht ist entweder subjektives, d. h. verschuldetes, auf den Willensfehler eines Menschen zurückzuführendes Unrecht, oder es ist nur vom objektiven Standpunkte aus Unrecht, unverschuldetes Unrecht.

2. An das verschuldete Unrecht knüpft die Rechtsordnung verschiedene privatrechtliche Folgen: In vielen Fällen wird nur das bestehende Rechtsverhältnis geändert, insbesondere zum Nachteil der Rechtsverleßers erweitert, so namentlich wenn ein Schuldner in Verzug kommt oder die Leistung durch sein Verschulden unmöglich wird. In einigen Fällen wird ein bestehendes Recht verwirkt (oben § 128 III 4 c). Sehr häufig endlich führt das verschuldete Unrecht die selbständige Rechtsfolge einer Schadensersatzpflicht für den Rechtsverleßer herbei¹⁾; dann nennen wir das Unrecht Delikt oder unerlaubte Handlung.

II. Delikt oder unerlaubte Handlung ist verschuldetes Unrecht, an das die Rechtsordnung als selbständige Folge eine Schadensersatzpflicht knüpft. Der Begriff des Delikts setzt also voraus:

1. Eine Handlung, d. h. die gewollte oder doch voraussehbare Bewirkung eines äußeren Erfolges (oben § 128). Die Handlung kann in einem Tun oder in einem Unterlassen bestehen. Physischer Zwang schließt den Begriff der Handlung hier ebenso aus wie bei rechtsgeschäftlichen Willensäußerungen.

2. Verletzung der Rechtsordnung, also eines Rechtsgebots oder Rechtsverbots, durch diese Handlung (oder Unterlassung). Meistens ist diese Verletzung der Rechtsordnung zugleich eine Verletzung des subjektiven Rechts einer anderen Person. Erforderlich ist das aber nicht; namentlich betrachtet das BG die Verletzung von Interessen, auch wenn diese nicht den Inhalt eines subjektiven Rechts bilden, in zwei Fällen als Delikt:

a) wenn ein Gesetz (insbesondere ein Strafgesetz) verletzt wird, das den Schutz solcher Interessen anderer Personen bezweckt, z. B. wenn die Ehre, die das BG als subjektives Recht nicht anerkennt, dadurch verletzt wird, daß der Beleidiger gegen die die Ehre schützenden Strafbestimmungen verstößt (§ 823 Abs. 2),

b) wenn in einer gegen die guten Sitten verstößenden Weise Schaden zugefügt wird (§ 826²⁾).

¹⁾ Natürlich kann die selbständige Rechtsfolge mit der erweiterten oder veränderten Haftung zusammentreffen. Der Entleiher, der die entliehene Sache schuldhaft zerstört, haftet nach röm. Recht mit der *actio commodati* und der *actio legis Aquiliae*, nach BG aus der Leihe und aus dem Delikte des § 823 Abs. 1; Näheres unten § 449 II.

²⁾ Ein Verstoß gegen die Rechtsordnung liegt auch in diesem Falle vor. Denn wenn auch die schädigende Handlung an sich erlaubt sein sollte, so enthält sie doch, weil sie gegen die guten Sitten verstößt, eine Verletzung des im § 826 liegenden Rechtsverbotes.

Ist dagegen, wie z. B. nach § 904, an eine erlaubte Handlung eine Schadenserfahpfslicht geknüpft, so liegt kein Delikt vor, und die Regeln über die Delikte sind (abgesehen von besonderer Vorschrift) nicht anwendbar.

3. Verschulden des Handelnden. In den weitaus meisten Fällen wird nur Fahrlässigkeit, in einzelnen Fällen dagegen, namentlich im Falle der unsittlichen Schadenszufügung (§ 826) Vorsatz erfordert. Über Vorsatz und Fahrlässigkeit handeln die folgenden §§ 196—198.

4. Entstehung einer Schadenserfahpfslicht als selbständige Folge der Handlung. Das röm. Recht kennt zwar auch Delikte, die eine Verpflichtung zur Zahlung einer Privatstrafe an den Verletzten zur Folge haben. Dem neueren gem. Recht und dem BG aber sind die Privatstrafen fremd.

III. Das BG hat die Haftung für den durch Tiere angerichteten Schaden und die Wildschadenserfahpfslicht unter die Deliktsobligationen gestellt (§§ 833, 835), obgleich sie weder ein objektiv rechtswidriges Verhalten noch ein Verschulden des Tierhalters oder Jagdberechtigten voraussetzen. Sie werden zwar im allgemeinen, namentlich bezüglich der Verjährung und des Gerichtsstandes, nach den Regeln über die Delikte behandelt, jedoch nicht in jeder Beziehung, da z. B. die §§ 827, 828, wie auch die Fassung ergibt³⁾, nicht auf sie angewandt werden können. Begrifflich aber haben diese Schädigungen mit den Delikten nur wenig gemein, und deshalb würde ihre Einbeziehung in den Deliktsbegriff diesen fast völlig entwerten⁴⁾. (Über den Grund der Haftung für Tier- und Wildschaden unten § 199 II 7, 8.)

IV. Für schuldhafte Verletzungen obligatorischer Verpflichtungen gilt derselbe Schuldbegriff wie für Delikte. Insbesondere sind auch die Vorschriften über den Ausschluß der Zurechnungsfähigkeit (§§ 827, 828) auf die Verletzung aller Schuldverhältnisse⁵⁾ ausgedehnt (§ 276 Abs. 1), und das gleiche gilt für die Ansprüche aus absoluten Rechten, da sie, wie später zu zeigen ist, nach Analogie der Obligationen behandelt werden⁶⁾.

³⁾ § 827 „Wer Schaden zufügt“, § 828 „Schaden, den er einem anderen zufügt“.

⁴⁾ Eine die Tierschadens- und Wildschadenserfahpfslicht mitumfassende Begriffsbestimmung könnte nur lauten: „Delikte sind die in Buch II Abschn. VII Tit. 25 BG geregelten Tatbestände“. So in der Tat v. Liszt und manche andere. Auch die Definition Dertmanns, „die mit einer außervertraglichen Schadenserfahpfslicht belegten Handlungen“, gibt über das Wesen der Delikte keinen Aufschluß und ist zudem viel zu weit, vgl. die schuldlosen zu Erfahpfslicht verpflichtenden Handlungen, unten § 199.

⁵⁾ Nicht nur auf die Vertragsverletzungen, wie v. Liszt S. 9 annimmt. Der § 829 bezieht sich dagegen nur auf Deliktsobligationen; er regelt aber weder den Begriff der Zurechnungsfähigkeit noch den Begriff der Schuld, sondern ordnet nur für gewisse Fälle, in denen Zurechnungsfähigkeit und Schuld ausgeschlossen sind, eine beschränkte Haftung an.

⁶⁾ Auch für die Bertwirkungen dürfte derselbe Schuldbegriff anzuwenden sein.

Die Schulblehre bezieht sich somit gleichmäßig auf alle Rechtsgebiete des Privatrechts (von anderen Rechtsgebieten ist hier abzusehen) und ist demnach im allgemeinen Teil zu besprechen, wengleich das BG die wenigen Vorschriften über diesen Gegenstand teils in die allgemeinen Lehren des Obligationenrechts (§§ 276—278), teils in die Lehre von den Deliktsobligationen gestellt hat (§§ 827, 828).

2. Verschulden.*)

§ 196. Vorsatz.

I. Verschulden (culpa im weiteren Sinne) ist ein Willensfehler, vermöge dessen eine Person für ein Unrecht verantwortlich gemacht werden kann. Dieser Willensfehler besteht darin, daß sie gehandelt hat, obwohl sie die schlimmen Folgen der Tat hätte bedenken und sich dadurch von der Tat abhalten lassen sollen. Der Ausdruck Verschulden umfaßt den Vorsatz und die Fahrlässigkeit. (Über das sog. Verschulden gegen sich selbst unten § 236.)

II. Der Begriff des Vorsatzes ist im BG nicht bestimmt, sondern als bekannt vorausgesetzt, also aus dem bisher geltenden Recht, insbesondere auch dem Strafrecht, und aus den Vorschriften des BG zu entnehmen. Wir definieren hiernach: Vorsatz ist das Wollen eines rechtswidrigen Erfolges im Bewußtsein der Rechts- oder Pflichtwidrigkeit. Der Vorsatzbegriff erfordert daher ein Vierfaches:

1. Der Vorsatz bezieht sich auf einen widerrechtlichen, d. h. der Rechtsordnung widersprechenden Erfolg, z. B. auf die (nicht erlaubte) Verletzung einer Person oder einer (fremden) Sache oder einer Forderung. Es genügt Widerspruch mit dem objektiven Recht; Verletzung eines subjektiven Rechts ist zwar dadurch meistens, aber nicht in allen Fällen gegeben (vgl. z. B. § 826).

2. Dieser Erfolg, z. B. die Verletzung der Person oder der fremden Sache, muß gewollt sein. Doch gilt das nur von dem rechtswidrigen Erfolge selbst, z. B. von der Behauptung einer wahrheitswidrigen, kreditgefährdenden Tatsache nach § 824; der daraus entstehende Schaden (geschweige denn dessen Höhe) braucht nicht gewollt zu sein. Nur ausnahmsweise wird ein auf die Schadenszufügung selbst gerichteter Vorsatz gefordert (vgl. § 826).]

*) Literatur s. oben § 195; ferner Haffe, *Kulpa* 2. Aufl., 1838; Rommjen, *Weitr. z. OblR* III S. 345ff.; Wendt, *ZivR* 87 S. 422; Ritelmann, *R. d. BG* S. 153ff.; Behl, *System der Verschuldensbegriffe*, 1905 (dazu Hedemann, *BürgR* 27 S. 325ff.); v. Liszt, *Lehrb. d. Strafrechts* §§ 36ff.; Frank, *Zeitschrift f. d. ges. Strafrechtswissenschaft* 10 S. 169; Tshyrón, *Abh.* II, 1896; M. E. Mayer, *Die schuldhaftige Handlung im Strafrecht*, 1901; Gold v. Ferned, *Rechtswidrigkeit*, 1903; Brodmann, *ZivR* 99 S. 327ff.; v. Hippel, *Die Grenze von Vorsatz und Fahrlässigkeit*, 1903, und in der *Vergl. Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts* III S. 486ff. (1908); Frank in der *Siebhener Festschrift*, 1908; Rümelin, *Verschulden im Straf- u. Zivilrecht*, 1909; Exner, *Felsen der Fahrlässigkeit*, 1910; Kohnrausch in *Reform d. ReichsstrafGWS*, herausg. von Aschrott u. v. Liszt (1910) S. 179ff.; Binding, *GerichtsSaal* 81 S. 19ff.; Fr. Leonhard i. d. *Festsache für Enneccerus*, 1913.

Dass der (rechtmäßige) Erfolg gewollt sein müsse, ist freilich sehr bestritten. Nach der sog. Vorstellungstheorie¹⁾ soll es genügen sein, daß der Erfolg vorangesehen sei, der Täter also das Bewußtsein der Kausalität seiner Handlung gehabt habe²⁾. Nach der sog. Willentheorie³⁾ dagegen ist das Wollen des Erfolges erforderlich. Die Entscheidung dieser Frage und die scharfe Begrenzung des Vorsatzbegriffs macht eine gesonderte Betrachtung der verschiedenen Fälle erforderlich.

a) Unzweifelhaft umfaßt der Vorsatz den von dem Täter als sicher vorgestellten und als mündenstwert erstrebten, wir sagen den bestimmten oder beabsichtigten Erfolg; denn dieser ist gewollt, und der Täter betrachtet sein Tun als fatal, da er ja handelt, um den Erfolg hervorzurufen.

b) Notwendig aber ist diese auf den Erfolg gerichtete Absicht nicht. Unzweifelhaft und nach beiden Theorien umfaßt vielmehr der Vorsatz auch diejenigen nicht erstrebten, ja vielleicht sehr unerwünschten Folgen, die der Täter als mit dem erstrebten Erfolge untrennbar verbunden betrachtete. Wenn jemand den A töten will, aber erkennt, dies nur durch eine zugleich den B tödende Handlung bewirken zu können, und nun, weniggleich mit Bedauern in Bezug auf B, diese Handlung begeht, so hat er unzweifelhaft das Bewußtsein, daß er durch seine Handlung den Tod des B verursachen werde. Er hat aber diesen Erfolg auch gewollt; denn er hat sich die gesamten Folgen seiner Tat (Tötung des A und des B) als ein untrennbares Ganzes vorgestellt und sich entschlossen, diesen Gesamterfolg zu bewirken, weil er den erstrebten Einzelerfolg (Tötung des A) für sich allein nicht zu bewirken vermochte⁴⁾.

c) Schwieriger ist die Entscheidung, wenn der Täter sich bewußt ist, daß seine Handlung anstatt des zunächst erstrebten (rechtmäßigen oder rechtmäßigen) Erfolges oder neben diesem nicht sicher, aber möglicherweise einen anderen (rechtmäßigen) Erfolg herbeiführen werde (der Täter weiß, daß der auf das Reich abgegebene Schuß möglicherweise den in gleicher Richtung befindlichen Freier treffen oder daß das Angeben des Hauses möglicherweise den Tod der darin schlafenden Personen zur Folge haben wird). Hier ist nach der Willentheorie zu unterscheiden: Wünscht der Täter jenen möglichen Erfolg, so hat er ihn zweifellos auch gewollt⁵⁾. Dasselbe gilt, wenn es ihm gleichgültig war, ob der Erfolg eintrete oder nicht; denn dann hat er sich den ungewissen Gesamterfolg, wie er auch sein möge, vorgestellt und seinen Willen auf die Herbeiführung des Erfolges, wie er auch sein

¹⁾ Besonders vertreten von Jitzelmann, Jertum und Rechtsgelehrte, Franl und v. List.

²⁾ Nicht selten wird der Vorsatz von Kriminalisten geradezu als das „Bewußtsein von der Kausalität der Handlung“ definiert. Allein dieses Bewußtsein ist in Wahrheit nur eine Folge des Daseins des rechtmäßigen Willens. Der Täter schließt folgendermaßen: a) Wenn ich die Handlung begehe, tritt der Erfolg ein. b) Ich will die Handlung. c) Also wird durch meine Handlung der Erfolg hervorzurufen werden. Ohne das Wollen der Handlung (b) wäre der Schluß und das Urteil, daß man den Erfolg hervorzurufen werde (c), nicht möglich, und das Verwerfliche, der Willensfehler, das Verhaußen liegt in dem Willen, nicht in dem aus diesem Willen mit Notwendigkeit folgenden Schlußurteil.

³⁾ Vertreten von der Mehrzahl der Kriminalisten (vgl. besonders v. Hippel a. a. D.) und fast allen Zivilisten, ferner vom Reichsgericht (zahlreiche Entscheidungen bei v. Hippel III S. 489) und dem baltischen Juristentage 1888 IV S. 271.

⁴⁾ Die Ansicht, daß nur begehrte Erfolge gewollt sein konnten, beruht auf einer unrichtigen Gleichsetzung von Begehren und Wollen (vgl. dagegen Enneccerus, Rechtsgelehrte S. 4ff.). Das Wollen ist eine Grundbestimmung unseres geistigen Lebens, die nicht in andere Funktionen des Seelenlebens (Begehren usw.) aufgelöst werden kann. Nicht Begehrtes, ja selbst Unerwünschtes kann gewollt sein, weil es mit Erwünschtem untrennbar verbunden ist, das Wollen sich also, um das Erwünschte zu bewirken, nur auf den aus Gewünschtem und Unerwünschtem zusammengesetzten Gesamterfolg richten kann, vgl. auch v. Hippel III S. 503, der in dieser Beziehung einen engeren und einen weiteren Begriff des Willens unterscheidet.

⁵⁾ Wir wollen nicht nur, was wir uns als sicher erreichbar vorstellen, sondern auch vieles und unsicher Erscheinende. Wir greifen 100mal nach dem entflohenen Vogel, eögleich wir vielleicht bei jedem Griff am Gelingen zweifeln. Aber den möglichen Inhalt des Wollens vgl. Enneccerus, Rechtsgelehrte S. 4—16 und die daselbst Zitierten.

möge, gerichtet. In diesem Falle spricht man von *dolus eventualis**). Hat er aber gehandelt in der Hoffnung, daß jener mögliche Erfolg nicht eintreten werde, oder hat er gar ihn abzuwenden gesucht (z. B. Alarm gemacht, um die in dem brennenden Hause schlafenden Bewohner zu wecken), so liegt in bezug auf jenen möglichen Erfolg kein Vorsatz vor, sondern nur sog. bewußte Fahrlässigkeit (*luxuria*). Diese Unterscheidung ist durchaus sachgemäß; denn die sittliche Schuld ist in den beiden ersten Fällen eine weit schwerere als in dem letzten. Die Verfehlungstheorie aber vermag, ohne auf den Willen zurückzugreifen⁷⁾, diese Fälle nicht zu unterscheiden; denn die Verfehlung des Täters über die Kaufkraft seines Tuns ist in allen drei Fällen durchaus die gleiche; er ist sich in allen drei Fällen bewußt, daß seine Handlung den Erfolg möglicherweise herbeiführen wird. Die Willens- theorie ist also vorzuziehen, weil nur sie eine sachgemäße Entscheidung dieser Fälle ermöglicht.

3. Ein rechtswidriger Erfolg ist aber nur dann gewollt, wenn der Täter weiß, daß die (tatsächlichen oder rechtlichen) Tatbestandsmerkmale vorliegen, an welche die Rechtsordnung das Verbot jener Handlung knüpft; und daraus folgt weiter, daß auch die irrige Annahme von Umständen, welche die Handlung zu einer erlaubten machen würden, den Vorsatz ausschließt.

Wer sich nicht bewußt ist, daß eine Handlung (möglicherweise) einen Menschen töten oder eine Sache verletzen wird, hat nicht den Tötungs- oder Sachbeschädigungsvorsatz, und wer nicht weiß, daß die zu verletzende Sache eine fremde ist, macht sich nicht der vorsätzlichen Sachbeschädigung schuldig. Wer eine fremde Sache gebraucht oder beschädigt in der irrigen Annahme, daß es zur Abwendung eines weit größeren Schadens nötig sei (§ 1904), oder vor seinem Schuldner eine Sache wegnimmt in dem irrigen Glauben, seinem Anspruch drohe Gefahr und obrigkeitliche Hilfe sei nicht rechtzeitig zu erlangen (§ 229), handelt nicht vorsätzlich.

4. Zweifelnd aber kann man, ob der Täter auch wissen muß, daß (beim Vorliegen jener ihm bekannten Tatbestandsmerkmale) die Handlung verboten ist, m. a. W., ob ihm das Bestehen der verbietenden Rechtsnorm bekannt sein muß. Im allgemeinen ist diese Frage zu bejahen⁸⁾, weil, wenn das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit fehlt, derjenige Grad sittlichen Verschuldens nicht vorliegt, der die besonderen Folgen der vorsätzlichen Handlung rechtfertigt. Ist jedoch die Handlung, auch abgesehen von dem Bestehen des Rechtsverbots, sittlich verwerflich, so trifft dieser Grund nicht zu. Der Begriff des Vorsatzes erfordert also das Bewußtsein der Rechts- oder Pflichtwidrigkeit.

*) Vgl. auch RGStr 33 S. 5.

⁷⁾ Ein Zurückgreifen auf den Willen liegt namentlich auch dann vor, wenn man den Unterschied des *dolus eventualis* und der *luxuria* dahin bestimmt, der Täter würde, wenn er den Erfolg als sicher betrachtet hätte, die Tat im ersten Falle doch begangen, im zweiten unterlassen haben (sog. französische Formel, vgl. v. Hippel, Vgl. Darstellung III S. 625 Anm. 2).

⁸⁾ Die verbietende Rechtsnorm darf aber nicht mit der Strafandrohung verwechselt werden, wenn sie auch häufig mit dieser äußerlich zu einem Ganzen verbunden erscheint. Das Bewußtsein, daß die Handlung mit Strafe bedroht sei, ist keineswegs erforderlich; denn die Schuld bezieht sich auf den Charakter der Tat und nicht auf die Rechtsfolgen. (v. Hippel S. 648), und es gibt viele Rechtsverbote, die überhaupt nicht durch Strafandrohung geschützt sind, vgl. z. B. § 826.

Bei der Entscheidung dieser höchst bestrittenen Frage ist zunächst zu beachten, daß in der sehr großen Mehrzahl der Fälle die Kenntnis des Rechtsverbotes ohne weiteres anzunehmen ist. Daß man Leben, Gesundheit, Freiheit und Ehre anderer, ihr Eigentum oder ihre sonstigen Rechte nicht verletzen darf, weiß jeder Zurechnungsfähige. In solchen Fällen ist also (wenn dem Täter das Vorliegen der Tatbestandsmerkmale bekannt war) der Vorsatz ohne weiteres anzunehmen. Wo das aber nicht zutrifft, ist das Bewußtsein von dem Rechtsverbote der Handlung zum Begriffe des Vorsatzes für erforderlich zu halten^{*)}; denn wenn es mangelt, so fehlt derjenige Grad sittlichen Verschuldens, der die schwereren Folgen der vorsätzlichen widerrechtlichen Handlung und den mit einer solchen verbundenen sittlichen Vorwurf rechtfertigt. Wenn ich in Unkenntnis einer dies verbietenden Verordnung hart an der Grenze meines Grundstücks baue oder wenn ich in Unkenntnis eines bestehenden Verbotes ein ungestempeltes Spiel Whiskarben aus dem Auslande mitbringe, liegen vorsätzliche Rechtsverletzungen nicht vor. Nur Handlungen, die auch abgesehen davon, ob sie verboten sind oder nicht, als unethisch erscheinen, können auch ohne Kenntnis des bestehenden Rechtsverbotes vorsätzlich begangen werden. Den Buheter treffen die Folgen des vorsätzlichen Buhens (seinen anderen gibt es nicht), auch wenn er von dem Rechtsverbote bei richtiger Ausbeutung nichts wußte, diese vielmehr für rechtlich nicht verboten hielt.

III. Der Begriff des Vorsatzes im StrGB und BG bedt sich mit dem des gemeinrechtlichen Dolus. Bei vorsätzlichen Rechtsverletzungen aus sittlichem Beweggrunde (z. B. der Befreiung eines schwer gefesselten fremden Sklaven aus Mitleid) vermieden zwar die Römer den Ausdruck dolus und gaben nur eine actio in factum auf Schadensersatz, um die mit der Verurteilung infolge der actio doli verbundene Infamie auszuschließen¹⁰⁾. Allein dieser Unterschied war wegen des Wegfalls der infamierenden Klagen schon im gemeinen Rechte verschwunden.

§ 197. Fahrlässigkeit.

I. Fahrlässigkeit ist die Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt, durch deren Anwendung der nicht gewollte rechtswidrige Erfolg hätte vermieden werden können, § 276.

1. Fahrlässig ist also ein Verhalten in zwei Fällen:

a) Man erkennt die Möglichkeit des rechtswidrigen Erfolges eines Verhaltens, berührt sich aber unter Vernachlässigung der im Verkehr gebotenen

^{*)} Die Mehrzahl der kriminalistischen Schriftsteller verlangt Bewußtsein der Rechts- oder wenigstens der Pflichtwidrigkeit (Zusammenstellung bei v. Hippel S. 664 Anm. 1). Nach ständiger Praxis des Reichsgerichts dagegen soll zwar der Irrtum über Rechtsfähe anderer Rechtsgebiete, nicht aber der Irrtum über das Strafgehe den Vorsatz ausschließen. Das letztere ist jedoch nur insofern richtig, als meist die Rechtsunwidrigkeit der betreffenden Handlung sich schon aus anderen als strafrechtlichen Vorschriften ergeben wird, so daß dann der Irrtum über das Strafgehe allerdings bedeutungslos ist (vgl. auch die vorige Anm.). Ist das aber nicht der Fall, so kann das Rechtsverbot (die Norm) deshalb allein, weil es sich nur aus dem Strafgehe ergibt, keiner anderen Beurteilung als andere Rechtsverbote unterliegen. Unethisch und überzeugend gegen diese Praxis des Reichsgerichts neuerdings Binding, *Vertragsbuch* 81 S. 19 ff.

¹⁰⁾ L. 7 § 7 D. de dolo 4, 3; L. 7 pr. D. depositi 16, 3.

Vorsicht mit der Hoffnung, daß der Erfolg unter den obwaltenden Umständen nicht eintreten werde (bewußte Fahrlässigkeit, *luxuria*)¹⁾.

b) Man erkennt die Möglichkeit des rechtswidrigen Erfolges nicht; bei Beobachtung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt aber hätte man sie erkennen und die Rechtsverletzung vermeiden müssen.

2. Es genügt, daß der Erfolg als möglicher vorausgesehen ist (a) oder vorausgesehen werden mußte (b). Nur darf die Wahrscheinlichkeit seines Eintretens nicht so gering sein, daß sie auch pflichtmäßig handelnde Menschen nicht von der Handlung zurückhalten würde. Bei der Beurteilung dieser Frage ist neben dem Maße der Wahrscheinlichkeit ganz besonders der ethische und wirtschaftliche Wert der betreffenden Handlung und der Wert des durch sie gefährdeten Gutes zu berücksichtigen²⁾.

3. Der Maßstab, den die Begriffsbestimmung des § 276 anwendet, ist ein objektiver oder abstrakter³⁾: „im Verkehr erforderlich“ ist derjenige Grad von Sorgfalt, der in solchen Verhältnissen und in den in Betracht kommenden Personenklassen und -kreisen von tüchtigen gewissenhaften Leuten für genügend gehalten wird⁴⁾, beispielsweise in Handelsgeschäften die Sorgfalt eines tüchtigen Kaufmanns⁵⁾, beim Bau die Sorgfalt eines tüchtigen Bau-meisters, bei der Operation die Sorgfalt eines tüchtigen Arztes, beim Automobilfahren die Sorgfalt, Ruhe und Geistesgegenwart eines tüchtigen Automobilenters.

a) Dieser abstrakte Maßstab ist aber nur für die „Sorgfalt“ allgemein vorgeschrieben, d. h. für die Frage, ob mit der erforderlichen Sorge, Auf-

¹⁾ Man hat die bewußte Fahrlässigkeit als die *schwerere* bezeichnet. Das trifft aber keineswegs immer zu. Man denke, daß der Eintritt der als möglich erkannten Rechtsverletzung unwahrscheinlich, der zu besorgende Schaden klein, die getroffenen Gegenmaßregeln erfolgversprechend waren. In unter Umständen kann trotz des Bewußtseins möglicher Rechtsverletzung das Vorliegen von Fahrlässigkeit zu verneinen sein, wie sich aus dem im Texte unter 2. Gesagten ergibt.

²⁾ Traeger, Kausalbegriff S. 196f. Ruflose Handlungen können auch nicht die geringste Gefährdung fremder Interessen oder gar fremden Lebens rechtfertigen, wohl aber Handlungen, die für die Allgemeinheit segensreich oder gar unentbehrlich sind.

³⁾ Ganz ähnlich wie im röm. Recht der Maßstab der *diligentia* eines *bonus paterfamilias*. Beide Definitionen können auch sachlich auf dasselbe hinaus. Nur verweist das BB nicht auf die Erfordernisse des Verkehrs, während das römische Recht aus ihnen zunächst die Normalfigur des diesen Erfordernissen nachkommenden tüchtigen Mannes abstrahiert und diese dann als Maßstab verwendet.

⁴⁾ Der § 11 gebrauchte den Ausdruck „im Verkehr übliche“; das Wort „übliche“ wurde aber durch „erforderliche“ ersetzt, um auszudrücken, daß ein eingerissener Schlenker nicht in Betracht komme, sondern daß ein gesunder normaler Verkehr den Maßstab bilde.

⁵⁾ Ausdrücklich ausgesprochen ist, daß der Kaufmann aus einem Geschäfte, das für ihn ein Handelsgeschäft ist, für die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns einzustehen hat (§ 99 § 347); ebenso der Frachtführer und der Verfrachter für die Sorgfalt eines ordentlichen Frachtführers (§ 429) oder Verfrachters (§§ 606, 603); der Reederei, der Schiffer und der Frachtführer für die Sorgfalt eines ordentlichen Reeders (§ 497), Schiffers (§ 511, Binnen-Schiffahrtsges. § 7) oder Frachtführers (Fischereiges. § 2). Alle diese Vorschriften sind nur Anwendungen des Grundgedankens des § 276 BB.

merksamkeit und Beharrlichkeit, dem nötigen Nachdenken und Zeitaufwand verfahren sei. Bezüglich aller nicht vom Willen abhängigen geistigen oder körperlichen Eigenschaften (Verstand, Kenntnisse, Geschicklichkeit, Übung, Körperkraft usw.) kann nur die Individualität der betreffenden Person entscheiden⁶⁾, soweit nicht, was allerdings sehr häufig zutrifft, besondere Gründe eine Abweichung bedingen (unten b).

b) Übernimmt aber jemand freiwillig eine Handlung, mit der die Gefahr eines Schadens für andere verbunden ist, ohne die erforderliche Kenntnis, Geschicklichkeit oder Kraft zu besitzen, so liegt schon in diesem Übernehmen ein Verschulden, da die im Verlehr erforderliche Sorgfalt verlangt, daß man sich nicht mit Geschäften befaßt, denen man nicht gewachsen ist⁷⁾; ferner hat, wer sich einem anderen gegenüber zu einer Handlung verpflichtet, auch für das dazu erforderliche Wissen und Können einzustehen⁸⁾. Sonach wird aller-

⁶⁾ Das hat neuerdings Dr. Lehnhard a. a. O. gegenüber der herrschenden (früher auch von mir vertretenen) Meinung, die auch hier den abstrakten Maßstab anlegen will, überzeugend nachgewiesen. Es entspricht auch der richtig verstandenen Ansicht der röm. Juristen (vgl. die folgende Note) und ist von der gemeinrechtlichen Theorie mit wenigen Ausnahmen (Dernburg) festgehalten. Aber auch das RG steht auf diesem Standpunkt; denn es fordert nur die im Verlehr erforderliche „Sorgfalt“, also Willensanstrengung, nicht aber die im Verlehr erforderliche Einsicht, Kenntnis und Kraft. Die Motive (I S. 279) erläutern allerdings, daß auch die „Ansicht“ eines tüchtigen Hausvaters verlangt werde, und die Protokolle sprechen billigen von der Fürsorge eines „der Angelegenheit gewachsenen“ Menschen (I S. 187), betonen sogar, daß damit eine über das Verschulden hinausgehende gesetzliche Garantiepflcht auferlegt werde (2 S. 687); allein diese Meinung hat im Geleite, das nur von „Sorgfalt“ spricht, keinerlei Ausdruck gefunden, bindet uns also nicht und kann keine der Gerechtigkeit und Billigkeit widersprechenden Entscheidungen rechtfertigen. Unbillig und ungerecht aber wäre es, wenn der Kinderbegabte, Ununterrichtete oder körperlich Schwache, wenn er ohne sein Verschulden in die Lage gekommen ist, eine Handlung vornehmen zu müssen (darüber Text b) trotz Anspannung seiner besten Kräfte lediglich wegen jener geistigen oder körperlichen Mängel (an denen er ohnehin genug zu leiden hat) für haftbar erklärt würde. In beschränkterem Maße kommt auch die Praxis dem hier Belegten entgegen; denn sie leugnet zwar die Billigkeit eines individuellen Maßstabes, will aber doch die Verschiedenheit gewisser Gruppen von Menschen berücksichtigen, z. B. die Gruppe der Jäger (RG Struchot 48 S. 788), der jugendlichen Personen (RG 68 S. 423), die verschiedenen „Berufsständen und Berufsreise“ (RG Scufft 64 S. 393), die Verschiedenheit nach Alter, Bildung, Lebensstellung usw. (Scufft 64 S. 186, Dresden). Bei der Möglichkeit der Gruppenbildung nach den aller verschiedensten Gesichtspunkten dürfte das von der Beachtung der Individualität nicht allzu weit mehr entfernt sein. Wie hier v. Tuhr II 2 S. 489; Pand.-Gl. § 276, 1 b; a. W. Dertmann, Zeits. 1924 S. 241 ff.

⁷⁾ Ein Wandlertreiber haftet, wenn er wegen Unersahrenheit oder Schwäche die Wandlertiere nicht zu halten vermag (L. 8 § 1 D. 9, 2); ein Arzt hat für seine Unersahrenheit einzustehen (L. 8 § 7 D. 1, 18, vgl. auch Ebermeyer, Falschung des Arztes); wer auf offener Straße reitet oder fährt, haftet für den durch seine Unkunde im Weiten und Rasen entstehenden Schaden. Nur in diesem Sinne ist auch das scheinbar allgemein lebende Excerpt aus Gajus „Imperitia culpas adnumeratur“ (L. 132 D. 50, 17) gemeint, wie sich aus L. 8 § 1 D. 9, 2, L. 9 § 5 D. 19, 2 und L. 6 § 7 D. 1, 18 ergibt, von denen die erstgenannte zudem aus demselben Buche des Gajus entnommen ist.

⁸⁾ Sowohl in diesem wie im vorigen Falle kann übrigens auch eine höhere als die normale Geschicklichkeit und Tüchtigkeit erforderlich sein. Wer besonders schwierige Handlungen unternimmt oder verspricht, muß auch für die besonders hohe dazu erforderliche Geschicklichkeit oder Erfahrung einstehen, vgl. auch L. 9 § 5 D. 19, 2 „quippe ut artifex, ingnit, conduxit“.

dings in den meisten Fällen auch bei unzureichender Geschicklichkeit usw. gehaftet werden; aber nicht weil diese überhaupt als Schuld behandelt würde, sondern aus den besonderen angegebenen Gründen.

4. War trotz Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt und Aufmerksamkeit die Erkenntnis von der Rechtswidrigkeit des Tuns nicht zu erlangen, so ist Fahrlässigkeit nicht vorhanden*).

II. Für den Begriff der groben Fahrlässigkeit (*culpa lata*) hat das BGB mit Recht die Aufstellung eines Maßstabs vermieden. Der Richter hat also nach freiem, pflichtmäßigen Ermessen zu prüfen, ob nach der Gesamtlage der Umstände die Sorgfaltsverletzung als besonders schwer erscheint.

1. Unzutreffend ist es, die grobe Fahrlässigkeit als die Vernachlässigung der Sorgfalt „gewöhnlicher Menschen“ zu bezeichnen, denn darin liegt die unrichtige Behauptung, daß die im Verkehr erforderliche Sorgfalt bei gewöhnlichen Menschen in der Regel nicht angebrochen werde. Auch die im Anschluß an die römischen Quellen¹⁹⁾ geübte Definition „grobe Fahrlässigkeit ist die Nichtbeachtung dessen, was jedem einleuchten mußte“ verdient keine Billigung. Würde es mit dieser Erklärung streng genommen, so würde grobe Fahrlässigkeit kaum vorkommen können.

2. Die römischen Quellen stellen den Satz auf: *lata culpa plura dolo comparatur*²⁰⁾. Der Satz gilt aber nur in Verpflichungsverhältnissen, und in solchen ist nach im BGB die Haftung für Vorstoß und grobe Fahrlässigkeit regelmäßig gleichgestellt. Setzt dagegen ein Verstoß den Vorstoß voraus, so kann es weder nach gemeinem noch nach bürgerlichem Recht durch grobe Fahrlässigkeit begangen werden²¹⁾.

III. Weiterhin wird (wie nach gemeinem Recht) die besondere Individualität dessen berücksichtigt, von dem die Rechtsverletzung ausgegangen ist (konkrete Fahrlässigkeit). Er haftet dann an sich für jede Fahrlässigkeit, kann sich aber, vorausgesetzt, daß keine grobe Fahrlässigkeit vorliegt, durch den Beweis befreien, daß er in seinen eigenen Angelegenheiten nicht sorgfältiger zu sein pflege (§§ 277, 708).

Gemeinrechtlich hatte diese sog. *culpa in concreto* noch eine andere Seite. Wenn jemand, der an sich nur für großes Verschulden haftete, fremde Angelegenheiten schlechter behandelte, als die entsprechenden eigenen, so wurde ihm das als großes Verschulden angerechnet²²⁾, die Beweislast traf hier aber den Gegner. Diese Regel, schon nach gem.

*) Allerdings tritt in einem der hierher gehörigen Fälle gleichwohl eine Schadensersatzpflicht ein, nämlich wenn eine schädigende Selbstschädigung in dem irrigen Glauben vorgenommen wird, daß die Voraussetzungen des Selbstschutzes gegeben seien (§ 231). Allein diese Vorschrift ist nach der Absicht der Kommission wie nach dem Zusammenhange, in dem sie sich befindet, nicht Ausfluß eines alle rechtswidrigen Handlungen umfassenden Prinzipals, sondern beruht auf einem besonderen, nur in wenigen Fällen zutreffenden Grunde (unten § 199 III), kann also nicht zu einer allgemeinen Regel erweitert werden. R. R. v. Bittl S. 59.

¹⁹⁾ L. 213 § 2, L. 223 pr. D. de V. S. 50, 16.

²⁰⁾ L. 1 § 1 n. mensur 11, 6; L. 226 D. de V. S. 50, 16.

²¹⁾ So liegt z. B. das Verstoß des § 826 nicht vor, wenn die schadenbringende Wirkung der Handlung infolge grober Fahrlässigkeit nicht erkannt war. Ferner ist der nur auf grobe Fahrlässigkeit beruhende gute Glaube zwar in vielen, aber nicht in allen Beziehungen dem bösen Glauben gleichgestellt, z. B. nicht beim Erwerb dinglicher Rechte an Grundstücken (§ 802).

²²⁾ L. 12 D. depositi 16, 3, Celsus; L. 23 § 3 D. ad S. C. Treb. 36, 1.

Recht bestritten, ist im BG nicht angenommen. Dagegen ist, wie später zu zeigen ist, in einigen Fällen, in denen das röm. Recht nur Haftung für grobes Verschulden annahm, die Haftung auf konkrete Fahrlässigkeit gesteigert.

§ 188. 3. Verantwortlichkeit.

Der Begriff des Verschuldens als eines Willensfehlers setzt voraus, daß die Person zur Zeit der schuldhaften Handlung willensfähig ist und sich in einem Geisteszustande befindet, in dem sie für ihren Willen verantwortlich gemacht werden kann („Verantwortlichkeit“ oder „Zurechnungsfähigkeit“).

I. Ausschluß freier Willensbestimmung.

1. Die Verantwortlichkeit fehlt, wenn der Täter bei der Tat „in Zustande der Bewußtlosigkeit oder in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustande krankhafter Störung der Geistestätigkeit“ sich befindet, § 827 S. 1. Diese Wirkung haben:

a) dauernde Geisteskrankheiten, wenn sie die freie Willensbestimmung ausschließen¹⁾,

b) unter der gleichen Voraussetzung vorübergehende Zustände dieser Art, wie Schlaf, Schlaftrunkenheit, Ohnmacht, hohes Fieber, epileptischer Anfall, sinnlose Trunkenheit, der Zustand des Hypnotisierten.

2. Hat sich der Täter aber durch geistige Getränke oder ähnliche Mittel, z. B. Morphium, in einen solchen Zustand vorübergehender Art versetzt, so ist er für den darin widerrechtlich verursachten Schaden „in gleicher Weise verantwortlich, wie wenn ihm Fahrlässigkeit zur Last fiel“; die Verantwortlichkeit ist jedoch ausgeschlossen, wenn er, was ihm zu beweisen obliegt, ohne Verschulden in den Zustand geraten ist, z. B. wenn er die Wirkung des Getränkes oder Mittels ohne Verschulden nicht konnte oder es nach ärztlicher Verordnung eingenommen hat, § 827 S. 2.

Diese Vorschrift gibt zu mehreren Zweifeln Anlaß:

a) Entsteht bezüglich solcher Delikte, welche nur vorsätzlich begangen werden können (§ 826), eine Schadenersatzpflicht, wenn sich der Täter absichtlich in einen solchen Zustand (Trunkenheit) versetzt hat, um sich zur Vornahme einer Handlung, deren Unterlassung den Tatbestand des Delikts bilde, unfähig zu machen? Die Frage ist (wie nach der strafrechtlichen Theorie und Praxis) zu bejahen²⁾. Die zum Erfolg verpflichtende schadenstiftende Handlung liegt hier in Wahrheit schon in dem Sichverlegen in jenen Zustand, da diese Tat die spätere Entstehung des Schadens im Rechtsinne verursacht. Dieses Sichverlegen in den Zustand geschah aber in willensfähigem Zustande und in dem Bewußtsein, daß es den rechtswidrigen Erfolg herbeiführen werde.

b) Haftet der Täter, der sich schuldhaft in einen solchen vorübergehenden Zustand (Trunkenheit) versetzt hat, auch für den Schaden, der zur Zeit des Sichverlegens in den Zustand noch in keiner Weise vorausgesehen werden konnte? Auch diese Frage ist zu bejahen, denn das Gesetz erklärt den Täter für haftbar, „wie wenn ihm Fahrlässigkeit zur Last fiel“. Es soll also nicht gefragt werden, ob bezüglich des angerichteten Schadens

¹⁾ Die Entmündigung als solche kommt hier nicht in Betracht, RRG 108 S. 90.

²⁾ A. R. für das Recht des RG v. Liszt a. a. O. S. 497f.

ein Verschulden vorliegt^{*)}, sondern nur, ob er sich schuldhaft in den Zustand versetzt hat. Auch die Schlussworte des § 827 schließen für diesen Fall die Haftung nicht aus, sondern beziehen sich nur auf den Fall, wo das Versehen in den Zustand überhaupt, also ohne Rücksicht auf die daraus vielleicht hervorgehenden Schädigungen, als schuldlos erscheint.

II. Jugendliches Alter.

1. Die Zurechnungsfähigkeit ist ferner ausgeschlossen bei Personen unter 7 Jahren, § 828 Abs. 1.

2. Personen vom vollendeten 7. bis zum vollendeten 18. Lebensjahre sind nicht verantwortlich, wenn ihnen zur Zeit der Tat „die zur Erkenntnis der Verantwortlichkeit erforderliche Einsicht“ fehlte, § 828 Abs. 2 S. 1, d. h. wenn ihre geistige Entwicklung nicht ausreichte, das in der Handlung liegende Unrecht zu erkennen und das Bewußtsein, dafür in irgendwelcher Weise verantwortlich zu sein, zu erlangen^{*)}. Das gleiche gilt von einem Tauchstummen, § 828 Abs. 2 S. 2. Die Beweislast trifft in diesen Fällen denjenigen, der den Mangel der Zurechnungsfähigkeit behauptet^{*)}.

III. Aus Gründen der Billigkeit haften unter Umständen auch nicht zurechnungsfähige Personen nach § 829 für den durch ihre rechtswidrigen Handlungen angerichteten Schaden. Allein diese Haftung tritt nur ein, wenn die Handlung, bei Zurechnungsfähigkeit begangen, den Tatbestand einer unter §§ 823–826 fallenden unerlaubten Handlung bilden würde. Sie ist daher erst in der Deliktslehre zu behandeln, unten § 449 A I.

Vierter Titel.

Schuldlose zu Schadenersatz verpflichtende Handlungen.*)

§ 199. Gründe der Haftung für schuldlose Handlungen.

Als Ziel der neueren Rechtsentwicklung ist nicht selten bezeichnet, daß der Mensch für jedes, auch das unverschuldete Unrecht, das seine Handlung

*) v. Liszt tabelt dies, ohne zu beachten, daß die Frage für das Zivilrecht eine andere ist als für das Strafrecht. Das Zivilrecht hat lediglich zu entscheiden, wer den Schaden trägt, der Täter oder der Beschädigte. Es ist immerhin billiger, daß der sinnlos Betrusene den Schaden trage, den er angerichtet hat, auch wenn er die Entstehung dieses Schadens, als er sich in die Trunkenheit versetzte, nicht voraussehen vermochte.

*) Vgl. RRG 53 S. 159; 51 S. 32. Ist diese geistige Entwicklung vorhanden, so kommt das jugendliche Alter für die Frage, ob Fahrlässigkeit vorliegt, nicht weiter in Betracht. Wohl aber kann es berücksichtigt werden, wenn es sich nach § 254 um die Ermäßigung der Schwere des Verschuldens im Vergleich mit dem Verschulden eines anderen oder mit der Betriebsgefahr handelt, RRG 68 S. 423; RG JurW 1910 S. 37.

*) So auch RRG 51 S. 32; 51 S. 240; 74 S. 145 und die herrschende Ansicht.

*) Vgl. Binding, Die Normen und ihre Abtretung, 2. Aufl. I §§ 58 u. 59; Weikel, Juristische Entschlossenheit §§ 664 ff.; Löning, Die Haftung des Staats für rechtswidrige Handlungen seiner Beamten; Ungert, Handeln auf eigene Gefahr, DogmZ 20 S. 261 ff.; Steinbach, Die Grundzüge des heutigen Rechts über den Erfolg von Vermögensschäden; Katsja, Das Recht des Schadenersatzes vom Standpunkte der Nationalökonomie, 1888; Sjögren, Zur Lehre von den Formen des Unrechts und den Tatbeständen der Schadenersatzung, DogmZ 35 S. 341 ff.; H. Weikel, Die Kollision rechtmäßiger

nach sich ziehe, einzustehen habe, daß er also hätte, auch wenn er zu der Vornahme der Handlung an sich berechtigt war, sie mit der erforderlichen Vorsicht und Umsicht vorgenommen hat und den schädigenden Erfolg in keiner Weise vorhersehen konnte. Allein dieses sog. Kausalitäts- oder Veranlassungsprinzip ist mit Recht im BS nicht angenommen. Daß der Handlende auch für die nicht voraussehbaren Folgen seiner nicht schuldhaften Handlung einstehen soll, entspricht nicht der Gerechtigkeit und würde die Tatkraft gerade des besonnensten Menschen lähmen, da ihn alsdann jede, auch die an sich wünschenswerte Handlung der Gefahr der Schadenersatzleistung aussetzen würde¹⁾. Ein Schaden, der nicht auf die Schuld eines Menschen zurückzuführen ist, wird, sofern nicht ein besonderer Grund der Abwälzung vorliegt, am besten von dem getragen, dem er getroffen hat, *essum sentit dominus*. Als Regel hat daher das BS das Verschuldensprinzip aufrecht erhalten.

A. Gleichwohl muß in beschränkteren Grenzen eine Haftung für schuldlose Handlungen angenommen werden. Die Abgrenzung und Begründung der hierher gehörigen Fälle durch Wissenschaft, Praxis und Gesetzgebung ist seit den letzten fünf Jahrzehnten in vollem Flusse. Auch das BS enthält bezüglich einzelner hierher gehörender Fragen einen merkbaren Fortschritt. Die einzelnen Fälle der Haftung lassen sich nach den Grundgedanken, auf denen sie beruhen, in fünf Kategorien sondern.

I. Berechtigter Eingriff in fremde Rechte wegen überwiegenden privaten oder öffentlichen Interesses²⁾. Bisweilen ist ein Eingriff in fremde Rechte wegen eines überwiegenden privaten oder öffentlichen Interesses erlaubt. Ein solcher Eingriff darf aber nur gegen Entschädigung geschehen, was zwar noch nicht allgemein, jedoch in so zahlreichen Fällen anerkannt ist, daß es, wo nicht besondere Gründe die Haftung ausschließen, als Regel angenommen werden muß.

1. Auf Grund von privaten Interessen sind solche Eingriffe in einer Anzahl von Fällen erlaubt.

a) Nach § 904 ist die Einwirkung auf eine fremde Sache erlaubt, wenn sie notwendig ist, um einen drohenden unerbittlich großen Schaden abzumenden; es entsteht aber eine Ersatzpflicht.

Interessen und die Schadenersatzpflicht bei rechtmäßigen Handlungen, 1895; Kümelin, Gründe der Schadenszurechnung, 1896; Jung, Delikt und Schadenersatzpflicht, 1897; G. Kümelin, Kulpahaftung und Kausalhaftung, *Zivl* 68 S. 285ff.; Troeger, Kaufbegriff im Straf- und Zivilrecht, 1904 S. 294—324; Adler, Unverschuldetes Unrecht (Rede), 1910; Müller-Erzbach, *Zivl* 106 S. 309ff.

¹⁾ Nähere Ausführung: Enneccerus, *Berh. d. Juristentage* 1884 I S. 108; ebenso Kümelin, *Schadenszurechnung*, 1896 S. 24ff.; Troeger, *Kaufbegriff* S. 294.

²⁾ Vgl. besonders die oben zitierte Schrift v. R. Werkel, namentlich S. 147ff.

b) Nach § 28 GewO kann, wenn eine mit obrigkeitlicher Bewilligung errichtete gewerbliche Anlage ein benachbartes Grundstück benachteiligt, nicht auf Einstellung des Gewerbebetriebes geklagt werden, und selbst die Klage auf Herstellung schädlicher Einrichtungen ist, wenn solche unzulässig oder mit dem Gewerbebetriebe nicht vereinbar sind, ausgeschlossen. Soweit diese Beschränkungen reichen, ist aber ein Erlösanspruch gegeben.

c) Nach Analogie der beiden vorstehenden und einiger landesgesetzlicher Vorschriften, hat das RG in ständiger Rechtsprechung angenommen, daß der Eigentümer einer Sache, wenn ihm ausnahmsweise unterlagt ist, wegen Gefährdung seines Eigentums (z. B. durch Funkenflug von einer Kleinbahn) die Unterlassungsklage anzustellen, nach eingetretenem Schaden Ersatz verlangen könne*).

d) Nach § 887 ist es erlaubt, ein fremdes Grundstück zu betreten, um eine auf dieses gemerkte Sache anzufassen und wegzuschaffen; es entsteht aber eine Erlaspflicht für den dadurch verursachten Schaden.

e) Nach § 982 darf der Eigentümer eines Bienenstockes bei der Verfolgung fremde Grundstücke betreten, die fremde unbefestigte Bienenwohnung, in die der Schwarm eingebeungen ist, öffnen und die Waben herausbrechen; er ist aber Schadensersatzpflichtig.

f) Nach § 917 ist der Eigentümer eines Grundstücks verpflichtet, einen Nutzung zu dulden; er wird aber (durch eine Geldrente) entschädigt.

g) Nach §§ 809 und 810 kann unter Umständen die Vorlegung einer Sache oder einer Urkunde verlangt werden, obgleich ein solcher Anspruch an sich aus dem Rechtsverhältnisse sich nicht ergibt, ja selbst wenn es ungewiß ist, ob der Anspruch, dessen Geltendmachung dadurch erleichtert werden soll, überhaupt besteht. Wer die Vorlegung verlangt, hat aber Kosten und Gefahr zu tragen (§ 811).

2. Weit zahlreicher und wichtiger aber sind die Eingriffe in die Rechte anderer, welche aus Gründen des öffentlichen Wohls gestattet sind, wie besonders die Enteignung, das Töten von Tieren wegen gefährdender Krankheiten, das Ausrotten von Pflanzen (Weinstöcken) aus dem gleichen Grunde, die Schädigung von Grundstücken durch manövrierende Truppen usw. Auch in diesen Fällen besteht regelmäßig eine Entschädigungspflicht, wo sie nicht aus besonderen Gründen insbesondere wegen des konfliktierenden eigenen Interesses beschränkt oder ausgeschlossen ist*).

II. Rechtmäßige, aber besonders gefährdende Handlungen und Gewerbe. Eine Schadensersatzhaftung kann dadurch begründet werden, daß durch ein an sich berechtigtes Verhalten, zumal den Betrieb eines Gewerbes, eine erhebliche Gefahr für andere hervorgerufen wird. Gewisse Handlungen sind so gefährlich, daß sie dieserhalb ganz verboten sind, z. B. das Lagern von Explosivstoffen in der Nähe bewohnter Gebäude. Die Übertretung eines solchen Verbots ist eine unerlaubte Handlung und kommt deshalb an dieser Stelle nicht in Frage. Andere Handlungen sind im allgemeinen so ungefährlich, daß es unzulässig erscheint, von dem Teile der Verschuldung abgesehen, noch eine besondere Haftung an sie zu knüpfen. Zwischen beiden liegen aber zahlreiche Handlungen, die eine nicht

*) Vgl. RGZ 58 S. 134; 63 S. 376; RGZ JurB 07 S. 290; 10 S. 581 u. a. m.

*) Ausgeschlossen ist sie z. B. bezüglich der Einziehungen in der Bebauungsfähigkeit von Grundstücken durch Zurücklegung der Baufluchtlinie hinter die Straßenlinie nach dem preussischen Fluchtliniengesetz vom 2. Juni 1876.

unerhebliche Gefahr für andere mit Notwendigkeit herbeiführen und doch wegen ihrer wirtschaftlichen Unentbehrlichkeit nicht verboten werden können. Hier ist es gerecht, den Unternehmer für die durch seinen Gewerbebetrieb verursachten Schädigungen haften zu lassen (Gefährdungshaftung). Er soll das gefährdende Gewerbe nicht auf fremdes Risiko betreiben. Seine Gefährdungshaftung ist in Wahrheit ein Teil seines Geschäftsaufwandes.

Obgleich hat das *WB* den allgemeinen Grundsatz, daß jeder für ein an sich berechtigtes, aber andere gefährdendes Verhalten hafte, mit Recht nicht aufgenommen; denn die Grenze zwischen gefährlichen und ungefährlichen Handlungen und Gewerbebetrieben ist höchst zweifelhaft und flüchtig und bedarf daher der besonderen gesetzlichen Feststellung. Zurzeit wenigstens wird daher nur auf dem Wege fortschreitender Spezialgesetzgebung nach Art des Haftpflichtgesetzes und ähnlicher Gesetze ein sicherer und überschaubarer Fortschritt zu erzielen sein.

Bis jetzt ist der Grundsatz reichsgesetzlich in folgenden Fällen teils in vollem Maße, teils mit wesentlichen Beschränkungen anerkannt:

1. Der Betriebsunternehmer einer Eisenbahn haftet für die durch den Betrieb verursachten Tötungen oder Körperverletzungen (sofern er nicht beweist, daß der Unfall durch höhere Gewalt oder eigenes Verschulden des Getöteten oder Verletzten hervorgerufen sei) (*HaftpflichtG* v. 7. Juni 1871 § 1).

2. Der Betriebsunternehmer eines Bergwerks oder Steinbruchs, einer Weberei oder Fabrik haftet für die durch seine Bevollmächtigten und Aufseher schuldhaft herbeigeführten Tötungen und Körperverletzungen (*HaftpflichtG* § 2).

3. Der Reederei sowie der Binnenschiffahrt der Schiffseigner haftet für den Schaden, den eine Person der Schiffbesatzung einem Dritten in Ausführung ihrer Verrichtungen schuldhaft zufügt (*HGB* § 485, *BinnenschiffG* § 3); und der Eigentümer eines Floßes haftet, jedoch nur mit dem Floße, für den durch Verschulden des Floßführers oder der Floßmannschaft durch das Floß verursachten Schaden (*FloßG* § 22).

4. Landesgesetzliche Vorschriften, die eine weitergehende Haftung des Unternehmers einer Eisenbahn oder eines anderen mit gemeiner Gefahr verbundenen Betriebes vorschreiben, werden durch *WB* Art. 105 aufrechterhalten. (Besonders gehört hierher das *Pr. Eisenbahng.* v. 3. Nov. 1838 [§ 25], nach dem die strenge Haftung sich auch auf die Beschädigung von Sachen bezieht. Ferner befehlt eine landesgesetzliche Haftung der Bergbau treibenden nach § 148 des preussischen Berggesetzes v. 24. Juni 1864.)

5. Der Halter eines Kraftfahrzeuges haftet für die beim Betriebe eingetretenen Tötungen, Körperverletzungen und Sachbeschädigungen, wenn der Unfall nicht durch ein unabwendbares Ereignis verursacht ist, das weder auf einem Fehler des Kraftfahrzeuges noch auf dem Versagen seiner Vorrichtungen beruht, *KraftfahrzeugG* v. 3. Mai 1909 § 7.

6. Der Halter eines Luftfahrzeuges haftet für die beim Betriebe des Fahrzeuges durch Unfall entstehenden Tötungen, Körperverletzungen und Sachbeschädigungen, *LuftverkehrG* v. 1. August 1922, §§ 19 ff.

7. Wer ein Tier hält, haftet (mit gewissen Ausnahmen) für die durch das Tier verursachten Tötungen, Körperverletzungen und Sachbeschädigungen (§ 833). Auch hier liegt der Grund der Haftung (nicht nur bezüglich der wilden Tiere, sondern auch bezüglich der Haustiere) in der mit dem Halten des Tieres verbundenen Gefährdung anderer (Menschen, Tiere, durchgehende Pferde).

8. Entlich ist dieser Grundsatz für die Wildschadenhaftung maßgebend (§ 835). Da nämlich der Jagdberechtigte den Vorteil von dem Wildstande hat (Gewinn oder Ver-

gnügen) und allein zur Verminderung des Wides durch Abbruch berechtigt ist, so erscheint er wenigstens in den normalen Fällen als der Halter des für andere gefährdenden Wides; er ist demnach für den dadurch entstehenden Schaden verantwortlich^{*)}.

III. Selbsthilfe oder Erwirkung provisorischer Gerichtshilfe ohne Berechtigung. Wer Selbsthilfe übt oder provisorische Gerichtshilfe erlangt, tut dies auf seine Gefahr, haftet also, auch wenn ihn keinerlei Verschulden trifft, für Schadensersatz, wenn sich herausstellt, daß die Voraussetzungen der Selbsthilfe oder des Rechts auf Gerichtshilfe in Wahrheit nicht vorlagen.

1. Hat jemand Selbsthilfe, ohne daß deren gesetzliche Voraussetzungen vorlagen, geübt in der Annahme, daß jene Voraussetzungen vorhanden seien, so ist er, auch wenn ihn keine Schuld trifft, schadensersatzpflichtig (§ 231).

2. Wer Arrest oder eine einstweilige Verfügung beantragt und erlangt hat, haftet, wenn bloß Wahrgeln als unangekündet wieder aufgehoben worden, für den durch die Verfügung verursachten Schaden (§ 345).

3. Hat der Kläger, dem eine Aufrechnungsabwehr entgegengesetzt war, ein Vorbehaltsurteil und auf Grund dessen die Zwangsvollstreckung erlangt, so ist er, wenn das Urteil wieder aufgehoben wird, schadensersatzpflichtig (§ 302).

Das gleiche gilt, wenn das Vorbehaltsurteil im Urkundenprozeß erlangt war, bereits vollstreckt ist und wieder aufgehoben wird (§ 600^{*)}).

4. Ebenso ist es, wenn der Kläger ein vorläufig vollstreckbares Urteil und auf Grund dessen die Zwangsvollstreckung erlangt hat und das Urteil wieder aufgehoben wird (§ 717 Abs. 2).

5. Ist jemand für eine Partei als Geschichtsführer ohne Auftrag oder als Bevollmächtigter ohne Beibringung einer Vollmacht zur Prozeßführung zugelassen, so ist er, wenn er die Genehmigung nicht rechtzeitig beibringt, schadensersatzpflichtig (§ 89).

IV. Abgabe unrichtiger Willenserklärungen.

Wer eine unrichtige rechtsgeschäftliche Erklärung abgibt, haftet in einer Reihe der wichtigsten Fälle für den Schaden, den der Gegner dadurch erlitten hat, daß er auf die Erklärung vertraute (sog. negatives Interesse). Bisweilen ist die Haftung dahin erweitert, daß der Erklärende die Erklärung gegen sich gelten lassen muß.

Auch dieser Haftungsgrund ist noch nicht allgemein, jedoch für folgende Fälle angeschlossen:

1. In Irrtumsfällen haftet der Erklärende (nachdem die Erklärung durch Aniechtung beseitigt ist) ohne Verschulden für das negative Interesse (§ 122 §§ 119, 120).

2. Das gleiche gilt bezüglich der wichtigen, nicht ernstlich gemeinten Willenserklärung, welche in der Erwartung, der Scherz werde verstanden werden, abgegeben ist (§ 122 § 118).

3. Ebenso haftet für das negative Interesse, wer, ohne den Mangel seiner Vertretungsmacht zu kennen, ein Geschäft im Namen eines anderen abgeschlossen hat (§ 179 Abs. 2).

4. Der Gläubiger, der dem Schuldner von der Abtretung der Forderung Anzeige gemacht hat, muß (wenngleich ihn kein Verschulden trifft) dem Schuldner gegenüber die

^{*)} Übrigens ist die Haftung auf gewisse Willkuren beschränkt (vorüber später).

^{*)} Ist ein Vorbehaltsurteil infolge einer durch Verschulden des Beklagten (Verschleppungsabsicht, großes Verschulden) verspätet vorgebrachten Abwehr (die dieserhalb zurückgewiesen wurde, § 302 §§ 279, 340) ergangen, so ist der Kläger, wenn das Urteil wieder aufgehoben wird, nur verpflichtet, die Bereicherung herauszugeben. Die Schadensersatzpflicht entfällt wegen des eigenen Verschuldens des Beklagten.

angezeigte Abzweigung auch dann gelten lassen, wenn sie nicht erfolgt oder nicht vollständig ist (§ 309).

5. Einen entsprechenden Fall enthält § 576 (vgl. ferner oben § 171 II 3).

V. Haftung für den Zufall in Vertragsverhältnissen. Endlich ist aus rechtspolitischen Gründen in einigen Vertragsverhältnissen die Haftung über das regelmäßige Maß hinaus erweitert, weil der eine Kontrahent für die Sicherheit seiner Sachen nicht genügend zu sorgen vermag, während dem anderen eine solche Fürsorge möglich ist, und weil bei anders geregelter Haftung der Geschädigte sich in einem Betreibungsnotstande befinden würde.

In diesen Fällen beschränkt sich die Haftung nicht auf den von dem anderen Kontrahenten selbst verursachten Schaden, sondern umfaßt, von gewissen, später zu erörternden Beschränkungen abgesehen, auch andere Zufälle. Hierher gehören:

1. Die Haftung der Gastwirte für Verlust oder Beschädigung der von einem Gast eingebrachten Sachen (§ 701).

2. Die Haftung der Eisenbahn für Verlust oder Beschädigung des übernommenen Gutes (ROB § 456).

3. Die Haftung der Post für die Postsendungen sowie die (auf Kurz- und Beförderungskosten beschränkte) Haftung der Post für Beschädigungen des Reisenden (Postgef. § 8, II Nr. 2).

B. Es liegt die Frage nahe, ob die Fälle der Schadenersatzhaftung ohne Verschulden, die ich nach dem Grunde der Haftung in fünf Kategorien zusammengestellt habe⁷⁾, auf einen einheitlichen Gesichtspunkt zurückzuführen seien. W. C. ist dies nicht der Fall oder wenigstens bis jetzt nicht gelungen. Wenn stimmen ja die unter I, II und III genannten Fälle in einer Beziehung miteinander überein. Sie sind Fälle der „Geltendmachung des eignen Interesses zum Nachteil oder unter Gefährdung eines legitimen fremden Interesses“. Daraus ist aber keineswegs richtig, den Grundsatz anzufesteln⁸⁾, daß überall, wo ein eigenes Interesse zum Nachteil oder unter Gefährdung eines legitimen Inter-

⁷⁾ Die Haftung aus § 829 wird besser erst bei den Deliktobligationen besprochen. Sie läßt sich keiner der fünf Kategorien einfügen.

⁸⁾ Dies tut H. Merkel a. a. O. S. 160. Aber die früheren Versuche von Sjögren und Unger vgl. Rümelin, Schadenersatzrechnung S. 28 ff. Rümelin S. 48 ff. glaubt die Fälle der Schadenersatzhaftung ohne Verschulden auf zwei Grundgedanken zurückführen zu können. Dagegen mit Recht Traeger S. 298. Traeger will die von mir aufgestellten 5 Klassen auf 3 Hauptklassen reduzierten, indem er Klasse I und III und ebenso Klasse II und IV durch einen gemeinsamen Grundgedanken zu vereinigen sucht. Müller-Erzbach empfiehlt, das Verschuldensprinzip im allgemeinen zu beseitigen und Verschulden nur für einige besonders gelagerte Fälle zu fordern, insbesondere für die Haftung der Angestellten und Beauftragten, hier aber die Haftung auf großes Verschulden zu beschränken (!). Im übrigen soll 1. im Falle der einseitigen (auch der erlaubten) Gefährdung fremder Interessen derjenige den Schaden tragen, in dessen Interesse die Gefährdung erfolgt. Das ist in der Hauptsache die verallgemeinernde Zusammenfassung der Fälle I, II, III des Textes, vor der unter B gemerkt wurde. 2. Im Falle der „Interesseneponierung“, d. h. wenn sich jemand einem Gefährdungszustand aussetzt, z. B. sich der Eisenbahn bedient, ein Fuhrwerk benützt, Wertpapiere (die gefälscht sein könnten) kauft, eine Erklärung abgibt oder sich überhaupt in irgendwelche das Vermögen betreffende Verhandlungen einläßt (Gefährlicher Erklärungen usw.), soll der Schaden von dem getragen werden, der das Risiko des Schadenseintritts ganz oder doch im Verhältnis zu den Mitbeteiligten überwiegend in seiner Hand hat. Dieser Gesichtspunkt ist zweifellos von Bedeutung und bei den einzelnen in Betracht kommenden Fragen nicht selten hervorgehoben worden; zu weit geht aber auch hier die Verallgemeinerung, und unannehmbar ist der Versuch, die Schuldhaftung durch dieses Prinzip zu ersetzen. Endlich dürfte die Grenzscheidung zwischen den beiden aufgestellten Prinzipien kaum durchzuführen sein, da in sehr vielen Fällen „Gefährdung“ und „Interesseneponierung“ zusammenwirken.

alles geltend gemacht wird, eine Erlapspflicht stattfinden oder auch nur zu wünschen wäre. Die Erlapspflicht wird vielmehr nur begründet, wenn einer der oben genannten besonderen Haftungsgründe, Verletzung fremden Rechts, besondere Gefährlichkeit des Verhaltens, Weltendmachung durch Selbsthilfe oder provisorische Gerichtshilfe, hinzutritt. Wo ein solcher besonderer Haftungsgrund fehlt, wie z. B. bei der Begründung eines Konkurrenzunternehmens, welche die bereits bestehenden derartigen Unternehmungen in ihrem doch gewiß legitimen Interesse schädigt, tritt die Verpflichtung zum Schadenserlass nicht ein (von der besonderen Vorschrift des § 826 abgesehen). Für die unter IV zusammengestellten Fälle ist der Gedanke der Weltendmachung des eigenen Interesses m. E. nicht verwendbar, vielmehr ist hier das in dem Fagat erweckte Vertrauen der entscheidende Gesichtspunkt für die Haftung, und die Zufallshaftung der Gastwirte und Eisenbahnen (V) hat mit der Weltendmachung eigener Interessen auf fremde Gefahr überhaupt nichts zu tun.

Richtiger und auch praktisch wertvoller erschien es daher, die Haftungsfälle nach den besonderen Gründen, auf denen sie beruhen, zu gruppieren. Freilich ist auch hier hervorzuheben, daß die aufgestellten Haftungsgründe im geltenden Recht noch nicht in allen Fällen zu genügender Anerkennung gelangt sind. Immerhin bildet die Zusammenstellung der Fälle nach den die Haftung begründenden Gesichtspunkten die geeignete Grundlage für die Frage der Zulässigkeit oder Unzulässigkeit der analogen Ausdehnung und für die gesetzliche Vermehrung der Haftungsfälle.

§ 200. Ausnahme. Höhere Gewalt*).

Der höheren Gewalt (vis major) werden im BG und in anderen Reichsgesetzen zwei sehr verschiedene Wirkungen beigelegt; sie begründet eine Ausnahme von der Zufallshaftung in gewissen Vertragsverhältnissen und von der Haftpflicht der Eisenbahnen für Unfälle; sie schützt ferner vor dem Rechtsverlust bei Ablauf gewisser Fristen.

Der Begriff der höheren Gewalt ist im Gesetze nicht bestimmt und daher bestritten. Als äußerste Ansichten stehen sich die sog. subjektive (relative) und die objektive (absolute) Theorie gegenüber. Nach der ersteren ist die Haftung ausgeschlossen, wenn der Schaden offenbar auch durch eine auf das höchste vernünftige Maß gesteigerte Sorgfalt nicht abgewandt werden konnte¹⁾, nach der objektiven dagegen muß die Unabwendbarkeit auf der Natur des Ereignisses, der Wucht seines Auftretens oder der völligen Unvorhersehbarkeit beruhen²⁾.

In Wahrheit ist der Begriff der höheren Gewalt in den Fällen der Schadenshaftung und der Fristverkümmnis verschieden zu fassen, und das kann nicht auffallend erscheinen, da es sich um zwei völlig verschiedene Wir-

¹⁾ Vgl. besonders Goldschmidt, Zeitschr. f. Handelsr. 3 S. 58 ff., 331 ff., 16 S. 324 ff.; Egner, über den Begriff der höheren Gewalt in Grünhut Bd. 10 Nr. 10; Dernburg, Grünhuts A. 11 S. 334 und Bll II § 60; Pernice, Lubro II S. 339 ff.; Unger, Dogm. 30 S. 417 ff.; Schneider, Zeitschr. f. Handelsr. 9. 44 S. 75 ff.; Fischer, Dogm. 37 Nr. 6; Baron, Jönl 78 S. 203 ff.; 29. Stimping, daselbst 81 S. 427; Bolzmar, vis major und Vertriebsunfall, 1900; Traeger, Kaufbegriff S. 207 ff.; Wendi, Jönl 92 S. 157 ff.; Hammer, Annalen d. D. Rechts 30 S. 772 ff.

²⁾ So namentlich Goldschmidt a. a. O.

³⁾ So namentlich Egner a. a. O.

tungen handelt und der Begriff der höheren Gewalt nicht gesetzlich fixiert ist, sondern erst aus der Natur der an sie geknüpften Wirkungen näher bestimmt werden kann.

I. Wo die höhere Gewalt eine Ausnahme von einer Schadenshaftung begründet, ist unter höherer Gewalt zu verstehen: ein erkennbares, nicht aus dem in Frage stehenden Betriebe entstehendes (sondern in diesem Sinne von außen kommendes) Ereignis, dessen schädigende Wirkung durch vernünftigerweise zu erwartende Vorsichtsmaßregeln nicht vermieden werden konnte²⁾.

1. Hierher gehören die folgenden Fälle:

a) Schon das röm. Recht ließ Schiffer und Wirte für den zufälligen Schaden haften mit Ausnahme des Falles der *vis major*³⁾. Im Anschluß hieran erklärt § 701 den Gastwirt für haftbar für den Schaden, den ein ausgenommenes Gast durch Verlust oder Beschädigung der eingebrachten Sachen erleidet mit Ausnahme des Schadens, der durch höhere Gewalt (oder einige hier nicht interessierende Umstände) entsteht.

b) Ganz ähnlich haftet nach § 456 HGB die Eisenbahn für zufälligen Verlust oder zufällige Beschädigung des übernommenen Gutes, der Schaden sei denn durch höhere Gewalt (oder einige andere hier nicht interessierende Umstände) veranlaßt⁴⁾; und die Post haftet für Kur- und Verpflegungskosten wegen der nicht durch höhere Gewalt verursachten Beschädigung der Reisenden (Postgef. § 11 Nr. 2), bezüglich der Postsendungen sogar für Schäden, die nicht „unabwendbare Folgen eines Naturereignisses“ sind (Postgef. § 6).

c) Der Unternehmer einer Eisenbahn haftet nach § 1 des Haftpflichtgesetzes v. 7. Juni 1871 für die beim Betriebe erfolgten, nicht durch höhere Gewalt oder eigenes Verschulden des Betroffenen veranlaßten Tötungen und Körperverletzungen.

2. Die Haftpflicht der Eisenbahnen für Unfälle hat ihren Hauptgrund in den Gefahren, welche diese Unternehmungen für andere mit sich bringen; die Haftpflicht in den übrigen Fällen beruht in erster Linie darauf, daß der Gast oder Abfender nicht für die Sicherheit der Sachen zu sorgen vermag, während dem Gastwirt, der Eisenbahn oder Post eine machtvolle und bei energischer Aufsicht höchst wirksame Fürsorge möglich ist. Daneben aber kommt in allen drei Fällen auch der Beweisnotstand in Betracht, in dem sich der Geschädigte dem Gastwirt oder der Eisenbahn oder Post gegenüber befindet.

3. Daher darf die Haftung nur ausgeschlossen sein, wenn die Ursache des Schadens nicht (aber doch ganz notwendig nicht) in der Geschäftlichkeit des Betriebes⁵⁾, sondern in anderen Ereignissen zu finden ist und nicht innerhalb der räumlichen oder persönlichen Grenzen liegt, in denen eine Einwirkung oder Überwachung durch den Wirt, die Eisenbahn oder Post möglich ist. Ferner muß der Schaden auf einem erkennbaren Ereignis beruhen (wegen des Beweisnotstandes); endlich muß er so beschaffen sein, daß er durch Vorsichtsmaßregeln oder Vorrichtungen, die sich innerhalb der vernünftigen Grenzen halten, nicht abgewandt werden konnte⁶⁾.

II. Kommt aber die höhere Gewalt in Betracht als Entschuldigungs-

²⁾ Fast wörtlich so jetzt nach RG Bruchot 47 S. 141; ebenso RG Barn. 1916 Nr. 205; 1917 Nr. 140; vgl. ferner RG 93 S. 67; 95 S. 65; 101 S. 95; 104 S. 150; 109 S. 173.

³⁾ L. 3 § 1 D. *nautae cauponae* 4, 9.

⁴⁾ In gleicher Weise hafteten früher der Frachtführer und der Seereisender, während jetzt für sie die Zufallhaftung durch die §§ 429 und 606 des neuen HGB und § 68 des Binnen-Schiffahrtsgesetzes aufgehoben ist.

⁵⁾ Dies ist insbesondere vom Reichsgericht in zahlreichen Urteilen ausgesprochen; RG 1 S. 253; 11 S. 147; 19 S. 41; 44 S. 29; 50 S. 95; 54 S. 406; 64 S. 404 ff. Abweichend nur RG 21 S. 15 f., welche Entscheidung auf dem Boden der subjektiven Theorie steht.

⁶⁾ RG 14 S. 83; 21 S. 15 f.; RG Bruchot 50 S. 1137.

gungsgrund für eine Fristversäumnis, so fordert die Billigkeit, daß jedes Hindernis genüge, das unter den obwaltenden Umständen auch durch die größte, vernünftigerweise zu erwartende Vorsicht nicht abzuwenden war. Hier ist also die subjektive Theorie am Platze.

1. Hierher gehören zwei Vorschriften des BG und eine der ZPO.

a) Nach § 1996 kann der Erbe eine neue Inventarfrist verlangen, wenn er durch höhere Gewalt an der rechtzeitigen Inventarberichtigung oder an der Bitte um Fristverlängerung verhindert war.

b) Nach § 203 ist die Verjährung gehemmt, solange der Berechtigte innerhalb der letzten sechs Monate an der Rechtsverfolgung durch Stillstand der Rechtspflege oder durch andere höhere Gewalt gehindert ist.

c) Nach § 233 ZPO (früher § 211) kann eine Partei, die durch Naturereignisse oder andere unabwendbare Zufälle an der Einhaltung einer Kotsfrist verhindert ist, Wiedereinsetzung in den früheren Stand verlangen. Es besteht kein Zweifel, daß die hier gebrauchten Ausdrücke dasselbe wie höhere Gewalt bedeuten*).

2. Auch das Reichsgericht hat in ständiger Rechtsprechung in zahlreichen den § 233 (§ 211) ZPO betreffenden Rechtsfällen im Sinne der subjektiven Theorie entschieden^{*)}. Unzweifelhaft muß in den Fällen der §§ 203 und 1996 ebenso geurteilt werden^{*)}.

Fünfter Titel.

Fristen, Termine.*)

§ 201. Allgemeines**).

I. An den Ablauf der Zeit knüpfen sich zahlreiche gesetzliche Folgen, nicht nur privatrechtliche, z. B. Volljährigkeit, Ersetzung, Verjährung, Erlöschen von Rechten durch Ablauf einer Ausschlussfrist^{*)}, sondern auch öffentlich-rechtliche Wirkungen, z. B. Entstehung des Wahlrechts, Verlust der Staatsangehörigkeit, Ablauf von Kotsfristen. Auch die Parteien und ebenso richterliche und andere Behörden setzen Fristen (Zeiträume) und Termine (Zeitpunkte), deren Einhaltung oder Versäumung verschiedenartige Vorteile oder Nachteile nach sich zieht.

*) Die Motive sagen auch geradezu, durch diese Ausdrücke solle die höhere Gewalt bezeichnet werden.

*) Vgl. namentlich RGE 2 S. 426; 8 S. 375; 17 S. 300 und besonders die Entscheidung der vereinigten Zivilsenate v. 22. Mai 1901 in RGE 48 S. 409.

**) Vgl. auch RGE 67 S. 105; RG Bara. 1912 Nr. 163 (hier wird zwar ein von außen eintretendes Ereignis gefordert, ein solches aber in einer jäh hereinbrechenden Krankheit gefunden).

*) Savignus IV §§ 177—194; Hölder, Theorie der Zeitberechnung, 1873; Romeid, Fristbestimmung, 1902; Kub. Gesetzliche Bestimmung, 1901 sowie Baud 101, S. 435ff., Bürg 33 S. 301ff., SeuffBl. 74 S. 263ff.

**) Brinz, Über die Zeit im Rechte, 1882.

*) Über den Unterschied der Verjährungs- und Ausschlussfristen unten § 211 III.

1. Gleichwohl fehlte es im gem. Rechte an einheitlichen Vorschriften über die Berechnung der Fristen und Termine. Für die aus dem röm. Rechte stammenden gesetzlichen Fristen war die Berechnungsweise des röm. Rechts mit ihren zahlreichen, auf römischer Sitte beruhenden Besonderheiten²⁾ anzuwenden. Für alle anderen gesetzlichen sowie für die durch den Richter oder die Parteien bestimmten Fristen galt zwar die Berechnungsweise des heutigen Lebens, diese aber war für die verschiedenen Rechtsmaterien in verschiedenen Gesetzen und nicht immer in ganz übereinstimmender Weise geregelt.

2. Das BGB dagegen hat an die Stelle dieses vielgestaltigen Zustands einheitliches Recht gesetzt: Die Vorschriften über Fristen und Termine (§§ 186—193) gelten nicht nur für das Privatrecht, sondern abweichend von dem übrigen Inhalte des Gesetzes für alle Rechtsgebiete; sie gelten, wie § 186 sagt, „für die in Gesetzen, gerichtlichen Verfügungen und Rechtsgeschäften enthaltenen Frist- und Terminbestimmungen“, also insbesondere auch für den Prozeß (ZPO § 222 Abs. 1), die freiwillige Gerichtsbarkeit (FrbG § 17), das Handelsrecht³⁾, das öffentliche Recht⁴⁾, Kirchenrecht usw.

3. Die sämtlichen Vorschriften sind aber nur Auslegungsvorschriften; sie kommen nur im Zweifel zur Anwendung, also nur, wenn aus dem Gesetz, der richterlichen (behördlichen) Verfügung oder dem Rechtsgeschäft sich nicht ein anderer Wille des Gesetzgebers, des Richters oder der Geschäftsschließenden ergibt⁵⁾.

Die Bestimmungen des BGB entsprechen in der Hauptsache, jedoch mit einzelnen wichtigen Veränderungen den früheren Vorschriften der §§ 199 und 200 BPO sowie der Art. 326—333 StB. In die neue ZPO und das neue FrbG sind daher nur ganz wenige

²⁾ Der Tag, in den das den Anfang der Frist bestimmende Ereignis fiel, wurde in die Frist eingerechnet, wodurch sie sich um den Teil eines Tages verkürzte (bestritten). Der letzte Tag der Frist brauchte nur begonnen zu sein (dies coeptus pro completo habetur), wenn die Wirkung daran geknüpft war, daß während der Frist etwas geschehen sei oder ein Zustand bestanden habe, also z. B. bei der Berechnung des Lebensalters oder der Erbschaftszeit. War dagegen die Wirkung davon abhängig, daß während der Frist etwas veräußert sei oder ein Zustand nicht bestanden habe (z. B. bei der Verjährung davon, daß die Klagehebung innerhalb der Frist veräußert sei), so mußte der letzte Tag ganz abgelaufen sein. Der Monat wurde in der Regel zu 30 Tagen berechnet. Den Schalttag, den 24. Februar (nach dem Kalender der katholischen Kirche und heutzutage allgemein den 25. Februar, nicht etwa den 29.), betrachteten die Römer unter Umständen nicht als einen besonderen Tag, sondern als Annerkennung des folgenden Tages, was der Verfehr in Deutschland aber nicht beachtete.

³⁾ Ebenso für das Wechselrecht unbeschadet einiger Sondervorschriften der WO (Art. 30, 32, 41 Abs. 2, 92), ferner für das Patentrecht (RG 65 S. 25) und das sonstige Immaterialgüterrecht.

⁴⁾ S. f. auch RG in Straß. 35 S. 39 ff. Die StPO enthält aber einige Sonderbestimmungen, § 42, 43.

⁵⁾ Allerdings müssen sie auch dann zur Anwendung kommen, wenn bei Verträgen die eine Partei eine andere Zeitrechnung wollte, nur ist dann bei wesentlichem Irrtum Aufsechtung möglich. Das gilt bei allen Auslegungsregeln.

Sondervorschriften über diesen Gegenstand aufgenommen, während im übrigen, wie oben dargestellt, das BG entscheidet. Auch die wenigen handelsrechtlichen und zivilprozessualen Sonderbestimmungen werden im folgenden mit angeführt.

II. Die Grundlage unserer Zeitrechnung bildet der Gregorianische Kalender, dem gegenüber die z. B. in Rußland geltende Zeitrechnung alten Stils gegenwärtig um 13 Tage zurückbleibt^{*)}. Für die genauere Bestimmung gilt die sog. mitteleuropäische Zeit, d. h. die mittlere Ortszeit des fünfzehnten Grades östlicher Länge von Greenwich (S. v. 12. März 1884).

§ 202. Berechnung der Fristen und Termine.

I. Berechnung im allgemeinen.

1. Eine Frist, die nach Monaten oder Wochen bestimmt ist, endet mit dem gleichbenannten Monats- oder Wochentage^{*)}, und das gleiche gilt, wenn die Frist nach einem Zeitraum bestimmt ist, der mehrere Monate umfaßt, also nach Jahren, Halbjahren, Vierteljahren (kalendermäßige Berechnung). Fehlt am Ende der Frist der entsprechende Monats- oder Wochentag, so endet die Frist am letzten Tage des Monats. Eine Monatsfrist, die am 31. Januar beginnt, endet also am 28. Februar, im Schaltjahr am 29. Februar, § 188 Abs. 2 u. 3.

2. Unter einem halben oder Vierteljahre werden 6 oder 3 Monate verstanden, unter einem halben Monate 15 Tage. Ist die Frist auf ganze und einen halben Monat gestellt, so sind die 15 Tage zuletzt zu zählen, § 189.

3. Was unter 8 Tagen im Zweifel zu verstehen sei, ist im BG nicht bestimmt; es ist also Auslegungsfrage, ob eine Woche oder wirklich 8 Tage gemeint seien^{*)}. Nach BGB § 359 Abs. 2 sind im Zweifel bei Handelsgeschäften 8 volle Tage zu verstehen.

4. Unter Anfang des Monats wird der erste, unter Mitte des Monats der fünfzehnte, unter Ende des Monats der letzte Tag des Monats verstanden, § 192.

^{*)} Bei Geschäften, welche Länder alten und neuen Stils betreffen, ist die Frage, welcher gemeint sei, Auslegungsfrage. Vgl. darüber im allgemeinen das oben § 193 I über den römischen Spruchgebrauch Gesagte. Nach BGB § 361 ist bei Handelsgeschäften im Zweifel die Zeitrechnung des Erfüllungsorts als maßgebend zu betrachten. Nach BO Art. 34 ist aber bei in einem Lande alten Stils angelegten, binnen einer bestimmten Frist seit der Ausstellung (a dato) im Inlande zahlbaren Wechsellagen der Bezugsort, wenn nichts anderes bestimmt ist, nach demjenigen Kalenderlage neuen Stils zu berechnen, der dem Ausstellungstage alten Stils entspricht.

^{*)} Die Frist von 4 Wochen kann also nur dann auf einen Monat gedeutet werden, wenn ein dahingehender Wille erkennbar ist.

^{*)} Meist wird eine Woche gemeint sein; so namentlich bei der Wendung „heute in 8 Tagen“. Ob unter „24 Stunden“ im Zweifel ein Tag oder genau die Frist von 24 Stunden zu verstehen sei, ist gleichfalls Auslegungsfrage. Eine Vermutung läßt sich weder für die erstere (Dernburg § 105 Anm. 3; RGH 12 S. 127) noch für die letztere Deutung (Pland zu § 187) aufstellen (vgl. noch JPO § 222 Abs. 3); doch wird meist die erstere zutreffen.

5. Ist in einem Handelsgeschäft eine Leistung auf Frühling, Herbst oder einen in ähnlicher Weise bestimmten Zeitpunkt vereinbart, so soll im Zweifel der Handelsbrauch des Leistungsorts entscheiden, was darunter zu verstehen sei, *HGB* § 359 Abs. 1.

6. Ist ein Zeitraum von Monaten oder Jahren in dem Sinne bestimmt, daß er nicht zusammenhängend zu verlaufen braucht, so wird der Monat zu 30, das Jahr zu 365 Tagen gerechnet, § 191. Ist also ein Handlungsreisender verpflichtet, 9 Monate im Jahre zu reisen, so heißt das 270 Tage.

II. Sonn- und Feiertage.

1. Ist an einem bestimmten Tage oder innerhalb einer Frist eine Willenserklärung (z. B. eine Kündigung oder die Annahmeverkündung eines Vertrages) abzugeben⁷⁾ oder eine Leistung zu machen und fällt der bestimmte Tag oder der letzte Tag der Frist auf einen am Erklärungs- oder Leistungsorte staatlich anerkannten allgemeinen (d. h. nicht auf Angehörige nur einer Konfession beschränkten) Feiertag⁸⁾, so tritt an die Stelle des Sonn- und Feiertags der nächstfolgende Werktag⁹⁾, § 193. Das gleiche bestimmt *RPD* § 222 Abs. 2 für alle prozessualen Fristen¹⁰⁾.

habe ich z. B. das Recht, noch am 1. April zu kündigen, und fällt der 1. April auf einen Sonntag, so kann ich noch am 2. April, ist der 1. April Ostersonntag, noch am 3. April kündigen. Der folgende Werktag tritt an die Stelle des Sonntags, d. h. er wird statt seiner der letzte Tag der Frist. Der Sonntag scheidet aber darum nicht aus der Frist aus. Die Kündigung kann z. B. auch am Sonntag vorgenommen werden und darf dann nicht zurückgewiesen werden?¹¹⁾

⁷⁾ Das bezieht sich nicht etwa nur auf Willenserklärungen, zu deren Abgabe man verpflichtet ist, *RGE* 100 S. 20 ff. — Auf die für eine geschäftsbahnliche Handlung, insbesondere eine Mitteilung gesetzter Fristen (vgl. z. B. § 485) wird das Gesagte analog anzuwenden sein.

⁸⁾ Welche Tage allgemeine Feiertage seien, bestimmt sich nach Landesrecht. Sitate bei *Fischer-Henle* zu § 193 Anm. 6. Überall im Reich anerkannt sind: Neujahr, Ostermontag, Himmelfahrt, Pfingstmontag, der erste und (außer Elbfloßdringen) der zweite Weihnachtstag. In einzelnen Teilen: Erscheinungsfest, Karfreitag, Fronleichnam, Mariä Himmelfahrt, Reformationstag und gewisse Lusttage.

⁹⁾ Wenn auch der Wortlaut nur Fristen für Willenserklärungen und Leistungen erwähnt, so wird die Vorschrift doch auf Verjährungsfristen analog anzuwenden sein, da sonst große Härten entstanden und die Feiertagsstörungen, die das Gesetz vermeiden will, in erhöhtem Maße (vgl. *RPD* § 188) eintreten würden, vgl. auch *Rudorff*, *StW* 102 S. 406 und *RGE* 105 S. 124 f. So auch *Rehbein*, *Dernburg*, *Hölzer*, *Wiegler* u. a. m.; anderer Ansicht allerdings *Planck*, *Derkmann*, *RRKom.*, u. *Luz* III S. 628 und eine Entscheidung des *RG*, *BauJ* 1906 S. 123.

¹⁰⁾ Also auch für solche, welche nicht für eine Willenserklärung oder eine Leistung (sondern z. B. für eine Pfändung) gesetzt sind, *RGE* 83 S. 337 f.

¹¹⁾ Ist allerdings (was selten zutreffen wird, vgl. § 271 Abs. 2) die Willenserklärung oder Leistung nur an dem bestimmten Tage (also auch nicht früher) zulässig und fällt dieser Tag auf einen Sonn- oder Feiertag, so kann die an dem Sonn- oder Feiertage erfolgende Willenserklärung oder Leistung zurückgewiesen werden, weil nicht dieser Tag, sondern der folgende an seine Stelle tretende Werktag der bestimmte Tag ist. Wird die Willenserklärung aber nicht zurückgewiesen, so wird sie nach *Exen* und *Glauben* auch gelten müssen.

2. Nach ZPO § 222 Abs. 3 wird jedoch bei einer nach Stunden bestimmten prozessualen Frist der Sonn- oder allgemeine Feiertag überhaupt nicht mitgerechnet, so daß also eine 48stündige Frist sich auch dann um 24 Stunden verlängert, wenn der erste Tag ein Sonntag ist. Dies gilt aber natürlich nur für Prozeßfristen. Bei rechtsgeschäftlichen Fristen würde es dem Willen der Parteien nicht entsprechen.

3. Zu beachten ist aber, daß die Vorschrift des BG § 193, wie alle Vorschriften über Fristen und Termine, nur Auslegungsregel ist. Wird also z. B. ein Wagen für eine Spaziersfahrt oder ein Diener zum Servieren gerade auf den Sonntag bestellt, so kann er natürlich nicht am Montag kommen^{*)}.

III. Anfangs- und Endtag.

1. Am natürlichsten scheint es, eine Frist genau von dem Moment, der ihren Anfang bestimmt, bis zu dem entsprechenden Moment nach Ablauf ihrer Dauer zu rechnen. Allein diese Berechnung von Moment zu Moment (Naturalkomputation) ist praktisch wenig brauchbar, weil Stunde und Minute der Ereignisse leicht in Vergessenheit geraten. Sie tritt daher nur ein, wenn es die Parteien für eine von ihnen festgesetzte Frist bestimmt haben. In allen anderen Fällen rechnet das gem. Recht wie das BG nur nach ganzen Tagen, die von Mitternacht zu Mitternacht laufen (Zivilkomputation).

2. Am Beginn der Frist wird derjenige Tag nicht mitgerechnet, in den das Ereignis fällt, das für den Anfang der Frist maßgebend ist. Habe ich also am 1. Januar vormittags 11 Uhr den Besitz erlangt, so ist der 2. Januar der erste Tag, der für die Erfißung gerechnet wird, § 187 Abs. 1.

3. Wenn jedoch das Ereignis, das den Anfang der Frist bestimmt, der Beginn eines Tages ist, so wird natürlich dieser Tag als erster mitgezählt, und daselbe gilt ausnahmsweise, aber im Einklang mit der Anschauung des gewöhnlichen Lebens auch von dem Tage der Geburt bei Berechnung des Lebensalters, § 187 Abs. 2. Wer am 5. Juni 1898 morgens 10 Uhr geboren ist, wird um Mitternacht zwischen dem 4. und 5. Juni 1919 21 Jahre alt.

4. Der letzte Tag muß stets ganz abgelaufen sein, § 188 Abs. 1. Der Satz dies oceptus pro completa habetur (oben § 201 Anm. 2) ist im BG besetztigt. Da die Frist somit stets mit dem Ende eines Tages abläuft, so ergibt sich von selbst, daß bei einer Fristverlängerung die neue Frist mit dem

^{*)} Bland zu § 193, 4 will die Vorschrift des § 193 „regelmäßig“ auf Fingerringe (unten § 248 I 4) nicht anwenden. Oft wird das der Absicht der Parteien entsprechen, aber eine Regel läßt sich m. E. nicht aufstellen.

Beginne des folgenden Tages zu laufen anfängt, dieser Tag also mitgerechnet wird, § 190*).

5. Die Frage, bis zu welcher Stunde des letzten Tages eine Leistung bewirkt und gefordert werden kann, ist nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte zu bestimmen, § 242; bei Handelsgeschäften ist die gewöhnliche Geschäftszeit maßgebend, BGB § 358.

Sechster Abschnitt: Ansprüche und Eureden.

I. Begriff und Arten des Anspruchs.

§ 203. Begriff*).

I. Anspruch ist das gegen eine bestimmte Person gerichtete Recht auf ein Tun oder ein Unterlassen¹⁾, § 194. Daß diese Begriffsbestimmung zutrifft, bedarf genauerer Darlegung.

1. Der Anspruch richtet sich gegen eine bestimmte Person. Eine solche ist durch das Forderungsrecht ohne weiteres in der Person des Schuldners gegeben; der Forderungsanspruch ist also in der Regel schon mit der Ent-

*) Vorausgesetzt ist natürlich dabei, daß es sich wirklich um eine Fristverlängerung handelt; denn würde, sei es im Laufe einer Frist, sei es nach deren Ablauf, eine neue Frist gesetzt, so würde der Lauf dieser neuen Frist mit dem auf die Festsetzung folgenden Tage beginnen.

¹⁾ Windscheid, Die Actio des röm. Privatrechts vom Standpunkt des heutigen Rechts, 1856; Beller, Die Aktionen des röm. Privatrechts, 2 Bde., 1871, 1873; Thon, Rechtsnorm S. 223ff.; Kohler, Grünhuts J. 14 S. 1ff.; Fischer, Recht und Rechtschutz, 1880; Mehlisberger I § 62; M. Leonhard, J. f. Pr. 15 S. 327ff.; Langheineken, Urteilsanspruch S. 121ff.; Hellwig, Anspruch und Klagrecht, 1900 S. 1ff.; Langheineken, Anspruch und Eureden, 1904; Hölder, RivR 93 S. 1ff., DogmJ 46 S. 265ff., Zeitschr. f. Pr. 29 S. 40ff.; Wendt, RivR 100 S. 66ff.; Langheineken, Der veraltete Anspruch, Fests. f. v. Brünnek, 1912. Ferner über den Anspruch im Sinne der PPO.: Wach, Handbuch d. RivR. I S. 14ff., S. 293ff.; Hellmann, DogmJ 31ff. S. 129ff.; Fischer a. a. O. S. 73ff.; Mayer, Anspruch und Rechtskraft S. 1ff.; Gaupp-Stein, Romm. z. PPO § 146 III; Schmidt, Lehrb. Pr. § 29; Hellwig a. a. O. S. 153ff.; Ebbeke, LeipzJ 1817 S. 833.

²⁾ Der Anspruchsbegriff ist der älteren Theorie fremd. Was wir Anspruch nennen, bezeichnete sie (unter der Voraussetzung bestehenden Rechtsschutzes) als Klagrecht, Klage im materiellen Sinne, actio. Über den Klagrechtsbegriff aber herrschte Streit. Während das Klagrecht nach Savigny (II § 204, 206) als ein neues, aus dem verletzten Rechte sich entwickelndes Recht erscheint, behaupteten andere, daß das Klagrecht nicht ein Recht für sich sei, sondern nur „ein Zulass des Rechtes“ (Buchta § 81 u. Vorlesungen), „ein Bestandteil und Ausfluß des Rechtes, zu dessen Schutz die Klage dienen soll“ (Wächter I § 98 u. Württ. PrR II § 62 Anm. 1), „die dem Recht unwohnende Macht, gegenüber

stehung des Forderungsrechts vorhanden. Eigentum und andere absolute Rechte dagegen gewähren zunächst nur die allgemeine Befugnis, in der dinglichen oder sonstigen Rechts Herrschaft nicht gestört zu werden und diese gegen jedermann sich richtende Befugnis ist weder im Sinne des gem. Rechts noch im Sinne des BGB als Anspruch zu bezeichnen; denn sie wird in keiner Beziehung den für Ansprüche geltenden Vorschriften unterstellt, sie kann insbesondere nicht abgetreten werden und unterliegt nicht der Verjährung²⁾.

Auch der Wortlaut des § 194 spricht gegen ihre Anspruchsnatur; denn unter „einem anderen“ versteht das BGB stets eine einzelne Person, nicht jedermann. Aus absoluten Rechten entspringt also ein Anspruch erst durch ein dem absoluten Rechte widersprechendes Verhalten eines anderen. Beispielsweise hat der Eigentümer, wenn ein anderer die Sache besetzt oder die Ausübung des Eigentums stört, das Recht, die Rückgabe der Sache bzw. die Unterlassung der Störung zu verlangen, d. h. den Eigentumsanspruch.

2. Der Anspruch richtet sich auf ein Tun oder auf ein Unterlassen³⁾, auf ein Tun, z. B. auf die Abgabe einer Willenserklärung, auf ein Unterlassen⁴⁾, z. B. darauf, daß jemand auf dem benachbarten Grundstück kein Haus baue oder daß er dort keine Gastwirtschaft betreibe.

Die Forderung auf ein Unterlassen ist schon, bevor der Verpflichtung gegenüber gehandelt ist, im Einklang mit der Wortklärung des § 194 als Anspruch zu betrachten.

dem widerstrebenden Willen anderer keine Geltung zu behaupten“ (Arnolds § 96). Erst Windscheid zeigte (in dem oben zitierten Werke), daß, wenn auch die Römer in ihrem Aktionsbegriff das Element des Verbotenscharakters mitdenken, sich dies doch wesentlich aus der römischen Entlohnung, insbesondere aus der Anstellung neuer Klagen (und erst folgerweise neuer Rechte) durch das juristische Recht erklärt und zu unserer heutigen Auffassung nicht mehr paßt, da diese durchweg das Recht als den Grund, die gerichtliche Verfolgbarkeit nur als Folge betrachtet. Er ersehnte daher für das moderne Recht den Begriff der Klage durch den Begriff des Anspruchs. Hiermit ist er trotz vielfachen Widerspruchs schon in der gemeinrechtlichen Theorie im ganzen durchgedrungen, und das BGB ist insoweit der Windscheidschen Lehre gefolgt. Unter Anspruch versteht Windscheid die Richtung des (subjektiven) Rechtes auf Unterwerfung fremden Willens, also das Recht selbst in seiner Richtung gegen andere Personen. Er identifiziert daher nicht nur den obligatorischen Anspruch und die Forderung (richtig), sondern bezeichnet auch das in dem dinglichen Recht enthaltene, gegen jedermann gerichtete Verbotensrecht als Anspruch (dagegen vgl. das im Text Gesagte), worin er zwar Zustimmung, aber doch überwiegend Widerspruch gefunden hat. Von den neueren gemeinrechtlichen Behandlungen vgl. namentlich Regelsberger, *Handb.* § 1 52.

²⁾ Das aus dem absoluten Recht entspringende Verbotensrecht gegen jedermann wird als Anspruch bezeichnet insbesondere von Windscheid (s. oben Anm. 1 und *Handb.* § 43), nach dessen Auffassung das dingliche Recht aus einer unbegrenzten Vielheit von Ansprüchen besteht; ferner von Vierling, *Kritik der jurist. Grundbegriffe* II S. 182 ff.; Cosack, *RR* I § 74; Hellwig, *Anspruch* § 3; Langheineken, *Anspruch* S. 8 ff. u. a.; dagegen sind für die im Texte vertretene Ansicht namentlich Kohler, *Grundriss* B. 14 S. 9 ff.; Fischer, *Erörterungen* z. BGB B. 6 S. 70 ff.; Wendt § 8; Derenburg, *B. I* § 39^a; Regelsberger I § 52; Hölder, *BürgR* II S. 219 ff.; R. Leonhard, *J. f. Zivilr.* 15 S. 340 u. *Abg. L.* § 58 u. a. m. eingetretten.

³⁾ Der § 194 sagt zwar „ein Tun oder ein Unterlassen zu verlangen“; aber der Inhalt des Anspruchs ist nicht der, selbst etwas tun nämlich etwas „verlangen“ zu dürfen, sondern der Anspruch gibt direkt ein Recht darauf, daß der andere handle, vgl. Sohm, *Dogm.* 79 S. 295.

⁴⁾ Wendt, *Zivilr.* 23 S. 1 ff.; L. Lehmann, *Die Unterlassungspflicht*, 1906; Eipbacher, *Die Unterlassungspflicht*, 1906; Stephan, *Die Unterlassungspflicht*, 1908; v. Blume i. d. *Rechtst.* f. *Wörterb.* S. 383 ff. (1910); Jacobsohn, *Unterlassungspflicht*, 1912; zu *Chêne*, *SächsR* 11 S. 529.

Zwar ist die Verzögerung einseitigen ausgeschlossen (sie beginnt erst mit der Zwangsbehandlung); aber dies erklärt sich in befriedigender Weise daraus, daß die Forderung, soweit sie Vergangenheit und Gegenwart betrifft, erfüllt ist, was aber die Zukunft betrifft, gemedeltig noch nicht erfüllbar, also einer noch nicht fälligen Forderung vergleichbar ist^{*)}.

3. Die befristete Forderung ist, wie oben § 186 gezeigt, als schon existierendes Recht auf Leistung an dem Termine oder bis zu dem Termine zu betrachten. Daher trifft auch die Legaldefinition des Anspruchs (§ 194) für sie zu. Sie ist ein befristeter Anspruch^{*)}. Auch von bedingten Ansprüchen kann man in demselben Sinne wie von bedingten Forderungen reden.

4. Von den befristeten oder nicht fälligen Ansprüchen sind die Ansprüche zu unterscheiden, deren Erfüllung jederzeit, aber nur auf Verlangen des Berechtigten, z. B. auf jederzeit zulässige Kündigung, zu bewirken ist^{*)}.

5. Die Ansprüche dürfen nicht mit den Rechtsänderungs- oder Gestaltungsrechten verwechselt werden. Diese gehen auf eine von dem Berechtigten selbst herbeizuführende (oder von selbst eintretende) Rechtsänderung (oben § 66 I 3), während der Anspruch auf das Tun oder Unterlassen eines anderen gerichtet ist^{*)}.

II. Klagerecht im privatrechtlichen Sinne ist nur ein anderes Wort für den klagbaren Anspruch. Da nun die Ansprüche in der Regel klagbar sind^{*)}, so bedt sich Klagerecht oder Klage im zivilrechtlichen Sinne und Anspruch in der Regel^{*)}. Es empfiehlt sich daher, den Ausdruck

^{*)} Vgl. Hellwig S. 6; zustimmend ferner Oertmann u. a. K. N. für das gen. Recht Kohler, Grünhat 14 S. 9ff.; Regelsberger u. a. O.

^{*)} In Anknüpfung an den vermeintlichen Unterschied zwischen befristeten und bedingten Forderungen (darüber oben § 186 Anm. 3) will Langheineken, Anspruch S. 51 ff., auch verbriefte und bedingte Ansprüche unterscheiden, deren juristische Behandlung in 19 Punkten verschieden sein soll; namentlich sollen befristete Ansprüche (im Gegensatz zu den bedingten) nicht abgetreten oder verpfändet werden, nicht Gegenstand einer Feststellungs-Klage oder einer Klage auf künftige Leistung (BPD §§ 257—259) sein, nicht gepfändet oder vom Konkursverfahren ergriffen, nicht im Konkurs berücksichtigt werden können. Daß es aber schwer sei, im Leben überhaupt einen in diesem Sinne befristeten Anspruch ausfindig zu machen, gibt er selbst zu (S. 70f.), meint aber doch im Anschluß an Eccius in Bruchot 45 S. 437, wenn dem A freie Wohnung und nach A's Tode seiner Ehefrau oder, falls sie dann gestorben sein sollte, ihren Erben 1000 vermacht seien, so sei das Vermächtnis an die Ehefrau oder ihre Erben (in diesem Sinne) ein befristetes. Es ist aber schlechterdings nicht einzusehen, weshalb diese Vermächtnisforderung anders als irgendeine andere unter dies certus an intertus quando begründete Forderung behandelt werden sollte. Ausschluß der Verbrieftheit, Nichtberücksichtigung im Konkurs der Erben uho. wären grandiose Beschränkungen und schwere Verdächtigungen gegen die Billigkeit, die man doch nicht ohne weiteres unterstellen darf. Ebensowenig scheint mir ein Unterschied zwischen gesetzlicher Besitzung und Veräußerung begründet. Auch die bedingten Forderungen werden von Langheineken in (wirklich) „bedingte“ und „bedingt wirksame“ geschieden.

^{*)} Langheineken, Anspruch S. 101ff., spricht hier von einem verhaltenen Anspruch. Mit v. Lutz I S. 257 kann man noch die Fälle unterscheiden, wo der Verpflichtete nur nicht vor der Anforderung zu leisten braucht, z. B. §§ 629, 630, 669, 416 Abs. 3, und wo er (z. B. wegen der Kosten) auch nicht eher leisten darf, z. B. §§ 403 Abs. 3 S. 1; 259—261.

^{*)} Vgl. auch RWE 92 S. 1ff.

^{*)} Eine Ausnahme bilden die Naturobligationen (unten § 226).

^{*)} Eine ausführliche Begründung hierfür gegenüber älteren, steht wohl als über-

Klagrecht im Sinne von (Klagbarer) Anspruch nicht mehr zu gebrauchen, um die Verwechslung mit dem öffentlich-rechtlichen Klagrecht (unten § 206) zu vermeiden, für das diese Bezeichnung kaum zu entbehren ist.

§ 204. Arten und allgemeine Behandlung.

Nach dem BG müssen ebenso wie nach gem. Recht persönliche und dingliche Ansprüche (*actiones in personam* und *in rem*) unterschieden werden.

I. Persönlich sind die obligatorischen Ansprüche. Bei ihnen ist die Person des Verpflichteten (Beklagten) schon durch das Forderungsrecht selbst in der Person des Schuldners bestimmt.

1. Der persönliche Anspruch ist mit der Forderung, die ihm zugrunde liegt, identisch¹⁾; denn zwischen beiden bietet sich kein Unterscheidungsmerkmal dar. Der Inhalt ist der gleiche (das Recht auf ein Tun oder ein Unterlassen); die Abtretung ergreift Forderung wie Anspruch; auch kein anderer Unterschied ist zu entdecken. Zwecklos und nur eine Erschwerung der juristischen Denkarbeit wäre es also, den streng einheitlichen Begriff zu spalten.

2. Wie das gem. Recht, so kennt auch das BG obligatorische Ansprüche, welche gleichwohl gegen jeden zustehen, der in ein bestimmtes Verhältnis eintritt, der insbesondere den Besitz oder das Eigentum einer Sache erlangt (sog. *actiones in rem scriptae*). Obgleich äußerlich den dinglichen ähnlich, sind sie in Wahrheit doch Forderungsansprüche, deren Schuldner durch den Eintritt in jenes Rechtsverhältnis bestimmt wird. Sowohl im gem. Recht als im BG gehört hierher der Anspruch auf Vorzeigung einer Sache, da er sich gegen den Besitzer der Sache richtet (§ 800); nach dem BG in gewissen Grenzen auch der Anspruch des Mieters eines Grundstücks, da er für die Zeit nach der Veräußerung des Grundstücks, wenn die Sache dem Mieter übergeben war, sich nicht gegen den Vermieter selbst, sondern gegen den richtet, an den der Vermieter die Sache veräußert hat.

II. Dinglich nennen wir die Ansprüche aus absoluten Rechten, also aus Rechten, die sich ihrer Natur nach gegen jedermann richten, mithin nicht nur aus dinglichen oder Sachenrechten, sondern auch aus Erbrecht und Familienrechten²⁾.

wurden zu betrachtenden Ansichten ist in früheren Auflagen gegeben (4./5. Aufl. S. 324f.) und kann jetzt wohl ohne Schaden wegfallen.

¹⁾ H. R. Regelsberger § 214; Kohler § 57 III. Wie oben jetzt wohl die vorherrschende Meinung. v. Tuhr S. 242 meint, der Anspruch sei nur der Kern der Forderung, da diese außer dem Recht auf die Leistung noch Nebenbefugnisse, z. B. Klündigung, Aufrechnung, Einrede enthalte; allein soweit man diese Befugnisse wirklich als Inhalt der Forderung betrachten darf, kann man sie auch als Inhalt des Anspruchs betrachten, können doch z. B. selbst dingliche Ansprüche nach v. Tuhrs eigener Annahme aufgerechnet werden (S. 265).

²⁾ Manche nennen nur die Ansprüche aus dinglichen Rechten dingliche Ansprüche.

1. Der dingliche Anspruch ist nicht schon durch das Recht, dem er entspringt, gegeben, sondern entsteht erst durch ein Verhalten einer Person, das dem Inhalt des dinglichen Rechts widerspricht, in der Regel also durch die Verletzung des absoluten Rechts^{*)}, und die Person des Verpflichteten wird erst durch dieses Verhalten bestimmt.

2. Der dingliche Anspruch ist mit dem absoluten Recht, auf dem er beruht, nicht identisch, auch nicht als Teil in ihm enthalten. Der Umfang ist verschieden, z. B. der Umfang des Eigentums und des Eigentumsanspruchs; denn das Eigentum richtet sich gegen jedermann, der Anspruch nur gegen den Verlezer. Der Inhalt ist verschieden; denn das Eigentum gibt nur die Herrschaft über die Sache und ein Verbotungsrecht gegen jedermann, der Anspruch dagegen verbindet den Besitzer zur Herausgabe, also zu positivem Handeln^{*)}. Endlich ist auch die rechtliche Behandlung in einzelnen Punkten verschieden: der Anspruch kann durch Befriedigung erlöschen oder durch Verjährung entkräftet werden, während das Eigentum bestehen bleibt; der Anspruch kann abgetreten werden, während das Eigentum beim Bedenten zurückbleibt^{*)}; gegen den Eigentumsanspruch kann man sich unter Umständen durch eine Einrede schützen (Mädbehaltsrecht), ohne dem im Besitze befindlichen Eigentümer gegenüber Rechtsschutz zu genießen.

^{*)} Aber nicht immer erst mit der Rechtsverletzung, z. B. steht dem Eigentümer auch während der Mictzeit ein Eigentumsanspruch gegen den die Sache besitzenden Mieter zu. Nur ist dieser Anspruch einweilen durch Einrede entkräftet.

^{*)} Man darf also den Eigentumsanspruch nicht mit Windscheid und andern als eine bestimmte Richtung des Eigentums (die Richtung gegen den Verlezer) auffassen.

^{*)} Das Mobilienrecht geht allerdings (abweichend vom gem. Recht) durch die Abtretung des Eigentumsanspruchs auf den Erwerber über, aber nur wenn die Einigung über den Eigentumsübergang vorliegt (§ 931). — v. Tuhr, Unwiderruss. Bollm. S. 83ff. u. Allg. L. I S. 266ff., hält eine Fesslon des Eigentumsanspruchs ohne gleichzeitige Eigentumsübertragung für ausgeschlossen, weil Eigentum und Eigentumsanspruch nicht getrennt werden könnten, will aber das Geschäft als unvollendete Bollmachtverteilung auffassen. Mit dem Besche ist das schwerlich vereinbar; denn wenn § 931 sagt, daß die Übergabe durch Fesslon des Eigentumsanspruchs ersetzt werden könnte, so wird doch die Möglichkeit der Fesslon vorausgesetzt, nicht etwa nur für diesen besonderen Fall festgestellt, und das gleiche gilt von § 255. Auch das praktische Ergebnis der Ansicht v. Tuhrs ist nicht zu billigen. A hat sein im Besitze des B befindliches Grundstück an C verkauft, die Auflassung soll erst später (z. B. nach Reinigung des Grundstücks von Hypotheken) erfolgen, den Besitz aber soll sich C sofort verschaffen, und zu diesem Zwecke wird ihm die Eigentumsfesslon gegen B abgetreten. Weshalb soll nun, wie v. Tuhr aus seiner Konstruktion folgert, gleichwohl dem A die Eigentumsfesslon noch zustehen und B nur als Bevollmächtigter fragen können? Die wahre Absicht der Parteien wird doch dadurch zum guten Teil vereitelt. Allerdings, wenn A das Grundstück einem andern auslöst, erlischt der Anspruch des C, aber nur weil er von dem Eigentum des A abhängt; wenn B das Grundstück an A herausgibt, erlischt der Anspruch gleichfalls, aber nicht durch Erfüllung, sondern weil B nicht mehr besitzt (wie denn auch wenn B den Besitz schlechtin aufgäbe, dasselbe gelten würde); wenn A in Konkurs fällt, gehört das Grundstück auch zu seiner Konkursmasse, aber nur, weil es noch zu seinem Vermögen gehört. Dies alles beweist also nichts. Weshalb aber die Trennung von Eigentum und Eigentumsanspruch begrifflich unmöglich sein sollte, ist nicht zu erkennen, und bei der Annahme begrifflicher Unmöglichkeit ist überhaupt die äußerste Vorsicht geboten.

3. Aber der Anspruch ist von dem ihm zugrunde liegenden absoluten Rechte abhängig; denn er entsteht nur auf Grund dieses Rechtes und erlischt mit dem Rechte, selbst wenn er einer anderen Person abgetreten ist*).

4. Der dingliche Anspruch gleicht darin dem Forderungsrecht, daß er wie dieses eine bestimmte Person zu einer Leistung (einem Tun oder Unterlassen) verpflichtet. Er ist daher nicht selten geradezu als Forderung bezeichnet worden¹⁾. Zweckmäßiger erscheint es indessen, den Begriff des Forderungsrechts auf selbständige (nicht von absoluten Rechten abhängige) Rechte auf Leistungen zu beschränken, weil manche von den Forderungen geltende Rechtsätze auf die dinglichen Ansprüche eben wegen dieser Abhängigkeit nicht oder nicht unverändert anwendbar sind²⁾. Soweit diese Abhängigkeit nicht in Betracht kommt, finden allerdings die allgemeinen Grundsätze über Forderungen auch auf dingliche Ansprüche Anwendung (unten § 225).

III. Die Ansprüche sind je nach der Natur des Rechtes, dem sie entspringen, verschiedenen Inhalts, werden aber, soweit sich nicht aus der Abhängigkeit des dinglichen Anspruchs von dem Grundrechte ein anderes ergibt (oben II 3), nach den für die Forderungsrechte geltenden Regeln behandelt (unten § 225). Hervorzuheben ist, daß sie durch Befriedigung, Konkurrenz und Verjährung erlöschen (unten §§ 209 ff.) und daß sie nach den für Forderungsrechte geltenden Regeln (unten §§ 301 ff.) abgetreten werden können. Die Abtretung des persönlichen Anspruchs überträgt die Forderung selber, da diese mit dem Anspruche identisch ist. Die Abtretung des Anspruchs aus einem dinglichen oder sonstigen absoluten Recht dagegen gibt nur die Befugnis, das fremde Recht im eigenen Interesse geltend zu machen. Jedoch hat das BG bei beweglichen Sachen mit der Zession des Eigentumsanspruchs den Übergang des Eigentums verbunden, wenn die Parteien sich über die Eigentumsübertragung geeinigt haben (§ 931).

1. Das römische Recht unterscheidet Erbschaftsrechte (*actiones rei persecutoriae*), die dem Berechtigten nur das verschaffen, was ihm am liebsten selbst willen geführt, und Strafanprüche (*actiones poenales*), die in erster Linie dem Beklagten einen Nachteil zufügen sollen, folgeweise aber dem Kläger einen reinen Vorteil gewähren. Dem BG sind wie schon dem neueren gemeinen Recht Strafanprüche fremd.

2. Oft können aus demselben Rechtsverhältnis mehrere Leistungen verlangt werden, z. B. Kapital- und Zinszahlung; Herausgabe aller aus der Erbschaft erlangten Gegenstände (beim Erbschaftsanspruch). Die Frage, ob in solchen Fällen nur ein Anspruch oder eine Mehrheit von solchen anzunehmen sei, kann nicht allgemein, sondern nur bei

*) Habe ich den Eigentumsanspruch auf Herausgabe eines Grundstücks abgetreten und geht mein Eigentum unter, so erlischt auch der Eigentumsanspruch des Zessionars. — Die Abhängigkeit zeigt sich ferner in der Vorchrift des § 986 Abs. 2: Wer dem Eigentümer gegenüber ein Recht auf den Besitz hat (sei es auch nur ein obligatorisches), kann den Eigentumsanspruch, auch wenn dieser an einen Dritten abgetreten ist, zurückweisen. So das gilt sogar, wenn (bei Mobilien) durch die vindikationszession das Eigentum selbst übergegangen ist.

¹⁾ So von Hellwig a. a. O. S. 5 ff. und von baselst. Zitierten.

²⁾ Die Frage ist natürlich im Grunde eine terminologische. Die der Ansicht des Textes entgegengekehrte Auffassung kann den dinglichen Anspruch für eine Forderung erklären, auf welche gewisse Regeln über Forderungen wegen ihrer besonderen Natur keine Anwendung finden.

den in Betracht kommenden Rechtsverhältnissen entschieden werden⁹⁾. Das gleiche gilt von der Frage, ob bei einer Mehrheit von Berechtigten oder Verpflichteten ein einziger Anspruch oder eine Mehrheit von solchen vorhanden sei¹⁰⁾; ferner, ob bei einem Wechsel in der Person des Berechtigten oder Verpflichteten der Anspruch derselbe bleibe oder ob der alte untergehe, und ein neuer entstehe¹¹⁾; endlich, ob die Veränderung des Leistungsinhalts den Untergang des alten und die Entstehung eines neuen Anspruchs zur Folge habe oder ob die Identität des Anspruchs durch die Inhaltsänderung nicht aufgehoben werde¹²⁾. Bedenklich sind diese Fragen namentlich für die Verjährung und für die Beweislast.

§ 205. Das Klagrecht^{*)}.

I. Das Recht auf gerichtlichen Schutz überhaupt.

Mit dem subjektiven Privatrechte, insbesondere dem Anspruch, ist, sofern ein Bedürfnis rechtlichen Schutzes besteht, zumal bei Verletzung oder Gefährdung, ein Recht auf gerichtlichen Schutz verbunden. Dieses Recht ist aber von dem privatrechtlichen Anspruche in seiner Natur, seiner Richtung, seinem Inhalt und seinen Voraussetzungen völlig verschieden¹⁾. Es ist allerdings in den meisten Fällen die Folge eines Privatrechts und zwar eines Anspruchs; aber es ist selbst kein Privatrecht, sondern ein öffentliches Recht;

⁹⁾ Auf Kapital und Zinsen gehen z. B. nach BB zwei verschiedene Ansprüche (vgl. unten § 232 II), während nach röm. Recht der Anspruch auf gesetzliche Zinsen als unerschöpfliche Erweiterung des Hauptanspruchs betrachtet wurde. Der Erbschaftsanspruch dagegen ist trotz seiner Richtung auf sehr verschiedene Leistungen ein einheitlicher (Sipp, Erbrecht § 60 I S. 188 ff.). Irrig ist die Annahme, daß aus dem Bestehen einer gemeinsamen Forderung (quicquid dare lacere oportet) wenigstens für das römische Recht auf Einheit des Anspruchs geschlossen werden könne. Die gemeinsame Forderung beweist nur, daß sofern keine Beschränkung durch praescriptio eintritt, sämtliche aus dem Rechtsverhältnis erwachsenen Ansprüche zusammen geltend gemacht wurden.

¹⁰⁾ Eine Mehrheit ist z. B. anzunehmen bei Gesamtforderungen und Gesamtschulden (unten § 313 II 1), dagegen ein einheitlicher Anspruch bei Gesamthandforderungen und Gesamthandschulden (unten § 312).

¹¹⁾ Der Anspruch bleibt trotz des Wechsels derselbe bei der Fiktion und der Schuldübernahme (unten §§ 301 ff., 308); aber nicht bei Novation mit Gläubiger- oder Schuldnerwechsel.

¹²⁾ Ein neuer Anspruch entsteht bei Änderung des Gegenstandes durch Novation oder Schuldumwandlungsvertrag (unten § 298); dagegen bleibt die Identität gewahrt im Falle des Abänderungsvertrages (unten § 285) und wenn ein Anspruch sich in einen Erlösanspruch verwandelt (unten § 271 Anm. 1). Aus diesen Gründen und mit Rücksicht auf das über den Erbschaftsanspruch Gesagte (oben Anm. 9) kann der Meinung (vgl. z. B. v. Lühr S. 274) nicht zugestimmt werden, daß Verschiedenheit oder Veränderung des Inhalts mit der Identität des Anspruchs unvereinbar sei.

^{*)} Wach, Handb. d. Zivillr. I S. 10 ff., Feststellungsanspruch, 1888 (Festsache f. Windscheid); Langheineken, Urteilsanspruch, 1899, und Anspruch und Einrede, 1903; Hellwig, Anspruch und Klage, 1900, S. 145 ff.; Stein, JFC, Vorbem. vor § 263 III; Stein, in der Gallenfer Fests. f. Hitting, 1903; Sider, Rechtsroman, 1903, und Dogm 350 S. 80 f.; Salow, Zeitschr. f. Zivillr. 27 S. 201 ff., n. 31 S. 191 ff.; Wach, daleib 32 S. 1 ff.; Fohler, daleib 33 S. 211 ff.; Hellwig, Klage, Anspruch und Klage, 1905; Degenkolb, Zeits. f. Zivillr., 1905; Hellwig, Zivillr. § 110.

¹⁾ Die scharfe Unterscheidung dieses Rechts von dem privatrechtlichen Anspruche und die Erkenntnis seiner Natur ist Wach (Handbuch S. 19 ff., Feststellungsanspruch S. 10 ff., abweichend Thon, Rechtsrum S. 143) zu verdanken, dessen Ausführungen ihren Wert behalten, auch wenn man das Recht auf Gerichtsschutz nicht als subjektives Recht betrachtet. Eine von kritischem Scharfsinn zeugende und durch Kürze sich auszeichnende Darstellung der Lehre gibt neuerdings W. Schüler, Urteilsanspruch, 1921.

denn es richtet sich gegen den Staat als Träger der Gerichtsgewalt und Gerichtspflicht^{*)}. Es geht auf Erlaß eines dem Schutzsuchenden günstigen Urtheils (auf Verurteilung des Beklagten zur Leistung oder Feststellung oder Rechtsänderung), auf gerichtliche Sicherungsmaßregeln (Arrest), auf Zwangsvollstreckung, auf konkursmäßige Befriedigung. Es ist durch das Bestehen des Privatrechts, ja auch des privatrechtlichen Anspruchs allein noch nicht gegeben, sondern nur bei vorhandenem Schußbedürfnis, es besteht also z. B. nicht, solange ein auf dauerndes Verhalten (Thun oder Unterlassen) gerichteter Anspruch fortdauernd befriedigt wird^{*)} oder wenn der Rechtsschutz wegen eines schon ergangenen Urtheils überflüssig erscheint. In gewissen Fällen kann der gerichtliche Schutz sogar verlangt werden, obgleich ein Anspruch überhaupt nicht oder noch nicht besteht oder ungewiß ist; so bei vielen Feststellungsklagen, insbesondere im Fall der negativen Feststellungsklage (unten § 206 II), ferner in den Fällen der Rechtsänderungsklagen (unten § 206 IV) im Falle des Arrestanspruchs wegen zukünftiger und ungewisser Rechte u. s. w.

Das Recht auf gerichtlichen Schutz ist ungewisselhaft in dem Sinne ein Recht, daß die Schutzgewährung nicht in das Belieben des Staates gestellt ist, sondern als staatliche Pflichterfüllung gefordert werden kann^{*)}. Ob es aber als subjektives (öffentliches) Recht aufzufassen ist, hängt von der noch nicht genügend geklärten Frage ab, ob Regeln nachzuweisen sind, die ihm zwar mit den übrigen subjektiven öffentlichen Rechten, nicht aber mit solchen Befugnissen gemeinsam sind, welche lediglich als Ergebnis objektiver Rechtsnormen erscheinen^{*)}.

*) Nach a. a. O. (namentlich Feststellungsanspruch S. 31 ff.) nimmt zugleich eine Richtung gegen den Prozeßgegner an. Mit Recht hat sich indes die Mehrzahl der Prozeßualisten dagegen erklärt; denn die Pflicht des Gegners, sich auf den Prozeß einzulassen und die gerichtlichen Maßregeln zu dulden, beruht lediglich darauf, daß er der Gerichtsgewalt des Staates untersteht, nicht auf einer Gebundenheit gegenüber dem Prozeßgegner.

*) Langheineken, Anspruch S. 99, spricht hier von einem historischen Anspruch.

*) A. K. Kohler, Der Prozeß als Rechtsverhältnis, 1898, S. 13. Vgl. dagegen auch AB Art. 77, wo wegen Zustimmungsverweigerung eine Beschwerde an den Bundesrat gegeben wird.

*) Für die Annahme eines subjektiven Rechts namentlich Bach a. a. O., der dieses Recht als „Rechtsschutzanspruch“ bezeichnet. Ihm haben sich viele Prozeßualisten und auch manche Privatrechtslehrer angeschlossen, so u. a. Stein, Urkundenprozeß S. 46 f.; Bland, Zivilpr. II S. 2; Fitting, Zivilpr. § 31; Schmidt, Zivilpr. § 4; Schratta, Rechtsraum in Verhandl. 18 S. 617; Gierke, D. Pr. I S. 333; Langheineken S. 17 ff.; Hellwig, Anspruch S. 145, Klageart S. 1 ff.; S. Schüler, Urteilsanspruch §§ 4 ff. Dagegen u. a. Kohler, Forschungen S. 77 f.; u. R. f. Zivilpr. 39 S. 211 ff.; Hellmann, Dogm. 31 S. 115 f.; Eisele, Dogm. 31 S. 397; Oetler, Konkursrechtl. Grundbegr. S. 37 ff.; Hilson, R. f. Zivilpr. 31 S. 191 ff.; Weidmann, Zivilpr. I S. 67 ff.; Degenloib a. a. O. Der Ausdruck „Rechtsschutzanspruch“ ist wegen der durchgreifenden Verschiedenheit von dem privatrechtlichen Anspruch besser zu vermeiden; auch die Annahme eines subjektiven Rechts ist aus dem im Texte angeführten Grunde mindestens zweifelhaft. Bezüglich der zeitlichen Geltung des Rechts kann das Recht auf Gerichtshilfe jedenfalls nicht als erworbenes Recht behandelt werden, was freilich Bach (Handb. S. 123, 212, 220) auf andere Weise zu erklären versucht hat, aber schwerlich überzeugend. Wäre nämlich der sog. Rechtsschutzanspruch ein subjektives Recht, so könnte für die Frage seines Bestehens (z. B. für die Frage, ob eine Feststellungsklage begründet sei) sehr wohl das zur Entschungszeit geltende Recht entscheiden, obgleich für die Art der Durchführung allerdings das neue Prozeßrecht auch dann maßgebend sein könnte. Auch die von S. Schüler zur Erklärung aufgestellte Behauptung, daß es im öffentlichen Recht überhaupt keine wohlverordneten Rechte gebe (a. a. O. S. 60), ist keineswegs überzeugend.

II. Das Klagrecht im öffentlichrechtlichen Sinne (vgl. oben § 208 II).

1. Klagrecht ist das gegen den Staat sich richtende Recht auf ein dem Rechtschutzbuchenden günstiges Urteil. Es ist eine und zwar die Hauptart des Rechts auf gerichtlichen Schutz und wie dieses öffentlichrechtlicher Natur. Es richtet sich gegen den Staat, nicht gegen den Prozeßgegner, es setzt zwar in den meisten und wichtigsten, jedoch keineswegs in allen Fällen einen privatrechtlichen Anspruch voraus, ist aber, selbst wo ein solcher besteht, darum noch nicht ohne weiteres, sondern nur, wenn ein Bedürfnis des Rechtsschutzes vorhanden ist, gegeben.

2. Klage ist die Handlung, durch welche der Rechtschutzbuchende ein ihm günstiges Urteil vorlangt. Doch wird das Wort Klage zugleich als Bezeichnung des Klagrechts gebraucht.

3. Das Urteil, auf dessen Herbeiführung Klage und Klagrecht sich richten, kann sein die Verurteilung des Beklagten, die Feststellung eines Rechtsverhältnisses oder einer rechtlich wichtigen Tatsache, die Herbeiführung einer Rechtsänderung durch den Richter. Danach unterscheiden wir die Verurteilungsklagen, die Feststellungsklagen, von denen die Aufhebungsklagen eine besondere Unterart bilden, und die Rechtsänderungsklagen.

§ 206. Arten der Klagen.

I. Verurteilungsklagen. Die Verurteilungsklage oder Leistungsklage¹⁾ richtet sich auf gerichtliche Feststellung eines Anspruchs²⁾ und Verurteilung des Beklagten zu der hierdurch geschuldeten Leistung (Handlung oder Unterlassung). Sie setzt in der Regel einen fälligen Anspruch voraus. Doch gewährt die ZPO §§ 257—259 unter gewissen Voraussetzungen auch eine Leistungsklage wegen noch nicht fälliger Ansprüche³⁾. Das Urteil hat dann auf Leistung bei Eintritt des Termins zu lauten.

II. Feststellungsklage⁴⁾. Diese bezweckt, wie der Name anzeigt, nur die gerichtliche Feststellung (in der Regel) des Bestehens oder Nicht-

¹⁾ Korrekter ist der Ausdruck Verurteilungsklage, weil er entsprechend dem Ausdruck Feststellungsklage und Rechtsänderungsklage von dem Inhalt der richterlichen Tätigkeit hergenommen ist. Verbreiteter ist „Leistungsklage“.

²⁾ Vgl. ZPO § 767; „der im Urteil festgestellte Anspruch“.

³⁾ Nach § 259 ZPO wohl auch wegen bedingter Ansprüche, vgl. oben § 185 I 3.

⁴⁾ Weizmann, Die Feststellungsklage, 1879; Bach, Der Feststellungsanspruch, 1888; Kohler, Prozeßrechtl. Forschungen, 1889, u. Grünhut 14 S. 34 ff.; Hellmann, Dogm. 31 S. 79 ff.; Stölzel, Zeitschr. f. Riv. Pr. 20 S. 322; Langheintzen, Urteilsanspruch S. 127 ff.; Rißch, Urteilslehre S. 16 ff.; Hellwig u. a. O. S. 399 ff. (mehrfach mehrere Literaturnachweisungen); Stein, ZPO vor § 253 II.

bestehens eines Rechtsverhältnisses, nicht die Beurteilung des Beklagten. Einzelne derartige Klagen waren schon im röm. Recht anerkannt und wurden *actiones praesudiciales* genannt, weil das ergehende Urteil häufig die Grundlage eines nachfolgenden Prozesses bildete. Die meisten betrafen Statusverhältnisse, doch gab es auch einige vermögensrechtliche⁶⁾. Eine allgemeine Feststellungsklage aber hat (wenn auch vereinzelt Stimmen ihr Dasein schon für das gemeine Recht behaupteten) erst die *BPD* geschaffen (§ 231, jetzt § 256).

1. Sie ist gerichtet auf richterliche Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses⁶⁾ oder der Echtheit oder Unechtheit einer Urkunde⁶⁾ (positive und negative Feststellungsklage) und setzt voraus, daß der Kläger ein „rechtliches Interesse an der alsbaldigen Feststellung“ habe. Unter „rechtlichem Interesse“ muß man hier jedes die Rechtsphäre betreffende, also auf Lebensverhältnisse, die dem Recht unterstellt sind, bezügliche Interesse verstehen⁷⁾.

a) Das rechtliche Interesse ist also vorhanden, wenn der Kläger um gegenwärtiger oder zukünftiger (auch noch ungewisser, z. B. bedingter) Ansprüche oder sonstiger Befugnisse willen oder zum Zwecke der zukünftigen Abwehr solcher Ansprüche oder Befugnisse wünschen muß, daß das Bestehen oder Nichtbestehen des Rechtsverhältnisses, die Echtheit oder Unechtheit der Urkunde alsbald festgestellt werde.

b) Der Grund aber, weshalb die alsbaldige Feststellung als Bedürfnis erscheint, also der Grund dieses Interesses, kann sehr verschieden sein; es droht durch die Verzögerung der Verlust oder die Verbunkelung von Ansprüchen; wichtige Lebensinteressen, z. B. der Kredit, die Berufswahl, die Erziehung der Kinder, eine Heirat, der Insult einer zu erachtenden legitimen Verfügung oder die Vornahme anderer wichtiger Handlungen oder Geschäfte hängen von der Entscheidung ab usw.

c) Steht dem Kläger bereits ein klagbarer Anspruch auf Erfüllung zu, so wird das Interesse an alsbaldiger, d. h. schon jetzt und vor dem Prozeß über den Erfüllungsanspruch erfolgbarer Feststellung meist fehlen⁸⁾. Ist aber ein solches Interesse gleichwohl anzu-

⁶⁾ *Gesetz* IV § 44.

⁷⁾ Sie geht also mit der gleich zu erwähnenden Ausnahme nicht auf Feststellung einer Tatsache, sondern auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens des (vielleicht durch die Tatsache geschaffenen oder aufgehobenen) Rechtsverhältnisses, also z. B. des Vertragsverhältnisses, nicht des Vertragschlusses, des Nichtbestehens der Obligation, nicht der Forderung, *RGF* 50 S. 401; *Pellwig* a. a. O. S. 400f. Rechtsverhältnisse sind aber auch beschränkt und bedingte Rechte, *RGF* 61 S. 168 (z. B. das unter Rechtsbedingung stehende Recht der Tochter auf Aussteuer bei bevorstehender Verheiratung, *RGF* 46 S. 373), Erwerbserwartungen, Anwartschaften (z. B. auf Lehen und Stamngüter), das Recht ein Kind vom Pflichtteil auszuschließen (*RGF* 92 S. 1ff.); aber nicht lediglich zukünftige Rechtsverhältnisse (z. B. Hoffnungen auf Beerbung lebender Personen).

⁸⁾ Nur in diesem Falle bildet die Feststellung einer Tatsache den Gegenstand der Klage.

⁹⁾ *Wynlich* *RGF* 35 S. 302 und 49 S. 373 gegenüber früheren engeren Begrenzungen. Ein vermögensrechtliches, ja selbst ein privatrechtliches Braucht das Interesse nicht zu sein. Vgl. *Pellwig* S. 428ff., insbesondere Num. 12. Nur muß es der Jurisdiktion der Zivilgerichte unterliegen. Ein nicht rechtliches, sondern z. B. nur künstlerisches oder wissenschaftliches Interesse genügt nicht.

¹⁰⁾ Vgl. auch *RGF* 58 S. 57f. Die Feststellungsklage ist also zwar kein nur subsidiäres Rechtsmittel, sie wird aber bei möglicher Leistungsklage nur dann zulässig sein, wenn wegen Schwierigkeiten, die der Leistungsklage entgegenstehen, ein besonderes Interesse an alsbaldiger Feststellung besteht. *W. R. Pellwig* S. 436.

nehmen, wie nicht selten bei Schadenersatzklagen wegen Schwierigkeit der Liquidation des Schadens, so ist die Feststellungsklage zulässig*).

2. Das Interesse an sofortiger Feststellung beruht in der Regel darauf, daß der Gegner das Festzustellende ausdrücklich oder stillschweigend bestritten hat. Ein selbständiges Erfordernis der Klage bildet aber dies Bestreiten nicht, da in manchen Fällen auch ohne vorhergehende Bestreitung ein Interesse an sofortiger Feststellung besteht¹⁰⁾.

3. Auch im Laufe eines Prozesses kann die rechtskräftige Feststellung eines Verhältnisses, von dem die Entscheidung der Hauptsache abhängt, verlangt werden. Die hierauf gerichtete Feststellungsklage heißt Inzidentfeststellungsklage (Zwischenfeststellungsklage) oder, wenn sie vom Beklagten erhoben wird, Inzidentfeststellungswiderklage (RPO § 290). Das rechtliche Interesse an der Feststellung ist hier schon dadurch gegeben, daß ein zweiter Prozeß erspart wird, die Begründung eines weiteren Interesses ist also nicht erforderlich.

III. Die Anfechtungsklage insbesondere. In einigen Fällen erfolgt die Anfechtung einer Willenserklärung oder einer Rechtswirkung nicht durch bloße Anfechtungserklärung, sondern durch Anfechtungsklage, so die Anfechtung der Ehe während ihres Bestehens (§ 1341), die Anfechtung der Ehelichkeit eines Kindes (§ 1596), die Anfechtung des Erbschaftserwerbs wegen Erbunwürdigkeit (§ 2342). Diese Anfechtungsklagen sind im Grunde Feststellungsklagen; denn dem Wesen der Anfechtung gemäß wird festgestellt, daß die Ehe als nicht geschlossen gelte, das Kind kein eheliches sei, der Anfall der Erbschaft als nicht erfolgt gelte¹¹⁾. Indes unterscheiden sie sich doch von den übrigen Feststellungsklagen:

a) In ihrer Aufstellung liegt zugleich die ihrer Natur nach rechtsgeschäfts-

* So auch RRG 21 S. 382ff. (Menschenbeziehung), 23 S. 347ff. Man kann freilich die Frage aufwerfen, ob nicht hier in Wahrheit eine Leistungsklage mit ausgesetzter Schadensliquidation vorliege. Diese Frage ist häufig, aber nicht immer zu bejahen. Es kommt auf den Antrag des Klägers an.

¹⁰⁾ In J. B. infolge einer mehrbentigen testamentarischen Verfügung zweifelhaft, ob der Erbe verpflichtet sei, das zur Erbschaft gehörige Landgut nach zehn Jahren an den jungen B hermitzugeben, und will dieser die Frage, ob er Landwirtschaft studieren wolle, von der Gültigkeit jenes Vermächtnisses abhängig machen, so kann es für die Zulässigkeit der Feststellungsklage (Schwerlich einen Unterschied begründen, ob der A die Gültigkeit des Vermächtnisses bestrittet oder über die Gültigkeit oder Ungültigkeit seine Erklärung verweigert.

¹¹⁾ Die Auffassung dieser Klagen als Feststellungsklagen ist die vorherrschende, vgl. J. B. Notize IV S. 85, 95ff.; Pland zu § 1341; Fischer-Penzle zu § 1341. Manche wollen sie dagegen als Rechtsänderungsklagen, das Urteil also als konstitutives Urteil auffassen, weil die Anfechtungserklärung nicht für sich allein, sondern erst in Verbindung mit dem Urteil die Aufhebung herbeiführt. Langheineken S. 246ff.; Hellwig S. 467ff.; Stein, RPO vor § 253 II 3b. Das ist an sich richtig, allein indem das Gesetz vorschreibt, daß die Rechtswirkung als niemals eingetreten betrachtet werden soll, bestimmt es, daß das Urteil als lediglich deklaratorisches, als Feststellungsurteil zu betrachten ist.

liche Anfechtungserklärung, durch welche die betreffende Rechtswirkung rückwärts vernichtet wird, so daß der Richter die Richtigkeit nur feststellen kann.

b) Sie unterliegen zwar (wie die Feststellungsklagen) keiner Verjährung; aber es bestehen Ausschlußfristen für die Erhebung der Klage (§§ 1339, 1594, 2340 Abs. 3).

Nicht hieher gehören diejenigen Anfechtungsklagen, welche sich gegen einen Gerichtsbeschuß, z. B. einen Entmündigungsbeschuß (ZPO §§ 664, 684), ein Endschlußurteil (ZPO §§ 967ff.), insbesondere eine Todeserklärung richten (ZPO § 973) und die Beilegung dieser Anordnung verlangen; denn diese Anfechtungsklagen sind lediglich in der Form der Klage geltend zu machende Rechtsmittel. Man hat sie poſſens „Rechtsmittelklagen“ genannt¹²⁾.

IV. Die Rechtsänderungsklagen¹³⁾. Diese Klagen (auch Rechtsgestaltungsklagen genannt) sind gerichtet auf die Änderung des bestehenden Rechtszustandes durch richterliches Urteil, also auf die Begründung oder die Aufhebung eines Rechtsverhältnisses. Sie entspringen nicht etwa aus einem Ansprüche des Klägers gegen den Beklagten darauf, daß dieser die Rechtsänderung herbeiführe; ein solcher Anspruch besteht nicht (oder braucht wenigstens nicht zu bestehen); ja in manchen Fällen ist dem Beklagten die Rechtsänderung sogar unmöglich (Ehescheidung). Vielmehr hat der Kläger das Recht, die Rechtsänderung, z. B. die Aufhebung des Rechtsverhältnisses, selbst zu bewirken, nur vermag er sie nicht wie in anderen Fällen (z. B. im Falle der Kündigung) unmittelbar durch eigene Handlung herbeizuführen, sondern bedarf dazu eines richterlichen Urteils als des Mittels. Da es an einem Anspruch mangelt, kann hier nicht von Verjährung die Rede sein, nur eine Ausschlußfrist ist denkbar.

1. Die meisten und wichtigsten dieser Klagen gehen auf Aufhebung eines bestehenden Rechtsverhältnisses (Aufhebungsklagen), namentlich:

a) Die Klage auf Wiederaufhebung einer Entmündigung (ZPO §§ 679, 683)¹⁴⁾. Hier gilt natürlich auch keine Ausschlußfrist.

b) Die Ehescheidungsklage, für die jedoch, wenn sie auf Verschulden eines Ehegatten beruht, Ausschlußfristen bestehen (§ 1571).

c) Die Klagen auf Aufhebung des Verwaltungs- und Rücknießungsrechts des Ehemanns (§ 1418) und auf Aufhebung der allg. Gütergemeinschaft (§§ 1468—1470), der fortgesetzten Gütergemeinschaft (§ 1495), der Errungenschaftsgemeinschaft (§§ 1542, 1545, 1544) und der Fahrnisgemeinschaft (§ 1549).

¹²⁾ Hellwig S. 485ff.

¹³⁾ Wach, Handb. des PrivR I S. 112ff.; Kohler, PrivR 80 S. 267ff.; Deiser, Konkursrechtl. Grundbegr. S. 676ff.; Schratta-Rechtensamml. Grundr. 16 S. 616; Langheineken, Urteilsanspruch S. 220f.; Hellwig, Anspruch S. 443ff.; Sedel, Die Gestaltungsrechte i. d. Festgabe der Jur. Gesellsch. f. Koch, 1903; Risch, Urteilslehre, 1903.

¹⁴⁾ Diese Klage ist nicht zu verwechseln mit der Anfechtungsklage gegen den Entmündigungsbeschuß, für die eine einmonatige Ausschlußfrist gilt (ZPO §§ 664, 684).

2. Seltener sind die Klagen auf Begründung (Wiederbegründung) eines Rechtsverhältnisses. Nach dem BG gehört, soviel ich sehe, nur²⁴⁾ die Klage auf Wiederherstellung der Verwaltungs- und Nutzungsgrechte des Ehemanns, der Erungenschafts- oder Fahrnisgemeinschaft (§§ 1425, 1547, 1549) und die Grenzscheidungsklage, soweit sie auf Aufteilung geht, hierher. Gemeinrechtlich waren Begründungsklagen: die drei Teilungsklagen, soweit sie auf Aufteilung des gemeinsamen Rechts gerichtet sind, die Klage auf Reaffirmation des Testaments wegen verletzten Pflichtteilsrechts (*querela inofficiosi testamenti*) und der Antrag auf Wiedereinsetzung in den früheren Stand.

II. Einreden, Replikten.*)

§ 207. Begriff.

1. Einrede (im privatrechtlichen Sinne) ist das Recht, die gegen uns gerichtete Ausübung eines Rechtes durch unseren Widerspruch zu hindern. Es ist also ein Gegerecht, welches das Recht, gegen das es sich richtet, nicht aufhebt, es aber durch Gegenwirkung hemmt, also (praktisch) unwirksam macht.

1. In der großen Mehrzahl der Fälle richten sich die Einreden gegen einen Anspruch, und die Hinderung der Ausübung erfolgt dann meist durch Weigerung der Leistung. Deshalb definiert die bisher herrschende Meinung die Einrede als das Recht des Verpflichteten, die Erfüllung eines Anspruchs zu weigern, und auch im BG ist der Inhalt einer Einrede mehrfach in dieser Weise bezeichnet (§§ 222, 202, 322, 2187f., 2318 u. a. m.). Allein dieser Begriff erschöpft das Wesen der Einrede nicht. Die Einrede ist nicht bloß Leistungsweigerungsrecht, sie steht nicht nur dem Verlangen der Leistung (einschließlich des Verlangens durch Klage), sondern auch jeder anderen Ausübung des Anspruchs entgegen, insbesondere der Ausübung

²⁴⁾ Manche rechnen auch den Antrag auf Feststellung einer Vertragsleistung nach §§ 315, 319 hierher. Dieser § indes keine besondere Klage, sondern erfolgt im Wege der Feststellungsklage über der Klage auf die Leistung. Nächtig Fischer-Henle § 315 Anm. 2.

* Savigny V §§ 225—229; Efels, Die materielle Grundlage der Exceptio, 1871; Zimmermann, Kritische Bemerkungen zu vorgenannter Schrift, 1872; Keller, Röm. RivPr. §§ 34—37; Bethmann-Hollweg, Röm. RivPr. II § 90; Wirmeyer, Die Exceptio in bono fidei iudicium, 1874; Benel, Ursprung und Wirkung der Exceptio, 1876; Thun, DogmZ 28 S. 37ff.; Wittels, DogmZ 28 S. 131ff.; Fischer, Recht und Rechtschutz S. 94ff., 1889; Rünzel, Recht 41 S. 434ff.; Friedenthal, Einwendung und Einrede in der ZPO u. dem BG, 1898; Hellwig, Anspruch und Klage-recht § 2, 1900; Häber, RivA 93 S. 1ff.; Suppes, Der Einredsbegriff des BG, 1902; Langheinen, Anspruch und Einrede, 1903 S. 43ff., 272ff.; Erctus, Recht 90 S. 1ff.; Balsmann, Bericht (1912) S. 116ff., 196ff.

durch Aufrechnung (§ 390) oder durch Einrede (dann heißt sie Replik, Einrede gegen die Einrede, unten IV) oder durch eigenmächtige Geltendmachung, wo diese sonst ausnahmsweise erlaubt wäre. Ferner aber richtet sie sich auch nicht nur gegen Ansprüche, sondern unter Umständen auch gegen anders geartete Rechte¹⁾; so (was schon erwähnt wurde) als Replik gegen Einreden, und zwar nicht nur gegen solche, welche auf einem Ansprüche beruhen, sondern auch gegen selbständige²⁾; ferner entkräften die Einreden der §§ 1137, 1157, 1169 das dingliche Hypothekenrecht selber, d. h. das Recht, sich aus dem Grundstück zu befriedigen, das nicht als Anspruch aufgefaßt werden kann³⁾; ebenso machen die Einreden der §§ 1211, 1254 das Verkaufrecht des Mobilienpfandgläubigers unwirksam, das gleichfalls nicht als Anspruch zu denken ist. Alledem ist durch die oben gegebene Definition Rechnung getragen⁴⁾.

2. Von einer Einrede kann man nur sprechen, wenn das Recht, gegen das sie sich richtet, insbesondere der Anspruch, entstanden ist und noch besteht. Wer gegenüber der Darlehensklage geltend macht, das Darlehen sei wegen Geschäftsunfähigkeit des Empfängers nichtig, der Darlehensanspruch also nicht entstanden, oder wer das Erlöschen des Anspruchs durch Rückzahlung behauptet, schützt keine Einrede vor (Näheres unten II).

3. Die Einrede kann auf einem dinglichen oder obligatorischen Rechte beruhen (Einrede des Nießbrauchs oder des Pfandrechts gegenüber der Eigentumsklage, Einrede der Miete gegenüber der Eigentumsklage des Vermieters⁵⁾). Dann sprechen wir von unselfständigen Einreden. Sie kann

¹⁾ Hierüber vgl. vor allem Wolff, Sachenrecht § 139 III u. Anm. 14, der diese Seite der Frage gar nicht hat entwickelt hat; ferner v. Tuhr § 17 VII.

²⁾ So kann z. B. die Einrede der Verjährung durch eine replicatio soli entkräftet werden.

³⁾ Vgl. Wolff, Sachenrecht § 139 I.

⁴⁾ Auch im B.G. tritt der richtige (weitere) Begriff, wenigstens den Verfassern wohl unbedacht, hervor, da in § 1157 (ähnlich auch in §§ 1137, 1169) von Einreden „gegen die Hypothek“ die Rede ist. Schon deshalb dürfte es sich nicht empfehlen, die Einreden, sofern sie sich nicht gegen einen Anspruch richten, durch einen besonderen Ausdruck auszuzeichnen („Quasieinreden“, v. Tuhr), außerdem könnte es verwirrend wirken; denn dieselben Einreden können sowohl Ansprüchen als anderen Rechten entgegengesetzt werden.

⁵⁾ So auch die herrschende Ansicht. Allerdings halten Friedenthal a. a. O. S. 42 ff., Exon § 36, 2 und mit besonders beachtenswerten Gründen Schunf., Dogm 367 S. 201 ff., u. Wolff, Sachenrecht § 84 Anm. 13, in diesen Fällen den Eigentumsanspruch für ipso jure ausgeschlossen. Allein die Fassung des § 988 Abs. 1 ist zumal im Zusammenhang mit § 986 mit solcher Schärfe und Deutlichkeit gerade auf die Anerkennung einer Einrede gerichtet, daß die dagegen geltend gemachten Bedenken zurücktreten müssen. Zudem steht die herrschende Ansicht mit dem gemeinen Recht in Einklang und vermeidet die zum mindesten auffallende Annahme, daß ein obligatorisches Recht, z. B. des Mieters oder Unterleihers, den dinglichen Anspruch ipso jure ausschließen könne. Freilich muß die herrschende Ansicht folgerichtig dann auch im § 1004 Abs. 2 und § 1007 Abs. 2 trotz der Ausdrücke „es sei denn“ und „ausgeschlossen“ die Anerkennung einer Einrede finden, was aber weit unbedenklicher ist als die Umdeutung des § 986. Richtig ist, daß unsere Ansicht den Richter zwingt, im Verhältnißverfahren den Beklagten zu verurteilen, auch wenn sich kein Verjährungsrecht aus der Klage ergibt. Allein die darin unter Umständen liegende Härte tritt bei allen Einreden hervor, wenn anzunehmen ist, daß sich der Beklagte auf sie berufen hätte, und kann befriedigend nur durch Abberung des Prozeßrechts gehoben werden.

aber auch selbständig sein in dem Sinne, daß ihr kein anderes (dingliches oder obligatorisches) Recht zugrunde liegt; dann handelt es sich eben lediglich um ein Abwehrrecht, dessen Bedeutung sich in der Entkräftung des Anspruchs (oder des sonstigen Rechts) erschöpft (z. B. die Einrede der Verjährung). Selbständige Einreden können, soweit nicht besondere Gründe entgegenstehen, durch Verzicht aufgehoben werden, und dieser erfolgt durch einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung⁶⁾. Die unselfständigen Einreden dagegen sind nur eine Funktion des ihnen zugrunde liegenden Rechts, können daher nur mit diesem aufgehoben werden⁷⁾. Doch wird hier ein vertragsmäßiger Verzicht häufig als Zusage der Nichtausübung des Rechtes aufgefaßt werden können. (Über eine andere Verschiedenheit der selbständigen und unselfständigen Einreden unten § 208 II.)

4. Die Einrede hebt das Recht, gegen das sie sich richtet (insbesondere den Anspruch) nicht auf, sondern hemmt es nur durch Gegenwirkung und macht es dadurch (zeitweilig oder dauernd) im praktischen Erfolge unwirksam⁸⁾. Das bringt auch das BGB klar zum Ausdruck; denn es bezeichnet die Einrede, wenn sie sich gegen einen Anspruch richtet, als „Recht, die Leistung, zu verweigern“ (§§ 222, 322, 202, 2187), oder, wenn sie sich nur gegen einen Teil des Anspruchs richtet, als „Recht, die Leistung zu kürzen“ (§§ 2188, 2318).

II. Die BPO gebraucht den Ausdruck „Einrede“ in einem weiteren Sinne. Da es nämlich im Prozeß besonders darauf ankommt, welche Tatsachen von der einen oder der anderen Partei zu behaupten und zu beweisen sind, so wird hier nicht von dem Anspruche des Klägers (dem Rechte auf die Leistung) ausgegangen, sondern von den Tatsachen, die der Kläger behaupten und (wenn sie weder zugestanden werden noch aus anderen Gründen als wahr gelten) beweisen muß, um mit seiner Klage durchzudringen. Das aber sind diejenigen Tatsachen, aus denen normalerweise

⁶⁾ ⁷⁾ Dafür spricht namentlich die Analogie des Aufhebungsrechts. So auch BGE 78 S. 130 (Verjährungseinrede) und Mot. I S. 342 (Verjährungseinrede); ferner Waldmann, Verzicht, S. 115ff., 198f.; sowie (ohne die Unterscheidung des Textes) v. Tuhr S. 296; Hellwig, Lehrb. d. ZPr. I § 136 Anm. 7; Dargatzke, Anspruch und Einrede S. 285; Pfand-Knote vor § 194, 6 u. a. m. Nicht wenige verlangen dagegen grundsätzlich einen Vertrag: Excis, Grundr. 60 S. 1ff.; RRom § 222, 1; Suppes, Einredobegriff S. 14 f. u. a.

⁸⁾ Forderungseinreden also durch Vertrag, dingliche Einreden durch das auf Aufhebung oder auf Übertragung des dinglichen Rechts auf den Gegner gerichtete Geschäft.

⁹⁾ Bisweilen ist der im Texte entwickelten Auffassung geradezu die logische Berechtigung abgestritten, so von Venel a. a. O. S. 104: „Die Idee eines existierenden und doch rechtlich unwirksamen Rechtes enthält eine *contradictio in adjecto*.“ Mit demselben Recht könnte Venel behaupten, daß eine durch eine Gegenkraft aufgewogene Kraft nicht existiere. Wird aber die Schwerkraft aufgehoben, wenn man in beide Waagschalen gleiche Gewichte legt?

die Entstehung des Anspruchs^{*)} zu folgern ist, mit anderen Worten, aus denen der Richter schließen wird, daß der Anspruch entstanden ist, wenn nicht etwa besondere, von vornherein nicht anzunehmende Hinderungsgründe vorgelegen haben sollten. Diese Tatsachen nennt man den (historischen) Klaggrund, besser die „Klagbegründenden Tatsachen“ oder kurzweg „Klag-tatsachen“¹⁹⁾. Wird eine dieser „Klag-tatsachen“ gelugnet, so hat sie der Kläger zu beweisen²⁰⁾.

Dem Beklagten dagegen liegt es ob, besondere Hinderungsgründe geltend zu machen, welche etwa trotz des Vorliegens der Klag-tatsachen die Entstehung des klägerischen Anspruchs verhindert (rechtshindernde Tatsachen) oder den entstandenen Anspruch später wieder aufgehoben haben (rechtsvernichtende Tatsachen) oder aus denen sich die Entstehung eines Einrederechts ergibt. Die Behauptung solcher den Klag-tatsachen nicht widerstreitenden, aber die Verurteilung des Beklagten ausschließenden Tatsachen nennen wir Einrede im prozessualen Sinne, besser aber mit dem BB „Einwendung“. Die Einwendungen zerfallen, wie sich aus dem Gesagten ergibt, in zwei Klassen:

1. Rechtsverneinende, welche zeigen, daß das Recht des Klägers gegenwärtig nicht besteht. Sie sind

a) entweder rechtshindernde Einwendungen, d. h. sie ergeben, daß das klägerische Recht trotz des Vorliegens der Klag-tatsachen nicht entstanden ist, z. B. die Behauptung gegenüber der testamentarischen Erbschaftsklage, der Erblasser sei bei der Testamentserrichtung geisteskrank gewesen, oder die Einwendung der Simulation gegenüber einer Vertragsklage;

b) oder rechtsvernichtende Einwendungen, welche ergeben, daß das klägerische Recht, wenngleich entstanden, doch wieder untergegangen ist, z. B. die Einwendung der Zahlung.

2. Einreden²¹⁾, also Berufung auf Gegenrechte, die das klägerische Recht unwirksam machen. Zur Begründung der Einrede hat der Beklagte (ganz wie der Kläger zur Begründung der Klage) diejenigen Tatsachen zu behaupten und eventuell zu beweisen, aus denen sich (normalerweise) die Entstehung seines Einrederechts ergibt²²⁾.

^{*)} Im Falle der Feststellungsklage (oben § 206 II) die Entstehung des behaupteten Rechtsverhältnisses.

¹⁹⁾ Unter Klag-tatsachen sind also nicht die in der Klage vorgebrachten Tatsachen zu verstehen, sondern diejenigen, die der Kläger vorbringen muß, um mit der Klage durchzubringen.

²⁰⁾ Von besonderen Ausnahmen, z. B. der Gerichtskundigkeit der behaupteten Tatsache, ist hier abgesehen.

²¹⁾ Der Begriff der Einwendung umfaßt demnach die rechtsverneinenden Einwendungen und die Einreden.

²²⁾ *Reus in excipiendo actor est.*

III. Der Unterschied der Einreden und der rechtsverneinenden Einwendungen hat wichtige Folgen.

1. Steht dem Anspruch nur eine Einrede entgegen, so wird er bei deren Wegfall, z. B. infolge formlosen Verzichtes, vollwirksam. Ist dagegen der Anspruch infolge einer rechtshindernden Tatsache nicht entstanden oder infolge einer rechtsvernichtenden Tatsache wieder untergegangen, so kann er höchstens neu begründet werden, und dazu bedarf es in nicht seltenen Fällen einer besonderen Form¹⁴⁾.

2. Der Richter darf eine Einrede nicht berücksichtigen, ohne daß der Beklagte sich auf sie berufen hat. Es hängt vom Beklagten ab, ob er sein Einrederecht gebrauchen will oder nicht. Ergibt sich also z. B. aus dem Vortrage des Klägers, daß seine Klage verjährt ist, beruft sich aber der Beklagte nicht darauf, so wird die Verjährung nicht berücksichtigt¹⁵⁾. Anders bei rechtsverneinenden Tatsachen, die in solchem Falle zur Abweisung der Klage führen.

Der gemeinrechtliche Begriff der (zivilrechtlichen) Einrede ist derselbe wie nach dem Röm. Aber auch von der römischen Exceptio ist (wenigstens sofern die regelmäßige Hauptform der *actiones in jus conceptae* in Betracht kommt) ein eigentlicher Wesensunterschied nicht anzunehmen¹⁶⁾. War nämlich der Anspruch des Klägers begründet, bestand also das Recht des Klägers, auf das die Formel gerichtet war, so mußte der Richter durch einen besonderen Zusatz in der Formel angewiesen werden, gleichwohl beim Vorhandensein gewisser Umstände den Beklagten freizusprechen. Es war also eine Ausnahme (*exceptio*) von dem Kondemnationsbefehl erforderlich¹⁷⁾. Aus der Gleichheit der Begriffe Einrede und *exceptio* folgt aber nicht, daß stets eine Einrede (und nicht eine rechtsverneinende Einwendung) vorliege, wo die Römer eine *exceptio* annahmen; denn dies beruhte bisweilen nur auf für uns nicht mehr maßgebenden Ursachen, insbesondere darauf, daß der Faktor, dem die meisten Exzeptionen ihre Entstehung verdanken, zivile Rechte nicht *ipso jure* aufzuheben vermochte¹⁸⁾.

¹⁴⁾ Vgl. Kotive I S. 360j. — Ripp in Windscheid I § 47 S. 214 wendet ein, daß auch bei rechtsaufhebenden Tatbeständen das frühere Recht wiederhergestellt werde, wenn die rechtsaufhebende Willenserklärung wirksam angeht sei. Das ist richtig, hat aber nur darin seinen Grund, daß die rechtsaufhebende Willenserklärung dann von Anfang an als nichtig gilt. Daß aber auch Schuldverhältnisse, die durch Aufrechnung erloschen sind und zur Begründung einer Form bedürfen, durch Vereinbarung der Parteien über Aufhebung der Aufrechnung wieder hergestellt werden könnten, wie Ripp annimmt, ist m. E. zu leugnen.

¹⁵⁾ Besonders wichtig ist dies, wenn der Beklagte ausbleibt und der Kläger Versäumnißurteil beantragt. Fischer a. a. O. S. 106 befreit dies (vgl. auch Hölder a. a. O. S. 111f.). M. E. ergibt es sich aus der Auffassung der Einrede als „Recht, die Stellung zu verweigern“ mit Notwendigkeit. Vgl. auch Ripp-Windscheid I S. 212f.; Rümelin, *JW* 57 S. 347ff.

¹⁶⁾ Dies ist bestritten, Literatur oben*).

¹⁷⁾ In die Formel der *actio in factum concepta* mußten allerdings auch rechtshindernde und rechtsvernichtende Tatsachen aufgenommen werden; aber es ist keineswegs sicher, daß dies in der Form der *exceptio* geschah. Vielmehr scheinen diese negativen Tatsachen einen Teil der *intentio* gebildet zu haben, vgl. *Obj* IV § 47 und bezüglich der *actio hypothecaria* Lenel, *Edictum perpetuum* S. 397. H. W. bezüglich der *actio hypothecaria* *Thon*, *Zeitschr. f. Rechtsgeschichte* 2 S. 304ff.

¹⁸⁾ Der formlose Erlaßvertrag z. B. hob nach röm. Recht die Forderung nicht auf, sondern erzeugte nur eine *exceptio*, während er nach gemeinem Recht (und ebenso nach *Rö*) *ipso jure* befreiend wirkt.

IV. Die Einrede des Beklagten kann wieder durch ein Gegenrecht des Klägers entkräftet sein, eine Replik, und der Replik kann wieder ein Gegenrecht des Beklagten entgegenstehen, eine Duplik. Die Replik entkräftet die Einrede, so daß also der Klageanspruch, wenn überhaupt begründet, wirksam ist. Die Duplik entkräftet die Replik, so daß also die Einrede in Kraft bleibt. Der Einrede im prozessualen Sinn oder Einwendung entsprechen die Begriffe der Replik und Duplik im prozessualen Sinn. Für Replik im prozessualen Sinne dürfte sich der Ausdruck „Gegeneinwendung“ empfehlen.

§ 208. Arten der Einreden.

I. Ausschließende und aufschiebende Einreden.

1. Die Einreden sind entweder ausschließend, dauernd, zerstörend, peremptorisch, d. h. sie schließen die Geltendmachung des Anspruchs für immer aus (z. B. die Einrede der Verjährung), oder sie sind aufschiebend, verzögerlich, dilatorisch, d. h. sie stehen dem Anspruch nur zeitweilig entgegen (z. B. die Einreden aus Miete oder Mißbrauch) oder können vom Kläger ohne Mitwirkung des Beklagten beseitigt werden (z. B. die Einrede der Vorausklage oder des nicht erfüllten Vertrages). Jene führen zur endgültigen Abweisung der Klage, diese bewirken in der Regel die Abweisung zur Zeit; beruht aber die verzögerliche Einrede auf einem Rückbehaltungsrecht, so wird der Beklagte auf Leistung Zug um Zug verurteilt (§ 274¹).

2. Verzögerliche Einreden sind im BGB ziemlich zahlreich erwähnt, zumal in den §§ 202 und 204²). Von den zerstörenden sind zwar, wie früher gezeigt, die Einreden aus der Drohung und der arglistigen Täuschung durch die Anfechtungsrechte des BGB in den Hintergrund gedrängt, jedoch nicht völlig beseitigt; ferner sind die Verjährungseinrede (§ 222 Abs. 1) und die nach § 1973 dem Erben zustehende Einrede hervorzuheben³).

¹) Das gilt auch von der Einrede des nicht erfüllten Vertrages (§ 322), die nur einen Fall des Rückbehaltungsrechts bildet.

²) Verzögerlich sind namentlich: Die Einrede der Stundung (§ 202); die Einrede des Schadenersapplichtigen nach § 208; die Einrede des Rückbehaltungsrechts (§ 273) und des nicht erfüllten Vertrages (§§ 320, 321); die Einreden des Bürgen wegen Anfechtbarkeit oder Aufrechenbarkeit der Hauptschuld (§ 770); das beneficium competentiae des Schenklers (§ 519) (bestritten, ob nicht peremptorisch); die Einrede der Vorausklage (§ 771); die Einrede des zum Besitz Berechtigten gegenüber der Eigentümersklage (§ 986); die Einrede des Erben innerhalb dreier Monate nach der Erbschaftsannahme (§ 2014). Ferner ergeben sich aus den §§ 273 Abs. 3, 321 und 2217 Abs. 2 drei Fälle einer dilatorischen Replik der erfolgten Sicherheitleistung. Vgl. ferner Langheineken, Anspruch S. 292 ff.

³) Zerstörend sind namentlich: Die Einrede der Verjährung (§ 222); das Recht, die Zahlung des Kaufpreises wegen eines Minderungs- oder Wandlungsanspruchs (teilweise oder ganz) zuweigern (§§ 478, 490); die der conditio sine causa auf Befreiung von einer Verbindlichkeit entsprechende Einrede (§ 812), welche auch nach der Verjährung des Anspruchs auf Befreiung von der Verbindlichkeit bestehen bleibt (§ 821); die auf einen Erbschaftsanspruch aus §§ 823 ff. sich stützende Einrede (4. B. im Fall der Drohung oder des

3. Die Einrede ist nicht nur im Prozesse wirksam (oben 1), sondern hemmt das Recht auch in seiner außerprozessualen Wirkung, obgleich freilich auch hier ihre Wirksamkeit von dem Willen des Einredoberechtigten abhängt. Der durch zeitliche Einrede gehemmte Anspruch steht mithin wirtschaftlich einem nicht bestehenden Ansprüche fast gleich (quasi nulla obligatio). Daher kann er in der Regel nicht zur Aufrechnung benutzt werden (§ 390), die Zahlung eines solchen Anspruchs kann zurückgefordert werden (§ 813), und wenn für ihn eine Vormerkung eingetragen, eine Hypothek oder ein Pfandrecht bestellt ist, so kann die Löschung bzw. Aufhebung verlangt werden (§§ 886, 1196, 1254⁴⁾).

4. Ist der Kläger wegen einer Einrede abgewiesen, so steht nur fest, daß der Anspruch durch sie (für immer oder zur Zeit) entkräftet ist. Die Existenz des Anspruchs wird aber dadurch nicht vernichtet⁵⁾; das ist zwar mehrfach getadelt, aber doch recht vernünftig. Beispielsweise ist nicht einzusehen, weshalb die verjährte Forderung nicht die ihr innewohnenden Wirkungen auch nach der rechtskräftigen Abweisung des Klägers wegen Verjährung behalten soll.

II. Persönliche und unpersönliche Einreden.

1. Die Frage, wem und gegen wen die Einrede zustehe, ist bei den unselbständigen Einreden nach der Natur des Rechts zu beurteilen, auf dem sie beruhen.

a) Einreden, die auf einem obligatorischen, z. B. einem Mietverhältnis beruhen, stehen daher nur dem Gläubiger und nur gegen den Schuldner zu, und die Frage, ob sie von anderen Personen als dem ursprünglichen Gläubiger und gegen andere als den ursprünglichen Schuldner geltend gemacht werden können, hängt, von besonderen Ausnahmen abgesehen, lediglich davon ab, ob das Schuldverhältnis auf sie übergegangen ist. So kann beispielsweise die Einrede aus der Grundstücksmiets- und Pacht nach dem BGB gegen den neuen Erwerber des Grundstücks geltend gemacht werden, soweit das Mietverhältnis nach den Vorschriften des BGB auf ihn übergeht, während die Einrede aus der Pacht dem neuen Erwerber nicht entgegensteht (eine Ausnahme enthält § 386 Abs. 2).

b) Entspringt dagegen die Einrede aus einem dinglichen Recht, z. B. dem Pfandrechte, so kann sie, solange das dingliche Recht besteht, von jedem Berechtigten und gegen jedermann geltend gemacht werden.

2. Einer besonderen Regelung bedarf es nur für die selbständigen Einreden (die nicht auf einer Forderung oder einem dinglichen Rechte beruhen,

Betruges), die auch nach Verjährung des Erbschaftsrechts bestehen bleibt (§ 883); die Einrede des persönlichen Schuldners gegenüber dem Hypothekengläubiger aus § 1166; ferner gibt es zahlreiche, erbrechtliche peremptorische Einreden (§§ 1973, 1980, 1990 1991 u. 1992, 2145, 2318, 2487, 2319, 2328, 2322). Vgl. ferner Langheineken S. 298 ff.

⁴⁾ In allen diesen Beziehungen macht indes die Einrede der Verjährung eine wichtige Ausnahme (§ 222) wegen der hier fortbestehenden Naturalobligation (unten § 218 III).

⁵⁾ So auch die herrschende Ansicht, vgl. auch Langheineken S. 343 ff. Hellwig nimmt wirkliche Aufhebung mit rückwirkender Kraft an ohne jeden Anhalt im Gesetz. Auch die Rotbe II S. 831, auf die er sich beruft, enthalten nur eine Gleichstellung mit der Richtschuld für die Frage der *condictio indebiti*, vgl. ferner Ripp in der Feig. f. Arch. S. 131 ff.

sondern eben nur Einberechtigte sind). Diese sind, soweit dies überhaupt in Frage kommen kann, meist unpersönlich, d. h. sie gehen mit dem Gegenstande, auf den sie sich beziehen, auf die Rechtsnachfolger des ursprünglichen Einberechtigten über (*exceptiones rei cohaerentes*) und richten sich auch gegen die Rechtsnachfolger des ursprünglichen Gegners (*exceptiones in rem*). Namentlich gilt dies von der Einrede der abgeurteilten Sache (§ 325), der Einrede der Verjährung (§ 222) und der Einrede wegen Verwendungen (§ 999). Besondere Abweichungen können erst bei den betreffenden Lehren angegeben werden.

3. Besteht neben einer Hauptverpflichtung zu deren Sicherung oder Vervollständigung noch eine Nebenverpflichtung, so kann der Nebenverpflichtete in der Regel auch die dem Hauptverpflichteten zustehenden Einreden gebrauchen^{*)}, so insbesondere der Bürge die Einreden des Hauptschuldners (§ 768), der Eigentümer der Pfandsache die dem persönlichen Schuldner zustehenden Einreden (§§ 1137, 1211, 1273), jedoch in beiden Fällen mit Ausnahmen (§§ 223, 768 S. 2, 1137, 1211, 1273); ferner der Fremdbesitzer die Retentionseinrede dessen, in dessen Namen er besitzt (§ 986 Abs. 1), der Untermieter die Einrede des Untervermieters aus der Miete (§ 556).

III. Die *exceptio doli* insbesondere.

Es sind zwei Arten der *exceptio doli* zu unterscheiden:

1. Die *exceptio doli specialis* gründet sich nach gem. Recht darauf, daß der Anspruch durch arglistiges Verhalten, insbesondere durch Betrug erlangt sei (die *replicatio doli* darauf, daß die Einrede arglistig erlangt sei). Sie ist zweifellos auch nach dem BGB zulässig, wenn der Anspruch durch strafrechtlichen Betrug oder vorsätzlich in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise erlangt ist (§§ 853, 823 Abs. 2, 826^{*)}).

2. Die *exceptio doli generalis* beruhte ursprünglich auf dem Gedanken, daß der Kläger unredlich handle, indem er die Klage anstelle. Jede Einrede wurde also zur *exceptio doli*, wenn der Kläger in Kenntnis derselben die Klage erhob. Später aber sah man von der Bestimmung des Klägers ab und gab die *exceptio doli*, so oft die Geltendmachung des formell bestehenden Anspruchs dem Rechtsgefühl oder Treu und Glauben widerspricht. So ist sie ins gemeine Recht übergegangen und hier auch auf Institute des modernen

^{*)} Über diese s. *exceptio ex jure tertii* vgl. besonders Stammler in der *Pollener Festschrift für Dernburg*, 1900 S. 91—108, und andererseits Wolff in der *Berliner Festschrift für Koch* S. 160 ff.; Rauchensberger, *Die Einrede aus dem Rechte Dritter und gegen Dritte*, 1904; Rappaport, *Die Einrede aus dem fremden Rechtsverhältnisse*, 1904.

^{*)} So ist z. B. zweifellos eine *replicatio doli* gegen die Einrede der Verjährung begründet, wenn der Beklagte vorsätzlich durch wahrheitswidrige Angaben den Kläger von der Unterbrechung der Verjährung abgehalten hat, *RGE* 64 S. 222 f.

Rechts angewandt. Obgleich sie im BG nicht ausdrücklich erwähnt ist, muß ihre Geltung auch nach bürgerlichem Recht aus überwiegenden Gründen angenommen werden^{*)}.

a) Nach § 242 soll Treu und Glauben maßgebend dafür sein, wie geschuldete Leistungen zu bewirken sind und also vom Gläubiger verlangt werden können. Damit sind hauptsächlich manche Fälle der *exceptio huj. replicatio doli* anerkannt:

a) Wenn der Schuldner durch Berufung auf eine Einrede gegen Treu und Glauben verfährt, so steht ihm eine *replicatio doli* entgegen, weil er nicht erfüllen will, wie Treu und Glauben es gebieten (§ 242). Daher kann z. B. die Einrede der Verjährung durch *replicatio doli* entkräftet werden, wenn der Schuldner den Kläger durch Verhandlungen über die Höhe eines von ihm nicht bestrittenen Anspruchs veranlaßt hat, die rechtsergiebige Klagehebung zu unterlassen^{*)}.

ß) Wenn der Schuldner eine ihm an sich zustehende Einrede in einem Maße gebrauchen will, das mit Treu und Glauben nicht im Einklang steht, so steht ihm eine *replicatio doli* entgegen. Dies ist im § 290 Abs. 2 für die Einrede des nicht erfüllten Vertrages ausdrücklich anerkannt, würde sich aber auch ohne diese Bestimmung schon aus dem § 242 ergeben.

γ) Wer das verlangt, was er sogleich zurückgeben müßte, handelt wider Treu und Glauben, RRG 84 S. 212 (*dolo facit, qui petit, quod restitutus est*, L. 8 D. de doli exc. 44, 4).

δ) Andere Beispiele unten § 218 II 3, sowie RRG 86 S. 326.

e) Der von Riezler, *venire contra proprium factum*, aufgestellte Satz, daß man sich mit dem eigenen Verhalten nicht in Widerspruch setzen dürfe, ist zwar als allgemeine Regel nicht anzuerkennen; doch wird nicht selten in dem betreffenden Verhalten eine willkürswidrige Willkürerklärung, namentlich ein willkürswidriger Verzicht liegen, der dann das gegensätzliche Verhalten ausschließt.

b) Aber nicht nur in diesen Fällen ist die allgemeine Doluseinrede anzuerkennen. Aus dem das ganze Gesetzbuch durchdringenden Bestreben, Treu und Glauben zu schützen^{*)}, ist ihre allgemeine Anwendbarkeit zu folgern, so oft die Geltendmachung des Anspruchs gegen Treu und Glauben verstoßen würde⁴⁾.

^{*)} So auch die vorwiegende, in der Rechtsprechung bereits herrschende Meinung, insbesondere Ud., Vorträge I S. 49ff.; Lehlein I S. 399; Negelsberger, KritVS 44 S. 433ff.; Wendt, RivA 100 S. 1ff.; Exome, Köhler, Biermann u. a. m.; ferner RRG 52 S. 219; 57 S. 376; 58 S. 428; 60 S. 392; 71 S. 435; 81 S. 398f.; 84 S. 136; 87 S. 283; 108 S. 110; 109 S. 309; RG Barn. 1914 Nr. 326; 1915 Nr. 277. Dagegen namentlich Schneider, Treu u. Glauben, 1902 S. 155ff., u. BürgA 25 S. 269ff.; Langeheineken S. 324ff.; Ripp zu Windscheid § 47, 7; Dertmann S. 603; aber auch RRG 64 S. 223f., welche Entscheidung in Richtigkeit nur die *exc. doli specialis* anerkennt (vgl. die vorige Note). Vgl. auch Caffein, BürgA 39 S. 367 (Einrede der Unbilligkeit).

^{*)} RRG 57 S. 376ff.; 60 S. 392; RG in SeuffA 63 S. 220f.

⁴⁾ Vgl. namentlich Hochenburgs Vorträge, Das Prinzip von Treu und Glauben; Stammeler, Recht der Schuldverh. (1897) S. 46ff.

⁴⁾ Daran wird natürlich auch dadurch nichts geändert, daß die Mehrheit der zweiten Kommission die Zulassung der *exceptio doli* für bedenklich erklärt hat, weil sie „an die Stelle der objektiven Rechtsnormen das Gefühl des Richters setze und die Grenze zwischen Recht und Moral verwische“. Vorsicht in der Annahme einer *exceptio doli* ist allerdings geboten; aber die dem Richter gestellte Aufgabe ist hier nicht größer als in zahlreichen anderen Fällen, wo auf das richterliche Ermessen verwiesen ist (oben § 53 I 1). Ganz unberechtigt ist es, diese Frage mit den Betrachtungen der sog. Freirechtsschule zusammenzuwerfen; denn hier handelt es sich nicht darum, das Gesetz zu meistern, sondern einen überall in dem Gesetz hervortretenden Grundgedanken in einer dem Sinne des Gesetzes entsprechenden Weise auszugestalten.

III. Endigung der Ansprüche.

1. Die Endigungsgründe im allgemeinen.

§ 209.

I. Tod einer Partei.

1. Nach gemeinem Recht gingen die sog. *actiones vindictam spirantes*, unter denen namentlich die *querela inofficiosi testamenti* hervorzuheben ist, nicht auf die Erben des Berechtigten über. Das BB kennt solche Klagen nicht; doch sind die Ansprüche auf Ersatz nicht vermögensrechtlichen Schadens, wenn sie nicht rechtsabhängig geworden oder vertragsmäßig anerkannt sind, unvererblich (§ 847, 1800)¹⁾.

2. Strafanprüche (*actiones poenales*) gingen nach römischem Recht nicht auf die Erben des Verpflichteten über (*in poenam heres non succedit*); sie sind indessen dem BB wie schon dem gemeinen Recht fremd.

3. Für Ersatzansprüche aus Delikten haftete nach römischem Recht der Erbe nur, soweit er aus dem Delikt bereichert war. Das kanonische Recht erklärte ihn für unbeschränkt haftbar, was indessen die Praxis auf den Betrag der Erbschaft beschränkte. Nach dem BB dagegen vererben sich die Ersatzklagen aus unerlaubten Handlungen nach den gewöhnlichen Grundätzen.

II. Befriedigung.

Der Anspruch bezweckt die Befriedigung eines Interesses; ist dieses befriedigt, so erlischt er selbstverständlich (*Maheres in Schuldbrecht*).

III. Konkurrenz²⁾.

1. Zwei Ansprüche konkurrieren, wenn sie auf Befriedigung desselben Interesses gerichtet sind. So konkurrieren z. B. der Eigentumsanspruch und der Anspruch aus der Miete auf Rückgabe der vom Eigentümer vermieteten Sache; ebenso der Anspruch aus dem Verwahrungsvertrag und aus unerlaubter Handlung, wenn der Verwahrer die dem Hinterleger gehörige Sache schuldhaft beschädigt hat³⁾; oder die Deliktansprüche gegen mehrere Beschädiger einer Sache⁴⁾.

¹⁾ J. B. der Anspruch wegen Körperverletzung, Freiheitsberaubung sowie wegen gewisser Eittlichkeitsvergehen gegen Frauenspersonen, endlich der Anspruch der Braut, die dem Bräutigam die Bewohnung gestattet hat, in gewissen Fällen des Rücktritts vom Verlöbniß.

²⁾ Savigny V § 231–236; A. Merkel, Konkurs der Aktionen, 1877; Eitelr. JW 79 S. 227ff.; Hellwig, Anspruch und Klagenrecht, 1900, insbesondere S. 90ff.; Langheineken, Anspruch und Forderung, 1903, S. 168ff.; Ripp in Windscheid § 121, 10; Laß, Anspruchskonkurrenz u. Gesamtschuldverhältnis, 1908.

³⁾ Näheres unten § 449 II.

⁴⁾ Das Befinden konkurrierender Ansprüche ist im allgemeinen anzunehmen, wenn an sich alle Erfordernisse des einen wie des anderen auf dasselbe gerichteten Anspruchs vorliegen. Möglich ist aber, daß in solchen Fällen der eine Anspruch durch das Bestehen des anderen ausgeschlossen sein soll, insbesondere weil die eine der die Haftung be-

2. Durch das Nebeneinanderbestehen allein werden aber die konkurrierenden Ansprüche nicht verändert. Auch die gerichtliche Geltendmachung des einen wirkt auf den anderen nicht ein. Wird aber der Berechtigte aus einem der Ansprüche befriedigt, so erlischt auch der andere, soweit es eben auf dasselbe Interesse gerichtet ist⁴⁾. Das gilt nicht nur für das gemeine Recht, sondern selbstverständlich auch für das BG, ohne daß es einer besonderen Hervorhebung bedurfte; denn ein Anspruch auf Befriedigung eines bereits befriedigten Interesses ist undenkbar.

3. Die Konkurrenz kann auch bei anderen Rechten als Ansprüchen vorkommen, z. B. konkurrieren oft das Ansehungrecht wegen Betruges und wegen Irrthums.

4. Wesentlich von der Konkurrenz verschieden ist dagegen das Bestehen mehrerer auf Beschließens gerichteter Ansprüche (oder anderer Rechte), von denen nur einer ausgeübt werden kann, z. B. der Ansprüche auf Minderung und auf Wandelung, auf Erstattung und auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung. Ob hier der eine erst nach die Befriedigung des anderen oder schon früher (insbesondere durch eine Erklärung) ausgeschlossen wird, läßt sich nicht durch allgemeine Regeln bestimmen.

IV. Die Verjährung ist im folgenden genauer zu besprechen.

2. Die Anspruchsverjährung.⁵⁾

§ 210. a) Vorbemerkung: Verjährung überhaupt.

I. Unter Verjährung verstehen wir die Entstehung sowie die Endigung oder Entkräftung von Rechten durch fortgesetzte Ausübung oder fortgesetzte Nichtausübung; wir unterscheiden daher erwerbende und erlöschende oder Akquisitiv- und Extinktivverjährung. Die Verjährung ist indes nicht für alle Rechtsverhältnisse gleichmäßig gestaltet⁶⁾. Von einer allgemeinen Verjährungslehre ist daher, weungleich einzelne Erscheinungen bei den verschiedenen Verjährungsarten wiederkehren, abzusehen.

II. Das BG erkennt die Verjährung nicht in der gleichen Ausdehnung an wie das gemeine Recht.

1. Die Erzigung, d. h. der Erwerb von Rechten durch fortgesetzten Besitz, ist im BG beschränkter als nach gem. Recht und hat durch die Vorschriften über den gutgläubigen Erwerb an Bedeutung verloren.

a) An beweglichen Sachen kennt das BG eine Erzigung des Eigentums und des Nießbrauchs durch zehnjährigen Eigenbesitz (§§ 937, 1033).

gründenden Vorschriften der anderen gegenüber als eine besondere Bestimmung erscheint, die mit Ausschluß der allgemeinen Regel gelten will. Näheres darüber oben § 82 II 5, vgl. auch unten § 461 I 1d.

⁴⁾ Gilt also der Anspruch auf mehr als der befriedigte Anspruch, so kann er bezüglich dieses Rechts noch geltend gemacht werden.

⁵⁾ Unterholzner, Verjährungslehre, 2. Aufl. von Schirmer, 1868; Savigny V § 237—255; Braun, Verjährung und gesetzl. Befristung, 1880; Fischer, Beiträge S. 6, 1889; Hölder, Rang II S. 217ff.

⁶⁾ Es gibt also keine allgemeine Theorie der Verjährung, wie die ältere Rechtswissenschaft, meist Unterholzner annahm; dagegen namentlich Savigny IV § 178.

b) An Grundstücken kann nur, wer, ohne Eigentümer zu sein, als solcher im Grundbuch eingetragen ist, durch dreißigjährigen Eigenthum das Eigentum erlangen (§ 900), was auf die Grunddienstbarkeiten, den Nießbrauch und beschränkte persönliche Dienstbarkeiten entsprechende Anwendung findet. Wer, ohne im Grundbuche als Eigentümer eingetragen zu sein, dreißig Jahre im Eigenthum des Grundstücks gewesen ist, kann das Eigentum oder im Wege des Aufgebotsverfahrens durch Ausschlußurteil und Eintragung im Grundbuche erwerben (§ 927).

2. Die Aufhebung von dinglichen Rechten durch Nichtgebrauch ist dem BW überhaupt fremd^{*)}.

3. Die sog. unvorbenkliche Verjährung^{*)} ist strenggenommen keine Verjährung, da die Ausübung oder Nichtausübung des Rechts seit unvorbenklicher Zeit nicht die Entstehung oder den Untergang des Rechts zur Folge hat, sondern nur eine Rechtsvermutung, daß das Recht entstanden oder untergegangen sei, ins Leben ruft. Im gemeinen Recht ist diese Wirkung der unvorbenklichen Zeit für alle dauernder Ausübung fähigen Rechtsverhältnisse anerkannt, für welche nicht eine in keiner Beziehung an schwerere Voraussetzungen geknüpfte Verjährung besteht. Das BW dagegen hat die unvorbenkliche Verjährung nicht aufgenommen in dem an sich richtigen Gedanken, daß sie, wo erforderlich, besser durch bestimmte Verjährungen ersetzt werde^{*)}. Ob dies wirklich in genügendem Maße geschehen ist, kann freilich bezweifelt werden, zumal wo es sich um die Rechte von Korporationen gegen ihre Mitglieder oder umgekehrt um die Rechte der Mitglieder gegen die Korporationen handelt^{*)}. Die unvorbenkliche Zeit kommt demnach nur noch für die den Landesrechten vorbehaltenen Materien in Betracht. Das sind freilich die meisten, für die sie überhaupt Bedeutung hatte.

4. Die Anspruchsverjährung ist im BW in weitem Maße anerkannt.

§ 211. b) Die Anspruchsverjährung im allgemeinen. Ausschlussfristen.

I. Die Verjährung dient der allgemeinen Rechtsklarheit, welche fordert, daß veralteten Rechtsansprüchen endlich ein Ziel gesetzt sei; ohne die Verjährung wäre niemand vor unbegründeten oder längst erloschenen Ansprüchen geschützt, wenn ihm, wie oft unvermeidlich, die Beweismittel für seine Verteidigung im Laufe der Zeit verloren gegangen sind¹⁾. Dieses all-

^{*)} Es kennt aber einige Fälle, in denen das Recht erlischt, sobald der es schützende Anspruch verjährt ist, unten § 218 I.

^{*)} Unterholzer I §§ 140—150; Buchta, Der unvorbenkliche Besitz, 1841; Savigny IV §§ 195—201; Pfeiffer, Prokt. Ausführungen VII S. 175ff.

^{*)} Vgl. das Referat von Enneccerus in den Verhandl. des XVI. Juristentags II S. 52ff. und die Gutachten von Strohal, Leonhard und Pann I S. 117, 241, 310.

¹⁾ Vgl. Hartmann, Arch. f. Civ. Pr. Bd. 73 S. 320; Ed. Vorträge S. 90.

^{*)} Der eigentliche Zweck der Verjährung ist also Schutz dessen, der in Wahrheit

gemeine oder, wie man sagt, öffentliche Interesse der Rechtsicherheit trifft aber zusammen mit dem Interesse jedes einzelnen; es genügt daher, wenn jedem einzelnen ein genügendes Schutzmittel in die Hand gelegt wird. Keineswegs ist es also ein Widerspruch mit dem Gedanken allgemeiner Rechtsicherheit, daß die Geltendmachung der Verjährungseintrede von dem Willen des Verpflichteten abhängt, daß er ferner durch Anerkennung des Anspruchs die Verjährung unterbrechen kann. In einer Beziehung darf allerdings die Verjährung nicht in seine Macht gegeben werden. Es darf ihm nicht zustehen, von vornherein die Verjährung auszuschließen, die Frist zu verlängern oder die Verjährung in anderer Weise zu erschweren, denn sonst würde er in sehr vielen Fällen von dem Gläubiger bei Eingehung des Schuldverhältnisses wider sein eigenes Interesse dazu genötigt werden.

1. Der § 225 S. 1 gibt daher die zwingende Vorschrift: „Die Verjährung kann durch Rechtsgeschäft weder ausgeschlossen noch erschwert werden“. Doch gilt eine Ausnahme für die Ansprüche wegen eines Mangels beim Kauf- und Werkvertrag; für diese ist die vertragsmäßige Festsetzung einer längeren Verjährungsfrist zulässig (§ 477 §§ 480, 490, 2183 S. 3), § 638 Abs. 2, § 651 [vgl. auch § 801 Abs. 3].

2. Eine Abkürzung der Verjährungsfrist oder eine sonstige Erleichterung der Verjährung berührt das öffentliche Interesse nicht und ist daher zulässig, § 225 S. 2.

II. Das BG kennt neben der regelmäßigen dreißigjährigen Verjährung

- eine zweijährige, in einigen Fällen vierjährige für die Ansprüche des täglichen Verkehrs,
- eine vierjährige für rückständige Zinsen und andere regelmäßig wiederkehrende Leistungen,
- eine dreijährige für die Erfordernisse aus unerlaubten Handlungen, außerdem einige kürzere Verjährungen für besondere Fälle.

Die kurze Verjährung für Forderungen des täglichen Verkehrs liegt in gleicher Weise im Interesse des Schuldners, der betriebl. kleinere Angelegenheiten schlechterdings nicht auf lange Zeit im Gedächtnis zu halten oder auch nur die Beweismittel dafür aufzubewahren vermag, wie im Interesse des Gläubigers, dem die drohende Verjährung den erwünschten Anlaß gibt, auf Zahlung zu dringen und nöthigenfalls Klage zu erheben. Sie ist aber auch dem allgemeinen Wohlstande förderlich, da das wirtschaftliche Gedeihen beider Teile durch die Unklarheit langer Kredite ernstlich gefährdet werden kann.

Die kurze Verjährung der Ansprüche auf Zinsen und andere wiederkehrende Leistungen beruht wesentlich auf den gleichen Gründen.

Die kurze Verjährung der Schadenersatzansprüche aus Delikten ist nicht nur ungelährlich, da sie erst mit der Kenntnis beginnt (während sonst eine dreißigjährige Ver-

nicht schuldet, nicht, wie Ruzendrup, Doqumz 75 S. 237 ff. meint, „den wirklichen Schuldner im Vertrauen auf den Rechtschein seiner Nichtschuld zu schützen“.

führung löst), sondern auch wünschenswert, weil der Schuldbeweis und der Gegenbeweis sowie die Feststellung des Schadens nach langer Zeit oft große Schwierigkeiten mit sich bringen würde.

III. Sehr häufig ist im BG ein Recht überhaupt nur für eine bestimmte Frist, eine sog. Ausschlussfrist^{*)}, gegeben. Der Ablauf dieser Ausschlussfrist ist nicht mit der Verjährung zu vertauschen.

1. Ist die Ausschlussfrist abgelaufen, so ist das betreffende Recht nicht mehr vorhanden, während es bei Ablauf der Verjährung nur durch Einrede gehemmt ist²⁾. Daher ist die Ausschlussfrist, auch wenn sie sich nur aus dem Vorbringen des Klägers ergibt, zu berücksichtigen, die Verjährung dagegen nur, wenn der Beklagte sich auf sie beruft.

2. Die Verjährung bezieht sich nur auf Ansprüche, niemals auf Rechte, die keine Ansprüche sind. Sind also, wie sehr häufig, andere Rechte an eine Frist gebunden, so handelt es sich stets um eine Ausschlussfrist. Übrigens kommen Ausschlussfristen auch bei einzelnen Ansprüchen vor, z. B. §§ 561 Abs. 2, 801 Abs. 1 S. 1, 864.

3. Wie es den Regeln über den Ablauf einer Befristung entspricht, werden bei vielen Ausschlussfristen Gründe der Hemmung oder Unterbrechung des Fristlaufs nicht anerkannt — sog. reine Ausschlussfristen. Für andere Ausschlussfristen dagegen sind einzelne für die Verjährung anerkannte Hemmungsgründe anwendbar (vgl. z. B. §§ 210, 477, 490 Abs. 2, 802, 1002 Abs. 2) oder auch besondere Hemmungsgründe vorgeschrieben (§ 802), sog. gemischte Ausschlussfristen.

IV. Die Verjährung des BG ist nicht etwa nur eine Klagenverjährung, sondern eine Anspruchsverjährung; denn die Verjährungseinrede hemmt nicht nur die Klage, sondern auch die Geltendmachung des Anspruchs durch Einrede oder Aufrechnung³⁾. Die Anspruchsverjährung erfordert:

1. daß der Anspruch überhaupt der Verjährung unterworfen sei (unten § 212);

2. den Beginn der Verjährung, der in der Regel, jedoch nicht immer, mit der Entstehung des Anspruchs zusammenfällt (unten § 213);

3. die Nichtausübung des Anspruchs während der ganzen Verjährungszeit (unten § 214), wobei insbesondere die Hemmung des Laufes oder Ablaufs der Verjährung (unten § 215) und die Unterbrechung der Verjährung

^{*)} Stawein, Verjährung und gesetzliche Befristung, 1880; Rub, BivB 101 S. 425ff. Das BG kennt Ausschlussfristen von 2 Tagen (§ 485) bis zu 30 Jahren (§ 503).

²⁾ Vgl. auch BGB 48 S. 163; OBG München, Recht 1901 S. 354.

³⁾ Die Aufrechnung ist allerdings zulässig, wenn die Forderungen schon vor der Verjährung aufeinander gegenüber standen; allein das hat nur darin seinen Grund, daß sie sich schon damals aufhoben (BG § 390, vgl. § 389).

(unten § 216) sowie die Einrechnung der Verjährungszeit des Rechtsvorgängers (unten § 217) in Betracht kommen.

Nach kanonischem Recht und gemeinem Recht sind Ansprüche auf Herausgabe eines von einem Unberechtigten besessenen Gegenstandes (Sache oder Recht) der Verjährung nicht unterworfen, wenn der Besitzer weiß, daß die Sache oder das Recht nicht zu seinem Vermögen gehört. Die Verjährung erfordert also in diesem Sinne *bona fides* des Verjährten (genauer: Abwesenheit der *conscientia rei alienae vel juris alieni*) während der gesamten Verjährungszeit und wird durch die im Laufe der Verjährungszeit erlangte Kenntnis des Anspruchs unterbrochen (*malis fides superveniens*). Nach dem BG dagegen wird guter Glaube bei keinem Anspruch zur Verjährung erfordert.

c) Erfordernisse der Anspruchsverjährung.

§ 212. aa) Verjährbarkeit des Anspruchs.

I. Nur Ansprüche sind der Verjährung unterworfen, § 194 Abs. 1. Die Verjährung bezieht sich daher nicht auf Klagen, die nicht auf einem Anspruch beruhen (oben § 206). Dahin gehören:

1. Die Feststellungsklagen¹⁾; ebenso die Ehenichtigkeitsklage (§ 1329), denn sie ist auf Feststellung der Richtigkeit gerichtet.

2. Die Anfechtungsklagen. Doch bestehen Ausschlussfristen.

3. Die Rechtsänderungsklagen (Werkstellungsklagen). Doch bestehen in einigen Fällen Ausschlussfristen.

II. Ferner sind folgende Ansprüche der Verjährung entzogen:

1. Die Ansprüche auf Gemeinschaftsteilung und Erbteilung (§§ 758, 2042).

2. Die Ansprüche auf Abmarkung der Grenze und Aufhebung einer Grenzverwirrung sowie eine Reihe von anderen nachbarrechtlichen Ansprüchen (§ 924).

3. Die Ansprüche aus den im Grundbuch eingetragenen Rechten (einschließlich derjenigen Rechte, zu deren Gunsten ein Widerspruch gegen die Richtigkeit des Grundbuchs eingetragen ist), soweit sie nicht auf Rückstände wiederkehrender Leistungen oder auf Schadensersatz gerichtet sind (§ 902). Nur der Anspruch aus einer Grunddienstbarkeit oder einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit auf Beseitigung einer das Recht beeinträchtigenden Anlage ist verjährbar, wenngleich die Dienstbarkeit im Grundbuch eingetragen ist (§§ 1028, 1090).

4. Die Ansprüche auf Berichtigung des Grundbuchs (§ 898) oder des Schiffsregisters (§ 1263 Abs. 1).

5. Der familienrechtliche Anspruch auf Herstellung eines dem Familienrechtsverhältnis entsprechenden Zustands für die Zukunft, § 194 Abs. 2.

¹⁾ Hellmann, *PrivR* 84 S. 130.

Hierher gehören namentlich auch die Ansprüche der Ehegatten gegeneinander auf Herstellung eines der Ehe und dem gesetzlichen oder vertragsmäßigen ehelichen Güterrecht entsprechenden persönlichen und güterrechtlichen Zustandes, die Ansprüche der Eltern auf häusliche Dienste, der Anspruch des Vormunds auf Herausgabe des Mündels.

§ 213. bb) Beginn der Verjährung.

1. Die Verjährung beginnt in Übereinstimmung mit dem gem. Rechte regelmäßig, sobald ein klagbarer Anspruch (in dem früher festgestellten Sinne) entstanden ist, § 198 S. 1.

a) Bei Forderungen auf ein Tun also, sobald die Forderung entstanden und fällig ist. Die Fälligkeit wird im *OB* nicht besonders hervorgehoben, weil das Gesetz, wie früher (§ 186) erörtert, von der in der Gestalt der Wirkungen in Wahrheit nicht befolgten Annahme ausgeht, daß die befristete Forderung noch nicht existiere.

b) Bei absoluten Rechten entsteht der Anspruch erst mit der Verletzung des Rechts, wie man gewöhnlich sagt; genauer mit der Entstehung eines dem absoluten Rechte nicht entsprechenden Zustandes. Dies gilt auch dann, wenn der Zustand mit dem Willen des Berechtigten entsteht; also beginnt z. B. die Eigentumsklage gegen den Verwahrer sofort mit der Hingabe zu verjähren. Anders aber natürlich, solange dem anderen Teile ein Recht auf Aufrechterhaltung dieses Zustandes zusteht, z. B. dem Mieter; denn dann ist die Verjährung gehemmt (unten § 215).

2. Bei Forderungen auf ein Unterlassen dagegen beginnt die Verjährung erst mit der Zuwiderhandlung, weil vorher der Berechtigte sich im Zustande der Befriedigung befindet, ihm also die Anstellung einer Klage nicht zugemutet werden kann, § 198 S. 2¹⁾.

3. Ein nur von einer Willenserklärung des Berechtigten, z. B. einer Kündigung abhängiger Anspruch muß nach gem. Recht wie ein bereits entstandener behandelt werden²⁾. Wollte man nämlich die Verjährung hier

¹⁾ Das muß aus gleichem Grunde auch für den auf eine dauernde positive Leistung gerichteten Anspruch, solange er erfüllt wird, gelten, z. B. für den Anspruch des Mieters auf Gebrauchsgewährung oder des Dienstherrn auf dauernde Dienstleistungen, Langheineken, *Anspruch* S. 170 u. 262.

²⁾ Die ältere Theorie stellte den Satz auf, die Verjährung beginne schon vor der Entstehung des Anspruchs, wenn die Entstehung in der Macht des Berechtigten liege; *actioni nondum natae toties praescribi, quoties nativitas est in potestate actoris*; so noch Unterholzner II S. 317. Daß das zu weit geht, hat namentlich Savigny V S. 282 ff. bewiesen; vgl. auch Thon in der *Wiener Zeitschr.* 8 S. 1 ff. Eine Potestatsbedingung z. B. schiebt den Beginn der Verjährung hinaus, und der Anspruch auf Rückgabe der das begann nach röm. Recht nicht etwa schon mit der Hingabe der das zu verjähren, obgleich die Ehe einseitig lösbar war, die Frau also ihr Rückforderungsrecht zur Entstehung zu bringen vermochte.

erst mit der Willenserklärung (Rückabgabe) beginnen lassen, so würde, da diese nach langer Zeit oft nicht mehr beweisbar ist, der Zweck der Verjährung, endlich einen gesicherten Rechtszustand zu schaffen, in vielen Fällen überhaupt nicht erreicht werden können³⁾. Das BG hat aber diesem Gedanken nur für drei Fälle Rechnung getragen⁴⁾.

a) Hängt der Anspruch von einer Kündigung des Berechtigten ab, dergestalt, daß er bei Eintritt der Kündigung sofort erfüllt werden muß (vgl. z. B. § 895), so beginnt die Verjährung, sobald die Kündigung zulässig ist, nicht erst, wenn sie erfolgt⁵⁾. Soll aber der Anspruch erfüllt werden zu gewisser Zeit nach Kündigung, ist z. B. sechsmonatige Kündigung vereinbart, so wird der Beginn der Verjährung um die Kündigungsfrist hinausgeschoben, § 199⁶⁾.

b) Hängt die Entstehung des Anspruchs nur von einer Anfechtungserklärung des Berechtigten ab, so beginnt die Verjährung, sobald die Anfechtung zulässig ist, also z. B. bei der Anfechtbarkeit wegen Drohung, arglistiger Täuschung oder Irrtums (ogleich⁷⁾), nicht erst mit Beginn der Anfechtungsfrist⁸⁾. Eine Ausnahme gilt aber, wenn die Anfechtung sich auf ein familientechtliches Verhältnis, z. B. Ehe, Ehelichkeit, Adoption, bezieht, § 200. Hier beginnt die Verjährung erst, wenn die Anfechtung wirklich erfolgt ist.

c) Hängt ein Pflichtteilsanspruch davon ab, daß der Pflichtteilsberechtigte den ihm zugewandten Erbteil oder ein Vermächtnis ausschlage (§§ 2306ff.), so wird dadurch der Beginn der Verjährung nicht hinausgeschoben (§ 2332 Abs. 3⁹⁾).

³⁾ Vgl. Windscheid I § 107 Rr. 9; R. Leonhard, Poign. 17 S. 438ff.

⁴⁾ Der § 1 § 199 Abs. 3 enthält eine allgemeine Vorschrift, welche dem oben für das gem. Recht aufgestellten Prinzip entspricht. Die II. Kommission aber trich sie unter Hinweis auf das Vorkommen 30- und mehrjähriger Rückkaufrechte. Besser wäre es vielleicht gewesen, nur für diesen Fall eine Ausnahme zu machen.

⁵⁾ Die von v. Tuhr (III S. 518) beantwortete analoge Ausdehnung auf Wahlschulden mit Gläubigerwahl erscheint mir nicht unbedenklich und kann m. E. auch durch die Rückziehung der Wahlentscheidung nach § 263 Abs. 2 (darauf beruft sich OBG 22 S. 169) nicht gerechtfertigt werden. Auch die Ausdehnung auf Exkursionsansprüche, die nach § 440 Abs. 2 noch von der Heraus- oder Rückgabe der Sache abhängen, ist m. E. abzulehnen, da die Herausgabe dem Käufer nicht ohne weiteres zugemutet werden kann.

⁶⁾ Es wird also nicht die Frist verlängert, sondern der regelmäßige Beginn hinausgeschoben; daher kommt eine in die Kündigungsfrist, also vor den Beginn der Verjährung fallende Hemmung nicht in Betracht, und die kurzen Verjährungen beginnen mit dem Schluß des Jahres, in das der Termin fällt, auf den zuerst hätte gekündigt werden können.

⁷⁾ Selbstverständlich müssen aber die übrigen Erfordernisse des Anspruchs vorliegen. Ein Erbschaftsanspruch, der von der Anfechtung der Erbschaftsausschließung abhängt, kann nicht eher zu verjähren beginnen, als ein Erbschaftsbesitzer da ist, gegen den er sich richtet. So auch Glanz zu § 200, 1; Strobal, Erbrecht 3. Aufl., S. 404f.

⁸⁾ Die Vorschrift ist im Falle der Anfechtung eines gegenseitigen Vertrages auf den Anspruch auf Rückgabe der Gegenleistung auszu dehnen, Rudolph, Bürg. 36 S. 71ff.; Glanz-Knoke zu § 200.

⁹⁾ Das Gesetz sagt, der Anspruch sei nicht gehemmt. Das ist nicht genau. Sein

4. Kenntnis des Anspruchs setzt der Beginn der Verjährung nicht voraus; doch gilt eine Ausnahme für die dreijährige Verjährung der Deliktsansprüche (§ 852). Auch ein anderer Umstand ist in einigen Sonderfällen außer der Entstehung des Anspruchs erforderlich, vgl. z. B. §§ 477, 490, 801 Abs. 1 S. 2.

5. Bei gewissen kurzen Verjährungen ist der Beginn der Verjährung bis zum Schluß des Jahres hinausgeschoben, in dessen Lauf die Verjährung nach den gewöhnlichen Regeln beginnen würde (unten § 214 I und II).

cc) Verjährungszeit.

§ 214. Verjährungsfristen²⁾.

Die regelmäßige Verjährungszeit des BGB beträgt 30 Jahre, § 195. Eine längere Frist gilt in keinem Falle. Sehr zahlreich dagegen sind kürzere Verjährungsfristen.

I. Die Ansprüche des täglichen Verkehrs verjähren in zwei Jahren, gerechnet vom Schlusse des Kalenderjahres, in welchem die Verjährung nach den gewöhnlichen Grundsätzen beginnen würde, §§ 196 Abs. 1, 201 S. 1. Wurde die Leistung gestundet, so wird erst von dem Schluß des Jahres an gerechnet, in dem die Leistung verlangt werden konnte, § 201 S. 2¹⁾. Die hierher gehörigen Ansprüche sind im Besetze unter 17 Nummern zusammengestellt, von denen die Nr. 1–15 Forderungen für bestimmte berufsmäßige Leistungen betreffen.

1. Die Ansprüche der Kaufleute²⁾, der Fabrikanten, Handwerker³⁾ und derjenigen, die ein Kunstgewerbe⁴⁾ betreiben, — also auch der Künstler, wenn dies bei ihnen Pflichteisenanspruch ist, wenn er nicht ausschließt, nicht vorhanden. Trotzdem soll die Verjährung beginnen, weil der Anspruch nur von einer Willenserklärung des Berechtigten abhängt.

¹⁾ Schauer, Die Verjährungsfrist des BGB, 1900; Josef in Stuchot 42 S. 1 ff.

²⁾ Ist die Verjährung unterbrochen, so beginnt aber die neue Verjährung sofort, nicht erst mit Jahreschluß, unten § 216, 2b.

³⁾ Vgl. BGB § 1–7. Hierher gehören auch die Kommissionäre, Speichere, Handlungsagenten, Handelsmäkler. — Ein Grund, die Vorschrift auch auf Nichtkaufleute, die wie Kaufleute auftreten, zu beziehen, liegt nicht vor, da es sich hier nicht um den Schutz des rechtlichen Verkehrs handelt, RG JurB 16 S. 147a.

⁴⁾ Nach RG in Stuchot 60 S. 95 ist Handwerker der „Gewerbetreibende, der nach betriebsartlicher Arbeitsleistung in kleinerem Umfange durch Mithilfe oder unter eigener Mithilfe Verbrauch- oder Gebrauchsgegenstände herstellt und in den Verkehr bringt oder sonst bestimmte Werke verrichtet“. Streifig ist, ob die kurze Verjährung auf sog. Entreprisoverträge (über größere Werke, bei denen verschiedene Handwerke in Betracht kommen) anwendbar sei. Die Frage ist zu bejahen, wenn diese Verträge von Handwerkern oder Kaufleuten abgeschlossen werden, da es sich dann um Ansprüche von „Handwerkern“ oder „Kaufleuten“ für Ausführung von Arbeiten handelt. So richtig RG (VI) 66 S. 4; 70 S. 29f.; 78 S. 130; ferner RG Recht 1908 Nr. 1138 u. Nr. 1948; RG JurB 08 S. 738. Der Unternehmer des Entreprisovertrages als solcher fällt aber nicht unter § 196 Nr. 1 (RG Warn. 1913 Nr. 45), ist jedoch bei kaufmännisch eingerichteten Gewerbebetrieben verpflichtet, sich ins Handelsregister eintragen zu lassen, und wird dadurch Kaufmann (BGB § 2).

⁵⁾ Dahin gehört auch das Gewerbe der Photographen, Lithographen uhm., Rebelein S. 328. Vorgesilbete und sich künstlerisch betätigende Architekten sind in der Regel weder Kaufleute, noch Handwerker, noch Kunstgewerbetreibende, RG 97 S. 125.

zutritt, — für Lieferung*) von Waren*), Ausführung von Arbeiten (auch wenn es geistige sind) und Beforgung fremder Geschäfte mit Einschluß der Auslagen. Eine vierjährige Verjährungsfrist tritt ein, wenn, was der Gläubiger zu beweisen hat, die Leistung für den Gewerbebetrieb des Schuldners¹⁾ (oder eines der mehreren Schuldner) erfolgte.

2. Die Ansprüche derer, die Land- und Forstwirtschaft betreiben²⁾, für Lieferung derartiger Erzeugnisse, sofern (was hier dem Schuldner zu beweisen obliegt) die Lieferung für den Haushalt des Schuldners erfolgt. Andernfalls tritt eine vierjährige Verjährung ein.

3. Die Ansprüche der Transportgewerbetreibenden (Eisenbahnen, Frachtfuhrleute, Schiffer, Postkutscher) und Boten wegen Vergütung und Auslagen.

4. Die Ansprüche der Gastwirte, Restauteurs, Kaffee- und Schankwirte für Wohnung, Bekleidung oder sonstige Bedürfnisse und Auslagen.

5. Die Ansprüche der Lotteriekollektoren; es sei denn, daß (was der Gläubiger zu beweisen hat) die Lose zum Weitervertrieb geliefert wurden. Im letzteren der Fall, so tritt eine vierjährige Verjährung ein.

6. Die Ansprüche gewerdmäßiger Vormieter beweglicher Sachen wegen des Mietzinses (z. B. der Pferdevermieter, Vermieter von Musikinstrumenten, Leihbibliothekare).

7. Die Ansprüche derer, welche Geschäftsbesorgungen oder Dienstleistungen gewerdmäßig betreiben für Vergütung und Auslagen (Mäkler, Agenten, Dienstmänner, Fremdenführer, Wachsfransen³⁾).

*) Der Lauf der Verjährung beginnt mit dem Schluß des Jahres, in dem die Forderung entstanden und fällig geworden ist, selbst wenn die Lieferung erst nach Beginn des folgenden Jahres erfolgte. So auch RGE 62 S. 179ff.; Franke, BArch 32 S. 368ff. u. a. m. — Dagegen wollen Hölzer zu § 196 IV, ferner Recht 1906 S. 379ff., 383ff. u. BArch 33 S. 325ff., sowie Stödel, Recht 1907 S. 1425ff., 1499ff., 1910 S. 521ff. (neuerdings auch Reumann und Dertmann) die Verjährung erst mit Schluß des Jahres, in dem die Lieferung erfolgt ist, beginnen lassen und beziehen sich dafür auf den Wortlaut des § 196 Nr. 1. Jedoch mit Unrecht; denn dieser will den Beginn der Verjährung überhaupt nicht ordnen. Der Beginn wird vielmehr erst durch § 201 bestimmt und nach diesem soll „die Verjährung der in den §§ 196, 197 bezeichneten Ansprüche“ beginnen „mit dem Schluß des Jahres, in welchem der nach den §§ 198—200 maßgebende Zeitpunkt eintritt“. Das aber ist der Zeitpunkt der Entstehung (und Fälligkeit) des Anspruchs. Mit dem Wortlaut des Gesetzes ist also die Hölzer'sche Ansicht in direktem Widerspruch. Zudem spricht auch der § 196 Nr. 1 nicht nur von Ansprüchen „für gelieferte Waren“, sondern „für Lieferung“, was sich auf gelieferte und zu liefernde Waren beziehen kann (vgl. auch das Schlüsselwort der Nr. 1 „erfolgt“, nicht „erfolgt ist“). Auch die Billigkeit spricht nicht für Hölzer und Stödel. Es wäre sehr bedauerlich, wenn der Schuldner, obgleich der Abschluß des Vertrages zu einer bestimmten Zeit feststeht, zur Begründung der Verjährungsrede noch beweisen müßte, wann ihm die Waren geliefert seien. Ist aber (was die Begner geltend machen) für die Lieferung eine lange Zeit erforderlich, so wird regelmäßig auch eine stillschweigende Stundung der Gegenleistung vorliegen, und wenn die Waren gar erst nach Ablauf der Verjährungszeit geliefert sein sollten, so muß, worauf auch RGE 62 S. 179 aufmerksam macht, in der Annahme eine stillschweigende Zusage, den Preis doch noch zu bezahlen, gesehen werden. Zum mindesten könnte in diesem Falle die Einrede der Verjährung durch replicatio doli entkräftet werden.

*) Unter Waren sind nach dem allg. Sprachgebrauch nur bewegliche körperliche Gegenstände des Handelsverkehrs zu verstehen, nicht Grundstücke, Forderungen und auch nicht Wertpapiere, RGE 74 S. 162.

*) Es kommt nicht darauf an, ob die Leistung im Gewerbebetriebe des Schuldners verwandt wurde, vielmehr ist erforderlich und genügend, daß sie nach den Erörterungen der Parteien oder den Umständen von den Parteien beim Vertragsschluß als für einen Gewerbebetrieb bestimmt angesehen wurde; über den Begriff des Gewerbebetriebes RGE 74 S. 150.

*) und zwar berufsmäßig, RGE 60 S. 341.

*) Das beschränkt sich keineswegs auf alltägliche kleinere Geschäftsbesorgungen und Dienstleistungen, RGE 72 S. 179ff.; 81 S. 10.

8. u. 9. Die Ansprüche der Privatbediensteten (Wirtschafts- und Betriebsbediensteten, Handlungsgehilfen, Hausoffizianten, Prototypen, Privatsekretäre, Schreiber, Ge-
linde usw.)¹⁴⁾ und der gewerblichen Arbeiter (Gesellen, Gehilfen, Lehrlinge, Fabrik-
arbeiter) wegen Gehalt, Lohn und anderer Dienstbezüge (auch Lantienmen) sowie der Dienstherrn oder Arbeitgeber wegen darauf geleisteter Vorschüsse¹⁵⁾.

10. Die Ansprüche der Lehrherren und Lehrmeister wegen Lehrgeld, sonstiger Vergütung und Auslagen.

11. u. 12. Die Ansprüche der öffentlichen Unterrichts-, Erziehungs-, Heil- und Pflegeanstalten sowie der Privatpersonen, welche Anstalten dieser Art haben oder sich mit der Aufnahme von Personen zur Erziehung und Pflege beschäftigen¹⁶⁾, für Unterricht¹⁷⁾, Verpflegung, Heilung und die damit zusammenhängenden Aufwendungen.

13.—15. Die Ansprüche der öffentlichen und Privatlehrer, der Ärzte aller Art (Wundärzte, Geburtshelfer, Zahnärzte, Tierärzte)¹⁸⁾ und Hebammen, der Rechtsanwältinnen, Notare und Gerichtsvollzieher sowie aller Personen, die zur Besorgung gewisser Geschäfte öffentlich bestellt sind (Feldmesser, Taxatoren, Auktionsatoren) wegen ihrer Honorare, Vergütungen und Auslagen. Ausgenommen sind jedoch die auf Grund besonderer Einrichtungen (z. B. der Honorarabgabensordnung an den Universitäten) gewählten Honoraransprüche der öffentlichen Lehrer.

16. u. 17. Die Ansprüche der Parteien wegen der ihnen Rechtsanwälten geleisteten Vorschüsse und der Zeugen und Sachverständigen wegen ihrer Gebühren und Auslagen.

Die kurze Verjährungszeit kommt bei den unter 1—17 bezeichneten Ansprüchen auch dann zur Anwendung, wenn sie sich juristisch als Ansprüche wegen unbeauftragter Geschäftsführung oder ungerichtlich verurteilter Bereicherung darstellen (z. B. ein Kaufmann hat als unbeauftragter Geschäftsführer oder in irriger Annahme einer Bestellung Waren geliefert) oder wenn sie sich infolge von Verzug oder Verschulden in Schadensersatzansprüche verwanbelt haben¹⁹⁾. Ist aber auf Grund eines berechtigten Anspruchs eine wesentlich andere Forderung entstanden (z. B. durch Umwandlung in eine Darlehensschuld oder durch abstraktes Schuldverprechen oder durch Vergleich), so ist für dieses die eigene (dreißig-
jährige) Verjährungsfrist maßgebend.

II. In vier Jahren verjähren nach § 197:

1. Die Ansprüche auf rückständige Zinsen (auch gesetzliche)²⁰⁾, Miet-²¹⁾
und Pachtzinsen, mögen sie, wie gewöhnlich, in wiederkehrenden Leistungen

¹⁴⁾ Besondere Vorschriften bestehen für die Schiffs- und Flößmannschaft (SGB § 908; Binnen-Schiffahrtsgesetz § 117; Flößergesetz § 30).

¹⁵⁾ Die Entschädigungsansprüche der Dienstherren oder Arbeitgeber sowie der Bediensteten und Arbeiter unterliegen der kurzen Verjährung nicht.

¹⁶⁾ und zwar bezugs- oder gewerbmäßig, RGE 60 S. 341.

¹⁷⁾ Soweit der Anspruch auf Schulgeld dem öffentlichen Rechte angehört, untersteht er aber nicht den Vorschriften des BGB.

¹⁸⁾ Apotheker sind hier nicht genannt, weil sie zu den Anwälten gehören, also unter Nr. 1 fallen.

¹⁹⁾ Vgl. auch RGE 61 S. 390; 75 S. 6ff.; 86 S. 97; DZBB 15 S. 320; 22 S. 168; 24 S. 272. Auch für Vertragsstrafen zur Sicherung der bezeichneten Ansprüche muß das gleiche gelten, RGE 64 S. 287 (anders in dem Falle der RGE 86 S. 243, weil die Vertragsstrafe nicht den der kurzen Verjährung unterliegenden Anspruch für die Warenlieferung übersteigt); ferner für Nebenansprüche, z. B. im Falle der Nr. 1 für die Ansprüche auf Rückgabe der Umhüllung und die sog. Sachmiete, Seufft 66 S. 130f.; DZBB 14 S. 376.

²⁰⁾ Für Zins-, Renten- und Gewinnanteilscheine auf den Inhaber besteht eine vierjährige Vorlegungsfrist (Auslieferungsfrist). Sind sie rechtzeitig vorgelegt, so beginnt eine zweijährige Verjährung seit dem Ende der Vorlegungsfrist, § 801 (unten § 432). — Ferner ist zu beachten, daß Ansprüche auf Nebenleistungen auch mit dem Hauptanspruch verjähren (unten § 218 IV).

²¹⁾ Mietzinsforderungen gewerblicher Vermieter beweglicher Sachen (der Pferdevermieter, Klaviervermieter usw.) verjähren aber schon in zwei Jahren (§ 196 Z. 6).

oder auf einmal zu zahlen sein. Auch Hypotheken- und Grundschuldzinsen gehören hierher, da die Unverjährbarkeit der im Grundbuch eingetragenen Rechte sich auf Zinsrückstände nicht erstreckt (§ 902 Abs. 1 S. 2). Wie die Zinsen verjähren die Amortisationsquoten, wenn sie als Zuschlag zu den Zinsen erhoben werden, also nicht, wenn ein selbständiger Kapitalabtrag festgesetzt ist.

2. Alle Forderungen auf regelmäßig wiederkehrende Leistungen, namentlich auf Renten¹⁹⁾, Auszugsleistungen, Befoldungen, Wartegelber, Ruhegehälter, Unterhaltsbeiträge²⁰⁾ usw.

3. Der Anfang der Frist ist wie bei den Forderungen des gewöhnlichen Verkehrs bestimmt, § 201.

III. Deliktansprüche. Die Erlassansprüche aus unerlaubten Handlungen verjähren in 3 Jahren, gerechnet von dem Momente, wo der Geschädigte von dem Schaden und der Person des Erschuldigten Kenntnis erlangt hat. Ohne Rücksicht auf diese Kenntnis verjähren sie in 30 Jahren seit der Begehung der unerlaubten Handlung, § 852. Berufst sich der Erschuldigte auf die dreijährige Verjährung, so muß er natürlich beweisen, wann der Verletzte die Kenntnis erlangt hat.

IV. Im BGB finden sich ferner einige kurze Verjährungsfristen für einzelne Ansprüche²¹⁾; ebenso in anderen Reichsgesetzen namentlich für gewisse handelsrechtliche und gewerbliche Ansprüche²²⁾. Ebnlich sind landesrechtlich auf den vorbehaltenen Rechtsgebieten²³⁾ und für zahlreiche öffentliche Ansprüche kurze Verjährungsfristen bestimmt²⁴⁾.

¹⁹⁾ Über Renten- und Gewinnanteilscheine auf den Inhaber s. oben Anm. 16. Daß andere Gewinnanteilforderungen, z. B. aus dem Gesellschaftsverhältnis, im Sinne des § 197 Ansprüche auf „regelmäßig wiederkehrende Leistungen“ seien, wird von RGSt 88 S. 45f. mit Recht verneint, da sie davon abhängig sind, ob überhaupt ein Gewinn gemacht wird; ebenso Dernburg § 87 Anm. 23; Staub, BGB § 213 Anm. 16. A. A. Pland § 197, 4; Dertmann § 197, 21; v. Tuhr III S. 609f.

²⁰⁾ Die Verjährung der einzelnen Unterhaltsansprüche beginnt mit Schluß des Jahres, in dem sie fällig werden. Sie brauchen nicht (wie ein Präjudiz des Obertribunals verlangte) in quali et quanto festgestellt zu sein, so auch RGSt III, JurSt 1907 S. 67f., und Dertmann, ferner RG JurSt 10 S. 146; RGSt 72 S. 340f.; a. A. Riegler. — Das Recht auf ein Ganzes unterliegt nicht der Verjährung, unten § 406 II 3.

²¹⁾ Hervorzuheben: Der Anspruch auf Wandelung und der Erlassanspruch wegen zugesicherter Eigenschaften verjähren bei Viehverkäufen in 6 Wochen (§ 490); die gleichen Ansprüche und der Kaufbruch auf Preisminderung bei bezugslichen Sachen in 6 Monaten, bei Grundstücken in 1 Jahr (§§ 477, 480); der Anspruch aus der angenommenen Anweisung in 3 Jahren (§ 780); Ansprüche aus Inhaberpapieren, wenn diese vorgelegt sind oder der Anspruch gerichtlich geltend gemacht ist, in 2 Jahren vom Ende der Vorlegungsfrist an, eventuell in 30 Jahren nach der Fälligkeit (§ 801); der Pflichtteilsanspruch in 3 Jahren seit Kenntnis des Erbfalls und der bezinträchtigenden Verfügung, ohne diese Kenntnis in 30 Jahren (§ 2332). Über andere Fälle vgl. §§ 638, 1057, 1302, 1623, 1715.

²²⁾ BGB §§ 754 Nr. 1–9, 901; Binnenschiff § 117, 118; Fischerei § 20; BGB § 12. Vgl. ferner Wandry-Geis, Zivilrechtl. Inhalt der Reichsgesetze § 26.

²³⁾ Vgl. z. B. EG Art. 73, 80, 104.

²⁴⁾ Vgl. z. B. PrKGB Art. 8 u. 9; RStD §§ 29, 223, 411, 907.

V. Nach der Bekanntmachung vom 4. November 1915 und der Verordnung vom 26. November 1919 verjährten alle in den §§ 196, 197 bezeichneten (oben I, II) und am 22. Dezember 1914 noch nicht verjährten Ansprüche nicht vor dem 31. Dezember 1920. Das gilt auch für diejenigen dieser Ansprüche, deren Verjährung nicht durch das BGB, sondern durch andere Reichsgesetze geregelt ist, z. B. für die Lohnansprüche der Schiffsbesatzung, welche an sich zu den in § 196 Nr. 8 bezeichneten Ansprüchen gehören, aber nach §§ 901, 902 und Seemanns-Gesetz § 117 in einem oder in 2 Jahren verjährten. In eine Verjährungsfrist, die hiernach bis zum 31. Dezember 1920 verlängert ist, wird eine Hemmungszeit nur insoweit nicht eingerechnet, als sie in die Zeit nach dem 31. Dezember 1919 fällt.

§ 216. Hemmung und Ablaufshemmung.

I. Unterbrechung, Hemmung und Ablaufshemmung im allgemeinen.

1. Gewisse Umstände hindern den Lauf der Verjährung und zwar entweder so, daß der Zeitraum, während dessen sie bestehen, nicht eingerechnet wird, daß aber nach ihrem Wegfall die Verjährung weiter läuft — Hemmung der Verjährung (Stillstand, Ruhen der Verjährung, *praescriptio dormiens*); oder so, daß auch die vorher abgelaufene Zeit nutzlos wird und nach Beseitigung des Hindernisses nur eine neue Verjährung beginnen kann — Unterbrechung der Verjährung.

2. Neben die Hemmung tritt im BGB ein verwandter Begriff, der sich jedoch von ihr nicht unwesentlich unterscheidet. Ich nenne ihn die Ablaufshemmung¹⁾, da hier nicht jeder Lauf der Verjährungszeit gehindert, sondern nur der Ablauf hinausgeschoben wird.

a) Besteht ein Hemmungsgrund, so ruht der Lauf der Verjährung so lange, als das Hindernis dauert. Die betreffende Zeit wird also in die Verjährung nicht eingerechnet, § 205, und wenn der Hemmungsgrund schon beim Beginn der Verjährung besteht, so beginnt die Verjährungsfrist einstweilen noch nicht zu laufen²⁾. Die Verjährungsfrist wird somit gleichsam um die betreffende Zeitdauer verlängert.

¹⁾ Diese Bezeichnung hat seit der 1. Aufl. dieses Buches viel Zustimmung gefunden.

²⁾ Der für den Beginn der Verjährung maßgebende Zeitpunkt wird aber nicht verändert, was für die Fälle der §§ 196, 197 wichtig ist. Hat z. B. der Vormund, ein Kaufmann, gegen den Mündel am 1. Dez. 1908 eine (jällige) Forderung für Lieferung von Waren erworben und ist die Vormundschaft am 1. Febr. 1909 beendet, so beginnt der Lauf der Verjährung mit dem 2. Febr. 1909, nicht etwa erst mit Schluß des Jahres 1909. Anders jedoch, wenn die Leistung (des Kaufpreises für Lieferung von Waren) nicht vor dem 1. Febr. 1909 verlangt werden kann, z. B. weil ihr die Einrede der Stundung oder eine andere vom Kläger nicht zu beseitigende dilatorische Einrede entgegenstand; dann ist nämlich nach § 201 S. 2 der für den Beginn der Verjährung maßgebende Zeitpunkt verschoben. Die Verjährung beginnt also erst mit Schluß des Jahres 1909. Zeitweise abweisend Pland zu § 206, I, der diese Ausnahme nur für den Fall der Stundung gelten lassen will, und Rehbein S. 310, der in allen erwähnten Fällen die Verjährung erst mit Jahreschluß 1909 beginnen läßt. Wie hier, wenigstens im Ergebnis, Dertmann zu § 205.

b) Die Ablaufshemmung dagegen hindert die Beendigung (den Ablauf) der Verjährung, bis eine sechsmonatige Frist (an deren Stelle jedoch die Verjährungsfrist tritt, wenn sie kürzer ist als sechs Monate) seit dem Wegfall des Hindernisses verlossen ist.

Das Hindernis kommt also hier nicht in Betracht, wenn es nicht in die letzten sechs Monate (oder die kürzere Verjährungsfrist) fällt; fällt es aber in diese, so schiebt es den Ablauf der Verjährung nicht nur um seine Dauer, sondern unter Umständen viel länger hinaus. Tritt z. B. das Hindernis zwei Monate vor dem regelmäßigen Ablauf der Verjährung ein, so müssen nach seinem Wegfall noch sechs Monate, nicht etwa nur zwei Monate ablaufen. Wenn ferner innerhalb dieser sechs Monate wieder ein Ablaufshemmungsgrund eintritt, später aber wieder wegfällt, so müssen nach diesem Wegfall wieder sechs Monate ablaufen¹⁾.

II. Die Hemmung.

Die Hemmung beruht auf dem Grundgedanken, daß diejenige Zeit in die Verjährungsfrist nicht eingerechnet werden soll, während deren der Berechtigte nicht klagen kann oder ihm wenigstens die Klagerhebung nicht zugemutet werden darf. Daher ist die Verjährung gehemmt:

1. solange dem Verpflichteten ein Recht zusteht, die Leistung vorübergehend zu weigern, § 202 Abs. 1, d. h. eine verzögerliche Einrede, z. B. die Einrede der Stundung²⁾ oder die Einrede der Miete oder eines anderen obligatorischen oder dinglichen Rechts gegenüber dem Eigentumsanspruch und ähnlichen Ansprüchen. Aber auch wenn der Hinderungsgrund, welcher der Geltendmachung des Anspruchs vorübergehend entgegensteht, nicht unter den technischen Begriff der (verzögerlichen) Einrede fällt, muß die Verjährung nach Analogie des § 202 Abs. 1 gehemmt sein³⁾, z. B. im Falle

¹⁾ Auch ein Hemmungsgrund kann innerhalb der sechsmonatigen Frist vorhanden sein, hat aber nur Bedeutung, wenn er entweder den Ablauf der 6 Monate überdauert oder wenn die Hemmung allein (ohne Berücksichtigung der Ablaufshemmung) das Ende der Verjährung über den Ablauf der sechsmonatigen Frist hinaus verzögert.

²⁾ Die Stundung ist von der Befristung zu unterscheiden; bei ersterer wird angelegt, die fällige Leistung einweisen nicht fordern zu wollen, bei letzterer wird die Fälligkeit der Schuld hinausgeschoben, es wird also nur die Zahlung am Fälligkeitstermin (oder bis dahin) geschuldet, und die Verjährung beginnt erst mit dem Fälligkeitstermin. — In der nachträglichen Vereinbarung der Stundung wird übrigens meist eine Anerkennung der Schuld von Seiten des Schuldners liegen, so daß Unterbrechung der Verjährung eintritt (unten § 216 A).

³⁾ So sagen schon die Protokolle (I S. 217), die damals beschlossene (später nur redaktionell geänderte) Fassung der „alle Fälle, in welchen die Hemmung der Verjährung ihren Grund in einem der Geltendmachung entgegenstehenden rechtlichen Hindernis habe“. Ebenso RGZ (IV) 80 S. 216; Bland zu § 202, 2; RGKomm. § 202, I; v. Tuhr III S. 523. Dagegen wollen RGZ (VI) 84 S. 313f. und RGZ (VII) 86 S. 370 die Hemmung auf den Fall beschränken, daß dem Anspruch eine (verzögerliche) Einrede im technischen Sinne, ein Leistungsweigerungsrecht, entgegenstehe. R. G. kann die rein konstruktive Frage (Ausschluss von Rechtswegen oder durch Einrede) hier keinen Unterschied begründen. Das Fortfallen der Verjährung wäre in einem Fall so ungerecht wie im andern. So hat denn auch RGZ (VI) 94 S. 180 sich wieder der in Bd. 80 S. 216 entwickelten Ansicht des 4. Senats angeschlossen, wenn auch mit dem schwerlich zutreffenden Bemerkten, daß RGZ 86 S. 370 sich damit in Einklang befinde. — RGZ III S. 148 hält mit Recht die Verjährung des Auswertungsanspruchs (für so lange gehemmt, als das Befehlen von Auswertungsansprüchen in der Praxis noch nicht fest anerkannt war (also bis in den Anfang des Jahres 1923).

eines Moratoriums oder Sistierungsgesetzes (was in der Regel auch ausdrücklich bestimmt wird), ferner wenn der Anspruch durch Vergleich oder Verzicht ausgeschlossen ist, diese Vereinbarungen aber durch Aufsechtung wieder beseitigt werden, oder wenn der Ausschluß des Anspruchs auf dem Bescheide einer Berufsgenossenschaft beruht und der Bescheid wieder aufgehoben wird.

Schon das gemeine Recht macht indes eine Ausnahme für diejenigen dilatorischen Einreden, welche der Kläger zu beseitigen verpflichtet ist oder die er doch nach der Absicht des Gesetzes vor der Klagerhebung beseitigen sollte, nämlich die Rückbehaltungseinrede, die Einrede des nicht erfüllten Vertrages, der mangelnden Sicherheitsleistung und der Vorwurfsklage. Das BG § 202 Abs. 2 bestätigt diese 4 Ausnahmen und fügt noch 4 weitere hinzu, nämlich zwei Einreden, die den Bürgen schützen, solange der Hauptschuldner die Schuld anfechten oder der Gläubiger sich durch Aufrechnung gegenüber dem Hauptschuldner befriedigen kann (§ 770), und zwei Einreden, welche dem Erben gegen die Nachlassgläubiger zustehen (§§ 2014 und 2015). Endlich wird die Verjährung des Pflichtteilsanspruchs nicht dadurch gehemmt, daß er erst nach der Ausschlagung der Erbschaft oder eines Vermächtnisses geltend gemacht werden kann (§ 2332 Abs. 3).

Eine peremptorische Einrede soll den Anspruch zerstören, nicht konservieren, sie hemmt daher die Verjährung nicht, so daß sich der Schuldner sowohl auf die Einrede als auf die Verjährung berufen kann. Zu den peremptorischen Einreden gehört nach dem BG auch die Inventareinrede des Erben (§§ 1973, 1980—82).

2. Nur tatsächliche Hindernisse der Klaganstellung bilden (entsprechend dem gemeinen Recht) in der Regel keinen Hemmungsgrund. Das BG § 203 macht nur die Ausnahme: Die Verjährung ist gehemmt, solange der Berechtigte innerhalb der letzten 6 Monate der Verjährungsfrist an der Rechtsverfolgung durch Stillstand der Rechtspflege (z. B. infolge von Krieg oder Aufstand) oder durch andere höhere Gewalt gehindert ist^{*)}.

3. Aus Gründen der Pietät, um nicht zur Klage zu nötigen, ist die Verjährung gehemmt für Ansprüche zwischen Ehegatten, solange die Ehe besteht^{*)}, zwischen Eltern und minderjährigen Kindern, zwischen

^{*)} Über den Begriff der höheren Gewalt in diesem Falle vgl. oben § 200 II.

¹⁾ End mehrere Wichte zuständig, so wird man die Hemmung nur annehmen können, wenn das Hindernis der Rechtsverfolgung, insbesondere der Stillstand der Rechtspflege für alle besteht. Wie hier Bland zu § 203; a. A. Dernburg I § 179 N. 2.

²⁾ Ist die Ehe für nichtig erklärt oder wirksam angefochten, so wird man zugunsten des Ehegatten, der den Nichtigkeits- oder Anfechtungsgrund nicht kannte, nach dem Grundgedanken des § 204 doch Hemmung für die Zeit des tatsächlichen Bestehens der Ehe annehmen müssen; denn für ihn ist die Pietätsfrage dieselbe wie bei einer rechtsgültigen Ehe. Ähnlich Rehbein S. 310; Dernburg § 179 N. 5; RÖKomm zu § 204, I. Abw. Bland zu § 204. Vgl. ferner Hölzer u. Staubinger zu § 204 und Risch in Gewicht 20 S. 348.

Vormund*) und Mängel während der Vormundschaftsdauer und zwischen Pfleger und Pflegebefohlenen während der Pflegerschaftsdauer, § 204 (§ 1915).

4. Besondere Hemmungsgründe für bestimmte Ansprüche enthalten §§ 639 Abs. 2 und 802 (HGB § 470 Abs. 2).

5. Nach § 8 des Kriegsteilnehmergesetzes vom 4. August 1914 ist die Verjährung der Ansprüche der Kriegsteilnehmer und der von ihnen gesetzlich vertretenen natürlichen Personen gehemmt. Kriegsteilnehmer in diesem Sinne ist, wer im Dienst, Amt oder Beruf zur mobilen oder gegen den Feind verwendeten Land- oder Seemacht oder zur Befehung einer armierten oder in der Armierung begriffenen Fregung gehört; wer dienstlich aus Anlaß der Kriegsführung im Auslande sich aufhält; wer als Kriegsgefangener oder Geiselsich in der Hand der Feinde befindet (§ 2). Gleichgestellt sind die Kriegsteilnehmer einer verbündeten Macht, soweit die Gegenseitigkeit anerkannt ist (Belanntmachung vom 8. November 1917), und das ist für Österreich-Ungarn geschehen (Belanntmachung vom 16. Januar 1918). Die Hemmung dauert bis zur Beendigung des Kriegszustandes oder des für die Kriegsteilnehmereigenschaft maßgebenden Verhältnisses (§ 8). Aber die entsprechende Anwendung auf Anschließriften vgl. § 8 Abs. 2, d. 9.

6. Die Gerichte können unter gewissen Voraussetzungen Freien für die Zahlung von Weibschulden geodhten (darüber unten § 248 IV 1, 3, 4, 5). Eine solche Freigewährung wirkt wie eine vom Gläubiger gemachte Stundung, hemmt also auch die Verjährung. Ferner konnten nach der Bekanntmachung vom 7. August 1914 und ihren vielfachen Erweiterungen (zuletzt vom 16. August 1919) Personen (auch juristische), welche im Auslande ihren Wohnsitz (Sitz) hatten (auch Ausländer ohne Rücksicht auf ihren Wohnsitz, wenn der Reichsanwalt es bestimmte) vermögensrechtliche Ansprüche, die vor dem 31. Juli 1914 entstanden sind, vor inländischen Gerichten bis zum 31. Dezember 1919 nicht geltend machen. Solange dies rechtliche Hindernis der Geltendmachung bestand, war also auch die Verjährung gehemmt.

7. Nach Art. 300a des Friedensvertrages sind alle Verjährungs-, Ausschluß- und Verfallfristen zwischen Feinden während der Kriegsdauer gehemmt und beginnen frühestens drei Monate nach Inkrafttreten des Friedensvertrages wieder zu laufen (vgl. auch Art. 300g). Der Wiederbeginn des Laufes ist auf den 16. August 1920 festgesetzt, G. v. 3. 4. 1920. Für die Ausschluß-, Verjährungs- und Verfallfristen ist dieser Termin bis zum 10. August 1921 verlängert (RD v. 29. April 1921).

8. Während des Bestehens der Geschäftsaufsicht zur Abwendung des Konkurses ist die Verjährung der Ansprüche der dadurch betroffenen Gläubiger gehemmt. RD vom 14. Dezember 1916 § 7.

III. Ablaufshemmung.

1. Hat ein Geschäftsunfähiger oder -beschränkter¹⁰⁾ keinen gesetzlichen Vertreter, so wird die Verjährung seiner Ansprüche frühestens vollendet 6 Monate, nachdem der Mangel der Vertretung behoben oder er selbst geschäftsfähig geworden ist¹¹⁾. Selbstverständlich gilt das nicht, soweit der Betreffende selbst prozessfähig ist, § 206¹²⁾.

¹⁰⁾ Das gilt auch vom Gegenvormund und ist auch vom Beisand (der Mutter) im Verhältnis zu den Kindern anzunehmen.

¹¹⁾ Nach dem Recht müßte jede Verjährung der Ansprüche Geschlechtsunmündiger gegen Minderjährige lief nur die 30jährige Verjährung. Das ging weit über das Bedürfnis des Schutzes hinaus.

¹²⁾ Ist der Vormund eines minderjährigen Kaufmanns am 8. Nov. gestorben und der neue Vormund am 15. Nov. ernannt, so laufen alle die Verjährungen, welche ohne diesen Todesfall mit dem Ende des 31. Dez. abgelaufen wären, erst am Ende des 16. Mai

2. Die Verjährung der Ansprüche eines Nachlasses oder gegen einen solchen¹³⁾ läuft frühestens ab, nachdem 6 Monate hindurch wieder eine Person existiert hat, von der oder gegen die sie geltend gemacht werden können; das ist der Erbe selbst, wenn er die Erbschaft angenommen hat, der Konkursverwalter, wenn der Konkurs über die Erbschaft eröffnet wurde, oder ein sonstiger in bezug auf diese Ansprüche legitimierter Vertreter der Erbschaft,¹⁴⁾ § 207.

3. In beiden Fällen der Ablaufshemmung tritt an die Stelle der sechsmonatigen Frist die Verjährungsfrist, wenn sie kürzer ist als 6 Monate, §§ 206 S. 2, 207 S. 2. Namentlich gilt dies also für die Ansprüche aus Viehmängeln (oben § 214 Num. 19).

4. Eine Ablaufshemmung für einen besonderen Fall enthält § 2031.

§ 216.] Unterbrechung der Verjährung.

1. Durch die Unterbrechung wird die Verjährung derartig gehindert, daß auch die vor Eintritt des Unterbrechungsgrundes abgelaufene Verjährungszeit nutzlos wird, mithin höchstens eine neue Verjährung beginnen kann. Das BGB kennt zwei Unterbrechungsgründe¹⁾: die Geltendmachung des Anspruchs durch Klagerhebung oder durch eine der Klagerhebung gleichgestellte Handlung von seiten des Berechtigten und die Anerkennung des Anspruchs von seiten des Verpflichteten. Die Unterbrechung durch Anerkennung des Anspruchs ist stets sofort entschieden und nur eine momentane; die neue Verjährung beginnt also sofort. Die Unterbrechung durch gerichtliche oder dieser gleichgestellte Geltendmachung des Anspruchs dagegen kann durch gewisse Umstände mit rückwirkender Kraft wieder aufgehoben werden, so daß sie als überhaupt nicht erfolgt gilt. Ferner ist sie in den meisten Fällen von einer gewissen Dauer, so daß erst nach ihrem Wegfall die neue Verjährung beginnen kann, § 217.

ab. Stirbt auch der neue Vormund am 3. März, wird aber der Minderjährige mit dem Ablauf des 10. März volljährig, so verjähren alle jene Forderungen mit dem Ende des 10. September.²⁾

¹³⁾ J. A. wenn im Fall der vorigen Note der minderjährige Kaufmann nach § 112 zum Betriebe des Handelsgewerbes ermächtigt war oder wenn es sich um Ansprüche aus einem Dienstverhältnis handelt, zu dessen Eingehung der Minderjährige nach § 113 ermächtigt war.

¹⁴⁾ Dahin gehören Ansprüche des Erblassers und gegen ihn, ferner Ansprüche aus Vermächtnissen, Auflagen und Pflichtteilrechten.

¹⁾ Der Nachlasspfleger (§§ 1960, 1961, 1981); der Testamentvollstrecker innerhalb seiner Vertretungsbefugnis (§§ 2212f.); der Konkursverwalter (§ 1975). Aber den Fall, daß der Nachlasspfleger usw. innerhalb der 6 Monate wieder wegfällt, vgl. das oben Num. 11 Gesagte.

²⁾ Die gemeinrechtliche Unterbrechung der Verjährung durch Protestation ist im BGB weggefallen, da die Klage durch öffentliche Zustellung erhoben werden kann (§§ 206, 208, 207); ebenso ist, da bona fides zur Verjährung nicht mehr erfordert wird, die Unterbrechung durch mala fides supervenientis nicht mehr vorhanden.

2. Was die Frist der nach dem Wegfall der Unterbrechung beginnenden neuen Verjährung betrifft, so ist zu unterscheiden:

a) Ist der Anspruch rechtskräftig festgestellt, sei es auch nur durch rechtskräftiges Vorbehaltsurteil (§ 219^{*)}), so beginnt eine dreißigjährige Verjährung und zwar selbst dann, wenn der Anspruch sonst einer kürzeren Verjährung unterliegt; und das gleiche gilt von den Ansprüchen aus einem vollstreckbaren Vergleich oder einer vollstreckbaren Urkunde sowie von solchen Ansprüchen, welche im Konkurs festgestellt und dadurch vollstreckbar geworden sind, § 218 Abs. 1. Zweckmäßigerweise sind aber Ansprüche auf erst künftig fällig werdende wiederkehrende Leistungen wie namentlich Zinsen von dieser Vorschrift ausgeschlossen, unterliegen also auch nach ihrer Feststellung der regelmäßigen vierjährigen Verjährung, die natürlich nicht vor der Fälligkeit beginnt, § 218 Abs. 2.

b) In allen anderen Fällen gilt für die neu beginnende Verjährung die regelmäßig für den Anspruch vorgeschriebene Verjährungszeit, also z. B. für die Ansprüche der Kaufleute für Lieferung von Waren die Frist von 2 bzw. 4 Jahren. Zu beachten ist indes, daß die besonderen Vorschriften über den Verjährungsanfang bei den Forderungen des täglichen Verkehrs und den Forderungen auf wiederkehrende Leistungen hier nicht anwendbar sind^{*)}.

Im übrigen sind die beiden Unterbrechungsgründe gesondert zu betrachten.

A. Die Verjährung wird unterbrochen, wenn der Verpflichtete dem Berechtigten gegenüber den Anspruch anerkennt, § 208. Ein Anerkennungsvertrag oder auch nur eine rechtsgeschäftliche Erklärung des Anerkennenswillens ist nicht erforderlich, es genügt ein Verhalten gegenüber dem Gläubiger, aus dem zu entnehmen ist, daß der Schuldner sich seiner Verpflichtung bewußt ist^{*)}. Eine solche Anerkennung liegt, was das Gesetz besonders hervorhebt, auch in der Abschlagszahlung (wenn sie erkennbar als solche erfolgt), in der Zinszahlung^{*)} und in der Sicherheitsleistung (selbst in der Sicherheitsleistung eines Dritten, wenn der Schuldner zustimmt oder

^{*)} Ein Provisionsurteil, das nur den Grund des Anspruchs, nicht dessen Höhe feststellt (RPD § 304), ist dagegen nicht genügend, RRG 66 S. 11, wohl aber ein den Prozeß beendendes Feststellungsurteil nach § 256 RPD, wenn nur das Bestehen, nicht die Höhe des Anspruchs festgestellt werden sollte, und ebenso eine nach dem Willen der Parteien hierauf beschränkte Entscheidung eines Schiedsgerichts, RRG 100 S. 122.

^{*)} Wird also die Verjährung eines solchen Anspruchs beispielsweise durch Anerkennung am 5. Juli unterbrochen, so wird die Verjährung zwei oder vier Jahre später am Schlusse des 5. Juli, nicht erst am Schlusse des 31. Dez. beendet. Dies ergibt die Fassung des § 201; so auch RRG 65 S. 268.

^{*)} H. K. Endemann § 63 N. 21; Hölzer zu § 208; richtig Bland zu § 208; Dernburg I § 180 N. 13; Eichacher, Handlungsfähigkeit I S. 200f.; ferner RG Recht 1008 Nr. 1336; RRG 73 S. 132; 78 S. 132; DRRG 30 S. 315; vgl. auch die Denkschrift S. 34.

^{*)} Auch in der Aufschrift der Zinsen von Seiten einer Sparkasse, SächsOzG 40 S. 261.

genehmigt); ferner 3. B. in der Bitte um Erlaß oder um Stundung, sowie in der Schulübernahme, wenn sie dem Gläubiger gegenüber geschieht oder ihm angezeigt wird. Daß die Anerkennung den Schuldgrund und -betrag angebe, ist nicht erforderlich, wenn nur die Schuld erkennbar bezeichnet ist^{*)}.

B. Geltendmachung des Anspruchs durch Klagerhebung oder gleichgestellte Handlung.

I. Die Verjährung wird (wie nach gem. Recht) durch die Erhebung der Klage unterbrochen.

1. Einerlei ist, ob die Klage auf Befriedigung oder auf Feststellung des Anspruchs^{*)}, auf Erteilung der Vollstreckungsklausel oder auf Erlassung des Vollstreckungsurteils gerichtet ist, § 209 Abs. 1 (ZPO §§ 731, 722, 1042^{*)}.

a) Die Klagerhebung erfolgt (von den Fällen der mündlichen Erhebung abgesehen) in der Regel durch Zustellung der Klage durch den Gerichtsvollzieher oder durch die Post. In einigen Fällen kann aber die Zustellung durch andere Behörden oder durch öffentliche Bekanntmachung geschehen. Dann gilt die Klage, soweit der Verjährungsfall (und der Lauf von anderen Fristen) in Betracht kommt, als schon durch das Gesuch an den Vorsitzenden des Gerichtes, die Zustellung zu bewirken, erhoben, vorausgesetzt, daß die Zustellung später bewirkt wird (ZPO § 207).

b) Bisweilen ist der Rechtsweg erst nach der Vorentscheidung einer Behörde zulässig (ZPO § 3, ZPO § 11), oder die Bestimmung des zuständigen Gerichts muß erst durch ein höheres Gericht erfolgen (ZPO § 36). Dann wird die Verjährung bereits durch die Einreichung des Gesuchs an die Behörde oder an das höhere Gericht unterbrochen, jedoch nur unter der Voraussetzung, daß die Klage binnen drei Monaten nach Erledigung jenes Gesuches erhoben wird (§ 210^{*)}.

c) Im Verfahren vor den Amtsgerichten erfolgt die Zustellung von Amts wegen. Die Klage ist daher bei dem Amtsgerichte schriftlich einzureichen oder mündlich zum Protokolle des Gerichtsschreibers anzubringen. Die Unterbrechung der Verjährung tritt bereits mit der Einreichung oder Anbringung ein, vorausgesetzt, daß die Zustellung später erfolgt (ZPO § 490 Abs. 1—3).

d) Wird die Klage nur für einen Teil des Anspruchs erhoben, so bezieht sich die Unterbrechung auch nur auf diesen Teil. Anders aber, wenn die Klage den ganzen Anspruch umfaßt und dieser nur nachträglich durch die Selbstwertung sifternmäßig als ein höherer erscheint, ROE 106 S. 184; 108 S. 40.

2. Wird die Klage nach der Erhebung zurückgenommen oder aus prozessualen Gründen, insbesondere wegen Unzuständigkeit des Gerichtes zurückgewiesen, so gilt die Unterbrechung als nicht erfolgt¹⁰⁾. Erhebt aber der

^{*)} Vgl. ROE 64 S. 221; 63 S. 389; 73 S. 132f.

^{*)} Der Feststellungsfrage steht aber der Antrag auf Abweisung der negativen Feststellungsfrage nicht gleich; denn dieser ist nur Abwehrt, nicht Rechtsverfolgung. Er unterbricht daher die Verjährung nicht, ROE 60 S. 391; 71 S. 73; 76 S. 306.

^{*)} Die Klagerhebung bezüglich eines Teiles des Anspruchs unterbricht natürlich nur die Verjährung dieses Teiles und kann, wenn auch der ganze Anspruch in der Klage erwähnt ist, nicht ohne weiteres als Erhebung der Feststellungsfrage bezüglich des Restes gebietet werden, ROE 57 S. 372ff.; 60 S. 390; 66 S. 398f.; 68 S. 308f.; 75 S. 305; 77 S. 213ff.; 83 S. 160; NB. Mann 1913 Nr. 4.

^{*)} Auf diese Frist finden die Vorschriften über die Hemmung wegen Stillstandes der Rechtspflege oder höherer Gewalt sowie die Vorschriften über die Ablaufhemmung Anwendung (§ 210 Abs. 1 212).

¹⁰⁾ So auch ROE 66 S. 368. Vor 1900 war die Unterbrechung in diesem Falle bestritten. In der Theorie wurde sie meist verneint, weil keine wirksame Klagerhebung

Kläger binnen 6 Monaten eine neue Klage, so gilt die Unterbrechung durch die erste Klage als vollwirksam, § 212.

3. Die Unterbrechung infolge der Klagerhebung dauert fort, bis entweder der Prozeß durch rechtskräftige Entscheidung (sei es auch nur durch rechtskräftiges Vorbehaltsurteil [§ 219]) oder in anderer Weise (durch gerichtlichen Vergleich) erledigt oder infolge einer Vereinbarung oder durch Nichtbetrieb von Seiten der Parteien in Stillstand getreten ist¹²⁾. Im letzteren Falle endigt die Unterbrechung mit der letzten Prozeßhandlung der Parteien oder des Gerichtes¹³⁾. Die beginnende neue Verjährung wird durch jede weitere Prozeßhandlung unterbrochen, § 211.

II. Der Klagerhebung sind nach § 209 Abs. 2 gleichgestellt¹⁴⁾:

1. Die Zustellung eines Zahlungsbefehls im Mahnverfahren¹⁵⁾.
2. Die Einbringung eines Güteantrags beim Amtsgericht oder einer Gütestelle (RD v. 22. 2. 1924).
3. Die Anmeldung im Konkurse¹⁶⁾.
4. Die Geltendmachung der Aufrechnung im Prozesse, auch wenn es zu einer wirksamen Aufrechnung nicht kommt (z. B. weil der Anspruch zur Aufrechnung nicht geeignet ist oder weil die Klage als unbegründet oder wegen des Mangels einer Prozeßvoraussetzung abgewiesen wird).
5. Die Streitverkündung in dem Prozesse, von dessen Ausgang der Anspruch abhängt (RPD §§ 72 ff.)¹⁷⁾.

vorliege. Das RG dagegen behauptet sie, weil dem Kläger Schuttschutz nicht vorgeworfen werden könne.

¹²⁾ Vgl. auch RGW 73 S. 304 ff.; 97 S. 128. Wenn das Gericht den Prozeß zum Stillstand bringt, gilt nicht das Gleiche. Bei Stillstand infolge einer gesetzlichen Unterbrechung des Verfahrens (RPD §§ 239—245) oder bei Auslegung des Verfahrens läßt die Verjährung erst wieder, wenn der Grund der Unterbrechung oder der Auslegung des Verfahrens weggefallen ist und der Prozeß doch liegen bleibt, RGW 72 S. 187.

¹³⁾ Gestört der Prozeß durch Einschränkung des Klageantrags teilweise in Stillstand, so endigt die Unterbrechung der Verjährung für diesen Teil. In einer solchen Einschränkung kann übrigens u. U. auch ein Verzicht oder eine Rücknahme der Klage bezüglich des Restes liegen, RGW 66 S. 14; 75 S. 280 f.; RG Warn 1916 Nr. 99.

¹⁴⁾ Ein weiterer Unterbrechungsgrund in § 477 Abs. 2 (unten § 334 II 3).

¹⁵⁾ Die Unterbrechung tritt bereits mit der Einreichung oder Abbringung des Gesuches um Erlassung des Zahlungsbefehls ein, vorausgesetzt, daß die Zustellung wirklich erfolgt (RPD § 603 Abs. 3).

¹⁶⁾ Die Zustellung eines Zahlungsbefehls und die Anmeldung im Konkurse sind wie die Klagerhebung gerichtliche Geltendmachungen, die die Feststellung des Anspruchs bezwecken. Der Antrag auf Arrest oder auf einstweilige Verfügung bewirkt dagegen keine Unterbrechung, weil er zwar die Sicherung, aber nicht die gerichtliche Feststellung des Anspruchs erstrebt. So auch die vorherrschende Ansicht (abw. Oertmann zu § 209).

¹⁷⁾ Mit RGW 58 S. 79 f. (ebenso RG in SeuffA 63 S. 85) dürfte anzunehmen sein, daß sich das auf alle Fälle bezieht, in denen nach RPD § 72 die Streitverkündung zulässig ist, weil eine Partei „für den Fall des ihr ungünstigen Ausgangs des Rechtsstreits einen Anspruch auf Gewährleistung oder Schadloshaltung gegen einen Dritten erheben zu können glaubt“, vgl. auch Mot. I S. 320. Hauptfall: Streitverkündung des Käufers an den Verkäufer im Eviktionsprozeß, um den Anspruch wegen Eviktion zu sichern.

6. Die Vornahme einer Vollstreckungshandlung und der Antrag auf Zwangsvollstreckung, letzterer jedoch nur, wenn die Zwangsvollstreckung den Gerichten oder anderen Behörden zugewiesen ist.

a) Auch in diesen 5 Fällen wird die Unterbrechung unter Umständen wieder unwirksam, als wäre sie nie erfolgt, und zwar sind im allgemeinen dieselben Grundgedanken maßgebend wie bei der Klagerhebung. Die Unterbrechung durch Zustellung des Zahlungsbefehls gilt nämlich als nicht erfolgt, wenn die Wirkungen der Rechtschängigkeit im Mahnverfahren erlöschen, § 213, b. h. wenn in dem Falle, daß kein Widerspruch erhoben wurde, nicht binnen 6 Monaten seit Ablauf der im Zahlungsbefehle bestimmten Frist die Erlassung des Vollstreckungsbefehls nachgesucht oder wenn in dem gleichen Falle das rechtzeitige Gesuch abgelehnt ist (§ 30 § 701¹⁷⁾). Von der Anbringung des Güteantrags gilt das oben unter 1 b) Gesagte entsprechend (RO v. 22. 2. 1924). Die Unterbrechung durch Anmeldung im Konkurse gilt als nicht erfolgt, wenn die Anmeldung zurückgenommen wird, § 214 Abs. 2; die Unterbrechung durch Aufrechnung oder Streitverkündung, wenn nicht binnen 6 Monaten nach Beendigung des Prozesses Verfügn- oder Feststellungs-Klage erhoben wird, § 215 Abs. 2; die Unterbrechung durch Vollstreckungshandlung oder Antrag auf Zwangsvollstreckung wenn die Vollstreckungsmaßregel auf Antrag des Berechtigten oder wegen Mangels der gesetzlichen Voraussetzungen aufgehoben oder wenn der Antrag zurückgenommen oder zurückgewiesen wird, § 216.

b) Auch für die Dauer der Unterbrechung gilt in der Hauptsache dasselbe wie bei der Unterbrechung durch Klagerhebung. Sie dauert bei Einbringung des Güteantrags bis zur Erledigung des Güteverfahrens und eines sich unmittelbar anschließenden Streitverfahrens, § 212a (RO v. 22. 2. 1924). Im Falle der Konkursanmeldung dauert sie bis zur Beendigung des Konkurses, § 214 Abs. 1¹⁸⁾ jedoch wenn die Forderung dann noch im Streite befangen ist, bis zur Erledigung des Prozesses oder der letzten Prozeßhandlung¹⁹⁾; im Falle der Unterbrechung durch Aufrechnung oder Streitverkündung bis zur Erledigung oder bis zum Stillstande des Prozesses, § 215 Abs. 1. Für die übrigen Fälle (Zahlungsbefehl, Vollstreckungshandlung oder Antrag auf Zwangsvollstreckung) ist eine Dauer der Unterbrechung nicht festgesetzt, die neue Verjährung beginnt also sofort mit der Unterbrechung²⁰⁾.

III. Auf Ansprüche, welche vor einem Schiedsgericht, einem besonderen Gerichte, einem Verwaltungsgericht oder einer Verwaltungsbehörde geltend zu machen sind, finden die Vorschriften über die gerichtliche Geltendmachung²¹⁾ entsprechende Anwendung, § 220²²⁾. Es ist also zu untersuchen, welcher Zeitpunkt dem Momente der Klagerhebung der Beendigung des Prozesses usw. entspricht. Beim imperfekten Schieds-

¹⁷⁾ Ist Widerspruch erhoben, so gilt nach § 30 § 606 die Klage mit der Zustellung des Zahlungsbefehls als erhoben, so daß nun die Vorschriften des § 211 in Betracht kommen.

¹⁸⁾ Das muß auch gelten, wenn die Konkursöffnung auf Beschwerde wieder aufgehoben wird, die Unterbrechung wird hier keineswegs, wie vereinzelt angenommen wird, rückwärts wieder unwirksam. So besonders Jaeger § 26 Num. 20 und die vorherrschende Meinung.

¹⁹⁾ Über Einzelfragen: Jaeger, RO J. Aufl. § 25 R. 177f.

²⁰⁾ Bei rechtzeitig eingelegtem Widerspruch gilt aber die Klage als schon mit der Zustellung des Zahlungsbefehls erhoben (§ 30 § 606); dann dauert also die Unterbrechung nach § 211 bis zur Erledigung oder zum Stillstande des Prozesses (oben Num. 16).

²¹⁾ Geklagt ist das allerdings nur für die §§ 200—213, 215, 216, 218, 219; aber der § 217 ist nur deshalb nicht genannt, weil er direkt anwendbar ist, und der § 214, weil er sich auf die Konkursanmeldung bezieht, die hier kein Analogon findet.

²²⁾ Dies dürfte schon nach gemeinem Recht anzunehmen sein, da es für die schiedsgerichtliche Geltendmachung ausdrücklich anerkannt ist, L. 5 § 3 C. de receptis 2, 55.

vertrag und in ähnlichen Fällen genügt zur Unterbrechung, daß der Berechtigte das seinerseits zur Erledigung der Sache Nötige vornimmt²⁰⁾.

§ 217. Zeiteinrechnung.

1. Die Verjährung eines persönlichen Anspruchs wird dadurch, daß an die Stelle des Verpflichteten ein Rechtsnachfolger tritt, nicht beeinflusst; denn der Anspruch bleibt derselbe, die Verjährung läuft also für den neuen Verpflichteten weiter.

2. Bei dinglichen Ansprüchen, welche sich gegen den Besitzer einer Sache richten, entsteht zwar, wenn die Sache in den Besitz einer anderen Person gelangt, ein neuer Anspruch, der mithin auch einer neuen Verjährung unterliegt²¹⁾. Ist aber der Besitz durch Rechtsnachfolge an diese andere Person gelangt²²⁾, so kommt die während des Besitzes des Rechtsvorgängers verstrichene Verjährungsfrist dem Rechtsnachfolger zustatten, § 221²³⁾.

§ 218. d) Wirkung der Verjährung²⁴⁾.

I. Die Anspruchsverjährung bezieht sich nur auf den Anspruch, nicht auf das dem dinglichen Anspruch zugrunde liegende dingliche (oder sonstige absolute) Recht. Dieses bleibt bestehen, kann freilich eben wegen der Verjährung des Anspruchs gegen den Anspruchsgegner und seine Rechtsnachfolger nicht durchgesetzt werden²⁵⁾ (*dominium sine re*).

In zwei Fällen ist jedoch mit dem Eintritt der Verjährung auch der Verlust des dem Anspruch zugrunde liegenden dinglichen Rechts verknüpft²⁶⁾: Rechte an einem fremden Grundstück, welche im Grundbuch zu Unrecht gelöscht oder nicht eingetragen²⁷⁾ sind, erlöschen mit der Verjährung des sie schützenden Anspruchs (§ 601). Wenn der Anspruch

²⁰⁾ z. B. dem Gegner einen Schiedsrichter mit der Aufforderung, auch seinerseits einen solchen zu ernennen, schriftlich bezeichnet (vgl. BPO § 1029). — Eine Dauer der Unterbrechung ist für diesen Fall nicht vorgeschrieben; die neue Verjährung beginnt also sofort.

²¹⁾ Hat also z. B. der Besitzer gegen den ein Eigentumsanspruch zustand, die Sache verloren und hat sie ein anderer gefunden, so entsteht gegen den Finder ein neuer Eigentumsanspruch mit neuer Verjährung.

²²⁾ Unter Rechtsnachfolge in den Besitz versteht das BG alle Fälle, in denen der Besitz mit dem Willen des bisherigen Besitzers oder durch Erbfolge (oder sonstige Gesamtnachfolge) auf einen anderen übergeht, vgl. § 130 I 2.

²³⁾ Auch wer durch Übergabe täuschungsgläubig erworben hat, kann sich also die zugunsten des Veräußerers verstrichene Verjährungszeit antrechnen.

²⁴⁾ Heymann, Vorschläge der Verjährung, 1885; Regelsberger, DogmZ 41 S. 328ff.; Suhn, DogmZ 49 S. 50ff.; Schneider, DogmZ 61 S. 25ff.; Keller, ZivR 103 S. 461ff.; Fecius, Grundr. 50 S. 1ff.; Walsmann, Verz. 1912.

²⁵⁾ Wohl aber gegen einen neuen Besitzer, der die Sache anders als durch Rechtsnachfolge erlangt hat, v. Tuhr III S. 438.

²⁶⁾ Nach gemeinem Recht trifft mit der Verjährung der Eigentumsfrage in der Regel die außerordentliche Erloschung des Eigentums durch den Besitzer zusammen.

²⁷⁾ Im Fall der Nichteintragung handelt es sich nur um kraft Gesetzes ohne Eintragung entstehende Rechte an Grundstücken (vgl. namentlich §§ 1075, 1287; BPO § 848 Abs. 2).

aus einer Grunddienbarkeit oder einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit auf Beilegung einer Anlage auf dem dienenden Grundstück verjährt, so erlischt zugleich die Dienstbarkeit, soweit der Bestand der Anlage mit ihr in Widerspruch steht (§§ 1028, 1090).

II. Der Anspruch wird wie nach gem. Recht so auch nach dem OB nicht aufgehoben, vielmehr tritt ihm nur eine peremptorische Einrede entgegen, § 222 Abs. 1: „Nach der Vollendung der Verjährung ist der Verpflichtete berechtigt, die Leistung zu verweigern.“ Ob er von diesem Rechte Gebrauch machen will, ist ihm (aber auch seinem Gewissen und Anstandsgefühl) überlassen; ist die Einrede nicht vorgebracht, so hat der Richter sie nicht zu berücksichtigen (ebensowenig wie andere Einreden).

1. Die Verjährungseinrede steht nicht nur der Geltendmachung des Anspruchs durch Klage entgegen, sie entkräftet vielmehr den Anspruch selbst. Daraus ergibt sich ein doppeltes:

a) Die verjährte Forderung kann nicht mehr zur Aufrechnung benutzt werden. Doch gilt eine Ausnahme, falls die Forderungen sich schon vor der Verjährung aufrechenbar gegenüber standen (§ 390^{*)}.

b) Auch in der Form der Einrede kann der verjährte Anspruch nicht mehr geltend gemacht werden. Jedoch hat dieser Grundsatz nur ein beschränktes Anwendungsgebiet, weil in den Fällen, wo aus demselben Tatbestande Anspruch und Einrede entspringen, die Einrede meist als selbständig, nicht nur als Geltendmachung des Anspruchs angesehen wird (unten V).

2. Verzicht auf die Verjährungseinrede ist (wie bei anderen selbständigen Einreden) möglich^{*)} und erfolgt durch einseitige empfangsbedürftige formlose Willenserklärung (oben § 207 I 3). Ein stillschweigender Verzicht ist z. B. in der Anerkennung, dem Zahlungsversprechen, der Hinzahlung, der Bürgen- oder Pfandbestellung zu finden, wenn diese Handlungen im Bewußtsein der vollendeten (oder möglicherweise vollendeten) Verjährung erfolgen^{*)}.

^{*)} Diese Ausnahme ist eine Folge der bei der Aufrechnung eintretenden Rückwirkung (§ 389) und beruht (wie diese überhaupt) darauf, daß man im Verlehe eine Forderung, gegen die man aufrechnen kann, als nicht vorhanden zu behandeln pflegt. Eine Modifikation für einen besonderen Fall enthält § 479, vgl. aber auch § 490 Abs. 2.

^{*)} So auch die herrschende Meinung, vgl. ROE 78 S. 131 und oben § 207 Anm. 6. Dagegen halten Schneider a. a. O. und Waldmann S. 122 den Verzicht auf die Verjährungseinrede nach § 225 für unzulässig; allein diese Vorchrift bezieht sich nach Wortlaut, Zweck und Entstehungsgeschichte nur auf noch nicht vollendete Verjährungen („weder ausgefloßen noch erschwert“, „Verichterung“, „Abtärzung“).

^{*)} Regelsberger will auch im Falle eines ohne dieses Bewußtsein abgegebenen Anerkennnisses oder Zahlungsversprechens die Verjährungseinrede ausschließen, zwar nicht wegen Verzichts, aber weil die Zulassung der Einrede dem Rechtsgesühl widerspreche (S. 335). Man wird ihm aber nicht zustimmen können. Daß der aufgestellte Satz im Geleze, insbesondere in § 222 Abs. 2 S. 2 keine Stütze findet, hat Regelsberger selbst zutreffend gegen Nehm ein ausgeführt (darüber auch unten Anm. 9). Schlüsse aus dem Rechtsgesühl aber sind bei der positiven Natur der Verjährung sehr bedenklich. Dem Rechtsgesühl widerspricht jede Verjährungseinrede bei Bewußtsein des Bestehens der Schuld, und doch läßt sie das Geleze zu aus Gründen, die mutandis mutatis auch für

3. Die Verjährungseinrede kann durch Replik der Arglist entkräftet werden, nicht nur, wenn der Gegner die Unterbrechung der Verjährung absichtlich verhindert hat⁷⁾, sondern auch dann, wenn er durch sein Verhalten den Berechtigten zu der Annahme veranlaßt hat, es werde eine Berufung auf die Verjährung nicht statifinden oder eine Unterbrechung der Verjährung sei nicht erforderlich⁸⁾.

III. Die Einrede der Verjährung entkräftet den Anspruch nicht völlig, sondern läßt insbesondere bei obligatorischen Ansprüchen eine Reihe von Wirkungen bestehen. Das BGB hat also die gemeinrechtlich sehr bestrittene Frage, ob die Verjährung eine Naturalobligation zurücklasse, in bejahendem Sinne entschieden. Diese Naturalobligation hat namentlich folgende Wirkungen:

1. Die Zahlung (oder anderweitige Befriedigung) des verjährten Anspruchs ist nicht Schenkung und nicht grundlos, sondern Zahlung einer Schuld. Die Rückforderung ist daher auch dann ausgeschlossen, wenn in Unkenntnis der Verjährung gezahlt wurde, § 222 Abs. 2 S. 1.

2. Das vertragmäßige (verpflichtende) Anerkenntnis⁹⁾ oder eine Sicherheitsleistung für den verjährten Anspruch ist vollgültig, § 222 Abs. 2 S. 2.

3. Hypotheken und Pfandrechte, welche den Anspruch sichern, bleiben auch nach dessen Verjährung vollwirksam; die Verjährung hindert den Berechtigten also nicht, seine Befriedigung aus dem verhafteten Gegenstande zu suchen, § 223 Abs. 1. Von besonderer Bedeutung ist dies für die Sicherungshypothek¹⁰⁾.

unserer Frage zutreffen. Erscheint somit der Schluß aus dem Rechtsgefühl mindestens zweifelhaft, so ist um so mehr Grund vorhanden, an der positiven Abgrenzung, die die Verjährung im Gesetz gefunden hat, festzuhalten. Wie oben jetzt auch RGZ 78 S. 1311.

⁷⁾ Auf diesen Fall will RGZ 64 S. 222f. die Replik beschränken; ebenso RGZ JurW 1916 S. 1188.

⁸⁾ So mit Recht RGZ 87 S. 283 (die Militärverwaltung hatte die ihr eingereichte Schadensrechnung erst nach 5 Monaten und nach Ablauf der Verjährung (abschlägig) beantwortet); RG Warn 1919 Nr. 2; RG Recht 1920 Nr. 594. Weitere Entscheidungen und Literatur oben § 208 III 2a c u. β. Über einen anderen Fall der Replik der Arglist vgl. RG JurW 1924 S. 1907.

⁹⁾ Der § 222 Abs. 2 S. 2 spricht von Rückforderung des vertragmäßigen Anerkenntnisses (sowie einer Sicherheit), kann sich also nur auf ein Anerkenntnis, das eine Verpflichtung wirklich erzeugt, mithin (regelmäßig) nur auf ein schriftliches Anerkenntnis (§ 781) beziehen. So auch die herrschende Meinung; ferner RGZ JurW 1910 S. 280; RGZ 78 S. 163ff.; OLWB 12 S. 247; 15 S. 323; 20 S. 78. H. K. Lehmann I S. 333, Dernburg § 182 Anm. 7; Riezler zu § 222, 6h. In dem formlosen Anerkenntnis ist jedoch, wenn es im Bewußtsein der vollendeten (oder möglicherweise vollendeten) Verjährung abgegeben wird (nur dann), ein Verzicht auf die Verjährungseinrede zu finden, dessen Gültigkeit nicht zu bezweifeln ist (oben II 2 und Anm. 6).

¹⁰⁾ Bei anderen Hypotheken ist der Gläubiger meistens schon gegen die Verjährung des Anspruchs selbst geschützt, da die Wirkungen des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs sich auf die Forderung mitbeziehen (§ 1138).

4. Ist durch sog. fiduziarisches Geschäft das Eigentum oder ein sonstiges Recht zur Sicherung eines Anspruchs übertragen, z. B. das Eigentum an Wertpapieren zur Sicherung einer Forderung, so kann die Rückübertragung nicht auf Grund der Verjährung des Anspruchs verlangt werden, § 223 Abs. 2.

5. Die Vorschriften über Hypothek, Pfandrecht und Fiducia (§ u. 4) finden aber keine Anwendung auf Ansprüche auf Zinsen und andere wiederkehrende Leistungen, § 223 Abs. 3, eine Ausnahme, die sich aus praktischen Erwägungen erklärt und empfiehlt.

IV. Die Verjährung des Hauptanspruchs bezieht sich auch auf solche Ansprüche auf Nebenleistungen, deren Entstehen den Hauptanspruch voraussetzt; und zwar gilt dies, auch wenn die Nebenansprüche nach der besonderen für sie laufenden Verjährung noch nicht verjährt sein würden, § 224. Der Zinsanspruch ist also mit der Kapitalschuld verjährt, mag es sich um gesetzliche oder vertragmäßige Zinsen handeln; ebenso der Anspruch auf Früchte mit dem Hauptanspruch. Auch der Schadensersatzanspruch des Eigentümers gegen den bösgläubigen Besitzer wegen Verschlechterung der Sache ist für verjährt zu halten, wenn der Eigentumsanspruch auf Herausder Sache verjährt ist.

V. Verjähren Einreden?

1. Da die Verjährung des BG wie des gemeinen Rechts eine Anspruchsverjährung ist, so sind Einreden an sich der Verjährung nicht unterworfen. Dies entspricht auch der Gerechtigkeit, da die Geltendmachung der Einrede nicht lediglich von dem Willen des Einredoberechtigten abhängt, sondern die Erhebung der Klage gegen ihn voraussetzt. Fraglich kann nur sein, ob, wenn dasselbe Rechtsverhältnis sowohl einen Anspruch wie eine Einrede erzeugt, diese dergestalt von dem Anspruch abhängt, daß sie von seiner Verjährung mitbetroffen wird¹¹⁾. Bei dinglichen Rechten ist das unbedingt zu verneinen; die auf dem Eigentum oder dem Nießbrauch beruhende Einrede ist ein ganz anderes Recht als der auf jene Rechte gestützte Herausgabeanspruch. Aber auch wenn ein persönlicher Anspruch und eine Einrede nebeneinander bestehen, sind in der Regel beide voneinander unabhängig.

Dies gilt insbesondere für die Einrede des nicht erfüllten Vertrages; denn das Recht, die eigene Leistung zu weigern, bis der Gegner leistet, ist zwar mit dem Anspruch auf die Gegenleistung verbunden, aber von ihm inhaltlich verschieden (§ 320)¹²⁾; 117

¹¹⁾ Manche nehmen das an, namentlich mit Zulassung von Ausnahmen in den im Gesetz anders geregelten Fällen (§§ 478, 821, 853), z. B. Bland; andere nehmen grundsätzliche Unabhängigkeit der Einrede an, so Dernburg, Regelsberger, Mezler u. a.

¹²⁾ Im Ergebnis übereinstimmend Regelsberger a. a. O., der zutreffend auf die Unbilligkeit der entgegengesetzten Meinung hinweist, und für das gem. Recht Savigny V 421, 425; Aubry, Einrede d. nicht erf. Vertrages S. 133 ff.

aus gleichem Grunde für die Retentionseinrede aus nicht streng einseitigen Schuldverhältnissen sowie für die Retentionseinrede wegen Verwendungen oder wegen eines durch die Sache verursachten Schadens (§ 273)¹⁹⁾;

für das Recht, die Erfüllung einer ohne rechtlichen Grund eingegangenen Verbindlichkeit zu weigern (§ 821); denn dieses Leistungsverweigerungsrecht ist von dem Anspruch auf Befreiung von der Verbindlichkeit wesentlich verschieden;

für die aus einem Delikt entspringende Einrede des Verletzten, die Erfüllung einer von dem Verlezer durch das Delikt, z. B. durch den Betrug erlangten Forderung zu weigern; denn auch hier ist eine wesentliche Verschiedenheit zwischen dem Erfasungsanspruch und dem Leistungsverweigerungsrecht vorhanden²⁰⁾ (§ 853).

2. Denkbar ist aber auch, daß die Einrede nichts anderes ist als die Geltendmachung des Anspruchs in der Form der Verteidigung; dann wird durch die Verjährung des Anspruchs auch die Geltendmachung durch Einrede ausgeschlossen. Es steht die Replik der Verjährung entgegen.

Dies gilt insbesondere von der dem Wandelungs- oder Minderungsanspruch des Käufers oder des Bestellers eines Werkes entsprechenden Einrede. Indem der Käufer oder Besteller sie vorschützt, beruft er sich lediglich auf seinen Wandelungs- oder Minderungsanspruch, er erklärt, nicht zahlen, sondern wandeln oder mindern zu wollen. Die Einrede fällt also weg, wenn der Wandelungs- oder Minderungsanspruch verjährt ist. Gleichwohl hat das BG drei Ausnahmen zugelassen. Die Einrede bleibt trotz der Verjährung des Anspruchs bestehen: wenn der Verkäufer oder Unternehmer den Mangel arglistig verschwiegen hatte; wenn der Käufer oder Besteller vor der Verjährung eine Anzeige von dem Mangel an den Verkäufer oder Unternehmer abgesandt oder gerichtliche Beweisaufnahme beantragt oder ihn den Streit verhandelt hat (§§ 478, 639, 661); endlich auch ohne diese Voraussetzungen beim Viehkaufl (§ 490).

§ 219. c) Übergangsvorschriften*).

1. Ganz in Übereinstimmung mit den leitenden, oben § 58 I entwickelten Grundsätzen gilt für die Verjährung folgendes Hauptprinzip: Auf die Verjährung sündet für die Zeit vor dem Inkrafttreten des BG das bisherige Recht, für die spätere Zeit das BG Anwendung. Aus diesem Grundsatz ergeben sich die Vorschriften des BG Art. 169 Abs. 1 als logische Konsequenzen.

1. Die Frage, ob und wann eine Verjährung vor 1900 begonnen habe, ist nach dem früheren Recht die Frage, ob sie mit dem 1. Januar 1900 oder ob und wann sie später beginne, nach neuem Recht zu entscheiden. Das gilt auch für die Frage, ob die Verjährung überhaupt zulässig und an welche Voraussetzungen der Beginn geknüpft sei. War also z. B. für die Verjährung eines Anspruchs vor 1900 bona fides erforderlich, so kann die Verjährung bei mala fides des Verpflichteten erst am 1. Januar 1900 beginnen.

2. Was die Hemmung (Abkaufshemmung) und Unterbrechung betrifft, so kommt gleichfalls für die Zeit vor 1900 das alte Recht²¹⁾, nachher das neue in Betracht. War also z. B. die Verjährung eines Anspruchs seit dem 1. Juli 1898 wegen Unmündigkeit des Berechtigten gehemmt, so läuft die Verjährung, da das BG diesen Hemmungsgrund nicht kennt, vom 1. Januar 1900 an weiter; aber die Zeit vom 1. Juli 1898 bis 1. Januar

¹⁹⁾ Regelsberger a. a. O.; DRBG 6 S. 91.

²⁰⁾ Ist also z. B. jemand durch Betrug oder Drohung zur Eingehung einer Verpflichtung bestimmt worden, so kann er sich gegen die Klage auf Erfüllung der übernommenen Verpflichtung auch nach der Verjährung seines Schadenerschaftsanspruches durch Einrede schützen.

²¹⁾ Sächsisch, Einwirkung des BG auf zuvor entstandene Rechtsverhältnisse, 2. Aufl. § 16. Aber die Anwendbarkeit des alten und neuen Rechts auf Ausdruckschriften dabeist S. 152 ff.

²²⁾ RWG 62 S. 417 ff.

1900 kommt auf die Verjährung noch wie vor nicht in Anrechnung. Ebenso wird die durch mala fides superveniens vor 1900 herbeiführte Unterbrechung mit dem 1. Januar 1900 beendet, so daß nun eine neue Verjährung beginnt.

3. Selbstverständlich ist, daß Verjährungen, die schon vor 1900 beendet waren, nicht deshalb rückgängig werden, weil sie nach dem NB nicht hätten eintreten können.

II. Über die Verjährungsfrist gelten folgende Regeln:

1. Ist die neue Verjährungsfrist länger als die bisherige, so werden die im Laufe befindlichen Verjährungen dadurch um die Zeitdifferenz verlängert.

2. Ist die Verjährungsfrist durch das NB verkürzt, so kann die kürzere Frist erst vom 1. Januar 1900 an gerechnet werden. Dauert jedoch die bisherige längere Frist, für deren Beginn ja das frühere Recht entscheidend ist, eher ab, so ist mit ihrem Ablauf die Verjährung vollendet, Art. 169 Abs. 2^{*)}.

3. Ist dem NB ein dem früher entstandenen Anspruch entsprechender Anspruch überhaupt unbekannt (*quærens inofficiosi testamenti*), so wird nichts übrig bleiben, als es bei der alten Verjährungsfrist zu belassen. Für den Lauf der Frist seit 1900, insbesondere für Hemmung und Unterbrechung seit 1900 kommt aber das neue Recht zur Anwendung.

Siebenter Abschnitt: Ausübung und Sicherung der Rechte.

§ 220. I. Verbot mißbräuchlicher Rechtsausübung.

I. Indem die Rechtsordnung ein subjektives Recht verleiht, spricht sie aus, daß im Widerstreit der menschlichen Interessen das durch jenes Recht geschützte Interesse obliegen soll. Von selbst versteht es sich also, daß der Regel nach die Rechtsausübung auch dann erlaubt sein muß, wenn sie fremde Interessen verletzt¹⁾.

II. Schranken aber sind geboten, wo die Rechtsausübung zum Schaden anderer die Grenzen der Billigkeit überschreiten, gegen Treu und Glauben verstoßen oder ohne jedes eigene Interesse erfolgen würde. Schon im röm. Recht hat dieser Gedanke in einer Reihe von Einzelvorschriften Ausdruck

¹⁾ Der Grund dieser Vorschrift ist darin zu finden, daß der Gesetzgeber, wenn er die Verjährungsfrist verkürzt, vernünftigerweise nicht wollen kann, daß dies auf gewisse im Lauf befindliche Verjährungen als Verlängerung wirke.

²⁾ Jacubezky in Gruchot 40 S. 591 ff.; Blümner, Vöswilliger Rechtsmißbrauch, 1900; Kamboht in Gruchot 46 S. 577 ff.; 806 ff.; Schneider, Recht 1900 S. 603 ff.; Lipp, Berl. Festg. f. Gierke II S. 11 ff.; Dager, Schilane u. Rechtsmißbrauch, 1913.

³⁾ Rechtsprüchwort: Qui suo jure utitur, neminem laedit, vgl. L. 55, 151, 156, § 1 D. de reg. jur. 50, 17.

gefunden⁵⁾. Sehr stark vermehrt lehren solche im RW wieder⁶⁾. Als allgemeine Ergänzung aber tritt hinzu die Vorschrift des § 226: „Die Ausübung eines Rechts ist unzulässig, wenn sie nur den Zweck haben kann, einem anderen Schaden zuzufügen“⁷⁾. Es ist das im wesentlichen das oft behauptete, aber auch vielfach bestrittene Schikaneverbot des gem. Rechts. Zugrunde liegt ihm ein Gebot der sozialen Ethik, das allerdings viel weiter geht, aber nur in diesem beschränkten Umfange zum Rechtsfag erhoben ist⁸⁾.

1. Unter Rechtsausübung ist nicht nur die Geltendmachung des Rechts gegenüber anderen, sondern auch jede tatsächliche Verwirklichung des Rechtsinhalts zu verstehen. Auch bezieht sich das Schikaneverbot auf Rechte aller Art⁹⁾, in der Regel selbst auf solche, welche auf anderen Gesetzen als dem RW beruhen, da nicht anzunehmen sein wird, daß jene Gesetze ein ganz allgemeines, auf sittlicher Grundlage beruhendes Prinzip haben ausschließen wollen⁷⁾.

⁵⁾ Verbieten waren namentlich folgende Handlungen, wenn sie ohne eigenen Nutzen nur zur Schädigung anderer vorgenommen wurden: Ausübung des jus tollendi, L. 38 D. de rei vind. 6, 1; Abgraben einer Quelle, L. 1 § 13 D. de aqua 39, 3; Abwendung eines Wasserlaufs vom eigenen Grundstück, L. 2 § 9 cod.; vgl. auch L. 2 § 8 cod. Man darf in diesen Stellen Ausflüsse des allgemeinen Grundsatzes der Unzulässigkeit schikanofer Rechtsausübung erkennen (bestritten). Ferner gehört hierher z. B. die Vorschrift, daß Grunddienstbarkeiten schonend auszuüben sind.

⁶⁾ So werden Rechte (oder deren Ausübung) wegen Mangel oder Unerheblichkeit des Interesses des Berechtigten ausgeschlossen (§ 320 Abs. 2, 469 Abs. 1, 468, 498 Abs. 2, 542 Abs. 2, 634 Abs. 3), zumal das Verbotungsrecht des Grundeigentümers in solcher Höhe oder Tiefe, daß das Interesse fehlt (§ 905 E. 2); ferner das Verbotungsrecht gegen Immissionen (§ 906); das Recht auf Abhauen von Wurzeln (§ 910 Abs. 2); das Wegnahmerecht (§ 997). Unter Umständen kann die Verlegung einer Grunddienstbarkeit verlangt werden (§ 1023). Forderungen können nur nach Treu und Glauben ausgeübt werden (§ 242); der Mißbrauch der Rechte des Mannes gegenüber der Ehefrau ist mehrfach verhindert (§§ 1353 Abs. 2, 1354 Abs. 2, 1357 Abs. 2, 1358 Abs. 2) ufm. (vgl. Zuchbezt u. a. D.).

⁷⁾ Dieses Verbot des Rechtsmißbrauchs war im Q II noch nicht enthalten, sondern wurde erst vom Bundesrat in beschränkterer Form, nämlich nur für die Ausübung des Eigentums eingefügt (Q III § 887 Abs. 2), jedoch von der Reichstagskommission zu einer allgemeinen Regel erweitert und in den allgemeinen Teil versetzt. Es ist so vorsichtig gefaßt, daß die mit aller großer Anglichkeit prophezeiten Mißstände nicht eintreten konnten, was die Erfassung befähigt hat. Wohl aber wirkt es in einzelnen Fällen wohlthätig.

⁸⁾ Vgl. RGE 72 S. 254.

⁹⁾ Hauptanwendungsgebiet ist das Sachenrecht, obgleich hier mehrfach auch durch Spezialvorschriften vorgelegt ist (oben Anm. 3). Es kommt aber auch für das Familienrecht (RW Bruchot 51 S. 823 ff.) und Erbrecht in Betracht. Im Recht der Schulverhältnisse wird die Anwendung selten sein, wenn man, was ich für richtig halte, zum Begriff der Forderung ein schuldwürdiges Interesse für nötig erachtet. So ist z. B. die Geltendmachung eines Konkurrenzverbotes, nachdem der Gläubiger sein Geschäft einseitig aufgegeben hat, schon wegen des Mangels eines schuldwürdigen Interesses abzuweisen, ohne daß es der Berufung auf § 226 bedürfte. Fällt man ein schuldwürdiges Interesse nicht für nötig, so wäre § 226 anzuwenden. Andere Anwendungsfälle in RGE 61 S. 94; 65 S. 10; 72 S. 254; 96 S. 186.

⁷⁾ Vgl. auch RGE 66 S. 240.

2. Nicht jede einen anderen schädigende Rechtsausübung ist verboten. Ohne Schaden anderer geht es bei manchen Rechten, wenn sie überhaupt ausgeübt werden sollen, nun einmal nicht ab. Es genügt auch nicht, daß die Rechtsausübung den Schaden bezwecke. Vielmehr muß sich aus den Umständen ergeben, daß sie für den Handelnden gar keinen anderen Zweck als den Schädigungszweck haben kann^{*)}; das aber wird im allgemeinen nur anzunehmen sein, wenn sie für ihn ohne jedes Interesse ist^{*)}.

Daß die Handlung keinen anderen als den Schädigungszweck haben könne, ist nicht direkt beweisbar, sondern nur durch den Beweis von Tatsachen, aus denen der Richter diesen Schluß ziehen kann. Über diese Tatsachen kann auch der Eid geschworen werden. Dagegen ist die Abweisung darüber, ob die Rechtsausübung nur den Schädigungszweck haben könne, unzulässig (BPD § 446).

3. Die durch § 226 untersagte Schädigung wird meist eine Vermögensschädigung sein. Nötig ist das aber nicht; es genügt eine Schädigung idealer Interessen¹⁰⁾.

4. Die gegen das Schilaneverbot verstößende Handlung ist verboten, also widerrechtlich¹¹⁾, und macht, da der § 226 den Schutz anderer Personen bezweckt, nach § 823 Abs. 2¹²⁾, außerdem auch nach § 826 Schadensersatzpflichtig¹³⁾. Es kann ferner auf Unterlassung der schilandösen Rechtsausübung geklagt werden¹⁴⁾, und der schilandösen Geltendmachung eines Anspruchs steht die Einrede der Arglist entgegen.

2. Selbstverteidigung und Selbsthilfe.

§ 221. Notwehr^{*)}.

Während der gemeinrechtliche Sprachgebrauch unter Selbsthilfe jeden Schutz der Rechte durch eigene Kraft versteht, mag er in der Form der Ver-

^{*)} Vgl. auch RG JurW 1906, 338 Nr. 4; SenffW 62 S. 268; RGW 63 S. 426; 69 S. 380; 98 S. 15; RG Warn. 1912 Nr. 10. Eine Ausnahme muß man aber allerdings annehmen, wenn zwar noch ein anderer Zweck denkbar, vielleicht auch vorhanden ist, dieser aber als rechtfertigend oder unmittl. erscheint; denn man kann unmöglich die Berufung auf denartige Zwecke zulassen, Kambohr S. 830. Hier muß das Wort *Papianus* gelten: *Quis factus ... contra bonos mores sunt, nec facere nos possumus credendum est*, oben § 178 Anm. 1.

¹⁾ Die Notwehr unterdrückt Eingriffe in das Eigentum ist aber für den Eigentümer auch dann von Interesse, wenn durch die Eingriffe kein Schaden eintritt, RGW 54 S. 435. Ebenso die Bekämpfung überhaupt nicht bestehender Ansprüche, selbst wenn bei deren Fuldung oder Erfüllung kein Schaden entsteht, RGW 68 S. 426.

¹²⁾ Vgl. RGW 72 S. 254.

¹³⁾ Daher ist ihr gegenüber auch Notwehr möglich.

¹⁴⁾ Der Erlösanspruch kann sich auch auf § 823 Abs. 1 stützen, wenn die nach § 226 verbotene Handlung in ein subjektives Recht oder ein durch § 823 Abs. 1 geschütztes Rechtsgut eingreift.

¹⁵⁾ Über das Verhältnis des § 226 zu § 826 unten § 453 II 4 u. Anm. 11.

¹⁶⁾ Unten § 465 und RGW 72 S. 254.

^{*)} Tappe, Notwendigkeit, 1897; Oeffler über Notwehr und Notstand, 1903, und in der Vergl. Darstellung des Strafrechts, VIIa, Teil II (1908) S. 255 ff.; Holz von Fernex, Rechtswidrigkeit Bd. 2 (1905); Ruhlenbed, Selbsthilfe 2. Aufl., 1907; S. W. Fischer, Die Rechtswidrigkeit, 1911; Baumgarten, Notstand und Notwehr, 1911; v. Glöckel, JurW 1924 S. 1930.

theidigung oder des Angriffs erfolgen, beschränkt das *OB* das Wort Selbsthilfe auf den Schutz durch Angriff. In den übrigen Fällen reden wir passend von Selbstverteidigung.

Selbstverteidigung ist die Aufrechterhaltung eines bestehenden Zustandes, zumal auch des Besizes, gegen einen Angriff. Sie ist regelmäßig erlaubt, sofern sie eben nichts als Verteidigung, d. h. lediglich Schutz des bestehenden Zustands ist.

Nur wenn der Zustand (sei es allgemein, sei es unter den vorliegenden Umständen) nicht rechtlich geschützt ist, darf er gegen den Angriff eines zur Abänderung Berechtigten nicht aufrecht erhalten werden. Will also z. B. jemand meinen Sachen zur Rettung eines Menschen aus Lebensgefahr benutzen, wozu er nach § 904 berechtigt ist, so darf ich den Sachen nicht festhalten, obgleich das Festhalten der von mir belesenen Sache eine reine Verteidigungshandlung ist.

Daraus, daß die reine Verteidigungshandlung erlaubt ist, folgt aber nicht, daß zum Zweck der Verteidigung auch der Eingriff in fremde Rechte gestattet wäre. Ein solcher ist vielmehr nur in drei Fällen zulässig, die gegenüber der Regel, daß man nicht in eine fremde Rechtsphäre eingreifen darf, als besondere Ausnahmen erscheinen. Es sind: die Notwehr (§ 227), die Verteidigung gegen eine von einer Sache drohende Gefahr durch Beschädigung oder Vernichtung dieser Sache (§ 228), die Abwendung einer Gefahr durch Einwirkung auf fremde Sachen (§ 904). Die beiden letzteren Fälle fallen unter den Begriff des sog. zivilrechtlichen Notstandes und sind im folgenden Paragraphen zu besprechen.

I. „Notwehr ist diejenige Verteidigung, welche erforderlich ist, um einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff von sich oder einem anderen abzuwenden.“ Diese Definition des § 227 Abs. 2 stimmt wörtlich mit derjenigen des *StRGW* § 53 Abs. 2 überein. Der Begriff ist also für beide Rechtsgebiete derselbe. Es wird erfordert:

1. Ein Angriff, d. h. eine positive Tätigkeit¹⁾, die eine Person oder ihre Rechtsgüter zu verletzen oder zu gefährden geeignet ist. Der Angriff muß sich gegen eine Person (die natürlich auch eine juristische sein kann) richten, aber nicht gerade gegen die Person dessen, der die Notwehr ausübt; Notwehr ist auch zum Schutze anderer²⁾ zulässig (Nothilfe)³⁾. Auch braucht der Angriff nicht Leib oder Leben zu bedrohen; vielmehr ist ein Angriff gegen Freiheit, Ehre, Vermögen oder irgendwelche anderen Rechts-

¹⁾ Ein Angriff durch eine Unterlassungshandlung, z. B. durch Nichterfüllung einer Verpflichtung, ist unbenutzbar.

²⁾ Selbst unbestimmter anderer, z. B. Notwehr zur Verhinderung einer Grundstückung, durch die unbestimmte Personen verletzt werden würden.

³⁾ Die Beziehungen des Nothelfenden zu dem Bedrohten bestimmen sich (sofern nicht ein anderes Rechtsverhältnis zugrunde liegt) nach den Grundsätzen des Auftrages, wenn die Nothilfe erbeten ist, sonst nach den Grundsätzen der Geschäftsführung ohne Auftrag.

güter genügend, da auch Angriffe gegen Sachgüter einer Person einen mittelbaren Angriff gegen die Person enthalten.

a) Ein Angriff liegt auch in der Befähigung. Wer ein gefährliches Raubtier freilassen im Begriff ist, kann durch Nothwehrhandlung daran gehindert werden.

b) Durch ein Verschulden des Angegriffenen, insbesondere dadurch, daß er den Angriff durch Reizung des Angreifers veranlaßt hat, wird die Nothwehr nicht ausgeschlossen (selbst wer einen Geisteskranken gereizt hat, ist gegen dessen Angriff nothwehrberechtigt). Erfolgte aber die Reizung in der Absicht, den Angriff herbeizurufen und dann in scheinbarer Nothwehr den Angreifer zu verletzen, so liegt in Wahrheit keine Vertheidigung, also auch keine Nothwehr, sondern ein mit der Reizung begonnener und in der scheinbaren Nothwehrhandlung fortgesetzter Angriff vor⁴⁾.

2. Der Angriff muß rechtswidrig sein, d. h. gegen die Rechtsordnung verstoßen⁵⁾. Subjektive Rechtswidrigkeit, Vorsatz oder Verschulden des Angreifers wird nicht erfordert. Daher ist Nothwehr auch gegen unzurechnungsfähige Personen möglich, Geistesranke, Kinder, Totalberauschte; nicht aber gegen Angriffe von Tieren, denn an die Tiere richten sich die Gebote des Rechts nicht⁶⁾. Die Vertheidigung gegen Angriffe von Tieren ist daher im § 228 besonders geregelt.

a) Die Nothwehr ist ausgeschlossen, wenn der Angriff, obgleich der Regel nach verboten, doch unter den vorliegenden Umständen erlaubt war, also z. B. wenn er in berechtigter Ausübung eines Amtes oder des elterlichen Zuchtigungsrechts oder in berechtigter Selbsthilfe oder in Nothwehr oder im Nothstande auf Grund der im § 228 oder § 204 gegebenen Befugnisse erfolgte.

b) Weniger ist die Nothwehr ausgeschlossen, wenn der Zustand, gegen den der Angriff sich richtet, des Rechtsfehlers entbehrt, denn auch dann ist der Angriff nicht widerrechtlich. Daher ist der Besiddener dem Besitzer gegenüber nicht nothwehrberechtigt, wenn dieser ihm die Sache wegnimmt⁷⁾.

c) Bei gegenseitigem rechtswidrigen Angriff, insbesondere beim Zweikampf, liegt keine Nothwehr vor, weil beide Parteien nicht nur den Zweck der Vertheidigung, sondern auch den des Angriffs verfolgen.

3. Der Angriff muß ein gegenwärtiger sein, er muß also begonnen haben und darf noch nicht endgültig beendet sein. Wann er als begonnen oder beendet anzusehen sei, ist aber nicht unmittelbar nach dem Maße der

⁴⁾ Oetler S. 14.

⁵⁾ Auch gegen nicht berechnete Amtshandlungen ist Nothwehr zulässig, vgl. namentlich Bünig, Strafrecht II 2 S. 766, und Oetler (vgl. Darß.) S. 207 ff.

⁶⁾ So auch die herrschende Meinung. Vdo. Oetler S. 23 ff., indem er den Ausdruck „rechtswidriger Angriff“ im Sinne von „nichtberechtigter Angriff“ auffaßt. Er rechtfertigt dies damit, daß man sich bei der Beurteilung der Frage auf den Standpunkt nicht des Angreifers, sondern des Vertheidigers stellen müsse. W. e. wäre das eine so unrichtig wie das andere. Es entscheidet lediglich der Inhalt der Rechtsgebote, und daß denen die Aktion des Thieres nicht widerspricht, ist wohl kaum zu verkennen. Daß man den keuzen Kassehund, der einen Kranten holt, oder das Pferd, das einige Früchte zu zerstreuen droht, nicht erschießen darf, entspricht der Menschlichkeit und der billigen Berücksichtigung des Eigentümers, und der Hinweis darauf, daß man ja in gleichem Falle einen Menschen erschießen dürfe, ist unzutreffend, denn dieser Satz ist nicht richtig (unten 3) und würde, wenn er richtig wäre, ein arges Mißgriff des Gesetzes sein, der nicht zur Umdeutung anderer sehr vernünftiger Vorschriften des Gesetzes benutzt werden dürfte.

⁷⁾ Wohl aber kann der Besitzer gegen jeden Angreifer, selbst gegen den mittelbaren Besitzer Nothwehr üben, denn er ist gegen jeden, auch gegen den, für den er besitz, im Besitze geschützt (§§ 801 ff.). Eine Ausnahme ergibt sich aus § 800 Abs. 2—4.

entwickelten Angriffstätigkeit zu bestimmen, vielmehr ist, da die Nothwehr den Schutz vor der Gefahr bezweckt, entscheidend, ob die Tätigkeit so weit gebiethen ist, daß die Gefahr unmittelbar bevorsteht, und ob der Schaden nicht bereits endgültig vereitelt oder endgültig eingetreten ist*).

Daß der durch den Angriff drohende Nachtheil zu dem durch die Nothwehrhandlung dem Angreifer zugefügten Abtheil im Verhältnis stehen müsse, ist im Gesetze nicht gesagt. Daraus darf aber nicht geschlossen werden, daß ohne Unterschied des Falles die schwerste Verletzung des Angreifers (wenn sie das einzige Mittel war, den Angriff abzuwehren) zulässig sei. Darf man ein fremdes Pferd nicht töten, um einen durch es drohenden geringen Schaden abzuwenden (§ 228), so kann im gleichen Falle die Tödtung eines Menschen unmöglich erlaubt sein, sie erscheint denn durch dessen nicht anders zu bestimmenden bösen Willen gerechtfertigt. Wenn das Gesetz hier die Abgrenzung unterläßt, so vertraut es auf die gesunde Vernunft und Menschlichkeit des Richters¹⁰⁾. Sehr schwere Verletzungen des Angreifers zum Schutze eines geringwertigen Gutes enthalten übrigens unter Umständen einen Verstoß gegen die guten Sitten, so daß ein Schadensersatzanspruch nach § 220 entsteht¹¹⁾.

4. Nothwehr ist nur die zur Abwehr des Angriffs erforderliche Verteidigung¹²⁾. Erforderlich aber ist, wenn mehrere gleich sichere Abwehrmittel zu Gebote stehen, nur das am wenigsten schädigende.

Die Verteidigung ist aber auch dann für erforderlich zu halten, wenn der Angriff ganz ohne Verteidigung vermieden werden kann, aber nur auf einem Wege oder durch Mittel, die dem Bedrohten überhaupt nicht (schimpfliche) Flucht oder wenigstens unter diesen Umständen nicht zugemutet sind¹³⁾. Für die Beurteilung dieser Frage ist auch das Verschulden des Angreifers von großer Bedeutung, denn dem vorläufigen Angriff gegenüber juristischweichen, wird dem Angegriffenen kaum jemals zugemutet werden können, weit eher schon dem schlüssigen und in noch höherem Maße dem schuldlosen Angriffe gegenüber, zumal wenn er von einem Unzurechnungsfähigen ausgeht.

5. Nothwehr liegt endlich nur insoweit vor, als die Abwehrhandlung sich gegen den Angreifer und die von ihm gebrauchten Mittel (also z. B. den von ihm gebrauchten Stod oder von ihm gehegten Hund) richtet, denn nur insoweit ist die Handlung Verteidigung. Kann also jemand einen Angriff

* Die Nothwehr kann also möglicherweise zulässig werden, bevor ein Verstoß im strafrechtlichen Sinne vorliegt, und zulässig bleiben, nachdem das in der Angriffshandlung liegende Verbrechen im strafrechtlichen Sinne bereits vollendet ist. Der erkappte Dieb, der die Patrone in den Hauf schießt, wird in Nothwehr erschossen, ebenso der Dieb, der mit der Wende entflieht und auf andere Weise nicht mehr verfolgt werden kann, RRG 111 S. 371, aber nicht der Dieb, der am anderen Tage mit der Sache betroffen wird, vgl. auch L. 3 § 9 D. de vi 43, 16. Nach RG in JurW 1905 S. 14 ist ein Angriff als noch fortbauend zu betrachten, solange eine Wiederholung der Angriffshandlung (Schuß) zu befürchten ist.

¹⁰⁾ Das hierdurch und durch die Schwierigkeit der Abgrenzung gerechtfertigte Schwächen des Gesetzes wird freilich bedenklich, wenn eine um das Ergebnis nicht sorgende Auslegung bereit ist, dem Gesetze auch das Unethische zuzutragen. Vgl. aber die Notwendigkeit einer Beschränkung in betriebl. Fällen auch das oben § 64 III 2 Gesagte. Ähnliche Gedanken, wie sie im Texte entwickelt sind, haben zur Aufstellung eines besonderen Begriffes, der sog. Unfugabwehr geführt, bei der die Schädigung durch die Abwehrhandlung nicht in allzu großem Verhältniß zu der drohenden Verletzung stehen dürfte; vgl. Oetler S. 294ff.

¹¹⁾ Oertmann § 227, 2 b 7; Ripp, Festg. f. Gierke S. 10; v. Tuhr III S. 687.

¹²⁾ Was erforderlich war, ist objektiv, nicht nach der Meinung des Angegriffenen zu bestimmen, RRG 84 S. 307.

¹³⁾ Vgl. auch RRG 84 S. 308.

zur Abwehr, daß er eine dritte unbeteiligte Person dem Angreifer entgegenstellt oder einem Dritten gehörige Sachen zur Abwehr benutzt, so ist die Handlung, soweit sie sich gegen diesen Dritten oder seine Sachen richtet, nicht in Notwehr, sondern im Notstande begangen und nach den dafür geltenden Grundsätzen zu beurteilen.

6. Die Voraussetzungen der Notwehr hat derjenige zu beweisen, der sich auf Notwehr beruft, um die Rechtmäßigkeit einer in der Regel widerrechtlichen Handlung zu begründen¹³⁾.

II. Die durch Notwehr gebotene Handlung ist nicht widerrechtlich (§ 227 Abs. 1). Sie kann also nicht wieder durch Notwehr abgewandt werden: gegen berechnigte Notwehr gibt es keine Notwehr. Sie macht ferner nicht nach § 328 schadensersatzpflichtig, denn dessen Vorschriften beziehen sich nur auf die widerrechtlichen Schadenszufügungen¹⁴⁾.

1. Geht die Verteidigungshandlung über das zur Abwehr Erforderliche hinaus, liegt also eine Überschreitung der Notwehr vor, so ist die Handlung insoweit widerrechtlich. Nach StGB § 53 Abs. 3 ist diese Überschreitung freilich nicht strafbar, „wenn der Täter in Bestürzung, Furcht oder Schrecken über die Grenzen der Verteidigung hinausgegangen ist“. Für die Frage der zivilrechtlichen Haftung aber ist lediglich entscheidend, ob die Überschreitung auf Fahrlässigkeit beruht¹⁵⁾, was in derartigen Fällen allerdings meist ausgeschlossen sein wird.

2. War der Fall der Notwehr nicht gegeben, sondern nur irrtümlich angenommen, so entsteht eine Schadensersatzpflicht nur, wenn der Irrtum auf Fahrlässigkeit beruht¹⁶⁾.

§ 222. Notstand*).

Der Begriff des Notstands des BG ist wesentlich von dem gleich benannten Begriff des Strafgesetzbuchs (§ 64) verschieden und muß auch von

¹³⁾ RG in SeuffW 63 S. 261.

¹⁴⁾ Handelt es sich aber um Notwehr gegen den Angriff eines Unzurechnungsfähigen und hätte der Angegriffene den Angriff schuldhaft (durch Reizung) hervorgerufen, so muß man nach der Analogie des § 228 eine Schadensersatzpflicht annehmen. Ebenso bei Notwehr gegen andere schuldlose (z. B. auf entschuldigbarem Irrtum beruhende) Angriffe, die der Angegriffene schuldhaft verursacht hat. Trifft beide Teile der Vorwurf einer Fahrlässigkeit, so ist § 254 entsprechend anzuwenden.

¹⁵⁾ RGZ 88 S. 120.

¹⁶⁾ RGZ 88 S. 120. Die Vorschrift des § 231 kann hier nicht analog angewandt werden. Zwar würde ihr Grundgedanke zutreffen (vgl. oben § 199); aber im Gesetzbuch selbst, nicht etwa nur in den Motiven und Kommissionsverhandlungen ist klar zum Ausdruck gekommen, daß diese Vorschrift sich nur auf den Fall des § 229, nicht auf die unmittelbar vorhergehenden §§ 227 und 228 beziehen soll.

* v. Tuhr, Der Notstand im Zivilrecht, 1888; Lips, Die Notstandsrechte im BG, 1897; Merkel, Kollision rechtmäßiger Interessen, 1898; Oetler in den zu § 221 angeführten Schriften; H. A. Fischer, Rechtswidrigkeit, 1911; J. Goldschmidt, Notstand, 1913; v. Tuhr III S. 569ff.; Guéz, JournS 68 S. 206ff.

ihm verschieden sein; denn das bürgerliche Recht hat die Frage zu beantworten, unter welchen Voraussetzungen man infolge einer drohenden Gefahr berechtigt sei, in die Rechtsgüter Dritter einzugreifen, das Strafgesetzbuch dagegen die Frage, wann der wegen der drohenden Gefahr erfolgte Eingriff straflos bleiben müsse. Der strafrechtliche Notstandsbegriff kann demnach in keiner Beziehung enger, muß dagegen in gewisser Richtung weiter sein als der zivilrechtliche. Liegt nämlich ein Notstandsfall des BGB vor, so ist, weil der Handlung das Moment der Widerrechtlichkeit fehlt, keine unerlaubte, also auch keine strafbare Handlung vorhanden. Wird dagegen die Handlung (im Strafgesetzbuch) nur für nicht strafbar erklärt, so ist dadurch keineswegs ausgesprochen, daß sie auch nicht verboten sei; denn es gibt zahlreiche Handlungen, welche durch öffentliches oder Privatrecht verboten sind, ohne daß die Übertretung des Verbotes mit Strafe bedroht wäre. Eine straflose Notstandshandlung, für die die Erfordernisse des privatrechtlichen Notstands nicht zutreffen, kann also sehr wohl privatrechtlich ein Delikt sein und wird auch in den meisten Fällen (wenn nicht etwa die Verantwortlichkeit mangelt) unter § 823 fallen¹⁾.

I. Notstand²⁾ ist die Zwangslage, in der man befugt ist³⁾, auf eine fremde Sache insofern einzuwirken, als es zur Verhütung eines drohenden Schadens notwendig ist. Erforderlich ist:

1. Eine einem Rechtsgut drohende gegenwärtige Gefahr. Daß die Gefahr dem Handelnden selbst drohe, ist ebensowenig wie bei der Nothwehr erforderlich; die Befugnis zur Notstandshandlung besteht auch zum Schutze Dritter; auch kommt nicht nur Lebens- oder Leibesgefährdung in

¹⁾ So auch die herrschende Ansicht. Dagegen nimmt Oeffter S. 79ff., vgl. Darß. S. 346ff., an, daß auch die nach StGB § 54 „nicht strafbaren“ Notstandshandlungen, welche nicht unter die §§ 228, 904 fallen, „nicht widerrechtlich“ seien und deshalb keine Schadensersatzpflicht nach § 823 begründen könnten. Allein aus der Nichtstrafbarkeit ist keineswegs auf die Erlaubtheit zu schließen (oben Text), und die Folgen der Oeffterschen Ansicht lassen sie als höchst bedenklich erscheinen. Wenn mir auf schmalen Alpenpfaden, wo kein Ausweichen oder Umkehren möglich, eine Kuh entgegenkommt und ich sie erschleie, so bin ich dem Eigentümer nach § 904 (die Gefahr droht nicht durch das Tier, sondern ergibt sich aus der ganzen Situation) erschlapplicht. Erschieße ich aber ebenda einen mir begegnenden Menschen, so soll ich (nach dem geltenden Rechte) seine Hinterbliebenen hungern lassen können?

²⁾ Die Notstandsfälle des BGB finden sich in den §§ 904 und 228. Der § 904 enthält den allgemeinen Tatbestand des Notstandes, während der § 228 nur den besonderen Fall behandelt, in dem die Gefahr durch die beschädigte oder zerstörte Sache selbst droht. Da hier sich nur in wenigen Beziehungen von den Normalfällen unterscheidet, so ist eine gemeinsame Darstellung und eine für beide Fälle passende Begriffsbestimmung wünschenswert.

³⁾ Für ein Recht im subjektiven Sinne ist diese Befugnis nicht zu halten, da sie nicht den Regeln über subjektive Privatrechte (bezüglich der Entstehung, des Untergangs, der Geltendmachung uvm.) untersteht (vgl. oben § 65 I 2). Ich habe daher den in der ersten Auflage gebrauchten Ausdruck Nothrecht (andere sagen Nothstandrecht) als möglicherweise irreführend seitdem vermieden.

Betracht, sondern die Gefährdung jedes Rechtsguts genügt. Gleichgültig ist endlich für den Notstandsbegriff die Quelle der Gefahr. Auch wenn sie auf dem Angriff eines Dritten beruht, sind, was die Einwirkung auf die (nicht dem Angreifer gehörige und nicht als Angriffsmittel benutzte) Sache betrifft, die Regeln über den Notstand, nicht die über die Notwehr anzuwenden.

2. Der durch die Gefahr drohende Schaden muß durch die Einwirkung auf die fremde Sache verhütet werden können, und diese Einwirkung muß zur Verhütung des Schadens erforderlich sein. Auch hier gilt das gleiche wie bei der Notwehr; insbesondere ist die Einwirkung nicht zulässig, wenn ein anderes ebenso sicheres Mittel zur Verhütung der Gefahr gegeben ist und dessen Anwendung geringeren Schaden verursachen würde.

3. In der Regel muß der drohende Schaden gegenüber dem Schaden, der dem Eigentümer oder sonstigen dinglich Berechtigten durch die Einwirkung auf die Sache zugefügt wird, unverhältnismäßig groß sein. Handelt es sich um die Gefährdung des Lebens, so wird das unverhältnismäßige Überwiegen stets anzunehmen sein; denn dem Leben gegenüber müssen alle Sachgüter für geringwertig gehalten werden. Dasselbe wird häufig bei drohenden Körperverletzungen anzunehmen sein, doch kann die Gefahr einer unbedeutenden Körperverletzung nicht immer die Aufopferung einer wertvollen fremden Sache rechtfertigen.

4. Eine Ausnahme dieser letzten Voraussetzung gilt aber nach § 228, wenn durch die beschädigte oder zerstörte Sache selbst^{*)} (z. B. durch ein Tier, einen Baum, ein brennendes Haus) eine Gefahr^{*)} droht. Dann ist nämlich nur erforderlich, daß der drohende Schaden nicht unverhältnismäßig kleiner ist als der durch die Zerstörung oder Verletzung dem Eigentümer zugefügte Schaden^{*)}. Hier wird aber auch ein ideales Interesse und die gesamte Lage des Bedrohten mit zu berücksichtigen sein. Daß mein

^{*)} Die Gefahr muß durch die Sache selbst, die als gleichsam angreifend gedacht wird, drohen, nicht etwa von Naturgewalten wie Sturm und Seeegang, die zwei Schiffe in die Gefahr des Zusammenstoßes bringen, RRG 88 S. 214f.; 71 S. 240ff.; Oester S. 271f. — Über die Frage der Anwendbarkeit der §§ 904 oder 228 auf Fälle, wo die Gefahr zunächst einer anderen Sache, z. B. dem zwischen meinem und dem brennenden Hause gelegenen Nachbarhause droht, durch dieses aber sicher auf mein Haus übertragen werden würde, vgl. Quack u. a. D. bes. S. 218ff.

^{*)} Der § 904 fordert eine gegenwärtige Gefahr, während § 228 nur von einer drohenden Gefahr spricht. Ein wesentlicher Unterschied ist dadurch nicht begründet, da die Einwirkung meist nur „erforderlich“ sein wird, wenn die Gefahr bereits gegenwärtig ist. Das gilt (was häufig übersehen wird) auch für das Fallenstellen gegen eindringende Tiere; denn wenn durch das Fallenstellen die Einwirkung auf das Tier erfolgt, ist die Gefahr bereits gegenwärtig. Ebenso handelt es sich, wenn fremde Stiegen auf dem Dachstuhl umherzuschleichen (Beispiel Brands), nur eine gegenwärtige Gefahr für die Stühlein.

^{*)} Ein Pferd darf nicht, weil es einige Früchte zu zerstören droht, getötet werden.

Wachtelhündchen von des Nachbarn Dogge zerrissen wird, brauche ich nicht zu dulden, wenn auch diese einen viel höheren Wert hat⁷⁾.

II. 1. Im Notstande ist jede erforderliche Einwirkung auf die fremde Sache (auch deren Zerstörung) nicht nur erlaubt, sondern berechtigt. Der Eigentümer darf also die Einwirkung nicht hindern. Daß von der Einwirkung auf eigene Sachen, an denen Rechte Dritter bestehen, das gleiche gilt, ist selbstverständlich. Nicht gestattet aber ist die Einwirkung auf andere Rechtsgüter, zumal auf Leib und Leben anderer.

2. Der Einwirkende ist aber in der Regel schadensersatzpflichtig, § 904, nicht etwa unter dem Gesichtspunkte des Delictis (das ist durch die Rechtmäßigkeit der Handlung ausgeschlossen), sondern weil er aus überwiegendem Interesse erlaubterweise fremde Rechte verletzt⁸⁾. Daher setzt die Schadensersatzpflicht weder Delictisfähigkeit noch Geschäftsfähigkeit voraus, und die kurze Verjährung der Delictisansprüche greift nicht Platz.

3. Drohte aber die Gefahr durch die zerstörte Sache selbst, so ist der Handelnde nur dann schadensersatzpflichtig, wenn er die Gefahr selbst verschuldet, z. B. den ihn bedrohenden Hund gereizt hat, § 228.

4. War der Fall des Notstandes nicht gegeben, sondern nur irrtümlich angenommen, so ist zu unterscheiden. Bei irrtümlicher Annahme einer von der verletzten Sache selbst drohenden Gefahr (§ 228) tritt eine Schadensersatzpflicht nur ein, wenn der Irrtum auf Fahrlässigkeit beruhte (§ 823)⁹⁾. In den übrigen Fällen dagegen kann die Ersatzpflicht, da sie selbst bei wirklich begründeter Gefahr vorgeschrieben ist (§ 904), unmöglich deshalb wegfallen, weil die Gefahr nicht einmal bestand¹⁰⁾.

§ 223. Selbsthilfe^{*)}

I. Unter Selbsthilfe verstehen wir die Sicherung oder die Befriedigung eines Anspruchs durch eigene Macht.

Die Selbsthilfe ist in frühen Zeiten der römischen wie der deutschen Rechtsentwicklung von höchster Bedeutung gewesen; ja es ist wahrscheinlich, daß der sachliche Rechtschutz insbesondere die Zwangsvollstreckung, sich in beiden Rechten aus einer an bestimmte

⁷⁾ Noch weniger braucht der Arbeiter zu dulden, daß sein unentbehrlicher Arbeitshand von einem schließlichen Kassehund zerrissen wird.

⁸⁾ Die Schadensersatzpflicht trifft also stets den Handelnden, auch wenn die Gefahr einem Dritten drohte und dieser durch die Handlung vor dem Schaden bewahrt blieb. So auch die herrschende Ansicht, vgl. z. B. Pönitz zu § 904, 4 b *ß*; Kiepler zu § 228, 2d; Dernburg § 79 II u. a.; abweichend Biermann zu § 904. Der Handelnde wird aber von dem vor dem Schaden Befürchteten Ersatz nach den Umständen des Austrags oder der Geschäftsführung ohne Auftrag verlangen können.

⁹⁾ Dafür spricht auch der Umkehrschluß aus § 231 (oben § 221 Anm. 16).

¹⁰⁾ Die Ersatzpflicht beruht also nicht auf einem Delict, sondern muß aus § 904 durch argumentum a fortiori gefolgert werden, Hueb, Dogm. 68 S. 229f.

^{*)} Friedemann, Selbsthilfe, 1898; Geyer, Pönitz 10 S. 38ff.; Ihs, Notstandsrechte, 1897; Euhlenbed, Selbsthilfe.

Formen und Voraussetzungen gekürzten Selbsthilfe entwickelt hat. Sobald aber der Gerichtshof voll ausgebildet und erkarrt ist, muß die Selbsthilfe zurücktreten; denn sie ist unvollkommen, da sie gegen den Stärkeren verlagert, und gefährlich als Störung des öffentlichen Friedens. Gleichwohl hat auch das neuere römische und das gemeine Recht ein allgemeines Selbsthilfeverbot nicht ausgesprochen; eine an sich widerrechtliche, zumal eine in den Besitz eingreifende Handlung wird nur dadurch nicht zu einer berechtigten, daß sie zur Rechtsverfolgung dient¹⁾.

Aber von dieser Regel muß es Ausnahmen geben, weil der staatliche Rechtshof häufig nicht schnell genug angerufen oder gewährt werden kann, um drohenden Schaden zu verhüten. Deshalb hat schon das römische²⁾ und gemeine Recht an sich widerrechtliche Selbsthilfehandlungen dann erlaubt, wenn ohne das sofortige Eingreifen Schaden droht und rechtzeitige obrigkeitliche Hilfe nicht zu erlangen ist. Auch das RG hat diesen Grundgedanken aufgenommen, es bestimmt aber die Voraussetzungen und Mittel der erlaubten Selbsthilfe genauer und mildert namentlich ihre Folgen: Die Selbsthilfe darf in den meisten und wichtigsten Fällen nicht bis zur Selbstverletzung gehen; sie ist in der Regel nicht eine Selbstvollstreckung, sondern nur eine vorläufige Sicherungsmaßregel, eine Vorstufe der gerichtlichen Sicherung und Vollstreckung eines Anspruchs³⁾.

II. Die Selbsthilfe setzt voraus, § 229:

1. einen privatrechtlichen⁴⁾ Anspruch, der gerichtliche Zwangs- oder Sicherungsmaßregeln zu begründen geeignet ist⁵⁾. Auch nichtfällige oder bedingte Ansprüche sind ausreichend, es sei denn, daß der bedingte Anspruch wegen Unwahrscheinlichkeit des Eintritts der Bedingung keinen gegenwärtigen Vermögenswert hat⁶⁾;

2. die Gefahr, daß die Verwirklichung des Anspruchs ohne das sofortige Eingreifen vereitelt oder wesentlich erschwert werde. Eine Gefahr unwiderbringlichen Verlustes wird nicht gefordert; es genügt jede wesentliche Erschwerung der Rechtsverfolgung;

¹⁾ Ferner bedrohte das Recht der Kaiserzeit einige besonders wichtige Fälle un-erlaubter Selbsthilfe mit Privatstrafen. Nach einem Decretum divi Marci und seinen Ausdehnungen verlor der Gläubiger, der den Schuldner eigenmächtig pfändete oder zur Zahlung zwang, seine Forderung. L. 7 D. ad. l. Jul. de vi priv. 49, 7; L. 12 § 1 u. L. 13 D. quod metus causa 4, 2; Nov. 52 c. 1; Nov. 134 c. 7. Das galt nicht nur bei körperlichem Zwange, sondern bei jeder Wegnahme ohne Erlaubnis des Schuldners und ohne gerichtliche Ermächtigung. L. 7, L. 13 cit. Ferner verlor nach L. 7 C. unde vi 8, 4 (vgl. § 1 J. de vi bon. rapt. 4, 2; § 6 J. de indert. 4, 15) der Eigentümer, der seine Sache dem juristischen Besitzer eigenmächtig und gewaltsam wegnahm, sein Eigentum zugunsten des Besitzers; nur er nicht Eigentümer, so mußte er neben der Sache noch deren Wert herausgeben. Schon die neuere Praxis hielt diese Strafbestimmungen (wenn auch mit nicht zutreffender, irrig auf das Strafgesetzbuch gestützter Motivierung) für unanwendbar, und das RG hat sie nicht aufgenommen.

²⁾ L. 10 § 16 D. quae in fraud. cred. 42, 8.

³⁾ Daß die sehr verbreitete Bezeichnung der Selbsthilfe als einer Vollstreckung in den wichtigsten Fällen nicht zutrifft, geht aus dem im Texte unter III. 1—3 Gesagten ohne weiteres hervor.

⁴⁾ Wegen öffentlich-rechtlicher Ansprüche gegen den Staat gibt es keine Selbsthilfe, RGZ in Straß. 22 S. 300; 26 S. 151; Heber S. 58.

⁵⁾ Das ergibt sich daraus, daß die Selbsthilfe nur an die Stelle der tatsächlich nicht zu erlangenden obrigkeitlichen Hilfe tritt, und es wird durch die Vorchrift bestätigt, daß bei der Selbsthilfe durch Wegnahme von Sachen oder Festnahme des Schuldners alsbald Arrestantrag gestellt werden muß (Text III).

⁶⁾ Arg. § 916 BGB.

3. daß obrigkeitliche (gerichtliche, polizeiliche ufm.) Hilfe nicht rechtzeitig zu erlangen ist.

Alle diese Voraussetzungen müssen wirklich vorhanden sein; ihre irrige, wenn auch noch so entschuldbare Annahme kann kein Recht der Selbsthilfe begründen⁷⁾. Sie sind ferner zwingenden Rechts; die Vereinbarung eines weitergehenden Selbsthilferechts, insbesondere die sog. Pfändungsklausel, kann ein Recht zu Selbsthilfehandlungen nicht begründen⁸⁾.

III. Gegen die angegebenen Voraussetzungen vor, so kann die Selbsthilfe nach § 229 ausgeübt werden insbesondere:

1. durch Wegnahme von Sachen. Alsobald nach der Wegnahme muß aber entweder die Zwangsvollstreckung, wenn sie wegen des Anspruchs bereits zulässig ist, betrieben oder der dingliche Arrest beantragt werden, § 230 Abs. 2. Wird der Arrestantrag verzögert oder abgelehnt, so muß die Sache unverzüglich zurückgegeben werden, § 230 Abs. 4.

Aus der Notwendigkeit des Zwangsvollstreckungsbetriebs oder des Arrestantrags ergibt sich, daß die Selbsthilfe durch Wegnahme von Sachen nicht nur von den allgemeinen Selbsthilfevoraussetzungen (oben § II) abhängt, sondern auch den Schranken unterliegt, welche der Zwangsvollstreckung in körperliche Sachen und dem dinglichen Arreste gesetzt sind. Sie kann daher nur stattfinden wegen eines auf die weggenommene Sache selbst gerichteten Anspruchs (ZPO §§ 883ff.) oder wegen einer Geldforderung oder eines Anspruchs, der in eine Geldforderung übergehen kann (ZPO § 916). Sie ist nicht zulässig, um solche Handlungen zu erzwingen, bezüglich deren Vollstreckungszwang ausgeschlossen ist, wie die Herstellung des ehelichen Lebens und persönliche Dienstleistungen (ZPO § 888 Abs. 2⁹⁾). Sie bezieht sich endlich nicht auf die der Zwangsvollstreckung entzogenen Sachen (ZPO § 811).

2. durch Festnahme des Verpflichteten¹⁰⁾. Diese ist aber nur bei Fluchtverdacht erlaubt, also z. B. nicht wegen des Verdachtes, daß er Sachen, die zur Befriedigung dienen könnten, beiseite schaffen werde. Alsobald nach der Festnahme ist bei dem Amtsgerichte, in dessen Bezirke die Festnahme erfolgt ist, der persönliche Sicherheitsarrest gegen den Verpflichteten zu beantragen und dieser dem Amtsgericht unverzüglich vorzuführen, § 230 Abs. 3. Bei Verzögerung oder Ablehnung des Arrestantrages muß der Schuldner unverzüglich freigelassen werden, § 230 Abs. 4, widrigenfalls sich der Gläubiger der Freiheitsberaubung schuldig (StrGB § 239) und schadensersatzpflichtig macht (§ 823).

⁷⁾ Daraus folgt, daß gegen die unrechtmäßige Selbsthilfehandlung Notwehr zulässig ist.

⁸⁾ RWG in Straff. 7 S. 64; Benbt, DogmZ 21 S. 265ff.; Lise S. 126; Heyer S. 61. Allerdings kann eine Verpflichtung zur Duldung solcher Handlungen übernommen werden, diese aber ist dann doch nur im Rechtswege (durch Klage und Zwangsvollstreckung) verfolgbar.

⁹⁾ RWG in Straff. 23 S. 358.

¹⁰⁾ Statt der Festnahme sind auch geringere Freiheitsbeschränkungen erlaubt wie Einschließen, Wegnahme von Kleidern, Hälften, Fahrkarten ufm., aber nur unter den für die Festnahme gesetzten Voraussetzungen, Heyer S. 68.

Aus der Nothwendigkeit des Arrestantrags ergibt sich, daß die persönliche Festnahme nur wegen Gefährdungen und wegen möglicherweise in eine solche übergehender Ansprüche und nur bei Gefährdung der Zwangsvollstreckung in das Vermögen zulässig ist (BGB §§ 916, 918).

3. durch Zerstörung oder Beschädigung einer Sache, z. B. durch Zerschneiden der Stränge des Wagens oder der Schläuche des Kraftfahrzeuges, auf dem der Schuldner seine Sachen fortschaffen will.

4. durch Beseitigung des Widerstandes gegen eine Handlung; man zwingt z. B. den Verpflichteten, das Vertreten seines Grundstücks, das Durchsuchen seiner Wohnung, das Ziehen seines Wehrs bei Hochwassergefahr zu dulden oder gegen die Wegschaffung unserer Sachen aus der bei ihm gemieteten Wohnung keinen Widerstand zu leisten.

Daß der Selbsthilfeberechtignte sich der Beihilfe anderer bedienen kann, daß ferner gelegliche Vertreter und Bevollmächtigte für ihn Selbsthilfe üben können, ist nicht zu bezweifeln. Dagegen wird ausnahmslose Vertretung nur im Falle nachfolgender Genehmigung als gerechtfertigt angesehen werden dürfen⁴¹⁾.

IV. Alle Selbsthilfehandlungen sind aber nur insoweit zulässig, als sie zur Abwendung der Gefahr erforderlich waren, § 230 Abs. 1. Es genügt nicht, daß die Handlung für erforderlich gehalten wurde.

V. Fehlte der Selbsthilfe eine ihrer Voraussetzungen, so ist der Handelnde schadensersatzpflichtig, auch wenn sein Irrtum nicht auf Fahrlässigkeit beruhte⁴²⁾. Selbsthilfe kann demnach nur auf eigene Gefahr geübt werden, § 231 (vgl. oben § 199 III 1).

VI. Besondere Selbsthilferechte, für welche abweichende Voraussetzungen gelten, gibt das BGB dem Besitzer (§§ 859 Abs. 2—4, 860); ferner dem Vermieter und Pächter eines Grundstücks zur Ausübung des Pfandrechts an den eingebrachten Sachen und bei verpackten landwirtschaftlichen Grundstücken an den Früchten (§§ 561, 581, 585); sodann dem Grundeigentümer bezüglich der überragenden Wurzeln und Zweige (§ 910). Endlich kann man auch das Recht der Verfolgung eines Dienenschwarms auf fremden Grundstücken (§ 902) hieher rechnen. Partikularrechtlich gehört hierher das Pfändungsrecht, das, soweit es die Pfändung von Sachen zum Schutze der Grundstücke und ihrer Erzeugnisse erlaubt, durch Art. 89 GG aufrecht erhalten ist.

§ 224. 3. Sicherheitsleistung.

I. Sicherheitsleistung ist die Sicherung der Verwirklichung eines gegenwärtigen oder zukünftigen (auch eines noch ungewissen) Anspruchs durch Rechtsgechäft.

⁴¹⁾ Erfolgt die Genehmigung nicht, so ist also der Handelnde dem Gegner schadensersatzpflichtig. Ubrigens ist das Gelegte Streitig. Lohr S. 121 löst die Selbsthilfe Rest 30; dagegen sprechen die von den §§ 227, 228 („oder einem andern“) abweichende Fassung des § 229 sowie die Bedenken, die einer Zulassung angewildeten Eingreifens in fremde Angelegenheiten entgegenstehen. Andere wollen die Selbsthilfe durch Auftragsgehilfe ganz ausschließen. Oertmann und WPKomm zu § 229. Wie oben Pfand u. Rehdem.

⁴²⁾ Bei Deliktsunfähigkeit wird man freilich auch hier keine Haftung annehmen dürfen; denn wenn z. B. ein Geisteskranker wegen Wegnahme fremder Sachen überhaupt nicht haftet, wird er auch nicht haften dürfen, wenn er sie in der Meinung, Selbsthilfe zu üben, wegnahm (doch wird § 829 analoge Anwendung finden können).

Andere Sicherungsmittel fallen nicht unter den Begriff der Sicherheitsleistung, so die Vereinbarung einer Vertragsstrafe (§§ 339ff.), die Eintragung einer Vormerkung ins Grundbuch (§§ 883ff.), die Eintragung eines Widerspruchs gegen die Richtigkeit des Grundbuchs (§ 899) sowie die zur Sicherung eines Anspruchs dienenden richterlichen Verfügungen, Arrest und einstweilige Verfügung; ebenso wenig endlich die Rechtsgeschäfte, die den Anspruch nur gegen Bestreitung schützen, ohne seine Verwirklichung (insbesondere gegen die Gefahr der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners) zu sichern, die sog. Verfallautomaten des gemeinen Rechts (Anerkennungsvertrag und Beschlagsstellung).

II. Im allgemeinen ist die Frage, ob und durch welche Mittel man Sicherheit leisten oder empfangen will, der freien Vereinbarung der beteiligten Personen überlassen. Ist aber, sei es durch Rechtsgeschäft, richterliche Verfügung oder direkt nach gesetzlicher Vorschrift¹⁾ eine Pflicht zur Sicherheitsleistung begründet (*cautio necessaria*), oder ist eine Befugnis²⁾ oder die Abwendung eines Rechts des Gegners³⁾, insbesondere einer Einrede⁴⁾, nach gesetzlicher, geschäftlicher oder richterlicher Bestimmung von einer Sicherheitsleistung abhängig, so bedarf es gesetzlicher Vorschriften über die Art und das Maß der Sicherheitsleistung sowie über ihre Ergänzung im Falle des Ungenügendwerdens. Diese Vorschriften, die freilich nur zur Anwendung kommen, soweit im Einzelfall nicht etwas anderes (durch das Gesetz, die richterliche Verfügung, das Rechtsgeschäft) bestimmt ist, sind in den §§ 232—240 enthalten. Nach ihnen kann die Sicherheit nach Wahl des Schuldners in fünffach verschiedener Form geleistet werden⁵⁾, denen sich als letzte, nur subsidiär zulässige die Bürgschaftsbestellung anreicht.

I. Durch Hinterlegung von Geld⁶⁾ oder auf den Inhaber lautenden Wertpapieren⁷⁾, welche einen Kurswert haben und in denen Münzelgeld angelegt werden darf⁸⁾. Den Inhaberpapieren stehen gleich Orderpapiere, welche mit Blankoinbassament versehen sind⁹⁾. Mit den Wertpapieren sind die Zins-, Renten-, Gewinnanteil- und Erneuerungsscheine zu hinterlegen. Durch Wertpapiere kann indes nur Sicherheit ge-

¹⁾ So in §. 9. Der Nießbraucher unter Umständen zur Sicherheitsleistung verpflichtet (§§ 1039, 1051, 1067); ferner unter Umständen der Ehefrau wegen des eingebrachten Gutes der Ehefrau (§ 1391), der geschiedene Ehegatte wegen der Unterhaltungsspflicht (§ 1580); vgl. ferner §§ 843, 1008, 1844, 2128.

²⁾ §. 9. Ein Wegnahmerecht (§ 258); andere Beispiele in §§ 52, 509, 1218, 1886, 2271.
³⁾ §. 9. der Geldentwähmung des Pfandrechts des Vermieters (§ 502); andere Beispiele in §§ 257, 738, 775, 807, 1290.

⁴⁾ §. 9. der Einrede des Rückbehaltungsrechts (§ 273 Abs. 3; vgl. ferner §§ 321, 811).

⁵⁾ Beschränkungen gelten für Sicherheitsleistungen wegen des Darlehens bei der Zwangsversteigerung, ZOBG § 69.

⁶⁾ Unter Geld dürfte hier Geld im weiteren Sinne, Bankgeld (welches am Zahlungsorte tatsächlich Kurs hat), zu verstehen sein (oben § 116 II c), vgl. auch DVORÉ II S. 64. A. A. auf Grund einer nur in den Motiven enthaltenen Unterscheidung § 10 und § 233.

⁷⁾ Vgl. oben § 117.

⁸⁾ Darüber vgl. § 1807 Abs. 1 Nr. 2—4 und Art. 212.

⁹⁾ Münzelsicherheit ist hier ebenfalls erforderlich, wie sich aus der Gleichstellung ergibt.

leistet werden bis zu $\frac{3}{4}$ ihres Kurswerts, §§ 232, 234¹⁰⁾. Durch die Hinterlegung erwirbt der Berechtigte ein Pfandrecht an dem Gelde oder den Wertpapieren; wenn aber das Geld oder die Wertpapiere nach landesrechtlicher Vorschrift in das Eigentum des Fiskus oder der Hinterlegungsstelle übergehen, ein Pfandrecht an der Forderung auf Rückerstattung, § 233, Art. 145. Der Hinterlegende bleibt übrigens zum Umtausch berechtigt, § 235.

2. Durch Verpfändung von Forderungen, welche in das Reichsschuldbuch oder in das Staatsschuldbuch eines Bundesstaats¹¹⁾ (Landes) eingetragen sind, bis zur Höhe von $\frac{3}{4}$ des Kurswerts der entsprechenden Wertpapiere, §§ 232 u. 236¹²⁾.

3. Durch Verpfändung von beweglichen Sachen bis zu $\frac{2}{3}$ ihres Schätzwertes. Verderbliche oder schwer aufzubewahrende Sachen können zurückgewiesen werden, §§ 232 u. 237.

4. Durch Bestellung von Hypotheken an inländischen Grundstücken unter denjenigen Voraussetzungen, welche nach den am Orte der Sicherheitsleistung geltenden Landesgesetzen für Mündelgelddanlagen gelten¹³⁾, also namentlich nur innerhalb der für diese etwa geltenden Sicherheitsgrenze, § 232. Es genügt natürlich eine Sicherungshypothek, und eine solche wird man in der Regel wählen.

5. Durch Verpfändung einer Hypothekenforderung, Grundschuld- oder Rentenschuld an inländischen Grundstücken, Mündelsicherheit vorausgesetzt, §§ 232 u. 238. Die Verpfändung einer nur durch Sicherungshypothek gesicherten Forderung genügt aber nicht; denn bei einer solchen hängt das Bestehen der Hypothek von der Forderung ab, deren Bestehen durch den öffentlichen Glauben des Grundbuchs nicht gedeckt wird (§ 1184). Was mündelsicher sei, ist nach dem Orte der Sicherheitsleistung¹⁴⁾, nicht nach dem Orte, wo das Grundstück liegt, zu beurteilen.

III. Im Nothfall, wenn der Verpflichtete durch keins der angegebenen Mittel Sicherheit leisten kann, ist die Bestellung eines tauglichen

¹⁰⁾ Jedoch im Falle des Bro39 § 69 bis zur vollen Höhe des Kurswerts.

¹¹⁾ Staatsschuldbücher besitzen in Preußen, Bayern, Sachsen, Württemberg, Baden, Hessen, Sachsen-Weimar, Oldenburg, Sachsen-Coburg, Bremen und Hamburg.

¹²⁾ Vgl. Reichsschuldbuch v. 31. Mai 1891 u. 28. Juni 1904; Pr. Staatsschuldbuch v. 20. Juni 1883, 12. April 1886, 8. Juni 1891; Sächs. G. v. 27. März 1898 u. ff.

¹³⁾ Die Beschränkung auf mündelsichere Hypotheken beruht auf § 238 Abs. 1. Zwar trifft dessen Wortlaut nur die Hypothekenforderung, also den Fall der Verpfändung einer schon bestehenden Hypothekenforderung. Das gleiche muß aber natürlich auch für die Hypothek gelten, die für die zu sichernde Forderung selbst bestellt wird (vgl. auch unten Anm. 14).

¹⁴⁾ Unter „Ort der Sicherheitsleistung“ ist hier der Ort zu verstehen, dessen Recht für den Anspruch auf Sicherheitsleistung oder für das von der Sicherheitsleistung abhängige oder durch sie abzunehmende Recht maßgebend ist. Teilweise übereinstimmend hülher zu § 238; abweichend Bland zu § 238.

Bürgen zulässig¹⁵⁾, d. h. eines solchen, der ein der Sicherheitsleistung angemessenes Vermögen besitzt¹⁶⁾ und seinen allgemeinen Gerichtsstand im Inlande (d. h. im Deutschen Reiche) hat. Die Bürgschaftserklärung muß den Verzicht auf die Einrede der Vorausklage enthalten, §§ 232 u. 233¹⁷⁾.

IV. Wird die geleistete Sicherheit ohne Verschulden des Berechtigten unzureichend oder untanglich, so ist sie zu ergänzen „oder anderweitig Sicherheit zu leisten“, § 240¹⁸⁾. Hier hat also der Schuldner das Recht, die Art der Sicherheitsleistung zu ändern, was ihm sonst (abgesehen von dem Umtauschrecht bei Geld und Wertpapieren) nicht zusteht. Natürlich kann der Berechtigte diesen Wechsel hindern, indem er die noch verbleibende Sicherheit als genügend gelten läßt.

V. Gesetzliche Ansprüche auf Sicherheitsleistung sind nicht etwa alternative Ansprüche auf eine der fünf Formen der Sicherheitsleistung, sondern gehen nur auf Sicherstellung schlechthin. Die dem Schuldner zustehende Wahl unter den verschiedenen Formen der Erfüllung wird also nicht durch Erklärung gegenüber dem Gläubiger (§ 263), sondern erst durch die Bestellung der Sicherheit ausgeübt; und nur auf die Bestellung der Sicherheit (bis zu einer bestimmten Höhe) wird der Schuldner verurteilt. Läßt der Schuldner es aber zur Zwangsvollstreckung kommen, so ist nach Analogie des § 264 Abs. 1 anzunehmen, daß der Gläubiger diese auf eine bestimmte der zulässigen Formen richten, der Schuldner sich jedoch, bevor die Sicherheit bestellt ist, noch durch eine der anderen Formen befrelen kann.

VI. Ueberhört bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften über die nach öffentlichem Recht wegen einer Amtsführung¹⁹⁾ oder eines Gewerbebetriebes erfolgten Sicherheitsleistungen (Art. 90) sowie die landesgesetzlichen Vorschriften, nach denen der Fiskus, öffentliche Körperschaften und öffentliche oder unter Verwaltung einer Behörde stehende Stiftungen und Anstalten für gewisse Forderungen (z. B. Ausgaben) die Eintragung einer Sicherungshypothek verlangen können (Art. 91).

¹⁵⁾ Schlechthin ungenügend ist aber die Sicherstellung durch Bürgen in den Fällen der §§ 273 Abs. 3 und 1218 Abs. 1.

¹⁶⁾ Wie die Prot. I S. 270 mit Recht bemerken, sind regelmäßig wiederkehrende Einkünfte als Vermögensbestandteile zu betrachten.

¹⁷⁾ Da die Bürgschaftserklärung in der Regel schriftlich sein muß (§ 766), so ergibt sich das Erfordernis der Schriftlichkeit ebenso auch für die Verzichtserklärung. Nachholung des Verzichts soll aber durch die Fassung des § 239 Abs. 2 schwerlich ausgeschlossen werden.

¹⁸⁾ Das wird analog auch anzunehmen sein, wenn die geleistete Sicherheit von Anfang an ungenügend war und nicht etwa ein Verzicht vorliegt (bestritten).

¹⁹⁾ In manchen Staaten ist die Verpflichtung der Beamten zur Kautionleistung aber aufgehoben, so in Preußen durch G. v. 7. März 1898 (jedoch mit Ausnahmen); ähnlich in Bayern, Sachsen und Württemberg. Ebenso für die Reichsbeamten, jedoch mit Ausnahme der Reichsbankbeamten, durch G. v. 20. Februar 1899.

Gesetzregister.

Die Zahlen verweisen auf die Paragraphen des Lehrbuchs und ihre Unterabteilungen,
die kleinen Zahlen auf die Anmerkungen.

I. I. Bürgerl. Gesetzbuch.	§§	§§	§§
	46	107 I, 134 ^a , 133 ^a .	88
	47	106 II, 107.	90
	48	107 II.	91
	49	107 I, II.	92
	50, 51	107 II.	93, 94
	52	107 II, 224 ^a .	96
	53	107 II.	98
	54	109, 113 ^b , 125 I, 172 ¹¹⁻¹² .	97
	55	100 I.	98
	56	100 III, VI.	99
	57	51 I, 93 IV, 100 III, VI, 101 ^a .	100
	58	100 III, VI, 104, 106 ^a .	101
	59	100 III, VI, 101 II.	102
	60	100 III.	103
	61	100 IV.	104—115
	62	97 ^a , 100 IV.	104
	63	100 IV.	106
	64	93 IV, 100 V, 102, 104 ^a .	107 ff.
	65	93 IV, 100 ^a V.	107
	66	100 V.	108
	67	102.	109
	68	102, 127 ^a .	110
	69	102.	111
	70	102 ^a , 104.	112, 113
	71	13 VII, IX, 106 ^a .	114
	72	100 ^a .	115
	73	106 I, III.	116—124
	74	106 III.	116
	75	107 ^a , ¹⁰ .	117
	76	100 I, 147 IV.	118
	77	100 I.	119
	78, 79	14 ^a , 43 I, II, 110 III.	120
	80	110 III, 146 II.	121
	81	110 IV, 124 ^a , II.	122
	82	110 III.	123
	83	68 ^a , 116 ¹¹ , IV.	124
	84	111 pr., IV, V.	125
	85	96 III, 103, 110 III, 111 I, IV, 168 I, 172 ^a .	126
	86	111 III, 124 ^a .	127
	87	111 IV, 124 ^a .	128
	88	14 ^a , 96 III, 97 II.	129
	89	103, 112 II, 113 I.	130
	90		131
1	76 ^a , 77.		132
2	83 II.		133
3	43 ^a , I, II, 84 II.		134
4, 5	84 II.		135
6	86.		136
7	89 II, III.		137
8	89 II, 194 I t.		138
9	88 IV, 89.		139
10	82, 89.		140
11	89 II.		141
12	71 I, 93, 106 III.		142
14	79 I.		143
15	79 I, 88 IV.		144
16	51 ^a , 79 I.		145
17	79 I.		146
18, 19	80 I.		147
20	75 III.		148
21	100.		149
22	43 I, II, 90 V, 100 ^a , ⁸ .		150
23	99 V, 113 ^a .		151
24	101 II.		152
25	101 I.		153
26	102, 110 III, 111 I, 168 I.		154
27	53 ¹¹ , 87 ^a , 102, 103, 107 II, 111 I, 172 ^a .		155
28, 29	102, 111 I.		156
30	102, 111 I, 168 I.		157
31	96 III, 103, 107 II, 109 III, 111 I, 112 II.		158
32	102, 104, 114 ^a , 146 II.		159
33	104, 105 IV, 109 ^a , 146 II.		160
34	102, 104.		161
35	105 IV.		162
36	104.		163
37	104, 146 II.		164
38	105 II.		165
39	105 V.		166
40	102, 103, 104.		167
41	106 I.		168
42	106 III, 107, II, 111 IV.		169
43	104 ¹² , 106 II.		170
44	106 II.		171
45	106 II, 107 I, 124 ^a .		172
			173
			174
			175
			176
			177
			178
			179
			180
			181
			182
			183
			184
			185
			186
			187
			188
			189
			190
			191
			192
			193
			194
			195
			196
			197
			198
			199
			200
			201
			202
			203
			204
			205
			206
			207
			208
			209
			210
			211
			212
			213
			214
			215
			216
			217
			218
			219
			220
			221
			222
			223
			224
			225
			226
			227
			228
			229
			230
			231
			232
			233
			234
			235
			236
			237
			238
			239
			240
			241
			242
			243
			244
			245
			246
			247
			248
			249
			250
			251
			252
			253
			254
			255
			256
			257
			258
			259
			260
			261
			262
			263
			264
			265
			266
			267
			268
			269
			270
			271
			272
			273
			274
			275
			276
			277
			278
			279
			280
			281
			282
			283
			284
			285
			286
			287
			288
			289
			290
			291
			292
			293
			294
			295
			296
			297
			298
			299
			300

88	89	90	91	92	
122	51 I, 153 ¹¹ , 153 II, 158 ¹² , 159, 162 ¹³ , 163 ¹⁴ , 165 III, 166 I, 169 ¹⁵ , 193 I, III, 199 IV.	157	38 II, 33 ¹⁶ , 158 II, 193 III.	202	207 I, 208 I, 215 II, 163 I, 200 II, 215 II, 216 II, 215 I, 162 ¹⁷ , 163 I, 215 III, 163 I, 215 III, 128 III 2b, 216 A, 216 I, II, 211 III, 216, 216 I, II, 130 I, 131 I, 217, 207 I, 208 I, II, 218 II, III, 139 II, 208 II, 218 III, 218 IV, 211 I, 218 ¹⁸ , 220, 221, 223 ¹⁹ , 221, 222, 223 ²⁰ , 198 II, 221 ²¹ , 223 II, III, 223 III, IV, 103, 128 III ²² , 107 ²³ , 190 III, 221 ²⁴ , 223 V, 116 II, 224, 72 I A, 224 II, 224 II, 224 III, 224 IV, 71 ²⁵ , 38 II, 53 ²⁶ , 202 III, 206 III, 220 ²⁷ , 144 ²⁸ , 45 IV, 177 ²⁹ , 118 ³⁰ , 164 I, 170 ³¹ , 118 ³² , 128 III 2ay, 118 ³³ , 149 ³⁴ , 150 ³⁵ , 198 ³⁶ , 221 ³⁷ , 204 ³⁸ , 208 ³⁹ , 114 ⁴⁰ , 224 ⁴¹ , 118 ⁴² , 224 ⁴³ , 208 ⁴⁴ , 114 ⁴⁵ , 203 ⁴⁶ , 203 ⁴⁷ , 219 ⁴⁸ , 224 V, 128 III 2aa, 224 V, 189 IV, 51 I, 89 I, 80 I, 116 II, 75 ⁴⁹ , 186 I ⁵⁰ , 202 ⁵¹ , 186 ⁵² , 114 ⁵³ , 120 V, 161 II, 208 ⁵⁴ , 218 V, 224 ⁵⁵ , ⁵⁶ , 208 I, 38 II, 45 IV, 177 ⁵⁷ , 178 III, 195 IV, 197 I.
123	60 ⁵⁸ , 127 ⁵⁹ , 136 A ⁶⁰ , 160 II, 161, 162.	159	161 III, 185 II.	203	
124	127 ⁶¹ , 160 II, 163, 164 ⁶² , 190 III.	160	185 I.	204	
125	145 III, 148 III, 154 IV, 189 ⁶³ .	161	114 ⁶⁴ , 132 ⁶⁵ , 135 ⁶⁶ , 1, 185 II, 186 III, 53 ⁶⁷ , 149 ⁶⁸ , 183 III, 135 ⁶⁹ , 184 III, 186, 187 II.	205	
126	110 III, 146 I.	162	78 ⁷⁰ , 144 ⁷¹ , 166, 167 II, 169 I.	206	
127	148 II.	163	166 I.	207	
128	147 I.	164	169, 171, 191 I.	208	
129	147 IV.	165	171 II, 190 ⁷² .	209	
130	127 ⁷³ , 136 ⁷⁴ , 149 ⁷⁵ II, 160, 151.	166	171 II, 173, 174, 189 ⁷⁶ , 190 ⁷⁷ , 191 I.	210	
131	144 ⁷⁸ , 151, 171 ⁷⁹ , 191 I.	167	73 II, 174.	211	
132	127 ⁸⁰ , 151, 190 ⁸¹ .	168	171 ⁸² , 174, 190 III, 191 I.	212	
133	158 II, 192.	169	128 III 2b, 171 II, 173 ⁸³ , 174, 190 III, 191 I, 194 I ⁸⁴ .	213	
134	128 ⁸⁵ , 135 II 177, 189 ⁸⁶ .	170	166, 171 II, 174, 190 III, 191 I.	214	
135	114 ⁸⁷ , 132 ⁸⁸ , 135.	171	128 III 2b, 171 ⁸⁹ , 173 ⁹⁰ , 174, 190 III, 191 I, 194 I ⁹¹ .	215	
136, 137	135 II.	172	166, 171 II, 174, 190 III, 191 I.	216	
138	57 II, 123 ⁹² , 161 I, 178, 179, 188, 189 ⁹³ .	173	128 III 2b, 171 ⁹⁴ , 174, 189 ⁹⁵ .	217	
139	99 ⁹⁶ , 145 III, 162 I ⁹⁷ , 163 II, 170 I, 171 ⁹⁸ , 178 II, 189 IV, 190 II, III, 192 V.	174	170 ⁹⁹ , 172, 189 ¹⁰⁰ .	218	
140	189 V.	175, 176	174.	219	
141	189 I.	177	128 III 2a + 144 III, 166 II, 170 I, 182 ¹⁰¹ , 191 I, II.	220	
142	75, 168 IV, 163 II, 190 II, III.	178	170 I ¹⁰² , 182 ¹⁰³ , 190 ¹⁰⁴ , 191 II, 109 ¹⁰⁵ , 128 III, 170 ¹⁰⁶ I, 172, 190 III, 199 IV.	221	
143	136 ¹⁰⁷ , A, 163 I, 190 III.	179	127 ¹⁰⁷ , 170 II, 191 III, 194 I 3a.	222	
144	190 III.	180	51 ¹⁰⁸ , 168 III, 172 ¹⁰⁹ , 143 I, 170 I, 191 I.	223	
145	152 III.	181	51 I, 143 I, 191 I.	224	
146	136 ¹¹⁰ , 152 II, III.	182	51 I ¹¹⁰ , 135 I, 143 I, II, 191 II.	225	
147	149 ¹¹¹ , 152 II.	183	114 ¹¹¹ , 191 I, III.	226	
148	152 II.	184	13 I, 45 II, 201 I.	227	
149	128 III, 152 ¹¹² , 153 III 2b.	185	45 ¹¹² , 79 ¹¹³ , 83 ¹¹⁴ , 202 III.	228	
150	162 pr., 163 II, III.	186	79 ¹¹⁵ , 83 ¹¹⁶ , 202 I, III.	229	
151	38 II, 51 ¹¹⁷ , 134 ¹¹⁸ , 130 ¹¹⁹ , 137 II, 149 A, 162 II, 153 I, 169.	187	202 I.	230	
152	137 II, 147 I, 149 A, 152 II, 153 I, 169.	188	202 I.	231	
153	143 ¹²⁰ , 152 III.	189	202 III.	232	
154	145 III, 148 III, 154 I, IV.	190	202 I.	233	
155	154 II, IV.	191, 192	202 II.	234	
156	45 II, 152 I.	193	202 II.	235	
		194	203, 212.	236	
		195	214 pr.	237	
		196	214 I, V, 216 ¹²¹ .	238	
		197	214 I, V, 216 ¹²² .	239	
		198-200	213.	240	
		201	214 I, II, 215 ¹²³ , 216 ¹²⁴ .	241	

277	195 IV, 197 III.	38		85	
278	103, 168 ² , 185 IV.	39		86	128 III 2aα.
292	120 ¹² .	40		87	127 ² , 211 III, 223 VI.
295	128 III 2αγ.	41		88	294 ² .
301	116 II.	42		89	45 ¹² II, 145 ² , 146 II, 180 ¹² , II.
302	120 ¹² .	43		90	127 ² , 144 III.
303	128 III 2αβ.	44		91	88 IV, 89 I.
305	45 ² .	45		92	56 I, 127 I.
306	189 ² .	46		93	13 VII.
307	170 ² .	47		94	199 IV.
309	177 I.	48		95	45 ¹² , 114 ² , 120 II, 146 II, 223 VI.
310	178 ² .	49		96	115 I.
311	45 ¹² , 133 ² , 145 ¹² , 147 I.	50		97	223 VI.
312	45 ¹² , 147 I.	51		98	114 ² .
313	45 ¹² , 145 III, 147 I, 163 ¹² , 181 IV, 180 ¹² .	52		99	72 I A.
314	119 III.	53		100	121 ² , "
315	53 ² , 206 ² .	54		101	115 I.
317	53 ² , 105 ² .	55		102	114 ² .
318	190 III.	56		103	115 II.
319	53 ² , 105 ² , 206 ² .	57		104	144 III.
320	53 ² , 208 ² III, 218 V, 220 ² .	58		105	45 IV, 57 II, 62 ² , 71 ¹² .
321	208 ² , 224 ² .	59		106	45 IV, 57 II, 62 ² .
322	207 I, 208 ² .	60		107	45 IV, 177 ² .
323	51 ¹² .	61		108	45 IV, 57 II, 62 ² , 178 ¹² .
326	54 II ² .	62		109	144 III.
331	77 II.	63		110	53 ¹² , 87 ² , 173 ¹² .
339	224 I.	64		111	53 ¹² .
343	83 ¹² , 57 ² .	65		112	203 ² .
346, 47	120 ¹² .	66		113	144 III.
360	45 II.	67		114	51 ¹² , 220 ² .
368	51 ¹² , 146 II.	68		115	51 ¹² .
370	73 II, 171 ² .	69		116	211 I, 214 ¹² .
371	51 ¹² , 147 IV.	70		117	127 ¹² , 194 I, 215 II, 218 V.
372-86	107 II.	71		118	182 II.
372	127 ² .	72		119	72 I A.
374	53 ² .	73		120	115 II, 211 I, 218 V.
382	134 III.	74		121	166 ² .
383	131 I.	75		122	144 III.
384	53 ² , 127 ² , 128 III 2αβ.	76		123	53 ² .
388	136 ¹² , 182 II, 189 ² .	77		124	153 IV.
389	211 ² , 218 ² .	78		125	172 ² .
390	207 I, 208 I, 211 ² , 218 II.	79		126	54 I.
393	161 II.	80		127	203 ² .
395	112 III.	81		128	53 ¹² , 87 ² .
398	131 ² .	82		129	173 II.
399	135 II.	83		130	73 II, 174 II.
400	135 ² .	84		131	173 II, 174 II.
402	191 ² .	85		132	194 I ² .
403	147 IV, 191 ² , 203 ² .	86		133	144 III.
404	131 ² .	87		134	213.
405	156, 169 ¹² .	88		135	53 ¹² .
406	127 ² , 194 ² .	89		136	115 II, 144 ² .
407	73 II, 128 ¹² , 135 ² , 169 ¹² , 194 ² .	90		137	199 V, 200 I.
408	73 II, 194 ² .	91		138	72 I A.
		92		139	115 III.
		93		140	
		94		141	
		95		142	
		96		143	
		97		144	
		98		145	
		99		146	
		100		147	
		101		148	
		102		149	
		103		150	
		104		151	
		105		152	
		106		153	
		107		154	
		108		155	
		109		156	
		110		157	
		111		158	
		112		159	
		113		160	
		114		161	
		115		162	
		116		163	
		117		164	
		118		165	
		119		166	
		120		167	
		121		168	
		122		169	
		123		170	
		124		171	
		125		172	
		126		173	
		127		174	
		128		175	
		129		176	
		130		177	
		131		178	
		132		179	
		133		180	
		134		181	
		135		182	
		136		183	
		137		184	
		138		185	
		139		186	
		140		187	
		141		188	
		142		189	
		143		190	
		144		191	
		145		192	
		146		193	
		147		194	
		148		195	
		149		196	
		150		197	
		151		198	
		152		199	
		153		200	
		154		201	
		155		202	
		156		203	
		157		204	
		158		205	
		159		206	
		160		207	
		161		208	
		162		209	
		163		210	
		164		211	
		165		212	
		166		213	
		167		214	
		168		215	
		169		216	
		170		217	
		171		218	
		172		219	
		173		220	
		174		221	
		175		222	
		176		223	
		177		224	
		178		225	
		179		226	
		180		227	
		181		228	
		182		229	
		183		230	
		184		231	
		185		232	
		186		233	
		187		234	
		188		235	
		189		236	
		190		237	
		191		238	
		192		239	
		193		240	
		194		241	
		195		242	
		196		243	
		197		244	
		198		245	
		199		246	
		200		247	
		201		248	
		202		249	
		203		250	
		204		251	
		205		252	
		206		253	
		207		254	
		208		255	
		209		256	
		210		257	
		211		258	
		212		259	
		213		260	
		214		261	
		215		262	
		216		263	
		217		264	
		218		265	
		219		266	
		220		267	
		221		268	
		222		269	
		223		270	
		224		271	
		225		272	
		226		273	
		227		274	
		228		275	
		229		276	
		230		277	
		231		278	
		232		279	
		233		280	
		234		281	
		235		282	
		236		283	
		237		284	
		238		285	
		239		286	
		240		287	
		241		288	
		242		289	
		243		290	
		244		291	
		245		292	
		246		293	
		247		294	
		248		295	
		249		296	
		250		297	
		251		298	
		252		299	
		253		300	
		254		301	
		255		302	
		256		303	
		257		304	
		258		305	
		259		306	
		260		307	
		261		308	
		262		309	
		263		310	
		264		311	
		265		312	
		266		313	
		267		314	
		268		315	
		269		316	
		270		317	
		271		318	
		272		319	
		273		320	
		274			

708	51 ¹¹ , 109 III, 197 III.	821	164, 179 III, 208 ² , 218 V.	892	131 ² , 132 I, 133 ² , 107 ¹² .
709, 710	109 III, 171 ¹² .	822	179 III.	893	135 ² .
711	109 ² .	823	823 Wb. 1 51 ¹¹ , 52 ² , 71 ² , 93 12, 161 ¹² , 164 ² , 185 I, 168 I, 220 ¹ , 221 II, 222 pr., 223 III.	898	212 II.
712	109 III, 173 IV.			899	224 I.
713	172 ² .			900	210 II.
714	109 III, 171 ² .			901	218 I.
715	109 III, 173 IV.			902	212 II, 214 II.
717	08 II, 109 III.	823	823 Wb. 2 143 ¹² , 145 ² , 156, 164, 170 ² , II, 179 III, 190 ² , 195 II, 208 III, 220 II.	903	72 ² .
718	109 III, 125 ²² , I, I.			904	103, 128, III 4, 129, 195 II, 196 II, 199 I, 221, 222
719	109 III.			905, 906	220 ² .
723	53 ¹² , 87 ² , 109 III, 173 ¹² .	824	196 II.	910	72 I B, 220 ² , 223 VI.
724	178 ²¹ .	828	54 II, 93 IV 4, 139 ¹² , 143 ¹² , 145 ² , 156, 164, 170 ² , II, 171 ¹² , 178 ² , 179 III, 190 ² , 195 II, 196 II, 197 ¹² , 198 I, 199 B, 208 III, 220 II.	917	199 I.
727, 728	173 II.			919	37 III.
729	174 II.			920	63 ² .
731	109 III.			924	212 II.
736	109 III, 173 II.			925	136 ¹² , 137 ² , 147 III, 182 II, 189 ² .
737	105 ¹² , 109 ¹² .			926	119 III.
738	105 ¹² , 109 III, 133 II, III, 224 ² .	827	195 III, IV, 198 I.	927	79 ² , 210 II.
745	53 ² , 120 ¹² .	828	83, 129, 195 III, IV, 198 II.	928	112 III, 130 ² , 136 A.
752	115 IV.			929	45 ² , 118 ¹² , 131 ² , 137 ² .
758	213 II.	829	53 ² , 195 ² , 198 III, 190 ² , 223 ¹² .	931	135 II, 204 ² III.
761	45 ¹² , 145 ¹² , 146 II, 152 I.	831	103, 109 III.	932	132 I.
762	82 ¹² .	833	13 VII, 196 III, 199 II.	935	116 II, 132 I.
763	177 ² .			936	131 ² .
764	62 ¹² .			937	127 ² , 210 II.
766	45 ¹² , 145 III, 146 II, 152 I, 224 ¹² .	835	195 III, 199 II.	943	130 I, 131 ² .
768	308 II.	839	14 ² .	945	137 ² .
770	208 ² , 215 II.	843	224 ² .	946	118 ¹² III, 128 ² .
771	208 ² .	844	77 II.	947	118 III, 128 ² .
775	224 ² .	847	209 I.	948	128 ² .
777	51 ² .	852	127 ² , 213, 214 III.	950	123 11 ² .
780	45 ¹² , 146 II, 189 V.	853	164, 206 ² III, 218 V.	951	72 I B, 118 ¹² , 121 I.
781	45 ¹² , 146 II, 218 ² .			953	114 ² .
782	146 II.	857	73 I, 130 I.	954	120 V.
783	45 ¹² , 115 II, 146 II, 175.	859	118 ¹² , 221 ² , 223 VI.	954	120 II.
784	45 ¹² , 146 II.	860	223 VI.	956	72 ² .
786	214 ¹² .	861	221 ² .	962	199 I, 223 VI.
790	175.	861	73 I, 130 I.	965	128 III 3, 194 ¹² .
792, 793	45 ¹² , 146 II.	862	73 I, 130 I.	971	83 ² , 194 ¹² .
795	14 ² , 43 II, 51 I ² .	864	211 III.	973	66 ¹² , 72 I B, 127 ² , 194 ¹² .
801	211 I, III, 213, 214 ¹² , 22.	865	118 III.	974	137 ² .
802	211 III, 215 II.	867	118 ¹² , 199 I, 224 ² .	978	128 III ² .
809	127 ² , 199 I, 204 I.	870	73 I, 130 I.	981	112 III.
810	199 I.	873	72 I B, 131 ² , 137 ² , 147 I.	984	128 III ² .
811	199 I, 224 ² .			985	207 ² .
812	75 ² , 107 II, 190 ² , 208 ² .	875	190 ¹² .	986	204 ² , 207 ² , 208 ² II.
813	185 I, 180 I ² , 208 I.	876	191 I.	987	120 ¹² .
814	107 ¹² , 165 III, 169 ¹² .	877	147 I.	993	130 II, 131 I.
815	63 ² .	880	147 I, 191 I.	994	118 ¹² .
817	178 ² , 179 III.	883	72 I B, 224 I.	997	72 I B, 118 ¹² , 220 ² .
818	120 ¹² .	884	72 I B.	998	115 I, 121 ² .
819	178 ² , 179 III.	886	208 I.	999	130 I, 131 ² , 208 II.
		888	72 I B, 135 II.		
		890	114 I, 119 I.		
		891	73 II.		

№		№		№	
1002	211 III.	1180	72 I A.	1336	68 ^v , 142 II, 166 III
1003	115 I.	1189	139 ^{op} .	1337	127 ^v , 142 II, 166 III, 191 I.
1004	207 ^a .	1191	72 I A.	1338	60 ^{op} .
1006	73 II.	1192	131 I, 148 II.	1339	127 ^a , 190 III, 206 III.
1007	73 I, 207 ^a .	1196	136 A.	1341	190 III, 206 III.
1009	168 ^{op} .	1199	72 I A, 146 II.	1342	147 IV, 190 III.
1011	69.	1204	72 I A.	1343	190 ^a .
1012	72 I A.	1205	72 I A, 137 ^a .	1344	127 ^a .
1014	118 III.	1207, 8	132 ^a .	1345	190 ^a .
1015	147 III, 182 II.	1209	185 II.	1348	80 III, 81 II, 190 IV.
1017	115 I, 119 III, 147 I, 182 II.	1211	207 I, 208 II.	1349	80 III, 81 II.
1023	220 ^a .	1213	120 V.	1350	80 III, 81 II, 127 ^a .
1024	53 ^a .	1218	224 ^a , 12.	1351	90 III, 81 II.
1028	212 II, 218 I.	1220	224 ^a .	1352	90 III, 81 II.
1030	120 V.	1229	139 II.	1353	53 ^a , 220 ^a .
1031	119 III.	1235	131 I.	1354	53 ^a , 82, 89 I, II, 220 ^a .
1032	132 ^a , 137 ^a .	1238	177 ^a .	1355	82, 93 II.
1033	210 II.	1240, 43	21 I.	1357	53 ^a , 168 I, 220 ^a .
1035	114 II, 147 IV.	1244	132 ^a .	1358	53 ^a , 82, 142 II, 166 III, 220 ^a .
1039	120 II, V, 224 ^a .	1245	139 II, 191 I.	1361	83 ^a .
1048	114 II.	1246	53 ^a .	1362	50 ^a , 125 I ^a .
1051	224 ^a .	1252	72 I A.	1365ff.	125 I ^a .
1055	121 ^a , *	1253	128 III 2 a d, 189 ^a .	1370	125 ^{op} .
1067	214 ^{op} .	1254	207 I, 208 I.	1372	147 IV.
1069	135 ^a .	1255	191 I.	1373ff.	68 I.
1061	98 I.	1259ff.	115 I.	1377	115 III.
1062	119 III.	1263	212 II.	1381	125 ^{op} .
1067	115 III, 224 ^a .	1265	119 ^{op} .	1386	125 ^a , *
1068	114 ^a .	1273	114 ^a , 208 II.	1387, 88	125 ^a .
1069	146 II.	1274	146 II.	1391	224 ^a .
1071	191 I.	1276	191 I.	1395	191 I.
1075	218 ^a .	1280	139 II.	1396	144 III.
1078	191 I.	1283	191 I.	1397	191 II.
1085ff.	114 ^a .	1287	218 ^a .	1398	189 ^a .
1090	53 ^a , 120 V, 212 II, 218 I.	1288	116 II.	1399, 82	191 I.
1093	119 III.	1300	209 I.	1405	144 III.
1094	72 I B, 118 V.	1302	214 ^{op} .	1409	168 ^{op} .
1096	119 III.	1303	83 II.	1410	125 ^a .
1098	72 I B.	1304	191 I.	1411ff.	125 ^a , *, *
1105	72 I A, 118 V.	1305	83 III, 84 II.	1412	191 I.
1108, 13	72 I A.	1307	106 III.	1418	206 IV.
1116	147 I.	1310	51 I, 92 ^a .	1419	87 III.
1120	119 III.	1311	92 ^a .	1420	80 III.
1121, 22	119 ^{op} .	1312	51 I.	1421	121 ^a .
1135	119 ^{op} .	1315	88 IV.	1424	127 ^a .
1136	135 ^{op} .	1317	147 III, 166 III, 182 II.	1425	80 III, 206 IV.
1137	207 I, 208 II.	1318	87 II.	1432	45 ^a .
1138	72 I A, 219 ^{op} .	1320	89 I.	1434	147 III.
1147	131 I.	1321	146 II.	1437	166 III, 191 I.
1154	146 II, 147 I, IV.	1323	106, 177 ^a .	1438ff.	133 II.
1155	147 IV.	1324	145 ^a , 189 I.	1438	125 I.
1157	207 I.	1325	189 I.	1439	114 ^a , 125 ^{op} , *, 147 IV.
1163	178 ^{op} .	1327, 28	51 I.	1440	125 I ^{op} .
1166	208 ^a .	1329	189 I, 212 I.	1442	125 ^a .
1167	90 ^a .	1330	166.	1443	68 I.
1168	134 III.	1331	191 I.		
1169	207 I, 208 I.	1332, 33	155 II, 157 IV.		
1178	191 I ^a .	1334	127 ^a , 160 III.		
1183	191 ^a .	1335	160 III.		
1184	72 I A, 224 II.	1336ff.	158 III.		

1444 ff.	191 I.	1596	190 III, 206 III.	1747	83 III, 84 II.
1448	144 III.	1597	147 IV, 190 III.	1748	142 II, 147 I, 166 III, 191 ² .
1459 ff.	133 III.	1608	142 II, 166 III, 182 II.	1750	83 III, 147 III, 166 III.
1459	125 ² .	1599	147 IV, 190 III.	1751	191 I ² .
1460	125 ² , 191 I.	1616	71 I, 93 II.	1755	142 II, 168 III, 160 III.
1461, 62	125 ² .	1623	314 ² .	1757	89 ¹ , 92 I.
1465	191 I.	1626	91.	1758	71 I, 93 II.
1468, 69	125 ² , 206 IV.	1627 ff.	69 ² .	1759, 63	92 I.
1470	206 IV.	1627	91.	1768	182 II.
1473	125 ² .	1634	69 ² .	1770	147 III, 166 III.
1480	125 II.	1635	83 III.	1772	93 II.
1483	133 II.	1636	125 ² .	1773	93 ¹ , 142 II.
1484	147 IV, 171 ² , 182 II, 191 I.	1638 ff.	125 ² .	1778	142 II.
1488, 89	133 III.	1643	142 ² , 191 I ² .	1780	86 IV, 142 IV, 166 ² .
1490	133 II, III.	1644, 45	191 I.	1781	82 II, 86 IV, 87 II, III, 142 IV, 166 ² .
1491	133 II, III, 147 IV.	1646	125 ² .	1782, 83	82 II.
1492	147 I, IV.	1647	87 III.	1784	88 IV.
1494	80 III.	1649 ff.	125 I.	1786	82 II, 83 III, 85 ² .
1495	206 IV.	1653	118 II, 191 I.	1792	87 II.
1500	47 ² .	1656	120 ² .	1800	116 II.
1501	47 ² , 147 I.	1659, 60	125 ² .	1807	224 ² .
1504	125 II.	1662	147 IV.	1809	191 I.
1511	47 ² .	1666	53 ² , 87 ² .	1814, 16	191 I.
1516	147 I, 166 III, 191 I.	1668	224 ² .	1819 ff.	51 ² , 191 I.
1517	147 I, 191 I.	1676	166 ² .	1821 ff.	142 III.
1519	68 I, 125 ² I.	1678	84 ² , 166 ² .	1822	142 ² .
1520—22	125 ² I.	1679	80 III.	1826	53 ² .
1523, 24	125 I.	1680	128 III ² .	1827	53 ² , 83 III.
1525	125 ² I.	1682	127 ² .	1829	191 I ² .
1526	125 ² I.	1684 ff.	83.	1830	191 II.
1528	147 IV.	1684	91.	1831	189 ² .
1529	125 ² , *	1685	84 ² .	1844	224 ² .
1530—34	125 ² .	1686	147 IV, 166 ² , 191 ² .	1865	86 IV, 142 IV.
1539	125 ² .	1690	53 ² , 191 I ² .	1866	82 II, 85 IV, 87 II, 142 IV.
1542	206 IV.	1693	142 II, 168 I.	1878	80 III.
1543	87 III.	1694	87 II.	1884, 85	80 III.
1544	80 III, 206 IV.	1696	166 ² .	1886	87 III.
1545	206 IV.	1699	87 ² , 82 I, 93 II.	1887	82 II.
1546	125 ² .	1700	71 I, 93 II, 147 IV.	1888	88 IV.
1547	80 III, 206 IV.	1707	142 II.	1889	53 ² , 83 III.
1549 ff.	125 I.	1708	83 III.	1906	86 VII.
1549	125 ² , *, *, 133 III, 206 IV.	1715	214 ² .	1909	168 I.
1550	125 ² , 147 IV.	1716	77 II.	1910	85, 168 I.
1551	145 I, 119 ² , 133 II.	1718	147 II, 190 ² .	1911	168 I.
1550, 63	147 IV.	1719	71 I, 89 ² , 92 I, 93 II.	1912	77 II, 168 I.
1565	128 III 4c.	1720	147 II.	1913	77 II, 99 ² , 163 I.
1568	87 ² .	1723	42 I, II, 182 ² .	1914	116 ² , *, 168 I.
1570	128 ² .	1724	182 II.	1915	87 II, 166 ² , 168 I, 216 II.
1571	206 IV.	1726	83 III, 84 II, 191 ² .	1921	80 III.
1577	93 II, 128 III, 2a, 147 IV.	1728	83 III, 166 III.	1922	124 ² , 133 II.
1580	224 ² .	1729	142 II.	1923	27 ² , 66 ² , 77 II, 97 I, 110 ² .
1586	89 ² .	1730	147 I.	1936	107 I.
1589	92.	1731	158 III, 166 III.	1937	45 ² , 51 I.
1590	92 III.	1736	89 ² , 82 I, 93 II.	1838, 30	45 ² .
1593	190 IV.	1737	92 I.		
1594	206 III.	1741	127 ² .		
1595	66 ² , 142 II, 166 III.	1742	182 II.		
		1744, 45	83 III.		
		1746	191 I.		

Sachregister.

Die Zahlen verweisen auf die Paragraphen des Rechtsbuchs und ihre Unterabteilungen.

- Abändernde Auslegung** 52, 54; Rechtsausgestaltung 54 III; Rechtsfindung 54; Rechtsfälle 27 I.
- Abänderung** v. Mitgliedsrechten 106 III; her Rechte 126 II; her Rechtsvorschriften 41; her Stiftungsverfassung 111 III; her Vereinsstatut 104; her Vereinsvorschriften 102.
- Abandonerklärung** 182²⁴.
- Anerkennung der Ehrenrechte** 87 II.
- Abgabe der Willenserklärung** 151.
- Abgaben** l. Steuern.
- Abgeleiteter Erwerb** 130.
- Abgeordnete Richter** 31 II.
- Abführung der Verjährungsfrist** 211 I.
- Abkauf der Fristen** 202 III.
- Abkaufvernehmung** 215 I, III, 219 I.
- Abweisung des Vertragsantrags** 162 II, III.
- Abzugsjahr** 216 A.
- Abköhig** 88⁵.
- Absonderungstheorie** 149 I, II.
- Abstrakte Rechte** 74, 204 II, 213; Rechtsfälle 45 IV; Theorie v. vis major 200 pr.
- Abstrakte Geschäfte** 139 I, 178 II, 179 III; Schuldversprechen 178⁴⁷.
- Abtretung von Forderungen, Ausschluß und Zulässigkeit** 135 II.
- Abweisung d. Klage, Einfluß a. Verjährung** 216 I.
- Abwehrende, Aufsetzungsgegenüber H.** 158 II; Erklärung an H. 149 A; Vertrag unter H. 152 II.
- Abwidlungsgeschäfte** b. Liquidation 107 II.
- accidentalis** 176 II.
- Accursus** 4 III, 16.
- Acti Tage** 202 I².
- acquisitio per universitatem** 133⁴.
- actio** 209²; doll 160⁹; Publiciana 73 I; quod metus causa 160⁴, 190².
- actiones in factam conceptas 207²⁷; in jus conceptas 207 III; in rem u. in personam 204 pr.; in rem scriptas 204 I; poenales 204 III, 209 I; praesudiciales 206 II; rei persecutorias 204 III; vindictam spirantes 209 I.
- actus legitimi** 182².
- Adel** 40 I, II, 88 II, III; 93 III. Abelspräbital 88 III.
- Administrative Privilegien** 43 II.
- Adoptivherausbildung** 93 I; Name 93 II.
- Änderung** i. Abänderung.
- Änderungstheorie** 149 I, II.
- Affirmative Bedingungen** 181 IV.
- Agenzien, Verjährung** 214 I.
- Ignation** 92 I.
- Kaufstillschließung** 219 I.
- Alte** 117 I.
- Altengemeinschaft** 99 V, 182 III.
- Alte Stellvertretung** 166 I, 171³.
- Altvermögen** 124 I.
- Alzeption** 137 II, 153.
- Altgerichtliche Pfandrechte** 72 I A.
- Alvatus** 18.
- alienatio** 134 I.
- Alimente** i. Unterhaltsansprüche.
- Allgemeines Landrecht für Preußen** 9 I.
- Allgemeines Recht u. gemeines Recht** 7 III, 42 I; u. Sonderrechte 43 IV, 44 II.
- Alimente** 112 III.
- Alter Adel** 88 II.
- Alternative Gesetzestextfassung** 51 II 5.
- Alterschulen** 83.
- Alter Zeit, Zeitrechnung a. St.** 201 II.
- Annortierungsgefege** 90 II, 98 II.
- Annortierungsquoten, Verjährung** 214 II.
- Annortierung** b. jur. Verf. 96.
- Analogie** 44 I, 53 II.
- Androhungen** 128 III 2a β.
- Anerkennnis als Verjährungsunterbrechung** 216 A.
- Anerkennungen** 128 III 2b.
- Anfallberechtigte bei Stiftungsausslösung** 111 IV; bei Vereinsauflösung 107 I.
- Anfang** l. Beginn.
- Anfangsbedingung** 181 III, 184, 185.
- Anfangstermin** 180, 181 V, 182, 184, 186.
- Ansehensarbeit** 189 II, 190; wg. arglistiger Täuschung 160, 162—164; wg. Drohung 160, 161, 163, 164; wg. Zertums 157—158.
- Ansetzung** b. Dereliction 190²⁷; b. Einbruch der Verwaltungsbehörde b. Verein 100 IV; b. Freiveräußerung 144¹²; u. geschäftsmäß. Handlungen 194 I 4; b. Todeserklärung 79 II; u. Vollmacht und Zustimmung 190 III.
- Ansetzungserklärung** 158, 163, 190 III; u. Verjährung 213 3b.
- Ansetzungsfriß** 158 II, III, 163 I, 190 III.
- Ansetzungsgegner** 190 III.
- Ansetzungslagen** 206 III, 212 I.
- Ansetzungsrecht** 66 I, 70²⁰.
- Angebot** l. Offerte.
- Angehörige** 92; b. bewaffneten Eracht 79⁴.

Angewandtheiten, eigene, Sorgfalt in e. A. 127 III.
 — fremde, freiwill. Beizogg. I. Geschäfte-
 fähig. e. Aukt.
Angestellte i. Gehilfen.
Angriff 221 I.
Anlagen, öffentliche 123 III.
**Anlieger öffentl. Straßen, Entschädigungs-
 anspruch b. Straßenaufhebung** 123 III.
Anmeldung im Sonderje (Berjährung) 216
 II; zum Vereinsregister 100 I, III.
Annahme d. Vertragsantrags 137 II, 153;
 b. Zahlung durch Minderjährige 142 II.
Anormales Recht 44 I.
Anrechnung d. Besitzzeit auf Berjährg. 217.
Anforderungen 119^a.
Anspruch 66 I, 203—206, 209—219.
Anspruchberjährung 211—219; Abkän-
 demung 215 I, III; Aufrechnung nach
 Berj. 216 II, 218 II; Ausschlußfristen
 211 III; Scheitlung und Weher der Berj.
 219, 211 I, IV; Beginn 213; Erforder-
 nisse 212—214; Demmung 200 II, 215 I,
 II, vgl. auch unten unter Demmung;
 Übergangsvorschriften 219; Unterbrechung
 215 I, 216, 219 I; unverjährbare An-
 sprüche 212; Berjährungsfrist 211 I, II,
 214, 219 II; Wirkung 218; Zeitrech-
 nung 217; im übrigen vgl. Berjährung.
Anstalten des öffentl. Rechts 97, 107^a, 112 III.
Anstand und Recht 28 I.
Anzinonie 51 II.
Antizipierendes Konstitut 167^a.
Antrag — Vertragsantrag 137 II, 152.
Anwalt i. Rechtsanw.
Anwartschaftsrecht 73, 185 I.
Anweisung 175 I 10, 4.
**Anwendung ausländ. Gesetze i. Inter-
 nationales Privatrecht; Anwendungsver-
 schieben** 56 I.
Anwesende, Erklärung an A. 149 B; Ber-
 tung unter A. 162 II.
**Anzeige i. Anzeigepflicht, Bekanntmach.,
 Wittheit.**
Anzeigepflicht b. Berjährung der Annahm-
 erklärung 153 III; b. Sollmächtegers b.
 Erlößen b. Sollmacht 174.
Apotheker, Berjährung 214^a.
Arbeiter, Arbeitgeber, Berjährung 214 I.
Arbeitsverträge der Minderjährigen 142 III.
Architekten 214^a.
Argüßige Täuschung 160, 162—164.
Argumentum ad absurdum 51^a; e. con-
 trario 53 II.
Arbeits 21 III.
Arzt 178^a; Berjährung 214 I.
Assignation i. Anweisung.
Auctor 130 I.
Ausenthaltsort 61 III, 89 IV.
Ausforderungen 128 III 2 a u, 194 I.
Aufgebot b. Verschollenheit 70 II.
**Aufhebung b. Entmündigung, Wirkung auf
 Zwischengeschäfte** 86 VII; ber Rechtsvor-

schriften 41; b. Stiftung 111 III, IV; b.
 Schenktes 39 II.
Aufhebung, Aufhebungsflagen 206 IV; Auf-
 hebungsrechte 66 I; aufhebende Rechts-
 sätze 27 I.
Aufgabe 181 I.
Aufhebende Bebingung 181 III, 187.
Auflösung b. Stiftung 111 III, IV; b. Bere-
 eins 106 I.
Aufrechnung gegenüber dem Fiskus 112 III;
 bei Berjährung 216 II, 218 II.
Aufschiebungen üb. bürgerl. Recht 26 III.
Aufschiebende Bebingung 181 III, 184, 185;
 Einreden 208 I.
**Aufsichtsrecht, staatliches, über Vereine u.
 Stiftungen** 98 III, 101 II, 111 III.
Auflrag u. Sollmacht 171.
Aufwertung 116 VII.
Augsburger Religionsfrieden 7 II; Stadt-
 rechtsbuch 2 IV.
Augustinus 18.
**Auktion i. öffentliche Versteigerung; Au-
 tionator, Berjährung** 214 I.
Auktor 130 I.
Ausbreit einer Sache 120 I, II.
Ausbreitung b. Notlage nsm. 176 III, 179 II.
Ausbreitende Auslegung 52, 53 II.
Ausdrücklich 144^a; ansbr. Willenserklärung
 144 II.
Auseinandersetzung üb. Fröhden. Lehen 121.
Ausfall d. Bebingung 183, 185 III, 187 I.
Ausführungsgesetze, -verordnungen 14 III,
 25 VII, 32, 33.
Ausgaben b. BGB 25 II; b. Corpus juris 5 IV.
Ausgestaltung des Rechts 54 III.
Ausländer 88 I, 98 II.
 — ausländisches Geb 116 I, II; ausl.
 Recht, Beweis 34 III; im übrigen vgl.
 Internation. Privatrecht; ausl. Verbot-
 gesetze 177^a; ausl. Verein 99 V.
Anlagen, Berjährung 214 I.
Auslegung der Bebingung 183 I; b. Gesetze
 48—52; b. Rechtsgeschäfte 192, 193.
Auslegungsvorschriften 45 II, 193 V; betr.
 Fristen u. Termine 202.
**Ausnahmebestimmung i. Privileg, Sonder-
 recht.**
Ausdrückliche Einreden 208 I.
Ausdrückliche e. Vereinsmitgliedes 106 VI,
 109 III.
Ausdrückliche Rechte 74.
Ausdrückl. freier Willensbestimmung 198 I;
 b. Übertragung e. Forderung 135 II; b.
 Berjährg. 211 I.
Ausdrucksfristen 100 III, 211 III.
Ausdrückl. Ausdrucksurteil i. Aufgebot.
**Ausdrucksurteil b. fidejuciarischer Rechts-
 übertragung** 130 II.
Austritt aus Verein 105 V, 109 III.
Ausübung d. Rechte, nichtdrückliche 220.
Authenticae Fidei testimonae 4 III.
Authenticum 4^a, 5 II.
Authentische Interpretation 48, 55 I.

Automaten 119^a, 132 I.
Automobile, Haftung 190 II.
Autonomie 29 II, 32, 40 I—III, 88, II, III, Sjs 16.
Bach, Joh. August 18.
Bairisches Landrecht 9 IV.
Bähr, Otto 21 III.
Bäume 118 III.
Baldwins 18.
Baldus 17.
Bantolen 116 I, IV, V, 117 I.
Barros 17, 58 II, 61 I.
Basillen 5 II.
Bassians 16.
Bauernraub 88 II.
Benmaterialis 118 III, 119¹⁴.
Bayrisches Landrecht 8.
Beante, Gehaltsansprüche 31 II, 314 I, 11;
 Haftung für B. 112 II; weibl. B. 82 I;
 Wohnsitz d. B. 89 II.
Bedingung 180—188; affirmative und ne-
 gative 181 IV; auflösende 181 III, 187;
 aufhebende 181 III, 184, 185; Ausfall
 d. B. 183, 185 III, 187 I; Auslegung
 180; Begriff 181; Eintritt 183, 185 II,
 187 I; gemischte faktuelle u. potestative
 181 IV; pericula 188 I; si volam 181 IV;
 B. d. Strafbarkeit 127; uneigentliche B.
 181 II; unmögliche 181 II, 188 I; un-
 sittliche 178 pr., 188 II; unverständliche
 188 I; Unzulässigkeit 182; widersprache-
 volle 188 I; Wirkung d. B. 184, 185, 187.
Beibrückung d. bedingten Rechte 185 I.
Befriedigung 209 II.
Befristete Forderungen 186, 203 I^a.
 — Rechte 75, 180 II.
 — Rechtsgeschäfte 75^a, 180; Anfangs-
 termin 180, 181 V, 182, 184, 189; End-
 termin 180, 181 V, 182, 187.
Beginn der Fristen 202 III; der Rechts-
 fähigkeit 77; d. Verjährung 213, 214^a,
 215^a, 219; d. Verschollenheit 79 I.
Beglaubigung, Abschrift aus Vereinsregister
 100 I; öffentliche d. Unterchrift 147 IV.
Begründungslüge 122, 123 II.
Begriffsverwechslung Rechtsfälle 27 I.
Begriffsjurisprudenz 21^a, 2^a.
Begründungslügen 208 IV.
Beherbergungsvertrag 190 V, 200 I.
Beherrschungsrechte, 66 I; dingliche 72 I A.
Behörde, Erklärung an B. 156; Aufhebung
 solcher Erl. 190 III; Form derselben
 147^a; Geschäftsabluß vor B. 162 III;
 Mitwirkung bei Rechtsgeschäften 136 B;
 B. u. Scheingeschäft 156^a; Schutzungs-
 verbot durch B. 135 II.
Beifer 21 III.
Beitrag d. Vereinsmitglieder 109^a.
Bekanntmachung, öffentliche d. Eintrags d.
 Vereins 100 V; d. Vollmacht 171, 174 I;
 im übrigen vgl. Anzeige, Mitteilung.
Befahrung 134.

Befehigung i. Öhrz.
Befinden, freies, als Bedingung 181 IV.
Bekanntmachung i. Angelegenheit, Bekannt-
 machung, Mitteilung.
Bekanntmachung 123 II.
Berechnung der Fristen 201, 202.
Berechnung i. Recht (subjektives).
Bergrecht 116 I, 199 II.
Berichtigung d. Gelegetesttes 47, 52; d.
 Grundbuche u. Verjährung 212 II.
Berufshände 76, 88 IV.
Berufung d. Vereinsversammlung 104.
Beschädigung i. Sachbeschädigung.
Beschäftigung in Vereinsangelegenheiten
 103, 104, 107 II, 137.
Beschlossenheit 87 I.
Beschränkende Auslegung 52; Rechtsfälle
 27 I, 59 I.
Beschränkte Geschäftsfähigkeit 83 II, 142;
 bei Stellvertreter. 166 I, 171 I, 173 II,
 III; Verjährung gegenüber beschränkter
 215 III; Willensersatz. der b. B. 142 II,
 III; Willensersatz. an b. B. 161; Wohn-
 sitz 89 II; Zustimmung d. gei. Vertr. 83
 II, 142 II, 143; im übrigen vgl. Minder-
 jährige.
 — Kapungsrechte 72 I A.
 — persönl. Dienstbarkeiten 72 I A,
 212 II.
Beseitigung d. Sibirienlandes 223 III.
Beider 22.
Beiz 73 I.
Beizler, Rotweinchrecht 231 I.
Beizzeit d. Rechtsvorgängers d. Verjäh-
 rung 217.
Beistandungen, Verjährg. 214 II.
Beistandenes Recht u. Sonderrecht 44 II.
Beizung, freiwill., fremder Angelegen-
 heiten i. Geschäftsführung. o. K.
Beizung ansehbaren Rechtsgeschäfte 190,
 191 III; wichtiger Rechtsgeschäfte 180 I.
Beizungsdirektoren 154 V.
Beizung 118; der Rechtsgeschäfte 176 II.
Beizende Rechte d. Gelegetesttes. 55.
Beizungskosten 120 V.
Beizung d. Vereinsverbandes 102.
Beizung der Littere 152 I.
Beizung d. Vereinsverbandes i. befristete Forderung.
Beizung d. Vereinsverbandes 21 III.
Beizung d. Vereinsverbandes, Postg. 190 II.
Beizung 162¹⁰ I, 164¹; i. argl. Täuschung.
Beizung 167 I.
Beizung, gerichtl. od. notarielle 146 I,
 147 I, IV; öffentl. 147 II; d. Personen-
 verbandes 78 I; d. Vereinsverbandes 147 I, 153 I,
 154 IV.
Beizung 171, 178.
Beizung d. Recht, Angehörige 79^a.
Beizung 139 I, 160—165; Irrtum im
 B. 157, 165.
Beizung d. Sachen 115 I; Sicherheitsleihe,
 mit b. S. 224 II; Verjährg. d. Nießnießes
 dafür 214 I.

Bewegliches Vermögen 115 I.
Beweis der Gesetze 24 III; b. Beweismittel-
 rechts 36 II; b. Lebens u. d. Todes 78 I, 80.
Beweiskraft d. Personenstandsregister 78 I.
Beweislast im ZG 51 I.
Beweisurkunden 117 I.
Bewußte Fahrlässigkeit 106 II, 197 I.
Bewußtlosigkeit 85 II, 141 V, 151³, 198 I.
Bewußtlos d. Rechtsinbrigkeit 196 II.
Bezer 22.
Bezugsrechte 120¹⁹.
Bezugsnehmervertrag 178²³.
Bild, Recht am eigenen B. 93 IV.
Billiges Erweisen f. Erweisen.
Billiges Recht 46.
Biancourkunden 146 I, 147¹¹, 167¹.
Blindheit 85 I.
Blühme 5¹, 21 III.
Blutverwandtschaft 92.
Bohnerzergüsse und -schänkteile 118 II,
 III, 120⁷.
Böding 21 III.
Böhmer, Georg Hubr. u. J. S. 19.
Börsenwert des Geldes 116 III.
Böyer Scherz 156.
Bona castrensis u. quasi castrensis 91.
Bordellverträge 178¹⁵.
Bote 166 I, 160⁸; Empfangsbote 167⁸,
 166 I; Botenlohn, Verzögr. 214 I.
Brand — Lebensbrand 28 I, 178⁸.
Brandhaus Zubehör 119 I.
Briefadel 88⁸.
Briefe, Recht auf Geheimhaltung 93 IV.
Briefwechsel als Schriftform 146¹¹, 148 II.
Brinz 21 III.
Brissolius 18.
Brocarda 16.
Bruchteil, Gemeinschaft nach B. 69.
Brüder, öffentl. 123 III.
Bruner 19.
Bruner 21 III.
Bruno 21 III.
Buchforderungen, Sicherheitsfölg. mit B.
 224 II.
Budäus 18.
Bücherecht 72 I A.
Büchereingemeinschaft 142⁷, 178²¹.
Bürgerliche Ehre 87.
Bürgerliche Früchte 120.
Bürgerlicher Tod 90 II.
Bürgerliches Gesetzbuch 11—14; Abfassung
 12 I; Ausführgesetze 14 III, 25 VII;
 Ausgaben 25 II; Auslegung 51 I; Be-
 dürfnis 11 IV; Beweislastregelung 51 I;
 Einteilung 12 III; Einwirkung auf andere
 Gesetzbücher 12 V; Kodifikationsprinzip
 13, 14; Kommentare 25 II; landesrecht-
 liche Vorbehalte 14 II; Pönitentur 25;
 Materialien 25 I, 50 II; Nebengesetze 13
 IV; technische Ausdrücke 51 I; Verhältnis
 zum Landesrecht 14; zum Reichsrecht 13;
 Vorarbeiten 12 I, 25 I; Vorgeschichte

11 I—III; zeitliche Anwenbungsgrenzen
 55—57.
Bürgerliches Recht, Begriff 1; Entwicklung
 2—10; Literatur 25.
Bürgerland 88 II.
Bürgerschaft, Intercession 44 I; Sicherheits-
 leistung nach B. 224 III.
Bulgaria 16.
Bundesratsvorlage 12 I, 25 I.
Bundesstaat, Gesetzgebungsbeschluss 14 II,
 III.

(Siehe auch R. u. S.)

Canones 6¹.
Capitulata 2 I.
Carmer 9 I.
Carolina 7 II.
Carpus 19.
Castrum, **Castra** 17.
Casus 129 V.
Causa 139 I.
Cautio Muciana 183 III; **necessaria** 224 II.
Schauffergeld 31 II.
Chitanverbot 220.
Claus 17.
Clementinae 6 IV.
Coacti 9 I.
Code Napoléon 9 III.
Codex 5 II, IV; C. juris canonici Pii X.
 6 VI; C. Maximilianus 8.
Colonia partiaris 158.
Commis Interessé 138.
communis doctorum opinio 39 III.
Computatio civilis, naturalis 202 III.
Concordantia discordantium canonum
 6 IV.
Condiolo 180 f. **Sebüngung**; e. juris 127 I;
 in processu collata etc. 181².
Concans 18.
Conring 11 I.
Constitutio Criminalis Carolina 7 II; C.
 Tanta 5 III.
Conus 18.
Corpus juris canonici 6 IV, V; C. j. ci-
 vilis 5.
Cujacius 18.
Calpa i. eng. S. i. **Fahrlässigkeit**; i. weit.
 S. i. **Verdäulien**; in concreto 197 III;
 in contrahendo 159; culpa lata 197 II.

Darlehen, Darlehensverpflichtung d. Quas-
 sitione 81; Spielarlehen 178¹¹.
Dauende Einreden 298, I, 215 II.
Decius 17.
Decretum Divi Marci 223³; D. Gratiani
 6 IV.
Defektorische Auslegung 52; **Rechtsföge**
 27 I.
Defretalen Gregoré IX. 6 IV.
Defizit f. **mercaulés** Handlung.
Zeitsföbigkeit 63, 83, 94 II, 96 III, 123, 198.

- Deliktobligationen** 63; im übrigen vgl. unerklaute Handlung.
Deutsche 25 I, 50 II.
Devolution 136^a–²³, A, 149 pr., 190¹⁷.
Derivativer Erwerb 130 I, 132 III.
Vererbung 21 III.
Derogatorische Kraft des Gewohnheitsrechts 37.
Destinatar 68 I, 96, 97 I, 111 II.
Deutsche Bundesgesetze 7 III.
Deutsches Privatrecht 22, 24 III; Recht, Anwenbg., f. Int. Privatr.; Reich, Gesetzgebung, Bewohnungsrecht 10, 33.
Dieta Gratiani 8 IV.
Dienbarkeiten 72 I A.
Diensthohn, Anspruchsverjährung 214 I, Dienstmannen 2 II.
Dienverhältnis Rinberj. 142 III.
Dies certus, incertus 160.
Differenzklage 160¹, 164¹.
Digesten 5 II, IV.
Dilatatorische Einreden 208 I, 215 II.
Dilucida intervallo 86 II, 86 IV, 141 III.
Englische Ansprüche 204 II; Beherrschungsrechte 72 I A; Gewerbetätigkeiten 72 I B; Rechte 72 I, 74 I, (Übergangsvorschriften) 66 II; bingl. Rechtsgeschäft 138; Vertrag 137 II; Sozialrecht 72 I B.
Erekte Stellvertretung 167 I; Willensberatung 144 II.
Dispositionstheorie 136^a.
Dispositives Recht 45 III.
Dispositivurkunde 117 I.
Diffens, verfehter 154 II.
Distinctiones 17.
Dividende 120¹⁰.
Doctrinelle Interpretation 48.
Dolus I. Vorsatz, Arglist; d. und culpa lata 197 II; d. eventualis 190 II; d. incidens u. causans dans 160¹.
Domicilium necessarium 89 II.
Dominium sine re 218 I.
Donellus 18.
Dorotheus 5 II.
Totalfrüchte 121⁴.
Dresdener Entwurf II III.
Dringliche Gesetze 33 I.
Dritter, argl. Täuschung durch Dr. 162¹⁷ II; Vertrag zugunsten Dr. 77 II, 182 II, 166¹.
Trohan, Anfechtbarkeit 160, 161, 163, 164.
Trodschlechter 6. Gesetzen 47.
Duarenius 18.
Duell 221 I.
Dünker 119 I.
Dürfen 51 I.
Dulden als Forderungsgrenzung 67.
Dupit 207 IV.
Turantis 17.
Wobährigkeit 88 II, III.
Wittensmasse 6¹.
Wbe, Beschäftigung nichtiger G. 189 I.
- Whefrau**, Dienstvertrag 82; Geschäftsfähigkeit 82, 142¹; Name 93 II; Wohnort 89 II.
Whegatten, Verjährung gegenseitiger Ansprüche 212 II, 215 II.
Wheunfähigkeit 83 II, 142 II.
Wheer 87; christliches Verhalten 87 I^a.
Whehrenpflichtige Verpflichtungen 178¹¹.
Whehöfen 22.
Wheignenmäßige Verwaltungsrechte 68^a.
Wheigenschaften, rechtl. bedeutsame 82–93; wesenll. Irrtum darüber 187 III.
Wheigentum 72 I A, 73 I; eigentumsähnliche Nutzungsrechte 72 I A; Eigentumsanpruch 203 I; Eigentumsverwerb an Früchten 121 I; Eigentumsvorbehalt 118 III, 181 III.
Wheile von Reppan 2 III.
Wheinführungsgesetz zum BGB 12 III, IV.
Wheingebuchte Sachen bei Safted 190 V; 200 I.
Wheingebuchte Gut, Sondervermögen 125.
Wheingetragene Genossenschaft 99 V, 162 III; eing. Rechte, Verjährung 212 II; eing. Vereine 100.
Wheingung 137 II.
Wheinpflanzen 118 II.
Wheinrede, Einreden 66 I, 207, 208; b. mangelnden Sicherheitsleistung, 215 II; b. nicht erfüllten Vertrages 218 V; b. Verjährung 218 II, f. Verjährung u. Anspruchsverjährung; Verjährung b. G. 218 V; G. als Verjährungshemmung 215 II; b. Vorausklage 215 II; b. Zurückbehaltungsrechts 218 V f. Rückbehaltungsrecht.
Wheinläden 118 I.
Wheinseitige Kollisionsvorschriften 59 I. — Rechtsgeschäfte 137 I; Aufsichtung 190 III; b. Bevollmächtigten 172; b. Minderjährigen 143 II; b. Vertreters ohne Vollmacht 170 II.
Wheinsicht des Bereinigungsleiters 100 I.
Wheinspruch gegen Bereinseintragung 100 IV.
Wheintragung ins Bereinigungsregister 100.
Wheintritt b. Bedingung 183, 185 II, 187 I; b. Volljährigkeit 83 II.
Wheinwendung 207 II f. auch Einrede.
Wheinwilligung 143 I, 175, 191 I; b. gesetzl. Vertreters 143 I.
Wheinverfügung u. Recht 65 I.
Wheisenbahn, Haftung 199 II, V, 200 I; Kontrahierungszwang 133 IV; Verjährung 214 I 3.
Whelegante Jurisprudenz 18.
Wheelectricität 114¹.
Whe Eltern, elterliche Gewalt 80 III, 82, 91, 168 I; Verjährung 212 II, 215 II.
Wheempfangsbedürft. Wissenserklärung 136 A, 162¹².
Wheempfangsbedenklichkeit 146¹¹ II.
Wheempfangsboten 157^a, 166 I.
Wheempfangstheorie 149 I, II.
Wheempfehlung 72 I A.
Wheendbedingung 181 III, 187.

Uebe der Frühen 202.
 Umbildung der Ansprüche 209—219; b. Rechtsnormen 41.
 Ueberrain 180, 181 V, 182, 187.
 Uergelt = Soche? 114*, 7.
 Uerdäuerungslehre 149 I.
 Uerdäuerungsrecht 86*, 72*.
 Uerdäuerungs 86 II, 86, 141, 142; internat. Seibatz. 94 I; Übergangs- vorchriften 68 II, 96.
 Uerdäuerungsverträge, Verjährung 214*.
 Uerdäuerungspflicht f. Schadenersatz- pflicht.
 Uerdäuerung der Rechte 126 I; b. Rechts- normen 32—40; b. Vereine 99, 100.
 Uerdäuerungsrecht 30*.
 Uerdäuerungsgerichtsbarkeit 21 II.
 Uerdäuerungsklassen der Seibatrechte 76.
 Uerdäuerung zum 89 12 I, 25 I, 50 II; Uerdäuerungs Entlohnung 11 III.
 Uerdäuerung b. Rechtsfähigkeit v. Vereinen 106 I. II.
 Uerdäuerungsfall 141 V.
 Uerdäuerungs 5*; epitome Juliani 4*, 5 II.
 Uerdäuerungsrecht 72 I A, 116 I.
 Uerdäuerungsrecht 66*, 72 IV, 74.
 Uerdäuerung b. Stichters, Uerdäuerung 110 III; Ver- jähren gegen 216 III.
 Uerdäuerung, bedingte 184 II.
 Uerdäuerungsrecht, internat. Seibatz. 63, 94 III; b. nasciturus 77; iur. Verj. 98 I*.
 Uerdäuerungsrecht 72 I A, 116 I.
 Uerdäuerungs (subj.) 72 IV, 74.
 Uerdäuerungs 125; ruhende 216 I.
 Uerdäuerungsanspruch, Verjährung 212 I.
 Uerdäuerung b. Bedingung 183, 185 II, 187 I; c. befristeten Forderung vor Fälligkeit 186; Quittung f. d. d. d. d.; teilweise 216 A; v. Verträgen Kinderj. 143 II.
 Uerdäuerungsinteresse 159.
 Uerdäuerungs Rechtsfindung 53; Rechtslage 45 III.
 Uerdäuerungs Wille 144*.
 Uerdäuerung der Sicherheitsleistung 224 IV; b. Betreibern 102.
 Uerdäuerungs Eigenschaften — wesentliche? 157 III.
 Uerdäuerungs Rechtslage 27 I.
 Uerdäuerung f. Uerdäuerungs.
 Uerdäuerungsbetrieb 168 I.
 Uerdäuerungstheorie 165.
 Uerdäuerungs Rechtslage 27*, 11.
 Uerdäuerung der Verjährung 211 I.
 Uerdäuerungs Verjährung 210 I.
 Uerdäuerungs Rechtslage 45 I.
 Uerdäuerung 175; der Kinder f. Arbeits- verträgen u. zum Betriebe c. Uerdäuerungs- geschäftes 142 III.
 Uerdäuerung, richterliches 53, 54.
 Uerdäuerungs, Mangel b. 216 II, 156.
 Uerdäuerung 164*.
 Error incidens u. causam dans 162*; in persona etc. 157 II.

Ertrag f. Schadenersatz, Commodum, Sur- rogationsprinzip; der Fruchtgewinnungs- losen 120 V.
 Ertragsrecht 204 III, 209 I.
 Ertragsvollmacht 172.
 Ertragsrecht aus (sublosten) Handlungen 199.
 Ertragsrecht der Verjährung. 211 I.
 Erteilung der Vollmacht 171.
 Erträge f. Früchte.
 Erweiterung d. Offerte 163 II.
 Erwerb = Rechtsnorm. 126 III, 130—133; 2. b. Früchte 121 I.
 Erwerbende Verjährung 210 I.
 Erwerber, Recht des rechtlichen 216 I.
 Erwerbserleichterungen 66 I, 134 III, 185 I, 186 III; bingliche 72 I B.
 Erwerbserleichterungen für Ausländer 88 I; f. iur. Verj. 98 II; f. religiöse Ueben 90 II.
 Erwerbserleichterung, Ermächtigung b. Minderj. zum Betriebe eines 216 III.
 Erwerbserleichterung 135*.
 Erwerbserleichterung 99 V, 100 II.
 Erzeugnisse als Früchte 120 I, II; als wesentl. Bestandteile 118; als Zubehör 119 I.
 Erzeuger, Rechtsstellung 77.
 Erzeugeranspruch, Verjährung 214 I.
 Erzeugeranspruch des Rechts 28 II.
 Er sei denn 31 I.
 Essentialia negotii 157 II, 176 II.
 Eudaimonistische Theorien 30*.
 Evolutionsvorschriften 45 III.
 Evolutionistische Richtung der Rechtswissen- schaft 21 II.
 Ewiges Landrecht 7 II.
 Exceptio f. Uerdäuerung; doli 160*, 208 III; ex iure tertii 208*;ustus 160*.
 — Exceptiones in rem u. in personam 160*, 208 II; res coherentes 208 II.
 Erogenische Hilfsmittel f. d. röm. R. 24 II.
 Egen 21 III.
 Expropriationsrecht 66*, 72*.
 Exklusivverjährung 210 I.
 Exklusivverjährung 52, 53 II.
 Externe Vollmacht 171 II.
 Exterritoriale, Schutz 89*.
 Extravagantes 6 V.
 Ex tunc f. Rückwirkung.
 Faber 18.
 Fabrik, Bestandteile u. Zubehör 118 II, 119 I.
 Fabrikanten, Fabrikarbeiter, Verjährung 214 I.
 Pacta concludentia 144 II.
 Fälligkeit, Klage vor 216 I.
 falsa demonstratio 157 I.
 Fälligkeit 197, f. nach Verjährung; grobe 197 II; konkrete 197 III.
 Fälligkeit, Unterlassungsvermutung 79 I.
 Familienname 93 II.

Familienrechte 31 II, 71 II, 74; intern. Privat. 83; Übergangsvorschriften 56 II; Verjährung 212 II, 215 II.
Familienstiftung 111 V.
Fehlen des Willens d. Rechtsgeschäft 155 bis 159.
Feiertage 202 II.
Feingehalt 118 IV.
Feldmehrer, Verjährung 214 I.
Fernbruder 148¹, 149 A II.
Fernsprecher 149, 152 II.
Festnahme e. Verpflichteten 223 III.
Feststellung im Konfuzie, Verjährung 216 pr.
Feststellungstage 206 II, III; Verjährung 212 II, 216 I.
Fictio legis Corneliae 27¹.
Fiducia 139¹¹.
 — Fiduziarische Geschäfte 136¹, 139 II.
 Rechte 89 I; Rechtsübertragung 218 III; Stiftung 110 II.
Fieber 85 II, 141 V, 198 I.
Sittlich 27 I; des Eintritts der Bedingung 183 III.
Sittionstheorie 96.
Finanzvermögen 123 IV.
Findekind, Name 93¹¹.
Finder, Erwerbserhebung 66¹¹, 72 I B.
Finanzierte Willenserklärung 144¹¹, 14.
Firmenrecht 93¹¹, 105¹.
Fiskalrecht 66¹, 72¹.
Fiskus 97¹, 112 III; Anfall v. Vereins- oder Stiftungsvermögen 107 I, 111 IV; Aufrechnung 112 III; Haftung f. Beamte 112 II.
Fixe Idee 85 II.
Fließendes Wasser 122, 123 I.
Florentina 5 II.
Flözeigentümer, Haftung 199 II.
Flöße 123 III.
Forderung 66 I, f. auch Schuldverhältnis; Verjähr. e. F. 128 III 4b, 129, 195 IV; Verpändg. z. Sicherheitsleiha. 224 III.
Forderungsrecht 72 III, 74; Übergangsvorschriften 56 II.
Form d. Ansetzung 158 I, III, 190 III; b. Anmeldung z. Vereinsregister 100 III; b. Auflösung 126 III 3; b. Bestätigungsrecht, Rechtsgeschäfte 190 III; b. Bürgschaft 149¹; b. Beschließung 136 III 3; b. Ermächtigung. 175; des Selbstentwertungs 145¹¹, 146¹; b. Offerte 152 I; b. Rechtsgeschäfte 145—148; insbes. nach internat. Privat. 63, 145 IV; b. Schuldverträge 152 I, 164 IV; b. Stiftungsgeschäftes 110 III; b. Vereinsstat. 100¹, 191 II; des Vergleiches 145 II; b. Vollmachtserteilung 171 d. Vordertages 153¹¹; b. Widerrufs d. Stütz. 110 III; b. Zustimmung 143 I, 191 I.
Formfreiheit 145 I.
Formmangel 145 III, 148 III.
Formwirtschaftreibende, Verjährung. 214 I.

Vorsicherung d. Dienstverhältnisses 144 III; b. Gebrauch d. Wiese 144 III.
Frachtführer 200¹; Frachtschein, Verjährung 214 I.
Frankfurter Reformation 8.
Frank'sche Formel 198¹.
Frank'sche Schule 18.
Frauen, Ehrenmäßigkeit 83 II; Rechtsstellung 82.
Freibleiben 152 III 1a—d.
Freies Belieben f. Belieben; fr. Einbevermögen, Sondervermögen 126; fr. Körperkastaufbildung 99 III; fr. Rechtsfindung 54 II; fr. Willensbestimmung 85 II, 198 I.
Freiheitsbeschränkung oder -verletzung 178 III.
Freiheitsstrafe 53¹¹, 54 II 1, 208¹¹.
Freiwillige, Wohnsitz 99¹¹.
Freiwillige Abtretung, 152 III 1a—d.
Freunde f. Ausländer abh.
Freiwillige Verwaltung 68¹.
Freiwirtschaft 122, 123 II.
Freien, Termine 201, 202.
Freiwillige an Kriegsteilnehmer 215 II.
Freilegung 194 I.
Freiwillige u. Ansetzung 144¹¹; u. höhere Gewalt 200 II.
Frucht, Früchte 130 I—III; Gewinnungsfest 130 V; auf dem Palm 118 III; Verteilung 121 I.
Fungible Sachen f. vertretbare Sachen.
Gabella emigrationis, hereditaria 88¹.
Galt 19.
Garantieversprechen 170¹¹.
Garantort als Wohnsitz 89 II.
Gastwirt, Haftung 190 V, 200 I; Verjährung. 214 I.
GattungsvoUmacht 172¹.
Gebäude, wesentl. Bestandteil 118 II; Zubehör 119 I.
Gebauer 18.
Geburtsakt 61 II, IV.
Gebot b. Versteigerung 152 I; Gebote u. Ermahnungen 27 II.
Gebäudeverträge f. Wupungen.
Gebühren 85.
Gebühren, Verjährung 214 I.
Gebundenheit e. Person oder Sache 85 III, 88 I, 75, 96; G. an Offerte 153 III.
Geburt, Beweis d. G. 78 I; Rechtsfähigkeitsbeginn 77; Geburtshelfer, Verjährung 214 I; Geburtsregister 78 I; Geburtsstand 67, 88 II.
Gefahr, Abbruch f. Notstand, Notwehr, Selbsthilfe; b. Notlandes b. Trankfucht 86 II; Unkommen in gemeinl. G. 78 III.
Gefährdung d. Gemeinwohls bch. Stiftungsgewer 111 III, bch. Vereinsbeschlüsse 106.
Gefährdungshaftung 199 II.
Gefahrverpflichtung 70 I, 80.

Schuldänderungen 128³.
Segeleinwendung 207 IV.
Segeurecht f. Einrede.
Segeustand 51 I, 114³.
Segeuärtiger Angriff 221 I; g. Gefahr 222³.
Seheilandsprüche, Verjährung 214 I.
Seheiligte Sachen 122, 123 II.
Seheimer Vorbehalt b. Willenserklärung 144 II, 155 II, 156.
Sehilfen, Haftung f. G. 103; Verjährung 214 I.
Seilentracht 85, 86, 141, 109 I; Seilensprüche 86, 142; Seilensklärung 109 I; geistige Gebrechen 85 II.
Seilige Getränke, Einfluß b. Delikten 198 I.
Seillike Gesellschaften, Rechtsfähigkeit 144 II, 109³.
Seib 116; Hinterlegung 294 II.
Seidinteresse bei Vermögensrechten 71 II, 72 III.
Seidmücher 179 I.
Seilendmachung von Forderungen vor Fälligkeit 186.
Seiminden 112 II, III.
Seimines Recht 7, 24 I, 42 I, II.
Seimeingebrauch 123.
Seiminsame Lebensgefahr 78 III.
Seiminsames Recht 7 III, 42 I.
Seiminschaft 69; Verjährung 212 II.
Seiminschaftsverhältnisse 69.
Seiminswille als Rechtsbegründer 20.
Seimische Ausschlussfristen 211 III; Verbindungen 181 IV.
Seimichtigung 13³, 143 I, 191 I, II; bei geschäftsmäßigen Handlungen 194 I; b. geschäftlichen Vertreters 143; b. Stellvertretung 170; b. Stiftung 110 III; b. Verjährung eines Nichtberechtigten 191; b. Vormundschaftsgerichts bei Minderjähr. 142 III.
Seimralversammlung 104.
Seimralvollmacht 172³.
Seimelle Positionsnormen 59 I; mit Fallbestimmung 59³.
Seimeltheorie 96.
Seimosenchaften, ringetr. 90 V, 162 III.
Seimilla, Scipio 18.
Seimre, Gesellschaften als Zubehör 119 I.
Seimret 22.
Seimrechtliche Beurthg. ob. Beglaubig. 146 I, 147 I, IV; ger. Schutz, Anspruch darauf 205 I; ger. Veräußerungsverbot 135 II.
Seimrechtsentscheidungsansammlungen 25 II.
Seimrechtsbrand 39 II.
Seimrechtsfälle, prozeßliche, Haftung f. Gemischtg. b. G. 199 III.
Seimrechtsvoller, Verjährg. 214 I; Zustellung von Willenserklärung 151.
Seimrischen 22; germ. Theorie über jur. Pers. 90.
Seimstift 137 II.

Seimstiftung 80.
Seimstiftg. Sondervermögen 125.
Seimstiftungsverhältnis 69.
Seimstiftung 120 III, 133.
Seimstiftungsgesellschaft 138 I a.
Seimstiftungsverhältnis 69.
Seimstiftungsvermögen 59 II.
Seimstiftungsmacht 171 II.
Seimstiftungserklärung 136 B.
Seimstiftungshandlungen 128 III 2, 129, 194 I.
Seimstiftungsaufsicht zur Abwendung des Konkurses 215 II 8.
Seimstiftungsbefugung, Verjährung b. Ansprüche aus G. 214 I; G. u. Vollmacht 171, 173 II.
Seimstiftungsbekanntmachung Rechtegeschäfte 176.
Seimstiftungsbezirk (Rinderz.), selbständiger 149 III.
Seimstiftungsfähigkeit 63, 83, 129, 141; f. auch Geschäftsfähigkeit, Geschäftsunfähigkeit.
Seimstiftungsführung b. Vereinsvorstandes 102.
Seimstiftungsführung ohne Auftrag 128 III 2 a d, 194 I.
Seimstiftungsgebrauch 28.
Seimstiftungsvertrag 157—159.
Seimstiftungsverz. Statut des G. 145 IV.
Seimstiftungsverjährung 83 I, 141; Eintr. b. G. nach Abgabe von Willenserkl. 150, nach Vertragsantrag 152 III; internat. Privatrecht 63, 94 I; u. Stellvertretg. 166 I, 171 II, 173 II, III; Verjährg. gegen Geschäftsunfähige 215 III; Willenserkl. an G. 151; Willenserkl. b. G. 141 II; Wohnsitz 80 II.
Seimstiftungswille 136 A.
Seimrecht, Einfluß auf Rechtsfähigkeit 82; Seimrechtsverle. 83 II.
Seimelle, Verjährung b. Ansprüche 214 I.
Seimellschaft, colonia partiaria 158; Unterschied vom nichtrechtsfähig. Verein 109. — Gesellschaft m. h. G. 99 V, 162 III.
Seimgesellschaftsvermögen 126.
Seimgesetz 29 II, 32—34; G. u. Gewohnheitsrecht 29 II, 37; nichtwirkende Kraft 55; Gesetzesanalogie 53 II; Gesetzesanwendung 48—52; Gesetzeskolision 58; Gesetzeskonkurrenz 61³; Gesetzesmaterialien 50.
Seimgesetzgebung 32—34; b. Bundesstaaten (Bund) 14 II, III; b. Deutschen Bundes 7 III, 33 I; b. Deutschen Reiches 7 II, 10, 33; Justinians 5 I; b. Norddeutschen Bundes 10; b. Territorien 9.
Seimgesetzliche Form b. Rechtsgebote 146, 147. — Gesetzlicher Vertreter f. Vertreter; Wohnsitz 89 II.
Seimgesetzliches Pfandrecht f. Pfandrecht; Veräußerungsverbot 135 II; Verbot 135 II, 177.
Seimherrrecht 71¹³, 89³.
Seimhabe 122, 123 I, III.

Schaltungsrechte 56 I³, f. Rechtsänderungsrechte.
Schaltungsrechte d. Gemeinheitsrecht 35.
Servitut, geistige, Einfl. b. Delicten 198 I.
Schwärende Rechtsätze 27² II.
Schwärzung d. Stifters 110 IV.
Schwärzungen 27 II.
Schwärzer 123 III.
Schwelt, höhere 200, 216 II; b. Willenserklärung 160 I.
Schweltrieb, geschäftlicher 199 II; c. Winterjähriger 142 III.
Schwerliche Anlagen, Zubehör 119 I; Arbeiter, Verjährung 214 I; Niederlassung 89 I.
Schwerliches Unternehmen 72 II.
Schwerböhmige Vermittler 214 I⁷.
Schwülmer Wohnsitz 89 II.
Schwinnantell, Verjährung 214¹².
Schwinnantellstücke 214¹⁴.
Schwinnantellstücke der Früchte 120 V.
Schwinnantellrecht 14 I, 29 II, 35—38. v. Sierle 21 III.
Schwinnantellrecht 90 I.
Schwinnantellrecht 190 IV.
Schwinnantellrecht d. Vereinsmitglieder 105⁴.
Schwinnantellrecht an mehreren Orten 89 III.
Glossae interlineares u. marginales 10; glossa ordinaria 4 III, 16.
Glossatoren 3 III, 16.
Gloss, Op. N. 19.
Goldschmelz 116 VI.
Goldschmelz 116 IV.
Goslarer Statuten 2 IV.
Gothofredus, Dionysius u. Jacobus 18.
Gottesdienst, dazu bestimmte Sachen 122, 123 II.
Grabsätten 122, 123 II.
Grabe der Verwandtschaft 92 II.
Grammatische Interpretation 48.
Gratian 6 IV.
Gregorianischer Kalender 201 II.
Grundsicherungen, Anspruchverjährung 212 II.
Grundsicherungen 58 I, 58—63.
Grube Sachschadhaftigkeit 197 II.
Grubjährigkeit f. Zolljährigkeit.
Grotius 20.
Grund der Rechtsgeschäfte — causa 129 I.
Grundbucharbeiten 72 I A.
Grundgeschäfte 133².
Grundpfandrechte 72 I A.
Grundschuld 72 I A; Servitut. als Sicherheitseig. 224 II; Grundschuldrecht 117 I.
Grundstück 114 I, 115 I; Bestandteile 118; Erwerb durch Ausländer 88 I; Zubehör 119 I.
Grundstücke v. Geschäften vor Eintragungskündigung 86 IV, VII, 142 V.
Grundstück Rechtsgeschäft 136 C.
Grund — Erbschaft 65¹².
Grundvertrag 216 II.

Guter Glaube d. Erwerber 132; gegenüber erfolgloser Vollmacht 174; g. Gl. u. Verjährg. 211 VI.

Haager Abkommen 58 II 3.

Hausrecht 72 I A.

Haftung f. Automobile 190 III; f. Beamte 112 II; b. Bergbauunternehmern 199 II; b. Betriebsunternehmern 199 II; b. Bauunternehmern 199 II, V, 200 I; des Fabrikunternehmers 199 II; b. Flößeigentümers 199 II; des Frachtführers 200²; des Gastwirts 199 V, 200 I; f. Gehilfen 103; des geistl. Vertreters 103; jur. Personen 96 III, 103, insbes. j. P. 65. Rechts 112 II; f. Kraftfahrzeuge 199 II; b. Liquidatoren e. Vereins 107 II; b. Luftfahrzeughalters 199 II 8; b. nicht rechtsfähig. Vereine 100, 109; b. Roßhand 222 II; b. Rotweh 221 II; der Post 199 V, 200 I; b. Rosse 199 II; b. Schiffseigners 199 II; f. aus schuldlosen Handlgn. 199; b. Schiffsleute 199 III, 223 V; des Statuts uhm. 103, 112 II; des Tierhalters 195 III, 199 II; aus unerlaubter Handlung 196 II, 198; f. unrichtige Willenserklärung 199 IV; Unzurechnungsfähiger 198; b. Vereins für Verordnungen d. Willensorgane 103, 106 II; b. Verwalter 200²; b. Vertreter 199, 170; f. v. Vertreter ugl. S. f. Gehilfen u. geistl. P.; f. Wirthshaus 195 III, 199 II; f. Zuzahl 199 V, 200.

Haftbürtige Verwandte 92 I.

Halbes Jahr, halber Monat 202 I.

Halbender 18.

Hamburger Statuten 8.

Handelsbrand, Handelszettel 38.

Handelsgesellschaft, offene 96 IV.

Handelsrecht I 1, 13 IV, 44 II.

Handelsrichter 214².

Handlungen 128 I, 195 II; geschäftsähnliche 128 II, 129, 194 I; juristische 128; schuldl. Ersatzpflicht 128 III, 129, 199; unerlaubte f. d. d. d. d.

Handlungsgagent, Verjährung 214³.

Handlungsfähigkeit 76, 83, 129; geistig ober forp. Kranter 85, 86; juristischer Personen 96 III.

Handlungsgehilfen, Verjährung 214 I.

Handwerker, Verjährung 214² I.

Handzeichen 146 I, 147 IV.

Handverlehen Königshaus 40 I, 88 II.

Hartmann 21 III.

Hasse 21 III.

Hausfische 118 III, 119 I.

Hausfischer 91.

Handverfassungen 40 I, 88 II.

Hausnamen, Verjährung 214 I.

Hausnamen, Verjährung 214 I.

Heftung d. Formmangels 145 III, 148 III.

Heimatrecht 61 III, 94.

Heineccius 19, 22.

Heiratsregister 78 I.
 Heranung b. Verjährung 200 II, 215 I, II, 219 I; beim Aufhebungsantrag 215.
 Herausgabe d. Früchte u. Schenkungen 120 V.
 Herbergrecht 199 V, 200 I.
 Herber 21 I.
 Hereditas Jacens 97 I.
 Herrschaftsdrogein 68 I.
 Herrschende Meinung 29 II, III.
 Hülfsgeschäfte 139^a.
 Hülfspersonen, Haftung für S. 103.
 Hülfslegung b. Auflösung e. Verzins 107 II; als Sicherheitsleistung 224.
 Historischer Hintergrund 207 II; h. Schule 21; b. Vereinnigung 51 II.
 Höchstmaß b. Zinsen 179 I.
 Höchstpreisüberschreitung 177 I I, 179 V I.
 Höhere Gewalt 200, 215 II.
 Höhere Kritik 47.
 Höpfer 18, 19.
 Hörige 2 II.
 Hofadel 18, 19.
 Hofrechte 2 II.
 Hohenzollern 40 I, 88 II.
 Hoher Adel 88 II.
 Holsteinisches Fürstentum 40 I, 88 II.
 Homines sui juris 91.
 Honorare, Verjährung 214 I.
 Hotelzimmerbestellung 153 II^a.
 Hotomans 18.
 Huber 18.
 Hugo, Glöckler 16; hift. Schule 21 I.
 Hungelland 16.
 Humanisten 18.
 Hufschle 21 III.
 Hypothek 83 II, 141 V, 198 I.
 Hypothek 72 I A; Erstreckung auf Zuehöre 119 III; als Sicherheitsleistung 224 II; Verjährung 218 III.
 Hypothekendrief 117 I.
 Jacobus 16.
 Jagdberechtigter, Wildschadenersatz 195 III, 199 II.
 Jagdrecht 66^a, 72^a.
 Jahrgang 84 I.
 Jason de Mayo 17.
 Idealer Verzins 100.
 Idelle Kette 69.
 Jhering 21 II.
 Immaterialgüterrecht I I, 13 V, 72 II, 74.
 Impuberes 83 II.
 Im Zweifel 45 II.
 Inbegriff von Sachen 114 II, 115 III.
 Indies 5 II.
 In dem adictio 161^{aa}.
 Indigenat 88 I.
 Indirekte Stellvertretung 167 I; Willenserklärung 144 II.
 Individualrechte 71 I.
 Individualvollmacht 172^a.
 Individualvorschriften 43.
 Indossament 117 II.

Infantes 83 I.
 Infortium 5 IV.
 In fraudem legis agere 177 II.
 Inhaberpapier 117 II; als Sicherungsmittel 224.
 Inhaftieren b. Geize 34 I.
 Innungen, Innungsauslässe, Innungsverbände 98 II, 99 V.
 Institutionen 4^a, 5 II.
 Interesse, negatives 150, 170 I, 199 IV; vermögensrechtliches als Forderungserfordernis 71 II, 72 III; als Voraussetzung b. Rechtsanwendung 220.
 Internationales Privatrecht 58—63; Deliktfähigkeit 63, 94 II; Geschäftsfähigkeit 63, 94 III; Entmündigung 94 I; Form der Willenserklärung 63, 145 IV; Geschäftsfähigkeit 63, 94 I; Jurist. Personen 119 III; Natürliche Personen 94; Rechtsfähigkeit 63, 94 III; Verschollenheit 81 I; Volljährigkeit 94 I; Name 94 IV.
 Internationalisten 58^a.
 Interne Vollmacht 171 II.
 Interpretationen 5 I.
 Interpretation 48—52; authentische 50; J. d. Rechtsgeschäfte 192, 193.
 Intervalla distinda 85 II, 86 IV, 141 III.
 Interzession 44 I; Interzessionsbeschränkungen 44 I, 82.
 Inventar als Zuehöre 119 I.
 Inventarfrist u. vis major 200 II.
 Inventarisierungsvolltage 206 II.
 Inverius 5 II, 16.
 Irrtum im Vertragsgrunde 157, 165; J. b. Gewohnheitsrecht 36 I; b. letztwill. Verfüg. 157 IV, 165 II; b. Rotosch 221 II; in Preisberechnung 157^a; b. Selbsthilfe 197^a, 199 III, 223 V; J. über Strafrecht 196^a; J.-Unterschied 165 III; bei Willenserklärung 157—159.
 Juden 90 I.
 Jüngster Reichsabtrieb 7 II.
 Jugend b. Delikten 198 II.
 Julian 5 II.
 Juristenrecht 36 I, 39^a.
 Juristische Früchte 120; Handlungen 123; Personen 65 III, 68 I, 76, 96—113, vgl. auch Personen; i. Tatsachen 127 II.
 Jus aequum 46 I; commune 44^a; proprium 44^a II; publicum 45^a; singulare 44 I; strictum 56 I.
 Justinianische Gesetzgebung 5 I.
 (Siehe auch G.)
 Kammereigent 112 III.
 Kaiserrecht 2 III.
 Kammergerichtsordnungen 7 II.
 Kanonisches Recht 6.
 Kapellenervertrag 177^a.
 Kapitale Bedingung 181 IV.
 Kasologe u. Freisitzer 152 I.
 Kauf, Verjährung 214 I; Kauf auf Probe 181 III, IV.

- Banale Geschäfte** 139 I.
Banfalliditätsprinzip 199 pr.
Banfallverleumdung 139 I.
Banion 224, f. *Sicherheitsleistung*.
Beller, fr. 2. 21 III.
Brennämßchen 51 I.
Reichshandel 177^r, 179 V 3.
Bienenz 21 II.
Binder, Geschäftsfähigkeit 83 I, 198 II; Geschäftsfähigkeit 83 I, 141 I; Namen 93 I; Verjährg. d. Ansprüche gg. Eltern 212 II, 215 II; Wohnsitz 89 II.
Binderalter 83 I, 141 III, 198 II.
Binderermögen, frics 125.
Birke 31 I, 112 III; Kirchenbauakt 121 II; Kirchengebäude u. -Geräte 122, 123 II; Kirchenrecht 31 IV; Kirchenpatronat 123^r.
Birgen 202 II, 206.
Birgabweisung, Einfluß auf Verjährung 216 I.
Birgegrund 207 II.
Birgerhöhung als Verjährungsunterbrechung 216 I.
Birgerrecht 203 II, 205.
Birgerfachen 207 II.
Birne 9^r.
Birnes Kaiserrecht 2 III.
Birker 100^r; Birkergebäude 76, 90 II.
Birkerungsverträge 178^r.
Birker 6 II.
Birkerifikationen, landesrechtl. 9, 11 II; Birkerifikationsprinzip des BGB 13, 14, 42 I.
Birkerkassanlei 189^r.
Birnen 51 I.
Birker des Menschen (Sache?) 114 I.
Birkerliche Gebreden 86 I; Sachen 114 I.
Birkerfchaften 68 I, 99—109; Autonomie 40 III; öffentliche R. 97 II, 112; Birkerfchaftsbildung, Syllabenzfreien R. 99 III.
Birkeration 92.
Birkeranz des Bestandteils 114 I, 118 I.
Birker 21 III.
Birkerfollmacht 171 II.
Birkerfollmachten 58—63.
Birkerfoll 168^r.
Birkerfollgefellschaften, Rechtsfähigkeit 196 V.
Birkerfoll zum BGB 25 II.
Birkerfoll 167 I; Verjährg. 214^r.
Birkerfoll 78 III.
Birkerfollverbände 31 I, 112 III.
Birkerfollvermögen 112 III.
Birkerfoll f. *Kirkerrechnung*.
Birkerfoll 90.
Birkerfoll 90 II, 109^r.
Birkerfoll 47.
Birkerfoll 144 II.
Birkerfoll 197 III.
Birkerfoll 209 III.
Birkerfoll 178 III.
Birkerfoll d. bedingter Birkerfoll 185 1^r; R. u. fiduziarisches Geschäft 190 II; einer juristischen Person öffentl. Rechts 112 II; b. nichtrechtsfähigem Birkerfoll 109 I; einer Stiftung 111 IV; eines Birkerfolls 106 III; bei Verjährung 216 II; Einfluß auf Birkerfollmacht 173 II, III.
Birkerfoll, Verjährg. d. R. 135.
Birkerfoll 123 II.
Birkerfoll 130 II.
Birkerfoll, antizipierendes 167^r.
Birkerfoll mit sich selbst 168 II; Birkerfoll 163 IV.
Birkerfoll 191 III.
Birkerfoll 224 I.
Birkerfoll 199 V.
Birkerfoll 99 III.
Birkerfoll f. *Birkerfoll*.
Birkerfoll 89.
Birkerfoll 41^r.
Birkerfoll d. Birkerfoll 120 V.
Birkerfoll, Haltung 199 II.
Birkerfoll der Birkerfoll 174 I.
Birkerfoll, Birkerfoll 79 I, 85.
Birkerfoll, geistige u. körperliche 85.
Birkerfoll 13^r.
Birkerfoll 179 I.
Birkerfoll 8.
Birkerfoll 13 VII.
Birkerfoll, übermäßiger 170^r.
Birkerfoll 193^r.
Birkerfoll 215 II.
Birkerfoll 79 I, 80.
Birkerfoll 179 V.
Birkerfoll 47.
Birkerfoll, bedingte 182^r; R. d. Birkerfoll 105 IV; Verjährung seit R. 213.
Birkerfoll 66 I.
Birkerfoll, Räumung, Birkerfoll 186 I.
Birkerfoll 2 IV.
Birkerfoll 27^r.
Birkerfoll 51 II.
Birkerfoll, Birkerfoll 214 I.
Birkerfoll 93^r, 146 II.
Birkerfoll 12 I.
Birkerfoll 116 IV.
Birkerfoll 116 III.
Birkerfoll 8.
Birkerfoll 40 I, 88 II.
Birkerfoll 116 III.
Birkerfoll 117 I.
Birkerfoll, Birkerfoll 162 I.
Birkerfoll 42 II; Birkerfoll 9, 11 II; landesrechtl. 14, 42.
Birkerfoll u. landesherrl. Birkerfoll 40 I, II, 88 II, III; Birkerfoll 83^r II.
Birkerfoll 115 I; Birkerfoll 119 I.
Birkerfoll (bairisches) 9 IV; (preussisches) 9 I; landesrechtl. 2 II, 8, 9; landesrechtl. u. Birkerfoll 2 III.
Birkerfoll 115 I.

- Zandwirtschaftreibende**, Verjährg. 214 I.
Zaßen, Verteilung 121 II.
Zala culpa 197 II.
Zanirbach 19.
Zehnwälder 83, 84, 202 III.
Zehnwälder 28 I, 178^a.
Zehnwälder 77 IV.
Zehnwälder gemeinlame 78; Verschollenheit nach Z. 79 I, 80.
Zehnwälder 65¹².
Zehnwälder 80 I.
Zehnwälder, ehrliefer 87^a.
Zehnwälder 48.
Zehnwälder a. lex.
Zehnwälder Privilegien 43 II.
Zehnwälder 2 II, 56 II, 72 I A.
Zehnwälder über bürgerl. Recht 25 III, IV; b. deutsh. Privatr. 24 II; b. Banbefreiung 24 I, b. Postbefreiung 24 III.
Zehnwälder, Gehaltsansprüche 214 I; Haftung des Stantes f. Zehnwälder 112^a.
Zehnwälder, Zehnwälder, Zehnwälder, Verschwendung 214 I.
Zehnwälder 77.
Zehnwälder 11 I, 20.
Zehnwälder 80¹, 145¹².
Zehnwälder 114 I.
Zehnwälder, Ausübung b. Z. 178 II, 179.
Zehnwälder, Klage auf künftige Z. 186 I; teilweise Z. 216 A; nach Verschwendung 218 III.
Zehnwälder 206 I.
Zehnwälder 66 I, 207 f. Einrede.
Zehnwälder, Auslegungregeln 193 V; Verbindung bei I. B. 183 II, 184 II, 185 I, 188; Jritum 157 IV, 159, 165 II.
Zehnwälder, abier 87 I.
Zehnwälder 183¹²; fugitiva 51^a; generalis 22, 43 I; perfecta etc. 177^a; Placitoria 83 II; restituta 4^a, 5 II; specialis a. generalis 51 II 5; specialis 32, 5.
Zehnwälder 19.
Zehnwälder 5 II; Extra 6 IV; Sextus 16 IV; Libri feudorum 4 III.
Zehnwälder (Zehnwälder?) 114 I.
Zehnwälder 85 II, 86 IV, 141 III.
Zehnwälder b. Vermögensvermögen 111 IV; b. Vermögensvermögen 107 I, II.
Zehnwälder, Verschwendung 214^a.
Zehnwälder Pisana 5 II.
Zehnwälder 48.
Zehnwälder 214 I.
Zehnwälder, Verschwendung 214 I.
Zehnwälder 2^a, 8, 9 I.
Zehnwälder, Haftung 190 II 6.
Zehnwälder 8.
Zehnwälder 114 I, 122, 123 I.
Zehnwälder 138.
Zehnwälder 166^a, 197 I.
- Zehnwälder** — Stellvertreter? 166^a; Verschwendung 214 I.
Zehnwälder 2^a IV, 9 I.
Zehnwälder 114 I.
Zehnwälder 128 III, 182^a, 194 I.
Zehnwälder 216 II.
Zehnwälder 211 IV, 216^a.
Zehnwälder 170.
Zehnwälder 16.
Zehnwälder (Zehnwälder, Zehnwälder?) 115^a, 115^a, 11, 119 I.
Zehnwälder 25 I, 50.
Zehnwälder 17.
Zehnwälder 146 I.
Zehnwälder 40 I, 88 II.
Zehnwälder 122, 123 I, III.
Zehnwälder 61^a, 89 III.
Zehnwälder 190^a; v. Rechtsobjekten 69.
Zehnwälder b. Personen 104.
Zehnwälder 152 I.
Zehnwälder 18.
Zehnwälder 144 II, 156 II, 158.
Zehnwälder 18.
Zehnwälder 116 III.
Zehnwälder 161, 164.
Zehnwälder 19.
Zehnwälder 144 III; Verschwendung 214 II.
Zehnwälder 120 I, II, 214 II.
Zehnwälder 31 II; Wohnsitz 89 II.
Zehnwälder 19^a.
Zehnwälder 33 II f. bechr. Geschäftsfähigkeit; Deliktfähigkeit 83 II; Geschäftsfähigkeit 83 II, 142 I, II; Volljährigkeit 84.
Zehnwälder 2 II.
Zehnwälder 105 II.
Zehnwälder bei Ausübung eines Rechts 220; der Vollmacht 170 I.
Zehnwälder 77 IV.
Zehnwälder 179 II, IV.
Zehnwälder 192 IV.
Zehnwälder 118 III.
Zehnwälder 104.
Zehnwälder 71 I, 103.
Zehnwälder 68 II, 105 II.
Zehnwälder 202 I.
Zehnwälder 128 III 2b, 194 I, f. Anzeige, Bekanntmachung; v. Ansetzungsbeschlüssen. Behörden 190 III; v. h. Bewohnerschaft 171, 174 I; v. h. Stellvertretung 166 I.
Zehnwälder 68 II; mittelbare Nachfolge 130 V; m. Stellvertretung 167 I.
Zehnwälder 201 I.
Zehnwälder 22.
Zehnwälder b. Rechtsgeschäften 130 B.
Zehnwälder 163 II.
Zehnwälder 126 III.

- Nach** 90 II.
Nacht 201^a, 202 I.
Nachgel 153^{aa}, 178^{aa}.
Nachtrag 77 IV.
Nacht 28 I.
Nachricht, Entmündigung 86^a, Bericht-
 merksheit 198 I.
Nach i. Beweggrund 139 I, 160—166;
 Jertum im Nach 157, 165.
Nach zum BGB 12 I, 20 I, 50 II.
Nachlassliche Haftung 163 III.
Nachlass, Fideicommissum 119 I.
Nachlass 21 III.
Nachlass, Anspruchsverjährg. gg. Vormund
 215 II.
Nachlass 116 IV.
Nachlass 51 I.
Nachlass 19.
- Nachbarrechtliche Ansprüche**, Verjährung
 212 II.
Nachgeliebtes Recht 45^a.
Nachgeliebte Forderungen, Verjährung 215 III.
Nachsteuer 88^a.
Namen 88 III, 93; Namenspapier 117 II;
 Namenrecht 31 II, 63, 65, 71 I, 93 I;
 Namensunterschrift 146 I, 148 II.
Naschuran 77.
Nassisches Fährtenhaus 40 I, 88 II.
Nationalisten 58^a.
Nationalitätsprinzip 58 I.
Natürliche Früchte 120; Personen 76^a;
 77—96; Verbindlichkeiten I. Natural-
 obligation.
Naturalia negotii 45^a, 176 II.
Naturalimputation 202 III.
Naturalobligation 203 II; nach Verjährung
 218 III.
Naturereignisse, höhere Gewalt 200.
Naturrecht 30 II; Naturrechtsschule 20,
 30 II.
Nebenabreden 145 III, 154 IV.
Nebenbestimmungen eines Rechtsgeschäfts
 176 II, 181 I.
Nebengesetze zum BGB 13 II, III.
Nebenleistungen, Verjährg. 218 III.
Nebenlast 119 I.
Negative Bedingung 181 IV; Feststellungs-
 lage 205 I, 206 II; n. Interesse 159,
 170 I, 199 IV; n. Potestatsbedingung
 181 IV, 183 III.
Negotiorum gestio i. Geschäftsführung
 v. Nicht.
- Neuwert** d. Geldes 116 II.
Neuwerbungen 124 II.
Nichtberechtigter, Erwerb vom N. 132;
 Sonnenschein 191 III.
Nichterkennbarkeit des Vertretungsstillens
 167 II.
Nichterkennbarkeit der Willenserkl. 155 II,
 156.
Nichtgebrauch von Rechten 210.
- Nichtigkeit** vgl. Formmangels 145 III,
 148 III; v. geschäftsähnlichen Hand-
 lungen 194 I; v. Rechtsgeschäften 136 C,
 189; d. Willenserklärung 155 II, 156,
 158 IV.
Nichtrechtsfähiger Verein 93^a, 108, 109,
 113 II.
Niedermünzen 116 IV.
Niederer Adel 88 II; nied. Kritik 47.
Niederländische Schule 18.
Niederlassungsort 89 I.
Nießbrauch 72 I A; a. z. Sachinbegriff
 114 II.
Nötigung 164^a.
Noch 18.
Normatibestimmungen 90 III.
Normen 27 II.
Notar 112^a, 214 I; Notariatsordnung 7 II;
 notarielle Beglaubigung u. Beurkundung
 146 I, 147 I, IV.
Notriss u. via major 200 II.
Notgeld 110 IV 7.
Nothilfe 221 I.
Notlage, Ausbeug. 178 III, 179.
Notstand 231 pr., 223; Gefahr d. W. bei
 Trunksucht 86 II.
Notverordnungen 32, 33 I.
Notwehr 221.
Notwendige Bedingung 181 II.
Novellen 4^a, 5 II.
Nürnberg Reformation 8.
Nutzungen 120 IV; Erwerb und Heraus-
 gabe 120 V; Verjährung 218 I; Ver-
 teilung 121 I.
Nutzungsrechte 72 A^a.
- Oberbairisches Landrecht** 2 IV.
Objekt der Rechte 70, 114—125.
Objektive Theorie bei via major 200 pr.
Objektives Recht 27—31.
Obligation i. Schuldverhältnis.
Obligatorische Verpflichtung, Verletzung
 derselben 128 III 4b, 129, 196 IV; im
 übrigen vgl. Forderung.
Obrigkeitsliche Hilfe, Fehlen herf. 223 II.
Oberban 42 II.
Oberbänne 118.
Ocasio legis 51^a.
Odoresus 17.
Öffentliche Beglaubigung 147 IV; Befannt-
 machung i. Befanntmachung; Besoll-
 mündigung 171 II, 174; Formen d. Will-
 enserklärung 147; Gebühre u. Geräte 123
 IV; Gemeinwesen 31 I, 112 III; Geroll-
 ser 123 III; Hinterlegung i. Hinterlegung;
 jur. Personen 97 pr., II, 112; Lasten i.
 Lasten; öff. Recht I I, 31; Sachen 123^a;
 Verträge 31 I; Verzinsrecht 99 I, 101 II;
 Versteigerung 152 I; öff. Wege, Brücken,
 Wege 123 III; Widerruf der Hofmacht
 173^a; Zustellung von Willenserkl. 121.
Österreichisches Gesetz 9 II.
Öffentlichkeitsrecht 136^a.

Efferte 137 II, 152.
Ohne Obligo 152 III.
Exposition 130 I, 136¹⁰, ¹¹, 149 pr.
Operation 142 II.
Opinio necessitatis 35 I, 38.
Orden, geistliche 90 II, 100⁸, 100⁹.
Ordnungspapier 117 II, 224 II.
Organe der Gesetzgebung 32; b. jur. Verf. 96 III, 102⁸; b. Vereins 102, 103, 104.
Organisationen 96.
Organische Ergebnisse 120 I, II; o. Theorie üb. jurist. Person 96.
Organisationsrechte als Sonderrechte 105⁸.
Originärer Erwerb 130 I, 132 III.
Ori d. Niederlassung 89 II; b. Sicherheitsleistung 224¹⁴.
Orißgemeinden 112 III.
Orißvermögen 112 III.
Ordnung 120 I, II; Verjährung 214 II.
Pactum de non litando 177⁸, 178¹⁰; de quota litis 178¹⁰.
Patiententheorie 59 I.
Pandekten 5 II, 24 I.
Pape 12 I.
Papiergeld 116 III, IV 4.
Papierwährung 116 IV 2.
Papianusmasse 5¹.
Parentel 92 II.
Partes pro indiviso 69.
Partiarische Geschäfte 138.
Partikuläre Recht u. gemeines 91, 42 I; u. Menschenrecht 37 III.
Partikularrechte 8, 9, 24 IV.
Passirgewicht 116 IV.
Pastorale Stellvertretung 166 I.
Pastorvermögen 124 I.
Patentrecht I I, 13 V.
Patria potestas 91, 92.
Paulus Castrensis 17.
Pecunium profectitium 61.
Peinliche Gerichtsordnung 7 II.
Pendenzverhältnisse 75.
Pension (= Absegehalt), Verjährung 214 II.
Peremptorische Einreden 208 I, 215 II.
Pernies 21 III.
Perplexe Bedingung 188 I.
Personlichkeitsrechte 71 I.
Personlicher Anspruch 204 I; p. Einreden 208 II; p. Sicherheitsrecht 223 III.
Personalprivileg 43 I.
Personenstand 61 II, III, 94.
Personen 78; juristische 65 III, 68 I, 76, 96—113; Acten 97; Begriff 96; internationales Privatrecht 113 III; landesrechtliche Vorbehalte 113 I; j. P. des öffentlichen Rechts 96 pr., II, 112; Übergangsvorläufigkeit 113 II; Umfang der Rechtsfähigkeit 98; natürliche 76⁸, 77—96.
Personenrechte 71 I, 74.
Personenstandsregister 78 I.
Personen, 119 f. Zubehör.

Ständung o. Zuzurechnungsrecht 185⁸; u. Früchten a. d. Palm 115 III; als Selbsthilfe 223 VI.
Ständungsstatut 223 II.
Ständrecht 72 I A; an hinterlegten Sachen 224 II; und Verjährung 218 III.
Ständverkauf 139 II.
Ständen, Samen 118 II, III.
Ständschöten, Verjährung 214 I.
Ständschaft als. Kranke 85; für Leibesfrucht 77 II; 241. bei Verschuldenheit 80 III.
Ständtheit, Verjährung 213, 215 II.
Ständographen, Verjährung 214⁸.
Ständliche Gewalt 160 I, 195 II.
Ständ 16.
Ständ 5 II.
Ständ 19.
Ständ 16.
Ständ 21 III.
Ständ, öffentliche 123 III.
Ständliche Vereine 99⁸, 100 IV, 101 II, 105 I, 106⁸.
Ständüberordnungen 32.
Ständüberüberordnung 177 I 2.
Ständurteil 123 III.
Ständliche Bedingung 181 IV; p. Bestimmungsnote 206 II; p. Verbindungen 128 I.
Ständ, Haftung 192 V, 200 I; Kontrahierungsanhang 183 IV.
Ständoffiziere 3 III, 17.
Ständüberordnung 181 IV, 182¹⁰.
Ständ urbana, rustica 115 I.
Ständ 39 II.
Ständ dormiens 215 I.
Ständ f. Vermutung.
Ständ o. Rechts 51 III.
Ständ 19.
Ständ 39 II.
Ständrechnungsbüchlein 157⁸.
Ständ 182 I.
Ständ, Preiswucher 179 V 2, 177⁸.
Ständ 9 I.
Ständ 44 I.
Ständ 45 I, 128⁸.
Ständ, Verjährung 214 I.
Ständ 88 II.
Ständ 123 I.
Ständ, deutsches 22, 24 III; internationales 58—63 f. bert; subjektives 71—76; Verhältnis des P. z. öffentl. Recht I I, 31.
Ständwissenschaft 15—23.
Ständ 195 II.
Ständ 32, 43, 44 II; P. d. Ständ 112 III.
Ständ, Kauf auf Fr. 181 III, IV.
Ständ 77 IV.
Ständ 144 IV; pr. facto contraria 144 IV.
Ständ o. öffentl. Bezeichnung 147 I; Protokolle b. 2. Kommission 25 I, 60 II.
Ständliche Gerichtsbarkeit, Haftg. f. Ermüdung 190 III.
Ständ 175 I 2c.

- Prozessvollmacht** 172.
Prüfungsrecht d. Richters 34 II.
Pseudonym 93²², 146 I.
Pubertät 83 II.
Publiciana 48 I.
Publication der Gesetze 32, 33.
Publii 21 I.
Pütter 22.
Pufendorf 20.
Punktion 154 I.
Putationswoche 221²².
- Quästiones** 16.
Quantitätsachen I. vertretbare Sachen.
Quantitativum 207².
Quattuor doctores 16.
Landluisburger Stadtrechtbuch 2 IV.
Quittung 146²².
- Räumung**, Klage auf künftige R. 136 I.
Ramos 18.
Ratio juris u. legis 61².
Rationalität des Gewohnheitsrechts 36 I.
Raubbau u. Fruchtbegriff 130 I, II.
Realact 128 III 3, 194 II.
Reale Reibung d. Rechtsfindung 53²².
Realgemeinde 112 III.
Realgeschäfte 136 B.
Realjurisprudenz 21².
Realisation 224 I.
Realis 72 I A.
Realprivilegien 43 I.
Recht, objectives 27—31.
 — öffentliches I I, 31.
 — subjektives 65, 66; absolutes u. relatives 74; als Behandeltes 118 V; Früchte, Kosten, Rühungen 120; Übertragung 130 II, 134 II.
 — Recht auf Gerichtscharakter 206 I.
 — Recht b. rechtlichen Erwerb 73 I.
 — Rechte an Rechten 70 I.
Rechtliches Interesse 206 II.
Rechtmäßige u. rechtswidrige Handlungen 127², 128².
Rechtsaberrungslagen 206 IV, 212 I.
Rechtsaberrungsrechte 66 I, 171 I, 190 III.
Rechtsanalogie 53 II²².
Rechtsanmaß 178²; Beherrschung 214 I.
Rechtsaberrungslage 53 III, IV.
Rechtsaberrung 48—52.
Rechtsaberrung, missbräuchliche 220.
Rechtsaberrung 181 II 2.
Rechtsaberrungserwerb 130 II.
Rechtsaberrungslage (Restriktion) 53 II, IV.
Rechtsbefug 73 I.
Rechtsbücher 2 III.
Rechtserwerb 126 III, 150—153.
Rechtsfähigkeit 63, 76; des Erzeugten 77; Geistesgestörter 85, 86; d. jur. Pers. 96 II, III, 98; d. körperl. Geschlechlichen 85; d. natürl. Pers. 77—81, 94 III; d. Sachen 122, 123; d. Vereine, Erbe, Entziehung 106.
- Rechtsfindung** 49 II, 53—54.
Rechtsfolgenwille 157 I 1c.
Rechtsgemeinschaft I. Gemeinschaft.
Rechtsgeschäfte 128 III, 136—193; abstrakte u. konkrete 139 I, 178 II, 179 III; analoge Anwendung 194; Anfechtbarkeit 157 pr., 180 II, 190; Auslegung 182, 193; Begriff 136; Einteilung 137—139; Erwerbsmittel 140—154; fiduziarische 136², 139 II; Form 145—148; Inhalt 176—179; Romanlegens 191 III; Nebenbestimmungen 176 II, 181 I; Nichtigkeits 136 C, 189; typische 176 I; unfittliche 178; verbotene 177; wesentliche Bestandteile 176 II.
Rechtsgeschäftliche Benachteiligung 135 II.
Rechtserhaltungslagen 206 IV.
Rechtsgrund — causa 139 I.
Rechtsaberrungen 128 II, III 2.
Rechtsaberrung Einreden nach Tauschen 207 II.
Rechtsinstitut 64 II.
Rechtsirrtum 157 II, 165 III.
Rechtskräftige Entscheidung, Anspruchsverjährung 216 pr.
Rechtslagen 75², 124².
Rechtswille 65, 66.
Rechtsaberrung 134, 135.
Rechtsmissbrauch 53 I, 229.
Rechtsmittellagen 206 III.
Rechtsnachfolge 130 I, 131, 132 III; Zeitrechnung s. Benachteiligung 217.
Rechtsobjekt 70, 114—125.
Rechtspflicht, Stillstand 200 II, 215 II.
Rechtspflicht 67.
Rechtssphäre 30.
Rechtssprechungsrecht 53²².
Rechtsfrage 27; Arten 27, 44; Erhebung 41.
Rechtsförmigkeit 73 II.
Rechtsförmigkeit des Mittelalters 15.
Rechtsförmigkeit 205².
Rechtsförmigkeit 68, 69, 76—113.
Rechtsförmigkeit 64 II.
Rechtsaberrung 130 II, 134 II.
Rechtsfähige Sachen 122, 123.
Rechtsverhältnis 64 I.
Rechtsverhältnis 126 III, 134, 135.
Rechtsaberrungslage Einwendung 207 II.
Rechtsaberrungslage Einwendungen u. Tatsachen 207 II.
Rechtsaberrung 32.
Rechtsaberrung 128 III, 195 I².
Rechtsaberrung Angriff 221 I.
Rechtsaberrung, Bewußtsein d. R. 166 II.
Rechtsaberrung d. Belter 82.
Rechtsaberrung — causa 139 I.
Rechtsaberrung Antragnahme 152 II, 153 III.
Rechtsaberrung 47, 52.
Rechtsaberrung b. R. 12 I, 25 I.
Rechtlicher Erwerb 73 I.
Reeder, Haftung 199 II.
Referendum des Volks s. Gesetzgebung 33.

- Reformationen** 8.
Regelsberger 21 III.
Regelwärdiges Recht 44 I.
Regulierung der Wege 122 II.
Reichsabjuration 7 II.
Reichsadel 40 I, 88 II, III.
Reichsbanknoten 116 I, IV, V, 117 I.
Reichsfiskus, Anfall v. Zinsenvermögen 107 I.
Reichsgerichte, Substitution 32, 33; Verhältnis zum Hof 13; Reichsgerichtsgebung 7 II, 10, 33 I; Reichsjustizgerichte 13⁷ III.
Reichskammergerichtsordnungen 7 II.
Reichslandesscheine 116 I, II, IV.
Reichspolizeiordnungen 7 II.
Reichspräsident, Mitwirkung bei Gesetzgebung 33.
Reichsrat, Einspruch gegen Gesetze 33.
Reichsrecht u. gemeines Recht 43 II.
Reichshandbuchsforderungen, Sicherheitsleistung 224 II.
Reichsübermünzen 116 IV 3.
Reichstapfermünzen 116 IV 3.
Reichstagsabvortage (§ III) 12 I, 25 I, 50 II.
Reichswährung 116 IV.
Rein äußerliche Handlungen 128¹¹.
Reine Ausschlußstrafen 211 III.
Reinvermögen 124 II.
Rektapapiere 117 II.
Relative Wichtigkeit 136 II, 189 III; Rechte 74; Theorie b. vis major 200 pr.
Religiöse Vereine 100 IV, 106²; z. Verfassung 83¹¹.
Religionsgesellschaften 97 pr. ², 100 II.
Reute, Verjährung 214 II.
Reutenausweise 116².
Reutenraub 72 I A; Verpfändung als Sicherheitsleistung 224 II.
Replik 66 I, 207 I, II; replicatio doll 208 III.
Repräsentationstheorie 169 II.
Res corporales u. incorp. 114²; extra commercium u. in comm. 122 I, 123.
Reservation 144 IV; reservatio mentalis I. Mentalreservation.
Revidenzpflicht der Beamten 89²².
Revolutionsbedingung 181 III, 187.
Revolutionäre, Verjährung 214 I.
Rekursive Substitution 130².
Revolution 64 III.
Restriktive Auslegung 52, 63 II.
Revisionsfrage 160², 164².
Revisionsrecht I. Rückbehaltungsrecht.
Retes 18.
Reutralrecht 72².
Rezeption des kanonischen Rechts 6; des römischen Rechts 3, 4.
Richterliches Ermessen 53, 54; Prüfungsrecht 34 II; Verhinderungsverbot 135 II.
Richterrecht 83²².
Richtersüberbreitung 177².
Rigor juris 25².
Römisches Recht 3–5, 24 II.
- Rogeria** 16.
Rohod, Autonomie 40².
Ruborff 21 III.
Rückbehaltungsrecht, Verjährung 215 II, 218 V; an d. Vollmachtsurkunde 174 I.
Rückgabe d. Vollmachtsurkunde 174 I.
Rücktrittsrecht 66 I.
Rückverweisung 60 III, IV.
Rückwirkung 75, 2, 3; b. Eintritt d. Verbindung 181 III, 184 II, 185 II, 187 I; b. Genehmigung 191 II, III; der Gesetze 55; b. Konvaleszenz 191.
Rückziehung 75, 2, 3.
Ruf, schlechter 87 I.
Ruhegehalt, Verjährung 214 II.
Rufen d. Verjährung 215 I, II.
Ruhende Erbchaft 97 I.
Runde 22.
- Sabinnmasse** 5².
Sachen 114–123; Arten 115; Begriff 114 I. Bestandteile 118; Früchte, Pfand, Nutzungen 120; rechts- und verkehrsunfähige 122, 123; Zubehör 100.
Sachbetriebsabgabe zur Kämmer 222; als Selbsthilfe 223 III.
Sachbesitz 73 I.
Sachenrecht 72 I; intern. Privatr. 63.
Sachgenossenschaft, Sachbegriff 114 II, 118 III.
Sachnormen u. Kollisionsvorschriften 58 I; Sachnormverweisungen 59 II.
Sachspiegel 2 III, 9 I.
Sachverwändige, Geschäftsvorfähig. 214 I.
Sachwörter 179 I.
Sächsisches Gesetzbuch 9 V; System (Tobenerklärung) 79 pr.
Sachsenjüdische Landesordnung 2 III.
Samen, Pflanzen 118 II, III.
Sammelvermögen 110 II 125.
Sanktion d. Gesetzes 33, 177².
Satzung als autonomischer Rechtsakt 40 I; d. des Vereins 100 III, 101 II.
Satzungsänderung 164, 109².
Satzurteiler Kaspar 205².
Satzung 11 II, 21, 61 I.
Schadenersatz, Schadenersatzpflicht 204 III; b. Anfechtung 160, 164; b. bedingten Rechten 185 I; b. Bucher 179 III; im übrigen vgl. Haftung u. Gewährleistung.
Schätzung 201².
Schankwirth, Verjährung 214 I.
Schatz = Frucht? 120 I, II.
Schickensünze 116 III, IV 3b.
Schickensündigung 73 II.
Schickensündteile 118²².
Schlichte 156.
Schlichtschaft 153²², 158.
Schlichter 139 II.
Scherz 156.
Schiedsvertrag, Einfl. u. Verjähr. 216 III.
Schiffe 115 I.

- Schiffer**, Haftung 199 II, 200 I; Verjährung 214 I.
- Schilauverbot** 230.
- Schitter** 19.
- Schleichhandel** 177 I 1.
- Schließliches System** 79 pr.
- Schließiges Verhalten** 144 II, 192¹².
- Schmiede**, Zücker 119 I.
- Schriftform** 146, 148.
- Schriftstellername** 93¹², 146 I.
- Schuldenkenntnis**, Schuldverprechen 117 I; b. verjährten Kaufpreisen 218 III.
- Schuldbuch** i. Reichs- und Staatschuldbuch.
- Schulden** b. nichtrechtsfähigen Vereinen 109.
- Schuldhaftes Handeln** 128 III.
- Schuldhaftes Fögern** 147 II.
- Schuldlose Handlung**, Ersatzpflicht 128 III 5, 129, 199, 200.
- Schuldverhältnis**, Übergangsverordnungen 56 II; Verlegh. d. Rechts aus Sch. 128 III, 129, 196 IV.
- Schuldverprechen** i. Schuldenkenntnis.
- Schulgelb** 31 II; Verjährung 214¹².
- Schünung** 18.
- Schutz**, Anspruch auf gerichtl. Sch. 205 I.
- Schutzvertrag** b. Verbindung 178¹².
- Schutzverordn.**, Verleghung durch rechts-
schlüssliche Verfügung 136 II.
- Schwabenpiegel** 2 III.
- Schwächling** 96¹.
- Schwärzerei** 92 III.
- Schwärzende Verbindung** 185 I, 187 I;
Richtigkeit 180 II, 190 I; Rechte 68 I, 76.
- Schweigen** i. Stillschweigen.
- Seen** 123 III.
- Seeverpflichtung** 79 I, 80.
- Seitenverwandte** 92.
- Selbständige Einreden** 207 I, 208 II; (selbst.
Euerb 130 I; (selbst. Gutsbezirke 112¹.
- Selbstbefriedigung** 223 I.
- Selbsthilfe** 223; Haftung 199 III 223 V.
- Selbstkontrahierendes** 168 III.
- Selbstverleghung** 221, 222.
- Selsho** 22.
- Senatus consultum Macedonianum** 51¹,
91; Vellejanum 44 I.
- Sicherheitsakt** bei Selbsthilfe 223 III.
- Sicherheitsleistung** 224; bei bedingtem
Recht 185 I; mangelnde S., Gläubiger
216 II; b. Verjährg. 215 II, 216 A,
218 III.
- Sicherungsübhypothek** 72 I A.
- Sicherungsübherrichtung** 139 II¹², 11.
- Sicherungsübherrichtung** 139 II.
- Silbermünzen** 116 IV.
- Simulation** 155¹², 156.
- Simultanitätsprinzip** 136 B.
- Singuläres Recht** 44 I.
- Singularinkonfession** 130 III.
- Sincedisinterpretation** b. Gesetzen 40 II; b.
Rechtsgeschäften 192 I.
- Sintensis** 21¹.
- Sitte** 28 I i. auch unethisch; Verstoß gegen
gute S. dch. Anwendung ausländischer
Gesetze 62 I; dch. Rechtsgeschäft 178.
- Sittengesetz** 26 I.
- Sittenswidrige Geschäfte** 178.
- Sittlichkeit** 28 I.
- Sitz** b. Rechtsverhältnisses 61 I; b. Stiftung
110 III; b. Vereine 101 II, 113 II.
- Si volam** 181 IV.
- Sofort** 152 II.
- Soldatenräte** 103¹.
- Solidarische Obligationen** 69.
- Soldatenvollmacht** 171 III.
- Sollen** 51 I.
- Solmser Gerichts- u. Landesordnung** 8.
- Sonderregiment** an Besatzteilen 118 II
618 IV.
- Sonderregnt** 125.
- Sondernachfolge** 120 III.
- Sonderrecht** 43 IV, 44 II; b. Vereins-
mitglieder 104, 105 IV.
- Sondervermögen** 125; S. u. Universal-
inkonfession 133 I.
- Sonn- und Feiertage** 202 II; Sonntags-
ruheverleghung 177 I.
- Sorgfalt** 197 I; wie in eign. Angeleg.
197 III.
- Souveränität** 29¹; souveräne Häuser 40¹ I,
88 II.
- Sozialpolitische Vereine** 100 IV, 106¹.
- Sperjahr** bei Vereinsliquidation 107 II.
- Spezialrecht** 44 II.
- Spezialvollmacht** 172¹.
- Spiegel deutscher Rechte** 2 III.
- Staat** 29¹ II, 31 I; Haftung f. Beamte 103,
112 II.
- Staatliches Aufsichtsrecht** üb. jur. Personen
98 III; über Stiftungen 111 III; über
Vereine 101 II; kantl. Genehmigung d.
Stiftung 110 III; kantl. Verleghung d.
Rechtsfähigkeit 99 V.
- Staatensouveränität** 88 I; Einfluß auf
int. Privat. 61 III.
- Staatsvermögen** 123 IV.
- Staatsgeld** 116 I, II.
- Staatsgewalt** 29 II.
- Staatsrecht** 31 IV.
- Staatsschuldbuch** 224 II.
- Stadtrecht** 2 II, IV, 8, 42 I; Stadtrechts-
familien 2¹.
- Städtisches Testament** 110¹².
- Ständige Niederlassung** 89.
- Stammesrechte** 2 I, II.
- Ständeherrliche Familien** 40 I, 88 II, III.
- Ständerechte** 88 II.
- Ständeregister** 78 I.
- Statut** i. Ordnung.
- Statutenkonfession** 58—63 f. Intern. Privat.
- Statuentheorie** d. Bartolus 61 I.
- Stellvertretung** 166—175; Begriff 166 I;
direkte und indirekte 167; formrichtige
Unterschrift 146 I; b. geschäftähnlichen
Handlungen 194 I; Geschäftsfähigkeit 166

- I, 171; Grundlage der Vertretungsmacht 168 I; mangelnde Vertretungsmacht 170; nicht erkennbare Vertretungsmacht 167 II; b. Reklaffen 194 II; Selbstkontrollen 108 III; Umfang der Vertretungsmacht 168 II; St. u. Vertrag zugunsten Dritter 166^o; Wirkung der St. 169; Zulässigkeit 166 III.
- Sterberegister** 78 I.
- Steuern** 31 II.
- Stift**, geistliches 100^o.
- Stiftung** 68 I, 97, 110, 111, 125; Aufhebung III II, IV; Aufsichtrecht des Staates III III; Begriff 110 I, II; Definitore III II; Entlohnung 110 III; Familienstiftung III V; Haftung für Willensorgane 103; Stiftungsgeschäft 110 III; Übergangsvorschriften 113 II; Umwandlung III III; Verfassung III I; Vermögensanfall nach Auflösung III IV.
- Stille Stellvertretung** 167 I.
- Stillschweigen**, Willensertl. durch St. 144. — Stillschweigende Bedingung 181 II; Genehmigung v. Verträgen Rindberf. 143 II; Veränderung b. Wiete 144 III; stillschw. Willenserklärung 144 III.
- Stillschweigen** b. Stoppes 216 I; der Rechtspflege 200 II, 215 II; b. Verjährung 216 I, II.
- Stimmrecht** b. Vereinsmitglieder 105 II.
- Stingling** 21 III.
- Stobbe** 22.
- Stadterwerb** u. -besitz 118 III.
- Störung** b. Geschäftstätigkeit 85 II, 141 III, 198 I.
- Strafanzeige** 204 III, 209 I.
- Strafprozess und Strafrecht** 31 IV.
- Stragen**, öffentliche, Aufhebung, Entschädigungsanspruch der Anlieger 123 III.
- Streitverkündung**, Verjährungsunterbrechung 216 II.
- Strenges Recht** 46.
- Strohhal** 21 III.
- Strohmänn** 156^o.
- Strafe** 19.
- Strahl** 19.
- Stammheit** 85 I.
- Stunden**, Zeit nach Tagen 202 III.
- Stundung** b. Kriegsteilnehmern nfo. 215 II; Verjährungshemmung 215 II.
- Subjekt** b. Rechte 65 III, 68, 69, 76—113.
- Subjektive Theorie** b. vis major 200 pr.
- Subjektives Recht** 65, 66.
- Subjektive Rechte** 65 III, 68^o, 77^o.
- Substanzrechte** 72^o.
- Substitutionsbefugnis** 172.
- Subjektion** 130 I, 131.
- Summae** der Glossatoren 16.
- Superflues** 72 I A, 119 III.
- Surrogationsprinzip** 125^o.
- Supplendbedingung** 161 III, 184, 188.
- Svarz** 9 I.
- Sätzen** der Normativbestimmungen 99 III.
- Sag**, Zeit nach Tagen 202 III.
- Saler** 116^o.
- Sautieme**, Verjährung 214 I.
- Schöngeld** Rindberfischer 143 II.
- Schuldstand**, Tatsache 127.
- Schuldungen** 128^o.
- Schuldheit** 85 I.
- Schuldsumme**, Berechnungsfähigkeit 108 II.
- Schuldung** 160, 162—164.
- Sagater**, Verjährung 214 I.
- Schulische Anordnungen** des St. 51 I.
- Schuldigkeit** des Rechts 69; der Sachen 115 IV.
- Schuldigkeit** 216 A.
- Schuldtag** 138.
- Schuldrecht**, Schuld 60.
- Schuldung** b. Früchte u. Zinsen 121.
- Schuldweise** 169 IV.
- Schuldungsadresse** 92 IV.
- Schuldungsname**, Kontostichungsmang 153 IV.
- Schuldungsübermittlung** 148, 157 I, II.
- Schuldung** 149, 152 II.
- Tenor rationalis** 41 I.
- Termine** 201, 202.
- Territorialitätsprinzip** 56 I.
- Tersamentarisches** Verjährungsverbot 135 II.
- Tierfähigkeit** 83 II, 96 IV, V, 142 II, IV.
- Textkritik** 47.
- Theophilus** 5 II.
- Theoretische Reception** 3^o.
- Thibaut** 11 III, 21 II.
- Thomasius** 20, 22.
- Tierarzt**, Verjährung 214 I.
- Tierhalter**, Haftung 195 III, 199 II.
- Zeitsrecht** 93 II.
- Titulus** 126 III.
- Tod**, bürgerlicher 90 II; Einspruch auf Inanspruchnahme 209 I; in gemeinsamer Gefahr 78 II.
- Todbeweis** 78 I.
- Todeserklärung** 79—81.
- Todesvermutung** 80 I, II.
- Tote Hand** 90 II.
- Transitorische Gesetze** 41 II.
- Translativer Erwerb** 130 II.
- Transmissio Justiniana** 124^o.
- Transaktionsverträge**, Verjährung 214 I.
- Trennung** b. Früchte 121 I; vorübergehende v. Zubehörfrüchten 119 I.
- Tres libri**, tres partes 5 IV.
- Trennungsgeschäfte** 139 II.
- Trennung und Gläubiger** 53 I; b. Auslegung b. Rechtsgeschäfte 192, 193; b. Ausübung b. Rechte 220; Einwirkung auf Bedingungseintritt mit T. u. St. 183 III; exceptio doli 208 III.
- Tribonian** 5 II.
- Triebkräfte** — Sachen? 114 I.
- Trunkenheit**, Einfluss auf Geschäftsfähigkeit 85 II, 141 V; auf Verantwortlichkeit 188 I.

Tranfucht, Entmündigung 86 II, IV, V, 141 V, 142 I, IV.
Turpitude 87 I.
Tutela mallerum 82^a.
Typifche Rechtsgeschäfte 176 I.

Übergangsvorſchriften 33—57, 69 III; b. Entmündigung 56 II, 95; b. juriftifchen Perſonen 113 II; b. natürlichen Perſonen 95; b. Schulverhältniffen 56 II; b. Verjährung 219; b. Verſchollenheit 81 II; bei Volljährigkeit 69 II, 95.

Übergehob 182 I.
Überhangrecht 72 I B.
Übermäßiger Kriegszweck 179^a.
Übermittlung, unrichtige o. Willkürerklärungen 157 I, II, 166 I.
Übermittlungstheorie 149 I.
Übernahme e. Vermögens 133 IV.
Überſchreitung b. Höchſtmaßes 177 I, 179 I; b. Kotvorſe 221 II; b. Vertretungsmacht 170; bei Vollmacht 172.

Überſchuf b. Bereinbvermögens 107.
Überſendung ſ. Übermittlung.
Übertragung bzw. Übertragbarkeit b. Knipründe 204 IV; b. Forberg. ſ. Abtretung; b. Mitgliedschaft 106 I; u. Nechten 130 II, 134 II; b. Vollmacht 172.

Überzeugung als Verſprung b. Rechts 29 I.
Überzeugungstheorie 35.
Ubler Tennand 87 I.
Ubligkeit 28 I.
Ubnungstheorie 35.

Udenkung (Sonderfall) 189 V.
Ungangsform und Rechtsſatz 28 I.
Ungleichung e. geſchl. Verbots 177 II.
Unſicherſatz 54 II.
Unrechnung ausänd. und alter Währung 116 IV.

Umtauſch der Sicherheitſteifung 224 IV.
Umwandlung e. Stiftung 111 III.
Unabweidbarer Zufall 300.
Unberechtigt ſ. Nichtberechtigt.
Unberufene Vertretung 170.
Unbeſtante Zuſendungen 153 I.
Unbewegliche Rechte 115 I; Sachen ſ. Grundſtücke; Vermögen 115 I.
Unächter Jrdum 157 I; ſ. auch uneigentl. d.

Unſchliche Verwandſchaft 92.
Unſichliche Bedingung 181 II; unricht. Geſchäftstuden 83^a; ſ. auch unricht.
Unzeitliche Rechtsgeschäfte 133; Zuwendung 138.

Unverfahrenheit, Ausdeutung b. II. 178 II, 179.
Unverlaubte Handlungen 128 III 4, 195 bis 198; Begrif 195 II; Verlangenſpruch, Übertragbarkeit u. Vererbung 209 I; Verantwortlichkeit 198; Verjährung 211 II, 214 III; Verſchulden 196—198; Zurechnungsfähigkeit 83, 198.

Unverlaubte Verne 90 I, 100 IV.
Unfallverſchollenheit 79^a.
Unſugabwehr 221^a.
Unſüßigkeit e. Rechtsgeschäfts 136 C, 189, 190.

Unverſaffungſeſſion 130 III, 133.
Universitas juris 125^a.
Unverſind 165 III.
Unmöglichkeit Bedingung 181 II, 188 I.
Unperſönliche Vortreden 208 II.
Unrecht 195 I.

Unrichtige Erklärung 147^a; unricht. Übermittlung e. Willenserklärung 157 I, II, 166 I; unricht. Willenserklärung, Haftung 190 IV.
Unſelbſtändige Stiftungen 110 II.

Unſittliche Bedingung 178 pr., 188 II; unſittl. Rechtsgeschäfte 178; unſittliches u. ehrloſes Verhalten 87 I^a; im übrigen vgl. Sitt.

Unſittlichkeit ſ. Teilbarkeit.
Unterbevollmächtigung 172.
Unterbrechung b. Verjährung 216 I, 216, 219 I.

Unterſang e. Fahrzeug, Vermutung 79 I; b. Rechte 126 I.
Unterſtaltung Dritter b. Tötung 77 II; Verjährung 214 II.

Unterlaſſen 67, 128 I; als Knipruchgegenſtand 203 I; Beginn b. Verjährung 213; als unverlaubte Handlung 195 II.

Unternehmen, gewerbtliches 72 II.
Unterſchied b. Verjährung 214 I.
Unterſchrift 146 I, 148 II; Unterſchriftsbeginnung 147 IV.

Unvervollmacht 172.
Unübertragbarkeit ſ. Übertragbarkeit.
Unverſchlichkeit 209 I; ſ. Übertragbarkeit.
Unverjährbare Knipründe 212.

Unverſchlichte Bedingung 198 I.
Unverjährlich 51 I, 152 II, 158 II.
Unvollkommene Verbindlichkeiten ſ. Naturalobligation.

Unvollständig zweiseitige Kollisionsnormen 60^a; unricht. Rechtsſatz 27 I.
Unvordenkliche Verjährung 210 II.
Unwesentliche Beſtandteile 118 IV.
Unwirksamkeit 136 C, 189^a.

Unzulänglichkeit von Bedingung u. Befriedig. 182.
Unzurechnungsfähige 83; Teilhaftung 83 I, 198.

Urbel 88^a.
Urheberrecht I J, 13 V, IX, 72 II, 74, 135 II.
Urſachen, Arten 117 I; Uſtaufſch vordes Vertragſchließung 146 I.

Urſprünglicher Rechtsverwerb 130 I.
Urteil b. Todeserklärung 80 I.
Uſance 28 I.
Uſualinterpretation 48.
Uſus modernus Pandectarum 7 I, 10, 22.

Bäuerliche Gewalt 91.
Bangerols 21 III.
Venia actus 84 I.
Venire contra factum proprium 300 III 2a*.
Verabredete Form 148.
Verändernde Rechtsfälle 27 I.
Veränderung vgl. Abänderung.
Veränderung 134; Wirkung auf Zubehör 119 II.
Veränderungsverbote 135 II.
Veranlassungstheorie 190 pr.
Verantwortlichkeit 83, 129, 198.
Verkaufation 234 I.
Verbandspersönlichkeit 96, 110*.
Verbindung von Sachen 118 II, III.
Verbotungsehung 177 II.
Verbotswidrige Geschäfte 177.
Verbrauchbare Sachen 115 III.
Verdecktes Rechtsgeschäft 156.
Vererbliche Sachen 5, Sicherheitsleistung 224 II.
Vereine 97 I, 99—109; ausländische 99 V. — nicht rechtsfähige 108, 109, 113 II, 125.
 — rechtsfähige 99—107; Auflösung 106 I; Aufsichtrecht des Staates 101 II; Austritt 105 V; eingetragene 100; Entziehung 99, 100; Entziehung d. Rechtsfähigkeit 106 I, II; Haftung für Verschulden d. Willensorgane 103; ideale Vereine 100 II; Konkurs 106 III; landesrechtliche Vorbestimmungen 113 I; Liquidation 107 I, II; Mitgliedsverweigerung 104; Satzung 100 III, 101 II; Satzungsänderung 104; Sonderrecht d. Mitglieder 104, 105 IV; Vereinsregister 100, 106 III; Verfassung 101—104; Vermögensfall nach beendeter Rechtsfähigkeit 107 I; Vertretung 102*; Vorstand 102; wirtschaftliche Vereine 99 V, 100 II.
Vereinigung, historische 51 II.
Vereinigung d. Eintritts d. Beding. 183 III; d. Zugehens e. Willenserklärung 149**.
Vererblichkeit 209 I, f. Übertragbarkeit.
Verfallklausel 139 II.
Verfassung d. Stiftung 111 pr. I; b. Vereins 101—104, 113 II.
Verfälschter, Fälschung 200*.
Verfügung 124 I; ab. aufzieh. bedingtes Recht 135 I; S. eines Nichtberechtigten 132, 191; S. und Privileg 43*.
Verfügungsbefugnis 175 I 2a.
Verfügungsmacht u. Beschränkung 135.
Vergeltungsrecht 82 II, 88 I.
Vergleich, Form d. Willensact. b. gerichtl. S. 145 II.
Verhalten, effectus u. unmittelbares 87 I*.
Verhaltensanspruch 203*.
Verhinderung d. Eintritts d. Bedingung 183 III; d. Zugehens e. Willenserkl. 149**.
Verjährung 210—219; b. Ansprüche auf Unterlassen 203 I, 213; v. Deliktansprüchen 211 II, 214 III; v. dinglichen Ansprüchen

204 II; b. Einreden 218 V; b. Familienrechte 212 II, 215 II; b. Haftbefreiungssätze 212 I; b. Gemeinschaft 212 II; gegen Geschäftsunfähige 215 III; b. Kriegsteilnehmern 215 II; b. Nebenleistungen 218 III; b. Rechtsänderungsflagen 206 IV, 212 I; unvorbenannte 210 II; b. vollstreckbarer Urkunde 216 pr.; b. Zinsen 211 II, 214 II, 218 I; im übrigen siehe Ausbruchsvorjährung.
Verkaufsautomaten 119*, 152 I.
Verkehrsgeld 116 I, II.
Verkehrshypothek 72 I A.
Verkehrstite 38, 53 I; b. Auslegg. b. Rechtsgeschäfte 192, 193.
Verkehrsunfähige Sachen 122, 123.
Verkehrswert d. Geldes 116 III.
Verkörperte Erklärungen 149* B.
Verklärung des Gelogs 33.
Verlängerung e. Frist 202 III; stillschweigende S. d. Mietvertrages 144 III; S. d. Verjährungsfrist 211 I.
Verleihung d. Rechtsfähigkeit 90 III, V.
Verletzung obligatorischer Verpflichtungen 128 II, 129, 195 IV.
Verlöbniß, Austritt 142*.
Verlust d. bürgerl. Ehrenrechte 87 II.
Vermächtniß, bedingtes oder befristetes 184 I, II.
Vermitteldes Recht 45 III.
Vermittler f. Makler.
Vermuth 124 I; beweig. u. unbew. 115 I; Vertrag ab. gegenwärtiges S. 133 IV.
Vermögensauffall b. Erbe d. Stiftg. 111 IV; b. Schein 107 I.
Vermögenserwerb, Gesamtnachfolge 133; Unterlassung 134 III.
Vermögensinteresse als Forderungswertmaß? 71 II, 72 III.
Vermögensrechte 71 II, 72.
Vermögensübernahme 133 IV.
Vermutete Bedingung 181 II; verm. Willenserkl. 144 III, 153*.
Vermutung gleichzeitig. Todes 78 III; d. Lebens od. Todes 80 I, II.
Vermuthungstheorie 149 I, II.
Vereinende Rechtsfälle 27 I.
Vernichtung v. Sachen f. Sachschädigung.
Vermögensrecht 30 I.
Veröffentlichung f. Bekanntmachung.
Verwahrung 32; Verwahrungrecht 33.
Verwahrung als Sicherheitsleistung 224 II.
Verwahrungsanstalten, Verjährung 214 I.
Verpflichtungsbefugnis 175 I 2b.
Verschollenheit 79—81.
Verschulden 195 II, 196—198; b. Vertreter u. Gehilfen 103; b. Willensorgane d. Vereins 103; im Vertragschluß 169.
Verschuldungsprinzip 190 pr.
Verschwendung 86 II, IV, V, 142 I, IV.
Versicherungsgesellschaft, Gegenseitig 99 V.
Versio vulgata 5 II.
Verjährung d. Annahmeerkl. 163 III.

Verfälscher Dilemma 154 II.
Verfeigerung 45 II, 162 I; siehe öffentliche Verfeigerung.
Verteidigung gg. rechtswidr. Angriff 221 I.
Verteilung d. Früchte u. Saken 121.
Vertrag 137 II; Abrede d. Beurkundg. 148, 154 IV; Annahme 137 II, 153; Antrag (Offerte) 137 II, 152; Auslegung 192; Beurkundung 147 I, 154 IV; dinglicher 137 II; zugunsten Dritter 77 II, 162 II, 166³; Erfordernisse 152—154; Form 145 I, 152 I, 154 IV; §. Minderjähriger 143 II; Schriftform 146 I, 148 II; Willensmeinung 154.
Vertragsmäßiges Veräußerungsverbot 135 II.
Vertragsobligationen, intern. Privatr. 63.
Vertragschließung 152—154.
Vertragsstrafe 224 I.
Vertragvermittlung f. Wähler.
Vertrauensinteresse 169.
Vertriebare Sachen 115 I.
Vertreter, gesetzlicher 142 II, 168 I; Haftung für g. S. 103, 168³; Zustimmung d. g. S. 83, 142 II, 143.
Vertretung f. Stellvertretung.
Vertragsmacht 68 I, 168; d. Stiftungsverstehens 111 I, 168 II; d. Vereinsliquidatoren 107 II³; d. Vereinsvorstandes 102, 168 II.
Verurteilungslagen 206 I.
Verweilfähigkeit d. Unterschiff, mechanische 146 I.
Verwaltungsbehörde, Einspruch gg. Verein 100 IV; Verjährung dorthin gehörig. Ansprüche 216 III.
Verwaltungsrecht (obj.) 31 IV, 168 I, (subj.) 68 I.
Verwaltungsverbodung 32.
Verwandtschaft 13³, 92.
Verweigerung d. Leistung f. Einrede.
Verweilende Rechtsfälle 27 I.
Verweisung auf fremdes Recht 59 II, 60 II.
Verwendungen auf Früchte 120 V.
Verwertungsrechte 72³.
Verwirklungen 128 III 4c, 135 I³.
Verzinsung 128³.
Verzicht 134; auf Annahmeerklärung 152 II, 163 I; auf Einrede 207 I; e. Einrede d. Verjährg. 218 II; auf Erwerb 134 III; auf Widerruf der Vollmacht 173³.
Verzinsung f. Zinsen.
Verzögerliche Einreden 208 I.
Vieh als Zubehör 119 I.
Viereljahr 202 I.
Vinculus 18.
Vis absoluta 160 I; v. major 209.
Vitalität 77.
Völlerrecht 31 IV, 58 II.
Voet 18.
Vollensmeinung d. Gesetzgebung 33.
Vollgegriff 29³, 35.

Vollmacht 2 I; Vollrecht u. Juristenrecht 36 I, 39³.
Vollendung d. Geburt 77 III; d. Willenserklärung 149—151, 158 II.
Volljährigkeit 56 II, 83 II, 94 I, 95; Volljährigkeitserklärung 84; Volljährigkeitstermin 83 II.
Vollkommene Kollisionsnormen 59 I.
Vollmacht 171—176; Abstraktheit 171; Ansetzung 190 III; befristete §. 182³; Begriff 171; Erteilung 173; Ermächtigung 175; Erteilung 171; Form 171; Fortdauer gegenüber gewissen Personen 174; Substitutionsbefugnis 172; Umfang 172; Vollmachtsurkunde 174; Widerruf 173 IV; Wirkung 172.
Vollstreckbare Urkunden, vollstr. Vergleich, Verjährung 216 pr.
Vollstreckungshandlung, -Anruf, -anruf, Verjährung 216 II.
Volumen parvum § IV.
Vorarbeiten zum § 6 12, 25 I, 50.
Voransage, Einrede d. §. d. Bürgschaft 215 II.
Vorbehalt d. Eigentums 118 III, 181 III; geheim, d. Willenserkl. 144 II, 155 II, 156; Urteil unter §., Verjährung 216, 2a. — Vorbehalte, landesgesetzlich 14 II, 113 I.
Vorbehaltsgut, Sonderermögen 125.
Voretern 92.
Vorentscheidung, Unterbrechg. d. Verjährg. 216 I.
Vorgesobene Person (Strohmann) 156³.
Voranschrecht 13 VIII, 72 I B.
Vorkänfige Vormundschaft 86 VII, 142 I, V.
Verlegung d. Vollmachtsurkunde 171, 174 I.
Vormerkung 72 I B, 224 I.
Vormund, Verjährung 212 II, 215 II.
Vormundschaft d. Verschollenheit 80 III; vorkänfige 86 VII, 142 I, V.
Vornamen 93 II, 146³.
Vorsatz 196.
Vorsatz, Verjährung 214 I.
Vorstand d. nichtrechtsfähigen Vereins 106, 109 III; d. rechtsfähigen Vereins 102, 108 I; d. Stiftung 111 I.
Vorsichtstheorie 196 II.
Vorübergehende Störung d. Geschäftsfähigkeit 85 II; Trennung v. Zuseherständen 119 I.
Vorvertrag 148³, 153 IV, 153³.
Vorzugsung f. Verlegung.
Sachgutandschriften 5 II.
Salsinus 18.
Sächter, R. G. von 21 III.
Sähtende Kritik 47.
Sähtung, deutsche 116 IV; ausländische 116³; Sähtungsgeld 116 I, II.
Sächtschuld 66 I.
Sappenrecht 93 IV.

Waren 214^a; Warenlager 115 III.
Waringelder 214 II.
Wartrechte 75^a.
Wasserrecht 122, 123 III.
Wegfall 117 I, 182^a.
Weg, öffentliche 123 III.
Wegnahme e. Sache als Selbsthilfe 223 III.
Wegpflichtiger, Wohnort 89 II.
Weichliches Geschlecht 82.
Weichbildrechte 2 II, IV.
Weigerungen 128 III 2ay.
Weiß 18.
Weiterverweisung 60 III, IV.
Wettstreitprinzip 58 I.
Wert, Bestandteil e. Grundstücks 118 I.
Wertpapiere 117; Sicherheitsleistung mit
 22, 234 II.
Wettrechte 72^a.
Weisentliche Bestandteile d. Rechtsgeschäfte
 176 II; d. Sachen 118; wesentl. Eigen-
 schaften 157 II, III.
Weßenberg 18.
Widerrechtliche Erziehung 161 II.
Widerruf d. Befehl. d. Vereinsvorsitzendes
 102; d. Einwilligung 191 I; d. Grund-
 stückung 175; d. Offerte 152 III; d. Stif-
 tung 110 III; e. Vertrages mit Wiber-
 143 II; mit Vertreter ohne Vertretungs-
 macht 170; der Vollmacht 173 IV; e.
 Willenserklärung an Abwesende 149 II.
Widerstandsrecht 66 I.
Widerstandsvolle Seebingung 189 I.
Widerstandsbesetzung als Selbsthilfe 223
 III.
Wideraufhebung d. Entmündigung 86 VI.
Wiederkehr Baßen, Verteilung 121;
 w. Leistungen, Verjährung 211 II, 214 II.
Wiederverheiratung bei Todeserklärung
 80 III.
Widwidaden 195 III, 199 II.
Wille als Ursprung des Rechts 29 I, 35;
 des Gesetzes 49 IV.
Willensanlegung 192, 193.
Willensbestimmung, freie 85 II, 198 I.
Willensbetätigung 136^a, 144^a.
Willensbetätigung 154.
Willenserklärung 128 III, 136 A; Abgabe
 160; an Abwesende 149 A; an Anwesende
 149 B; ausdrückl. u. stillschweigende 144^a;
 Bewußtloser 141 V; direkte u. indirekte
 144 II; empfangsbedürftige 136 A, 192 I
 3, 4; fingierte 144^a; Form 145—148;
 Geschäftsunfähiger u. beschränkt. Gesch.
 141, 142; an Geschäftsunfähige u. be-
 schränkt. Gesch. 151; Irrtum 157—159;
 nicht ersichtl. 155 II, 156; durch Schweigen
 144 I, III; stillschweigende 144 II^a,
 simulierte 155 II, 156; an Sonn- u.
 Festtagen 202^a; an noch unbestimmte
 Personen 192 I 5; unrichtige Übermitt-

lung 157, 166 I, (Haftung dafür) 199 IV;
 an Vereine 102; vermutete 22, 144 III,
 153^a; Vollenbung 149—151, 158 II; Zu-
 rücknahme 151.
Willensfähigkeit jur. Verf. 96 III.
Willensgeschäfte 136^a.
Willensinterpretation d. Gesetzen 49 II;
 d. Rechtsgeschäften 192 I.
Willensmangel 160—165, 169 II; des
 Vertreters 169 II.
Willensorgane i. Organe.
Willensorgane u. Erklärungstheorie 155;
 25. b. Genossenschaftsrecht 35^a; 22. u. Vor-
 stellungslehre beim Vorzug 196 II.
Willkür als Seebingung 181 IV.
Windbruch 120 I, II.
Widwidad 21 III.
Wirksamkeit 145 IV.
Wirt i. Wirtschaft.
Wirtschaftliche Vereine 96 V, 100 II.
Wirtschaftsgerichte, Zubehör 119 I.
Wismar, Autonomie 40^a.
Wissenschaftliche Interpretation 48; u. s.
 Recht 39 I.
Witwe, Name 93 II; Volljährigkeitserklärung
 84 II.
Wohlfahrt Rechte 58.
Wohnort 89.
Wohnort 61 III, 64 I, 89, 128 III, 129,
 194 I; intern. Privatrecht 61 III; Wohn-
 ortbestimmung, vertragliche 178^a.
Woll, Christian 20.
Wollensbedingung 181 IV.
Wormser Reformation 8.
Wortinterpretation d. Gesetzen 49 I; d.
 Rechtsgeschäften 192 I.
Wucher 178, 179, Rückforderungsrecht 179^a.
Württembergisches Landrecht d.
 Landrecht, Verjährung 214 I.
Zahl der Vereinsmitglieder 100 III.
Zahlung, Annahme durch Minderjährige
 142 II; im übrigen siehe Erfüllung.
Zahlungsbecht 216 II.
Zahlungsfrist i. Stundung.
Zahnärzte, Verjährung 214 I.
Zahn 18.
Zehner 9 II.
Zeitbestimmung i. Bestimmung.
Zeitrechnung bei Verjährung 217.
Zeitliche Anwendung des BGB 56, 57; siehe
 Übergangsbestimmungen.
Zeitrechnung allenfalls 201 II.
Zeitschriften üb. gem. u. bürgerl. Recht 26 I.
Zerkünderliche Einreden 208 I.
Zerkünder fremder Sachen zur Gefahren-
 mündung 222; als Selbsthilfe 223 III.
Zession i. Abtretung.
Zugegebühren 31 II, 214 I.
Zinsen, Zinspflicht 120^a; Höhe der Z. 179 I;
 Verjährung 211 II, 214 II, 218 I, III.

- Zinseszinsen** 59.
Zinszahlung, Verjährungsunterbrechung 216 A.
Zivile Früchte 120.
Zivilkomputation 202 III.
Zivilprozeßrecht 31 IV.
Zölle 31 II.
Zubehör 119.
Zuchthausstrafe, Folgen 87 II.
Zustellungsrecht 221 I.
Zustellbarkeit 199 V, 200.
Zugehen b. Willenserklärung 149 II.
Zukunftig i. künftig.
Zurechnungsfähigkeit 83, 120, 198.
Zurückbehaltungsrecht i. Rückbehaltungsrecht.
Zurücknahme der Klage, Einfluß a. Verjährung 216 I.
Zurückweisung von Rechtsgeschäften mit Minderjährigen 143 II, mit Bevollmächtigten 170 I.
Zusammengesetzte Rechte 66 II.
Zustlag b. Versteigerung 152 I.
Zustellung v. Willenserklärung 151.
- Zustimmung** 143 I, 191; Aufsehung 190 III; b. gesetzl. Vertv. 83 II, 142 II, 143.
Zurwendung 138.
Zwang i. Drohung und physische Gewalt; als Merkmal d. Rechts 28 II.
Zwangsklausur 116 I V.
Zwangsvollstreckung während Schwereis der Bedingung 185¹⁸; Zw. auf Sicherheitsleistung 224 V; bei Veräußerungsverbot 135 I, II; gegen nichtrechtsfähige Vereine 108, 109; Verfügung im Wege d. §. 135 I; als Verjährungsunterbrechg. 216 II.
Zwedgebundenheiten 65 III, 68 I.
Zwedpersonifikationstheorie 96.
Zwedvereinbarung (causa) 139 I.
Zwedvermögen 96.
Zweckseitige Kollisionsnormen 59 I; Rechtsgeschäfte 137 II.
Zwillingsgeschwister 78 II.
Zwingendes Recht 45 IV.
Zwischenstreitungsfrage 206 II.
Zwischenvertracht 58 I.

Lehrbuch

des

Bürgerlichen Rechts

von

Dr. Ludwig Eneccerus,

geb. Jurist,
Professor an der Universität Marburg.

Dr. Theodor Ripp,

geb. Jurist,
Professor an der Universität Berlin.

und

Dr. Martin Wolff,

Professor an der Universität Berlin.

- I. Band,** 1. Abteilung: Einleitung — Allgemeiner Teil von **L. Eneccerus**. Erste Bearbeitung, 1926.
2. Abteilung: Recht der Schuldverhältnisse von **L. Eneccerus**. Neunte Bearbeitung, 1923. (Zehnte Bearbeitung in Vorbereitung.)
- II. Band,** 1. Abteilung: Sachenrecht von **M. Wolff**. Sechste Bearbeitung, 1926.
2. Abteilung: Familienrecht von **Th. Ripp** und **M. Wolff**. Fünfte Bearbeitung, 1925.
3. Abteilung: Erbrecht von **Th. Ripp**. Fünfte Bearbeitung. Zweiter Abdruck, 1926.

Marburg, Mai 1926.

Der 25. Jubiläums-Auflage des Allgemeinen Teils ist das Bildnis des Verfassers nach dem Gemälde von Geh. Rat Dr. h. c. E. Wanger beigegeben.

LATVIJAS UNIVERSITĀTES BIBLIOTĒKA



0509017021