RPR

BIBLIOTECA CENTRALA
A
UNIVERSITAŢII
DIN
BUCUREŞTI

No. Curent 30255 Format II

No. Inventar ..... Anul .....

Secţia ..... Raftul .....

Inv. A. 13485

Lehrbuch

des

Preußischen gemeinen Privatrechts

von

Dr. C. F. Koch.

Dritte verbesserte und vermehrte Auflage.

35749

II. Band.

Donațiunea
N. MANDREA

Berlin,
J. Guttentag.
1858.

BIBLIOTECA CENTRALĂ UNIVERSITARĂ
BUCUREȘTI
COTA 32 255

CONTROL 1953

1956

1961

B.C.U. Bucuresti
C35779

RC 16107

Vorwort

zur dritten Ausgabe.

Indem ich diese, mit dem heutigen Stande der Gesetzgebung in Uebereinstimmung gebrachte und dadurch sehr veränderte Ausgabe vorlege, bitte ich, die beigefügten Berichtigungen wohlwollend zu berücksichtigen.

Blumenthal im November 1857.

Der Verfasser.

Berichtigungen.

Bd. I, S. 289 ist der Note 7 beizufügen:

Conc.Ordnung vom 8. Mai 1855, §§. 73, 74, 76, 77, 52, Nr. 2, 54, Nr. 3.

" " S. 324 ist der Anmerkung 17 beizufügen:

Einmal kommt im A. L.R. Th. II, Tit. 17, §. 86 der Ausdruck: „bürgerlicher Besitz" vor, womit in Betracht der Bestimmung des §. 27 ebend. der Besitzstand, welchen das Hypothekenbuch angibt, im Gegensatze zu dem wirklichen aber noch nicht eingetragenen Besitze, zu verstehen ist.

" " S. 359, Z. 12 v. o. ist statt „geschlossener Untersuchung" zu lesen: „rechtskräftiger Verurtheilung", und in der Note 5 dazu ist hinter „363" zu allegiren: Str.G.B. §. 20.

" " S. 560 ist im §. 342, Z. 5 zu lesen: „jus oneris ferendi", statt: jus oneri ferendi.

Bd. II, S. 9 ist in der Note 13a, Z. 3 zu lesen: „Klagebeantwortung", statt: Klagebeantragung.

" " S. 115 ist im §. 510, Z. 5 zu lesen: „§. 808", statt: §. 508.

" " S. 796, Z. 8 v. o. sind die Worte: „und im Concurse" u. s. w. bis „Classe hat" (Z. 11), und die Note 9 zu streichen. Die Note 9 muß lauten:

9) A. L.R. II, 1, §§. 465, 468. Altes Recht: §§. 466, 467 ebd. u. A.G.O. I, 50, §§. 408, 434.

" " S. 796, Z. 13 v. o. muß es statt: „Vorrecht, sondern ein Miterbrecht hat [10])", also heißen: „Forderungsrecht, sondern ein Miterbrecht hat [9]). Im Concurse können diese Zuwendungen überhaupt nicht geltend gemacht werden; nur das dafür etwa Gegebene oder Geleistete, oder dessen Werth, höchstens bis zum Betrage der Zuwendung, kann gefordert werden und zwar der Werth ohne Vorrecht in der letzten Classe [10])."

10) Conc.Ordn. vom 8. Mai 1855, §. 84, Nr. 4. Vergl. Motive zum gedr. Entwurf, zu §§. 86—89.

Inhaltsverzeichnis.

Drittes Buch.

Forderungenrecht.

Seite

Einleitung, §. 451 1

Erste Abtheilung.

Allgemeine Lehren.

Erstes Capitel.

Von dem Inhalte einer Obligation.

I. Natur der Obligationen.
1. Begriff, §. 452 2
2. Hauptarten, §. 453 3
II. Gegenstand der Obligationen.
A. Im allgemeinen, §. 454 7
B. Ausgezeichnete Gegenstände.
1. Alternative oder disjunctive Obligationen, §. 455 7
2. Umwandlung in eine Geldobligation.
a) Von Geldschulden im allgemeinen, §. 456 11
b) Bei Veränderungen im Werthe der Münze.
aa) Das Allgemeine, §. 457 13
bb) Besonders bei verschiedenen Fällen des Darlehns, §. 458 16
3. Erweiterung des Gegenstandes.
a) Zinsen.
aa) Begriff derselben, §. 459 19
bb) Entstehung der Zinsenverbindlichkeit.
α) Gesetzliche Zinsen (usurae legales), §. 460 . 21
β) Vertragsmäßige Zinsen (usurae conventionales), §. 461 26
cc) Aufhebung der Zinsenverbindlichkeit, §. 462 . . 27

Seite

dd) Beschränkungen, §. 463 29
ee) Interusurium, §. 464 36
b) Schadenersatz und Interesse.
aa) Begriff von Schaden, §. 465 39
bb) Zufall (casus), periculum, §. 466 40
cc) Commodum, §. 467 45
dd) Dolus und Culpa.
α) Grundsätze, §. 468 46
β) Classificirung der Obligationen nach diesen Grundsätzen, §. 469 47
γ) Vererbung und Beweis der Schuld, §. 470 . 50
ee) Interesse.
α) Das Allgemeine, §. 471 53
β) Schätzung des Interesses, §. 472 56
γ) Schätzungseid (juramentum in litem), §. 473 58
ff) Verzug (Mora).
α) Begriff und Arten, §. 474 61
β) Begründung der Mora, §. 475 61
γ) Wirkungen der Mora, §. 476 64
δ) Tilgung der Mora (purgatio morae), §. 477 67
c) Privatstrafen, §. 478 69
4. Nebenbestimmungen des Gegenstandes.
a) Zeit der Erfüllung, §. 479 69
b) Ort der Erfüllung, §. 480 72
5. Beschränkung des Gegenstandes.
A. Durch Erfolglosigkeit des Zwanges, §. 481 73
B. Durch Stundung.
a) Freiwillige, §. 482 74
b) Unfreiwillige.
aa) Terminalzahlung, §. 483 74
bb) Moratorium.
α) Geschichtliches, §. 484 76
β) Heutiges Recht.
αα) Voraussetzungen der Stundung, §. 485 77
ββ) Wirkungen und Wiederaufhebung, §. 486 78
C. Durch Güterabtretung (cessio bonorum), §. 487 . . 79
D. Durch die Competenz (beneficium competentiae).
a) Das Allgemeine, §. 488 81
b) Einzelne Fälle, §. 489 85
E. Durch Concurs.
α) Grundsätze des Concurswesens.
1. Einleitung, §. 490 89
2. Feststellung der Activmasse.
a) Grundsätze, §. 491 90
b) Die Massegläubiger, §. 492 90

Seite
c) Die Separatisten, §. 493 92
3. Feststellung der Passivmasse.
a) Uebersicht, §. 494 96
b) Rangordnung, §§. 495—501 98
c) Jus subintrandi, §. 502 102
β) Grundsätze des formellen Concurses (Concursverfahrens).
1. Begriff, §. 503 103
2. Entstehung oder Anfang des Concursverfahrens, §. 504 104
3. Abwendung des Concurses, §. 505 107
4. Wirkungen des Concurses.
a) Für den Schuldner.
aa) In Rücksicht seiner Person, §. 506 108
bb) In Rücksicht seines Vermögens, §. 507 109
b) Für die Gläubiger.
aa) Im allgemeinen, §. 508 111
bb) Verhältnis der Gläubiger als Inhaber der Masse.
a. Aeußere Verhältnisse, §. 509 . 112
b. Innere Verhältnisse, §. 510 . 115
cc) Verhältnis der Gläubiger als Liquidanten, §. 511 116
dd) Verhältnis der Gläubiger als Concurrenten, §. 512 119
5. Ende des Concurses, §. 513 119

Zweites Capitel.

Von den in einer Obligation vorkommenden Personen.

Einleitung, §. 514 120

I. Von der gleichzeitigen Beziehung auf mehrere (Correalobligation).

1. Begriff der Correalobligation, §. 515 121
2. Entstehungsgründe, §. 516 122
3. Wirkungen.
a) der activen Correalobligation, §. 517 123
b) der passiven, §. 518 125
c) der zweiseitigen, §. 519 127

II. Von der ungleichzeitigen Beziehung auf mehrere.

Erster Abschnitt.

Uebergang einer Obligation auf andere durch Universalsuccession.

1. Das Allgemeine, §. 520 128

Seite

2. Verhältnis mehrerer Erben.
a) Bei Passivobligationen (Schulden).
aa) Zum Gläubiger, §. 521 129
bb) Unter sich, §. 522 131
b) Bei Activobligationen (Forderungen), §. 523 132

Zweiter Abschnitt.

Uebergang einer Obligation auf andere durch Singularsuccession.

Uebersicht, §. 524 133
A. Cession.
1. Begriff und Erfordernisse, §. 525 134
2. Gegenstand, §. 526 135
3. Beschränkungen.
a) Ueberhaupt, §. 527 140
b) Bezüglich auf gewisse Personen und Gegenstände, §. 528 . . 141
4. Gründe der Cession, §. 529 143
5. Entstehung, §. 530 145
6. Wirkungen.
a) Verhältnis zwischen Cedenten und Schuldner, §. 531 . . . 147
b) Verhältnis zwischen Cessionar und Schuldner, §. 532 . . . 148
c) Verhältnis zwischen Cedenten und Cessionar, §. 533 . . . 151
7. Passive Cession, §. 534 155
B. Novation.
1. Begriff und Form, §. 535 156
2. Verhältnis zwischen Assignanten und Assignatar, §. 536 . . . 157
3. Verhältnis zwischen Assignatar und Assignaten, §. 537 159
4. Verhältnis zwischen Assignanten und Assignaten, §. 538 . . . 160
5. Verhältnis zwischen Assignatar und Dritten, §. 539 162
C. Novation.
A. Von der Novation überhaupt.
1. Begriff und Arten, §. 540 162
2. Erfordernisse, §. 541 163
3. Wirkungen, §. 542 165
B. Von der Delegation und Expromission.
1. Delegation, §. 543 166
2. Expromission, §. 544 168

Drittes Capitel.

Von den Entstehungsgründen der Obligationen.

Uebersicht, §. 545 170

Erste Abtheilung.

Von den Verträgen.

I. Begriff und Arten, §. 546 171
II. Erfordernisse.

1. Einwilligung. Seite
a) Das Allgemeine, §. 547 172
b) Die Annahme, §. 548 173
2. Form.
a) Das Allgemeine, §. 549 177
b) Schriftliche Form.
aa) Grundsätze, §. 550 178
bb) Mündliche Nebenabreden, §. 551 181
cc) Beweis des Inhalts, §. 552 182
dd) Folgen des Mangels der schriftlichen Form, §. 553 . 182
c) Gerichtliche Form, §. 554 185
d) Realcontracte, §. 555 188
e) Formfreie Verträge, §. 556 189
3. Personen und Gegenstand, §. 557 189
III. Bestärkung, §. 558 190
IV. Wirkungen der Verträge.
A. Das Allgemeine, §. 559 195
B. Verbindlichkeit zur Gewährleistung.
A. Grundsätze, §. 560 196
B. Verbindlichkeit zur Evictionsleistung.
1. Bedingungen, §. 561 197
2. Person des Schuldners, §. 562 198
3. Rechte des Gläubigers, §. 563 198
4. Wegfall der Gewährleistung, §. 564 201
C. Verbindlichkeit zum Ersatz für natürliche Fehler.
1. Grundsätze, §. 565 203
2. Rechtsmittel, §. 566 205
V. Wiederaufhebung der Verträge.
1. Durch wechselseitige Einwilligung (mutuus dissensus), §. 567 . . 207
2. Durch einseitigen Rücktritt (Resciſſion), §. 568 208

Zweite Abtheilung.
Von einseitigen Handlungen.

I. Handlungen des Verpflichteten, §. 569 210
II. Handlungen Dritter.
A. Verträge.
1. Das Allgemeine, §. 570 211
2. Stellvertretung.
a) Grundsatz, §. 571 213
b) Einzelne Gründe, §. 572 213
c) Besonders nützliche Verwendung, §. 573 216
B. Unerlaubte Handlungen, §. 574 219

Viertes Capitel.
Von den Aufhebungsgründen der Obligationen.

Uebersicht, §. 575 221

Seite

A. Aufhebung durch Befriedigung des Gläubigers.
I. Erfüllung (Zahlung).
1. Begriff und Erfordernisse, §. 576 222
2. Wirkung, §. 577 225
3. Beweis, §. 578 226
II. Anbietung und Niederlassung (Depositon).
1. Gründe und Erfordernisse der Depositon, §. 579 230
2. Wirkung, §. 580 232
III. Gebung an Zahlungsstatt, §. 581 233
IV. Compensation.
1. Begriff und Bedingungen, §. 582 234
2. Ausnahmen, §. 583 237
3. Ausführung und Wirkung, §. 584 238
B. Aufhebung ohne Befriedigung.
1. Erlaß (pactum remissorium s. de non petendo), §. 585 . . 240
2. Confusion und Concurrenz, §. 586 241
3. Vernichtung, §. 587 242
4. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.
a) Das Allgemeine, §. 588 243
b) Restitution der Gläubiger gegen die Handlungen des Schuldners. (Actio Pauliana).
aa) Im Falle des formellen Concurses, §. 589 245
bb) Außer dem Falle des formellen Concurses, §. 590 . . 250

Zweite Abtheilung.
Einzelne obligatorische Rechtsverhältnisse.

Gründe der Anordnung, §. 591 253

Erste Unterabtheilung.
Vertragsmäßige und vertragsähnliche Forderungen.

Erster Abschnitt.
Selbständige Forderungen.

Erstes Capitel.
Streng einseitige Obligationen.

Uebersicht, §. 592 254
I. Gesetzliche Obligationen (obligationes ex lege).
1. Verbindlichkeit zur Alimentation.
a) Begriff, Grund und Erfordernisse, §. 593 255
b) Inhalt, §. 594 256
c) Einzelne Gründe der Verbindlichkeit, §. 595 256
d) Dauer, §. 596 261

Seite
e) Alimentenklage, §. 597 262
f) Zurückforderung gegebener Alimente, §. 598 264
2. Verbindlichkeit zur Beerdigung, §. 599 264
3. Verbindlichkeit zur Ausstattung, §. 600 265
4. Verbindlichkeit zur Bestellung einer Grundgerechtigkeit, §. 601 . 267
5. Verbindlichkeit zur Cautionsbestellung für befürchteten Schaden, §. 602 270
6. Operis novi nunciatio, §. 603 271
7. Verbindlichkeit zur Wegnahme von Anstalten behufs Ableitung des Regenwassers (actio aquae pluviae arcendae), §. 604 272
8. Verbindlichkeit zur Vorlegung (ad exhibendum), §. 605 . . . 273
9. Verbindlichkeit zur Ablegung eines Zeugnisses, §. 606 276
II. Verbindlichkeiten aus einseitigen Versprechungen.
1. Schenkung.
a) Begriff und Arten, §. 607 276
b) Eingehung, §. 608 279
c) Wirkung, §. 609 280
d) Widerruf, §. 610 281
e) Besondere Arten, §. 611 286
2. Verbindlichkeiten zum Contrahiren, §. 612 289
III. Das Darlehn.
1. Begriff und Eingehung, §. 613 294
2. Erfordernisse, §. 614 296
3. Verbindlichkeiten, §. 615 300
IV. Die Wechselverbindlichkeit.
Einleitung.
1. Geschichtliches, §. 616 306
2. Collision der Wechselgesetze, §. 617 307
A. Begründung der Wechselverbindlichkeit.
1. Begriff, Natur und Arten, §. 618 309
2. Eingehung.
a) Pactum de cambiando, §. 619 312
b) Ausstellung des Wechsels, §. 620 314
c) Mitverpflichtung anderer, Wechselbürgschaft, §. 621 317
B. Verhältnis zwischen Trassanten und Remittenten.
1. Verbindlichkeit des Trassanten, §. 622 319
2. Eigentliches Indossament, §. 623 319
3. Indossament in Procura, §. 624 322
4. Präsentation des Wechsels, §. 625 323
5. Acceptation, §. 626 324
6. Zahlung.
a) Bei verlornen Wechseln, §. 627 327
b) Bei Verfälschungen, §. 628 329
c) Zahlungsleistung, §. 629 331
7. Wechselprotest, §. 630 333
8. Wechselregreßklage.

Seite

a) Regreß auf Sicherstellung, §. 631 336
b) Regreß Mangels Zahlung, §. 631a 338
9. Rückwechsel, §. 632 341
C. Verhältnis zwischen Remittenten und Traffaten, §. 633 . 342
D. Verhältnis zwischen Traffanten und Traffaten, §. 634 . . 344
E. Ausdehnung des Wechselrechts, §. 635 346

V. Die Fälle der condictio sine causa.
1. Das Allgemeine, §. 636 348
2. Condictio indebiti.
a) Erfordernisse, §. 637 351
b) Wirkung der Zahlung, §. 638 354
3. Condictio ob causam datorum, §. 639 356
4. Condictio ob turpem causam, §. 640 357
5. Condictio sine causa, §. 641 357
6. Actio in factum wegen Bereicherung, §. 642 358

Zweites Capitel.

Zufällig zweiseitige Forderungen (Rechtsverhältnisse mit contrariae actiones).

Gemeinsame Grundsätze, §. 643 360

I. Forderungen auf Rückgabe einer bestimmten Sache.
1. Commodat. Leihcontract.
a) Begriff und Erfordernisse, §. 644 361
b) Verbindlichkeiten, §. 645 363
2. Precarium, §. 646 365
3. Depositum.
a) Begriff und Erfordernisse, §. 647 366
b) Verbindlichkeiten, §. 648 367
c) Besondere Arten des Depositums, §. 649 370
4. Pfandcontract.
a) Begriff und Erfordernisse, §. 650 372
b) Verbindlichkeiten, §. 651 373
c) Nebenverträge.
α) Verbotene, §. 652 376
β) Pfandnutzungsvertrag (Antichresis), §. 653 377
d) Pfandleih-Gewerbe, §. 654 379

II. Forderungen aus Führung fremder Geschäfte oder aus unentgeltlichem Handeln für andere.
1. Bevollmächtigungsvertrag.
a) Begriff und Erfordernisse, §. 655 380
b) Eingehung und Arten, §. 656 382
c) Verbindlichkeiten, §. 657 387
d) Verhältnis der Parteien zu Dritten, §. 658 390
e) Beendigung §. 659 392

Seite
2. Geschäftsführung ohne Auftrag (negotiorum gestio).
a) Begriff und Erfordernisse, §. 660 394
b) Verbindlichkeiten, §. 661 395
3. Verwaltung fremder Sachen.
a) Begriff und Verbindlichkeiten, §. 662 396
b) Beendigung, §. 663 399

Drittes Capitel.

Wesentlich zweiseitige Verträge (Rechtsverhältnisse mit directae actiones).

Uebersicht, §. 664 401

Erste Ordnung.

Forderungen aus einer Gemeinschaft.

I. Gesellschaftsvertrag.
1. Begriff, Arten und Form, §. 665 402
2. Verbindlichkeiten.
a) Der Gesellschafter unter sich, §. 666 403
b) Bezüglich auf dritte Personen, §. 667 406
3. Beendigung des Verhältnisses, §. 668 407
II. Gemeinschaft (communio incidens).
1. Das Allgemeine, §. 669 410
2. Gerichtliche Theilung.
a) Allgemeine Theilungsklage (actio communi dividundo), §. 670 411
b) Grenzregulirung (actio finium regundorum), §. 671 . . . 413
III. Gemeinschaft einer schädlich gewordenen Gefahr, §. 672 416

Zweite Ordnung.

Forderungen auf wechselseitige Leistung bestimmter Gegenstände.

Allgemeine Grundsätze, §. 673 417

Erste Classe.

Verträge, welche auf beiden Seiten mit einer einmaligen Leistung erfüllt werden.

I. Der Kaufcontract.
1. Begriff und Erfordernisse, §. 674 422
2. Verbindlichkeiten, §. 675 428
3. Besondere Aufhebungsgründe, §. 676 433
4. Einzelne Arten des Kaufs.
A. In Ansehung des Gegenstandes.
a) Hoffnungskauf.
aa) Das Allgemeine, §. 677 434
bb) Lotterievertrag, §. 678 435
cc) Ausspielvertrag, §. 679 437

Seite
b) Kauf von Forderungen, §. 680 438
c) Gülten- oder Rentenkauf, §. 681 441
d) Erbschaftskauf, §. 682 442
B. In Ansehung der Eingehung.
Oeffentliche Versteigerung (Subhastation und Auction), §. 683 444
II. Der Tauschcontract, §. 684 448
III. Der Kauf wiederkehrender Leistungen.
1. Das Allgemeine, §. 685 449
2. Einzelne Verträge.
a) Der Leibrentencontract, §. 686 450
b) Aehnliche Rentencontracte, §. 687 453
c) Gutsabtretungs- und Altentheils-Vertrag, §. 688 454
d) Unbestimmte Verträge über jährliche Leistungen, §. 689 . . 456
IV. Der Verlagscontract, §. 690 457
V. Der Versicherungsvertrag.
1. Begriff, Eintheilung und Geschichtliches, §. 691 459
2. See- und Stromassecuranz.
a) Eingehung des Verhältnisses, §. 692 460
b) Rechte und Pflichten der Parteien, §. 693 464
c) Aufhebung des Verhältnisses, §. 694 469
3. Versicherung gegen Gefahren zu Lande, §. 695 471

Zweite Classe.

Verträge, welche zur Erfüllung eine Fortsetzung oder Wiederholung der Leistung durch eine bestimmte Zeit fordern.

I. Der Mieths- und Pachtcontract.
A. Das Allgemeine.
1. Begriff, Erfordernisse und Arten, §. 696 472
2. Eingehung, §. 697 474
3. Verbindlichkeiten der Parteien, §. 698 476
4. Auflösung des Verhältnisses, §. 699 479
B. Landgüterpacht.
1. Eingehung, §. 700 483
2. Verbindlichkeiten des Verpächters, §. 701 484
3. Verbindlichkeiten des Pächters, §. 702 487
4. Besonderheiten bezüglich auf die Beendigung, §. 703 . . . 488
C. Viehpacht, §. 704 489
D. Mühlenpacht, §. 705 490
E. Verdingungscontract.
1. Dienstcontract, §. 706 491
2. Verdingung eines Werks, §. 707 493
II. Miethsähnliche Innominatcontracte, §. 708 495
III. Das Receptum der Wirthe und Schiffer, §. 709 497
IV. Der Trödelvertrag, §. 710 499

Seite
V. Der Lieferungscontract, §. 711 500
VI. Die Auslobung einer Prämie, §. 712 502

Viertes Capitel.

Verträge, welche in der Eingehung zweiseitig, in der Erfüllung einseitig sind.

Spiel und Wette, §. 713 503

Zweiter Abschnitt.

Accessorische Forderungen.

I. Intercession.
A. Das Allgemeine, §. 714 504
B. Einzelne Arten.
1. Bürgschaft.
a) Begriff und Erfordernisse, §. 715 506
b) Verbindlichkeiten des Bürgen, §. 716 507
c) Rechte des Bürgen gegen den Gläubiger, §. 717 . . 509
d) Rechte des Bürgen gegen den Hauptschuldner, §. 718 . 511
e) Ende der Bürgschaft, §. 719 512
2. Mandatum qualificatum, §. 720 514
3. Intercession der Frauenspersonen, §. 721 515
II. Anerkenntnis (constitutum debiti proprii), §. 722 520
III. Verträge, welche die Wiederaufhebung bestehender Verhältnisse bezwecken.
1. Das pactum reservati dominii, §. 723 521
2. Die in diem addictio, §. 724 522
3. Das pactum commissorium (lex commissoria), §. 725 . . . 523
4. Der Reuvertrag (pactum displicentiae), §. 726 524
IV. Vergleiche.
1. Vergleich im engern Sinne, §. 727 524
2. Compromiß, §. 728 528

Zweite Unterabtheilung.

Forderungen aus unerlaubten Handlungen.

Uebersicht, §. 729 530
I. Forderungen aus Verletzung der Persönlichkeit.
1. Ehrenkränkung (injuria), §. 730 531
2. Beleidigung der Willensfreiheit, §. 731 533
3. Körperbeschädigung, §. 732 534
II. Forderungen aus solchen unerlaubten Handlungen, welche nothwendig das Vermögen verletzen.
1. Forderungen aus Verletzungen am Besitze.
a) Diebstahl (furtum) und Raub (rapina, bona vi rapta), §. 733 536
b) Besitzstörungen, §. 734 538

Seite

c) Beschädigungen an Sachen.
aa) Damnum injuria datum, §. 735 539
bb) Beschädigungen durch Thiere, §. 736 540
d) Eingriffe in gewerbliche Exclusivberechtigungen.
α) Das Allgemeine, §. 737 542
β) Büchernachdruck und Kunstnachbildung, §. 738 . . . 542
e) Unerlaubte Selbsthilfe, §. 739 545
2. Forderungen aus Verletzungen im Verkehr, §. 740 545
III. Forderungen aus Handlungen, welche zufällig bald die Person bald das Vermögen verletzen.
1. Verletzungen durch Staatsbeamte bei Ausübung ihres Amts, §. 741 546
2. Actio de effusis et dejectis, §. 742 548

Viertes Buch.

Familienrecht.

Begriff und Inhalt, §. 743 549

Erstes Capitel.

Eheliche Verhältnisse.

Einleitung, §. 744 551

Erster Abschnitt.

Rechte oder wahre Ehe.

I. Gründung der Ehe.
1. Erfordernisse.
a) Das Allgemeine, §. 745 553
b) Ehehinderniſſe, §. 746 554
2. Eheverlöbniſſe, §. 747 559
3. Vollziehung der Ehe, §. 748 563
II. Rechtsverhältniſſe unter den Eheleuten.
A. Persönliche, §. 749 568
B. Rechte, bezüglich auf das Vermögen.
Allgemeine Uebersicht, §. 750 571
A. Eingebrachtes Vermögen.
1. Entstehung, §. 751 573
2. Rechte an dem Eingebrachten, §. 752 574
3. Beendigung der ehemännlichen Rechte, §. 753 . . . 576
4. Auseinandersetzung, §. 754 578
B. Vorbehalt, §. 755 581
C. Erbschatz, §. 756 583
D. Gütergemeinschaft.
1. Entstehung, §. 757 584
2. Aufhebung oder Ausschließung, §. 758 586

Seite
3. Rechtsverhältnisse in der Gemeinschaft, §. 759 . . . 588
4. Rechte bei der Auflösung der Ehe, §. 760 590
C. Dotalverträge, §. 761 593
III. Scheidung.
1. Ehescheidungsgründe, §. 762 594
2. Wirkungen der Ehescheidung, §. 763a 600
3. Auseinandersetzung wegen des Vermögens, §. 763b 604

Zweiter Abschnitt.

Eheähnliche Verhältnisse.

I. Ehe zur linken Hand.
1. Begriff und Eingehung, §. 764 606
2. Rechte in der Ehe, §. 765 608
3. Auflösung, §. 766 608
II. Gewissensehe, §. 767 609

Zweites Capitel.

Verhältnisse zwischen Eltern und Kindern.

Erster Abschnitt.

Bei ehelichen Kindern.

I. Bedeutung der elterlichen Gewalt, §. 768 613
II. Begründung elterlicher Verhältnisse.
1. Das Allgemeine, §. 769 614
2. Begründungsarten der väterlichen Gewalt.
a) Eheliche Geburt und Zeugung, §. 770 615
b) Annahme an Kindesstatt, §. 771 620
c) Legitimation, §. 772 622
d) Einkindschaft, §. 773 623
III. Wirkungen der elterlichen Verhältnisse.
1. In Ansehung der Person, §. 774 626
2. In Ansehung des Vermögens, §. 775 630
IV. Aufhebung der väterlichen Gewalt, §. 776 635

Zweiter Abschnitt.

Bei andern Kindern.

1. Von Kindern aus einer Ehe zur linken Hand, §. 777 638
2. Von unehelichen Kindern, §. 778 639
3. Von Pflegekindern, §. 779 641

Drittes Capitel.

Gesindeverhältnis.

Einleitung, §. 780 643

Seite

I. Von gemeinem Gesinde.
1. Begründung des Verhältnisses, §. 781 644
2. Wirkungen.
a) Zustandsrechtliche Wirkungen, §. 782 645
b) Obligatorische Rechte, §. 783 647
3. Auflösung des Verhältnisses.
a) Beendigungsarten, §. 784 650
b) Verabschiedungsgründe, §. 785 651
c) Auseinandersetzung wegen Lohns, §. 786 653
II. Von Hausofficianten.
1. Begriff, §. 787 655
2. Grundsätze, §. 788 655
III. Von Sklaven, §. 789 657

Viertes Capitel.

Vormundschaft.

Einleitung, §. 790 658

Erster Abschnitt.

Von der eigentlichen Vormundschaft.

I. Entstehung.
1. Voraussetzungen, §. 791 665
2. Bestellung des Vormundes.
a) Geschichtliches, §. 792a 668
b) Ernennung und Verpflichtung des Vormundes, §. 792b . . 672
II. Rechte der Vormundschaft.
1. Verhältnisse des Vormundes.
a) Zum Vormundschaftsgerichte, §. 793 677
b) Zu Mitvormündern, §. 794 678
c) Zu dem Pfleglinge, §. 795 679
d) Zu Dritten, §. 796 683
2. Amtsführung des Vormundes.
a) Das Allgemeine, §. 797 683
b) In Ansehung der Person des Pfleglings, §. 798 687
c) In Ansehung des Vermögens, §. 799 687
3. Verhältnis eines falschen Vormundes, §. 800 692
4. Von der Obervormundschaft, §. 801 693
III. Beendigung der Vormundschaft.
A. Beendigung selbst.
1. Regelmäßige Erlöschungsgründe, §. 802 694
2. Außerordentliche Erlöschungsgründe.
a) Ereignisse in der Person des Vormundes, §. 803 . . 697
b) Ereignisse in der Person des Pflegebefohlenen, §. 804 . 699
B. Folgen der Beendigung.

Seite
1. Forderungen des gewesenen Pfleglings, §. 805 700
2. Forderungen des Vormundes, §. 806 705

Zweiter Abschnitt.

Von Curatelen.

1. Das Allgemeine, §. 807 707
2. Einzelne Fälle, §. 808 708
3. Von Beiständen, §. 809 714

Fünftes Buch.

Erbrecht.

Einleitung.
1. Begriff, §. 810 716
2. Anfall und Erwerbung der Erbschaft, §. 811 717
3. Anfallsgründe, §. 812 718
4. Uebersicht, §. 813 720

Erste Abtheilung.

Von den Bedingungen der Erbfolge.

Erster Abschnitt.

Von den Gründen des Erbanfalls.

Erstes Capitel.

Von letzten Willensverordnungen.

I. Begriff und Arten, §. 814 721
II. Form.
1. Aeußere Form.
a) Der Testamente.
α) Regelmäßige Form, §. 815 722
β) Privilegirte Form, §. 816 728
b) Der Codicille, §. 817 733
2. Fähigkeit zu testiren, §. 818 735
III. Inhalt.
1. Erbeseinsetzung, §. 819 737
2. Substitutionen.
a) Das Allgemeine, §. 820 742
b) Gemeine Substitution, §. 821 743
c) Pupillarsubstitution, §. 822 745
d) Fideicommissarische Substitution, §. 823 748
3. Vermächtnisse.
a) Das Allgemeine, §. 824 751

Seite

b) Einzelne Arten der Vermächtnisse.
α) In subjectiver Hinsicht, §. 825 757
β) In Hinsicht des Gegenstandes.
aa) Vermächtnis von Eigenthum, §. 826 758
bb) Vermächtnis dinglicher Rechte, §. 827 761
cc) Vermächtnis von Forderungsrechten, §. 828 . . 762
4. Nebenbestimmungen, §. 829 767
5. Fassung und Auslegung des Inhalts, §. 830 772
IV. Wechselseitige Testamente, §. 831 775
V. Ungiltigkeit letztwilliger Verordnungen.
1. Ungiltigkeit von Anfang, §. 832 778
2. Später eintretende Ungiltigkeit.
a) In Ansehung der ganzen Verordnung, §. 833 779
b) Aufhebung von Singularsuccessionen, §. 834 783
VI. Publication und Vollstreckung.
1. Publication, §. 835 785
2. Vollziehung, §. 836 787

Zweites Capitel.

Von Erbverträgen.

I. Das Allgemeine.
1. Begriff und Eintheilung, §. 837 789
2. Erfordernisse, §. 838 790
3. Wirkungen, §. 839 792
4. Aufhebung, §. 840 794
II. Besondere Arten.
1. Erbverträge unter Eheleuten, §. 841 794
2. Erbentsagungsverträge, §. 842 799
3. Abfindungsverträge der Eltern mit Kindern, §. 843 801

Drittes Capitel.

Von der gesetzlichen Erbfolge.

Einleitung, §. 844 804
I. Ordentliche Intestatsuccession.
1. Grundsätze, §. 845 805
2. Successionsfähigkeit, §. 846 806
3. Ordnung.
a) Grundsatz, §. 847 808
b) Theilung unter mehrere, §. 848 809
c) Anwachsrecht (jus accrescendi), §. 849 810
d) Specielle Successionsordnung, §. 850 812
II. Außerordentliche Succession.
1. Succession der Ehegatten, §. 851 814
2. Succession der nicht legitimen Verwandten.

Seite
a) Erbrecht der Kinder aus einer Ehe zur linken Hand, §. 852 816
b) Erbrecht unehelicher Kinder, §. 853 817
3. Erbrecht der Pfleger, §. 854 819
4. Erbrecht des Fiscus, §. 855 821

Viertes Capitel.

Von den Pflichttheilsberechtigten.

I. Das Allgemeine, §. 856 823
II. Pflichttheilsberechtigte.
1. Descendenten, §. 857 824
2. Ascendenten, §. 858 826
3. Ehegatten, §. 859 827
4. Armenanstalten, §. 860 828
III. Einsetzung und Enterbung, §. 861 828
IV. Natur des Rechts und der Klage, §. 862 828
V. Uebergehung aus Irrthum, §. 863 831

Zweiter Abschnitt.

Von der Erwerbung der Erbschaft.

Erstes Capitel.

Von der Antretung und Ausschlagung der Erbschaft.

I. Bei einer Universalsuccession.
1. Das Allgemeine, §. 864 833
2. Bedingungen der möglichen Antretung und Entsagung, §. 865 . . 836
3. Wirkungen des Erwerbs, §. 866 837
4. Transmission der Erbschaft, §. 867 841
5. Legitimation der Erben, §. 868 842
II. Bei einer Singularsuccession, §. 869 845

Zweites Capitel.

Vom Verluste der Erbschaft.

1. Gründe des Verlustes, §. 870 846
2. Bedingung und Folgen der Entziehung, §. 871 848

Zweite Abtheilung.

Von dem Rechte oder dem Inhalte der Succession.

Erstes Capitel.

Von den Rechten der Universalsuccession.

I. Im allgemeinen, §. 872 849
II. Besondere Verhältnisse.

Seite

1. Verhältnis der Erben zu Dritten.
   a) Das Allgemeine, §. 873 851
   b) Erbschaftsklage (hereditatis petitio), §. 874 852
   c) Einweisung in den Besitz (missio in possessionem), §. 875 856
2. Verhältnis der Miterben unter sich.
   a) Natur der Gemeinschaft, §. 876 858
   b) Gerichtliche Erbtheilung.
      aa) Natur und Bedingungen des Rechtsmittels, §. 877 . 858
      bb) Gegenstand, §. 878 860
      cc) Theilung der einzelnen Stücke.
         α) Ausscheidung des Fremden, §. 879 860
         β) Collation.
            αα) Geschichtliches, §. 880 862
            ββ) Preußisches Recht, §. 881 864
         γ) Theilung selbst, §. 882 869
      dd) Persönliche Leistungen, §. 883 870

Zweites Capitel.

Von den Rechten der Singularsuccession.

1. Rechte des Vermächtnisnehmers, §. 884 870
2. Rechte des Belasteten, §. 885 873

Drittes Buch.

Forderungenrecht.

M. Recht der Forderungen nach gemeinem und nach Preußischem Rechte, mit Rücksicht auf neuere Gesetzgebungen, historisch-dogmatisch dargestellt. 3 Bde. 8. Breslau 1836—1844. — Karl Bucher, das Recht der Forderungen. Nach den Grundsätzen des Justinianeischen Rechts dargestellt. Leipzig 1830. — Unterholzner, Lehre des Römischen Rechts von den Schuldverhältnissen. 2 Bde. Leipzig 1840. — v. Savigny, das Obligationenrecht als Theil des heutigen Römischen Rechts. Erster Band, Berlin 1851; zweiter Band, Berlin 1853.

§. 451.

Einleitung.

Diejenigen zum Vermögensrechte gehörigen privatrechtlichen Verhältnisse, welche sich auf bestimmte Handlungen oder Unterlassungen gewisser Personen beziehen und dadurch, daß ihnen ein Genüge geschieht, gänzlich wieder aufhören, also wesentlich vorübergehend sind, machen zusammen den Theil des gesamten Rechtsstoffes aus, den man das Recht der Forderungen oder das Obligationenrecht nennt. Das A. L.R. nennt sie „persönliche Rechte und Verbindlichkeiten, wozu nur gewisse Personen, ohne Rücksicht auf den Besitz einer Sache, befugt oder verpflichtet sind", welche Bestimmung jedoch den Gegenstand nicht erschöpft (§. 99, Bd. I, S. 222). Dieser Theil des Rechtsstoffes enthält eine große Anzahl von Regeln und Sätzen, welche allen vorkommenden Rechtsverhältnissen dieser Classe gemeinsam sind, und vorweg dargestellt werden müssen, ehe die einzelnen bekannten Rechtsverhältnisse selbst entwickelt werden. Dadurch fällt dieses Buch in zwei Abtheilungen. Die erste wird die allgemeinen Lehren in vier Capiteln enthalten, von welchen das erste von dem Inhalte, das zweite von den Personen, das dritte von den Entstehungsgründen, das vierte von der Aufhebung der Obligationen handelt. Die zweite Abtheilung wird darauf die einzelnen Obligationen und deren Besonderheiten aufzählen.

Erste Abtheilung.

Allgemeine Lehren.

Erstes Capitel.

Von dem Inhalte einer Obligation.

I. Natur der Obligationen.

§. 452.

1. Begriff.

Forderungsrecht, Forderung (obligatio) heißt das Verhältnis des Vermögensrechts zwischen zwei bestimmten Personen, wonach die eine über eine bestimmte Handlung oder Unterlassung der andern willkürlich verfügen darf[1]). Die Merkmale des Begriffs sind also: 1) Ein wechselseitiges Verhältnis, auf der einen Seite „Forderung", „Recht" (creditum), und auf der andern „Schuld", „Pflicht" (debitum) genannt, welchem entsprechend die Personen beziehlich „Gläubiger (Creditor)" und „Schuldner (Debitor)" heißen. Beides zusammen oder das Ganze (das Rechtsverhältnis) nennen die Römer obligatio[1a]), ebenso auch das zum Grunde liegende Rechtsgeschäft oder die Handlung der Verbindlichmachung[2]). Das deutsche Wort „Verbindlichkeit" ist zwar eine genaue Uebersetzung von obligatio, hat jedoch nicht dieselbe Bedeutung, sondern bezeichnet nur die Seite des Verhältnisses nach dem Schuldner, außerdem aber auch noch alle allgemeinen, nicht aus besonderer Verbindlichmachung entstandenen, Pflichten. Die Neuern hielten diese einseitige Be-

1) A. L.R. I, 2, §§. 122, 123. — Pr. J. de obl. (III, 13). — L. 3 pr. D. de obl. et act. (XLIV, 7).

1a) L. 1, §. 1 D. de divisione rerum (I, 8); L. 21 D. de verb. signif. (L, 16). Vergl. pr. Inst. de obl. (IV, 13).

2) L. 19 D. de verb. sign. (L, 16); L. 1, §. 3 D. de pactis (II, 14) und L. 1, §. 1 D. de lege Cornelia (XLVIII, 10). Hier bedeuten die Worte: „ad obligationem innocentium" soviel wie ad obligandos oder irretiendos innocentes, nemlich durch falsche Anklage. Darüber: Bynkershoeck, Observat. juris rom., Lib. III, c. 19. — Hugo, Civil. Mag., Bd. III, S. 415. Heutzutage nennt man auch eine einseitige Schuldverschreibung Obligation (obligatorium). Wernher, Observat., P. II, obs. 416. — Anh. z. A.G.O. §. 388, zu I, 51, §. 120; A. L.R. II, 8, §. 1256; A.G.O. I, 50, §. 161. Im Corp. juris und bei den röm. Schriftstellern kommt der Ausdruck in dieser Bedeutung nicht vor, auch in der L. 7 C. de n. n. pecunia (IV, 30) nicht, wie Bucher, Recht der Forderungen, §. 1, Note 1 meint. Der dort vorkommende Ausdruck „obligationem repetere" bezieht sich nicht auf die Schuldverschreibung (cautio), sondern auf das dadurch begründete Schuldverhältnis.

deutung für den Begriff der obligatio und lehrten, daß jeder Obligation ein gegenüberstehendes Recht entspreche, so daß Recht und Verbindlichkeit Correlate seien[3]). Für das Ganze hatte man keinen Begriff und keinen Ausdruck. Diese Vorstellung liegt dem A. L.R. zu Grunde; Rechte und Verbindlichkeiten werden ganz allgemein, so daß auch die allgemeine Pflicht, Person und Eigenthum anderer zu achten, darunter begriffen ist, für entsprechende Correlate erklärt, und wo das ganze Verhältnis bezeichnet werden soll, ist immer von „Rechten und Pflichten", oder von „Rechten und Verbindlichkeiten" Rede[4]). 2) Das Verhältnis muß zwischen gewissen Personen bestehen. Die allen obliegende Pflicht, das dingliche Recht einer Person zu achten, ist keine Obligation[5]). 3) Es muß eine bestimmte Handlung oder eine ganze Classe von Handlungen des einen der Willkür des andern aus einer Verpflichtung unterworfen sein[6]). 4) Die Handlung muß sich auf das Vermögensrecht im Gegensatz zu den personenrechtlichen Verhältnissen beziehen und durch die Genügeleistung muß das Verhältnis erlöschen[7]). Daher ist z. B. die Ehe kein obligatorisches, sondern ein fortdauerndes Zustandsverhältnis, welches wiederkehrende Handlungen zur Folge, aber nicht zum Zwecke hat (§. 744). Einige Verhältnisse sind vermischter Natur, z. B. das Dienstbotenverhältnis (§. 780), das auf der Grenze der Zustands- und der Vermögensverhältnisse steht.

§. 453.

2. Hauptarten.

I. Die Eintheilung der Obligationen ist nach den Beziehungen sehr verschieden. Die Haupteintheilungen sind: 1) nach der Entstehung, 2) nach dem Gegenstande, 3) nach der Wirksamkeit. Die ersten beiden kommen weiterhin ausführlicher vor. II. Die dritte fußt nach R. R. auf die Rechtsquelle, je nachdem die Obligation

---

3) Höpfner, Commentar, §. 284. — Hugo a. a. O. S. 405 u. 408. Hierauf bezieht sich der viel zu allgemeine Satz: posito jure ponitur obligatio.

4) A. L.R. Einl. §§. 85 u. 92; I, 2, §. 122; I, 9, §. 350. Vergl. I, 1, §§. 7, 9. — (Stenger) Commentar, I, S. 85.

5) A. L.R. I, 2, §§. 122, 123. — L. 12 D. de verb. sign. (L, 16); L. 7 D. de ann. leg. (XXXIII, 7). Auch ist eine obligatio Einer Person ohne ein gegenüberstehendes anderes Subject nicht denkbar. Vergl. L. 7 D. de annuis legatis (XXXIII, 1).

6) A. L.R. Einleitung §. 92. — L. 108 D. de verb. sign. (L, 16); L. 83, §. 1 D. de verb. obl. (XLV, 1). — Hugo a. a. O. S. 399.

7) Pr. J. de obligation. (III, 14); L. 9, §. 2 D. de statu lib. (XL, 7). — A. L.R. I, 16, §. 10.

aus dem jus civile oder aus dem jus gentium herkommt, oder auf die Wirkung bezogen wird. Nach Pr. R. fällt die erste Beziehung weg, denn ein jus gentium ist als Rechtsquelle nicht anerkannt, und das von Neuern daraus gemachte Naturrecht gehört gar nicht in das Gebiet des Rechts, sondern in das der Moral. Die in dem jure gentium wurzelnden Obligationen waren, insofern sie Anerkennung fanden, bei den Römern wirkliche Civilobligationen [1]). Wenn aber die Verbindlichmachung, das Band zwischen Gläubiger und Schuldner, nicht für haltbar erachtet wird, so nennt das R. R. ein solches Verhältnis eine obligatio naturalis, welche sowohl im jus civile als im jus gentium wurzeln kann. Eine Civilobligation kann ipso jure, oder ope exceptionis unwirksam sein; im erstern Falle ist sie immer, im andern in der Regel ganz und gar kraftlos. Eine Ausnahme machen die nicht auf dem jus gentium beruhenden, vielmehr positiv eingeführten Exceptionen: diese tilgen die in jeder Civilobligation zugleich enthaltene Naturalobligation nicht. Dergleichen Exceptionen sind: 1) Die exceptio ex Senatus Consulto Macedoniano [2]). Nach Pr. R. verhält es sich umgekehrt. Ein Hauskind für sich ist nicht fähig, rechtsverbindlich zu contrahiren, die Obligation ist daher von Anfang eine Naturalobligation, die exceptio S. C. Mac. in der Bedeutung des R. R. fällt mithin weg; die Naturalobligation wirkt jedoch nur die soluti retentio [3]). 2) Die Präscription [4]). Nach Pr. R. vernichtet die Extinctivverjährung das Rechtsverhältnis gänzlich [5]). 3) Die exceptio rei judicatae [6]). Auch hier ist nach Preuß. R. alles ganz erloschen (§. 197, Bd. I, S. 365). 4) Das beneficium competentiae [7]). Dabei tritt eigentlich nur eine zeitweise Unwirksamkeit der Civilobligation ein; fallen die Voraussetzungen des Beneficiums weg, so tritt das Forderungsrecht wieder in volle Kraft; aber auch in dieser Zwischenzeit hat dasselbe alle Wirkungen einer Naturalobligation des R. R. [8]).

1) L. 5, §. 1 D de praescriptis verbis (XIX, 5).

2) L. 10; L. 9, §. 5 D. de S. C. Maced. (XIV, 6). — L. 19 pr.; L. 40 pr. D. de condictione indebiti (XII, 6). — L. 14 D. de reb. cred. (XII, 1).

3) A. L.R. II, 2, §§. 125, 138. Der Grundsatz des SCt. ist auch nicht auf das Darlehn beschränkt, sondern allgemein auf die von einem Kinde in väterlicher Gewalt gemachten Schulden gerichtet.

4) L. 2 C. de luit. pign. (VIII, 31); L. 5 C. de except. XXX ann. (VIII, 36); L. 5, §. 6 D. de doli et metus except. (XLIV, 4).

5) S. oben §§. 149 u. 151.

6) §. 5 J. de except. (IV, 13); L. 28, 60 pr. D. de cond. ind. (XII, 6); L. 8, §. 1 D. ratam rem hab. (XLVI, 8).

7) L. 8; L. 9 D. de cond. indebiti (XII, 6).

8) A. L.R. I, 14, §§. 281, 282. Vergl. Conc.Ordnung §§. 434, 435, 437.

5) Die exceptio quod quisque juris in alterum statuit, ut ipse eodem jure utatur[9]). Diese ist dem Pr. R. unbekannt. — Ausnahmen entgegengesetzter Art, wo der Naturalobligation alle und jede Wirkung im R. R. abgesprochen ist, sind folgende: 1) Die Bürgschaft einer Frauensperson in gewissen Fällen[10]). Das A. L.R. bestimmt das Gegentheil: eine civilrechtlich unkräftige Intercession einer Frauensperson begründet soluti retentio[11]). 2) Spielschulden[12]). Das A. L.R. stimmt damit, hinsichtlich der verbotenen Spiele, welche unter gewissen Umständen strafbar sind, überein, und räumt nur aus erlaubten Spielen, die nach R. R. eine Civilobligation hervorbrachten, die soluti retentio ein (§. 715)[13]). 3) *Die Obligation eines Unmündigen und eines Verschwenders.* Auch hier *weicht das A. L.R. ab; denn die soluti retentio soll nur alsdann nicht gelten, wenn die Zahlung noch vor gehobener Unfähigkeit erfolgt ist*[14]). Das hat aber seinen Grund darin, daß in diesem Falle die Zahlung, ebenfalls ein Rechtsgeschäft, an sich nicht rechtsgiltig vollzogen ist. Daraus folgt, daß, wenn der fähig gewordene Schuldner Zahlung auf eine in unfähigem Zustande geschlossene Obligation leistet, die Zurückforderung unzulässig ist. 4) Der außergerichtliche Vergleich über künftige Alimente[15]). Das Pr. R. kam bisher damit überein; denn diejenige Wirkung, welche hier eintreten konnte, nemlich eine Exception gegen die Klage des Alimentarius, ist allen Naturalobligationen abgesprochen[16]); im neuesten Rechte scheidet dieser Fall ganz aus (§. 727, II, 2). III. *Die Naturalobligation ist nicht klagbar, hat aber nach R. R. verschiedene andere Wirkungen, welche die Geltung sichern.* Solche sind: 1) Ausschließung der condictio indebiti[17]). Das Pr. R. hat davon einen Ueberrest in der Bestimmung, daß jede „moralische Verbindlichkeit" und „unvollkommene Pflicht" die Zurückforderung

9) L. 3, §. 7 D. quod quisque juris (II, 2).

10) L. 40 pr. D. de cond. ind. (XII, 6); L. 8, §§. 3 et 9 D. ad S. C. Vell. (XVI, 1); L. 9 C. eod. (IV, 29).

11) A. L.R. I, 14, §§. 243, 411. Suarez, amtliche Vorträge; in den Jahrb. Bd. XLI, S. 51 u. 52. Ueber das Irrige dabei s. Recht der Forderungen, §. 276, Bd. III, S. 879, u. unten §. 721.

12) L. 4, §§. 1 et 2 D. de aleator. (XI, 5); L. 3 C. eod. (III, 43).

13) A. L.R. I, 11, §§. 577 u. 578. — Recht der Ford. §. 364, Bd. III, S. 841.

14) A. L.R. I, 16, §. 170.

15) L. 8 D. de transact. (II, 15). — L. 8 C. eod. (II, 4).

16) A. L.R. Einleit. §. 86. Die soluti retentio kann nicht vorkommen, weil der Vergleich auf der Seite des Schuldners verbindend ist. Recht der Ford. §. 383, Bd. III, S. 915.

17) L. 51; L. 13 pr.; L. 64 D. de condict. ind. (XII, 6).

einer Zahlung hindert[18]). Man muß annehmen, daß hiermit eine Naturalobligation gemeint ist, indem sonst die an sich begründete condictio indebiti eines Reichen gegen einen Armen ganz unzulässig sein würde. Die vorkommenden Anwendungen zeigen in der That auch, daß eine besondere Verbindlichmachung, die nur nach Civilrecht nicht bindend ist, vorausgesetzt wird[19]). 2) Eine Naturalobligation begründet nach R. R. die exceptio doli gegen das mit ihr collidirende Klagrecht; das A. L.R. hat diesen Grundsatz in seiner Allgemeinheit ausdrücklich reprobirt[20]), doch kommen einzelne Anwendungen davon vor, z. B. bei der Pfandbestellung für eine formell ungiltige Forderung, wo die Rückforderung des Pfandstückes, obwohl kein Pfandrecht daran entstanden ist, durch die exceptio doli abgewehrt werden kann (Note 25). 3) Eine Naturalobligation ist nach R. R. zur Compensation tauglich[21]). Auch diese Wirkung spricht ihr das A. L.R. ab[22]). 4) Die Naturalobligation genügt nach R. R. zu den accessorischen Verträgen, insbesondere zur Novation, zum Constitutum, zur Bürgschaft, zur Pfandbestellung[23]). Hiervon kommt im Pr. R. folgendes vor: a) Zur reinen Bürgschaft ist die Naturalobligation nicht tauglich; nur wenn der Bürge sich als Selbstschuldner verbindlich macht, kommt es auf die Beschaffenheit der Hauptschuld in der Regel nicht an[24]). b) Für eine nicht klagbare Forderung kann kein Pfandrecht bestellt werden, nur ein Retentionsrecht soll der Pfandnehmer haben[25]). c) Zur Novation genügt eine solche Obligation in allen den Fällen, in welchen die soluti retentio zulässig und die condictio indebiti unstatthaft sein würde[26]).

---

18) A. L.R. I, 16, §§. 178, 179; II, 2, §. 138.

19) A. L.R. I, 16, §. 184 setzt einen unförmlichen Vertrag voraus; I, 14, §§. 243 u. 411 die unkräftige Intercession einer Frauensperson; I, 11, §. 578 einen Spielcontract.

20) A. L.R. Einleit. §. 86.

21) L. 6 D. de compensat. (XVI, 2).

22) A. L.R. I, 16, §. 377.

23) L. 13 pr. D. de condictione indebiti (XII, 6).

24) A. L.R. I, 14, §§. 254—256, 391, 393. — Vergl. Simon, Rechtsspr., I, S. 178.

25) A. L.R. I, 20, §§. 97 u. 98.

26) A. L.R. I, 16, §§. 467 u. 468. Also auch in dem Falle b; denn das Retentionsrecht am Pfande und die soluti retentio sind Anwendungen eines und desselben Princips.

II. Gegenstand der Obligationen.

§. 454.

A. Im allgemeinen.

Gegenstand einer Obligation ist immer eine vermögensrechtliche Leistung, die entweder in einem Thun oder in einem Unterlassen besteht, gegensätzlich von solchen Vermögensrechten, welche zur unmittelbaren Verfügung über eine Sache berechtigen (dingliche Rechte)*). Das R. R. unterscheidet bei dem Thun, nach den praktischen Folgen, das dare, facere und praestare, womit drei verschiedene Begriffe technisch bezeichnet werden [1]). In ähnlicher Art zählen die Verfasser des A. L.R. als verschiedene Arten von Handlungen ein Geben, Leisten, Verstatten oder Unterlassen auf [2]). Diese Unterscheidung ist jedoch nach Pr. R. ohne alle praktische Bedeutung: der Ausdruck, durch welchen eine Leistung übernommen wird, ist ohne Einfluß auf die Art der Verpflichtung; jeder Ausdruck, welcher das Versprechen einer Leistung im Thun oder Unterlassen enthält, hat immer dieselbe rechtliche Folge.

B. Ausgezeichnete Gegenstände.

§. 455.

1. Alternative oder disjunctive Obligation.

de Brassier, de causis alternativis. Heidelb. 1821. — *Thomasius*, de obligatione ex promissione rei incertae: in Diss. Tom. IV, no. 112, §§. 45—61.

Die Obligation hat entweder einen einzelnen bestimmten Gegenstand (species) und heißt dann eine einfache (obl. simplex), oder mehrere Gegenstände, welche gleichfalls individuell oder auch nur nach der Gattung (obl. generis dandi) bestimmt sein können. Soll in dem letztern Falle der Schuldner nicht alle geben, sondern durch den einen oder andern Gegenstand frei werden, so ist die Obligation eine alternative (obl. alternativa). I. Die Wahl hat dabei der Schuldner [3]), von welcher Regel das Pr. R. den

*) L. 3 pr. D. de oblig. et action. (XLIV, 7).

1) L. 75, §. 7 D. de verb. obl. (XLV, 1); L. 3 pr. D. de obl. et act. (XLIV, 7); L. 13, §. 6 D. de act. emti (XIX, 1). — Recht der Ford. §. 4.

2) A. L.R. I, 2, §. 123. Das Dest. G.B. §. 859 unterläßt sehr verständig diese Aufzählung; es spricht nur von einer Leistung.

3) A. L.R. I, 5, §§. 156, 274; I, 12, §. 388; I, 16, §. 192. — L. 106, 112, 138, §. 1 D. de verb. obl. (XLV, 1); L. 25 pr.; L. 34, §. 6 D. de contrah. emt. (XVIII, 1). — §. 33 J. de act. (IV, 6); L. 10, §. 6 D. de

Kauf[4]) und das Verhältnis der Frohnen, falls der Pflichtige Dienste oder Dienstgeld schuldig ist[5]), ausnimmt, wo dem Gläubiger die Wahl zustehen soll. Die Wahl ist nach R. R. nicht Bedingung, sondern die Obligation ist eine unbedingte (obl. pura)[6]), und wird zur einfachen, wenn die Wahl nicht mehr möglich und nur noch ein Gegenstand übrig ist[7]). Das A. L. R. hingegen behandelt die alternative Obligation wie eine bedingte, denn der Wahlberechtigte soll nicht mehr gebunden sein, wenn von mehreren Sachen, unter welchen er zu wählen hat, die eine oder die andere, sei es zufällig oder durch Schuld des andern Theils, verdorben wird oder abhanden kommt[8]). Ein juristischer Grund hiervon ist nicht bekannt; die Bestimmung kann überhaupt auch nur in solchen Fällen Anwendung finden, wo die Auflösung des Verhältnisses ohne Erfüllung angeht, was oft nicht möglich ist[9]), daher die Einheit im Principe fehlt. II. Ueber die Aufhebung wegen Unmöglichkeit der Wahl ist bestimmt: der Wahlberechtigte kann den noch übrigen Gegenstand fordern, oder auch von dem Vertrage abgehen, wenn Zufall oder Schuld des andern einen Gegenstand der Wahl entzogen hat, und wenn Vorsatz oder grobes Versehen vorgefallen ist, muß auch noch das Interesse geleistet werden; er muß aber alsdann unbedingt bei dem Vertrage stehen bleiben, wenn sein Zuthun den Verlust veranlaßt hat[10]). Nach den Grundsätzen des A. L. R. sollte die Wahl folgerecht nicht auf die Erben übergehen, weil eine Handlung des

jure dot. (XXIII, 3). — L. 75, §. 4 D. de leg. I. — Mühlenbruch, Cession der Forderungen (3te Ausg.), §. 24, Note 43, S. 265. — Hert, de electione ex obligatione alternativa debitori debita, Giess. 1699; in Commentat. et Opusc., Vol. I, P. 3, p. 233 sqq.

4) A. L. R. I, 11, §. 38. Man kennt den Grund von dieser Ausnahme nicht. Die Gesetzrevisoren sagen in ihren Motiven z. T. 11, Th. I, S. 20: Dieser Grund sei in der Eigenthümlichkeit des Kaufcontracts zu suchen; sie melden jedoch nicht den Erfolg ihres Suchens.

5) A. L. R. II, 7, §. 424. War streitig zwischen den Romanisten und Germanisten. Leyser, Spec. 419, m. 3. — Buri, von Bauerngütern, S. 68. — Hagemann, Landwirthschaftsrecht, §. 246, Note 4. Daher kommen die abweichenden Bestimmungen in verschiedenen Provinzialverordnungen.

6) L. 138 et 76 pr. D. de verb. obl. (XLV, 1).

7) L. 72, §. 4 D. de solut. (XLVI, 3); L. 16 pr. D. de verb. obl. (XLV, 1); L. 34, §. 6 D. de contr. emt. (XVIII, 1); L. 2, §. 3 D. de eo quod certo loco (XIII, 4); L. 11, §. 1 D. de leg. II.

8) A. L. R. I, 11, §§. 33, 37.

9) Z. B. wenn auf Grund eines unverbindlichen mündlichen Vertrags eine Sache übergeben worden ist. Hier soll der Empfänger die Wahl haben: ob er gleichfalls erfüllen, oder die Sache, falls sie sich noch in demselben Stande befindet, zurückgeben wolle. Die Wahl kann aber nicht mehr stattfinden, wenn die Sache sich auch nur zufällig verschlimmert hat. A. L. R. I, 5, §§. 156, 157. Hier verwandelt mithin die alternative Obligation sich in eine einfache.

10) A. L. R. I, 11, §§. 33—37. — Hiervon kommt im R. R. natürlich nichts vor.

Verstorbenen zur Bedingung gemacht ist, die von den Erben nicht erfüllt werden kann[11]); doch ist solches wohl nicht beabsichtigt, vielmehr die Regel des R. R., wonach der Uebergang auf die Erben aus der Natur dieser Obligation folgt[12]), für beibehalten anzusehen. III. Die dem Schuldner zustehende Wahl geht durch Zögerung nicht verloren, sie kann noch bis zur Leistung ausgeübt werden und der Gläubiger kann nur alternative klagen; erst wenn von der actio judicati (Execution) Gebrauch gemacht werden muß, wählt der Gläubiger[13]); der Schuldner kann hiernächst nicht mehr leisten, was er will. Der Gläubiger muß von dem ihm zustehenden Wahlrechte in der Klage Gebrauch machen, kann jedoch, wenn nicht der Schuldner die Wahl genehmigt hat[13a]), im ordinären[13b]) Processe den Antrag noch bis zum Schlusse der ersten Instanz abändern, und in der Executionsinstanz kann er, wenn der Schuldner nicht Genüge leistet, von der getroffenen Wahl immer wieder abgehen[14]). IV. Die verbindlich getroffene Wahl verwandelt die alternative Obligation in eine einfache[15]). Verbindlich ist die Wahl ohne alle Form,

11) A. L.R. I, 5, §§. 107 u. 416. — L. 46, §. 2 D. de verb. obl. (XLV, 1).

12) L. 76 pr. D. eodem.

13) Verordnung I, vom 4. März 1834, §. 9 (G.S. S. 33). — L. 106, 138, §. 1 D. de verb. obl. (XLV, 1); §. 33 J. de act. (IV, 6). Nach gem. R. ist dies streitig: viele behaupten, daß die mora solvendi das Wahlrecht entziehe, wegen L. 2, §. 3 D. de eo quod certo loco (XIII, 4) und L. 55 D. ad leg. Aquil. (IX, 2). Auch L. 11, §. 1 D. de leg. II gibt ein Argument dafür. Die pr. Praxis beschränkt das auf den Gläubiger übergegangene Wahlrecht nur auf die Dauer der Vollstreckbarkeit des Urtels. Findet die Execution aus demselben nicht mehr statt und muß von neuem geklagt werden, so hält man, wenn zur Zeit der Klaganstellung das Urtel keine executorische Kraft mehr hatte, den Gläubiger zur Wahl nicht mehr berechtigt. Pr. des Obertrib. 1402, v. 27. Januar 1844. (Entscheid. Bd. IX, No. 31.) Juristisch ist das nicht. Das s. g. Executionsgesuch ist materiell die actio judicati; Gegenstand und Inhalt bleiben unverändert, mag der Antrag vor oder nach Ablauf eines Jahres eingebracht werden; die Erlöschung der executorischen Kraft hat bloß Einfluß auf das Verfahren, res judicata bleibt die Sache. S. m. Beurtheilung der Entsch. S. 191.

13a) (3. A.) Diese Genehmigung ist erfolgt, wenn der wahlberechtigte Gläubiger das eine Recht durch eine unbedingt und ohne Vorbehalt auf dasselbe beschränkte Klage geltend gemacht und der Beklagte sich in der Klagbeantragung auf das ausschließlich gewählte Recht, ohne Widerspruch gegen die geschehene Wahl, eingelassen hat. In diesem Falle steht ihm später keine Aenderung des Antrages, auf Grund des §. 21, Tit. 5 und §. 5a, Tit. 10 der Pr.O. mehr zu. Die fortdauernde Giltigkeit dieser Proceßvorschriften neben der neueren Proceßgesetzgebung ist überhaupt nicht außer Zweifel. Vergl. Erk. des Obertr., II. S., v. 10. April 1856 (Entsch. Bd. XXXIV, S. 33).

13b) (3. A.) Hierbei ist der ordinäre Proceß nach den Vorschriften der A.G.O. vorausgesetzt. Ob seit dem Proceßgesetz vom 21. Juli 1846, wonach auch der ordinäre Proceß nicht mehr in dem von der A.G.O. vorgeschriebenen Verfahren verhandelt wird, die Vorschrift des §. 21, Tit. 5 noch gilt, ist zweifelhaft. Vor. Anm. 13a.

14) A.G.O. I, 5, §. 21; I, 10, §. 5a. — V. v. 4. März 1834, §. 9.

15) L. 20 D. de optione vel electione leg. (XXXIII, 5).

wenn sie von der Leistung begleitet ist (re)[16]; geschieht sie durch bloße Willenserklärung (verbis), so muß dieselbe Form beobachtet werden, welche die Eingehung des Rechtsverhältnisses selbst erfordert[17]. Bei wiederkehrenden Leistungen kann jedesmal von neuem gewählt werden[18]. V. Bei einfachen Obligationen kann nichts anderes als der versprochene Gegenstand gefordert und geleistet werden (aliud pro alio invito creditori solvi non potest)[19]. Körperlicher Zwang kann jedoch nur auf mechanische Handlungen gehen; Handlungen, welche Willensbestimmung erfordern, wie z. B. Geisteserzeugnisse, oder Einwilligungen und Abschließung von Rechtsgeschäften[20], sind nicht direct erzwingbar[21]. Die einfache Obligation verwandelt sich im Falle der Rechtshilfe in eine alternative (Handlung oder Interesse), wobei der Gläubiger die Wahl hat, wenn es zur Execution kommt und die Handlung an sich erzwingbar ist. Unterlassungen werden durch Strafen erzwungen[22]. VI. Aehnlichkeit mit der alternativen Obligation hat die obligatio generis dandi. Die Regel des R. R., daß auch hierbei der Schuldner wählt[23], ist im Pr. R. dahin modificirt, daß ein Stück von mittlerer Art gegeben und angenommen werden muß[24]; und lei-

16) A. L.R. I, 5, §§. 215, 315; I, 12, §. 400.

17) A. L.R. I, 5, §. 316; I, 20, §§. 623, 597.

18) A. L.R. II, 7, §§. 425, 426. — L. 21, §. 6 D. de act. emti (XIX, 1).

19) A. L.R. I, 16, §. 11. — L. 2, §. 1 D. de rebus cred. (XII, 1); L. 16 C. de solut. (VIII, 43). Eine Ausnahme nach Justin. R. enthält Nov. 4, c. 3; Auth. Hoc nisi C. de solut. (VIII, 43).

20) Dazu zumal kann es auch niemals eines Zwanges bedürfen; denn zu Stande gebracht werden kann ein Rechtsgeschäft durch Richterspruch niemals; die Einwilligungen und die Rechtszustände und Verhältnisse müssen schon vorhanden sein, so daß der Richterspruch materiell immer nur das rechtsbeständige Dasein auszusprechen hat; und in diesem Falle kann es auf eine Willenserklärung des Verurtheilten selbstverständlich nicht mehr ankommen. Eine unwissenschaftliche Praxis nimmt auch in dieser Beziehung die Execution ganz materiell. Schles. Archiv, Bd. I, S. 46. Sehr verständig ist die Praxis, welche in den Fällen, wo es auf gerichtliche Anerkennung einer außergerichtlichen Urkunde, z. E. Punctation, zur Beglaubigung bei dem Grundbuche, ankommt, das rechtskräftige Urtel anhängen läßt; denn durch einen Dritten eine Willenserklärung in die Seele einer Person, die dieselbe verweigert, abgeben zu lassen, ist widersinnig. (3. A.) Dieser verständigen Praxis ist die Gesetzgebung in dem Hypothekengesetz vom 24. Mai 1853, §. 32 (G.S. S. 521) gefolgt.

21) Hierauf bezieht sich der Satz: nemo potest cogi praecise ad faciendum. Ueber die Execution s. oben §. 201, Bd. I, S. 372; und L. 68 D. de rei vind. (VI, 1); L. 15 D. de rei jud. (XLII, 1).

22) Verordnung I, v. 4. März 1834, §. 10; A.G.O. I, 24, §. 54.

23) Der Gläubiger würde durch die Forderung einer Species eine Pluspetition begehen. §. 33 J. de act. (IV, 6).

24) A. L.R. I, 5, §. 275; I, 12, §. 392; I, 21, §. 123; II, 11, §. 920. (3. A.) Dadurch ist der in der L. 52 D. mand. (XVII, 1) noch besonders anerkannte Folgesatz: daß der Schuldner einen Gegenstand von der geringsten Güte geben kann, positiv abgewiesen.

det bei dem Erbzinsverhältnisse die Ausnahme, daß, wenn ein Naturalienzins gegeben werden muß, der Erbzinsherr die Auswahl hat[25]). VII. Ganz unähnlich aber und deshalb mit den alternativen Obligationen nicht zu verwechseln sind solche Obligationen, welche an sich nur auf Einen Gegenstand gerichtet sind, jedoch die Eigenthümlichkeit haben, daß der Schuldner sich durch Ueberlassung einer andern schon voraus bestimmten Sache befreien kann, wie bei den Assecuranzverträgen durch das Abandonniren, und bei andern Verträgen durch Leistung der bestimmten Wandelpön[26]). Dergleichen Obligationen sind einfache und werden in keinem Falle nach den Grundsätzen von alternativen beurtheilt.

2. *Umwandlung in eine Geldobligation.*

§. 456.

a) Von Geldschulden im allgemeinen.

Dieze, Versuch einer münzwissenschaftlichen Beantwortung der Frage: wie ist eine Geldschuld abzutragen? Frankfurt 1791. — J. L. Schmidt, Abhandlung von den Münzsorten, in welchen eine Geldschuld abzutragen ist. Jena 1782. 4. — Pfeiffer, praktische Ausführungen, Bd. I, S. 51 ff. — Seger, de mutato valore monetae in solutionibus aestimando; in Opusc. Vol. I, p. 142 sqq. — Leyser, de mutationibus monetae; in Medit. ad Pand. Spec. 529. — Hoffmann, die Lehre vom Gelde. Berlin 1838.

Das Geld ist das allgemeine Mittel, die verschiedenartigsten Obligationen rücksichtlich ihres Gegenstandes, wenn der versprochene Gegenstand nicht erlangt werden kann, auf ein gleichförmiges Geben zurückzuführen. Wegen dieser allgemeinen Anwendung der Geldobligation, welche dieselbe durch die Umwandlung anderer Obligationen in eine solche findet, gehören die Grundsätze von der Geldobligation zu den allgemeinen Lehren[27]). Das Geld oder der allgemeine Werthmesser wird durch Münzen (geprägtes Geld) dargestellt; sie sind Metallstücke, welche, nach Gelde zu einem bestimmten Werthe berechnet und bezeichnet, zum allgemeinen Tauschmittel dienen[28]). Anfangs waren sie abgewägte, mit dem Gewichte bezeichnete Stücke edlen Metalls und führten die Gewichtsnamen (Seckel,

25) A. L.R. I, 18, §. 751. Der Grund ist hier derselbe wie vorhin bei den alternativen Reallasten, Note 5. — S. §. 357, Nr. III, Bd. I, S. 597, Note 26.

26) A. L.R. II, 8, §§. 2301 ff. — I, 5, §. 314. Im R. R. gehören auch die Poxalklagen u. a. hierher.

27) A. L.R. I, 16, §§. 82, 83. — Ed. v. 29. März 1764, §. 10, Nr. 13. (N. C. C. Tom. III, S. 381.)

28) Murhard, Theorie des Geldes und der Münze. Leipzig 1817. — Adam Müller, Versuch einer neuen Theorie des Geldes. Leipzig 1816. — Büsch, Abhandl. über den Geldumlauf. 2te Aufl. Kiel u. Hamburg 1800; und in den sämtlichen Schriften, Th. 7 u. 8.

Talent, Aß, Pfund, Mark). Dabei war die Ausgleichung einfach. Später traten Münznamen (Thaler, Groschen ꝛc.) an deren Stelle, und der Stoff, aus welchem man prägte, wurde eine Metallmischung. Bei diesen Münzen ist zu berücksichtigen: 1) Der innere Werth oder das Gewicht des in der Mischung befindlichen edlen Metalls oder Feingehalts (Schrot und Korn)[28a], welches durch den angenommenen Münzfuß bestimmt wird[29]; und 2) der äußere oder Nennwerth, welcher zwiefach ist, nemlich a) der stempelgesetzliche, welchen die Münze nach der Ausprägung und Bezeichnung haben soll, und b) der Handels- oder Kaufwerth, welchen die Münze als Waare zur Zeit im Verkehre gilt. Tauschmittel, welche aus andern Stoffen als Metall von entsprechendem Werthe gemacht sind, z. E. Papier- oder Ledergeld, sind nur Surrogate der Münze, wobei von einem inneren Werthe natürlich nicht die Rede sein kann. Das Wesen des gemünzten Geldes besteht darin, daß es den darauf gezeichneten Werth, gleich einem Pfandstücke, thatsächlich enthält; fehlt etwas daran, so ist das Geld schlecht oder unrichtig, oder falsch. Nach Maßgabe dieses Werths bestimmt sich der Preis (Handelswerth oder Cours)[30] einer Münze, danach richtet sich der wahre Inhalt einer Geldobligation; und wenn derselbe im Falle einer stattgefundenen Münzveränderung in Frage kommt, so ist auf die Zeit der Entstehung zu sehen, wobei auf die Ursache der etwaigen geringern Geltung der Münze nichts ankommt. Ohne eine Münzveränderung oder Abweichung von dem Normalzustande seit der Entstehung der Geldobligation kann jedoch die Frage nicht vorkommen; sie kann auch nur vorkommen, wenn das Geld als solches (als Tauschmittel), nicht aber, wenn gewisse Münzen als einzelne bestimmte Sachen (Species) Gegenstand der Obligation sind. In dem letztern Falle muß immer dieselbe Species gegeben werden[31], und erst wenn solche nicht mehr vorhanden ist, wird die Obligation in eine gewöhnliche Geldschuld verwandelt. Ist keine Abweichung von dem vorschriftsmäßigen Zustande vorgefallen, so wird auf die

28a) (3. A.) Schrot ist die Schwere der Münzstücke, Korn heißt das Mischungsverhältnis.

29) G.D. v. 4. August 1832. (Jahrb. Bd. XL, S. 162.)

30) Dieser ist von der Gesetzgebung schon lange anerkannt. R. v. 6. Januar 1757 (N. C. C. Tom. II, S. 218); R. v. 30. Juli 1764 (ib. Tom. III, S. 457); Rabe, Bd. I, Abth. 3, S. 46. — Olbers, de valore monetae mercatorum auctoritate mutato. Gott. 1776. — Büsch, über Geld- und Wechselcours, Münzen, Pari u. s. w. Hamb. 1801, und in den sämtlichen Schriften, Th. VI, S. 459 u. ff. — Helferich, von den periodischen Schwankungen im Werthe der edlen Metalle. Nürnberg 1843.

31) A. L.R. I, 11, §. 783. Vergl. Oester. G.B. §. 987.

verschiedenen Münzsorten bei der Zahlung nicht gesehen, wenn nur in gangbarem Silbercourant gezahlt wird[32]). Niemand aber, außer den fiscalischen Cassen[33]), ist schuldig, in Zahlung zu nehmen: a) Scheidemünze bei Summen, welche in Courantstücken dargestellt werden[34]), und b) Papiergeld[35]). Lautet die Obligation auf Gold ohne Bestimmung der Sorte, so werden preußische Friedrichsdor verstanden; soll in Ducaten ohne nähere Bezeichnung gezahlt werden, so sind preußische oder holländische anzunehmen[36]), wenn nicht bewiesen wird, daß auf andere als auf preußische Goldmünzen contrahirt, z. B. bei Darlehen die verschriebene Valuta in anderen Goldmünzen gegeben worden ist[37]). Hat man über eine *Zahlung in Groschen ohne nähere Bestimmung* contrahirt, so *werden preußische Silbergroschen verstanden*[38]).

b) Bei Veränderungen im Werthe der Münze.

§. 457.

aa) Das Allgemeine.

I. Der Maßstab zur Ausgleichung ist der Handelspreis (Cours), wenn dieser von dem gesetzlichen Werthe der Münze dergestalt abweicht, daß er auf den Preis im täglichen Verkehre Einfluß hat[1]); denn auf den Cours im bloßen Geldwechsel, in welchem die Münzen selbst als Waare in Betracht kommen, und je nachdem eine Sorte mehr oder weniger gesucht wird, im Preise steigen oder fallen[2]),

---

32) A. L. R. I, 11, §. 779. — *L.* 24, §. 1 *D. de pignorat. act.* (XIII, 7); *L.* 65, §. 1 *D. de verb. obl.* (XLV, 1). Vergl. Seneca de benef. VI, 5.

33) Edict vom 13. Decbr. 1811, §. 12 (G. S. S. 375).

34) Ges. vom 30. Septbr. 1821, §. 7 (G. S. S. 160). Aelteres Recht: A. L. R. I, 11, §. 780; I, 16, §. 77; Edict v. 13. Decbr. 1811, §. 12 (G. S. S. 375). Gemeines Recht: Reichsabschied v. 1576, §. 56; Reichs-Münzordn. v. 1559, §. 11. — Scheidemünze sind die aus Billon (eine Mischung, worin mehr Zusatz als Silber ist) geprägten Stücke (ganze und halbe Silbergroschen und die seit 1843 geprägten $^1/_{12}$ Thalerstücke), und die Kupfermünze. Ges. v. 30. Sept. 1821, §§. 7 u. 11, und V. v. 28. Juni 1843 (G. S. S. 255).

35) Verordn. vom 1. Juni 1807 (Mathis, Bd. IV, S. 488, Abth. 1); Edict vom 7. Septbr. 1814, §. 6 (G. S. S. 87); V. v. 1. März 1815, §. 7 (G. S. S. 19); C. D. v. 21. Decbr. 1824, §§. VI, VII (G. S. S. 239); Ges. v. 19. Mai 1851, §. 6 (G. S. S. 335).

36) A. L. R. I, 11, §§. 781, 782. Ges. v. 30. Septbr. 1821, §. 1.

37) Pr. des Obertrib. 1156, vom 28. Mai 1842.

38) C. D. v. 25. October 1825 (G. S. S. 227). Pr. des Obertrib. 470, vom 15. Mai 1838, u. oben §. 132, Bd. I, S. 264.

1) Declaration vom 27. Septbr. 1808, §. 2 (Mathis, Bd. VII, S. 18). Ueber diese Frage sind die Meinungen der Schriftsteller verschieden. Dieselben sind nach ihren Stellungen zu derselben geordnet in v. Savigny, Obligationenrecht, I, S. 477 ff. v. Savigny selbst erklärt sich für den Courswerth. S. 443.

2) Von diesem Falle ist die Bestimmung des A. L. R. I, 11, §. 792 zu verstehen.

kommt im übrigen Rechtsverkehr nichts an[2a]), die Verschiedenheit des Handelspreises von dem gesetzlichen Werthe muß in der Verringerung der Münze, seit der Entstehung der Obligation, ihren Grund haben. Dieses läßt sich auf zweierlei Weise denken: einmal so, daß die Münze von Anfang unter ihrem gesetzlichen Werthe ausgeprägt, aber zur Zeit der Eingehung der Geldobligation allgemein noch für voll angenommen worden und erst später auf ihren wahren Werth im Verkehre herabgesunken ist; dann so, daß dieselbe Münzsorte später geringer ausgeprägt worden ist (Münzänderung)[2b]). Der letztere Fall ist unzweifelhaft: der Gläubiger ist nicht schuldig, die schlechte Münzsorte in Zahlung zu nehmen, so lange noch gute Münzen im Umlaufe sind; fehlt es daran, so muß die in alter Währung bestimmte Summe auf neue Währung zurückgeführt werden. Im ersteren Falle hingegen muß er dieselbe Münzsorte als Zahlungsmittel annehmen[3]), doch müssen ihm so viele Stücke mehr gegeben werden, als erforderlich sind, um nach der dermaligen Geltung der Münzsorte die zu zahlende Summe Geldes darzustellen[4]). Diese Geldsumme bestimmt sich nach der Zeit der Entstehung der Geldobligation[5]). Bloße Anwendungen davon sind es, wenn 1) bei solchen Obligationen, welche nicht von Anfang auf eine Geldschuld lauten, und wenn ein Schade ersetzt werden soll, auf den Tag des Richterspruchs gesehen wird[6]), weil dadurch die

---

2a) (3. A.) Es ist also gleichgiltig in Beziehung auf die Geldleistungen aus bestehenden Schuldverhältnissen, wenn das Verhältnis des Geldes zu anderen Sachen sich ändert, d. h. wenn die Preise anderer Sachen steigen oder fallen, mit anderen Worten: wenn die Sachen theurer oder wohlfeiler werden.

2b) (3. A.) Dieser Fall wird eintreten, wenn nach dem Wiener Münzvertrage vom 24. Januar 1857 und dem Münzgesetz vom 4. Mai 1857 die currenten Münzen, unter Beibehaltung ihrer jetzigen Benennung (Thaler-, Eindrittel-, Einsechstel- und Einzwölftel-Stücke) nach dem 30 Thalerfuße (30 Thlr. aus dem Zollpfunde feinen Silbers) geprägt werden. Denn der Thaler nach dem 30 Thalerfuß ist gegen den Thaler nach dem 14 Thalerfuß (14 Thlr. aus der kölnischen Mark fein) um $0{,}_{00223286}$, oder etwa $0{,}_{22}$ Procent, geringhaltiger. Beiderlei Münzen werden nothwendigerweise lange nebeneinander umlaufen, aber der Unterschied zwischen beiden ist so unbedeutend, daß er auf den gemeinen Verkehr keinen Einfluß haben kann.

3) Nur dieses, nicht aber der Preis ist im §. 790 daf. bestimmt. Ist streitig.

4) A. L.R. I, 16, §. 82; I, 11, §§. 778 ff. — Recht der Forderungen, §. 7, Bd. I, S. 58 ff. — Mathis, VII, S. 28, 30, 42. — Declaration v. 27. Septbr. 1808 (Mathis, VII, S. 18). — Ed. v. 13. Decbr. 1811, §. 6 und Declaration dieses §., vom 20. Februar 1812 (G.S. S. 9). A. M. Bornemann, III, S. 167 (2. A.).

5) A. L.R. I, 16, §. 74. — Ed. v. 29. März 1764, §. 10, Nr. 14. — G.D. v. 25. Octbr. 1825 (G.S. S. 227). — Hymmen, VI, S. 67 ff. — Mathis, VII, S. 24 ff. — Pufendorf, Obs. IV, obs. 205. — J. G. Fr. Boehmer, de solutione debiti pecuniarii mutata nummorum bonitate intrinseca ex tempore natae obligationis aestimanda. Francof. 1762.

6) A. L.R. I, 16, §. 75. — Edict vom 29. März 1764, §. 10, Nr. 14.

Geldschuld entsteht; 2) bei Forderungen aus letzten oder sonst einseitigen Willenserklärungen, im Zweifel, auf die Zeit der Abfassung Rücksicht genommen wird[7]); 3) bei dem Wiederkaufe, mag die künftige Wiederkaufssumme bestimmt sein[8]) oder nicht[9]), die Zeit des Kaufcontracts in Betracht kommt[10]); 4) bei jährlichen Leistungen die Zeit der Entstehung entscheidet[11]). Tritt eine andere Münze an die Stelle der damals gangbaren Münzsorten, so wird die in den letztern zu zahlen gewesene Geldsumme auf die neue Münzsorte umgewandelt[12]). Ist zur Zeit des entstehenden Zweifels die ursprüngliche Münzsorte wegen Länge der Zeit ungewiß, oder die Verabredung dunkel, so wird die Münzsorte angenommen, in welcher die öffentlichen Abgaben zu entrichten sind[13]). Ist die Zahlung gleichförmig in einer schlechtern Münzsorte geleistet und ohne Vorbehalt angenommen worden, so findet wegen des Verlustes keine Nachforderung statt[14]), hinsichtlich des Capitals oder des Rentenrechts selbst aber entsteht daraus im zweifelhaften Falle die Vermuthung, daß dasselbe in eben dieser Münzsorte bestehe[15]); steht die Münzsorte, in welcher ursprünglich abgeschlossen worden, unzweifelhaft fest, so entsteht durch die wenn auch noch so lange fortgesetzte Leistung und Annahme der jährlichen Abgabe in einer schlechtern oder bessern Münzsorte allein keine Veränderung in dem Rechte für die Zukunft[16]). II. Die mora accipiendi hat keinen

---

7) A. L.R. I, 12, §§. 450, 451. — Edict v. 29. März 1764 a. a. O. — Hymmen, I, S. 65, Nr. 4. — L. 50, §. 3 D. de legat. I. — Kind, Qu. for., I, cap. 109.

8) A. L.R. I, 11, §. 309. — Stryck, Us. mod., XXVIII, 1, §. 54.

9) In diesem Falle gilt der jetzige Kaufpreis auch künftig. §. 296 das.

10) Räthlich ist es, die Taxe zur Zeit der Ausübung des Wiederkaufs als Preis zu verabreden.

11) c. 20 et 26 X. de cens. (III, 39). — Boehmer, Exercitat. ad Pand., Tom. II, exerc. 40, §. 32. — G. L. Böhmer, Rechtsfälle, Bd. I, Nr. 73.

12) A. L.R. II, 7, §. 483. — c. 26 X. de cens. (III, 39). Vergl. L. 71, §. 3 D. de leg. I.

13) A. L.R. II, 7, §. 482. — Vor dem A. L.R. wurde der geringere Münzfuß angenommen. c. 18 X. de cens. (III, 39). — L. 39, §. 6 D. de leg. I; L. 9, 34 D. de reg. jur.

14) A. L.R. I, 11, §§. 797, 798. Es wird Erlaß oder Vergleich angenommen Ed. vom 29. März 1764, §. 10, Nr. 17. — Vergl. Hommel, Obs. 5, Nr. 414, 222.

15) A. L.R. I, 11, §§. 799—802, 835. Vergl. L. 23 C. de usuris (IV, 32). Die gleichförmige Zahlung enthält eine Usualerklärung der Interessenten selbst.

16) Das folgt aus dem Grunde, warum eine Nachforderung für die einzelne Leistung nicht gemacht werden kann. Note 14. Wer zehnmal erlassen hat, ist deshalb nicht schuldig, auch zum elftenmale zu erlassen. A. L.R. I, 11, §§. 799, 800. Ueber verschiedene Meinungen gemeinrechtlicher Schriftsteller s. Recht der Ford. Bd. II, S. 66 ff.

Einfluß, wenn nach der angebotenen Zahlung die Münzen abschlagen, weil dadurch die Schuld selbst nicht vergrößert wird und der Schuldner sich durch Niederlegung hätte befreien können.

§. 458.

bb) Besonders bei den verschiedenen Fällen des Darlehns.

Die große Meinungsverschiedenheit bei dem Darlehnscontracte, in Beziehung auf Münzveränderungen, ist hauptsächlich daraus entstanden, daß man die verschiedenen Species des Darlehns nicht unterschieden hat. Der wahre Darlehnscontract besteht in der Gründung einer Geldschuld überhaupt, wobei auf die Münzen, welche zur Errichtung des Rechtsverhältnisses gebraucht (hingegeben) worden sind, nicht gesehen wird. Die Zahlung einer Summe Geldes durch Hingabe einer Anzahl Münzen seitens des Gläubigers ist nur die Form, durch welche die dabei getroffene Verabredung verbindliche Kraft erhält. Gleichwie durch die unter Hingabe von 1000 Thalerstücken getroffene Uebereinkunft, daß dadurch der Schuldner verbindlich werde, nach einer bestimmten Zeit und an einem gewissen Orte 900 Thlr. zurückzuzahlen, der Schuldner wirklich nur 900 Thlr. aus dem Darlehnscontracte schuldig wird, obgleich er doch 1000 empfangen hat, auf gleiche Weise kann der Schuldner umgekehrt zu einer größern Summe, als er empfangen, verbindlich gemacht werden[17]), insofern nicht positive Verbotsgesetze entgegenstehen. Also, das Gelddarlehn im allgemeinen ist ein Rechtsgeschäft, durch welches von Anfang eine Geldschuld überhaupt, ohne Rücksicht auf einzelne Münzsorten, entsteht. In dieser Gestalt hat das Geschäft große Aehnlichkeit mit der Uebergabe einer verkauften Sache, wofür der Käufer das Kaufgeld schuldig bleibt. Das Gelddarlehn kommt aber häufig auch so vor, daß auf die Münzsorte gesehen und verabredet wird, es solle künftig die Rückzahlung genau in den nemlichen Münzsorten (nicht Stücken, denn das wäre kein Darlehn mehr) geschehen. Dieses Geschäft ist eine dem (uneigentlichen) Darlehn anderer fungibler Sachen sich nähernde Species des Gelddarlehns, welche besonders berücksichtigt werden muß, wenn über den Einfluß einer Münzveränderung zu entscheiden ist. I. Bei

17) L. 122 pr. D. de verbor. obligat. (XLV, 1). (3. A.) Der Ausspruch der L. 9 C. de non. n. pec. (IV, 30): „ultro hoc quod accepit re obligari neminem posse constat“ bezieht sich auf den Fall, wo über Ort und Zeit der Rückzahlung nichts ausgemacht worden ist. Deshalb unterliegt derselbe vielen Modificationen, nach den Umständen jedes einzelnen Falles, welche sich doch alle auf den Grundsatz der L. 9 cit. zurückführen lassen, daß der Schuldner dem Werthe nach nicht mehr zurückgibt, als er empfangen hat.

dem Gelddarlehn überhaupt kommt auf die einzelnen Münzsorten nichts an: sie gelten die eine für die andere als Zahlungsmittel, und es wird bloß auf den äußern Werth oder Courspreis zur Zeit der Zahlung gesehen, wenn dem Richter nicht etwa, mit Rücksicht auf die stattgefundene Veränderung, von dem Gesetzgeber ein Preis vorgeschrieben ist[17a]). Die Geldsumme, welche zu zahlen ist, bestimmt sich nach der Zeit des Contracts, und die Anzahl der Münzstücke, durch welche dieselbe dargestellt werden soll, nach dem Handels- (oder gesetzlichen) Preise der gefallenen Münzsorte, worin gezahlt werden soll[18]). II. Ist in dem Contracte die dem Schuldner gegebene Münzsorte nicht in der Art, daß sie nur als Zahlmittel zur Errichtung einer Geldschuld überhaupt erwähnt worden ist, sondern in der Absicht genannt, daß künftig die Rückzahlung in derselben Sorte erfolgen soll, so wird sie wie eine Gattung fungibler Sachen überhaupt behandelt, bei welcher es nur auf die nemliche Beschaffenheit und Menge, nicht auch auf den Geldwerth ankommt; der Schuldner ist nicht befugt, in einer andern Sorte zu zahlen[19]), und wenn die schuldige Münzsorte, z. E. Gold, von ihm nicht zu erlangen ist, so kann der Gläubiger sein Interesse fordern, d. h. die Obligation wird nun erst in eine Geldschuld umgewandelt; oder er kann auch darauf bestehen, daß die Münzsorte, wenn sie noch im Umlaufe ist, durch einen Dritten auf Kosten des Schuldners angeschafft und die Execution auf Beitreibung der dazu erforderlichen Geldsumme gerichtet werde[20]). Hieraus folgt: 1) Ist die bestimmte Münzsorte nach ihrem Gehalte unverändert ausgeprägt worden und nur in ihrem äußern Werthe herabgewürdigt, so muß die Zahlung in derselben ohne Rücksicht auf den Preis zur Zeit der Zahlung angenommen werden[21]), wie bei uneigentlichen Darlehen; hier hat jedoch die Zögerung Einfluß auf den Inhalt der Leistung[22]). 2) Ist die Münzsorte in geringerem Gehalte ausgeprägt worden und sind noch Stücke von dem Gehalt zur Zeit der Entste-

17a) Z. E. bei der Münzreduction von 1807 und 1808 durch das Ed. vom 13. Decbr. 1811 (G.S. S. 373); und durch die Decl. vom 27. Septbr. 1808 §. 2, wonach der Richter auf eine Differenz unter 10 Procent keine Rücksicht nehmen sollte.

18) A. L.R. I, 11, §§. 787—789. — I, 16, §. 82.

19) A. L.R. I, 11, §. 783. — Ed. v. 9. Mai 1765, Nr. XV (N. C. C. Tom. III, S. 869).

20) Es ist zu verfahren, als wenn z. E. Weizen oder Pfandbriefe an den Gläubiger überliefert werden sollen. V. I, vom 4. März 1834, §. 9. Vergl. A.G.O. I, 24, §§. 55—57. Vergl. A. O. Wechselordn. Art. 37.

21) A. L.R. I, 11, §§. 790 u. 854. — Ed. v. 9. Mai 1765, Nr. XV, XXII b.

22) A. L.R. I, 11, §§. 859, 860. — L. 22 D. de reb. cred. (XII, 1.)

BIBLIOTECA CENTRALE SVIZZERA

hung der Obligation neben den schlechteren im Umlaufe[23]), so müssen Stücke von dem alten Gehalt gegeben werden; sind solche nicht mehr im Verkehr, so muß die Obligation in eine allgemeine Geldschuld umgewandelt werden, wobei auf den Handelspreis (Cours) der verschriebenen Münzsorte zur Zeit des Contracts gesehen, und die sich danach ergebende Geldsumme damaliger Zeit auf die dem Feingehalte der Münzen jener Zeit entsprechende Geldsumme der Gegenwart zurückgeführt wird[24]). 3) Soll in fremden Münzsorten gezahlt werden, welche an dem Zahlungsorte nicht zu haben sind, so wird die Schuld, nach demselben Grundsatze, d. h. nach dem Course des Zahlungsortes zur Zeit des geschlossenen Contracts, in eine gewöhnliche Geldschuld verwandelt, und diese in der vorgedachten Weise getilgt[25]). 4) Ist die Rückzahlung in Papiergelde[26]) ausbedungen, oder sollen Actien, Pfandbriefe oder andere an jeden Inhaber zahlbare Papiere zurückgegeben werden, so kommt auf ihren Courswerth zur Zahlungszeit wieder nichts an[27]), vorausgesetzt daß sie noch die alte rechtliche Geltung haben, d. h. daß die Verbindlichkeit der Anstalten, welchen die Einlösung obgelegen, nicht ganz oder auch nur theilweise durch Machtspruch aufgehoben worden ist; denn in diesem Falle sind dergleichen Papiere in der bedungenen Beschaffenheit nicht mehr vorhanden und es muß zur Umwandlung in eine gewöhnliche Geldschuld kommen, wobei, wie in den vorgedachten Fällen, der Courswerth zur Zeit des geschlossenen Contracts die Geldsumme bestimmt, welche mit den Zahlmitteln der Gegenwart, so viel davon nach ihrem Preise zur Erfüllung derselben erforderlich sind, entrichtet wird[28]). Sind dergleichen Papiere bei Contrahirung der Schuld bloß in Zahlung gegeben worden, so kommt überhaupt auf den Cours oder auf das Dasein derselben zur Zeit der Erfüllung nichts an, weil dann eine gewöhnliche Geldschuld

23) Dieses ist jetzt z. B. der Fall mit den Zwölftelthalerstücken: die seit 1843 neu geprägten sind Scheidemünze. (3. A.) Ein anderer Fall wird nach dem Wiener Münzvertrage v. J. 1857 eintreten. S. oben Anm. 2b zu §. 457.

24) A. L.R. I, 11, §§. 787, 788, 789. — L. 24, §. 1 D. de pignorat. act. (XIII, 7). Leyser, Spec. 529, m. 13 u. 21.

25) A. L.R. I, 11, §§. 785, 786. — Ed. vom 29. März 1764, §. 10, Nr. 4, 6; A. D. Wechselordn. Art. 37.

26) J. L. A. Seidensticker, Spec. doctr. de jure monetae chartaceae. Jenae 1807. — G. Hufeland, rechtliches Gutachten über die Entscheidung der durch die Herabwürdigung der Bancozettel in Tirol entstandenen Rechtsstreitigkeiten, 1807 (ohne Druckort); 2. Ausg. von A. Hufeland, Berlin 1851.

27) A. L.R. I, 11, §§. 854, 793. — Hommel, Rhapsod., obs. 514. — Hinsichtlich des Darlehns jedoch s. unten §. 613.

28) A. L.R. I, 11, §§. 794, 795. (3. A.) Dieser Fall ist z. B. vorhanden, wenn ein in vierprocentigen Staatsschuldscheinen gemachtes Darlehn nach der Convertirung in 3½ procentige zurückgezahlt werden soll.

vorhanden und nach der Regel 1 zu tilgen ist[29]). 5) Daß übrigens auf beiderlei Arten alternativ, nach der Wahl des Gläubigers oder auch des Schuldners, abgeschlossen werden kann, versteht sich ganz von selbst; in diesem Falle ist eine alternative Obligation vorhanden (§. 455).

3. Erweiterung des Gegenstandes.

a) Zinsen.

A. L.R. I, 11, §§. 803—852. — I, 16, §§. 64—71. — Donellus, Tr. de usuris, fructibus et mora; in Oper. priorib. Francof. a. M. 1589, p. 1, und in ed. Lucensi opp. Vol. VIII, p. 359 sqq., und Vol. X, p. 1377 sqq. — Noodt, de foenore et usuris libri tres. Lugd. Bat. 1698; und in *Opp. Lugd. Bat. 1724, Tom. I, p. 175 sqq.* — Jo. Henr. Berger, de usuris. *Vit. 1685, und in Diss. sel. no. IX.* — Salmasius, de usuris. Lugd. Bat. 1639. 8.

§. 459.

aa) Begriff derselben.

Zinsen (foenus, usurae) nennt man im allgemeinen das Entgelt für den Gebrauchswerth von verbrauchbaren Sachen*) nach Verhältnis der Menge und Zeit[1]), im engern Sinne versteht man darunter eine in Sachen derselben Art bestehende und nach Quoten bestimmte Vergütung des Gebrauchswerthes[2]). Die in Sachen anderer Art[2a]) bedungenen Zinsen dürfen nach ihrem Werthe das erlaubte Zinsenmaß nicht übersteigen[3]). Sie werden nach Pr. R. als eine Art Nutzungen angesehen[4]), nicht, wie nach G. R., als eine Art Früchte[5]); sie entstehen nicht von selbst aus der Sache, vielmehr nur aus einem mit derselben verbundenen besonderen Rechtsgrunde[6]), haben aber alsdann, als eine Art von Nutzungen,

---

29) A. L.R. I, 11, §. 796. — Decl. vom 4. April 1811 (G.S. S. 169). — Decl. vom 28. Dec. 1811 (G.S. 1812, S. 1). — Simon, Rechtssp., I, S. 188.

*) (3. A.) Geldsummen oder Mengen verzehrbarer Sachen.

1) A. L.R. I, 11, §§. 810, 812, 857.

2) Ebend. §§. 804, 835. Bei uneigentlichen Darlehen nennt der §. 855 die in Sachen derselben Art ausbedungene Vergütung „statt der Zinsen." Vergl. L. 23, 12, 16 et 17 C. de usuris (IV, 32); L. 11, §. 1 D. de pignor. (XX, 1).

2a) (3. A.) Auch der Gebrauch anderer Sachen, z. B. einer Wohnung, gehört dazu. L. 14 C. de usuris (IV, 32).

3) A. L.R. I, 11, §§. 812—814, 857. — L. 14, 16, 17 C. de usuris (IV, 32).

4) A. L.R. I, 7, §§. 192, 232; I, 12, §. 408; I, 21, §. 170.

5) L. 34 D. de usuris (XXII, 1). — S. oben §. 96 a. E., Bd. I, S. 219.

6) L. 121 D. de verb. sign. (L, 16), verb. mit A. L.R. I, 11, §§. 824, 109, 291.

die Natur der Acceſſionen[7]). Als ſolche ſind ſie nicht ohne eine Hauptſache (Capital, Hauptſtuhl, Hauptſtamm, sors, caput) denkbar; eine Zinſenſtipulation ohne Daſein eines Capitals würde wirkungslos ſein[8]). Iſt dieſes unſtreitig vorhanden, ſo wird die Entſtehung der Nebenverbindlichkeit aus einer, mehrere Jahre („longo tempore") wiederholten, Zinſenzahlung, gegen die Erben des Zahlers, nach R. R. vermuthet[9]). Daraus iſt das aus dem G. R.[9a]) in das A. L.R. übergegangene Dogma entſtanden, daß, wenn eine gewiſſe Summe zehn Jahre hindurch als Zinſen eines ſchuldigen Capitals bezahlt worden, die Vermuthung entſtehe, daß der Zahlende das Capital ſelbſt als ein Darlehen ſchuldig ſei[10]), wenngleich kein Schuldſchein vorgezeigt werden kann[11]); und daß, wenn ſolche Zahlung durch dreißig Jahre geleiſtet worden, das Capital ſelbſt, vermöge eines durch Verjährung erworbenen Rechts, gefordert werden kann[12]). Die Zahlung muß jedoch in jedem Jahre beſonders geleiſtet ſein; Vorauszahlungen oder Nachzahlungen für mehrere Jahre zuſammen zählen nicht als ſo viel Zahlungen, wie Jahre zuſammengefaßt ſind[13]). Iſt die Summe des Capitals in den Quittungen nicht angegeben und auch nicht auszumitteln, ſo wird ſie durch Annahme des landüblichen Zinsfußes gefunden[14]); iſt die gezahlte Zinſenſumme nicht alle Jahre gleich geweſen und liegt der Unterſchied nicht in einem Erlaſſe, ſo iſt die geringſte Summe, welche in ununterbrochener Reihe durch die erforderliche Anzahl von Jahren gezahlt worden iſt, maßgebend, weil die mindere Zahlung die Verjährung der höhern unterbricht.

---

7) S. oben §. 96, Bd. I, S. 218. — L. 40 D. de reb. cred. (XII, 1); L. 18 D. qui potiores in pignore (XX, 4).

8) L. 26, §. 2 D. de condict. indebiti (XII, 6).

9) L. 6 pr. D. de usuris (XXII, 1). Vergl. L. 7 C. eod. (IV, 32).

9a) (3. A.) Man hat nemlich in der L. 6 eine Verjährung gefunden und aus dem „longum tempus" den Satz von einer zehn-, reſp. zwanzigjährigen Verjährung bei dieſem Schuldverhältnis abgeleitet. Dagegen vergl. m. L. 69 pr. D. de jure dotium (XXIII, 3).

10) A. L.R. I, 11, §. 837, nach Brunnemann, Commentar. ad L. 28 C. de pactis, no. 9.

11) A. L.R. a. a. O. §. 838. — Leyser, Spec. 243, m. 8.

12) A. L.R. a. a. O. §. 839. — Ueber die Geſchichte dieſes Satzes ſ. Recht der Ford. §. 9, Bd. I, S. 91 ff. und die neuere ausführliche Abhandlung von Keller, in Sell's Jahrbüchern, Bd. III, S. 171 ff.

13) Sonſt würde durch eine einmalige Zahlung möglicherweiſe die Vermuthung begründet und beziehlich die Verjährung angefangen und zugleich vollendet werden können. Vergl. Godofred. ad L. 6 de usuris, n. 21 et 25.

14) A. L.R. I, 11, §. 840. Man vermuthet das mindeſte; je höher der Zinsfuß, je milder für den Schuldner bei Findung des Capitals.

bb) Entstehung der Zinsenverbindlichkeit.

J. H. Boehmer, de fundamento usurarum pecuniae mutuaticiae. Halae 1728; und in Exercitationes ad Pand. Tom IV, p. 87 sqq. — Franc. Alef, de genuinis fundamentis usurarum. Heidelb. 1758. — Weber, über die rechtlichen Gründe der Verbindlichkeit, Zinsen zu bezahlen; in den Versuchen über das Civilrecht, Nr. 3.

§. 460.

α) Gesetzliche Zinsen (usurae legales).

Der Grund der Zinsenobligation ist entweder eine Rechtsregel, oder eine Willenserklärung [1]). Diese beiden Hauptarten der Zinsen umfassen alle Fälle. 1. Die gesetzlichen Zinsen beruhen auf dem Grundsatze: daß demjenigen, welchem ein anderer die Benutzung einer Summe rechtsverletzend entzogen hat, dafür Ersatz zu leisten ist, welcher in den gewöhnlichen Zinsen besteht, außer welchen der Gläubiger keinen weitern Schadenersatz fordern kann [2]). Dagegen war reichsgesetzlich gestattet, statt der landüblichen Zögerungszinsen das ganze Interesse zu fordern, welchen Rechtssatz das A. L.R. mit einer Modelung, die ihn fast unpraktisch macht, aufgenommen hat, indem der Gläubiger nur alsdann, wenn, bei vorhandenen hinlänglichen Zahlungsmitteln, aus Vorsatz oder grobem Versehen keine Zahlung geleistet worden ist, statt der Zögerungszinsen oder der Conventionalstrafe, zwar nicht, wie es nach der allgemeinen Regel sein müßte, das ganze Interesse, sondern Ersatz des aus diesem Verzuge ihm erwachsenen wirklichen Schadens soll verlangen können [2a]). Dahin gehört: 1) der Fall der mora solvendi, wo der Ersatz des Interesses, wenn er nur in den gewöhnlichen Zinsen besteht, Verzugszinsen oder Zögerungszinsen heißt [3]). Dergleichen Zinsen sind auch die Pro-

1) „Usurae vel ex obligatione (Willenserklärung) vel ex officio judicis (Rechtsregel) proficiscuntur." L. 49, §. 1 D. de act. emt. (XIX, 1). — L. 54 pr. D. locati (XIX, 2); L. 58 pr. D. ad S. C. Trebell. (XXXVI, 1). — Fragm. Vat. §. 2. — M. vergl. auch L. 24 D. depositi (XVI, 3).

2) A. L.R. I, 11, §. 833. — L. 60 pr. D. pro socio (XVII, 2).

2a) A. L.R. a. a. O. §. 834. — R.D.A. von 1600, §. 139. Vergl. L. 2, §. ult. D. de eo q. c. l. (XIII, 4); L. 3 D. de in lit. jur. (XII, 3). — Meinung des Reichsk.G. nach einem Schr. aus Speier v. 1655, bei v. Meiern, Gedanken, S. 133, und Hugo, civil. Mag., II, S. 193. Dadurch, daß das L.R. dem Gläubiger den Beweis über den Geldvorrath des Schuldners aufbürdet, wird die verbesserte Satzung unbrauchbar. Vergl. unten III, 1, S. 25.

3) A. L.R. I, 11, §§. 827—829; I, 12, §§. 294, 328—331; I, 16, §§. 61—69, 71; I, 17, §§. 48, 49. — L. 32, §. 2; L. 34, 37 D. de usuris (XXII, 1); L. 60 pr. D. pro socio (XVII, 2); L. 24 D. depositi (XVI, 3); Gajus II, §. 280; Paulus III, 8, §. 4.

ceß-[3a]) sowie die sogenannten Judicatszinsen (usurae rei judicatae)[4]), d. h. solche Verzugszinsen[4a]), welche nicht mit eingeklagt worden sind und auf welche auch der Richter nicht erkannt hat. Diese können vom Ablaufe der in dem Urtel bestimmten Frist[5]), oder, wenn das Urtel keine Frist gibt, mithin sogleich erfüllt werden muß, vom Tage des ergangenen Urtels an gefordert und eingeklagt werden, so lange noch nicht über das erstrittene Capital selbst ohne Vorbehalt quittirt ist[6]). 2) Eine Anzahl Fälle, wo nicht die Mora der Grund des Interessenersatzes ist. a) Der Käufer muß von der vertragsmäßig geleisteten Uebergabe der Sache an das ohne Bewilligung des Verkäufers rückständig gebliebene Kaufgeld verzinsen[7]), weil er sonst dem Verkäufer wider dessen Willen den Gebrauch der Sache und der Geldsumme zugleich entzieht; an solcher Widerwilligkeit des Verkäufers fehlt es aber, wenn Zahlungstermine, ohne Zinsen vorzubedingen, verabredet worden sind[7a]), oder wenn auf den Fall der Nichterfüllung einer gewissen Zusage dem Käufer das Recht vorbehalten ist, das Restkaufgeld bis zur vollständigen Genügeleistung zurückzuhalten[7b]). Umgekehrt muß aus gleichen Gründen auch dem Käufer das bezahlte Kaufgeld verzinset werden, wenn die Uebergabe verzögert, oder wenn der Kauf aufgehoben, oder wenn ihm die übergebene Sache entwährt wird[8]). Diese Ver-

---

3a) L. 2 C. de usur. et fruct. leg. (VI, 47).

4) Zoller, de usuris rei judicatae. Lips. 1777. — Tit. C. de usuris rei judicatae (VII, 54).

4a) Zuerkannte Conventionalzinsen verlieren ihre rechtliche Natur nicht, weil das Urtel nicht novirt, sie verjähren also auch in der 4j. Frist. Vergl. Pr. 2199, v. 1. März 1850 (Entsch. XX, 120).

5) Ueber dieses legitimum tempus und dessen Geschichte s. Recht der Ford. §. 10. Die Vorschrift der alten Gesetze, eine solche Frist zu bestimmen, ist in die A.G.O. I, 24, §. 2; I, 28, §. 7; I, 13, §. 36 nicht übergegangen; die Praxis ist aber davon noch nicht ganz entwöhnt. An die Stelle dieses legitimum tempus ist im heutigen Recht die Kündigungsfrist getreten, weshalb es eigenmächtige Willkür des Richters ist, in seinem Urtel dem Verurtheilten, ohne einen besondern Rechtsgrund, eine nochmalige Frist zu geben. Der J.M. hat dies auch in einem Erlaß vom 13. Juni 1834 (Jahrb. Bd. XLIII, S. 485) gemisbilligt.

6) A. L.R. I, 11, §. 845. — A.G.O. I, 14, §§. 7 u. 9; I, 24, §. 2; I, 35, §. 33. S. unten Note 29 u. 30. Pr. (Pl.Beschl.) des Obertrib. 1605, v. 12. Sept. 1845 (Entsch. Bd. XI, S. 3). Besondere Anwendungen davon sind: A. L.R. I, 11, §. 821; I, 7, §. 231; I, 16, §. 66; I, 11, §. 1079; Gesetz v. 7. Juli 1833, §. 3 (G.S. S. 79).

7) A. L.R. I, 11, §§. 109, 227, 291, 292. — Papinian. in Fragm. Vat. §. 2. — Vergl. L. 13, §. 20 D. de act. emti (XIX, 1); L. 18, §. 1 D. de usuris (XXII, 1); L. 2 C. eod. (IV, 32); L. 5 C. de act. emti (IV, 49). — Weber, Versuche über das Civilrecht. Schwerin 1801, S. 255, und Allgemeine Lit.Zeit. 1839, Sp. 206.

7a) Pr. 1742, vom 9. April 1846. (Entsch. Bd. XIII, S. 178).

7b) Pr. 62, vom J. 1833.

8) A. L.R. I, 5, §. 164; I, 11, §§. 110, 116, 233—236, 254—256,

pflichtung zur Verzinsung des Kaufpreises beruht durchaus nicht auf Mora[9]). Deshalb fällt dieselbe nicht weg, wenn der Kauf wegen Ungiltigkeit wieder zurückgeht, selbst wenn der Inhaber der Sache für einen unredlichen Besitzer erklärt wird[10]), oder wenn der Käufer wegen bevorstehender Evictionsansprüche, oder wegen angelegten Arrestes, oder weil der Verkäufer die Annahme des Kaufgeldes an dem bestimmten Zahltage versäumt oder aus einem unerheblichen Grunde verweigert, die Zahlung zurückzuhalten berechtigt ist; will er sich befreien, so muß er deponiren[11]). Von derselben Art sind auch die Zinsen, welche Kaufleute unter einander von dem jedesmaligen Saldo, und von Nichtkaufleuten von dem unbezahlten Kaufgelde für ausgenommene Waaren fordern können; nur tritt bei letzteren, wegen des Gebrauchs, daß man bei dem Verkaufe auf Borg das Interusurium auf ein Jahr aufzuschlagen pflegt, eine Modification ein[12]). b) Dem Bevollmächtigten und dem Geschäftsführer mit und ohne Auftrag müssen die für den Geschäftsherrn zur Erfüllung von Verbindlichkeiten gemachten baaren Vorschüsse verzinset werden, wenn auch keine Einforderung oder Benachrichtigung vorausgegangen, mithin kein Verzug eingetreten ist[13]). c) Der Verwalter fremder Gelder muß Zinsen zahlen,

---

260, 297, 157, 163. — L. 29, §. 2 D. de aedil. ed. (XXI, 1); L. 27, §. 1; L. 40, §. 1 D. de minor. (IV, 4).

9) Fragm. Vat. §. 2: „Usurae venditori post traditam possessionem arbitrio judicis praestantur .....: in neutro mora considerabitur.“ — L. 13, §. 20 D. de act. emti (XIX, 1): „.... nam cum re emtor fruatur, aequissimum est eum usuras pretii pendere.“ — L. 5 C. eod. (IV, 49): „— — licet nulla mora intercesserit ....“ — Das A. L.R. I, 11, §. 227 nennt zwar die Zinsen Zögerungszinsen, doch wird damit nicht der wahre Rechtsgrund bezeichnet. Das Obertrib. rechnet den Fall zu den „gewissen Geschäften“, bei welchen in Folge besonderer gesetzlicher Bestimmungen Zinsen zu entrichten sind. Pr. 1258, vom 21. Januar 1843. Vergl. unten zu Note 22. (3. A.) Diese Zinsen sind solche, „quas perceptorum fructuum ratio generavit.“ L. 5 C. de act. emti (IV, 49).

10) Schles. Archiv, Bd. V, S. 381; Recht der Forder., Bd. III, §. 322, Nr. II, 3.

11) A. L.R. I, 11, §§. 111, 222, 228. — Weber, Versuche, III, §. 7. — Pr. des Obertrib. 1029, vom 20. August 1841. — Vergl. L. 18, §. 1 D. de usur. (XXII, 1).

12) S. oben §. 415, Nr. I, Bd. I, S. 716. Die Quelle des A. L.R. II, 8. §§. 684—689 ist ein altes Edict vom 21. Nov. 1712, wodurch zuerst das Schwankende zwischen den verschiedenen Meinungen beseitigt wurde. S. diese im Recht der Ford. §. 10, Bd. I, S. 104. Den Krämern in Dörfern, Hausirern, Trödlern und Victualienhändlern räumt man das Recht, nach Ablauf eines Jahres Verzinsung zu fordern, nicht ein, man fordert dazu den Nachweis der Einmahnung oder des Tages, bis zu welchem Credit gegeben worden. A. L.R. II, 8, §. 486. Pr. des Obertrib. 225, vom 22. April 1837. Dies paßt nicht mehr.

13) A. L.R. I, 13, §. 72; I, 17, §. 225; II, 18, §. 261. — L. 12, §. 9 D. mandati (XVII, 1); L. 19, §. 4 D. de negotiis gestis (III, 5). Die

wenn er Gelder, welche er hätte zinsbar austhun sollen und können, müßig liegen läßt, weil er dadurch rechtsverletzend dem andern den Gebrauchswerth entzieht[14]). d) Wer vorsätzlich oder gegen ein Verbotsgesetz fremdes Geld in seinen Nutzen nimmt, z. B. einem andern die Zahlung einer Geldsumme widerrechtlich, d. h. ohne einen rechtlich begründeten Anspruch auf die Zahlung zu haben, abnöthigt, sollte er sich auch in Ansehung seines Rechts auf die Forderung in einem Irrthume befunden haben, muß, wegen der Rechtsverletzung, vom Tage der Hinnahme an, die höchsten erlaubten Zinsen zahlen[15]). e) Wer sich mit dem Moratorium schützt, übernimmt dadurch eine regelmäßige Verzinsung der dem Gläubiger vorenthaltenen Summe[16]). — Das dem Fiscus zugestandene Privilegium, ohne Versprechen, ohne Mahnung und ohne Zahlungstag zu Zinsen befugt zu sein[17]), ist in neuerer Zeit aufgehoben[18]). II. Die Regel hat drei Ausnahmen. 1) Bei Schenkungen finden nur Judicatzinsen statt; die Erben des Geschenkgebers aber müssen gewöhnliche Verzugszinsen zahlen, und wenn ein verzinsliches Capital geschenkt worden ist, muß auch der Geschenkgeber selbst die nach eingetretenem Verzuge noch erhobenen Zinsen herausgeben[19]). 2) Bei Schulden des Fiscus. Das römische Privilegium, welches den Fiscus von allen Zögerungszinsen freispricht[20]), galt auch im alten Preuß. Recht[21]). Die neueste Gesetzgebung hat solches wesentlich abgeändert. Man hat die vorhin bezeichneten zwei Arten

in §§. 70, 71 u. 73, Tit. 13 gedachten Zinsen sind eigentliche Zögerungszinsen und gehören nicht hierher.

14) A. L.R. I, 14, §. 140; I, 17, §. 224; II, 18, §. 878. — L. 17, §. 7; L. 38, §. 1 D. de usur. (XXII, 1); L. 19, §. 4; L. 31, §. 3; L. 37, §. 1 D. de neg. gest. (III, 5); L. 7, §§. 3, 11, 12; L. 10, 15, 58, §. 1 D. de administrat. tutor. (XXVI, 7); L. 24 C. de usuris (IV, 32).

15) A. L.R. I, 16, §. 194; I, 14, §. 87; I, 17, §. 224; II, 18, §. 486; I, 7, §. 232. — Simon, Rechtsspr., I, S. 19; Pr. des Obertrib. 1799 (Plenarbeschl.) vom 20. November 1846. (Entsch. Bd. XIV. S. 12.) — L. 28 i. f. D. depositi (XVI, 3); L. 10, §. 3 D. mandati (XVII, 1); L. 1, §. 1 D. de usuris (XXII, 1); L. 1 C. eod. (IV, 32); L. 7, §§. 4, 10, 12 D. de administrat. tut. (XXVI, 7). — Der Fall des §. 195, Tit. 16, Th. I gehört zu den eigentlichen Zögerungszinsen. Plenarbeschl. des Obertrib. vom 24. August 1840 (Min.Bl. S. 366 u. Entsch. V, 283).

16) A.G.O. I, 47, §. 38; Concursordnung v. 8. Mai 1855, §. 427.

17) Cab.Ord. v. 28. Oct. 1799 (N. C. C. Tom. X, S. 2687; Rabe, V, S. 629). — L. 43 D. de usuris (XXII, 1).

18) Gesetz v. 7. Juli 1833, §. 1 (G.S. S. 79).

19) A. L.R. I, 11, §§. 1079—1081. — L. 22 D. de donat. (XXXIX, 5); L. 16 pr. D. de usuris (XXII, 1). Die Meinungen der gemeinrechtlichen Juristen waren verschieden. S. darüber Recht der Forder. §. 10, Nr. III, Bd. I, S. 111 f. — Kind, Qu. for., Tom. II, cap. 55, p. 298.

20) L. 17, §. 5 D. de usuris (XXII, 1).

21) Brand. Landtagsreceß vom 26. Juli 1653, §. 27. — C.O. v. 28. Oct. 1799 (Note 17). Anh. zum A. L.R. §. 26.

von gesetzlichen Zinsen, nemlich die eigentlichen Zögerungszinsen von den andern gesetzlichen Zinsen, zu unterscheiden. In Ansehung der letzteren, sowie der vorbedungenen Zinsen, ist der Fiscus nunmehr den allgemeinen Rechtsregeln unterworfen; hinsichtlich der eigentlichen Zögerungszinsen ist er in Friedenszeiten gleichfalls den Privatpersonen völlig gleichgestellt; dagegen ist er während der Dauer eines Krieges von den vorher noch nicht festgestellten oder während des Krieges fällig werdenden Forderungen nur Judicatzinsen schuldig[22]). 3) Bei Strafen an den Fiscus[23]). III. Von den gesetzlichen Zinsen überhaupt, also auch von den dazu gehörigen eigentlichen Zögerungszinsen, gelten folgende Grundsätze: 1) *Sie sind nicht wirkliche Zinsen, sondern das nach dem Maße der üblichen Zinsen, welche im ganzen Lande, ohne Rücksicht auf eine in Provinzialrechten erlaubte höhere Quote, zu fünf Procent angenommen werden*[24]), geschätzte Interesse, woher es kommt, daß nicht die von Zinsen, sondern die vom Schadenersatze geltenden Regeln zur Anwendung kommen. Daraus folgt: a) daß, wenn geringere Zinsen vorbedungen sind, vom Tage des Verzugs landübliche Zinsen gefordert werden können[24a]), wenn aber erlaubte höhere Zinsen versprochen sind, es dabei verbleibt[25]). Ein wirklicher Schade von höherem Betrage kann zwar, doch nur im Falle des Vorsatzes oder eines groben Versehens[26]), oder wenn der Betrag vorher vertragsmäßig festgesetzt worden ist, in diesem Falle jedoch nicht über sechs Procent[27]), gefordert werden. b) Daß die Zögerungszinsen und das höhere Interesse nicht zugleich gefordert werden

22) Gesetz vom 7. Juli 1833 (G.S. S. 79); Gesetz vom 7. März 1845 (G.S. S. 158). — Zinsen für durch Execution der fiscalischen Behörden abgenöthigte Summen, welche er zurückzahlen muß, fallen unter die gesetzlichen Zinsen. S. unten §. 740 a. E.

23) Gesetz vom 7. Juli 1833, §. 1. — Landtagsreceß vom 26. Juli 1653, §. 27. — L. 1 C. de fiscal. usur. (X, 8); L. 9 D. de mag. conven. (XXVII, 8).

24) V. v. 2. Juni 1827 (G.S. S. 76); C.O. vom 10. Mai 1828 (v. K., Annal., Bd. XII, S. 316); C.O. v. 3. Februar 1833 (G.S. S. 15).

24a) A. L.R. I, 11, §. 831. Diese verjähren dann nicht in der für die Conventionalzinsen vorgeschriebenen Zeit. Pr. 616, vom 11. März 1839 (Plenarbeschl.) und Pr. 1731, vom 9. April 1846 (Pl.Beschl.). (Entsch. IV, 280 u. XII, 17.) — Vergl. L. 32, §. 2 D. de usuris (XXII, 1); L. 17, §. 4; L. 34 D. ib.; L. 13 C. eod. (IV, 32); L. 24 D. dep. (XVI, 3); L. 2 C. eod. (IV, 34).

25) V. v. 2. Juni 1827, §. 3 (G.S. S. 76). — Gesetz vom 15. Februar 1809 (Klein, Annal., XXVI, S. 260; Rabe, Bd. X, S. 39).

26) A. L.R. I, 11, §§. 834, 835; I, 6, §§. 7, 10—14. S. oben Nr. I u. Note 2a.

27) A. L.R. I, 11, §. 825. Im Falle des Dolus und groben Versehens kann auch hier der höhere Schade gefordert werden. §. 834 a. a. O.

dürfen[28]). 2) Sie haben eine durchaus accessorische Natur und müssen deshalb mit der Hauptschuld zugleich eingefordert, können also nicht allein und ohne das Capital verlangt, und wenn sie mit Stillschweigen übergangen sind, oder wenn die Hauptschuld, mag diese vorher ausgeklagt worden sein oder nicht, ohne Vorbehalt quittirt worden ist[28a]), auch nicht mit einer neuen Klage nachgefordert werden[29]). Sind in der Klage keine gesetzlichen Zinsen (Schadenersatz) gefordert und der Richter hat auch keine ex officio zugesprochen, oder sind sie zwar gefordert, aber der Richter hat sie übergangen, so gelten sie für aberkannt und es kann deshalb nur das zulässige Rechtsmittel, aber keine neue Klage angebracht werden[30]). Sind gesetzliche Zinsen ausdrücklich oder stillschweigend aberkannt, so kann der Gläubiger noch Judicatzinsen fordern[31]). Ist die Zahlung der Hauptschuld angenommen und ohne Vorbehalt quittirt, so findet die Nachforderung nicht zuerkannter gesetzlicher Zinsen in keinem Falle statt, mag ein Proceß gewesen sein oder nicht[32]); sind aber dergleichen Zinsen zugesprochen, so hindert die Quittung ohne Vorbehalt über den Hauptstuhl oder die Rückgabe des Schuldscheins nicht, die noch rückständigen Zinsen nachzufordern, weil sie in diesem Falle als ein gleichartiger Theil der Forderung aus dem rechtskräftigen Urtel, dem noch nicht völlig Genüge geleistet worden, anzusehen sind[33]).

§. 461.

β) Vertragsmäßige Zinsen (usurae conventionales).

I. Das Zinsenversprechen erfordert die schriftliche Form, ein mündlicher Vertrag gibt kein Klagrecht[1]). Die testamentarisch ver-

---

28) Ebend. §. 833. — Leyser, Spec. 250, cor. 3. Vgl. oben Note 2a, u. L. 2, §. 8 D. de eo quod certo loco (XIII, 4).

28a) Pr. des Obertrib. 1336, v. 9. Sept. 1843 (Entsch. Bd. IX, S. 225).

29) A. L.R. I, 11, §. 845. — Entscheid. des Obertrib. Bd. IV, S. 291. — Plenarbeschl. v. 12. Septbr. 1845 (J.M.Bl. S. 206 u. Entscheid. Bd. XI, S. 3). — Vergl. L. 13 C. de usuris (IV, 32); L. 4 C. depos. (IV, 34); L. 54 pr. D. locati (XIX, 2); L. 49, §. 1 D. de act. emti (XIX, 1).

30) A. L.R. I, 11, §. 848. Vergl. den Plenarbeschl. v. 12. Sept. 1845. Nur vorbedungene Zinsen können mit einer neuen Klage nachgefordert werden, weil sie einen selbständigen Grund haben. §. 847 a. a. O.

31) A. L.R. I, 11, §. 845. S. oben Nr. I, 1 u. die Noten 5 u. 6. — War bestritten. Brunnemann ad L. 1 C. de usuris, nr. 3. — Leyser, Spec. 244, m. 7.

32) A. L.R. I, 11, §. 845. Pr. 1336 (Note 28a). — L. 49, §. 1 D. de act. emti (XIX, 1).

33) A. L.R. I, 11, §. 844. Vergl. dasselbe Pr. 1336. Ist aber doch inconsequent, da das Urtel nicht novirt. Vergl. oben Note 4a.

1) A. L.R. I, 5, §. 136; I, 11, §§. 729, 824. (3. A.) Auch nach R. R.

schriebenen Zinsen (usurae testamentariae) sind eine Art vertragsmäßiger, weil die Annahme der Erbschaft unter den testamentarischen Bedingungen einen Vertrag enthält[2]). In dem Falle, wo aus der fortgesetzten Zinsenzahlung die einstmalige Begründung der Hauptschuld vermuthet, oder die Verjährung derselben als vollendet angesehen wird, ist in gleicher Weise auch die Zinsenobligation als rechtsgiltig bestehend anzunehmen. Ist in dem Zinsenversprechen nicht der Zinsfuß ausgedrückt, so nimmt man landübliche Zinsen an[3]). II. Es macht hinsichtlich der Wirkungen keinen Unterschied, ob das Zinsenversprechen bei der Begründung des Hauptschuldverhältnisses gegeben, oder erst später hinzugefügt wird: in beiden Fällen ist eine für sich bestehende Klage statthaft, so lange noch nicht ohne Vorbehalt über das Capital quittirt worden ist[4]); durch die Quittirung des Capitals ohne Vorbehalt aber erlischt die ganze Zinsenobligation auch hinsichtlich etwaiger Rückstände, diese werden für bezahlt oder erlassen erachtet[5]), mag über die Zahlung des Capitals und der Zinsen ein Erkenntnis ergangen sein oder nicht[6]).

§. 462.

cc) Aufhebung der Zinsenverbindlichkeit.

I. Die zu bestimmten Zeiten wiederkehrenden einzelnen Leistungen werden getilgt: 1) durch Zahlung, welche in der Münzsorte des Capitals geleistet werden muß[1]), wenn die Zinsen nicht in andern Sachen, deren Geldwerth jedoch das erlaubte Zinsenmaß

---

war die Stipulation (eine bestimmte Vertragsform) erforderlich. L. 24 pr. D. de pr. verb. (XIX, 5); L. 1, 3, 4 C. de usuris (IV, 32). Das nudum pactum war nullius momenti. Paul. sent. rec. II, 14, 1. Nach dem jetzt geltenden gem. R. genügt formlose Einigung.

2) §. 5 J. de oblig. quae quasi ex contractu (III, 27 [28]). — L. 3, §. 6 D. de ann. leg. (XXXIII, 1).

3) A. L.R. I, 11, §. 841. — L. 10, §. 3 D. mandati (XVII, 1); L. 37 D. de usuris (XXII, 1); L. 39, §. 1 D. de leg. I.

4) A. L.R. I, 11, §. 847. War gemeinrechtliche Praxis. Stryck, Us. mod. XXII, 1, §. 8; Carpzov, Jurispr. for., P. II, const. 20, def. 12 u. 47 u. a.

5) A. L.R. I, 11, §. 843. — War streitig. Berger, Consil., nr. 635. (3. A.) Auch unter den landrechtlichen Juristen war darüber Meinungsverschiedenheit, welche durch den Plenarbeschl. des Obertrib. v. 4. December 1854 (Entsch. Bd. XXIX, S. 13) gehoben worden ist.

6) Der §. 844 macht ausdrücklich nur hinsichtlich der Verzugszinsen einen Unterschied zwischen zuerkannten und nichtzuerkannten, und zwar im Gegensatze („dagegen") zum §. 843, der bei den vorbedungenen Zinsen nicht solche Unterscheidung macht. Vergl. die Note 6 zu dem folg. §. 462.

1) A. L.R. I, 11, §§. 835, 836. — Behmer, Nov. jus controvers., II, obs. 110. Lauhn, de usuris, eadem in bonitate cum sorte solvendis. Jenae 1763.

nicht überschreiten darf, ausbedungen sind[2]). Sind die Zahlungszeiten nicht verabredet, so werden jährliche Termine verstanden, und wenn das Capital gezahlt wird, so müssen die Zinsen allemal mit entrichtet werden[3]). Eine Quittung ohne Vorbehalt über einen Zinsentermin begründet die rechtliche Vermuthung, daß bis dahin alle frühern Termine berichtigt worden sind[4]), gleichviel ob der ohne Vorbehalt quittirte Termin durch Zahlung oder sonst wie getilgt worden ist[5]). Der Beweis der bloßen Zahlung, oder der Vermerk der Zahlung in den Hausschriften des Gläubigers, ohne Ertheilung einer solchen Quittung, begründet die Vermuthung nicht. 2) Durch Erlaß. Ein stillschweigender Erlaß der nicht bezahlten Zinsen wird angenommen, wenn über das Capital selbst ohne Vorbehalt quittirt worden ist[6]). 3) Durch Verjährung. Jeder einzelne rückständig verbleibende Zinsentermin, nicht aber etwa auch das Interesse, welches unter dem Namen von gesetzlichen und Zögerungszinsen zu erstatten ist, verjährt binnen vier Jahren, vom Verfalltage an gerechnet[7]). II. Die ganze Zinsenobligation oder die Verbindlichkeit für die Zukunft erlischt: 1) durch

---

2) A. L.R. I, 11, §§. 803, 855, 857. — L. 16, 17 C. de usuris (IV, 32). — Leyser, Spec. 243, m. 3, 4.

3) A. L.R. I, 11, §§. 822, 823. Bei Rückzahlungen zuerst die bis dahin laufenden Zinsen vom Ganzen.

4) A. L.R. I, 11, §. 842. — Leyser, Spec. 530, m. 16.

5) A. L.R. I, 16, §. 134. — Leyser, l. c. m. 13.

6) A. L.R. I, 11, §§. 843, 847. Durch eine solche Quittung wird das ganze Rechtsverhältnis aufgehoben, mag der Gläubiger alles, was ihm daraus zugestanden haben würde, vollständig erhalten haben oder nicht: es wird „für bezahlt oder erlassen erachtet." Eine dem Wortverstande wie den zum Grunde liegenden Rechtsansichten widersprechende Auslegung von dieser sehr klaren Bestimmung macht das Tribunal in seiner Bd. IV, Nr. 34, S. 336 der Entsch. mitgetheilten Entscheidung, wonach durch diesen Rechtssatz eine bloße Vermuthung begründet sein soll. (3. A.) Durch den Pl.Beschl. v. 4. December 1854 (Entsch. Bd. XXIX, S. 13) ist das Obertrib. von dieser Auffassung gewissermaßen abgegangen, indem es festgestellt hat, daß keineswegs schon der Nachweis, daß weder gezahlt noch erlassen worden sei, die „Vermuthung" umstoße, daß vielmehr ein ausdrücklicher Vorbehalt bei der Quittungsleistung erforderlich sei.

7) Gesetz vom 31. März 1838, §. 2, Ziff. 5 (G.S. S. 250). A. L.R. I, 9, §. 545. Früher erst in zehn Jahren. I, 11, §. 849. — Ueber den ehemaligen Streit: ob auch Zögerungszinsen in dieser kurzen Frist verjähren, s. Recht der Ford. §. 12, Nr. I, 3, Bd. I, S. 127 f., und Plenarbeschl. des Obertrib. vom 11. März 1839 (Entsch. Bd. IV, S. 280). Der Plenarbeschl. des Obertrib. vom 9. April 1846 (Pr. 1731, Entsch. Bd. XII, S. 17) bezieht jedoch die Ausschließung der Verjährung nicht auf den Grund der Forderung, sondern unjuristisch auf den Betrag, indem nur die durch den Verzug begründeten Mehrzinsen dieser Verjährung nicht unterworfen sein sollen. Betragen also die vorbedungenen Zinsen ebensoviel wie die üblichen, so kann der Gläubiger aus dem Grunde der Mora keine Schadloshaltung fordern. Darin ist keine Jurisprudenz. — Hinsichtlich der Zinsen von Staatsschuldscheinen war die vierjährige Verjährung schon durch V. v. 17. Januar 1820, §. XVII (G.S. S. 15) vorgeschrieben.

Tilgung der Hauptschuld[8]); 2) durch Verjährung des Hauptrechts, womit auch die Forderung der allerletzten Termine wegfällt, weil das ganze Rechtsverhältnis erloschen ist[9]); 3) durch dreißigjährigen Nichtgebrauch[10]). 4) Eine besondere Aufhebungsart für die Verbindlichkeit, Zögerungszinsen zu zahlen, ist die Beseitigung des Verzugs (purgatio morae), welche in allen Fällen den ferneren Lauf dieser Zinsen hemmt[11]), und bei unbedingten Fristbewilligungen auch für die Vergangenheit den Anspruch aufhebt[12]). — Das Anwachsen der nach und nach bezahlten Zinsen hat auf die Dauer der Verbindlichkeit gar keinen Einfluß[13]).

§. 463.

dd) Beschränkungen.

J. H. Boehmer, Jus eccles. Protestantium, Lib. V, Tit. 19. — Dessen Diss. de fundamento usurarum pecuniae mutuaticiae. Halae 1728, und in den Exercit. ad Pand. Tom. IV, p. 87 sqq. — (J. Bentham) Vertheidigung des Wuchers. Aus dem Englischen übersetzt von J. Aug. Eberhard. Halle 1788. — Joh. Arnh. Günther, Versuch einer vollständigen Untersuchung über Wucher und Wuchergesetze, und über die Mittel, dem Wucher ohne Strafgesetze Einhalt zu thun, in politischer, justizmäßiger und mercantilischer Rücksicht. I. Th. Wucher in zinsbaren Geldanleihen. Hamb. 1790, und in Büsch und Ebeling's Handlungsbibliothek, Bd. III, S. 161 fg. Dazu: Hugo, über Wucher und Wuchergesetze. Einige Beiträge zu Herrn Lic. Günther's Schrift über diesen Gegenstand. Im civil. Magazin, Bd. II, S. 133 f. — v. Sonnenfels, über Wucher und Wuchergesetze, eine Vorstellung mit Anmerkungen. Wien 1789. — Derf. über die Aufgabe: was ist Wucher, und welches sind die besten Mittel, demselben ohne Strafgesetze Einhalt zu thun? Wien 1789. — Derf. zu Herrn Hofrath v. Kees' Abhandlung über die Aufhebung der Wuchergesetze. Wien 1791. — Die Günther'sche und die von Sonnenfels'schen Schriften sind bei Abfassung des A. L.R. berücksichtigt worden. Klein, Bemerkungen über das Gesetz wegen der Zinsen, vom 15. Februar 1809. (Annal. Bd. XXVI, S. 234 fg.) — In neuester Zeit (1856, 1857) ist die Frage über die Aufhebung der Wuchergesetze sehr lebhaft behandelt worden. Die geltend gemachten Gründe für und wider sind die alten.

I. Die in ganz alten Zeiten, wo nur der Geldarme Geld aufborgte und sich harten Bedingungen unterwerfen mußte, entstande-

8) A. L.R. Einleitung, §. 108. — L. 18 D. de novat. (XLVI, 2); L. 7; L. 1 D. de usuris (XXII, 1); L. 19 C. eod. (IV, 32).

9) A. L.R. I, 9, §§. 568, 569. — L. 26 pr. C. eodem.

10) A. L.R. I, 9, §. 509. Die frühere Meinung (§. 12, Nr. II, 3 des Rechts der Ford.), daß der bloße Nichtgebrauch nicht hinreiche, sondern eine qualificirte Verjährung erforderlich sei, habe ich als unhaltbar aufgegeben.

11) L. 23 D. de recept. (IV, 8). — L. 31 pr. D. de novat. (XLVI, 2).

12) A. L.R. I, 16, §. 70. — L. 29 D. de verbor. oblig. (XLV, 1).

13) A. L.R. I, 11, §. 852. — Ueber das ältere Recht s. Recht der Ford. §. 12, Nr. II, 6.

nen staatspolizeilichen Verbote gegen zu hohe Geldmiethe sind unter vielerlei Veränderungen bis auf unsere Zeit gekommen, und werden als ein vermeintliches Palladium gegen Bedrückung der Schützlinge seitens der Geldverleiher bewahrt, obgleich die Voraussetzungen schon lange weggefallen und im Gegentheil heutzutage die meisten Geldmiether begüterte Handels- und Gewerbsleute sind, die fremdes Geld gegen Miethe zu Hilfe nehmen, um ihre Betriebsmittel zu verstärken, und die ihren Vortheil so gut verstehen und so gut wahrzunehmen im Stande sind, daß ihnen jene Verbote niemals etwas nützen, wohl aber zu Zeiten hinderlich werden; während die geringere Zahl der Geldmiether von der alten Art nicht nur ebenfalls thatsächlich keinen Schutz in den Verbotsgesetzen hat, sondern in Folge derselben durch die versteckten Wucherkünste noch weit schlimmer mitgenommen wird, als es durch eine offene, der freien Uebereinkunft überlassene Bedingung der Zinsen nur irgend geschehen könnte. Wie in den verschiedenen Ländern überhaupt, so war auch in den jetzigen Landestheilen der preußischen Monarchie, in der Zeit ihrer Selbständigkeit, das höchste Maß der erlaubten Zinsen sehr verschieden[1]); und die allgemeine Gesetzgebung hat hierin gleichfalls nur subsidiarische Geltung. II. Der gewöhnliche Zinsfuß[1a]) beträgt fünf Procent jährlich und soll in allen Provinzen, auch wo höhere Zinsen zu nehmen erlaubt ist, für landüblich gelten[2]); in der Regel darf er nicht überschritten werden[3]). Ausnahmen sind: 1) Wenn nach dem Provinzialrechte höhere Zinsen erlaubt sind[4]). Dieses ist der Fall: a) in Ost-[5]) und Westpreußen[6]), mit Ausnahme derjenigen Landestheile, welche vormals zu Westpreußen, nachher zum Großherzogthum Warschau gehört haben und nach der Wiedererwerbung zur Provinz Posen geschlagen worden sind, wie namentlich der Netzdistrict[7]); b) in der Stadt

1) S. hierüber und über das Geschichtliche überhaupt: Recht der Ford. §. 13, welches, bezüglich auf die Provinzen, vollständig ausgeschrieben, sich ohne Angabe der Quelle auch in der 2. Ausgabe der Ergänz. Bd. I, S. 672 wiederfindet.

1a) (3. A.) Zinsfuß heißt das Verhältnis der Zinsen zum Capital, welches bei uns in Hundertheiten (Procenten) angegeben wird.

2) S. oben §. 460, Note 24.

3) A. L.R. I, 11, §§. 804 fg. — II, 20, §. 1271; Einf.Ges. z. Str.G.B. v. 14. April 1851, Art. XI.

4) Publ.Pat. z. A. L.R. §. III; Einleit. §§. 1 und 2.

5) Ostpreuß. Provinzialrecht, Zus. 22.

6) Westpreuß. Regierungs-Instruction vom 21. Septbr. 1773, §. 13, IV, Nr. 1 lit. b (N. C. C. v. 1773, Col. 2197). Der Lauenburg-Bütow'sche Kreis hat dasselbe Recht. — Westpreuß. Provinzialrecht zu §. 804 d. T.

7) Entscheid. des Obertrib. Bd. III, S. 124.

Danzig und deren altem Gebiete[8]); c) in Schlesien[9]). 2) Wenn Ausländer, welche nach dem Rechte ihrer Heimat höhere Zinsen giltig versprechen können, davon Gebrauch gemacht haben, obgleich die Gesetze des Orts, wo das Rechtsgeschäft geschlossen worden, höhere Zinsen nicht gestatten[10]). Stellt ein späteres Gesetz den Zinsfuß niedriger, so gilt solches auch für die schon bestehenden Verbindlichkeiten[11]), weil alles, was aus polizeilichen und strafrechtlichen Gründen verboten wird, von dem Augenblicke des Verbotes an nicht mehr geduldet ist. Was seitdem über die gesetzlichen Zinsen hinaus gegeben worden, kann ebenso, als wenn es von Ursprung gesetzwidrig stipulirt worden wäre, noch binnen sechs Jahren nach völlig abgetragener Schuld zurückgefordert werden[11a]). 3) Wenn einem Kaufmanne, der mit Waaren im großen handelt, gegen

---

8) Willkür, Th. II, Cap. 2, Artt. 2 u. 15. An deren Stelle ist durch das Ges. v. 16. Februar 1857 das Westpr. Provinzialrecht von 1844 in Danzig eingeführt. (G.S. 1857, S. 87.)

9) Fürstentagsschluß von 1546 (Vater, Repert., I, 33; Stengel, XII, S. 351); Kaiserl. Mandat vom 26. März 1582 (v. Weingarten, Fasciculi diversorum jurium etc., II, p. 398; Suarez, Sammlung alter und neuer Schles. Prov.Gesetze, Bd. I, S. 20); Pragmat. Sanct. vom 26. Novbr. 1704 (Brachvogel, Edict.Samml., I, S. 328; Suarez a. a. O. S. 101); Ed. vom 1. Aug. 1765, §. 6 (Samml. schles. Ed. VIII, S. 117).

10) Entscheid. der Ges.Commiss. vom 1. Juli 1794 (Klein, Annal., XIV, S. 386; Stengel, I, S. 381; Rabe, II, S. 666). Danach kann z. E. ein Schlesier 6 Procent in Berlin giltig verschreiben. Der Richter des Schuldners hat die anderwärts geltenden Polizeigesetze (Wuchergesetze) bei sich nicht anzuwenden. Vergl. oben §. 36, IV, Bd. I, S. 126.

11) Publ.Pat. v. 9. Septbr. 1814, §. 13 (G.S. S. 92); v. 9. Novbr. 1816, §. 17 (G.S. S. 221 u. 229); vom 15. Novbr. 1816, §. 13 (G.S. S. 237). Pat. vom 21. Juni 1825, §. 20 (G.S. S. 157). Ein Min.Resc. vom 4. Novbr. 1818 (Jahrb. Bd. XII, S. 258) erklärt es zwar für unbedenklich, daß bei dem Zinsfuße auf die zur Zeit des Versprechens giltigen Gesetze zu sehen; die Bestimmung ist aber zu deutlich. Die Stelle lautet in allen Publ.Patt. übereinstimmend so: „In Absicht der Höhe der erlaubten Zinsen treten nach dem [Tage der Einführung des A. L.R.] die Bestimmungen des A. L.R. ꝛc. dergestalt ein, daß, wenn in einem frühern Vertrage höhere Zinsen verabredet worden, als die preußischen Gesetze gestatten, von dem Tage der Wirksamkeit der letztern der Schuldner nur zur Zahlung der erlaubten niedrigeren Zinsen verpflichtet." Das gedachte Rescript beseitigt den Wortsinn dieser Bestimmung damit, daß unter den „preußischen Gesetzen" keine anderen sollen verstanden werden können, als die zur Zeit des geschlossenen Vertrages gegolten haben. Wie aber die Gesetze, welche vor der Einführung des Preuß. Rechts in einem Lande gegolten haben, „preußische Gesetze" sollen genannt werden können, bedarf noch der Erklärung. Für die Provinz Posen (das R. ist an das Oberappellationsgericht in Posen gerichtet) läßt es sich noch so verstehen, daß die schon früher einmal eingeführt gewesenen preuß. Gesetze gemeint seien; aber für diejenigen Landestheile, wo vorher noch niemals Preuß. Recht gegolten hat, wie z. E. in Sachsen und Westfalen (Arnsberg), ist diese Erklärungsart ganz unzulässig. — Das Obertrib. hat in einem, im J. 1837 vor dasselbe gekommenen, Falle diese Auslegung überhaupt verworfen. Entscheid. Bd. III, S. 129.

11a) Präjudiz des Obertrib. vom 9. März 1847, Nr. 1849 (Entscheid. Bd. XIV, S. 456. — S. unten Note 36).

bloße Handschrift oder Wechsel, ohne besondere Sicherheitsbestellung, auf nicht länger als sechs Monate, ein Darlehn gemacht wird, so können die Zinsen ganz nach Willkür verabredet werden, wenngleich der Darlehnsgeber kein Kaufmann ist. Nach Verlauf dieser Zeit, oder wenn der Schuldner in Concurs kommt, tritt der gesetzmäßige Zinsfuß ein[12]). 4) Kaufleute können sich bei Darlehen und in kaufmännischen Geschäften sechs Procent verschreiben lassen; auf Hypotheken[13]) und überhaupt in allen nicht rein kaufmännischen Geschäften sind ihnen nur die allgemein erlaubten Procente gestattet[14]). 5) Fremde Juden dürfen unter derselben Voraussetzung acht Procent nehmen; einheimische müssen sich nach dem gemeinen Landrechte richten[15]). 6) Oeffentliche Pfandleiher dürfen nehmen: a) von Darlehen auf länger als ein Jahr sechs Procent; b) von kleinen Summen bis 10 Thlr., wenn sie nur auf sechs Monate oder kürzere Zeit gegeben werden, einen Pfennig, und in den folgenden sechs Monaten einen halben Pfennig vom Thaler, auf die Woche[16]). Oeffentliche städtische Pfandleihanstalten können acht Procent nehmen, und wenn damit, nach den örtlichen Verhältnissen, zu den Betriebskosten nicht auszulangen, dürfen die Ministerien der Justiz und des Innern zwölf und ein halbes Procent bewilligen[17]). 7) Vormünder, welche Gelder ihrer Pflegebefohlenen in ihren Nutzen nehmen, müssen davon acht Procent zahlen[18]). 8) Conventionalstrafen und Zinsen zusammen dürfen bis auf sechs Procent, und wenn der Gläubiger ein Kaufmann, oder ein Jude ohne Staatsbürgerrecht ist, bis auf acht Procent genommen wer-

12) A. L.R. II, 8, §§. 692—694. Hergenommen aus der, auf Vorstellung der Königsberger Kaufmannschaft „aus Allerhöchster Vergünstigung" erlassenen Declaration vom 28. Februar 1782, wobei die Kaufmannschaft ermahnt wird, „von denen ihr dadurch aus landesväterlicher Milde angebotenen Vortheilen keinen unrechten Gebrauch zu machen," nemlich „solche mit theurem Gelde aufgeborgte Capitalien nicht leichtsinniger Weise zu verschwenden." Stengel, Bd. XII, S. 63—74. Hoffentlich werden die Kaufleute doch artige Mündel sein und dem Vertrauen entsprechen.

13) Diese Beschränkung tritt nicht ein, wenn einem Kaufmann für ein Darlehn Hypothekenposten verpfändet oder unter dem Beding der Rückcession cedirt werden. Pr. 277, vom 3. Juni 1837.

14) A. L.R. I, 11, §§. 805, 808; II, 8, §. 691. — Erk. des Obertrib. v. 26. Januar 1815 (Simon, Rechtsspr., I, S. 21). — Pr. des Obertrib. 396, vom 8. November 1837. — Vergl. L. 26, §. 1 C. de usur. (IV, 32).

15) A. L.R. I, 11, §§. 805, 806, 808. — Erkl. vom 20. April 1813 (G.S. S. 77). — Verf.Urkunde vom 31. Januar 1850, Art. 12.

16) Regl. v. 13. März 1787, §§. 90—96 (N. C. C. Tom. VIII, S. 781; Rabe, Samml., Bd. I, Abth. 7, S. 560).

17) C.O. vom 28. Juni 1826, Nr. 7 (G.S. S. 82).

18) A. L.R. II, 18, §. 486. — L. 5, 4, 7, §. 8 D. de administrat. tut. (XXVI, 7).

den[19]). 9) Bei antichretischen Pfandverträgen darf der reine Ertrag die erlaubten Zinsen um ein Drittel übersteigen[20]). — Die Vorausbezahlung der Zinsen ist nur auf ein Jahr unter der Voraussetzung zulässig, daß die Zinsen unter dem erlaubten höchsten Zinssatze sind und der Vortheil, welcher dem Gläubiger aus der Vorausbezahlung entsteht, nicht mehr beträgt als der Unterschied zwischen den versprochenen und den erlaubten höchsten Zinsen; das Mehr muß an dem Capitale in Abzug kommen[21]). Der Abzug der Zinsen enthält das Abkommen, daß das Capital nicht vor Ablauf der Zeit, auf welche der Abzug geschehen, zurückgefordert werden soll[22]). III. Zinsen von Zinsen zu nehmen (anatocismus) ist nach Justin. R. schlechterdings verboten[23]), nach Pr. R. ist es nur in der Regel nicht[24]), doch aber ausnahmsweise in folgenden Fällen gestattet: 1) Zinsenrückstände, welche zusammengerechnet einen zweijährigen, nur fällig gewordene Termine enthaltenden Betrag ausmachen, oder wenn die Rückstände nicht so viel betragen, wenigstens seit zwei Jahren fällig sein müssen, dürfen mittelst einer gerichtlichen Abschließung capitalisirt und verzinslich gemacht werden[25]). 2) Von dem Zinsenrückstande, zu dessen Zahlung jemand kraft eines executorischen Titels schuldig ist, dürfen Judicatszinsen gefordert werden[26]), gleichviel ob der executorische Titel (Urtel,

19) A. L.R. I, 11, §§. 825, 826. Die Bestimmungen bezüglich auf die Juden passen nicht mehr. S. Note 15.

20) A. L.R. I, 20, §. 231. Ist der Ertrag hauptsächlich vom Zufall abhängig, so fällt die Beschränkung weg. §. 232 a. a. O.

21) A. L.R. I, 11, §§. 815—817; II, 20, §. 1279. — L. 26, §. 1 C. de usuris (IV, 32). Die Meinungen hierüber waren getheilt. Recht der Ford. §. 14, Bd. I, S. 163.

22) L. 57 pr. D. de pactis (II, 14); L. 2, §. 6 D. de doli except. (XLIV, 4). Auf so lange die Miethe bezahlt genommen ist, muß auch der Gebrauch gestattet werden.

23) L. 27 D. de re jud. (XLII, 1); L. 26 D. de cond. ind. (XII, 6); L. 20 C. ex quibus caus. infamia (II, 12); L. 29 C. de usuris (IV, 32); L. 2, §. 5 D. de administ. rerum ad civit. (L, 8). — Das Nähere und die Literatur s. Recht der Ford. §. 16.

24) A. L.R. I, 11, §. 818. — Suarez, Schlußvortr., Jahrb. Bd. XLI, S. 23.

25) A. L.R. a. a. O. §§. 819, 820. Die Auslegung des §. 819 ist streitig. S. Simon, Zeitschr., Bd. I, S. 1 u. fg. und das daselbst S. 2 mitgetheilte R. vom 2. Novbr. 1811, auch das R. vom 27. August 1814 (Jahrb. Bd. III, S. 263) u. a. Die Absicht ist aber die, daß nicht jeder fällige Zinstermin, auch nicht jeder Jahresbetrag, sobald er fällig ist, soll können zum Capital geschlagen werden, sondern daß darüber wenigstens zwei Jahre hingehen sollen, also daß, wenn nur aus den letzten zwei Jahren Zinsen rückständig verblieben, nur ein wenigstens zweijähriger bereits ganz fälliger Betrag zur Capitalisirung geschickt ist; wenn aber der Rückstand schon länger fällig ist, auf die Summe nichts ankommt.

26) A. L.R. I, 11, §. 821. Auch hierbei ist die Auslegung streitig, wegen der Ausdrücke „verurtheilt" und „Urtel", weshalb man den Rechtssatz nicht auf Zinsenzahlungs-Mandate anwendbar finden wollte. R. v. 1. März 1822 (Jahrb.

Mandat, Agnitionsresolution, Vergleich) nur den Zinsenrückstand allein, oder Capital und Zinsen zugleich zum Gegenstande hat, weil dieses nichts juristisches ist, folglich die Rechtsregel nicht modificiren kann. Doch bezieht sich der Rechtssatz überhaupt nur auf vorbedungene Zinsen, nicht auf gesetzliche[27]). Der Gläubiger kann die bis zum Tage der Rechtskraft des Erkenntnisses rückständigen Conventionalzinsen berechnen und die Summe, gleich einem andern Capitale, auf Grund des Urtels, im Hypothekenbuche eintragen lassen, ohne Unterschied, ob die Zinsen allein oder mit dem Capitale zugleich ausgeklagt worden sind, oder ob das Capital bereits eingetragen ist oder nicht[28]). Es versteht sich, daß die Eintragung nur hinter allen bis dahin bereits eingetragenen Forderungen erfolgen kann. In formeller Hinsicht soll eben das Verfahren beobachtet werden, welches bei einer Theilcession vorgeschrieben worden ist, und außerdem soll, zur Vermeidung jedes Irrthums, noch in der Colonne „Cessiones" bei der Hauptpost bemerkt werden, daß die Zinsen bis zu dem und dem Tage auf den Grund des §. 821, Tit. 11, Th. I des A. L. R. capitalisirt und unter der Nr... als ein neues Capital eingetragen worden[29]). Die Nichtbeachtung dieser unwesentlichen Umständlichkeit ist ganz unschädlich. — Außer diesen beiden Fällen können noch 3) Zögerungszinsen unter Kaufleuten gefordert werden, wenn sie sich unter einander, wegen wechselseitiger Forderungen an Capital und Zinsen, berechnen und in dem, dem einen gebührenden, Ueberschusse Interessen

---

Bd. XIX, S. 164) und Präjud. des Trib. vom 17. Octbr. 1832 (Simon, Rechtsspr., III, S. 155). Doch haben sich seitdem, in Folge des neuen Proceßgesetzes vom 1. Juni 1833, die Ansichten wohl geändert, da hiernach alle im Bagatell- und Mandatsproceße ergehenden bedingten Mandate ein richterliches Urtel vorstellen.

27) Ist gleichfalls bestritten, ergibt sich aber sowohl aus den im §. 821 gebrauchten Ausdrücken „Zinsenrückstand", als aus dem sachlichen Grunde, daß Zögerungszinsen Schadenersatz für den entzogenen Gebrauch des Capitals sind. (Ist auch angenommen von dem Obertrib., nach dem Präj. 738, v. 28. Septbr. 1839 [Entscheid. V, S. 345]), und daß das Judicat nach Pr. Rechte nicht novirt. Denn wäre die res judicata eine neue für sich bestehende causa, so würde das Capital mit den bis dahin entstandenen Zögerungszinsen zusammengenommen den Inhalt dieser neuen Obligation als eine unzertrennliche Summe bilden und die Zögerungszinsen würden wesentlich ein Bestandtheil der Obligation sein, woraus folgen müßte, daß von der ganzen Summe derselben die Judicatszinsen gefordert werden könnten. Damit ist aber die Frage: ob von zuerkannten Verzugszinsen nicht wieder Zögerungszinsen gefordert werden können? noch nicht entschieden. Die Zögerungszinsen sind nach den Grundsätzen über Schadenersatz zu beurtheilen. Anm. 43 zu §. 821 d. T.

28) V. I. vom 4. März 1834, §. 22. Vergl. ein R. vom 9. Januar 1809 (Grävell, Cred.Gef. I, S. 327).

29) Minist.Verf. v. 30. Decbr. 1835 (Jahrb. Bd. XLVI, S. 573).

mitbegriffen sind[30]). — Auf Grundzinsen bezieht sich das Verbot des Anatocismus nicht[31]). Auch sind davon eine Anzahl Fälle, in welchen Zinsen sich als Hauptstuhl darstellen, aber gleichwohl nicht unter den Begriff des Anatocismus fallen, wohl zu unterscheiden. Dieser hat das Merkmal, daß der Gläubiger die nemliche Summe, welche ihm sein Schuldner als fällig gewordene Zinsen schuldig war, aus demselben Grunde zu fordern behält und wieder verzinset erhalten soll. Deshalb gehört nicht dahin: der Fall der Novation, wobei Capital und Zinsen bis dahin zusammengerechnet werden, denn die alte Obligation wird gänzlich getilgt[32]); die Fälle, wo derjenige, welcher die Summe, wovon er Zinsen zahlen soll, dem Gläubiger *nicht als Zinsen schuldig ist*, z. E. wenn jemand Zinsen für einen andern einhebt und das Geld in seinen Nutzen nimmt[33]), oder wenn jemand vorschußweise für einen andern Zinsen zahlt und seine Auslagen mit Zinsen einfordert[34]), oder wenn fällige Zinsen einem andern zur Einziehung und zum Gebrauche für sich als Darlehn angewiesen werden; ferner der Fall, wenn der Gläubiger das ihm auf Zinsen gezahlte Geld dem Schuldner sogleich wieder als Darlehn hingibt, sowie, wenn er ihm ein neues Darlehn macht und davon Zinsen von dem alten gezahlt erhält; und der Fall, wo ungiltig gezahlte Zinsen zurückgefordert worden. IV. Was über die erlaubten Zinsen gezahlt worden ist, kann der Schuldner entweder in der Art, daß er solches nach und nach[35]), sowie er es gezahlt hat, auf das Capital anrechnet, compensiren, oder wenn er dieses unterlassen, noch binnen sechs Jahren nach völliger Abtragung der Schuld, *ob turpem vel injustam causam condiciren*[36]). Zinsen, welche

30) A. L.R. II, 8, §. 697. S. oben §. 415, Bd. I, S. 716.

31) A. L.R. II, 7, §. 481. Alle Geldabgaben der „Unterthanen" sind Nutscherzins. S. oben §. 359 a. E.

32) Dieser Fall ist streitig. Glück, Commentar, Bd. XXI, S. 119 ff.

33) L. 10, §. 3 D. mandati (XVII, 1). — L. 5, §. 7; L. 7, §§. 11, 12; L. 9, §. 3; L. 13; L. 58, §§. 1, 4 D. de administrat. tutor. (XXVI, 7).

34) Nach der Parömie: „Schuldenzahlen macht Hauptstuhl." Cramer, Obs. jur. un., Tom. III, obs. 873. — Hert, de paroemiis juris germanici, L. I, par. 57. — Vergl. L. 37 D. de usuris (XXII, 1); L. 12, §. 9 D. de administr. tutor. (XXVI, 7). — Der §. 72, Tit. 13, Th. I A. L.R., welcher von Capitalszahlungen spricht, hat hier bloß die Bestimmung des Tages des geleisteten Vorschusses als Anfangstermin der Zinsen zum Gegenstande; bei andern Vorschußleistungen muß Mahnung eintreten.

35) Die Art der Abrechnung ist streitig. Einige wollen die ganze Summe erst am Ende zusammenrechnen und auf einmal abziehen; andere das Zuvielgezahlte jedesmal sogleich. S. Recht der Forder. §. 16. Die zweite, dem Schuldner günstigere Art ist die richtige und auch von dem Obertrib. angenommen. Entscheid. Bd. III, S. 127.

36) A. L.R. II, 20, §. 1272; Einf.Pat. zum Str.G.B., vom 14. April 1851, §. XI. — Reichspol.Ordn. von 1577, Tit. 17, §. 8. Auch die Zurück-

innerhalb des erlaubten Maßes, aber ohne vorausgegangenes Versprechen gezahlt worden sind, können nicht zurückgefordert werden[37]), weil in der freiwilligen Zahlung und Annahme eine formlose Uebereinkunft über die Verzinslichkeit liegt[38]); ist aber bloß in der irrigen Voraussetzung, daß dazu eine Verbindlichkeit thatsächlich vorhanden sei, gezahlt worden, so gilt von solcher Zahlung alles, was von Zahlungen aus einer vermeintlichen Verbindlichkeit überhaupt Rechtens ist[39]).

§. 464.

ee) Interusurium.

Gottfr. Dan. Hoffmann, de jureconsulto mathematico, et in specie analista circa antichresin et interusurium. Tub. 1767. — Fratrum Beckmannorum Tr. math. jurid. de interusurio. Gott. 1784. — Schneidt, Spec. arithmeticae ad materiam de usuris, antichresi, interusurio et reditibus annuis applicatae. Wirceb. 1784. — Zimmermann, über Anatocismus und Interusurium. Frankfurt 1798. — Ed. Schrader, civilist. Abhandlungen, Nr. 2. — Seuffert, Erörterungen, Abth. I, Nr. 19. — Dann, über das Interusurium oder den gegenwärtigen baaren Werth einer erst künftig zahlbaren Summe, mit zwei Tabellen und mehreren Beispielen. Ulm 1823. — Ferd. Zachariä, über die richtige Berechnungsart des Interusurii nach Grundsätzen des Römischen Rechts. Greifswald 1831. — Kirchhoff, de commodo repraesentationis et calculo ad computationem ejus adhibendo. Stralsund. 1834.

I. Das Interusurium, commodum medii temporis s. repraesentationis, Disconto, Rabatt, sind umgekehrte Zögerungszinsen, d. h. Entschädigung, welche der Gläubiger dem Schuldner für die frühere Zahlung einer erst künftig fällig werdenden unverzinslichen Forderung gibt. Man hat drei verschiedene Berechnungsmethoden. 1) Die von Benedict Carpzov[1]). Danach wird der einfache Zinsbetrag für den zu früh gezahlten Zeitraum abgezogen. Sie gibt ein unrichtiges Resultat, findet sich jedoch bei kurzen Zeiträumen angewendet[2]) und ist die einfachste. 2) Die von Gottfried August Hoffmann[3]). Danach wird ein unbekann-

forderung war bestritten. S. Recht der Forder. §. 16 und die dort genannten Schriftsteller. S. oben Note 11a.

37) L. 26 pr. D. de cond. indebiti (XII, 6).

38) Vergl. L. 3 C. de usuris (IV, 32). — Code civil, Art. 1906.

39) Ist gleichfalls streitig. S. Recht der Ford. a. a. O. Bd. I, S. 176 fg.

1) Decis. P. III, dec. 275, und bei Philippi, de subhastst., p. 230.

2) L. 88, §. 3 D. ad leg. Falcid. (XXXV, 2).

3) Von richtiger Berechnung des Interusurii. Leipzig 1735. Zuerst in einem Anhange zu Dessen Prudentia oeconomica (von der Klugheit, hauszuhalten). Dagegen erklärte sich C. v. Clausberg in seiner demonstrativen Rechenkunst. Darauf: Gottfr. Aug. Hoffmann's Demonstrationen von richtiger Berechnung

tes Capital gesucht, welches mit Hinzurechnung seiner einfachen Zinsen auf die zu früh gezahlte Zeit dem künftig zu Zahlenden gleich kommt. Man findet das Capital, wenn man das bekannte Capital mit 100 multiplicirt und das Product mit 100 + Zinsen von 100 für den Zeitraum, auf welchen zu früh gezahlt werden soll, dividirt[4]). Das abzuziehende Interusurium findet man, wenn das bekannte Capital mit Zinsen von 100 auf die Zeit, um welche früher gezahlt werden soll, multiplicirt und das Product mit 100 + derselben Zinsen dividirt[5]). 3) Die von Leibnitz[6]), d. i. die Hoffmannsche, mit der Modification, daß nicht bloß einfache, sondern zusammengesetzte Zinsen, d. h. auch Zinsen von Zinsen berechnet werden. Für das erste Jahr beträgt das Interusurium danach $\frac{1}{21}$ des ganzen künftig fällig werdenden Capitals, und für mehrere Jahre wird es dadurch gefunden, daß der Bruch $\frac{20}{21}$ so oft mit sich selbst multiplicirt wird als Jahre sind, welche früher gezahlt werden soll: das Product ist der jetzt zahlbare Theil des künftigen Ganzen, folglich der gegenwärtige Werth des künftig fällig werdenden Capitals, weil das letztere zu seinem jetzigen Werthe sich verhält wie 21 multiplicirt mit der Zahl der früher zu zahlenden Jahre weniger eins, zu 20 ebenso oft vervielfältigt[7]). II. Welche von diesen Methoden angewendet werden soll, ist nicht vorgeschrieben. Die richtigste ist die dritte, von welcher auch in einem Falle, nemlich bei der Taxe eines Guts, welches dem Besitzer nur auf gewisse Jahre zur Benutzung gegeben ist, Anwendung gemacht wird, indem

des Interusurii, worinnen zugleich das, was von dieser Materie in dem Anhange vermeldeten Autoris seiner Prudentiae oeconomicae befindlich ist, wider die von C. v. Clausberg in dessen demonstrativer Rechenkunst gemachten Einwürfe vertheidigt wird. Abgedruckt in Polack, mathesis forensis, p. 129 sq.

4) Z. E. 100 Thlr. sollen nach sechs Jahren gezahlt werden, so ist die Formel, wenn man einen Zinsfuß zu 5 Procent annimmt, nach der gewöhnlichen Regel de tri: 100 × 100 (oder 10,000) : 100 + 30. Der Quotient ist $76^{12}/_{13}$, soviel Thaler sind also zu zahlen. (Z. A.) Bezeichnet man den zu suchenden heutigen Werth einer nach n (z. B. 6) Jahren fälligen Summe s, z. B. 100 Thlr., mit a und die jährlichen Zinsen einer gewissen Quote q (z. B. 100) mit p (z. B. 5), so ist die Formel: $a = s\left(\frac{q}{q + np}\right)$ oder: $a = 100\left(\frac{100}{100 + (6 \times 5)}\right)$.

5) Exempel: 30 × 100 : 130, macht $23^{1}/_{13}$.

6) Leibnitz, meditatio juridico-mathematica de interusurio; in actis eruditorum ad a. 1683, p. 425 seq. — Joh. Ernst Just. Müller, Einige Gedanken über des Freiherrn v. Leibnitz und Lic. Gottfr. Aug. Hoffmann verschiedene calculos interusurii; zum praktischen Nutzen des Publici entworfen, nebst den dazu berechneten drei Hilfstafeln von Christlieb Adolf Lieben. Dresden 1788. — Joh. Nikl. Müller, Auseinandersetzung eines der schwersten Fälle aus der Interusurien-Rechnung. Gött. 1785.

7) Z. E. wenn 100 Thlr. drei Jahre früher gezahlt werden sollen, so ist die jetzt zu zahlende Summe gleich: $\frac{20^2}{21^2}\,100$, oder $\frac{160000}{194481}\,100 = 82\,\frac{52558}{194481}$ Thlr.

der Capitalswerth des Nutzungsrechts durch die Revenüensumme, mit Abrechnung des Interusuriums, welches nach der Leibnitz'schen Methode berechnet werden soll[8]), bestimmt werden muß[9]). Dadurch wird sie anerkannt[10]), und es steht nichts im Wege[11]), in allen Fällen[12]) danach zu verfahren[13]), doch würde in dem Falle, wo der Schuldner berechtigt wäre, unter Abzug des Disconto früher zu zahlen, der ihm erlaubte besondere Zinsfuß zum Grunde zu legen und ein Abzug der etwaigen Kosten und Ausgaben auf Gewinnung der Nutzungen oder Zinsen davon zu machen sein[14]). Die Wuchergesetze finden auf das Interusurium keine Anwendung, es kann deshalb ein vertragsmäßig vorausbestimmtes Interusurium aus dem Grunde, daß es den gesetzlich erlaubten Zinsfuß übersteige, nicht bestritten werden[15]), weil die Verbote ein gewisses Maß übersteigender Zinsen gerade den Vortheil der Schuldner bezwecken, mithin nicht umgekehrt zur Verhinderung eines Vortheils des Schuldners dienen.

b) Schadenersatz und Interesse.

A. L.R. Th. I, Tit. 6.

C. W. Ludwig, Erläuterung der Rechtstheorie vom Schadenersatz aus unerlaubten Handlungen, vom Besitz, vom Eigenthum und von einigen Erwerbs-

8) R. v. 8. Sept. 1804 (Mathis, XI, S. 1; Rabe, Bd. VIII, S. 171). Die Berechnungen und Darlegungen sind abgedruckt bei Grävell, Creditgef., Bd. III, Anh. S. 1 fg.; u. in m. neuen Formularbuch, 4. Aufl. Breslau 1851, S. 281 ff.; 5. Aufl. Breslau 1854.

9) Anh. z. A.G.O. §. 438, zu III, 6, §. 14.

10) Auch in Sachsen ist die Leibnitz'sche Methode angenommen. Reser. v. 25. Octbr. 1724 (II. Forts. des Cod. Aug. I, 319). — Wernher, Obs., P. I, obs. 191.

11) In dem Falle des Concurses, wo ein Gläubiger seine fällige Schuld mit seiner erst künftig fällig werdenden Forderung compensiren will, war bloß verordnet, daß er wegen der Zinsen für die Zwischenzeit der Masse gerecht werden müsse, aber eine bestimmte Berechnungsart war nicht vorgeschrieben. A. L.R. I, 16, §§. 354, 355; A.G.O. I, 50, §. 159. (3. A.) Die neue Concursordnung vom 8. Mai 1855 schreibt im §. 249 die Anwendung der Hoffmann'schen Berechnungsart bei der Berichtigung noch nicht fälliger Forderungen aus der Concursmasse vor.

12) Dergleichen Fälle sind noch: wenn ein Unfähiger eine giltige Schuld zu früh bezahlt hat, A. L.R. I, 16, §. 171; oder wenn ein Debitum legirt wird und es sich darum handelt, das Interusurium dem Stempelfiscus zu versteuern; oder wenn die Parteien sich einigen, daß eine noch nicht fällige Schuld jetzt zwar bezahlt, das Interusurium aber durch den Richter bestimmt werden soll; oder wo der Schuldner berechtigt ist, gegen Abzug des Disconto früher zu zahlen und man nicht über den Betrag einig wird.

13) S. auch Schweikart, in der Jur. Wochenschr. Jahrg. 1836, S. 115.

14) L. 36, §. 5 D. de hered. pet. (V, 3); L. 46 D. de usur. (XXII, 1).

15) Ein solcher Fall kam im Jahre 1836 bei dem O.L.G. zu Breslau vor. Die Einrede wurde auf A. L.R. II, 20, §. 1288 gestützt. Die Appellationsdeputation des II. Senats fand jedoch den Einwand an sich unstatthaft. Proc.Acten Fabisch c. Kater, F. 28, pro 1836.

arten des Eigenthums, nach den Grundsätzen des Allg. Landrechts, gr. 8. Glogau, ohne Jahreszahl (zuerst erschienen bei Leonhardt in Breslau, 1815). Geschmacklos und unwissenschaftlich. — Wehrn, doctrina juris explicatrix principiorum et causarum damni habita doli mali, morae, ejusque quod interest, ratione, praestandi. Lips. 1795. — Franz Schömann, Lehre vom Schadenersatze, 2 Th. gr. 8. Gießen 1807. — Seuffert, über die Lehre vom Interesse und Schadenersatz; in seinen Erörterungen, 1. Abth. Würzburg 1820, Abth. 20. — Fr. Hänel, Versuch einer kurzen und faßlichen Darstellung der Lehre vom Schadenersatze, nach heutigem Röm. Rechte. 8. Leipz. 1823. — v. Wening-Ingenheim, die Lehre vom Schadenersatze nach Röm. Rechte. Eine civilistische Abhandlung. gr. 8. Heidelberg 1841.

§. 465.

aa) Begriff von Schaden.

Schade) heißt im eigentlichen Sinne jede Verletzung eines körperlichen Gegenstandes, in uneigentlicher Bedeutung jede Verschlechterung des Zustandes einer Sache oder einer Person.* In der Rechtssprache versteht man darunter im weitesten Sinne jede Verschlechterung einer Person an Gesundheit, Ehre und Vermögen; im engern Sinne eine Verringerung am Vermögen. Diesen letztern Begriff bezeichnet das R. R. mit dem Ausdruck „damnum," auch „damnum pecuniarum"[1]), auch wird unter damnum jede Rechtsverletzung überhaupt verstanden[2]). Neuere haben daraus einen Gattungsbegriff mit zwei Unterarten gemacht, indem sie den Schaden überhaupt in positiven Schaden (damnum emergens), wenn eine Verringerung des bereits vorhandenen Vermögens eingetreten ist, und in entgangenen Gewinn (lucrum cessans, s. lucrum interceptum) zerlegen. Dem R. R. ist diese Theorie fremd; was die beiden Unterarten umfassen sollen, heißt im R. R. „id quod interest," „interesse"[3]). In dem A. L. R. wird die Vorstellung und Ausdrucksweise der Neuern vorausgesetzt. Es gibt einen Gattungsbegriff von Schaden, worunter im allgemeinen „jede Verschlimmerung des Zustandes eines Menschen, in Ansehung seines Körpers, seiner Freiheit, oder Ehre, oder seines Vermögens ver-

*) (3. A.) Schade, nicht Schaden, ist der Ausdruck des A. L. R. I, 6, §. 1.

1) L. 151, 203 D. de reg. jur. — L. 2, 3 D. de damno infecto (XXXIX, 2). — L. 2, §. 11. D. ne quid in loco publ. (XLIII, 8). — L. 31 D. de dolo malo (IV, 3). — L. 5, §. 5 i. f. D. de his qui effud. (IX, 3).

2) L. 151 D. de reg. juris (L, 17).

3) L. 21, 22, 23, §. 4; L. 33 pr. D. ad leg. Aquil. (IX, 2); L. 13 pr. D. ratam rem hab. (XLVI, 8); L. 33 D. locati (XIX, 2); L. unica C. de sent. q. pro eo (VII, 47). Auch das verlorene bloße commodum, quod consequi poterat, nennt die L. 2, §. 11 D. ne quid in loco publ. (XLIII, 3) damnum.

ſtanden wird“[4]). Dagegen werden „Vortheile, die jemand erlangt haben würde, wenn eine gewiſſe Handlung oder Unterlaſſung nicht vorgefallen wäre, zum entgangenen Gewinn gerechnet.“ Poſitiver Schade und entgangener Gewinn zuſammen heißen „vollſtändige Genugthuung[5]).“ Wer durch eigenes Zuthun Schaden leidet, iſt ſein eigener Schuldner[6]); iſt aber ein Schade nicht durch den Beſchädigten ſelbſt verurſacht worden, ſo entſtehen die Fragen: wann oder unter welchen Vorausſetzungen iſt Erſatz zu leiſten? und was iſt zu leiſten? Auf die erſte Frage beziehen ſich die Begriffe Zufall (casus), Vorſatz (dolus) und Verſehen (culpa); die andere Frage betrifft die Schätzung des Intereſſes.

§. 466.

bb) Zufall (casus), periculum.

Wächter, im Archiv für die civil. Praxis, Bd. XV, S. 97 ff. und S. 188 ff. — Hepp, die Zurechnung auf dem Gebiete des Civilrechts, insbeſondere die Lehre von den Unglücksfällen nach den Grundſätzen des Römiſchen und Deutſchen Rechts und der neuern Legislationen dargeſtellt. 8. Tübingen 1839. Iſt weſentlich eine Kritik der Geſetzgebungen, wobei auch das A. L.R. ſeine Stelle findet und hart getadelt wird. Dazu: Recenſ. in der Allg. Literaturzeitung, 1839, S. 47—61; und eine andere in den neuen krit. Jahrbüchern für Deutſche Rechtswiſſenſchaft von Schneider, Jahrg. 1842, S. 802 ff.

I. Wie durch Anrichtung eines Schaden ein bis dahin nicht vorhanden geweſenes beſonderes Rechtsverhältnis entſteht, kommt weiterhin vor. Hier iſt die Rede von dem Einfluſſe, welchen die Beſchädigung auf ein ſchon beſtehendes beſonderes Rechtsverhältnis hat. Regel iſt: ſo lange die Erfüllung einer beſtehenden Verbindlichkeit möglich iſt, muß genau der Gegenſtand, auf den ſie ſich bezieht, geleiſtet werden. Für unmöglich gilt aber nur das für jeden (abſolut) Unmögliche; was nur beziehlich oder für das beſtimmte Individuum unmöglich iſt, kommt nicht in Betracht[1]). Iſt die Leiſtung an ſich unmöglich, ſo muß entweder die Verbindlichkeit wegfallen, oder es muß etwas anderes (das Intereſſe) geleiſtet werden. Ob der eine oder der andere Fall eintritt, hängt, wenn dar-

4) A. L.R. I, 6, §. 1. Die Definition umfaßt nicht die Standesrechte, die doch auch beeinträchtigt, alſo beſchädigt werden können.

5) Ebend. §§. 5, 7.

6) Ebend. §§. 19—21. — L. 203 D. de reg. juris (L, 17).

1) Objectiv unmöglich iſt z. B., wenn eine Species (ein individuell beſtimmtes Thier) gegeben werden ſoll, welche vor der Uebergabe untergeht; relativ unmöglich iſt, wenn jemand ein Genus (Geld) geben ſoll, was er nicht hat. L. 137, §. 4 D. de verb. obl. (XLV, 1). — A. L.R. I, 5, §. 374. — Das A. L.R. fügt hier zwei Modificationen bei, deren Vorausſetzungen wohl höchſt ſelten eintreten. §§. 375, 376.

über unter den Parteien nichts bestimmt ist[2]), von der Ursache der Unmöglichkeit ab. In dieser Hinsicht gilt die Regel: reiner Zufall (s. o. §. 140) befreiet von der Leistung[3]), mit der Modification, daß relative Unzurechnungsfähigkeit eine subsidiarische Verbindlichkeit begründet[4]). Haben die Parteien über die Folgen des Zufalls Verabredung getroffen, so daß also die subsidiarische Rechtsregel ausgeschlossen ist, so entsteht bisweilen Zweifel darüber: auf welche Arten des Zufalls (§. 140 a. E.) die Verabredung sich beziehe. Das A. L. R. gibt die Interpretationsregel: daß, wenn ein Contrahent alle Gefahr und Schäden übernommen hat, auch die ungewöhnlichen (c. insoliti) darunter zu verstehen sind[5]). Dadurch ist die Meinung angenommen worden, daß, wenn in dem Vertrage der Zufall schlechthin ohne nähere Bestimmung übernommen worden, darunter der gewöhnliche und der ungewöhnliche, nicht aber auch der allerungewöhnlichste verstanden werde[6]). Dieses findet seine Bestätigung in der weitern Bestimmung des A. L. R., daß eine im Contracte allgemein geschehene Uebernehmung aller Unglücksfälle auf die Kriegsschäden nicht ausgedehnt werden könne[7]). Ob in einem Vertrage der Zufall überhaupt oder alle Unglücksfälle übernommen worden sind, ist Sache der Auslegung[8]). II. Kommt in Ermangelung einer Vertrags-

---

2) A. L. R. I, 5, §. 261; I, 11, §. 95. — L. 1 pr., L. 10 pr. D. de periculo (XVIII, 6); L. 7, §. 15 D. de pactis (II, 14); L. 1, §. 35 D. dep. (XVI, 3); L. 39 D. mandati (XVII, 1); L. 9, §. 2, L. 13, §. 5 D. locati (XIX, 2).

3) „Casus a nullo praestatur." L. 23 D. de reg. jur.; L. 1, §. 4 D. de obl. et action. (XLIV, 7); L. 6 C. de pign. act. (IV, 24). Also kann nicht etwa der andere Theil Schadenersatz fordern. Pr. 1488, v. 27. Septbr. 1844 (Entsch. XI, S. 239). Das würde ja das grade Gegentheil sein.

4) A. L. R. I, 6, §§. 41—43. S. o. §. 140, Bd. I, S. 272.

5) A. L. R. I, 5, §. 261. — Ueber die Meinungsverschiedenheit der gemeinrechtlichen Juristen, s. Recht der Ford. §. 20, Nr. III.

6) Otto, de praestatione casuum fortuitorum, insolitorum et insolitissimorum, cap. II, §. 9. — Carpzov, Jur. for. P. II, const. 26, def. 8, und const. 37, def. 17, No. 5. — Boehmer, Exercitat. LII, c. II, §. 6 und c. III, §. 8 (Tom. III, p. 478, 487). — Wernher, Obs. P. IV, obs. 214, Nr. 82—84; P. V, obs. 98. — Leyser, Med. Vol. XI, Suppl. sp. 217, m. 15. — v. Winkler, rechtliche Abhandlung von Kriegsschäden, S. 40 flg. — Die andere Meinung ließ keine Unterscheidung zu. Vinnius, Select. jur. quaest. L. II, c. 1. — Cocceji, Jus civ. controv. XIII, 6, qu. 9. — Pufendorf, Obs. Tom. IV, obs. 78, §. 4.

7) A. L. R. I, 21, §. 594. Die Kriegsschäden werden von der angenommenen Meinung zu den allerungewöhnlichsten Unglücksfällen gezählt. S. die Schriften Note 6.

8) Beispiele sind: L. 30, §. 4 D. locati (XIX, 2). — L. 1, §. 1 D. de aestimatoria (XIX, 3). — L. 10 pr. §. 1 D. de jure dotium (XXIII, 3). Die L. 1 C. de loc. (IV, 65) legt den Verpflichteten auch das periculum vis majoris auf.

bestimmung die Rechtsregel zur Anwendung, so ist Frage: welche Bedeutung der Wegfall der zufällig unmöglichen Erfüllung habe, indem die Sache so, als wäre die Verbindlichkeit von dieser Seite erfüllt, was dann bei zweiseitigen Rechtsgeschäften die Gegenleistung nach sich zieht; oder so, als wäre das Rechtsverhältnis gar nicht dagewesen, woraus die Zurückgabe des von der andern Seite Vorausgeleisteten folgt, angesehen werden kann. Die Römische Rechtsregel ist hier: creditoris est rei periculum s. damnum [9]). Daraus folgt auf der einen Seite: casus non praestatur [10]), d. h. der Schuldner ist durch den Zufall befreit; und auf der andern Seite: daß die Gegenleistung erfolgen muß [11]). Eine Ausnahme gilt bei der Sachmiethe und bei solchen obligationes faciendi, welche ein, durch einen bestimmten Zeitraum dauerndes, Rechtsverhältnis begründen, doch beschränkt diese Ausnahme sich auch nur auf den Fall der gänzlichen Unmöglichkeit (periculum interitus); bei der bloßen Verschlechterung (p. deteriorationis) verbleibt es bei der Regel [12]); und eine zweite Ausnahme entsteht durch die Mora des Schuldners [13]). Die richtig aufgefaßte Regel ist so durchgreifend, daß sie für alle obligatorische Verhältnisse, soweit sie nicht unter die beiden Ausnahmen fallen, paßt. Aus nicht immer richtiger Anschauung der verschiedenen Rechtsverhältnisse und aus unlogischen Folgerungen sind jedoch davon sehr abweichende Principien von Neuern aufgestellt worden, worüber noch in der neuesten Zeit keine Einigung zu Stande gekommen ist, und welche wegen der widersinnigen Resultate, zu welchen sie in vielen praktischen Fällen führen, eine Menge Ausnahmen nöthig machen, wodurch die ganze Lehre sehr verworren wird. Zu den abstrahirten falschen Regeln gehört u. a. erstlich der sehr allgemein anerkannt gewesene, aber dem R. R. fremde Satz: casum sentit dominus [14]), der im Erfolge von dem römische Satze: periculum s. damnum creditoris est, ganz abweicht; und zweitens die Generalisirung des Unterschiedes,

9) L. 15 D. de jure dotium (XXIII, 3), L. 1 pr., L. 8 pr., L. 7 pr. D. de periculo (XVIII, 6). — §. 3 J. de emt. (III, 24).

10) L. 23 in fine D. de reg. juris.

11) L. 5, §. 2 D. de rescind. vend. (XVIII, 5); L. 15 D. de jure dotium (XXIII, 3); L. 6 C. de periculo (IV, 48); §. 3 J. de emt. (III, 24). Auch bei den obligationes faciendi. L. 1, §. 13 D. de extraordin. cognit. (L. 13); L. 3, §. 3, L. 5 pr. D. de condict. causa data (XII, 4).

12) L. 19, §. 6, L. 27 pr., L. 30 pr. §. 1 D. locati (XIX, 2).

13) L. 5 D. de reb. cred. (XII, 1); L. 40 pr. D. de hered. pet. (V, 3); L. 47, §. 6 D. de leg. I; L. 23 D. de verb. obl. (XLV, 1); L. 14, §. 11 D. quod metus causa (IV, 2); L. 15, §. 3 D. de rei vind. (VI, 1); L. 12, §. 3 D. depos. (XVI, 3). — L. 4 C. de peric. rei vend. (IV, 48).

14) Wie man dazu gekommen s. Recht der Ford. §. 20, Nr. II.

welchen die römischen Juristen scheinbar darin machen, daß bei der obligatio faciendi der Zufall von der Gegenleistung befreiet oder nicht, je nachdem er sich in der Person des Gläubigers oder des Schuldners zugetragen hat. Diese Lehren haben auf das A. L.R. den Einfluß gehabt, daß man weder die damals nicht so wie jetzt zur Einsicht gebrachten einfachen Grundsätze des R. R., worin man Spitzfindigkeiten sah, noch die unwahrscheinlichen Lehren der Neuern annahm, sondern etwas ganz neues verordnete, welches man „der Natur der Sache und des Geschäfts, den Principiis des R. R. und der natürlichen Billigkeit gemäß" hielt[15]). Das Pr. Recht hat demnach den Grundsatz: zufällige Unmöglichkeit vernichtet den Vertrag[16]). Die Folge davon ist, daß alles möglichst wieder in den vorigen Stand gesetzt werden muß, mithin das von dem andern Theile bereits Vorgeleistete wieder zurückzugeben oder zu vergüten ist. Dabei wird der Zurückgebende als ein redlicher Besitzer angesehen, doch kann er mit dem Schaden des andern nichts gewinnen[17]), d. h. er wird hinsichtlich des Zufalls und des Versehens, der Deteriorationen und Verwendungen, wie ein redlicher Besitzer im Verhältnis zum Eigenthümer behandelt, hat aber nicht den aus dem redlichen Besitze sonst folgenden Fruchtgenuß, zur Abforderung der Früchte fehlt aber die Klage; die cond. s. causa wegen Bereicherung geht bloß auf das Gegebene, es kann daher nur das wirklich Gegebene condictione sine causa oder auch ob causam zurückgefordert werden. Der Grundsatz kommt jedoch nur alsdann zur Anwendung, wenn die Erfüllung für immer unmöglich geworden ist; eine vorübergehende Verhinderung verschiebt bloß die Erfüllung bis zur Hebung des Hindernisses[18]). Verschlechterung hat, nach dem Principe des A. L.R., folgerecht dieselbe Wirkung wie der gänzliche Untergang, doch nur wenn es der Gläubiger will; denn der Gläubiger ist nicht schuldig, die bedungene Sache in einem verschlechterten Zustande zu übernehmen[19]), wenn er an der Verschlechterung nicht Schuld hat; der Zufall berührt ihn nicht; übernimmt er aber bewußterweise die zufällig verschlechterte Sache, so darf er seine Gegenleistung nicht mindern[19a]). III. Ausnah-

15) Suarez, amtliche Vorträge, Jahrb. Bd. XLI, S. 17.
16) A. L.R. I, 5, §§. 364, 365; I, 11, §§. 100, 373, 879; I, 21, §§. 299—308.
17) A. L.R. I, 5, §§. 365—368; I, 16, §. 14.
18) A. L.R. Einl. §. 108; I, 16, §§. 2, 3. Vergl. I, 21, §§. 299 flg.
19) A. L.R. I, 11, §§. 124, 194, 215; I, 5, §§. 364, 369, 373.
19a) Vergl. das Pr. des Str. 1488, v. 27. September 1844 (Entsch. Bd. XI, S. 239).

men von der Regel finden statt: 1) Bei dem Verkaufe in Bausch und Bogen und bei dem Verkaufe eines Inbegriffs von Sachen, hinsichtlich der Verschlechterungen[20]). 2) Bei Obligationen auf ein Thun in folgenden Fällen: a) wenn die Gegenleistung zufällig ganz unmöglich. aa) Ist die Vorleistung vollständig geschehen, dann soll nicht, nach der Regel, das Geleistete schlechthin zurückgefordert werden können, sondern nur die versprochene Sache nach dem gemeinen Werthe vergütet oder der gewöhnliche Lohn der geleisteten Handlung gegeben werden[21]); bb) ist die Vorleistung noch unvollständig, so geht es auch nicht nach der Regel, daß nemlich der Vertrag als nicht vorhanden angesehen wird, sondern hier soll contractmäßig Vergütung gefordert werden, es wäre denn, daß das Verhältnis des Geleisteten zum Nichtgeleisteten nicht ausgemittelt werden könnte, wo die Regel, d. i. Vergütung nach der Schätzung Sachverständiger, stattfindet[22]). b) Wenn nur ein Rest der Gegenleistung zufällig unmöglich ist: so soll es wieder nach dem Contracte gehen[23]). c) Bei untheilbaren Arbeiten, mit Ausnahme eines Bauwerks, gehen die Materialien dem Eigenthümer verloren und die Arbeit wird nicht bezahlt; das Werk darf auch nicht von neuem begonnen werden, wenn nicht die Materialien dem Arbeiter gehören und die bedungene Zeit noch ausreicht, oder überhaupt keine Zeit vorgeschrieben ist[24]); bei dem Baucontracte trifft der Zufall, wenn der Unternehmer ein Bau- oder Werkverständiger ist, allemal den Bauherrn[25]). d) Wenn der Zufall in der Person des einen Contrahenten liegt. Dann ist der andere für das ihm schon Geleistete nur in sofern, als er sich mit dem Schaden des Leistenden

20) A. L.R. I, 11, §§. 117, 120 u. 121.

21) A. L.R. I, 5, §. 364; I, 11, §. 882. (3. A.) Auf welche Zeit bei der Werthschätzung Rücksicht zu nehmen, ist nicht bestimmt. Nach der L. 3 D. de cond. trit. (XIII, 3) soll auf die Zeit, wo die Sache zu Grunde gegangen, gesehen werden. Hinsichtlich des gewöhnlichen Lohns muß wohl auf die Zeit, wo die Handlung hätte vergolten werden sollen, gesehen werden. Vergl. L. 4 D. eod.; L. 22 D. de rebus cred. (XII, 1); L. 59 D. de verb. obl. (XLV, 1). S. jedoch unten §. 472, II, Anm. 29.

22) A. L.R. I, 11, §§. 886, 887. (3. A.) Hier wird im zweiten Falle auf die Zeit der Leistung zu sehen sein.

23) Ebend. §§. 908, 917, 920.

24) Ebend. §§. 959, 963, 964. Das gilt auch bei dem Verlagscontracte. §. 1010.

25) Ebend. §. 967. Pr. 35, v. J. 1832. In demselben wird noch gesagt: „Die Ausführung eines Baues ist auch nicht als eine Reihe einzelner, selbständiger, in sich vollendeter Leistungen anzusehen und der Bestimmung des §. 885 l. c. zu subsumiren, vielmehr ist nur Hinstellung des vollendeten Gebäudes als die dem Bauunternehmer obliegende Leistung anzusehen (richtig), und demnach muß dieser den das unvollendete Gebäude treffenden Zufall tragen. (Der Schluß ist nicht durchaus richtig.)

bereichern würde, Vergütung schuldig[26]), und wenn nur die Art der Erfüllung unmöglich geworden, steht es bei dem andern, eine andere Erfüllungsart zu wählen[27]). 3) Wenn der Gläubiger mit der Annahme im Verzuge ist[28]); denn nur die mora accipiendi kann nach Pr. R. Einfluß äußern, weil die Gefahr, die nach R. R. durch die mora solvendi auf den Schuldner übergeht, schon nach der Regel dem Schuldner obliegt. Die mora solvendi verpflichtet in den Fällen, wo nicht schon nach der Regel casum sentit dominus, den Schuldner der Zufall trifft, nur in sofern zum Ersatze des zufälligen Schaden, als derselbe bei dem Gläubiger nicht eingetreten sein würde[29]); bei Obligationen aus unerlaubten Handlungen aber fällt diese Rücksicht ganz weg[30]). 4) Der vermischte Zufall (c. mixtus, s. casus dolo vel culpae subordinatus. S. oben §. 140 a. E.)[31]).

§. 467.

cc) Commodum.

Commodum heißen die aus einem obligatorischen Verhältnisse entstehenden Nebenvortheile, wie Zuwachs und Nutzungen[1]). Davon gilt die Regel: wer die Gefahr und Lasten trägt, hat auch die Vortheile[2]). Ausgenommen ist der unredliche Besitzer, welcher die Gefahr ohne Vortheile trägt[3]).

---

26) Ebend. §§. 883—885, 913, 919.

27) A. L.R. I, 5, §§. 369—372. (3. A.) Will der Berechtigte von dieser Befugnis keinen Gebrauch machen, so muß der Verpflichtete das Interesse leisten. §. 360 a. a. O.

28) A. L.R. I, 11, §§. 102, 103, 98, 939 u. 940.

29) A. L.R. I, 3, §. 13; I, 6, §. 16; I, 7, §§. 241, 243; I, 11, §. 97, 936; I, 13, §. 249; I, 14, §. 72, 141; I, 20, §. 231; I, 21, §. 251; I, 16, §§. 16, 18. Ist die Meinung des Cassius. L. 40 pr. D. de heredit. pet. (V, 3); L. 14, §. 1 D. depos. (XVI, 3.) — Vergl. Code civ., Art. 1302, §. 2.

30) A. L.R. I, 7, §. 242; I, 6, §. 16; I, 3, §. 13. — Ein Dieb muß also die untergegangene Sache bezahlen, wenngleich sie ohne den Diebstahl ebenso gewiß untergegangen sein würde. L. 20 D. de condict. furtiva (XIII, 1). Vergl. Code civil. Art. 1302, §. 4.

31) A. L.R. I, 13, §. 50, 249. — I, 14, §§. 14, 20, 29, 33, 34, 85. — I, 20, §. 131; I, 21, §. 251; II, 18, §. 282.

1) L. 7 pr. D. de peric. (XVIII, 6); L. 38, §§. 10, 11 D. de usur. (XXII, 1); L. 39, §. 1 D. de leg. I; L. 173, §. 1 D. de reg. jur.

2) A. L.R. I, 9, §§. 99 und 100; I, 11, §§. 105, 483. — L. 7 pr. D. de peric. (XVIII, 6); L. 22, §. 3 C. de furtis (VI, 2); §. 3 J. de emt. (III, 24).

3) A. L.R. I, 7, §§. 241, 223, 248.

dd) Dolus und Culpa.

§. 468.

α) Grundsätze.

I. Die durch Vorsatz oder grobes Versehen des Schuldners dem Gläubiger entstehenden Nachtheile müssen in allen Fällen ausgeglichen werden (§. 143). In wiefern der Schuldner auch für die Folgen eines geringern Versehens aufkommen muß, hängt von der rechtlichen Beschaffenheit des besondern Rechtsverhältnisses ab. In dieser Hinsicht gelten folgende Grundsätze: 1) Ein mäßiges Versehen wird nur bei zweiseitigen obligatorischen Verhältnissen vertreten; bei einseitigen Rechtsgeschäften verbleibt es bei der Haftung für ein grobes Versehen[4]). Hierzu gehört, nach der dem A. L.R. zum Grunde liegenden Ansicht[5]), auch das Verhältnis des belasteten Erben zu dem Vermächtnisnehmer (Legatar)[6]). 2) Für ein geringes Versehen wird nur ausnahmsweise eingestanden: a) bei Verträgen, woraus der Schuldner ganz allein Vortheil hat[7]); b) bei Erfüllung der aus dem Gesetze entstandenen Verbindlichkeiten[8]); c) bei Handlungen, welche besondere Sach- oder Kunstkenntnisse voraussetzen, oder wobei vorzügliche Fähigkeiten oder mehr als gewöhnliche Aufmerksamkeit erforderlich[9]); d) bei ungeforderter Einmischung in fremde Geschäfte[10]). II. Diese Grundsätze können verändert werden: 1) durch Uebereinkunft der Contrahenten; doch ist über Vorsatz[11]) und grobes Versehen[12]) die Abrede, daß dafür nicht eingestanden werden solle, als

4) A. L.R. I, 3, §. 21; I, 5, §§. 278, 280; I, 7, §§. 13, 240; I, 9, §§. 445, 451; I, 14, §§. 100, 106; I, 20, §§. 91, 641, 642; II, 8, §§. 704, 705, 1471, 2003.

5) Dabei ist bloß das Verhältnis zwischen dem Erben und Legatar berücksichtigt, nicht das des Erblassers zu dem Erben. Einige Schriftsteller gründeten diese Ansicht auf L. 32, §. 5 D. de legat. II.

6) A. L.R. I, 12, §§. 308, 293. — Anders nach R. R. L. 26, §. 1; L. 47, §. 5; L. 108, §. 12 D. de leg. I; §. 10 J. de testam. ord. (II, 10). — Voet, Comment. Tom. II, tit. XXX, §. 50.

7) A. L.R. I, 5, §. 279. Ganz nach der damaligen Theorie des G. R. Leyser, Sp. 554, m. l.

8) A. L.R. I, 16, §. 13. S. hierüber Recht der Ford. §. 25, Nr. II, 2, b.

9) A. L.R. I, 5, §. 281; I, 3, §. 23; II, 10, §§. 88, 89. — §. 7 J. de lege Aquil. (IV, 3). Wer dergleichen Geschäfte übernimmt, muß die Befähigung dazu haben, oder für das Mislingen haften.

10) A. L.R. I, 9, §. 457; I, 13, §. 245; II, 18, §§. 166, 278, 280, 281.

11) A. L.R. I, 5, §. 283; I, 16, §. 400; I, 20, §§. 240, 241. — L. 23 D. de reg. jur. (L. 17); L. 6, §. 9 D. de act. emti (XIX, 1); L. 1, §. 7 D. depositi (XVI, 3); L. 27, §§. 3, 4 D. de pactis (II, 14). War bestritten. Leyser, Spec. 516 m. 1 u. 2 behauptete die Giltigkeit.

12) Angewendet bei dem Pfandcontracte, A. L.R. I, 20, §§. 240, 241.

den guten Sitten widerstreitend, voraus zu treffen nicht gestattet; 2) durch die Mora[13]). 3) In einigen Fällen wird, zufolge einer allgemeinen Rechtsregel, die Verabredung einer Modification vorausgesetzt (§. 469).

§. 469.

β) Classificirung der Obligationen nach diesen Grundsätzen.

Nach dem Grade des Versehens, für welchen der Schuldner einstehen muß, lassen sich die Obligationen in drei Classen bringen. 1. Classe: Obligationen, welche nach ihrer Natur gar keinen Vortheil des Schuldners bezwecken. Von diesen gilt die Rechtsregel (§. 468 a. E.), daß keinem seine uneigennützige Dienstgefälligkeit gegen einen andern zum Schaden gereichen darf[1]), weshalb vorauszusetzen, daß derjenige, welcher sie in Anspruch nimmt, dem Angesprochenen nicht durch Zumuthung einer besonderen Aufmerksamkeit bei der Gefälligkeitserweisung habe zu lästig werden wollen. Deshalb wird hier nur für Dolus und Culpa lata Haftung verlangt. Die Voraussetzung fällt aber weg, wenn jemand sich zu fremden Geschäften anbietet oder drängt, weil ohne ihn das Geschäft von einem andern vielleicht sorgfältig besorgt worden sein würde[2]). In diese Classe gehören: 1) das Depositum. Der Verwahrer haftet nur für Dolus und grobes Versehen[3]), ausgenommen wenn er bezahlt wird[4]), oder wenn er die Sache mit Erlaubnis gebraucht[5]), oder wenn er unaufgefordert und ohne Noth sich der Verwahrung unterzogen hat[6]), wo er für ein mä-

---

Eine directe Anerkennung des Satzes fehlt. Unter den Schriftstellern des G. R. ist er streitig. Berger, Oec. jur. L. III, Tit. 8, §. 2, Not. 2 u. a. sind dafür, und Noodt, de pactis. c. XIX u. a. dawider.

13) A. L.R. I, 16, §. 18; I, 7, §. 240; I, 12, §. 309; I, 14, §§. 72, 87; I, 11, §. 98. — L. 17 D. de periculo (XVIII, 6); L. 9 D. soluto matrim. (XXIV, 3).

1) L. 61, §. 5 D. de furtis (XLVII, 2); L. 7 D. testam. quemadmod (XXIX, 3); L. 29 D. ex quib. caus. maj. (IV, 6); L. 140 D. de reg. jur.

2) L. 17, §. 3 D. commodati (XIII, 6); L. 53, §. 3 D. de furtis (XLVII, 2).

3) A. L.R. I, 14, §§. 11—13. — §. 3 J. depos. (III, 14); L. 1, §§. 8, 10, 47 D. eod. (XVI, 3); L. 31 D. eod.; L. 1 D. de his qui not. (III, 2).

4) Dann ist es Miethe. A. L.R. I, 14, §. 17. — L. 1, §. 9 D. depos. (XVI, 3).

5) A. L.R. I, 14, §. 83. In diesem Falle geht es in Commodat über.

6) A. L.R. I, 14, §. 18. — L. 1, §. 35 D. depos. (XVI, 3). In diesem Falle sollte grundsätzlich (§. 468, Nr. I, 2, d) selbst das geringste Versehen verantwortlich machen; man ist jedoch von der Regel abgewichen. Der Fall war streitig unter den Lehrern des G. R. und man weiß nicht, warum gerade der unrichtigen Meinung, gegen den eigenen Grundsatz, nachgegangen ist. S. Recht der Ford. §. 26, Nr. I, 1, b.

ßiges Verſehen einſtehen muß. 2) Das Commodat auf der Seite des Verleihers[7]), ausgenommen wenn er Vortheil davon hat, oder wenn er den Leiher zu dem Geſchäfte veranlaßt hat[8]), wo er für ein mäßiges Verſehen einſteht. 3) Der Schenkungsvertrag[9]). — Einige in dieſe Claſſe gehörige Rechtsverhältniſſe machen eine Ausnahme in der Art, daß ein geringeres Verſehen vertreten werden muß, bei einigen jedoch auf die individuelle Sorgfalt (diligentia rebus suis consueta, ſ. o. §. 142) Rückſicht genommen wird. Dieſe Rechtsverhältniſſe ſind: 1) die Geſchäftsbeſorgung ohne Auftrag (negotiorum gestio), bei welcher, zufolge der Regel (§. 468, Note 10), für das geringſte Verſehen eingeſtanden wird[10]), ausgenommen wenn die Geſchäfte bloß zur Abwendung eines bevorſtehenden Schaden beſorgt worden ſind, wo wieder nach dem allgemeinen Grundſatze nur ein grobes Verſehen vertreten wird[11]). 2) Das Mandat[12]). Wer die Geſchäftsbeſorgung verſpricht, muß Sorgfalt anwenden, weil außerdem kein Gelingen zu erwarten iſt; man nimmt daher an, daß in der Uebernahme eines Auftrags das ſtillſchweigende Verſprechen liegt, das Geſchäft ordnungsmäßig zu vollbringen[13]). Deshalb muß der Mandatar, nach R. R., unbedingt für Verſehen (culpa in abstracto) haften. In Folge der Verwirrung in den Meinungen hierüber, zur Zeit der Abfaſſung des A. L.R., iſt jedoch von dem R. R. in der Art abgewichen worden, daß der Mandatar ſich mit dem Einwande ſeiner Gewohnheit (diligentia rebus suis consueta) ſoll ſchützen können, ausgenommen wenn er bezahlt wird, alſo gemiethet iſt, und wenn er als Sach- oder Kunſtverſtändiger einen Auftrag übernommen hat, wo culpa levis in abstracto, und wenn beide Vorausſetzungen zuſammentreffen, ſogar culpa levissima ihn verantwortlich macht[14]). 3) Die Tutel und Curatel. Nach R. R. hatte der Tutor und Curator mit Rückſicht darauf, daß er zur Uebernahme des Amtes gezwungen werden konnte (hatte er ſich

7) A. L.R. I, 21, §. 257. — L. 18, §. 3, L. 17, §. 3 D. commod. (XIII, 6). Vergl. L. 61, §. 6 D. de furtis (XLVII, 2), wo man es ſogar mit dem Dolus weniger ſtreng (remissius) nimmt.

8) A. L.R. I, 21, §. 249. — Vergl. L. 5, §. 10 D. commodati (XIII, 6).

9) A. L.R. I, 11, §§. 1078, 1084. — L. 18, §. 3 D. de donat. (XXXIX, 5).

10) A. L.R. I, 13, §. 245. — L. 11 D. de negot. gest. (III, 5); §. 1 in f. J. de oblig. quae quasi ex contr. (III, 28).

11) A. L.R. I, 13, §. 237. — L. 3, §. 9 D. de negot. gest. (III, 5).

12) L. 13, L. 21 C. de mandato (IV, 35).

13) S. darüber L. 17, §. 3 D. commodati (XIII, 6); L. 5, §. 1 D. mandati (XVI, 3); §. 11 J. de mandato (III, 27).

14) A. L.R. I, 13, §§. 55—58. Recht der Ford. §. 26, Bd. I, S. 288.

angeboten, so mußte er omnem diligentiam leisten)[15], und daß er keinen eigenen Vortheil bezweckte, nur diligentiam quam suis rebus etc. zu leisten; nach dem A. L. R. hingegen soll er für culpa levis in abstracto, in einigen Fällen sogar für levissima, in andern nur für culpa lata angesehen werden[16]). II. Classe: Obligationen, welche nach ihrer Natur für beide Theile Vortheil bezwecken. Davon ist Regel, daß jeder Theil ein mäßiges Versehen vertreten muß. Dieses ist der Fall bei dem Kaufe[17]), bei der Pacht und Miethe[18]), bei dem Pfandcontracte[19]), bei dem Verhältnisse des Erben zu den Erbschaftsgläubigern[20]), bei dem Verhältnisse des Nießbrauchers zu dem Eigenthümer[20a]), bei den Innominatcontracten, namentlich dem Trödelcontracte[21]), den gewagten Geschäften[22]), und den Verträgen über Handlungen[23]). Auch in dieser Classe finden sich die zweierlei Ausnahmen, daß in einigen Verhältnissen nur diligentia suis rebus consueta, und in einigen andern die größte Sorgfalt von einer Seite geleistet werden muß. Die erstere Ausnahme beruhet auf der freien Eingehung in ein dauerndes Verhältnis mit der bestimmten Person und in der dadurch erklärten Zufriedenheit mit ihren Gaben und Gewohnheiten[24]). Sie findet sich bei dem Gesellschaftsverhältnisse, mit Ausschluß der communio incidens, bei welcher für culpa levis in abstracto eingestanden werden muß[25]); und bei der ehemännlichen Verwaltung

15) L. 53, §. 3 D. de furtis (XLVII, 2) u. §. 797, Note 6.

16) A. L. R. II, 18, §§. 275—285. S. u. §. 797, Nr. III.

17) A. L. R. I, 11, §§. 104, 55. — §. 3 J. de emt. (III, 23); L. 5, §. 2 D. commodati (XIII, 6); L. 31, §§. 11, 12 D. de aed. ed. (XXI, 1); L. 13, §. 16 D. act. emti (XIX, 1).

18) A. L. R. I, 21, §. 278. — L. 28, L. 1 C. de locato (IV, 65); §. 5 J. eod. (III, 24); L. 25, §. 7 D. eod. (XIX, 2).

19) A. L. R. I, 20, §§. 169, 170, 142, 184, 189. — L. 13, §. 1 D. de pign. act. (XIII, 7); §. 4 J. quib. mod. re (III, 14); L. 19 C. de pign. (VIII, 14); L. 5, 6, 8 C. de pignor. act. (IV, 24).

20) A. L. R. I, 9, §§. 445, 451. — L. 26, §. 1, L. 47, §. 5, L. 108, §. 12 D. de leg. I.

20a) A. L. R. I, 21, §§. 15, 16, 105, 132. — L. 9 pr., L. 13, §. 2, L. 15, §§. 3, 7; L. 65 pr., 66 D. de usufructu (VII, 1).

21) A. L. R. I, 11, §. 516. Nach R. R. kommt es dabei auf die besondere Gestaltung des Falles an. L. 17, §. 1 D. de praescr. verb. (XIX, 5); L. 1, §. 1 D. de aestimatoria (XIX, 3).

22) A. L. R. I, 11, §§. 542, 543. — L. 3 C. de nautico foenore (IV, 33).

23) A. L. R. I, 11, §. 879. Das R. R. individualisirt auch hier. L. 17, §§. 1, 2, 4; L. 20, §. 2 D. de praescr. verb. (XIX, 5); L. 10, §. 1 D. commodati (XIII, 6); L. 1, §. 10 D. depos. (XVI, 3).

24) A. L. R. I, 17, §. 211. — §. 9 J. de societate (III, 25); L. 72 D. pro socio (XVII, 2).

25) A. L. R. I, 17, §. 58. Anders nach R. Recht L. 25, §. 10 D. fam. ercisc. (X, 2).

des Eingebrachten der Frau[26]), doch auch wieder mit Abweichungen nach den Gegenständen[27]). Die andere Ausnahme beruhet auf dem Bedürfnisse der Sicherung von Person und Eigenthum in Lebensverhältnissen, wo der Betroffene ganz in der Hand des andern ist, und besteht darin, daß dieser andere Theil das geringste Versehen vertreten und wohl auch den Beweis des Zufalls führen muß (§. 470, Note 5). Sie kommt vor bei dem Receptum der Sachen eines Reisenden von Seiten des Gastwirths, bei dem Frachtcontracte mit Lohnfuhrleuten und mit Schiffern[28]). III. Classe: Obligationen, aus welchen, nach ihrer Natur, für den Schuldner allein Vortheil entsteht, weshalb er für ein geringes Versehen, und der andere Theil nur für ein grobes einzustehen hat. Dieser Art ist der Leihcontract und das Precarium, wenn dabei auch der Verleiher nicht etwa, nach der Besonderheit des Falles, Vortheil hat[29]); auch das Verhältnis des Beklagten bei der Vindicationsklage[30]); das des Erben zum Legatar (§. 468, I, 1).

§. 470.

γ) Vererbung und Beweis der Schuld.

I. Die aus einem Versehen entstandene Verbindlichkeit geht in der Regel unverändert auf die Erben über[1]). Eine Ausnahme gilt für die Erben des Vormundes und des Vormundschaftsbeamten in dem Falle, wenn die Klage noch nicht von dem Erblasser beantwortet worden ist: dann haften die Erben nur für die aus einem

26) A. L.R. II, 1, §§. 554, 555. — L. 17 pr. D. de jure dot. (XXIII, 3); L. 11 i. f. C. de pact. convent. (V, 14).

27) Gewohnte Sorgfalt soll nur bei den Capitalien gelten; hingegen soll bei den Mobilien nur für ein grobes Versehen (A. L.R. II, 1, §. 561), bei Immobilien aber für ein unbedingtes mäßiges Versehen (culpa levis in abstracto) — §. 595 das. und I, 21, §. 132 — eingestanden werden. Ein Grund zu diesen Unregelmäßigkeiten ist nicht erfindlich, und ein praktisches Bedürfnis dazu ist auch nicht.

28) A. L.R. II, 8, §§. 447, 1734—1737, 2459. — L. 3, §§. 1, 2; L. 7 pr., §. 1 D. nautae caupones (IV, 9).

29) A. L.R. I, 21, §§. 248, 249. S. Note 8. Nach R. R. fehlt diese Classe, weil nicht drei Grade der Culpa praktisch sind. Auch das Precarium kommt in keine Classe, weil es nicht als Rechtsverhältnis, sondern als Gutwilligkeit angesehen wurde. L. 8, §. 3 D. de precario (XLIII, 26). Der Precarist haftete bloß für Dolus. L. 23 D. de reg. jur. (L, 17).

30) A. L.R. I, 7, §. 240. — L. 25, §. 7 D. de hered. pet. (V, 3); L 13, 45 D. de rei vind. (VI, 1). Eine Ausnahme macht der Adjudicatar, dessen Zuschlag mit der Nullitätsklage (Nichtigkeitsbeschwerde) angegriffen wird. A. L.R. I, 11, §. 353; Pr. 2274, v. 14. Febr. 1851 (Entsch. XX, 106).

1) A. L.R. I, 6, §. 28; II, 10, §§. 145, 128, nach der R. Regel: non ex persona heredum conditio obligationis immutatur. L. 2, §. 2 D. de verb. oblig. (XLIV, 1). Die Regel war unter den Neuern streitig. Vergl. u. §. 473, Note 14.

groben Versehen entstandene Verbindlichkeit[2]). II. Hinsichtlich des Beweises der Culpa ist zu unterscheiden: ob die Culpa der Grund der Klage ist, was auch bei einem bestehenden besondern Rechtsverhältnisse der Fall sein kann. Dann muß der Kläger den Grund seiner Klage, wie gewöhnlich, beweisen[3]). 1) Die Beweisführung ist nur indirect möglich, weil die Schuld selbst, als in der Gesinnung liegend, nicht wahrnehmbar ist, sondern nur durch Betrachtung wahrnehmbarer Thatsachen, mittelst Vernunftschlusses, erkannt werden kann[3a]). Gegenstand des Beweises ist daher nur die äußere Handlung oder Unterlassung, wodurch der Schade verursacht worden ist. Kann dieser auf den Willen des Handelnden vernünftiger Weise bezogen werden, so wird die Schuld für bewiesen angenommen, bis der Beklagte seine Schuldlosigkeit beweist[4]). Bei an sich erlaubten Handlungen hat der Kläger zu zeigen, worin die Rechtswidrigkeit oder die besondere Pflichtwidrigkeit liege. 2) Wird aus dem besondern Rechtsverhältnisse geklagt, so muß der Beklagte, welcher sich von seiner Verbindlichkeit durch ein ihm nicht beizumessendes Ereignis freimachen will, den Einwand beweisen[4a]). Eine für alle Fälle geltende Regel gibt es in dieser Beziehung nicht, die besondere Beschaffenheit des Verhältnisses muß den anzuwendenden Grundsatz nachweisen. Wer z. B. für jedes Versehen haftet, muß den Zufall beweisen[5]); wer nicht für jedes Versehen aufkommt, bezeichnet das Ereignis, wodurch ihm die Erfüllung unmöglich geworden, und der Kläger hat nachzuweisen, daß dasselbe durch ein dem Beklagten anzurechnendes Versehen verursacht worden. 3) Bei dem Verwahrungsvertrage und bei dem Receptum gelten, in Beziehung auf verschlossen oder versiegelt übergebene Sachen, beson-

2) A. L.R. II, 18, §§. 293, 294, 304, wie nach L. 1 C. de hered. tutor. (V, 75), L. 4 D. de magistrat. conv. (XXVII, 8).

3) A. G.O. Einl. §. 16; I, 13, §. 28. — L. 2, L. 18, §. 2 D. de probat. (XXII, 2); L. 1, L. 23 C. eod. (IV, 19); L. 4 C. de edendo (II, 1). — A. L.R. I, 3, §. 13; I, 6, §. 21.

3a) (3. A.) L. 30 C. de evict. (VIII, 45): „... indiciis .... probare debes."

4) A. L.R. I, 6, §§. 25, 26; L. 18, §. 1; L. 19, §. 1 D. de probat. (XXII, 3).

4a) (3. A.) Bei an sich widerrechtlichen Handlungen müssen die Umstände, durch welche solche gerechtfertigt werden sollen, z. B. bei Beschädigungen zum Zweck der Selbstvertheidigung, von dem Handelnden nachgewiesen werden. L. 45, §. 2, L. 52, §. 1 D. ad leg. Aquil. (IX, 2). Vergl. L. 1, §. 27, 28; L. 3, §. 9 D. de vi et vi arm. (XLIII, 16); L. 1 C. unde vi (VIII, 4).

5) A. L.R. I, 21, §. 253; II, 8, §. 447, 1916, 2459; I, 7, §§. 240, 241. — L. 3, §. 1, L. 5 D. nautae caup. (IV, 9); L. 1, §. 13 D. de magistrat. conven. (XXVII, 8); L. 11 D. de probat. (XXII, 3); L. 9, §. 4 D. locati (XIX, 2); L. 3, §. 1 D. commod. (XIII, 6); L. 27, §. 2 D. mandati (XVII, 1); L. 11 D. de per. et comm. rei vend. (XVIII, 6).

dere Vermuthungen. Werden solche entfremdet oder beschädiget und der Verwahrer beweist, daß Schloß oder Siegel ohne sein Zuthun verletzt worden, so wird bezüglich auf ihn Zufall vermuthet [6]). Der Gastwirth ist für Schaden an den aufgenommenen Sachen nicht verantwortlich, wenn derselbe durch solche äußere Gewalt und Zufälle, die der Wirth bei der sorgfältigsten Aufmerksamkeit weder hat vorhersehen noch verhüten können, verursacht worden ist [7]). Brand im eigenen Hause des Gastwirths ist für eine solche äußere Gewalt nicht ohne weiteres anzusehen, vielmehr bleibt von ihm die Anwendung der ihm obgelegenen sorgfältigsten Aufmerksamkeit nachzuweisen, um darzuthun, daß von seiner Seite der Brand weder hat vorhergesehen noch verhütet werden können [7a]). Dieses gilt aber nicht in Rechtsverhältnissen, in welchen nicht jedes Versehen mit der äußersten Sorgfalt zu vermeiden ist, namentlich nicht bei der Pacht und Miethe [8]). In Beziehung auf unverschlossen in Verwahrung gegebene Sachen gilt der Grundsatz, daß der Verwahrer, in dessen Gewahrsam die niedergelegte Sache beschädigt wird, oder verloren geht, den Zufall vollständig, also ohne Zulassung zum Erfüllungseide, beweisen muß, wenn er nicht binnen drei Tagen, nach bemerktem Schaden oder Verlust, dem Niederleger oder bei dessen Abwesenheit dem Gerichte davon Nachricht gegeben hat, sondern sich erst zur Zeit der Rückforderung auf die Beschädigung oder den Verlust der Sache beruft [9]).

---

6) A. L.R. I, 14, §. 33; II, 8, §. 1736. Die Frage ist nach G. R. streitig. S. darüber u. a. Glück, Bd. VI, §. 491 u. Bd. XV, S. 187. Die einzige auf den Fall sich beziehende Stelle L. 1, §. 41 D. depos. (XVI, 3) behandelt die Frage selbst nicht, diese muß deshalb nach allgemeinen Grundsätzen entschieden werden. S. die folgende Note 7.

7) A. L.R. II, 8, §. 447. Diese Bestimmungen sind eine einzelne Anwendung von den beiden Präsumtionen des R. R., welche bei allen solchen Rechtsverhältnissen gelten, in welchen der Schuldner zur custodia, d. h. diligentia in custodia verbunden ist. Wird dabei die Sache entwendet, so wird Culpa des Schuldners vermuthet; ist aber bei der Entwendung Gewalt gebraucht worden, so muß der Gläubiger die Nachlässigkeit des Schuldners beweisen. L. 14, §. 12 D. de furtis (XLVII, 2); L. 5 D. nautae caupon. (IV, 9). Ist die Sache durch einen Dritten beschädigt worden, so wird in Beziehung auf den Schuldner gleichfalls Zufall vermuthet. L. 19 D. commodati (XIII, 6); L. 40, 41 D. locati (XIX, 2); L. 11 D. de periculo (XVIII, 6).

7a) L. 11 D. de periculo et commodo (XVIII, 6).

8) A. L.R. I, 21, §. 516; I, 6, §. 25. — Diese Frage war gemeinrechtlich bestritten, wegen L. 3, §. 1 D. de off. praes. vigil. (I, 15). Quistorp, Abh.: ob ein Hausvater, in dessen Wohnung Feuer ausgekommen, bei verursachtem Schaden den Mangel der Fahrlässigkeit beweisen müsse? (in dessen Beiträgen zur Erläuterung verschiedener Rechtsmaterien, Nr. XIV). Die franz. Gesetzgebung hat das Gegentheil angenommen und dem Pächter der Beweis seiner Schuldlosigkeit aufgelegt. Code civil. Art. 1733, 1734.

9) A. L.R. I, 14, §§. 34—39. Auf Beamte, zu deren Amtspflichten auch

ee) Interesse.

Burk. Wilh. Pfeiffer, Abh.: Was ist Interesse und inwiefern kann eine, wegen besonderer von einem Geschäfte abhangenden Vortheile erhaltene, Warnung die Verbindlichkeit zum Ersatze des ganzen Interesses bewirken? mit Hinsicht auf den §. 285—290 des 5. Titels des I. Theils des Preuß. Gesetzbuchs (in seinen vermischten Aufsätzen über Gegenstände des deutschen und römischen Privatrechts, Marburg 1803, Nr. 5, S. 227 flg.).

§. 471.

α) Das Allgemeine.

Ueber die Frage: wieviel an Interesse zu leisten sei, ist die allgemeine Theorie des A. L. R., die jedoch in der Anwendung bei den einzelnen Rechtsverhältnissen wenig berücksichtigt worden, folgende[1]): I. Die Folgen einer Handlung sind, nach der Ursache ihrer Entstehung, entweder unmittelbar oder mittelbar. Unmittelbare heißen diejenigen, welche aus der Handlung an und für sich, nach dem natürlichen und gewöhnlichen Laufe der Dinge, entstehen; mittelbare sind sie, wenn sie nur mittelst Zusammentreffens eines andern Ereignisses oder einer ungewöhnlichen Beschaffenheit des Gegenstandes mit der Handlung entstehen[2]). Diese mittelbaren Folgen heißen zufällige, wenn sie nicht vorherzusehen waren[3]). Eingestanden werden muß: 1) für unmittelbare Folgen immer[4]); 2) für mittelbare Folgen: a) wenn sie beabsichtigt waren, b) wenn man sie vorausgesehen hatte, c) wenn es bei der Anwendung desjenigen Grades der Aufmerksamkeit, welcher nach dem besonderen Rechtsverhältnisse geleistet werden muß, auch nur möglich war, sie vorherzusehen[5]); 3) für die zufälligen nur im Falle eines s. g. casus mixtus[6]). Sind die Folgen

die Aufbewahrung von Sachen oder Geldern gehört, findet dies nicht Anwendung. Pr. des Obertrib. 1331, vom 11. Septbr. 1843.

1) Quelle ist die damalige Rechtsphilosophie. Daries, Institut. jurisprud. univ., §§. 330, 337. — Hugo Grotius, de jure belli ac pacis, L. II, c. XXI, no. 10.

2) A. L. R. I, 3, §§. 4, 5; I, 6, §§. 2, 3. (3. A.) Eine ähnliche Unterscheidung kennt das R. R. in den unmittelbaren Verlusten und den mittelbaren, welche als Folgen der unmittelbaren eintreten, z. B. wenn durch den Verlust eines Pferdes aus einem Viergespann die übrigen Pferde an Werth verloren haben. L. 21, §. 1 u. 2 D. ad leg. Aquil. (IX, 2). Hierauf bezieht sich das teneri ipsius rei nomine und das damnum quod ex eo contingit in der L. 45 D. de contrah. emt. (XVIII, 1).

3) A. L. R. I, 3, §. 6; I, 6, §. 4. Nach gewöhnlicher menschlicher Voraussicht.

4) A. L. R. I, 3, §§. 7, 14, 24.

5) A. L. R. I, 3, §§. 8—10, 12. Was kann hinterdrein nicht alles als möglich angesehen werden!

6) Ebend. §§. 11, 13. Vergl. oben §. 140, Bd. I, S. 273.

ein Schade, so ergeben sich danach die Begriffe des *unmittelbaren, mittelbaren* und *zufälligen* Schaden[7]). II. Hinsichtlich der Leistung des ganzen Interesses (§. 465) gelten folgende Regeln: Der Schadenersatz beschränkt sich in der Regel auf den *wirklichen* Schaden; *vollständige* Genugthuung wird nur ausnahmsweise in folgenden Fällen geleistet: 1) Bei Verträgen a) im Falle des Vorsatzes und groben Versehens, doch mit Ausnahme der Cession, wenn für die Forderung weniger als der Nennwerth gegeben worden ist, wo sogar im Falle des Betruges nicht der entgangene Gewinn zu ersetzen ist[8]); sowie mit Ausnahme der Zahlungsverzögerung bei vorhandenen hinlänglichen Zahlungsmitteln, aus Vorsatz oder grobem Versehen, wo statt der Zögerungszinsen oder der Conventionalstrafe nur der aus diesem Verzuge erwachsene *wirkliche* Schade soll erstattet verlangt werden können[8a]); b) wegen eines mäßigen oder geringen Versehens nur: α) von Kunst- und Sachverständigen; β) von dem, welcher gewarnt worden, daß von seiner Handlung besondere und ungewöhnliche Vortheile für den andern abhangen; γ) wenn jemand eine Handlung, die er zu unterlassen sich ausdrücklich verpflichtet hatte, begeht[9]), doch ist dieser allgemeine Satz nicht zur Anwendung gebracht[10]). 2) Bei Beschädigungen außer dem Falle eines Vertrages a) aus Vorsatz oder grobem Versehen, ohne Einschränkung; b) aus einem mäßigen Versehen aber wird der entgangene Gewinn nur soweit ersetzt, als er durch den gewöhnlichen Gebrauch erlangt worden sein würde, wenn die Kränkung unterblieben wäre[11]); c) aus geringem Versehen nur dann, wenn die Beschädigung in Folge einer strafbaren Handlung zugefügt wird[12]). III. Kommt es auf den

7) A. L.R. I, 6, §§. 2—4. Von dem *zufälligen* Schaden (damnum casuale) unterschied man noch das damnum fortuitum, d. i. ein solcher Schade, wobei gar keine menschliche Handlung mitgewirkt hat. Daries l. c. §. 338.

8) A. L.R. I, 11, §§. 424, 425, 441. Diese scheinbare Folgewidrigkeit hat das für sich, daß der Betrug eigentlich nicht die Ursache des dem Cessionar entgangenen Gewinnes ist, und stimmt auch mit dem Grundsatze überein, daß bei der Eviction nicht das volle Interesse, sondern nur die Auslage, allenfalls mit Zinsen, soll gefordert werden können. A. L.R. I, 11, §§. 155, 162, 163.

8a) A. L.R. I, 11, §. 834; I, 16, §. 65. Man kennt keinen Grund dieser Ausnahme und der darin liegenden Abänderung des G. R. S. o. §. 460, Note 2a.

9) A. L.R. I, 5, §§. 285—291.

10) A. L.R. I, 11, §. 890. Der in dieser Stelle und in I, 5, §. 291 befindliche Widerspruch ist nicht zu lösen, er beruht auf einem Außerachtlassen der allgemeinen Bestimmung.

11) A. L.R. I, 6, §§. 10—13; I, 9, §. 284.

12) A. L.R. II, 20, §§. 323, 329, 231. Doch ist dieser Titel seit 1. Juli 1851 aufgehoben, und das moderne Strafgesetzbuch läßt die dadurch im Civilrecht entstehenden Lücken offen.

Werth einer Sache an, so wird ein gemeiner, ein außerordentlicher Werth, und ein Werth der besondern Vorliebe (pretium affectionis) unterschieden[13]). 1) Der gemeine Werth ist der Nutzen, welchen die Sache einem jeden Besitzer gewähren kann (quanti omnibus valeret)[13a]). Nutzen ist aller Gebrauch, welcher von einer Sache gemacht werden kann; eine Art des Nutzens sind die Nutzungen, d. h. Vortheile, welche die Sache unbeschadet ihrer Substanz gewähren kann, namentlich Früchte und Zinsen[14]). Annehmlichkeiten und Bequemlichkeiten kommen dabei nur soweit in Anschlag, als sie jedem Besitzer schätzbar sind[15]); bei Sachen, deren Gebrauch überhaupt nur in Vergnügen und Annehmlichkeit besteht, wie Lustgärten und Kunstwerke, wird gleichfalls nur das Vergnügen und die Annehmlichkeit, welche einem jeden Besitzer schätzbar sein kann, als gemeiner Werth angeschlagen[16]). 2) Der außerordentliche Werth (pretium singulare) ist der individuelle Nutzen, welchen eine Sache mit Rücksicht auf die Möglichkeit ihrer besondern Nutzbarkeit gewähren kann[17]). 3) Der Werth der besondern Vorliebe beruhet nicht auf Nutzen, sondern in der Einbildung oder Zuneigung des Besitzers, die aus zufälligen Umständen oder Eigenschaften der Sache, wodurch die Sache in der Meinung des Besitzers für ihn einen Vorzug vor allen andern erhält, entsteht[18]). Er kann nur bei dauernden Sa-

---

13) Die Abh. hierüber in Siewert, Material. IV, S. 99 flg., ist unbefriedigend und unklar. Das R. R. hat eine ähnliche Eintheilung. L. 36 D. de bonis libertor. (XXXVIII, 2); L. 54 pr. mandati (XVII, 1); L. 3 D. de in litem jur. (XII, 3).

13a) L. 33 pr. D. ad leg. Aquil. (IX, 2).

14) A. L.R. I, 2, §§. 109—111. Diese §§. werden bisweilen misverstanden, weil man nicht berücksichtigt, daß Nutzungen (§. 110) eine Unterart von Nutzen (§. 109) sind.

15) A. L.R. I, 2, §§. 112, 113.

16) A. G.O. II, 6, §. 16. — Simon, Rechtssp. III, S. 339.

17) A. L.R. I, 2, §. 114. Z. E. künstlich abgerichtete Thiere, im Besitze von Menschen, welche aus der Vorzeigung derselben ein Gewerbe machen. Recht der Ford. §. 28, Nr. III. — Der außerordentliche Werth ist in Wahrheit nichts anderes, als der ordentliche Werth eines besondern Individuums, durch die Nutzbarkeit dargestellt, welche dasselbe, vermöge seiner besondern Eigenschaften und Vollkommenheiten, einem jeden, der davon Gebrauch machen will, gewähren kann. Pretium ex utilitate singulorum, wie es die L. 33 pr. D. ad leg. Aquil., im Gegensatze zum pretium commune und zum pretium ex affectione, bezeichnet. Daher rechnet das R. R. den individuellen Werth einer solchen Sache zum gemeinen Werth, von welchem es nur den in der Einbildung beruhenden, nicht nach der Nutzbarkeit zu bestimmenden Werth der Zuneigung (Affection), z. E. eines Privatbegräbnisplatzes, eines Sklaven, welcher der natürliche Sohn des Besitzers, unterscheidet. L. 36 D. de bonis libertor. (XXXVIII, 2); L. 33 pr. D. ad leg. Aquil. (IX, 2); L. 54 pr. D. mandati (XVII, 1).

18) A. L.R. I, 2, §. 115. Z. E. Gelegenheitsgeschenke von gewissen Per-

chen vorkommen[19]) und nur von dem Besitzer selbst ermessen werden, weil es außer seinen Neigungen und Vorstellungen keinen Werthmesser dafür gibt.

§. 472.

β) Schätzung des Interesses.

Um das in dem Werthe einer Sache oder Leistung bestehende Interesse auf eine Geldsumme festzusetzen, muß bestimmt sein, welcher Werth zu erstatten, und welche Zeit und welcher Ort bei der Berechnung in Betracht kommen soll. I. Der Werth bestimmt sich in seiner Art nach dem Grade der Verschuldung. Der gemeine Werth, der in einigen Fällen noch als höchster und in andern als mittler angewendet wird[20]), ist die Regel[21]). Eine Ausnahme gilt: 1) bei solchen Verträgen, durch welche Sachen gegen Handlungen, oder Handlungen gegeneinander versprochen werden, wo der außerordentliche Werth und, nach Maßgabe des Grades der Verschuldung, auch der Werth der besondern Vorliebe erstattet werden soll, wenn von einer Seite vollständig erfüllt ist, und die Gegenleistung durch Schuld des andern unmöglich wird[22]); 2) bei einem zum Besten des Gemeinwesens stattgefundenen nothwendigen Verkaufe[23]), und 3) bei vermachten fremden Sachen, die dem Legatar nicht verschafft werden können[24]), wo immer der außerordentliche Werth in Rechnung kommt; 4) bei Beschädigungen, wo im Falle des Vorsatzes der Werth der besondern Vorliebe, und im Falle des groben Versehens[25]) der außerordentliche Werth zu ersetzen ist[26]). Die Schätzung geschieht durch Sachverständige; ist der Gegenstand nicht nach seiner Individualität bekannt, so wird eine Sache derselben Art von mittlerer

sonen, oder Seltenheiten, Lieblingsthiere, in Sklavenstaaten ein servus filius naturalis.

19) Cramer, Opusc. T. II, no. 11. — Thomasius, de pretio affectionis in res fungibiles non cadente. Halae 1701, 1727, 4.

20) A. L.R. I, 9, §§. 283, 305; I, 6, §. 85 und I, 6, §§. 92 u. 93.

21) A. L.R. I, 2, §. 117; I, 6, §. 88.

22) A. L.R. I, 11, §. 880. Diese Ausnahme hat nichts für sich.

23) Ebend. §. 11. — Eisenbahngesetz v. 3. Novbr. 1838, §. 11. — Die Verf.Urk. v. 31. Januar 1850, Art. 9, verweist hinsichtlich des Maßes der Entschädigung auf das Gesetz.

24) A. L.R. I, 12, §. 378. Ist Willensauslegung des Testators.

25) Sonst steht hinsichtlich civilrechtlicher Verbindlichkeiten die culpa lata dem dolus gleich. A. L.R. I, 3, §. 19. — S. o. §. 143, Nr. II, Bd. I, S. 278.

26) A. L.R. I, 6, §§. 85—87; I, 3, §. 19. — Ueber den Mangel eines Rechtsgrundes und über die Unbilligkeit dieser Unterscheidungen gegen den Verletzten, dem dadurch ein Theil seines wirklichen Vermögens, zu Gunsten des Beschädigers, versagt wird, s. Recht der Ford. §. 29.

Güte vorausgesetzt. Bei diesem mittlern Werthe bewendet es im Falle eines mäßigen oder geringen Versehens; ist aber eine Beschädigung aus Vorsatz oder grobem Versehen zugefügt worden, so kann der Beschädigte den gemeinen Werth seiner vernichteten Sache bis auf den doppelten Betrag dieses abstracten mittlern Werths eidlich würdigen[27]). II. Hinsichtlich der Zeit gilt die Regel, daß auf die Entstehung des Schaden oder der Verbindlichkeit zum Schadenersatze gesehen wird[28]). Bei schon bestehenden Rechtsverhältnissen ist dieser Zeitpunkt die Zeit der Erfüllung[29]). Wenn daher z. B. ein, auf Lieferung fungibler Sachen, welche einen marktgängigen Preis haben, für einen bestimmten Preis gerichteter Kaufcontract von dem Verkäufer nicht durch Lieferung zur verabredeten Zeit erfüllt, und der Verkäufer demnächst zur Lieferung verurtheilt wird, ohne daß die deshalb wider ihn vollstreckte Execution Erfolg hat, so kann der Käufer als sein Interesse nur den Preis der zu liefern gewesenen Sachen, welcher zu der im Vertrage bestimmten Lieferungszeit marktgängig war, fordern, in sofern er nicht besondere Umstände nachweiset, aus welchen sich entnehmen läßt, daß er, wenn ihm die Sachen an dem bedungenen Lieferungstage zugestellt worden wären, einen höhern Gewinn davon hätte ziehen können[29a]), oder daß er sie zu einem höhern Preise anderweit habe verschaffen müssen, oder daß ihm sonst durch die verzögerte Lieferung ein den Betrag des obigen Preises übersteigender Schade entstanden sei, und er wird durch das, wider den Verkäufer erstrittene, diesen zur Lieferung verurtheilende Erkenntnis allein noch nicht berechtigt, einen, nach ergangenem Judicate marktgängig gewesenen Preis als Entschädigung dafür, daß ihm die Sachen nicht gewährt worden, zu verlangen[29b]). Eine Ausnahme von der Regel gilt: 1) bei Beschädigungen, wo der höchste Werth, den die Sache in der Zwischenzeit von der Verletzung bis zur Insinuation der Klage gehabt hat, angenommen wird[30]), und 2) bei betrüg-

27) A. L.R. I, 2, §. 116; I, 11, §§. 8, 61; I, 12, §. 378; I, 6, §§. 92—95. — Recht der Ford. §. 29.

28) A. L.R. I, 6, §§. 83, 88; I, 9, §§. 283, 305.

29) A. L.R. I, 11, §. 859; I, 16, §. 74.

29a) (3. A.) Dabei darf nicht auf unsichere Möglichkeiten (s. g. Honigtopfrechnung) eingegangen werden. L. un. C. de sent. quae pro eo (VII, 47); L. 2 C. de in lit. jur. (V, 53); L. 29, §. 3 D. ad leg. Aquil. (IX, 2).

29b) Ang. vom IV. S. des Obertrib. am 13. December 1848, in Sachen Burchard c. Schröder, $\frac{524}{2116}$ IV, 48, Präj. 2082.

30) A. L.R. I, 6, §. 25. Vergl. über das alte Recht: Corp. jur. Frid., IV, 8, §. 8.

licher Vermischung fremder mit eigenen vertretbaren Sachen, wo der höchste Werth aus der Zwischenzeit von der Anmaßung bis zur Insinuation der Klage erstattet werden muß[31]). III. Ueber den Ort, mit Rücksicht auf welchen die Schätzung geschehen soll, findet sich keine ausdrückliche Bestimmung. Nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen ist es der Ort der Erfüllung[32]), der nach Verschiedenheit der Fälle verschieden ist[33]).

§. 473.

γ) Schätzungseid (juramentum in litem).

A. G.O. I, 22, §§. 9—27. — Drummer, Theorie des Würderungseides. (Eine gekrönte Preisschrift.) Bamb. u. Würzb. 1806. — Gensler ꝛc., Archiv für civil. Praxis, Bd. IV, S. 293 f. — Gesterding, Ausbeute von Nachforschungen, Th. I, Abh. 1. — Linde ꝛc., Zeitschrift für Civilrecht und Proceß, Bd. VII, S. 356 ff., u. Bd. VIII, S. 159 ff.

I. Der Gläubiger selbst kann unter folgenden Voraussetzungen von dem Richter zum Eide über den Betrag seines Interesses verstattet werden. (Schätzungseid, Würderungseid, jus jurandum in litem, juramentum in litem.) 1) Das Interesse muß nicht von selbst durch den Gegenstand oder das Gesetz bestimmt sein, wie z. E. bei einem Gelddepositum, wenn hierbei nicht durch Mora ein besonderer Nachtheil für den Gläubiger entstanden ist[1]). Am meisten ist das pretium singulare und das pr. affectionis[2]) Gegenstand der eidlichen Feststellung. Dieser Eid ist nicht auf Rechtssachen gewisser Art eingeschränkt, sondern gilt nach neuerm Pr. R. für ein allgemeines Mittel, den Betrag des Interesses auszumitteln[3]). 2) Der Beklagte muß dolose oder ungehorsam gehandelt haben[4]);

31) A. L.R. I, 9, §. 302. — S. o. §. 251, Bd. I, S. 458.

32) L. 22 D. de reb. cred. (XII, 1); L. 4 i. f. D. de condict. tritic. (XIII, 3). Vergl. Pr. 1321 a, vom 5. August 1843, wonach sich die Vergütung des Schaden nach dem Orte der Beschädigung regulirt. Dieser Ort ist auch der der Erfüllung.

33) A. L.R. I, 5, §§. 247—251; I, 11, §. 769. — Vergl. L. 12, §. 1 D. depos. (XVI, 3); L. 3 i. f. D. de act. emti (XIX, 1).

1) L. 3 D. de in litem jurando (XII, 3).

2) Daher heißt der Eid auch wohl juramentum in litem affectionis.

3) Nach R. R. fand er nur bei den Realklagen und solchen persönlichen Klagen statt, mit welchen die Zurückgabe oder Herausgabe (Exhibition) einer Sache gefordert wurde. L. 2, §. 1 D. de in litem jurando (XII, 3); L. 68 D. de rei vind. (VI, 1); L. 19 D. de periculo (XVIII, 6); L. 4 C. de act. emti (IV, 49). Ebenso nach älterm Pr. R. Cod. Frid. March. III, 33, §. 1. (3. A.) Doch will eine Meinung, welche sich hauptsächlich auf L. 5, §. 4 D. de in lit. jur. und L. 15, §. 9 D. quod vi aut clam (XLIII, 24) stützt, die eidliche Selbstschätzung nicht auf diese Fälle beschränken.

4) A. G.O. I, 22, §. 11; A. L.R. I, 6, §§. 94, 134; I, 9, §. 459; I, 14, §. 31; I, 20, §. 192. — L. 2, §. 1; L. 4, §. 4; L. 5, §. 3 D. de in litem (XII, 3).

das grobe Versehen ist auch hier dem Vorsatze gleich[5]). 3) Der Eid kann nur seitens des Richters anvertraut werden, wobei der Richter nach freiem Ermessen urtheilt[6]); der Eid muß aber, einmal geleistet, berücksichtigt werden[7]). Bei geringen Gegenständen darf der Richter, ohne dem Gläubiger diesen Eid abzufordern, den Betrag nach der Wahrscheinlichkeit festsetzen[8]). 4) Der Beweis muß auf andere Art nicht geführt werden können[9]); sind andere Beweismittel durch Zuthun des Gläubigers vereitelt worden, so wird dadurch der Eid nicht ausgeschlossen[10]), vielmehr nur der Richter in seinem Ermessen bei Bestimmung des höchsten Betrages, je nach den Umständen, strenger sein. 5) Der angegebene besondere Werth muß einen vernünftigen Grund haben, welcher wahrscheinlich zu machen ist[11]). 6) Der Richter hat die höchste Summe zu bestimmen, über welche hinaus der Gläubiger bei seiner eidlichen Schätzung nicht gehen kann, wogegen ihm freisteht, eine mindere Summe zu beschwören[12]). II. Der einmal auferlegte Eid kann von dem Kläger nicht mehr abgelehnt und durch andern Beweis ersetzt werden[13]), wenngleich er eine Begünstigung des Klägers, zur Strafe des Vorsatzes oder Ungehorsams des Beklagten, ist; wird der Eid nicht geschworen, so ist der Beklagte nur das eingeräumte Minimum schuldig. Davon verschieden ist aber der Fall, wenn der Gläubiger nach Entscheidung der Sache über das Interesse die Forderung desselben bei Seite stellt und den ursprünglichen Gegenstand selbst fordert: dieser Klage steht die exceptio rei judicatae nicht entgegen[14]). Auf das Verhältnis der Parteien zuein-

5) A. L.R. I, 6, §. 94; I, 3, §. 19; A. G.O. I, 22, §. 11. — L. 2 C. de in litem jurando (V, 53).

6) A. G.O. I, 22, §§. 10, 18. — L. 4, §. 1; L. 5, §. 1 D. eodem.

7) A. G.O. §. 26. — Berger, Elect. disc. for., T. XXXI, obs. 2, u. P. I, Suppl. XXXI; Cramer, Obs. Tom. IV, obs. 1035 i. f.

8) A. G.O. §. 10. — Leyser, Sp. 146, m. 5.

9) A. G.O. §. 10. Der Eid ist mithin ein subsidiärer. Anders nach R. R. L. 4, §. 3 D. de in litem jurando (XII, 3).

10) A. M. Grävell, Commentar z. A. G.O. III, S. 296. Dagegen: Recht der Ford. §. 30, Nr. 5.

11) A. G.O. §. 18 a. a. O. — Leyser, Sp. 146, m. 1. Einem Cessionar kann z. B. der Eid über den ganzen Nominalbetrag der cedirten Forderung nebst Zinsen, worüber ihm der Cedent die erforderlichen Hypothekendocumente nicht verschafft, anvertraut werden, wenn auch die gezahlte Cessionsvaluta viel weniger beträgt. Pr. des Obertrib. v. 6. August 1845 (Schles. Arch. Bd. VI, S. 467).

12) A. G.O. §. 25. — A. L.R. I, 6, §§. 94, 134; I, 9, §. 459; I, 14, §. 31; I, 20, §. 192. — L. 5, §. 1, L. 4, §. 2 D. de in litem jur. (XII, 3); L. 68 D. de rei vind. (VI, 1). Ueber die Auslegung dieser Stellen s. Recht der Ford. §. 30, Nr. 8.

13) A. G.O. §. 17 a. a. O. — Anders nach G. R. L. 71 D. de rei vind. (VI, 1); L. 1, 2 C. de in litem jur. (V, 53). — Leyser, Sp. 146, m. 4.

14) Z. E. ein Erbe hat von dem Inhaber der Erbschaft, weil dieser kein

ander kommt bei diesem Eide nichts an; er kann daher auch Kindern gegen die Eltern, und Personen geringern Standes gegen Vornehme auferlegt werden, desgleichen kann er gegen die Erben des Schuldners, auch außer dem Falle eigener Böswilligkeit, stattfinden[15]). Auch der Erbe des Gläubigers kann den Eid leisten, ohne Unterschied, ob er selbst den Proceß geführt hat, oder ob der Erblasser nach rechtskräftiger Entscheidung und vor Ableistung des Eides verstorben ist, namentlich kann in dem zweiten Falle der Beklagte nicht, wie bei einem andern nothwendigen Eide, fordern, daß er nun selbst zum Eide verstattet werde, weil von ihm die Schätzung des durch ihn verursachten Schaden unter keinen Umständen ausgehen kann. Der Erbe muß in diesem Falle den Eid ganz unverändert, nicht etwa de ignorantia, schwören, d. h. er selbst muß nun schätzen[16]). Wer für unfähig erklärt worden ist, einen nothwendigen Eid zu schwören, kann gleichwohl zum Schätzungseide gelassen werden, doch nur im Falle des Betruges oder der vorsätzlichen Beschädigung (Note 16). III. Die im G. R. von dem juramentum in litem unterschiedenen verwandten Eide, nemlich das juramentum in litem veritatis, auch quantitatis, welches zur Feststellung der Summe in dem Falle dient, wenn der Grund der Forderung bewiesen ist[17]); das juramentum Zenonianum, welches weiter nichts als eine Anwendung des gewöhnlichen juramentum in litem auf den Fall der Gewalt ist[18]), werden im Pr. Rechte nicht für besondere Eide angesehen. Das s. g. juramentum quasi Zenonianum aber ist aus der gemeinrechtlichen Praxis aufgenommen[19]).

ff) Verzug (Mora).

A. L.R. I, 16, §§. 16—26, 66—71. — Die pr. Literatur hat darüber keine besondere Schrift. Aus der gemeinrechtlichen Literatur ist die Schrift von

---

Inventarium geben will, sein Interesse gefordert, und er findet nach Zuerkennung des Schätzungseides, daß die Erbschaft weit mehr als das angegebene Interesse ausmacht. Hier kann er die Wahl wieder aufgeben und den falschen Erben zwingen lassen, ein Inventarium vorzulegen. Executionsord. v. 4. März 1834, §. 9.

15) A. G.O. I, 22, §§. 13 und 14. Anders nach G. R. L. 4 C. de in litem jur. (V, 53); L. 4 pr. D. eodem (XII, 3).

16) A. G.O. I, 22, §. 16. Recht der Ford. §. 30, II, Nr. 3.

17) Dieser Eid wird im Pr. Rechte ganz richtig als ein gewöhnlicher Erfüllungseid behandelt. A. G.O. I, 13, §. 26. (3. A.) Auch gemeinrechtlich wird er, nach einer Meinung (man ist darüber nicht einig), für eine Art des Erfüllungseides gehalten.

18) L. 9 C. unde vi (VIII, 4). Recht der Ford. §. 30, Nr. III, 2.

19) A. L.R. I, 14, §§. 30—32; II, 8, §§. 452—454. Vergl. Leyser, Sp. LXVI, m. 9; Mevius, Dec. T. II, P. IX, dec. 55; Lauterbach, Tr. de nautis, §. 51; Voet, Comm. IV, 9, §. 8 u. a. Die Meinung war bestritten. De Cocceji, jur. civ. controv. L. XVI, T. 3, qu. 5.

v. Madai, die Lehre von der Mora, dargestellt nach den Grundsätzen des Röm. Rechts, gr. 8. Halle 1837, hervorzuheben, sie ist auch für das Studium der Dogmengeschichte sehr brauchbar und gibt die ältere Literatur an. Die neuere Schrift von Wolff, zur Lehre von der Mora, Göttingen 1841, ist für den genannten Zweck weniger brauchbar.

§. 474.

α) Begriff und Arten.

I. Mora (Zögerung, Verzug, cessatio, dilatio, frustratio) heißt die rechtsverletzende Unterlassung der Erfüllung einer Obligation zur gehörigen Zeit[1]). Auf die dadurch entstehenden Veränderungen in den Schuldverhältnissen bezieht sich die Lehre von der Mora. Ueber das Wesen der Mora ist unter den gemeinrechtlichen Schriftstellern Streit, viele erklären jede wider den Willen des andern eintretende oder fortgesetzte Säumnis für Mora, andere erfordern dazu noch das Merkmal der Verschuldung. Die zweite Meinung ist in dem A. L.R. angenommen[2]). Danach ist also Verzug, im rechtlichen Sinne, eine verschuldete oder zurechenbare Säumnis bei Erfüllung einer Obligation. II. Eine solche Säumnis kann ebenso auf der Seite des Gläubigers (mora accipiendi) wie auf der des Schuldners (mora solvendi) vorkommen. Eine andere Eintheilung bezieht sich auf die Entstehungsart, je nachdem eine Mahnung erforderlich ist oder nicht. In dem erstern Falle nennt man sie mora ex persona, in dem zweiten mora ex re[3]). Eine Anzahl Fälle, in welchen die Wirkungen der Mora, ohne Mahnung, eintreten, kommen auch im Pr. R. vor (§. 460); der Ausdruck der Mora wird für den Grund dabei nicht gebraucht; dieser ist auch in der That ein anderer als der Verzug: es ist eine Rechtsverletzung anderer Art, deren Begriff dem der Mora coordinirt ist.

§. 475.

β) Begründung der Mora.

Jede Mora setzt eine wirksame, d. h. fällige und klagbare Obli-

1) A. L.R. I, 16, §§. 15, 16. — L. 37 i. f. D. mandati (XVII, 1); L. 3, §. 4; L. 17, L. 21 D. de usuris (XXII, 1).

2) A. L.R. I, 16, §§. 17, 26; I, 11, §§. 833, 334; II, 7, §. 480.

3) Die mora ex re ist streitig. Die L. 32 pr., §. 1 D. de usuris (XXII, 1), L. 23 D. de verb. obl. (XLV, 1), L. 5 D. de reb. cred. (XII, 1) leugnen die mora ex re; in andern Stellen geschieht derselben Erwähnung. L. 23, §. 1 u. L. 38, §. 1 D. de usuris; L. 5 D. de minor. (IV, 4); L. 26, §. 1 D. de fideicommiss. libert. (XL, 5); L. 3, §. 2 D. de adim. leg. (XXXIV, 4); L. 3 C. in quib. caus. in integrum (II, 41); L. 7 C. de cond. ob turp. c. (IV, 7).

gation voraus[4]); eine zu frühe Einforderung ist ganz wirkungslos. Bei zweiseitigen Obligationen kann daher eine Mora nicht eher eintreten, als bis der eine Theil erfüllt hat oder zu erfüllen bereit ist[5]). I. Die mora solvendi (m. debitoris) erfordert: 1) eine Mahnung (Interpellation), d. i. eine ganz formlose gerichtliche oder außergerichtliche Anzeige des Gläubigers an den Schuldner, daß er nun die Erfüllung erwarte[6]). Der Grund dieses Erfordernisses ist, weil sonst die Rechtsverletzung nicht erkennbar, indem es mit dem Interesse und den Wünschen des Gläubigers, nach den Umständen, übereinstimmen kann, daß ihm gerade nicht am Verfalltage die Empfangnahme der Leistung zugemuthet wird. Die Anzeige (Mahnung) muß auf eine nach Zeit und Ort angemessene Art (opportuno loco) [6a]), und dem Schuldner selbst, oder, wenn er juristisch unfähig ist, dessen Stellvertreter geschehen[7]). Seitens des Gläubigers muß die Mahnung entweder persönlich oder durch einen solchen Stellvertreter geschehen, welcher sich als ein Beauftragter ausweisen kann; sonst ist der Schuldner, darauf zu hören, nicht verpflichtet[7a]). Die einmal begründete Mora geht auch auf die

4) L. 88 D. de reg. jur. (L, 17); L. 40 D. de reb. cred. (XII, 1); L. 49, §. 3; L. 127 D. de verb. obl. (XLV, 1); L. 54 D. de pact. (II, 14).

5) A. L.R. I, 16, §§. 22, 23; I, 5, §§. 232, 271. — L. 18, §. 1 D. de periculo (XVIII, 6); L. 24 C. de evict. (VIII, 24); L. 40 i. f. D. de reb. cred. (XII, 1).

6) Einige gemeinrechtliche Schriftsteller, z. B. Madihn, Princip. jur. rom. P. 1, §. 121, wollen die außergerichtliche Mahnung nicht gelten lassen. Diese Ansicht hat in der pr. Gerichtspraxis nie Anerkennung gefunden. Hymmen, VIII, 177. Mora est „magis facti quam juris.“ L. 32 pr. D. de usuris (XXII, 1). — Die Insinuation der Klage ist eine Mahnung in höherer Potenz. A. G.O. I, 7, §. 48, lit. d; A. L.R. I, 7, §. 222.

6a) (3. A.) L. 32 pr. D. de usuris: „Mora fieri intelligitur non ex re, sed ex persona, id est, si interpellatus opportuno loco, non solverit.“

7) A. L.R. I, 16, §. 21. — L. 24, §. 2; L. 32, §. 1 D. de usuris (XXII, 1); L. 24, 49, §. 2 D. de verb. obl. (XLV, 1). Nicht dem Vormundschaftsgerichte, sondern dem Vormunde eines Mündels muß die Mahnung zugestellt werden. (3. A.) Von mehreren Mitschuldnern kommt nur der Gemahnte in Verzug; sie müssen alle gemahnt werden. L. 32, §. 4 D. de usuris (XXII, 1); L. 173, §. 2 D. de reg. jur.

7a) (3. A.) Mit der Mahnung ist es wie mit der Kündigung und Abforderung. Vergl. das Erk. des Obertrib. vom 5. September 1845 und die §§. 91 u. 105, Tit. 13, Th. I A. L.R., und das Erk. des Obertrib. vom 21. Mai 1847 (Rechtsf. I, 193). Nach R. R. verlangt man gleichfalls eine Legitimation. Glück, Erläuterung der Pand., Bd. IV, S. 406. Nach einer Meinung (Unterholzner, Schuldverhältnisse, I, S. 110) soll jedoch die Mahnung gleiche Wirkung haben, gleichviel ob der für den Gläubiger Handelnde dazu beauftragt war oder nicht. Diese Meinung fußt auf die L. 24, §. 2 D. de usuris: „... Nec hoc casu per liberam personam acquiri videtur sed officium impleri.“ Dies bezieht sich jedoch auf die vorher erwähnten officia des Mandatars und des Geschäftsführers, und sicher ist unter dem letzteren nicht eine Person, die sich eine einzelne Mahnung zum Geschäft gemacht hat, sondern ein dem Schuldner bekannter

Erben über[8]). Der Mahnung bedarf es in dem Falle nicht, wenn die Zeit der Erfüllung durch Willenserklärung, oder durch richterlichen Ausspruch, oder durch Gesetz bestimmt ist[9]). 2) Auf die gehörig geschehene Mahnung muß die Erfüllung ohne rechtlichen Grund (sine justa causa)[9a]) unterblieben sein[10]). Zum Beweise dessen bedarf es nur des Beweises der äußerlich wahrnehmbaren Erfordernisse, und es ist dann Sache des Schuldners, die Gründe, durch welche gleichwohl die Mora ausgeschlossen sein soll, anzugeben und nachzuweisen[11]). Gründe, welche nur in den Umständen des Schuldners liegen, z. B. daß er arm ist, gelten nicht[12]). Als rechtliche Gründe werden angesehen: a) wenn Zeit zur Anstalt gebraucht oder durch zufällige Unmöglichkeit die Erfüllung aufgehalten wird[13]); b) wenn jemand in Staatsangelegenheiten abwesend zu sein genöthigt wird, ohne daß es ihm vorher möglich gewesen ist, die Besorgung seiner Geschäfte zu veranstalten[14]); c) wenn der Gläubiger dem Schuldner den Verlust der zu gebenden individuellen Sache geflissentlich verursacht hat[15]). II. Die mora accipiendi (m. creditoris) tritt ein, wenn der Gläubiger die Annahme der ihm am gehörigen Orte und zur gehörigen Zeit angebotenen Leistung oder die geforderte nähere Angabe des zu Leistenden[15a]) ohne zureichenden Grund verweigert[16]). 1) Das Anerbieten (oblatio) muß von der Art sein, daß der Gläubiger, wenn er wollte, die Leistung,

---

Geschäftsführer zu verstehen; denn nur von diesem läßt sich sagen: officium impleri. Wenn der Schuldner auf die Mahnung eines Menschen, von dessen Beziehungen zum Gläubiger er nichts weiß, hören müßte, so würde er in Schaden kommen, wenn er die Zahlmittel herbeischaffte und hinterdrein der Gläubiger von der Mahnung nichts wissen wollte.

8) L. 27 D. de usuris (XXII, 1); L. 87, §. 1 D. de leg. II.

9) A. L.R. I, 16, §§. 20, 67. — Diese Regel: dies interpellat pro homine, ist gemeinrechtlich bekanntlich lebhaft bestritten. — Auch bei bedingt obliegenden Zahlungen muß dem Schuldner selbst, nicht etwa bloß seinem Mandatar der Eintritt der Bedingung bekannt geworden sein. §. 68 a. a. O. Pr. des Obertrib. 1774, v. 21. August 1846.

9a) L. 21 D. de usuris; L. 99 D. de reg. jur.; L. 5 D. de reb. cred. (XII, 1).

10) L. 32 pr. D. de usuris (XXII, 1).

11) A. L.R. I, 11, §. 939; II, 7, §. 480. — Crim.Ordn. §§. 367, 373.

12) A. L.R. I, 18, §. 776. Aus L. 137, §. 4 D. de verb. obl. (XLV, 1).

13) A. L.R. I, 16, §. 2; I, 6, §. 39; I, 11, §. 96, 102, 216. — L. 21 D. de usuris (XII, 1); L. 73, 137, §§. 2—4 D. de verb. obl. (XLV, 1); L. 23, §. 1 D. de receptis (IV, 8).

14) A.G.O. I, 20, §§. 8—15; A. L.R. I, 9, §. 518. — L. 23, 17, §. 3 D. de usuris (XXII, 1).

15) A. L.R. I, 5, §. 361. — L. 6 D. de doli mali (XLIV, 4).

15a) Vergl. L. ult. C. de usur. pup. (V, 56).

16) A. L.R. I, 16, §§. 215, 216, 218. — L. 39, 72 pr. D. de solut. (XLVI, 3); L. 73, §. 2; L. 122 pr. D. de verb. obl. (XLV, 1); L. 3, §. 4 D. de act. emti (XIX, 1). Vergl. L. 4 C. de usuris pup. (V, 56).

sowie sie ihm gebührt, auf der Stelle empfangen könnte. Danach bestimmt sich von selbst, inwiefern ein bloß wörtliches Anbieten genügt. Hat der Schuldner an dem Aufenthaltsorte des Gläubigers eine bewegliche Sache zu geben oder eine Handlung zu leisten, so muß er alles, was dazu gehört, mitbringen; muß aber der Gläubiger sich zur Empfangnahme an einen andern Ort verfügen, so genügt die Anzeige: daß dort alles zur Erfüllung bereit sei[16a]). Ein diesen Erfordernissen nicht entsprechendes Anbieten ist wirkungslos. Die Deposition ist in keinem Falle zur Begründung der Mora erforderlich[17]). 2) Vor dem Verfalltage kann die Erfüllung nur in dem einen Falle mit Erfolg angeboten werden, wenn der Termin bloß zum Besten des Schuldners bestimmt ist. 3) Von den Gründen gilt im allgemeinen das für die mora solvendi Anerkannte. Als besondere Gründe sind anerkannt, wenn das Anerbieten zur ungehörigen Zeit, oder an einem ungehörigen Orte[17a]), oder an einem ganz anderen als dem verabredeten Orte[17b]), oder nur auf einen Theil der Leistung[17c]) gemacht wird. Zweifelhafte Gründe entschuldigen nicht[18]).

§. 476.

γ) Wirkungen der Mora.

I. Gemeinschaftliche Wirkung der Mora ist, daß keinem Theile seine Mora zum Vortheile gereichen kann[19]); so lange beide Theile gleichzeitig im Verzuge sind, ist auf keiner Seite eine wirksame Mora vorhanden[19a]). II. Die Folgen der Mora des Schuldners sind: 1) Der Schuldner überkommt in Fällen, wo die Gefahr nicht schon aus einem allgemeinen Grundsatze bei ihm ist, die Gefahr des Zufalls, d. h. die zufällige Unmöglichkeit der Erfüllung befreit

16a) L. 3, §. 4 D. de act. emti vend. (XIX, 1); L. 72, §. 3 D. de solut. (XLVI, 3).

17) Die Meinungen nach G. R. hierüber, sowie über die Erfordernisse der Oblation, sind getheilt. S. Recht der Ford. §. 33. Madai a. a. O. §§. 37, 38 und 41.

17a) (3. A.) L. 39 D. de solut. (XLVI, 3); A. L.R. I, 16, §. 56.

17b) L. 122 pr. D. de verb. obl. (XLV, 1). Das gleichzeitige Erbieten zur Entschädigung wegen des Unterschiedes macht die Ablehnung des Gläubigers nicht ungerechtfertigt, weil ihm wider seinen Willen so wenig ein anderer Ort wie ein anderer Gegenstand aufgedrängt werden kann.

17c) A. L.R. I, 16, §. 57. — L. 31, §. 1 D. de usuris (XXII, 1).

18) A. L.R. I, 16, §. 218; L. 72 D. de solution. (XLVI, 3). — si — sine justa causa — accipere recusavit. Vergl. L. 4. C. de usur. pup. (V, 56).

19) A. L.R. I, 3, §. 35; L. 37 i. f. D. mandati (XVII, 1).

19a) A. L.R. I, 16, §§. 22—25 u. m. Anm. 18 dazu. Vergl. L. 51 pr. D. de act. emti (XIX, 1).

ihn nicht mehr oder vielmehr vernichtet den Vertrag nicht mehr (§. 466, II); doch mit dem Unterschiede, daß ihm bei solchen Obligationen, die nicht durch unerlaubte Handlungen entstanden sind, ein Zufall, der die Sache ebenso auch bei dem Gläubiger getroffen haben würde, nicht schadet (§. 466, III, 3). Diese Ausnahme muß der Schuldner einwenden und beweisen. 2) Bei alternativen Obligationen verliert der Schuldner die Wahl erst dann, wenn er es zur Execution kommen läßt (§. 454, III). 3) Vom Eintritt der Mora an muß der Schuldner, nach Maßgabe seiner Verschuldung[20], das Interesse des Gläubigers leisten. Doch werden bei Geldschulden, ohne weitere Unterscheidung der Grade des Versehens, landübliche Zinsen als das Interesse des Gläubigers dem Schuldner auferlegt, und nur wenn der Gläubiger ein höheres Interesse fordert, ohne daß ein solches auf den Fall der Mora besonders ausbedungen worden, wird Dolus oder grobes Versehen als Ursache der Mora neben hinlänglichen Mitteln vorausgesetzt (§. 460, III, 1, a). Verabredete Bußen aber sind unbedingt mit dem Eintritt jeder Zögerung verfallen[20a]. Das gleiche gilt von Zinsen, welche auf den Fall einer zur bestimmten Zeit nicht erfolgenden Zahlung verabredet worden sind[20b]. 4) Der Gläubiger kann in folgenden Fällen von dem Vertrage zurücktreten: a) wenn der Schuldner ohne rechtmäßigen Grund die Erfüllung verweigert, und der Weigerungsgrund von dem Richter verworfen worden ist[21]; b) bei Käufen über bewegliche Sachen unter 50 Thlr., wenn der Käufer innerhalb der bestimmten Frist die Sache nicht abholt, oder wenn er, ohne Rücksicht auf die Beschaffenheit der Sache und den Betrag des Kaufpreises, das nicht creditirte Kaufgeld bei der Uebergabe nicht zahlt[22]; c) bei Käufen nach Maß und Gewicht, wenn daran etwas bei der Uebergabe fehlt und das Fehlende nicht bis zum Ablaufe der Zeit

---

20) A. L.R. I, 16, §§. 17, 26. Ist ganz abweichend vom G. R. Auch diejenigen, welche das Merkmal der Culpa bei der Mora fordern, verlangen nur Zurechnung überhaupt, um alle Folgen der Mora eintreten zu lassen.

20a) (3. A.) A. L.R. I, 5, §. 305; L. 12 C. de contr. et committ. stip. (VIII, 38).

20b) L. 9, §. 1; L. 17, §. 4 D. de usuris (XXII, 1). Vergl. L. 12 D. eod.

21) A. L.R. I, 5, §. 397. Dieser Fall ist ganz unpraktisch, weil erst darüber ein Proceß geführt werden soll: ob der Weigerungsgrund rechtmäßig oder nicht. Vergl. unten §. 568, Note 10.

22) A. L.R. I, 11, §§. 229, 230, 226. S. unten §. 676, Note 1. Warum es hier, im §. 229, bei Bestimmung der Summe unter, und nicht, wie bei der Nothwendigkeit der schriftlichen Form, nicht über 50 Thlr. heißt, ist nicht erfindbar. Sicher hat man doch bei dieser Bestimmung (§. 229 d. T.) jene Grenze im Sinne gehabt.

herbeigeschafft wird[23]); d) bei jeder nothwendigen Subhastation, wenn das Kaufgeld nicht zu der bestimmten Zeit bezahlt wird[24]); e) bei dem Verdingungs- und bei dem Verlagscontracte, wenn das bedungene Werk durch Saumseligkeit des Werkmeisters oder Verfassers nicht zur bestimmten Zeit abgeliefert wird[25]); f) bei dem Miethe- und Pachtcontracte, wenn die Sache dem Pächter oder Miether nicht bedungenermaßen, also nicht zur gehörigen Zeit und nicht in der verabredeten Beschaffenheit, übergeben wird; und auf der andern Seite, wenn der Miether oder Pächter mit dem Zinse für zwei Termine in Mora ist[26]). Die von einigen Neuern behauptete allgemeine Wirkung der Mora, daß der Gläubiger allemal, wenn ihm die Leistung unnütz geworden, vom Vertrage abgehen könne[27]), ist nicht anerkannt. III. Die mora accipiendi hat folgende Wirkungen: 1) Hinsichtlich der Gefahr des Zufalls treten, nach A. L.R., nur im Falle einer verschuldeten Mora gewisse nachtheilige Folgen ein, welche sich im allgemeinen nach dem Grade der Verschuldung bestimmen. Bei einigen Rechtsgeschäften finden sich besondere Bestimmungen. a) Bei dem Kaufe wird zwischen dem gänzlichen Untergange und der Verschlimmerung der Sache unterschieden. Zufällige Verschlimmerungen treffen den säumigen Käufer ohne Unterschied des Grades der Verschuldung; im Falle des gänzlichen Untergangs der Sache soll der Käufer gleichfalls schon bei jeder Saumseligkeit den Verkäufer schadlos halten, das Kaufgeld aber soll er erst bei der aus einem mäßigen Versehen entstandenen Zögerung zu zahlen schuldig sein[28]). b) Bei Verträgen über ein verdungenes Werk soll, ohne daß ein Unterschied nach den Graden der Verschuldung gemacht wird, der Besteller, wenn er die Uebernehmung des fertigen Werks ohne rechtlichen Grund verzögert, alle Gefahr tragen und noch überdies für den Lohn Zögerungszinsen

23) Ebend. §§. 207—209. Die mangelhafte Uebergabe darf aber noch nicht angenommen sein, sonst findet aus diesem Grunde der Rücktritt nicht statt. §. 210. Es kann nur Nachlieferung gefordert werden.

24) Ebend. §. 346. Die Resubhastation ist danach nicht die Execution eines rechtskräftigen Urtels, sondern der Rücktritt von dem Contracte. Damit stimmt auch der §. 62, I, 52 der A.G.O. Wegen der Fassung des §. 63 ebend. ist es aber zweifelhaft.

25) A. L.R. a. a. O. §§. 938 u. 1001. Bei Verträgen über Handlungen überhaupt. §. 568, IV.

26) A. L.R. I, 21, §§. 272, 273, 298. Vergl. L. 2 C. de jure emph. (IV, 66) und c. 4 X. de loc. (III, 18): „... quum in hoc casu dies pro domino interpellet."

27) Thibaut, System, §. 99, II, 5. — Glück, Commentar, IV, §. 330, S. 417. — Angenommen im Code civil, Art. 1184.

28) A. L.R. I, 11, §§. 98, 102 u. 103. — Die Schadloshaltung für den Verlust der Sache muß hier also doch geringer gedacht sein als das Kaufgeld.

zahlen, auch allen sonstigen aus der Zögerung folgenden Nachtheil oder die durch längere Aufbewahrung des Werks entstandenen Kosten ersetzen[29]). c) Bei alternativen Obligationen und bei obligationes generis treten, nach geschehener Wahl oder Aussonderung der zu gebenden generischen Stücke, dieselben Grundsätze wie bei dem Kaufe einer bestimmten Sache ein, weil nunmehr das Genus gleichfalls in eine Species verwandelt worden ist[30]); ist noch keine Wahl getroffen, so hat der Schuldner die Wahl, entweder die Sachen oder den zur Zeit der Anbietung gestandenen Werth zu geben[31]). Will der Schuldner sich von der Gefahr des Zufalls befreien, so muß er deponiren[32]). 2) Der Schuldner wird von der Haftung für ein mäßiges Versehen befreit, er bleibt nur noch für Vorsatz und grobes Versehen verhaftet[33]). 3) Der Schuldner wird von den nachtheiligen Folgen seiner eigenen schon begründet gewesenen Mora wieder befreit[34]), mithin fallen die nur in der Mora gegründeten Zinsen und Strafen weg[35]); wo ein anderer Rechtsgrund als Mora die Verbindlichkeit zur Zinsenzahlung bedingt, wird darin durch die mora accipiendi nichts geändert[36]).

§. 477.

δ) Tilgung der Mora (purgatio morae).

I. Die Mora des Schuldners mit ihren nachtheiligen Wirkungen hört auf: 1) Durch vollständige Tilgung der Hauptobligation, welches den Sinn hat, daß, wenn der Gläubiger über die Haupt-

29) Ebend. §§. 939, 940. Ueber die Anwendung s. Recht der Ford. §. 34, Nr. III, B, Bd. I, S. 363 ff.

30) Recht der Ford. a. a. O. S. 366 ff. — L. 105 D. de verb. obl. (XLV, 1); L. 72 pr. §. 4 D. de solut. (XLVI, 3).

31) A. L.R. I, 11, §§. 859, 860; II, 7, §. 479. Nach L. 3, §. 4 D. de act. emti (XIX, 1) muß der Gläubiger sich mit dem niedrigsten Preise aus der Zwischenzeit begnügen, wie er umgekehrt im Falle der mora solvendi den höchsten fordern kann. Vergl. L. 37 D. mandati (XVII, 1).

32) A. L.R. I, 11, §. 99; I, 16, §§. 229, 234. Hierüber und über die abweichende Meinung anderer s. Recht der Ford. a. a. O. S. 368.

33) A. L.R. I, 11, §§. 98, 112. — L. 5, 17 D. de periculo (XVIII, 6); L. 9 D. sol. matrim. (XXIV, 3). — A. L.R. I, 6, §. 21.

34) A. L.R. I, 16, §§. 24, 25. — L. 161 D. de reg. jur. Man kann diese Wirkung auch als eine Folge der purgatio morae ansehen.

35) A. L.R. I, 16, §. 229. Um diese Wirkung hervorzubringen, ist es durchaus nicht nöthig, daß der Schuldner von der ihm zustehenden Befugnis (nicht obliegenden Pflicht) der Deposition Gebrauch mache.

36) A. L.R. I, 11, §§. 111, 112. — L. 7 D. de usuris (XXII, 1). Pr. des Obertrib. 1029, vom 20. August 1841, wonach z. B. der Käufer eines Grundstücks, welchem die Uebergabe gehörig geleistet wird, von der Verbindlichkeit, das rückständige Kaufgeld vom bestimmten Zahlungstage ab zu verzinsen, dadurch nicht frei wird, daß der Verkäufer die Annahme der Zahlung versäumt oder aus unerheblichen Gründen ablehnt.

ſchuld ohne Vorbehalt quittirt, die bis dahin entſtandenen Verzugszinſen für erlaſſen angeſehen werden (§. 460, III, 2; §. 462, Note 6). Daſſelbe gilt auch von der Tilgung der Schuld durch Novation[37]), ſelbſt unter einer Bedingung[38]), da in der bedingten Novation jedenfalls zugleich eine Friſtbewilligung enthalten iſt. 2) Durch Friſtbewilligung, wofür jedoch ein ſtillſchweigendes Verhalten des Gläubigers nach eingetretener Säumnis des Schuldners, oder die Annahme von Abſchlagszahlungen in der Regel nicht angeſehen wird[39]). Eine Ausnahme gilt bei Erbzinsgütern, wo die nachtheiligen Folgen der verzögerten Zinszahlung durch Annahme einer Abſchlagszahlung auf den Zinsrückſtand für erlaſſen erachtet werden[40]). 3) Durch gehörige Anbietung der Leiſtung, wenngleich dadurch der Gläubiger nicht in eigentliche Mora verſetzt wird[41]). 4) Durch jede ſpätere Mora des Gläubigers[42]). In allen dieſen Fällen, wo die Hauptobligation fortbeſteht, fallen nur für die Folge die Wirkungen der Säumnis weg, die bis dahin begründeten Rechte des Gläubigers werden durch die purgatio morae nicht aufgehoben[43]). II. Der Gläubiger hebt ſeine mora accipiendi auf durch die dem Schuldner angezeigte thatſächliche Bereitſchaft zur Empfangnahme der Leiſtung. Mit dieſem Zeitpunkte fallen die Folgen der Säumnis auf den Schuldner zurück. III. Gleichzeitige Mora beider Theile hebt ſich gegenſeitig auf, weil keiner dem andern wegen Nichterfüllung etwas vorzuwerfen hat, wie z. E. in dem Falle, wo beide Theile an einem dritten Orte zuſammenkommen müſſen und keiner ſich einfindet[44]). Bei ungleichzeitiger Mora

37) L. 8 pr.; L. 18 D. de novat. (XLVI, 2); L. 72, §. 2 D. de solut. (XLVI, 3); L. 29, §. 1 D. de verb. obl. (XLV, 1); L. 17 D. de cond. furt. (XIII, 1).

38) L. 14 pr. D. de novat. (XLVI, 2); L. 72, §§. 1, 3 D. de solut. (XLVI, 3). — Die Anſichten darüber waren ungleich. Vergl. L. 31 pr. D. de novat., und L. 56, §. 8 D. de verb. obl. (XLV, 1).

39) A. L.R. I, 16, §§. 70, 69, 58. — L. 29 pr. D. de verb. obl. (XLV, 1).

40) A. L.R. I, 18, §. 777. War vor dem A. L.R. ſtreitig und iſt jetzt, nach dem Geſetze vom 2. März 1850, obſolet. S. Bd. I, §§. 309—316.

41) L. 73, §. 2 D. de verb. obl.; L. 91, §. 3 D. eod. (XLV, 1). (3. A.) Bei dieſer Anbietung verſteht ſich, daß der Schuldner zugleich das Intereſſe wegen des bisherigen Verzuges mit anbieten muß; ſonſt kann der Gläubiger eine ſolche theilweiſe Anbietung mit Recht zurückweiſen.

42) A. L.R. I, 16, §§. 24, 25. — L. 17 pr. D. de periculo (XVIII, 6).

43) A. L.R. I, 16, §§. 24, 70. — L. 23 pr. D. de receptis (IV, 8); L. 31 pr. D. de novat. (XLVI, 2); L. 17 D. de periculo (XVIII, 6).

44) A. L.R. I, 16, §. 22. — L. 51 pr. D. de act. emti (XIX, 1). — L. 17, §. 3; L. 19, §. 1 D. de usuris (XXII, 1). — Fritz, über die gleichzeitige Mora des Gläubigers und des Schuldners (Archiv für civil. Prax. Bd. X, S. 155 ff.).

beider Theile kommt es auf die jüngste an, nur müssen die schon entstandenen Folgen der ältern von demjenigen, durch dessen Säumnis sie entstanden sind, getragen werden; ist nicht zu ermitteln, welche Folgen die ältere Mora gehabt hat, so wird nur auf die spätere Zögerung gesehen[45]).

§. 478.

c) Privatstrafen.

Privatstrafen sind solche Folgen einer Rechtsverletzung, welche von der Ausgleichung der Rechtsverletzung selbst unabhängig sind und mithin den Verletzten bereichern. Im Pr. R. sind sie selten, weil an ihre Stelle in den allermeisten Fällen eine öffentliche Strafe getreten ist. Sie kommen nur noch vor: 1) bei Forstdefraudationen[1]); 2) im Eherechte bei Ehescheidungen und bei dem ungerechtfertigten Rücktritte von einem Ehegelöbnisvertrage[2]); 3) bei dem Erbzinsvertrage, wenn der Laudemialberechtigte durch Simulation einer geringern Kaufsumme bevortheilt worden ist[3]); 4) bei Beschädigungen durch Vieh[4]).

4. Nebenbestimmungen des Gegenstandes.

§. 479.

a) Zeit der Erfüllung.

Die Zeit der Erfüllung einer Verbindlichkeit ist entweder ausdrücklich verabredet, oder nicht. Das erstere kann durch Festsetzung eines bestimmten Tages (dies, Termin), oder auch so geschehen, daß die Zeitbestimmung einem der Contrahenten überlassen wird. I. Ist die Zeit ganz unbestimmt geblieben, so kann der Schuldner sogleich leisten und der Gläubiger kann die Erfüllung sogleich for-

---

45) A. L.R. I, 16, §§. 24, 25. — L. 17 D. de periculo (XVIII, 6); L. 24 D. de receptis (IV, 8), und Note 41.

1) Ges. v. 2. Juni 1852 (G.S. S. 305). — C. W. Hahn, das Holzdiebstahlsgesetz vom 2. Juni 1852, mit Motiven, Kammerverhandlungen, Commentar und Beilagen. gr. 8. Breslau 1852.

2) A. L.R. II, 1, §§. 783, 112. Gilt nicht in Nichtigkeitsfällen.

3) A. L.R. I, 18, §. 725. Auf andere laudemialpflichtige Grundstücke, die nicht ursprünglich durch Erbzins- oder Zinscontract (§. 815 a. a. O.) überlassen worden sind, findet dies keine analoge Anwendung. Pr. des Obertrib. 2051, v. 13. Septbr. 1848. Nachdem das Obereigenthum des Erbzinsherrn, mit Vorbehalt der Abgabe, durch das Gesetz vom 2. März 1850 aufgehoben und dem Erbzinsmanne das volle Eigenthum beigelegt worden ist, läßt sich der Wegfall dieser Strafbestimmung, als eines Ausflusses der Oberherrlichkeit, außer der vorbehaltenen Abgabe, behaupten.

4) Recht der Forder. §. 397, Bd. III, S. 974. Feldpolizeiordn. v. 1. Nov. 1847, §§. 8 u. 11. (G.S. S. 377.)

dern[1]); wenn der Schuldner die Fälligkeit nicht einräumt, so hat der Richter nach seinem Ermessen, mit Rücksicht auf Umstände und Zweck, darüber zu befinden[2]). Erfordert die Erfüllung vorher zu treffende Anstalten, so verurtheilt der Richter den Beklagten zwar, jedoch unter Beifügung einer angemessenen Frist (tempus legitimum), welche bei einseitigen Geldobligationen auf drei Monate, und wenn die Summe nicht mehr als 50 Thlr. beträgt, auf vier Wochen gesetzlich bestimmt ist[3]). Eine Ausnahme machen die Verbindlichkeiten aus wohlthätigen Verträgen, bei welchen die Erfüllung von der Willkür des Schuldners abhängt, mithin bis zu dessen Tode aufgeschoben werden kann, soweit das eingeräumte Recht durch den Aufschub nicht wieder vereitelt wird[4]). II. Ist ein Tag verabredet, so wird im Zweifel angenommen, daß der Schuldner den ganzen Tag für sich habe, so daß erst mit dem Ablaufe desselben Verzug und Grund zur Klage eintritt[5]). Eine in unbestimmten Ausdrücken angedeutete nahe Zeit berechtigt den Gläubiger, sofortige Leistung zu fordern[6]); unter einer Bestimmung nach wiederkehrenden Zeitabschnitten in der Mehrheit, ohne Angabe der Zahl, werden zwei verstanden[7]). Das R. R. betrachtet die Frist als eine Begünstigung des Schuldners, daher ihm freisteht, schon früher zu leisten[8]), wenn nicht die entgegengesetzte Absicht der Parteien erhellet[9]). Das A. L.R. hat die römische Regel nur bei Legaten beibehalten[10]), sonst aber dem Termine nicht die Bedeutung einer Fristbewilligung beigelegt, sondern angenommen, daß bei der Verabredung der Vortheil beider Theile beabsichtigt worden sei, weshalb

---

1) A. L.R. I, 16, §. 20; I, 11, §§. 92, 215, 221, 934, 1000—1004. — L. 14, 186 D. de reg. jur.; L. 41, §. 1; L. 137, §. 3 D. de verb. obl. (XLV, 1). (3. A.) Nur darf keine unpassende Zeit gewählt werden. Vergl. L. 39 D. de solut. (XLVI, 3).

2) A. L.R. I, 5, §§. 230 u. 231.

3) A. L.R. I, 11, §§. 761, 762. — L. 105 D. de solut. (XLVI, 3). S. oben §. 460, Note 5. Die Abweisung zur Zeit bei einer unbedeutenden plus-petitio tempore ist unrechtfertig. S. unten §. 482 a. E. Die Vorausbezahlung der Zinsen enthält eine stillschweigende Zeitbestimmung. Anm. 22 zu §. 463.

4) A. L.R. I, 5, §. 233. Vergl. I, 4, §. 103; I, 14, §§. 178, 196.

5) A. L.R. I, 5, §. 241; I, 3, §. 47. — L. 42 D. de verb. obl. (XLV, 1); §. 2 J. eod. (III, 16); §. 26 J. de inutil. stipul. (III, 20).

6) A. L.R. I, 5, §. 235. Dergleichen Ausdrücke sind z. E. „ehestens", „nächstens", „bald", „in diesen Tagen".

7) L. 217, §. 1 D. de verb. signif. (L, 16); L. 17, §. 3 D. de manumissis test. (XL, 4).

8) L. 70; L. 98, §. 4 D. de solut. (XLVI, 3); L. 38, §. 16; L. 41, §. 1; L. 137, §. 2 D. de verb. obl. (XLV, 1); L. 17 D. de reg. jur.

9) L. 15 D. de annuis leg. (XXXIII, 1); L. 122 pr. D. de verb. obl.

10) A. L.R. I, 12, §. 330. Folgerecht muß sie auch für den Schenker gelten.

die Leistung vor der Zeit nicht angenommen zu werden brauche[11]). Die ohne Zustimmung des andern zu früh geschehene Leistung befreiet den Schuldner nicht, er muß für den die gegebene Sache bis zum Termine treffenden Zufall haften und die zu früh geleistete Handlung zur bestimmten Zeit wiederholen, oder, wenn dieses nicht mehr angeht, den Gläubiger schadlos halten. Annahme der Leistung vor der Zeit ohne Vorbehalt gilt für stillschweigende Genehmigung, und irrthümlich zu früh geschehene Leistung kann gar nicht zurückgefordert werden[12]). Vor der Zeit einfordern darf der Gläubiger, wenn der Termin bloß zu seinem Vortheile bestimmt ist (Note 9), und wenn er durch Veränderung der Umstände des Schuldners in Gefahr kommt, bis zum Ablaufe der Zeit seine Forderung zu verlieren; weshalb in diesem Falle der Schuldner bis dahin auch durch Sicherstellung Genüge leisten kann[12a]). III. Ist die Zeit der Erfüllung in die Willkür des Schuldners gestellt, so tritt der Verfalltag erst mit dem Tode desselben für den Erben ein, wenn alsdann, nach der Natur der Sache, die Erfüllung noch möglich ist; der Schuldner darf jedoch die künftige Erfüllung nicht geflissentlich unmöglich machen, sonst haftet der Erbe für Schadenersatz[13]). Zweifelhafte Ausdrücke, z. E. daß der Schuldner nach Möglichkeit oder nach Gelegenheit erfüllen solle, werden so ausgelegt, daß, wenn das Rechtsverhältnis erst durch denselben Vertrag gegründet worden, die Zeit von der Bestimmung des Schuldners abhängen solle, wenn aber die Verbindlichkeit schon vorher bestand, die Zeit unbestimmt geblieben (I)[14]). IV. Ist die Erfüllung zu fordern ausdrücklich in die Willkür des Gläubigers gestellt, so kann er den Gebrauch seines Rechtes so lange hinausschieben, wie er will, ohne daß dasselbe verjährt[15]).

---

11) A. L.R. I, 5, §. 241; I, 11, §. 758 u. I, 16, §. 56. Dieses wurde schon von einigen gemeinrechtlichen Schriftstellern behauptet. Bayer ad Tit. D. de solut. Nr. 25; Schulz, de obl. et obsignat., cap. IV, Nr. 24. — Berger, Consil., Nr. 1056, Arg. 1.

12) A. L.R. I, 5, §§. 242—246.

12a) Ebend. §. 378; I, 11, §§. 759, 760; I, 20, §§. 441, 462; A.G.O. I, 29, §. 12. Wird auch nach G. R. angenommen.

13) A. L.R. I, 5, §§. 238, 239, 240. — Das R. R. hatte denselben Grundsatz bei Vermächtnissen und bei Freilassungsversprechungen. L. 41, §. 13 D. de leg. III; L. 9 D. qui sine manumiss. (XL, 8); L. 11, §. 6 D. de leg. III; L. 4 D. locati (XIX, 2). — (3. A.) Bei andern Schuldverpflichtungen galt eine solche Zeitbestimmung für eine Bedingung. L. 46, §. 2 D. de verb. obl. (XLV, 1). Das A. L.R. ist einer abweichenden Meinung gefolgt. Vergl. Wernher, Sel. obs., P. III, obs. 113.

14) A. L.R. I, 5, §§. 236, 237. Wurde schon nach G. R. angenommen. Gmelin, von Aufsätzen über Verträge, §. 31, S. 55.

15) A. L.R. I, 11, §. 317. — L. 48 D. de verb. obl. (XLV, 1).

§. 480.

b) Ort der Erfüllung.

I. Die subsidiarischen Bestimmungen des A. L.R. über den Ort der Erfüllung weichen von dem R. R. ganz ab. Die allgemeine Regel ist, daß die Erfüllung an dem Orte geschehen muß, wo der Schuldner zur Zeit der Fälligkeit der Verbindlichkeit sich aufhält[16]). Davon gelten folgende, die Regel fast aufhebende, Ausnahmen: 1) Wenn der Schuldner in Mora ist und der Gläubiger seinen Aufenthalt verändert, so muß der Schuldner die dadurch entstehenden Nachtheile dem Gläubiger erstatten[17]). 2) Die Verbindlichkeit zur Leistung einer Handlung ist an dem Orte zu erfüllen, wo der Schuldner zur Zeit des geschlossenen Vertrages gewohnt hat[18]). 3) Soll eine bewegliche Sache gegeben werden, gleichviel ob ein Genus oder eine Species, so muß es an dem Orte geschehen, wo der Gläubiger zur Zeit der Entstehung der Obligation wohnte[19]), und zwar, wenn eine Geldsumme gegenzuleisten ist, muß die Zahlung an demselben Orte geleistet und angenommen werden[20]). 4) Bei Darlehen, welche eingetragen sind, hat der Schuldner in dem Falle, wenn der Gläubiger seinen Wohnort nach Schließung des Contracts verlegt hat, die Wahl, entweder an dem vorigen Wohnorte des Gläubigers, oder da, wo das Hypothekenbuch befindlich, zu zahlen[20a]). Zahlungen, die sich nicht auf Verträge gründen, sind nur da, wo der Schuldner wohnt, zu leisten[20b]); desgleichen Wechselzahlungen[20c]). II. Ist über den Ort eine Verabredung vorhanden, so muß der Richter die unklaren Bestimmungen nach den allgemeinen Auslegungsregeln, mit Rücksicht auf die Natur des Geschäfts oder auf die sonst deutlich erhellende Absicht der Contrahenten, ergänzen[21]). Sind mehrere Orte alternative be-

16) A. L.R. I, 5, §. 249 und I, 16, §. 27.

17) A. L.R. I, 16, §. 16. Es wird z. B. die in Folge der Mora nöthig gewordenen Reise- und Transportkosten ersetzen müssen, aber doch nicht gehalten sein, an einem andern Orte zu leisten, d. h. die Gefahr des Transports zu tragen.

18) A. L.R. I, 5, §. 250.

19) Ebend. §. 248; I, 11, §§. 94, 769—777.

20) A. L.R. I, 11, §. 93. Beiderseitige Leistungen geschehen Zug um Zug.

20a) Ebend. §. 774. Auf andere Hypothekenschulden ist dies nicht auszudehnen. Pr. 734, vom 7. October 1839.

20b) (3. A.) A. L.R. 1, 16, §. 52. Auch bei Expropriationen? Nein, da kommt die Regel von der Uebergabe unbeweglicher Sachen zur Anwendung. Wo solche übergeben worden, ist auch die Zahlung des Preises zu leisten.

20c) A. D. W.O. Art. 4, Nr. 8 und Art. 97.

21) A. L.R. I, 5, §. 217. Das ist eigentlich nicht eine Ergänzung von Parteibestimmungen, sondern eine gewöhnliche Rechtsfindung oder Erkenntnis des Ausgemachten.

stimmt, so hat im Zweifel der Schuldner die Wahl[22]), und im Falle der Execution muß auf den Ort gesehen werden, der dem Schuldner am vortheilhaftesten ist. Ueber den Fall, wenn mehrere Orte conjunctim genannt sind, findet sich keine besondere Bestimmung. Nach allgemeinen Grundsätzen ist dann zu unterscheiden, ob die Leistung theilbar oder untheilbar ist. Bei theilbaren Leistungen kann der Schuldner, vermöge der ihm in der Regel zustehenden Wahl, an jedem Orte einen von ihm selbst zu bestimmenden Theil abtragen; bei untheilbaren Leistungen ist die conjunctive Ortsbestimmung für eine alternative zu nehmen[23]). III. Wird die Erfüllung an dem bestimmten Orte unmöglich, so kommen die Grundsätze von der Unmöglichkeit der bestimmten Art der Erfüllung zur Anwendung[24]).

5. Beschränkung des Gegenstandes.

§. 431.

A. Durch Erfolglosigkeit des Zwanges.

Die Execution (§§. 201, 202), welche dem Gläubiger zu seinem Rechte verhelfen soll, kann nur unter der Voraussetzung zum Zwecke führen, daß der Schuldner hinlängliche Mittel hat, gerecht zu werden; fehlt es daran, so hat die Forderung insoweit keine thatsächliche Geltung, sie vermindert sich factisch um so viel, als der Schuldner zu wenig hat[1]). Die christliche Sitte hat im Verlaufe der Zeit das strenge Recht so gemildert, daß der Schuldner auch nicht gänzlich bloß gestellt werden darf: ihm und seiner Familie müssen die täglichen Kleider und Leibwäsche, den Kranken und Wöchnerinnen die ihnen zum Gebrauch dienenden Betten[2]), und, wenn es sich um Einziehung von öffentlichen Abgaben und Gerichtskosten handelt, überhaupt die nothwendigsten Betten und Kleider, das un-

22) Ebend. §. 251. Wie nach R. R., nur mit der Abweichung, daß die Wahl nicht schon mit Anstellung der Klage aufhört. L. 38 D. de judiciis (V, 1); L. 47, §. 1 D. de leg. I; L. 22 D. de rebus cred. (XII, 1); L. 12, §. 1 D. depositi (XVI, 3); L. 11, §. 1 D. ad exhib. (X, 4); L. 3, §. 4 D. de act. emti (XIX, 1).

23) Vergl. L. 2, §. 4 D. de eo quod certo loco (XIII, 4).

24) A. L.R. I, 5, §. 369. S. oben §. 366, Note 19 u. 27.

1) Darauf bezieht sich die Paroemie: wo nichts ist, da hat der Kaiser sein Recht verloren.

2) Conc.Ordn. §. 143. C.O. vom 13. Decbr. 1836 (G.S. 1837, S. 1). Ueber den Anlaß zu dieser C.O. s. Jur. Wochenschr. Jahrg. 1837, S. 98. — V. v. 13. Octbr. 1843 (G.S. S. 336); C.O. v. 28. Decbr. 1848 (G.S. 1849, S. 52). Ueber die Privilegien der Militärpersonen und Beamten bei Auspfändungen: Anh. z. A.G.O. §§. 155, 156; C.O. v. 8. Novbr. 1831 (G.S. S. 250); C.O. v. 4. Mai 1837 (G.S. S. 98); C.O. v. 9. März 1839 (G.S. S. 93); C.O. v. 11. Decbr. 1831 (G.S. 1832, S. 2).

entbehrliche Hausgeräth und ein Stück Melkvieh gelassen werden[3]). Hinsichtlich dessen, was der Gläubiger nicht zur Geltung bringen kann, darf er den Schuldner durch Personalarrest anhalten, mittelst Arbeit und Anstrengung seiner Kräfte das Fehlende herbeizuschaffen; und das letzte Mittel ist endlich, daß er den Schuldner, bei der Entlassung aus der in der Regel auf Ein Jahr eingeschränkten persönlichen Haft, zum eidlichen Angelöbnis zwingen kann, daß er, sobald es ihm irgend möglich sein werde, seinen Gläubiger befriedigen wolle[4]).

B. Durch Stundung.

§. 482.

a) Freiwillige.

Ein pactum de non petendo kann auch auf eine bestimmte Zeit geschlossen werden (p. de n. p. temporale), welches eine exceptio pacti dilatoria begründet[5]). Nach altem R. R. wurde der Kläger, wenn er früher klagte, für immer abgewiesen, zur Strafe der pluspetitio tempore; nach einer Constitution von Zeno sollte er zur Strafe noch einmal so lange warten, nach Justinianeischem[6]) und heutigem Rechte aber wird der Kläger zur Zeit abgewiesen, nach der Praxis auch, wenn die Zeit nicht lang ist, der Beklagte mit der entsprechenden Fristbestimmung verurtheilt und der Kläger in die Proceßkosten genommen, die ihm der Beklagte nur dann zu erstatten hat, wenn er nicht pünktlich Genüge leistet[6a]).

b) Unfreiwillige.

§. 483.

aa) Terminalzahlung.

In der Regel ist der Gläubiger nicht schuldig, Theilzahlungen anzunehmen[7]). Davon gelten folgende Ausnahmen: 1) Wenn eine Schuld zufällig auf mehrere kommt, welche nur nach Theilen haften, so muß der Gläubiger von jedem dessen Antheil einzeln anneh-

3) C.D. vom 30. Novbr. 1825, und R. vom 27. October 1825 (Jahrb. Bd. XXVI, S. 389.

4) A.G.D. I, 24, §§. 142, 146. — C.D. v. 5. Juli 1832 (G.S. S. 176). Eidesweigerung hat Zwang durch Fortsetzung der Haft zur Folge.

5) L. 27, §. 1 D. de pactis (II, 14).

6) §. 10 J. de exceptionibus (IV, 13).

6a) Das läßt sich dadurch rechtfertigen, daß dem Kläger nur das abzuerkennen ist, was er tempore zu viel fordert. Die röm. Strafen der pluspetitio fallen, mit Ausnahme der Kosten, weg.

7) A. L.R. I, 16, §. 58. — Vergl. §. 1 J. quib. mod. tollit. (III, 29); L. 41, §. 1 D. de usuris (XXII, 1).

men[8]). Ist von Anfang mit mehreren ein Rechtsverhältnis dergestalt eingegangen, daß jeder nur für seinen Theil haftet, so ist eigentlich keine getheilte Schuld, sondern es sind so viele Obligationen nebeneinander vorhanden als Schuldner. 2) Wenn der Schuldner in solche Umstände kommt, in welchen ihm der Richter Theilzahlungen bewilligen muß. Dieses geschieht in folgenden Fällen: a) Wenn Künstler oder Handwerker nichts weiter als das zum Betriebe ihres Gewerbes nothwendige Werkzeug besitzen und eine Schuld beigetrieben werden soll, welche zu einer Zeit eingegangen ist, wo der Schuldner schon zum Stande der Künstler oder Professionisten gehörte, so muß der Gläubiger sich solche Terminalzahlungen gefallen lassen, durch welche er binnen drei Jahren vollständig befriedigt wird. Das Handwerkszeug darf dann nicht gepfändet, noch weniger darf der Schuldner mit Personalarrest verfolgt werden[9]). Wenn der Schuldner die Termine nicht hält, oder sein Werkzeug veräußert, so fällt die Rechtswohlthat weg[10]). b) Wenn Corporationen kein Gemeindevermögen besitzen, so muß der Gläubiger sich eine nur nach und nach zu leistende Zahlung gefallen lassen. Diese zu reguliren ist nicht Justizsache, sondern Regierungsangelegenheit, der Richter muß aber die Regierungsstelle darum requiriren[11]). — Das alte Recht machte noch die Ausnahme, daß, wenn ein zur cessio bonorum verstatteter Gemeinschuldner wieder zu bessern Vermögensumständen gelangte, die älteren Concursgläubiger auf den erlittenen Ausfall Theilzahlungen, welche der Richter zu bestimmen hatte, annehmen mußten[12]). Dies ist aufgehoben[13]). Eine andere im R. R. giltige Ausnahme, daß in Fällen, wo eine Forderung theilweise bestritten war, der Richter den Gläubiger anhalten konnte, den anerkannten Theil anzunehmen[14]), ist in das Pr. R. nicht aufgenommen.

---

8) A. L.R. I, 16, §. 59. Z. B. bei Vererbungen.

9) A.G.O. I, 24, §. 95. — Anh. §. 159. — V. I, v. 4. März 1834, §. 14.

10) §. 96 der Pr.O. a. a. O. Was nicht Handwerkszeug im eigentlichen Sinne ist, kann der Gläubiger pfänden lassen. Dieser Art ist z. E. das Fahrzeug der Schiffer (R. vom 23. Juli 1801, Stengel, VIII, S. 352) und Fuhrleute (R. vom 15. April 1825), das Schankgeräth eines Tabagisten (R. vom 20. Novbr. 1830).

11) A. L.R. II, 6, §§. 97, 98. Anh. z. A.G.O. §. 153.

12) A.G.O. I, 48, §. 44.

13) Conc.Ordn. §. 280 u. Einf.Ges. dazu v. 8. Mai 1855, Art. II.

14) L. 21 D. de rebus creditis (XII, 1).

bb) Moratorium.

Aelteres Recht: A.G.O. 1, 47. — Grattenauer, über Generalindult und Specialmoratorium, besonders in den preußischen Staaten. 2te Aufl. 2 Bde. Breslau 1809. — Derselbe, über Indult und Moratorium (Mathis, Bd. V, S. 149 ff.). — Aus der gemeinrechtlichen Literatur gehört die Abhandlung von Loß, vom Verfahren in Moratorienfachen, in dessen civilistischen Abhandlungen (2te Ausg. Coburg und Leipzig 1832) S. 283 fg. hierher, weil dabei die Bestimmungen der A.G.O. vorzüglich berücksichtigt worden sind. — J. H. Boehmer, de literis respiratoriis. Halae 1722, et in Exercit. ad Pand., Tom. III, exercit. 46, p. 159 sqq. — Neues Recht: Concursordnung v. 8. Mai 1855, §§. 421—433.

§. 484.

α) Geschichtliches.

I. Moratorium (literae inducíales, respirationis, securitatis, inducíae quinquennales, Anstandsbrief) ist nach R. R. ein von dem Regenten gegebenes Privilegium, wodurch den Gläubigern des Privilegirten auf eine gewisse Zeit, gewöhnlich auf fünf Jahre[1]), das Recht versagt wurde. Die Geschichte ist nicht klar; ob und inwiefern die römischen Kaiser dergleichen Rechtshemmungen ausgehen ließen, ist nicht nachzuweisen[1a]). In der deutschen Praxis finden wir die Ertheilung solcher Fristen seitens der Landesherren in Uebung. Dieses Institut war in das Pr. R. übergegangen[2]), doch hatte es sich im Laufe der Zeit zu einem wirklichen Rechtsmittel gestaltet, indem die Landesherren die unmittelbare Ertheilung der Moratorien abgelehnt und den ordentlichen Gerichten überlassen hatten, nach bestimmten Rechtsregeln, mit Vorbehalt der Appellation, darüber zu erkennen: ob dem Schuldner der verlangte Aufschub zu bewilligen, oder nicht[3]). Nach Pr. R. war nunmehr das Moratorium eine von dem Richter aus besondern Gründen zuerkannte Zahlungsfrist. Dem G. R. ist das Moratorium gegen einen einzelnen Gläubiger zwar nicht unbekannt, doch ist gewöhnlich immer der Fall vorausgesetzt, wo mehrere Gläubiger andringen, und

1) Daher inducíae quinquennales oder Quinquennal. Reichspol.Ordn. von 1577, Tit. XXIII.

1a) (3. A.) Die L. 4 C. de prec. imp. offer. (I, 19), welche dafür allegirt wird, ist unverständlich, weil die Voraussetzung und Beziehung nicht erhellet.

2) Andere neuere Gesetzgebungen, wie die österreichische und französische, haben es verworfen. Das Institut ist auf dem Rechtsgebiet eine Ironie.

3) Zuerst durch das Corp. jur. Frid. von 1781, §§. 20 u. 71 fg., Tit. 23, Th. II. Ueber das ältere R. s. m. V. v. 3. Juni 1709 (C. C. M. II, 2, S. 46); V. v. 21. Juni 1713, §. 17 (Ib. II, 1, S. 518); Conc.Ordn. v. 4. Febr. 1722, §§. 76—82 (Ib. II, 2, S. 103 fg.); Cod. Frid. March. Th. IV, Tit. 9, Sect. 4. Bezüglich auf Wechselschulden hatten das Ed. v. 19. Decbr. 1701 (Ib. S. 23 ff. Art. 38), und vom 18. März 1709, Art. 43 (Ib. II, 1, S. 475) besondere Bestimmungen.

der Schuldner einen allgemeinen Schutzbrief auswirkt. Im Pr. R. war seitdem, daß das Erkenntnis dem Richter überwiesen, auch ein besonderes Proceßverfahren dafür vorgeschrieben worden, wobei denn eine Trennung beider Fälle sich von selbst nothwendig machte. Dadurch war der Unterschied zwischen General- und Special-Moratorium deutlicher hervorgetreten. II. In der Regel wurde das Specialmoratorium höchstens auf drei Jahre ertheilt; nur besondere Umstände konnten ausnahmsweise eine längere Fristbewilligung rechtfertigen[4]). Die Frist fing zwar erst an mit der Rechtskraft des Urtels, die Execution ward aber schon auf die Provocation suspendirt[5]). Ein neues Moratorium gegen dieselben Gläubiger konnte nicht gefordert werden[6]), ausgenommen wenn solche Umstände eintraten, die den Richter bewogen haben würden, von Anfang eine längere Frist zu bewilligen[7]). Auf das Moratorium konnte nicht im voraus verzichtet werden, ausgenommen von Kaufleuten oder solchen Personen, welche kaufmännische Gewerbe trieben, als: Fabricanten, Apotheker, Rheder, Seeschiffer, solche Gutsbesitzer, welche neben der Landwirthschaft Fabrikgeschäfte betrieben[8]). Dieses alles ist aufgehoben[9]) und theilweise neugestaltet.

§. 485.

β) Heutiges Recht.

αα) Voraussetzungen der Stundung.

Das neue Recht ist dem französischen[1]) nachgebildet. Der Richter kann nur in einzelnen Fällen einem verurtheilten Schuldner Schutz gegen die Execution gewähren; das Generalmoratorium ist abgeschafft[2]). I. Die Schulden, hinsichtlich welcher das Moratorium schützen soll, müssen Geldschulden sein; gegen Forderungen auf eine Handlung, oder auf das Geben einer speciellen oder gene-

4) A.G.O. I, 47, §§. 25, 85.

5) Ebend. §. 85. Entsch. der Ges.Commiss. vom 7. Januar 1783 (Klein, Annal., I, S. 76). Der Schuldner hatte daher an der Verzögerung des Verfahrens Vortheil.

6) Arg. §. 99 a. a. O. Die Frage ist streitig.

7) Darüber mußte rechtliches Gehör gestattet werden, unter dessen Verlauf das Recht des Gläubigers immerfort ruhete. R. v. 21. Novbr. 1812 (Jahrb. I, S. 275).

8) A.G.O. a. a. O. §. 100; A. L.R. II, 8, §§. 718—724. Ist im G. R. bestritten. Die Wechselfähigkeit ermächtigt nicht mehr zur Entsagung der Rechtswohlthat wie früher, vor Einführung der A. D. W.O., die nun weggefallene Beilegung derselben durch ein s. g. Certificat. (§§. 731—747 a. a. O.)

9) Einführungsges. v. 8. Mai 1855, Art. II.

1) (3. A.) Code civil, Art. 1244; Code de procedure civile, Art. 124.

2) (3. A.) Concursordnung vom 8. Mai 1855, §§. 421, 433.

rischen Sache wird es nicht bewilligt[3]). Auch von den Geldschulden sind folgende ausgenommen: 1) Wechselschulden; 2) Alimente; 3) Schulden aus unerlaubten Handlungen des Schuldners[4]); 4) Schulden, über welche ein vollstreckbarer Vergleich geschlossen worden ist, sofern der Gläubiger bereits in diesem Vergleich dem Schuldner eine Zahlungsfrist bewilligt hat; 5) alle Schulden eines Handelsmanns, Schiffsrheders oder Fabrikbesitzers, wenn die Schulden aus dem Geschäftsbetriebe desselben entsprungen sind[5]). II. Hinsichtlich der Person des Schuldners wird erfordert: 1) er muß an sich noch hinlängliches Vermögen besitzen, seine Schulden zu bezahlen; 2) es müssen Umstände vorhanden sein, die es ihm für den Augenblick unmöglich machen, ohne seinen Ruin zu zahlen; 3) er muß Mittel haben und nachweisen, aus welchen die Zahlung nach Verlauf der Frist geleistet werden kann; 4) er muß dem Gläubiger auf Verlangen die Forderung sicherstellen; 5) er muß den Antrag auf Stundung binnen 14 Tagen nach dem Eintritt der Vollstreckbarkeit der Forderung bei dem Richter erster Instanz anbringen[6]). III. Der Gläubiger muß in der Lage sein, daß er selbst unter der Stundung nicht leidet[7]). IV. Die Zahlungsstundung darf nicht länger als es für den Schuldner nöthig ist, um seine Zahlungsmittel ohne zu unverhältnismäßigen Verlust verfügbar zu machen, in keinem Falle aber länger als auf ein Jahr, vom Eintritt der Vollstreckbarkeit der Forderung an gerechnet, bewilligt werden[8]).

§. 486.

ββ) Wirkungen und Wiederaufhebung.

I. Das Moratorium wirkt wie ein Stundungsvertrag und

3) (3. A.) Ebend. §. 421, Wort „Zahlungsstundung", vergl. mit §. 2, Tit. 47 der Proc.Ordn. Vergl. auch Boehmer l. c., Cap. III, §. 3 sq.

4) (3. A.) Damit ist das Preußische Recht mit der Meinung der Schriftsteller des gem. R. in Uebereinstimmung gebracht. Boehmer l. c. §. 10 u. a. Die A.G.O. §. 97 a. a. O. beschränkte die Ausnahme auf Schulden, welche durch Verzehrung anvertrauten Guts entstanden sind.

5) (3. A.) Conc.Ordn. §. 432. Die A.G.O. §. 97 a. a. O. machte noch mehr Ausnahmen, die sich wenigstens zum Theil von selbst verstehen, z. B. 1) öffentliche Lasten und Abgaben, denn darüber steht den Gerichten keine Cognition zu; 2) laufende Zinsen und zweijährige Zinsrückstände, denn der Schuldner soll ja während der Zahlungsfrist die Schuld verzinsen, §. 427; 3) laufende jährliche Renten, Zinsen ꝛc. und andere jährliche Hebungen; denn diese Schulden fallen meistens unter die Kategorie der Zinsen oder der Alimente; 4) laufende Miethen und Pächte; 5) laufendes Gesindelohn ꝛc.

6) Conc.Ordn. §§. 422, 423, 428.

7) Ebend. §§. 421, 425.

8) (3. A.) Ebend. §§. 425, 426. Es entscheidet lediglich das billige Ermessen des Richters erster Instanz, darum ist gegen dessen Ausspruch kein Rechtsmittel zulässig. §. 425 a. a. O.

schützt gegen die nachtheiligen Folgen der Mora[1]), doch nur unter folgenden, mit Rücksicht auf den dem Gläubiger in seinem vollkommenen Rechte angethanen Zwang beliebten, Modificationen: 1) Die laufenden Zinsen müssen auch während des Verfahrens und während der Moratorienzeit entrichtet werden; nicht weniger die Verzugszinsen, vom Tage des Verzugs an[2]). 2) Die Compensation wird durch das Moratorium nicht gehindert, ausgenommen in dem Falle, wenn der Gläubiger die Schuld eines Dritten an den Schuldner freiwillig, titulo singulari, übernommen hat, wo der Gläubiger diese Schuld nicht mit seiner gestundeten Forderung compensiren kann[3]). 3) Dem Bürgen kommt das Moratorium zu Statten, wenn es nicht länger als auf ein Jahr bewilligt worden ist[4]). II. Das Moratorium hört vor Ablauf der Zeit auf, wenn gegen den Schuldner auf den Antrag eines anderen Gläubigers die Execution vollstreckt wird[5]).

§. 487.

C. Durch Güterabtretung (cessio bonorum).

Aelteres Recht: A.G.O. I, 48. — Edict wider die Bankeruttirer, v. 14. Juni 1715 (C. C. M. II, 2, S. 51); Concursordn. v. 4. Febr. 1722, §§. 84 ff. — Neues Recht: Einführungsgesetz zur Concursordnung v. 8. Mai 1855, Art. II; Concursordnung §§. 9 u. 280.

I. Die Güterabtretung war das Mittel für einen Ueberschuldeten, die persönliche Schuldhaft und den Zwang zur Abarbeitung der Schulden abzuwenden. Die lex Petillia Papiria (a. u. 428) kann als der Keim dieser s. g. traurigen Rechtswohlthat angesehen werden. Sie verbot, Schuldgefangene, wegen aus keiner unerlaubten Handlung entstandener Schulden, ferner zu fesseln, und gestattete den Gläubigern unmittelbar das Vermögen anzugreifen, was vorher nur mit Zustimmung des Schuldners zulässig war, weshalb das Recht sehr strenge Zwangsmittel gegen die Person gestat-

1) Schon von der Zulassung des Gesuchs an, wenn sofort Sicherheit bestellt wird. Conc.Ordn. §. 430; V. I, v. 4. März 1834, §. 7.

2) Conc.Ordn. §. 427. — War bestritten; viele behaupteten folgerecht, daß die Verzugszinsen wegfallen müßten. Das Ganze ist positiv.

3) A. L.R. I, 16, §§. 356—358. Ueber den Fall, wenn der Gläubiger seine Forderung, gegen welche das Moratorium gestattet worden ist, einem Schuldner des Schuldners cedirt, s. Recht der Ford. §. 40, Nr. 4.

4) A. L.R. I, 14, §. 299. Die Meinungen über die Frage nach G. R. sind different.

5) Conc.Ordn. §. 431. Die übrigen Aufhebungsgründe des älteren Rechts sind in Wegfall gekommen.

tete. Das noch fortbestehende[1]) Recht der Gläubiger, die Person des Schuldners in ein abhängiges Verhältnis zu sich zu bringen, wurde erst später modificirt, zuerst durch eine, unter Sulla, von Cajus Popilius in Vorschlag gebrachte Lex, welche verordnete: wer bonam copiam ejuraret, d. h. schwöre, daß er nicht zureichende Mittel zur Bezahlung seiner Schulden habe, solle nicht Nexus sein[2]); dann insbesondere für unglückliche Schuldner durch eine lex Julia, welche bestimmte, daß, wer unverschuldet zahlungsunfähig geworden, befugt sein solle, sein Vermögen, ohne Dazwischenkunft des Richters, seinen Gläubigern zu überlassen (bonis cedere), was die Folge haben sollte, daß er wegen des Ausfalls, nicht aber wegen neuer Schulden[3]), mit der persönlichen Haft und mit der Infamie verschont blieb und bei verbesserten Umständen nur das Mögliche zu leisten (das beneficium competentiae) hatte[4]). Die Gläubiger erhielten dadurch ein der missio in possessionem ähnliches Recht, und der Schuldner konnte nicht mehr klagen oder belangt werden[5]). Daß der Schuldner durch Unglück in Vermögensverfall gerathen sei, wird im Justinianeischen Rechte nicht gefordert; die Verordnung Gratian's, daß, wer nicht durch Unglücksfälle um sein Vermögen gekommen zu sein nachweisen könne, der Strenge der Schuldgesetze unterworfen bleiben solle[6]), ist in Justinian's Codex nicht aufgenommen, doch muß diese Bedingung wohl als bekannt vorausgesetzt werden, da sonst jeder Schuldner von dem „flebile, miserum beneficium" Gebrauch gemacht haben und die Personalexecution nicht mehr vorgekommen sein würde, was doch der Fall war. Erst eine spätere Verordnung Justinian's[7]) verbot, einen durch Unglück verarmten Schuldner mittelst der sonst zulässigen Personalexecution bis zur cessio bonorum zu treiben, wenn er schwöre, daß er mittellos sei. Daraus ist im G. R. ein s. g. be-

1) Livius, VIII, c. 28. — Cicero, de re publ., II, 33, 34. — Hugo, civilist. Magazin, Bd. V, S. 184.

2) Varro, de lingua lat., L. 6 i. f. — Festus, L. 5 v. ejurare. — Cicero, L. 9 epist. famil. ad Paetum.

3) L. 4, §. 1 D. de cess. bonor. (XLII, 3); L. 3 C. de bonis auct. jud. (VII, 72).

4) L. 1 C. Theod. qui bonis cedere poss. (IV, 20); L. 4 C. eod. (VII, 71). — Caesar, de bello civ., L. III, c. 1. — Sueton., vit. Caesar., c. 42. — Gajus, III, §. 78. — Vergl. L. 22, §. 1; L. 51 D. de re jud. (XLII, 1); L. 63, §. 7 D. pro socio (XVII, 2); L. 37, §. 1 D. de minor. (IV, 4).

5) L. 4 C. qui bonis cedere (VII, 71); L. 17 pr. D. de receptis (IV, 8).

6) L. 1 C. Theod. qui bonis ex l. Jul. cedere possunt (IV, 20). Vergl. Seneca, de beneficiis, VII, 16.

7) Die ungloſſirte und dunkle Novelle 135.

neficium ejurationis[8]) entstanden, sowie die Ansicht, daß solchen Schuldnern, welche durch eigene Schuld in Vermögensverfall gerathen, die Güterabtretung mit der daraus folgenden Befreiung von der Personalexecution nicht gestattet werden dürfe. II. Mit dieser Ansicht war das Institut der cessio bonorum von der Gesetzgebung in das Pr. R. aufgenommen worden[9]). Dem heutigen Rechte ist dasselbe unbekannt[10]). Die Wirkung der cessio bonorum, nemlich die Befreiung von der persönlichen Verfolgung wegen Schulden, ist jetzt mit jeder Concurseröffnung, und zwar während der Dauer des Concurses unbedingt, nach der Beendigung desselben, wegen der Ausfälle, aber auch dann, wenn der Gemeinschuldner für *entschuldbar anzusehen ist*[11]).

D. Durch die Competenz (beneficium competentiae).

Aelteres Recht: A.G.O. I, 49. — Aus der gemeinrechtlichen Literatur gehören hierher die Schriften, welche das Institut nach der ältern Meinung der Neuern darstellen und die Quelle des Pr. R. sind. S. die Lit. zu §. 42, Recht der Forderungen. Ueber die neuere, zuerst von Schömann, Handbuch des Civilrechts (Gießen 1805), Bd. II, S. 63—70 begründete Meinung: Holtius in der bibliothèque de Jurisconsulte (Liège 1826), Tom. I, p. 390 sq.; Zimmern, röm. Proceß. Heidelberg 1829, §. 141, Note 2. — Dagegen: Thibaut, civil. Abhandl., S. 345 fg. — Schröter, in der Tübinger kritischen Zeitschrift von Mohl ꝛc., Bd. IV, S. 76—80. — Neues Recht: Concursordnung vom 8. Mai 1855, §§. 434—439.

§. 488.

a) Das Allgemeine.

I. Die Rechtswohlthat der Competenz (beneficium competentiae) heißt das besondere Recht eines Schuldners, zu fordern, daß der Gläubiger ihm bei Eintreibung seiner Forderung so viel zurücklasse, als zum Unterhalte des Schuldners nöthig ist[1]). Das Institut ist aus dem R. R. entnommen, sein Ursprung und sein Zusammenhang mit andern Rechtseinrichtungen ist nicht bekannt; die röm. Juristen bezeichnen es mit „condemnatio, condemnari in id, quod facere potest". Es wurde in Form einer Exception geltend

8) Verschieden von der ähnlichen Verordnung unter Sulla, Note 2.

9) A.G.O. I, 48, §§. 2, 3.

10) (3. A.) Das Einführungsgesetz zur Conc.Ordn. v. 8. Mai 1855, Art. II, hebt den Tit. 48 der Proc.Ordnung auf; und der Art. XVII schafft das Institut ab.

11) (3. A.) Conc.Ordnung §§. 9 u. 280, Satz 2.

1) A.G.O. I, 49, §. 14. Conc.Ordn. §. 434. Der Inhalt der Rechtswohlthat ist unter den Neuern streitig.

gemacht[1a]) und bewirkte, daß der Richter den Beklagten auf nicht mehr verurtheilte, als dessen Vermögen zur Zeit des Richterspruches zu leisten gestattete. Das hatte die Folge, daß der Beklagte der Personalexecution ganz überhoben war und auch der mit der sonst eintretenden bonorum venditio verbundenen Infamie entging. In einigen Fällen kommt noch der besondere Vortheil hinzu, daß der Schuldner von dem was er hat noch so viel zurückbehalten darf, als zu seinem Unterhalte nöthig ist[2]). Die Neuern haben von jeher diesen Vortheil für das Wesen der Rechtswohlthat überhaupt angesehen und in den Begriff desselben gelegt[3]), so daß gerade die Sicherung des Unterhalts für den Schuldner als Hauptzweck des Instituts erscheint. Von dieser Seite ist dasselbe in der Pr. Gesetzgebung genommen, und daher kommt es, daß die Rechtswohlthat auch in Form der Klage (durch eine Provocation) geltend gemacht werden kann[4]), auch noch in der Executionsinstanz[5]). Sie beruhet auf Zustandsverhältnissen und kann deshalb nicht vererbt oder cedirt werden[6]). II. Der Grund des Beneficiums ist juris publici und beruhet in dem Interesse theils für die Aufrechterhaltung der guten Sitten, theis für Abwendung von Belastungen oder Benachtheiligungen des gemeinen Wesens. Daraus folgt die Unzulässigkeit einer Entsagung im voraus, das ältere P. R. jedoch ließ eine ausdrückliche Entsagung, bezüglich auf diejenigen Fälle, welche sich auf die Abwehr einer Verletzung der guten Sitten zurückführen lassen, gelten[7]); diese Bestimmung ist formell aufgehoben[7a]). Diese Fälle setzen nemlich ein besonderes persönliches Verhältnis zwischen Schuldner und Gläubiger voraus, mit Rücksicht auf welches der Gläubiger die Competenz bewilligen muß, während in den Fällen des öffentlichen Vermögensinteresses dem Schuldner das Beneficium ge-

1a) L. 17, §§. 1 et 2 D. de soluto matrim. (XXIV, 3); L. 7 pr. D. de exception. (XLIV, 1); L. 41 pr. D. de re jud. (XLII, 1).

2) Namentlich bei der Schenkung. L. 30 et L. 19, §. 1 D. de re jud. (XLII, 1).

3) Weil eine Stelle Ulpian's allgemein gefaßt zu sein scheint und überdies in den allgemeinen Titel de diversis regulis juris, L. 173 pr., aufgenommen ist.

4) A.G.O. I, 49, §. 14; Conc.Ordnung §. 436.

5) R. v. 27. März 1834 (Jahrb. Bd. XLIII, S. 115). — L. 17, §. 2 D. soluto matrim. (XXIV, 3). Irrig ist die Meinung, daß die Exception ausschließlich in die Executionsinstanz gehöre; nach dem preuß. Verfahren aber stellt es sich gewöhnlich factisch so.

6) L. 7 pr. D. de except. (XLIV, 1); L. 24, 25 D. de re jud. (XLII, 1); L. 12—13 D. soluto matrim. (XXIV, 3).

7) A.G.O. I, 49, §. 17, lit. c; Anh. §. 163. — Anders nach L. 14, §. 1 D. soluto matrimonio (XXIV, 3); L. 17 pr.; L. 15, §. 2 und L. 16 D. ibid.

7a) Einf.Ges. vom 8. Mai 1855, Art. II.

gen alle Gläubiger, ohne eine besondere persönliche Beziehung, zusteht. Hieraus wollen preußische Gesetzgelehrte zwei Arten, nemlich ein beneficium competentiae ex jure proprio und ein b. c. ex jure tertii, hernehmen, welche schon im G. R. ausgebildet sein sollen [8]). In diesem Sinne wird nach G. R. der Begriff des beneficii competentiae ex jure tertii nicht verstanden. Die damit gemeinten Fälle sind eigentlich gar keine Competenzfälle, wie z. E. die Lehnscompetenz bei Privatlehen, sondern hier beruhet der Satz, daß wegen des Dritten, z. E. des Lehnsherrn, die Lehnseinkünfte nicht genommen werden dürfen, darin, daß der Schuldner selbst nur ein bedingtes Recht darauf hat, daß mithin der Gläubiger, welcher diese bedingt zustehenden Einkünfte für sich in Beschlag nehmen wollte, seinerseits die Gegenleistung thun müßte. III. Das Beneficium setzt 1) in den Fällen, welche auf einem besondern persönlichen Verhältnisse beruhen, voraus: a) daß der Gläubiger nicht selbst durch Bewilligung der Competenz den nöthigen Unterhalt entbehre [9]); b) daß der Schuldner keine Kräfte, Mittel und Gelegenheit habe, sich auf eine seinem Stande gemäße Art seinen Unterhalt zu erwerben [10]). 2) Ausnahmsweise ist auch die ohne Rücksicht auf ein besonderes persönliches Verhältnis zustehende Competenz ausgeschlossen: a) bei Schulden, welche aus einer unerlaubten Handlung entstanden sind [11]), wozu jedoch Alimente für uneheliche Kinder nicht gehören, weil sie sich auf den Status gründen [12]); b) bei laufenden Alimenten zum Theil [13]); c) bei laufenden öffentlichen Abgaben, jedoch soll im Falle der Concurrenz mit andern Schulden, wenn Besoldungen und Pensionen in Beschlag genommen werden, nur die eine Hälfte der Abgaben von dem sonst freien Theil der Besoldung oder Pension, und die andere Hälfte von dem dem Abzuge unterworfenen Theile vorweg genommen werden [14]). IV. Das Beneficium der Competenz befreiet den Schuldner von der persönlichen Haft [15]) und sichert ihm die Aus-

8) Gesetzrevision, Pens. V, zu G.D. I, 49, S. 41. Ist pures Misverständnis.

9) A.G.D. I, 49, §. 17, lit. b; Conc.Ordn. §. 435 a. E. Vergl. Anh. z. A.G.D. (I, 24, §. 108) §. 168.

10) A.G.D. §. 17, lit. b, und §§. 27, 28, 31; Conc.Ordn. §§. 434, 435 a. E., 437. — Pütter, auserlesene Rechtsf., Bd. II, Resp. 231, Nr. 92.

11) Anh. z. A.G.D. §. 169. — L. 22, §. 1; L. 52 D. de re jud. (XLII, 1); L. 21, §. 6 D. de act. rer. amotar. (XXV, 2).

12) R. v. 10. Mai 1833 (Jahrb. Bd. XLI, S. 465), u. unten §§. 731, 767. Pr. des Obertrib. 1735, v. 2. April 1846 (Entsch. Bd. XIII, S. 503).

13) Anh. z. A.G.D. §. 168 (zu Tit. 24, §. 108).

14) Anh. z. A.G.D. §. 170. Diese Anordnung kommt den Gläubigern, die sonst dem Fiscus nachstehen, zu Statten.

15) Eine Ausnahme machen die auf Wartegeld oder Pension gesetzten (in-

setzung des nöthigen Unterhalts aus seinem Vermögen. Sind Besoldungen und Pensionen der Gegenstand der Beschlagnahme, so besteht dieser Unterhalt in einer gesetzlich bestimmten Quote davon (§. 489); in andern Fällen wird der Betrag durch den Richter arbitrirt, wobei auf nothdürftige Kost, Wohnung, Kleidung und Geräth für den Schuldner und dessen Familie auf seine Lebenszeit gerechnet, und auf dessen gewohnte Lebensart, Alter und Stand Rücksicht genommen wird[16]). Im Falle des Concurses wird dazu ein Capital ausgesetzt, aus dessen Ertrag die Competenz gereicht wird; das Capital selbst wird nach der Erlöschung der Competenz unter die Gläubiger, welchen es entgangen, vertheilt[17]). Außer dem Falle des Concurses wird die Competenz entweder so, daß der Schuldner Alimente erhält, oder so, daß ihm gewisse Güter oder Capitalien zur Nutzung angewiesen werden, welche nach dem Wegfall der Competenz an den anweisenden Gläubiger zurückfallen, ausgesetzt. Daraus folgt schon, daß der Gegenstand der Competenz nicht von andern, zur Competenz nicht verpflichteten Gläubigern, angegriffen werden kann[18]). Die Veränderung, welche hinsichtlich des Inhaltes der Rechtswohlthat in dem heutigen Rechte in Vergleich mit dem R. R. eingetreten ist, schließt die Anwendung der Grundsätze des R. R. über die Zeit und Weise der Berechnung des Vermögensbestandes aus. Nach R. R. macht sich die Rechtswohlthat lediglich durch die Form der Verurtheilung geltend, indem der Richter den Schuldner nur auf den ausgemittelten Betrag seines Activvermögens zur Zeit der Condemnation verurtheilt[19]). Darüber können die preuß. Rechtsbücher keine Bestimmungen enthalten, denn es kann darauf nicht ankommen. Nach dem Pr. R. verwirklicht sich die Rechtswohlthat, außer dem Falle des Concurses, noch bei der Vollstreckung des, immer auf das Ganze verurtheilenden, Urtels

activen) Beamten und Officiere in dem Falle, wo das Beneficium nicht aus dem persönlichen Verhältnisse zwischen Schuldner und Gläubiger entsteht: gegen diese findet die Haft statt, obgleich ihnen der nöthige Unterhalt (die gesetzliche Quote der Pension) gelassen werden muß. C.O. v. 29. März 1823 und v. 6. October 1823 (G.S. S. 39 u. 167); C.O. v. 27. Januar 1826 (G.S. S. 14). Eine Anomalie.

16) A.G.O. I, 49, §§. 15, 18, 33. Die förmliche Aufhebung dieses Titels hat diesen Grundsatz nicht außer Kraft gesetzt.

17) Ebend. §. 20. Conc.Ordn. §§. 251, 278. So war es schon nach der gemeinen Praxis.

18) A.G.O. a. a. O. §§. 22, 20 und I, 29, §. 21. — Recht der Ford. §. 42, Nr. VII. War gemeinrechtlich bestritten. Pütter, auserles. Rechtsfälle, Bd. II, Resp. 251, Nr. 71.

19) L. 63, §. 6 D. pro socio (XVII, 2); L. 15 pr.; L. 53 D. soluto matrimonio (XXIV, 3). — L. 16, 19 pr. et §. 1; L. 49 D. de re jud. (XLII, 1).

durch Versagung der Execution, indem sie als s. g. privilegirte Einrede behandelt wird. V. Der Bürge haftet dem Gläubiger für dasjenige, was derselbe wegen der dem Schuldner zukommenden Competenz nicht erhalten kann, in den Fällen, wo die Competenz wegen der persönlichen Verhältnisse zwischen Schuldner und Gläubiger zusteht, nicht, wohl aber in allen andern Fällen[20]). VI. Die Competenz nimmt ein Ende: 1) mit dem Tode des Schuldners; 2) wenn und soweit der Schuldner in Umstände kommt, daß er der Competenz nicht mehr benöthigt ist; 3) wenn der Gläubiger selbst in einen solchen Vermögensfall und in Umstände geräth, daß er die ausgesetzte Summe zu seinem eigenen Unterhalte nöthig hat; haben mehrere gemeinschaftlich die Competenz hergegeben, so muß der Ausscheidende von den übrigen übertragen werden[21]).

§. 489.

b) Einzelne Fälle.

Das Beneficium ist eine Ausnahme von der Regel und findet nur da statt, wo es von den Gesetzen ausdrücklich beigelegt ist. Es sind daher immer nur einzelne Fälle, aus welchen durchaus keine allgemeine Regel abzuleiten. Die einzelnen Fälle lassen sich, nach der dabei genommenen Rücksicht, in zwei Gruppen zusammenstellen: in solche, wo die gute Sitte, wegen eines zwischen den Parteien stattfindenden persönlichen Verhältnisses, geschützt werden soll und also nur gegen diesen bestimmten Gläubiger und wegen der bestimmten Schuld das Beneficium zusteht; und in solche, wo in anderer Hinsicht das gemeine Wesen überhaupt interessirt und deshalb gegen jeden Gläubiger das Beneficium gegeben ist. I. Die Begünstigten der letztern Art sind: 1) Militärbediente, sowohl active als pensionirte[1]); 2) Vasallen[2]) rücksichtlich solcher Gläubiger, welche ihre Befriedigung nicht aus der Substanz, sondern nur aus den Einkünften des Lehnguts zu fordern ein Recht haben[3]); 3) Kirchenbeamte; 4) Civil-

20) A. L.R. I, 14, §§. 281 u. 282. Dieses ist die Hert'sche Meinung. Die Meinungen über diese Frage waren mehrfach verschieden. Recht der Forder. a. a. O. Nr. VI.

21) A.G.O. I, 49, §§. 23—26; Conc.Ordn. §§. 435, 437.

1) A.G.O. I, 49, §. 29; Anh. §§. 162, 168 fg.; Conc.Ordn. §. 439. — L. 18 D. de re jud. (XLII, 1). Ueber die Ausdehnung dieses Falles auf Pensionärs, Ritter und Adliche überhaupt ist viel gestritten worden. S. die im Recht der Ford. §. 43, Nr. 1 angegebenen Schriften. Wegen der Pensionärs s. jedoch §. 488, Note 15.

2) A. L.R. I, 18, §§. 250—357; Conc.Ordn. §. 438. S. über den Grund oben §. 488, II.

3) Präjud. des Obertrib., in Simon's Rechtsspr. Bd. IV, S. 107.

beamte, sowohl mittelbare als unmittelbare[4]); 5) diejenigen alle, welche eine Präbende, oder gewisse jährliche Hebungen und Einkünfte aus Stiftungen oder sonst durch die Fürsorge und Freigebigkeit eines Dritten zu genießen haben[5]). — Den Beamten und den Officieren vom Hauptmann aufwärts müssen von ihrer Besoldung 400 Thlr. und von dem Ueberschusse die Hälfte zur Competenz gelassen, und den Subalternofficieren dürfen nur, und zwar bei der Infanterie einem Unterlieutenant 2 Thaler und einem Oberlieutenant 3 Thaler, bei der Cavallerie beziehlich 3 und 4 Thaler monatlich abgezogen werden[6]). Hinsichtlich der übrigen Competenzberechtigten dieser Classe setzt der Richter den Betrag nach billigem Ermessen mit Rücksicht auf die allgemeinen Grundsätze (§. 483, IV) fest[6a]); es gelten hierbei keine Besonderheiten. Man hat deren dreierlei finden wollen. Erstens soll hier nur ein nothdürftiger Unterhalt zugestanden werden, wogegen in den relativen Competenzfällen (II) ein standesmäßiger ausgesetzt werden müsse, weil es bezüglich auf die absoluten Fälle im §. 27 heißt: „und sie also auch für seinen nothdürftigen Unterhalt sorgen müssen;" während der §. 18 in Beziehung auf die relativen Fälle bestimme, daß der Betrag „mit billiger Rücksicht auf den Stand" ꝛc. ermessen werden solle. Zweitens soll in diesem Falle der absoluten Competenz das Quantum nur zum nothdürftigen Unterhalte für die Person des Schuldners abgemessen, nicht aber auf seine Familie Rücksicht genommen werden, weil diese Competenz nur in dem eigenen Interesse des Gläubigers bewilligt werde[7]), damit der Schuldner so lange wie möglich am Leben erhalten werde. Beides ist unrichtig. Der Grund, auf welchem das Beneficium beruhet, hat auf den Betrag der Competenz keinen Ein-

4) A.G.O. I, 49, §. 27; und Anh. §. 161. Aus der gemeinrechtlichen Praxis entnommen. Strube, rechtl. Bed., I, N. 7; Leyser, Med. Spec. 476 u. a.

5) (3. A.) Conc.Ordn. §. 434. Vergl. in Ansehung der Witwenpensionen: A.G.O. I, 24, §. 109. Die ältere Bestimmung der A.G.O. I, 49, §. 30 war viel zu allgemein.

6) Anh. z. A.G.O. §§. 160, 162, 165. — V. vom 28. Februar 1806 (Rabe, VIII, S. 483). — C.O. v. 19. Januar 1833 (G.S. S. 4). — Ueber die Gehaltsabzugspraxis ist eine große Anzahl von Ministerialerlassen vorhanden, die in jedem Sammelwerke anzutreffen sind.

6a) (3. A.) Conc.Ordn. §. 436. Obgleich das Ermessen des Richters erster Instanz entscheiden soll, soll doch die Appellation zulässig sein, was inconsequent ist. Anders steht es mit der gleichfalls zulässigen Nichtigkeitsbeschwerde.

7) Der im §. 27 d. T. angegebene Grund, „da ihr eigenes Interesse fordert, daß der Schuldner am Leben bleibe, und sie also auch für seinen nothdürftigen Unterhalt sorgen müssen," ist kein Rechtsgrund, weil niemand von Staatswegen gezwungen werden darf, sein Interesse im Sinne der Regierungsgewalt zu verstehen und dieses sein so wohlverstandenes Interesse auch wirklich wahrzunehmen.

fluß. Dazu fehlt nicht allein jeder innere Grund, sondern es ist auch gesetzlich ein solcher Unterschied nicht gemacht, vielmehr ist sogar ausdrücklich bestimmt, daß in diesen Fällen das Quantum gleichfalls nach denselben Grundsätzen, wie in den Fällen der andern Kategorie, ausgemessen werden solle[8]). Drittens hat man gemeint, daß den Gläubigern in jedem Falle etwas von den Einkünften abgegeben werden müßte, wenn sie auch nicht zur Nothdurft des Schuldners zureichten, weil es in dem §. 27 heiße: die Gläubiger könnten sich nicht entbrechen, dem Gemeinschuldner „davon" eine Competenz auszusetzen, und weil sonst die Gläubiger kein Interesse dabei hätten, daß der Schuldner erhalten würde. Die Competenz besteht aber, nach ihrem Begriffe, in der Freigebung des nothdürftigen Unterhalts. Wenn die Hebung keinen Ueberschuß gewährt, so ist kein Executionsobject vorhanden. Dürfte in diesem Falle dennoch etwas genommen werden, so würde der Schuldner die Competenz nicht vollständig genießen; daß aber in irgend einem Falle nur eine halbe oder Viertelcompetenz bewilligt werden dürfe, ist eine ganz willkürliche Voraussetzung, bei welcher überdies die Grenze fehlen würde, da aus den nemlichen Gründen, welche die Versagung des Nothdürftigen rechtfertigen sollen, auch das Ganze bis auf eine lächerliche Kleinigkeit weggenommen werden könnte. II. Gegen gewisse Personen, wegen eines besondern persönlichen Verhältnisses oder wegen gewisser Schulden, steht die Competenz zu[9]): 1) Verwandten in gerader Linie gegeneinander; 2) voll- und halbbürtigen Geschwistern gegenseitig; 3) Ehegatten gegenseitig während der Ehe[10]); 4) dem Schenker gegen den Beschenkten wegen der Schuld aus dem Schenkungsversprechen[11]); 5) dem Schuldner des Fiscus wegen öffentlicher Abgaben, und dem Schuldner des Gerichtsherrn wegen Gerichtskosten[12]); 6) Wahn- und Blödsinnigen und Kindern hinsichtlich der Erstattung des von ihnen angerichteten Schaden[13]). Der Fall des

8) A.G.O. I, 49, §§. 33, 18. — Danach ist in dieser Beziehung zwischen beiden Arten der Competenz gar kein Unterschied. Dieses ist auch von dem II. Senate des O.L.G. zu Breslau angenommen. Conclusum v. 11. August 1836, in Appellationssachen v. Kracker c. Hoffrichter, K. 798 pro 1832. Mit der formellen Aufhebung des Tit. 49 sind auch diese Zweifel weggefallen.

9) A.G.O. I, 49, §. 16. — Recht der Ford. §. 43, II.

10) (3. A.) Conc.Ordn. §. 435. Deshalb kann ein Ehemann wegen der der Frau zu zahlenden Alimente während der Ehe nicht zum Personalarrest gebracht werden. R. vom 20. August 1806 (Mathis, III, 415). Ueber die gegentheilige Meinung und deren Grundlosigkeit s. m. Pr.O. Tit. 40, Note 25. — Putative Eheleute haben das Beneficium nicht. A. L.R. II, 1, §. 952.

11) A. L.R. I, 11, §§. 1123—1128.

12) C.O. vom 30. Novbr. 1825 (Jahrb. Bd. XXVI, S. 389).

13) A. L.R. I, 6, §§. 41 fg.

armen Patrons[14]) und der Fall des verschollenen und erst nach der Verjährungszeit wieder zum Vorschein kommenden Erben[15]) gehört nicht hieher. — Analoge Anwendung dieser Fälle ist, weil sie Ausnahmen, unstatthaft. — Diesen Berechtigten wird der Betrag der Competenz in allen Fällen, wo keine Vereinigung in Güte stattfindet, nach den vorhin (I) angegebenen Grundsätzen durch richterliches Erkenntnis festgesetzt. Ein solches Erkenntnis wird, eben so wie auch die richterliche Festsetzung von Alimenten nach den Bedürfnissen des Alimentarius überhaupt (§. 597), hinsichtlich des Betrages nicht rechtskräftig, und schließt den Anspruch des Berechtigten auf Erhöhung der Competenz auf Grund veränderter Umstände und eines vermehrten Bedürfnisses nicht aus[16]).

E. Durch Concurs.

Aelteres Recht: A.G.O. I, 50. — Die Preuß. Concursordnung in ihrer neuesten Gestalt, mit besonderer Berücksichtigung des Gesetzes vom 28. December 1840, bearb. von F. L. Th. Schueck. Berlin 1847. Ueber das ältere Recht: Hypotheken- und Concursordnung vom 14. Febr. 1722 (C. C. M. I, 2, S. 111 fg.; Rabe, XIII, S. 26 fg.). — Grävell, Commentar zu den Creditgesetzen des preußischen Staats, praktischen Theils, in ihrer Vollständigkeit und ihrem Zusammenhange. Zweiter Band, enthaltend die Lehre vom Concurs und den Liquidationsprocessen. Berlin 1815. 8. (Ein Abdruck der Gesetze mit Anmerkungen.) — Der gemeinrechtliche Concurs ist die Grundlage der pr. Gesetzgebung. Die Hauptautorität für denselben ist Franc. Salgado de Somoza, Labyrinthus creditorum concurrentium ad litem, per debitorem communem inter illos causatum. Antv. 1653 und nachher sehr oft, zuletzt Lugd. 1757. fol. — Dann ist anzumerken: Dabelow, ausführliche Entwickelung der Lehre vom Concurse der Gläubiger. Halle 1792—1795; 2. Ausg. Halle 1801. 4. Eine ausführliche aber seichte Arbeit. — Schweppe, System des Concurses der Gläubiger. Kiel 1812; 2. Ausg. 1824; 3. Ausg. 1829. — Die neueste und beste Schrift ist: Hieronym. v. Bayer, Theorie des Concursprocesses nach gemeinem Rechte. München 1836. Zweiter unveränderter Abdruck, ebend. 1842. 8. — Neues Recht: Concursordnung vom 8. Mai 1855 (G.S. S. 317). Besondere Ausgabe, nebst Einführungs- und Anfechtungsgesetz, sowie Verordnungen, betreffend die im Concurse und erbschaftlichen Liquidationsprocesse zu erhebenden Gerichtskosten. Berlin, bei Möser, 1855. kl. 8. — Eine andere Ausgabe in deutscher und eine gleichzeitige in polnischer Sprache, mit Sachregister, ist erschienen bei Decker, Berlin 1855. gr. 8. — Meine Ausgabe mit Commentar, in der 3. Ausg. der Proceßordnung, Berlin 1855, Tit. 50, und besonders abgedruckt, Berlin 1855. gr. 8. — A. Wentzel u. C. Klose, die preußische Concursordnung, die Gesetze vom 8. u. 9. Mai 1855, betreffend die Einführung derselben und die

14) A. L.R. II, 11, §§. 595—597.
15) A. L.R. II, 18, §. 852.
16) Pr. des Obertrib. 1237, vom 12. December 1842.

Befugnis der Gläubiger zur Anfechtung der Rechtshandlungen zahlungsunfähiger Schuldner außerhalb des Concurses, und die Verordnung v. 4. Juni 1855, mit den Materialien zusammengestellt und für die Anwendung erläutert. Berlin 1855. gr. 8. — (Goldammer) Commentar und vollständige Materialien zur Concursordnung v. 8. Mai 1855 und zu dem Gesetze, betreffend die Befugnis der Gläubiger zur Anfechtung der Rechtshandlungen zahlungsunfähiger Schuldner außerhalb des Concurses, vom 9. Mai 1855. Berlin 1855. gr. 8.

α) Grundsätze des Concursweſens.

§. 490.

1. Einleitung.

Der Vermögenszuſtand eines Schuldners, wo die Summe der Schulden das Vermögen überſteigt, heißt Inſolvenz, auch *materieller Concurs* [1]). *Unter imminenten* Concurs verſteht man, je nach der Beziehung, den Zuſtand, wo der Schuldner der Inſolvenz nahe iſt, und auch das proceſſualiſche Stadium der Vorbereitung zur Eröffnung des Concursverfahrens. So lange nur Ein Gläubiger andringt, tritt das gewöhnliche Executionsverfahren ein, wenn auch das ganze Vermögen in Beſchlag genommen wird; treffen aber mehrere Gläubiger, welche zu ihrer Befriedigung die Beſchlagnahme des ganzen Vermögensreſtes auswirken, zuſammen, ſo entſteht formeller Concurs, oder Concursverfahren, auch Crida, Gant genannt. Nicht bloß die Regeln über den materiellen Concurs, d. h. die Modificationen der Rechte durch die Inſolvenz des Schuldners [2]), gehören in das Rechtsſyſtem, ſondern auch eine Seite des formellen Verfahrens gehört nicht in den Proceß, vielmehr hieher, indem daraus neue Rechtsverhältniſſe entſpringen (§. 503). Der Concurs hat es mit der Theilung des unzureichenden Vermögens unter mehrere Gläubiger zu thun, iſt mithin weſentlich ein Theilungsverfahren, und beſteht als ſolches aus zwei Haupttheilen: aus der Ausmittelung deſſen, was zu theilen iſt (Conſtituirung der Activmaſſe), aus der Feſtſtellung der Perſonen und Grundſätze, auf welche und nach welchen das Vorhandene zu vertheilen (Conſtituirung der Paſſivmaſſe), und aus der Vertheilung ſelbſt (Diſtribution). Der dritte Theil iſt bloße Ausführung und hauptſächlich Gegenſtand des Rechtsverfahrens, welches kein eigentlicher Proceß iſt.

---

1) Der Ausdruck iſt nicht römiſch, ſondern von dem concursus plurium in pignore entlehnt.

2) Weil der Zuſtand der Inſolvenz allein ſchon gewiſſe Rechtswirkungen hat, ſo iſt auch die beſondere Bezeichnung desſelben angemeſſen. Von einigen wird die Eintheilung verworfen; ſie hat indes aus dem angegebenen Grunde ihre praktiſche Bedeutung.

2. Feststellung der Activmasse.

§. 491.

a) Grundsätze.

Jeder persönliche Gläubiger, welcher eine vor Eröffnung des formellen Concurses entstandene, auf Geld oder Geldeswerth gerichtete Forderung an den Gemeinschuldner hat, ist Concursgläubiger*), d. h. er tritt wegen seiner Befriedigung mit andern Mitgläubigern in Concurrenz. Bei einem Concurse treten aber auch solche Gläubiger auf, deren Forderung oder Anspruch nicht auf Geld gerichtet ist, oder welche aus der Masse zwar Geld zu fordern haben, aber aus einem Rechtsgrunde, der jünger ist als die Concurseröffnung. Diese bilden einen Gegensatz zu den Concursgläubigern, indem sie zu ihnen in dem Verhältnisse des Gläubigers zum Schuldner stehen; daher müssen sie vorweg befriedigt werden, und die Ausscheidung oder Beseitigung ihrer Ansprüche gehört zur Feststellung der Activmasse. Man nennt sie im allgemeinen Separatisten, unterscheidet aber s. g. Massegläubiger und Separatisten im engern Sinne.

§. 492.

b) Die Massegläubiger.

I. Massegläubiger sind solche Gläubiger von Geldforderungen, welche ihre Befriedigung von den ihnen gegenüberstehenden Concursgläubigern aus der Masse zu fordern haben. Sie fallen in zwei Hauptclassen: in solche, welche mit den Gläubigern oder deren Stellvertreter abgeschlossen haben, und in solche, gegen welche die Concursgläubiger wegen eines, aus dem von dem Gemeinschuldner begründeten Rechtsverhältnisse, nur unter einer Bedingung zu erlangenden Vortheils den Gemeinschuldner passiv repräsentiren müssen. A. Zur ersten gehören z. E.: 1) das Gericht wegen der Concurskosten, indem diese eben durch das Geschäft des Gerichts mit den Gläubigern entstehen[1]). 2) Diejenigen, welche nicht mit dem Gemeinschuldner, sondern mit der Creditmasse selbst contrahirt haben, welche z. B. zur Ausbesserung der Gebäude, zur Ergänzung des Vieh- oder Feldinventariums, zur Anschaffung des Saat-, Brot- oder Futterkorns, zum Abtragen der currenten Lasten und Abgaben, und überhaupt zur Aufbewahrung, Erhaltung, bessern Benutzung

*) Concursordnung §. 2, alin. 3.

1) Conc.Ordn. §. 40. Nach G. R. stritt man darüber. Möser, patriotische Phantasien, III, Nr. 57. — Leyser, Sp. 481, m. 4, 5. — Pufendorf, Obs., T. II, obs. 181; T. IV, obs. 249.

oder Versilberung der zur Masse gehörigen Sachen, auf Verlangen der Gläubiger oder deren Vertreter, etwas hergegeben, geliefert, creditirt oder geleistet haben [2]). 3) Die nach der Beschlagnahme beibehaltenen oder angenommenen Wirthschafts- und Verwaltungsbeamten, wegen des erst nach der Beschlagnahme verdienten Lohns [3]). 4) Diejenigen, welche zwar mit dem Gemeinschuldner contrahirt haben, deren Rechtsgeschäfte aber von der Gläubigerschaft wieder aufgerufen werden, in Ansehung dessen, was aus dem Vermögen des andern zur Masse geflossen und zur Zeit der Concurseröffnung darin noch vorhanden gewesen ist [4]). 5) Diejenigen, welche sich nach der Concurseröffnung mit dem Gemeinschuldner eingelassen haben und wegen Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts das darauf Empfangene an die Masse zurückgeben müssen, in Ansehung dessen, was dagegen aus ihrem Vermögen zur Masse geflossen ist und die Masse bereichert [5]).

B. Die Massegläubiger der andern Classe sind: 1) die Gemeinschafter hinsichtlich ihrer Theilungsklagen [6]), namentlich auch Antheilsschäfer [7]); 2) diejenigen, welche mit dem Gemeinschuldner contrahirt haben, deren Vertrag aber noch nicht erfüllt ist und von den Gläubigern nicht aufgerufen wird, wegen dessen, was auf Seiten des Gemeinschuldners nun von der Masse noch gegenzuleisten ist [8]).

---

2) Conc.Ordn. §. 42, Nr. 1. — Simon, Rechtsspr., I, S. 235, 267. Die genannten Fälle sind nur Beispiele, das Princip ist, daß die verbindlichmachende Handlung erst nach der Concurseröffnung von der Gläubigerschaft oder deren Vertreter ausgegangen oder beziehungsweise ihr zu Nutzen gekommen sein muß. Daher gehört auch der Eigenthümer einer durch den Curator zur Masse eingezogenen Forderung hinsichtlich seiner Entschädigung für Capital und Zinsen zu dieser Species von Gläubigern. Pr. des Obertrib. 224a, vom 11. März 1837. Eben so kann, wenn der Curator für die Masse ohne rechtlichen Grund den Besitz einer fremden Sache ergriffen hat und deren Rückgabe verweigert, der Eigenthümer sich wegen des Schadenersatzes nach dem Grade des Versehens des Curators, an die Masse halten, ohne daß er mit seiner Entschädigungsforderung sich in den Concurs einzulassen braucht. Pr. 2223, vom 5. Juli 1850 (Entscheid. Bd. XIX, S. 488). Der Curator bleibt der Gläubigerschaft wegen der Folgen seines Versehens verantwortlich.

3) A.G.O. I, 50, §§. 243, 245 fg. — Anh. §. 339. (3. A.) Eigentlich gehören diese Aufwendungen zu den Communkosten und unter diesem Titel hat solche die Conc.Ordn. §. 41, Nr. 2 auch gebracht.

4) Conc.Ordn. §. 107. D. i. der Anspruch wegen Bereicherung.

5) Ebend. §. 43. Vergl. A.G.O. I, 50, §§. 36, 294. Der Gläubiger hat also nur die actio in factum wegen Bereicherung.

6) A.G.O. a. a. O. §§. 289, 294; Conc.Ordn. §. 36. Die gemeinschaftlichen Schulden werden dabei vorweg bezahlt und abgezogen. A. L.R. I, 17, §§. 106, 302, 303, 147; Conc.Ordn. §. 35. — Recht der Ford. §. 48, I, B.

7) Edict vom 16. August 1797, wegen Abschaffung des Schaf-Vorviehes. (N. Samml. schles. Verordn. Bd. V, S. 568.) Das Ed. bezieht sich zwar nur auf Schlesien, der Rechtssatz folgt aber aus dem Miteigenthum. Bezieht sich der Antheil nicht auf das Eigenthum an der Herde, sondern nur auf die Nutzungen, so beschränkt sich von selbst die Theilungsklage auf die Nutzungen.

8) A.G.O. a. a. O. §§. 252, 258; Conc.Ordn. §. 42, Nr. 2 u. 3. S.

II. Die Massegläubiger können nicht präcludirt werden, und tragen auch keine Liquidationskosten, weil sie überhaupt nicht zu liquidiren haben, vielmehr im gewöhnlichen Rechtswege ihre Forderungen gegen die Gläubigerschaft (die Masse), vertreten durch den Verwalter der Masse (§. 808, VII), geltend machen, und auch die Proceßkosten, zu deren Erstattung der Verwalter verurtheilt wird, aus der bereiten Masse vorweg fordern können [9]).

§. 493.

c) Die Separatisten.

Separatisten nennt man solche Berechtigte, welche zwar eigentliche Concursgläubiger, d. h. solche Berechtigte, deren Anspruch schon vor der Concurseröffnung entstanden ist, sind, die aber aus einem besondern Grunde eine Absonderung des Gegenstandes ihrer Befriedigung fordern dürfen, woraus dann, wenn ihrer mehrere auf den nemlichen Gegenstand Anspruch machen, Specialconcurse entstehen. Man unterscheidet Separatisten ex jure crediti und ex jure dominii. A. Die Fälle der Separation ex jure crediti sind: I. Die Separation der Erbschaftsgläubiger [1]), welche besonders den s. g. Chirographarien nützlich ist und auf der Ansicht beruhet, daß den Gläubigern die Aufdringung eines andern Schuldners mittelst der Universalsuccession wider ihren Willen nicht schädlich werden dürfe. Darauf anzutragen berechtigt ist ein jeder Erbschaftsgläubiger [2]), wenn er auch nur eine bedingte oder noch nicht fällige Forderung hat [3]), und jeder Legatar und Fideicommissar [4]), nicht auch der Gemeinschuldner, wohl aber seine eigenen Gläubiger in dem Falle, wenn er eine überschuldete Erbschaft unbedingt angetreten und sich dadurch außer Stand gesetzt hat, seine eigenen und die Erbschaftsgläubiger zugleich zu befriedigen, und wenn der darauf bestehende eigene Gläubiger älter als der Erbanfall ist und seine Forderung innerhalb Jahresfrist nach der Erbschaftsantretung eingeklagt, auch bis

unten §. 509, Pr. des Obertrib. 1187, v. 10. Septbr. 1842 (Entsch. Bd. VIII, S. 468). In diesem Falle hat der Gläubiger die Contractsklage, nicht etwa bloß einen Anspruch wegen Bereicherung, wie in den beiden Fällen der Noten 7 u. 8. Vergl. unten §. 509, II, 6.

9) Conc.Ordn. §. 45. Auch die außergerichtlichen Kosten müssen dem obsiegenden Gläubiger erstattet werden.

1) A. L.R. I, 16, §§. 500—512. — Conc.Ordn. §§. 37—39, 256 ff. — Tit. D. de separationibus (XLII, 6).

2) A. L.R. a. a. O. §. 500. — L. 1, §. 1 D. l. c. — L. 2 C. de bonis auct. jud. (VII, 72).

3) L. 4 pr. D. de separat. (XLII, 6).

4) Conc.Ordn. §. 37, Nr. 1; Einf.Ges. vom 8. Mai 1855, Art. IX. — L. 6 pr. D. eod.

zur Concurseröffnung durch Execution einzutreiben versucht hat[5]). — Das Recht auf Separation anzutragen (beneficium separationis) ist verloren: 1) wenn der Erbe durch Novation als Schuldner angenommen worden ist[6]); 2) wenn die Absonderung thatsächlich nicht mehr möglich ist[7]); 3) wenn das Recht verjährt ist. Die Verjährung läuft ab mit Einem Jahre, für die Erbschaftsgläubiger vom Todestage des Erblassers, für die Gläubiger des Erben vom Tage der Uebernahme der Erbschaft; ist aber unterbrochen, wenn innerhalb dieses Jahres die Befriedigung durch Klage gefordert und die Execution durch Eröffnung des Concurses fortgesetzt worden ist[8]). Wenn ein Gläubiger sein Recht auf diese Weise gewahrt hat, während andere solches verloren haben, so wird er allein aus der abgesonderten Erbschaft befriedigt, wodurch es kommen kann, daß ein nach der Eigenschaft seiner Forderung in der letzten Classe stehender Gläubiger befriedigt wird und die an sich Bevorzugten ausfallen[9]). — Die Wirkung der Separation ist: 1) das Vermögen der Erbschaft wird mit dem Vermögen des Erben, zum Vortheil der Separationsberechtigten, nicht verschmolzen, wenn auch der Erbe die Erbschaft unbedingt angetreten hat; und die Erbschaftsstücke, welche mit dem Vermögen des Gemeinschuldners vermengt sind, müssen, soweit es möglich, wieder ausgeschieden werden[10]). 2) Die zur abgesonderten Erbschaft gehörigen Gegenstände werden ausschließlich zur Befriedigung der Erbschaftsgläubiger und Legatarien verwendet und der Ueberschuß wird zur Concursmasse abgeliefert[11]); werden dieselben nicht vollständig befriedigt, so dürfen sie, falls dem Erben nicht die Rechtswohlthat des Inventariums zusteht, den Ausfall bei der Concursmasse liquidiren[12]). II. Die Separation der Gesellschaftsschul-

5) A. L.R. I, 16, §§. 507—512. — Conc.Ordn. §. 37, Nr. 2. — Weicht vom R. R. ganz ab. L. 1, §. 2 D. eod. (3. A.) Hat er die Erbschaft mit Vorbehalt angetreten, so steht den Gläubigern die Rechtswohlthat des Inventariums ebenso zu, wie der Gemeinschuldner selbst davon würde Gebrauch gemacht haben können, wenn kein Concurs ausgebrochen wäre. Conc.Ordn. §. 37, Nr. 2, aus §. 285b, Tit. 50, Th. I A.G.O.

6) A. L.R. a. a. O. §. 504. — Nach L. 1, §§. 10, 11, 15, 16; L. 7 D. eod. genügte schon eine bloße Einlassung mit dem Erben.

7) A.G.O. a. a. O. §. 275. — L. 1, §. 12 D. eod. — Das privilegium exigendi bezüglich auf die mit vererbtem Gelde angeschafften Grundstücke, welches die Erbschaftsgläubiger nach A.G.O. §§. 276, 421 hatten, ist weggefallen.

8) A. L.R. I, 16, §§. 508, 503. — A.G.O. a. a. O. §§. 280, 281. Nach L. 1, §. 13 D. eod. dauerte das Beneficium fünf Jahre.

9) A. L.R. a. a. O. §. 505. — L. 1, §. 16 D. eodem.

10) A. L.R. a. a. O. §. 502; A.G.O. a. a. O. §§. 275, 274.

11) Conc.Ordn. §. 38. — L. 3, L. 5 D. eod.

12) Conc.Ordn. §. 39. — Anders nach L. 5, L. 1, §. 17; L. 3, §. 2 D. eod. Danach können die Gläubiger des Erben durch den Antritt der Erbschaft

den und des Gesellschaftsvermögens. Diese hängt mit der Theilungsklage der Gesellschafter zusammen (§. 492, Note 6). III. Die Separation der verschiedenen Handlungscommanditen (der creditores diversarum tabernarum)[13]. IV. Die Separation der in verschiedenen Ländern befindlichen Güter und Gläubiger des Gemeinschuldners. Die in verschiedenen Provinzen des Staates liegenden Güter werden nicht separirt[14]. 1) Verfällt ein Ausländer, welcher hier eine Handelsniederlassung hat, in Concurs, so wird das diesseitige Vermögen, falls nicht etwas anderes durch Staatsverträge bestimmt ist (weshalb vorher bei dem Ministerium angefragt werden soll), nicht ausgefolgt, vielmehr über dasselbe ein Particularconcurs eröffnet, zu welchem nur a) inländische Gläubiger, b) inländische Cessionarien ausländischer Gläubiger, wenn die Cession älter als der ausländische Concurs ist, c) die auf den inländischen Grundstücken eingetragenen, wenngleich im Auslande wohnenden Gläubiger[15] zugelassen werden. Besitzt ein in Concurs verfallener Ausländer hier keine Handelsniederlassung, jedoch anderweitiges Vermögen, so ist der Zustand, hinsichtlich der inländischen Gläubiger und des hier befindlichen Vermögens des Cridars, eben der, daß kein Concursproceß vorhanden ist, d. h. der im Auslande eröffnete Concurs hat auf das inländische Vermögen gar keinen Einfluß. Daraus folgt, daß die inländischen Gläubiger sich im gewöhnlichen Proceß- und Executionsverfahren vor den hiesigen Gerichten daran halten können, und daß die ausländische Concursmasse nur den Ueberschuß zu fordern hat[16]. 2) Besitzt ein hiesiger Unterthan im Auslande Vermögen und das aus-

nicht benachtheiligt werden. Nach der Meinung von Paulus (L. 5) können selbst dann, wenn die Masse des Erben Ueberschuß hat, die separirten Erbschaftsgläubiger nicht mehr auf den Erben zurückgehen, weil die Separation für eine Freilassung des Erben angesehen wird. Hierin widersprechen sich aber die Quellen. L. 3, §. 2 (Papinian).

13) Conc.Ordn. §. 35. — Simon, Rechtsspr., Bd. IV, Nr. 13. Ist eine Ausdehnung der bei der actio tributaria (L. 5, §§. 15, 16 D. de tribut. [XIV, 4]) vorkommenden Separation, die jedoch auf unabhängige Personen nicht paßt.

14) A.G.O. I, 50, §§. 25 fg., 647 fg.

15) (3. A.) Conc.Ordn. §. 292. Vergl. A.G.O. a. a. O. §§. 663—669; Anh. §. 379. — Gründler, Polemik, §. 391, Nr. 5.

16) Das Obertrib. spricht in seiner Entscheid. vom 3. Juni 1843 (Entsch. Bd. IX, S. 477) das Gegentheil aus und meint, daß, wenn nicht ein Specialconcurs eröffnet worden sei, hiesige Gläubiger sich an das im Inlande befindliche Vermögen des Cridars nicht halten dürften, dieses Vermögen vielmehr ausgefolgt werden müsse. Der Ausspruch ist jedoch nicht gerechtfertigt, vielmehr das Gegentheil, nach dem geltenden Rechte, das richtige. Die Gründe s. in m. Beurtheilung der Entscheidungen, S. 668 ff. (3. A.) Der Grundsatz ist nun durch die Conc.O. vom 8. Mai 1855, §§. 293 u. 294 außer Zweifel gesetzt. Die Auslieferung des inländischen Vermögens darf in allen Fällen nur mit Genehmigung des Min. des Auswärtigen u. der Justiz erfolgen. §. 295 a. a. O.

ländische Gericht eröffnet darüber Concurs, so wird den auswärtigen Requisitionen nicht genügt, vielmehr lediglich nach hiesigem Rechte beurtheilt: ob der Concurs zu eröffnen sei oder nicht. Wird der Concurs eröffnet, so hat der Verwalter die Auslieferung des ausländischen Vermögens zu betreiben; wird im Auslande ein Particularconcurs über das dortige Vermögen eröffnet, so hat der Verwalter darauf zu sehen, daß der Ueberschuß der Masse hieher verabfolgt werde[17]). V. Die Separation des Lehns- und Fideicommißguts[18]). VI. Auch die Auseinandersetzung des Verpächters und Pächters wegen des Inventars gehört hieher[19]). VII. Die Separation der Bergwerke[20]), und VIII. die der Seeschiffe und anderer zur Frachtschiffahrt bestimmten Schiffsgefäße mit ihren Schulden[21]). Wegen des Ausfalles können sich sowohl die Berggläubiger als die Schiffsgläubiger an die Person des Gemeinschuldners oder an dessen Concursmasse halten, nur haben sie bei dieser, in der Eigenschaft als Berg- und Schiffsgläubiger, keine Vorrechte[22]). IX. Die Separation sämtlicher Unterpfänder. Die Pfand- und Hypothekengläubiger sind nicht mehr schuldig, sich wegen ihres dinglichen Rechts in den Concurs einzulassen, nur soweit sie aus dem Gegenstande ihres Unterpfandrechts nicht befriedigt werden und den Gemeinschuldner persönlich verfolgen können, versteht sich, daß sie rechtzeitig liquidiren müssen. Die Hypothekengläubiger werden in dem abgesonderten Subhastations- und Kaufgelderbelegungsverfahren befriedigt[23]); die Pfandgläubiger und alle übrigen Gläubiger, welchen mit den Pfandgläubigern gleiche Rechte zustehen[24]), müssen aus den in ihrem Besitze befindlichen Pfandstücken nach den für die Executionsvollstreckung geltenden Vorschriften befriedigt werden, wenn es der Verwalter der Concursmasse nicht vorzieht, die Pfandstücke durch Bezahlung der vollen Pfandschuld auszulösen[25]). Nur

17) A.G.O. a. a. O. §§. 670, 671; Anh. §. 378; Conc.Ordn. §. 226.

18) Conc.Ordn. §. 36, Satz 2. Vergl. A.G.O. I, 50, §§. 330, 331; A. L.R. I, 18, §§. 508 ff.; II, 4, §§. 206 ff.

19) Conc.Ordn. §. 36, Satz 2; A. L.R. I, 21, §§. 601 ff.

20) A.G.O. a. a. O. §§. 672 fg.; Conc.Ordn. §§. 31, 63 u. 271.

21) A.G.O. a. a. O. §§. 681 fg.; Conc.Ordn. §§. 31, 64 ff., 271.

22) A.G.O. a. a. O. §§. 680 u. 689; Conc.Ordn. §. 39. Der Grundherr gehört wegen seiner Grundentschädigung nicht zu den Berggläubigern und muß sich von Anfang an die Person der Bergeigenthümer halten.

23) V. vom 28. Decbr. 1840, §. 5 (G.S. 1841, S. 5). — V. I vom 4. März 1834, §. 25 (G.S. S. 31); Subh.Ordn. vom 4. März 1834 (G.S. S. 39); V. v. 2. Decbr. 1837 (G.S. S. 219); V. v. 21. Octbr. 1838 (G.S. S. 498); Conc.Ordn. §§. 31, 263 ff., 383 ff.

24) Conc.Ordn. §. 33.

25) Conc.Ordn. §§. 32, 264.

die Bank, die Seehandlung und die Sparcassen veräußern ihre Pfänder selbst und liefern den Ueberschuß zur Masse ab[26]). X. Der Versicherte kann, wenn der Gemeinschuldner als Versicherer Rückversicherung genommen hat, von der Masse Abtretung der Rechte gegen den Rückversicherer, gegen Erstattung der dafür bezahlten Prämie und Kosten, fordern[27]). XI. Dasselbe Recht hat, in dem Falle des Bauens mit fremden Materialien auf fremdem Boden, der Eigenthümer der Baumaterialien wegen der Entschädigung, welche ihm der bauende Gemeinschuldner dafür zu geben hat, hinsichtlich dessen, was der Gemeinschuldner von demjenigen, der das Eigenthum des Gebäudes erhält, zu fordern hat[28]). XII. Diejenigen, welche ein Retentions- oder ein Compensationsrecht haben, hinsichtlich dessen, was sie zur Masse schuldig sind[29]). B. Die Separatisten ex jure dominii sind eigentlich nicht Gläubiger, sondern dinglich Berechtigte und werden deshalb auch Vindicanten genannt. Der Gegenstand ihres Anspruchs ist ein in der Masse noch vorhandenes, selbständiges dingliches Recht[30]). Die Regel des ältern Pr. R., daß die Vindicanten in die Rangordnung gehören, also bei der Passivmasse als Liquidanten auftreten, ist in Wegfall gekommen[31]). Hat der Gemeinschuldner ein öffentliches Amt verwaltet, so werden die ihm zur Amtsverwaltung anvertrauten Amtsschriften und Geräthschaften der vorgesetzten Dienstbehörde schon bei der Inventur ohne weiteres verabfolgt[32]). — Die Separatisten haben mit den eigentlichen Concursgläubigern gemein, daß sie die Kosten ihres besondern Verfahrens tragen müssen[33]).

3. Feststellung der Passivmasse.

§. 494.

a) Uebersicht.

Zur Feststellung der Passivmasse gehört die Ausmittelung des Grundes und Betrags der Anforderungen nach den gewöhnlichen

26) E.D. vom 31. Januar 1827 (G.S. S. 24); Conc.Ordn. §. 265.
27) A. L.R. II, 8, §. 2015. Vergl. Einf.Ges. v. 8. Mai 1855, Art. XI.
28) A. L.R. I, 9, §. 339. Er soll sich daran „vorzüglich" halten können. Einf.Ges. vom 8. Mai 1855, Art. XI.
29) A.G.O. a. a. O. §. 288; Conc.Ordn. §§. 95 ff.
30) A.G.O. a. a. O. §§. 292, 295—344; Conc.Ordn. §§. 22 ff. — L. 24, §. 2 D. de reb. auct. jud. (XLII, 5); L. 5, §. 18 D. de trib. act. (XIV, 4); L. 3 C. qui bonis cedere (VII, 71); L. 1 C. de priv. fisci (VII, 73).
31) Conc.Ordn. §. 22.
32) A.G.O. a. a. O. §§. 295, 215; Conc.Ordn. §. 154.
33) A.G.O. a. a. O. §§. 292 u. 102, 145, 146, 296 fg.; Conc.Ordn. §§. 40, 84, Nr. 2, 259, Satz 2.

Proceßregeln, und außerdem die Festsetzung des Verhältnisses der einzelnen Gläubiger zu einander. Auf dieses bezieht sich die Lehre von der Rangordnung (Priorität). Die Rechte, welche den Rang geben, sind nicht Wirkung des Concurses, sie müssen vielmehr schon vorher begründet sein, und in den Concurs mitgebracht werden: der Concurs ist nur eine Gelegenheit, wo die Rechte ihre Geltung zeigen; der formelle Concurs ist jedoch nicht die einzige Gelegenheit, vielmehr tritt die Geltung bei jeder Collision, auch außer dem Falle des formellen Concurses, in Wirksamkeit*). Die Rangordnung hatte nach älterem Rechte acht Abtheilungen, nemlich sieben Classen und ein post omnes. Davon war die dritte Classe, welche die Hypothekengläubiger enthielt, in Folge der Ausscheidung derselben aus dem Concurse (493, IX) ganz weggefallen. Die noch übrigen sechs Classen beruheten wesentlich auf dem römischen Principe. Der Grundsatz, daß die Pfandgläubiger ohne Besitz (denn die Faustpfandgläubiger concurriren mit niemand) den übrigen Gläubigern vorgingen, schied die Concursgläubiger in zwei Hauptclassen. Unter den Pfandgläubigern waren mehrere durch ein Privilegium bevorzugt. Dadurch zerfiel die eine Classe in zwei. Die Gläubiger der zweiten Hauptclasse sollten alle verhältnismäßig befriedigt werden; es gab jedoch mehrere rein positive Ausnahmen, von welchen einige sogar allen Pfandgläubigern vorgingen, so daß aus der zweiten Hauptclasse drei entstanden. Hieraus ergaben sich folgende fünf Classen des G. R.: 1) Die vorzüglich privilegirten Personalgläubiger, z. E. der Leichenbestatter wegen der Begräbniskosten[1]); 2) die privilegirten Pfandgläubiger, namentlich der Fiscus wegen der öffentlichen Abgaben, die Ehefrau wegen der Dos, Pupillen an den mit ihrem Gelde erkauften Sachen u. a.; 3) die übrigen Pfandgläubiger; 4) die privilegirten persönlichen Gläubiger verhältnismäßig, mit Ausnahme des Fiscus, welcher allen hier vorging. Später ist ihm, wie noch einigen andern ursprünglich bloß privilegirten Gläubigern, ein Pfandrecht beigelegt worden, wodurch dieselben hier ausgeschieden sind, wie z. E. diejenigen, welche zur Erbauung eines Gebäudes Geld hergegeben haben[2]); Pupillen und Curanden wegen aller Forderungen gegen den Vormund aus dessen

*) Der Grundsatz hat nun auch formelle Feststellung gefunden. Conc.Ordn. §. 368.

1) L. 45 D. de religiosis (XI, 7).

2) L. 24, §. 1 D. de bonis auct. jud. (XLII, 5); L. 1 D. de cess. bonor. (XLII, 3); L. 35 D. de rebus creditis (XII, 1).

Verwaltung[3]). Die in dieser Classe noch übrig gebliebenen Gläubiger sind: der Regent und seine Gemahlin[4]); städtische Gemeinden, Kirchen und milde Stiftungen[5]); die Braut mit der condictio sine causa[6]); Curanden, die nicht wie die Minderjährigen ein Pfandrecht haben[7]); wer zur Erbauung oder Ausbesserung eines Schiffes Geld ohne Hypothek vorgestreckt hat[8]); und wer bei einem Argentarius Geld unverzinslich deponirt[9]). 5) Alle übrigen Gläubiger (Chirographarien)[10]). Die Separatisten und Vindicanten wurden nicht classificirt, sondern verfolgten nebenher ihr dingliches Recht, da sie mit niemand concurrirten. Hieraus entstanden die sechs Classen des Pr. Concurses, wie ihn die Allg. Gerichtsordnung vorschrieb. Die erste Classe enthielt die Vindicanten; die zweite Classe entsprach der röm. ersten Classe; die dritte fiel seit 1840 weg; die vierte entsprach der zweiten, die fünfte der dritten, die sechste der vierten und die siebente der fünften. Dieses System ist zwar aufgegeben, es sind jedoch an Stelle der alten sechs Rangclassen neun neue und noch ein im Concurse gar nicht zugelassenes post omnes gesetzt.

§§. 495—501.

b) Rangordnung.

A. Die Ansprüche der Concursgläubiger werden in nachstehender Reihenfolge berichtigt:

I. Rückstände von directen und indirecten Staatssteuern und anderen denselben gleichstehenden Abgaben, aus den beiden letzten Jahren von dem Tage der Concurseröffnung oder von dem Todestage des schon vorher verstorbenen Gemeinschuldners zurückgerechnet[1]), oder die Vorschüsse, insoweit die Steuererheber diese Steuerrückstände bereits vorschußweise entrichtet haben[2]).

II. 1) Rückstände von Abgaben und Leistungen, welche aus dem Gemeinde-, Kreis- oder Provinzialverbande, ingleichen aus dem Kirchen-, Pfarr- oder Schulverbande entspringen, aus derselben

3) L. 19, §. 1; L. 24 pr. D. de reb. auct. jud. (XLII, 5).
4) L. 6, §. 1 D. de jure fisci (XLIX, 14).
5) L. 38, §. 1 D. de rebus auct. jud. (XLII, 5). — C. 1, 2, 3, 7 X. de in integrum rest. (I, 41). — Clem. un. eod.
6) L. 17, §. 1; L. 18 D. de reb. auct. jud. (XLII, 5).
7) L. 19—23 D. eod.
8) L. 26, 34 D. eodem. Erstreckt sich auf die ganze Masse.
9) L. 24, §. 2 D. eod. — L. 7, §§. 2, 3 D. depos. (XVI, 3).
10) L. 6 C. de bonis auct. jud. (VII, 72); L. 6, §. 7 D. quae in fraud. (XLII, 7).
1) Conc.Ordn. §. 35. Vergl. A.G.O. I, 50, §. 356.
2) Ges. über die Classen- und die classificirte Einkommensteuer, vom 1. Mai 1851, §. 13, lit. e (G.S. S. 198). — Conc.Ordn. §. 35, Satz 2.

Zeit (I.); oder die Vorschüsse der Erheber, insoweit diese die gedachten Rückstände an die öffentliche Casse bereits berichtigt haben; 2) Rückstände von Abgaben und Leistungen an Kirchen, Pfarren und Schulen, oder an Kirchen- und Schulbediente; 3) dergleichen Rückstände von Abgaben und Leistungen, welche nach Gesetz oder Verfassung zu gemeinnützigen, unter der Autorität des preußischen Staates bestehenden Instituten zu entrichten sind[3]).

III. Die Kosten für das Begräbnis des Gemeinschuldners, insoweit sie das nach den Lebensverhältnissen des Verstorbenen zu beurtheilende Bedürfnis nicht übersteigen[4]); der Mehrbetrag kommt in die letzte Classe[5]).

IV. Die Medicinalkosten aus der Zeit seit dem Beginn des Kalenderjahres, welches der Concurseröffnung oder dem Ableben des Gemeinschuldners zunächst vorhergegangen ist. Zu diesen Kosten gehören die Gebühren und Löhne 1) der Aerzte, 2) der Wundärzte, 3) der Apotheker, 4) der Hebammen, 5) der Krankenpfleger, ohne Unterschied: ob solche durch Krankheiten des Gemeinschuldners oder solcher Personen, für welche der Gemeinschuldner unmittelbar sorgen muß, entstanden sind[6]).

V. Der Lohn der im Dienstverhältnisse zu dem Gemeinschuldner stehenden Personen aus dem letzten Jahre vor der Concurseröffnung, oder vor dem schon lange vorher erfolgten Ableben des Gemeinschuldners, oder vor Anstellung der Klage, sofern im letzteren Falle der Proceß oder die Execution ununterbrochen bis zur Concurseröffnung fortgesetzt worden ist. Es ist einerlei, ob der Dienende für die Person, oder den Haushalt, oder das Gewerbe des Gemeinschuldners angenommen worden ist. Beispielsweise sind genannt: Erzieher, Hausofficianten, Handlungsgehilfen, Handwerksgesellen und Dienstboten. Unter dem Lohne ist alles verstanden, was für den Dienst ausbedungen worden ist, namentlich Honorar, Lohn, Kostgeld, und andere Emolumente, mag der Lohn nach der Zeit

3) Conc.Ordn. §. 74. Diese Bestimmung soll den wesentlichen Inhalt der §§. 357 u. 359 wie der alten Conc.Ordn. wiedergeben. Danach ist bei den „Instituten" an Feuersocietäten, Viehassecuranzgesellschaften, Irrenhäuser, Krankenhäuser, Armenhäuser, die Witwencassen u. dergl. gedacht.

4) Conc.Ordn. §. 75. Die A.G.O. §. 363 setzte nach der Verschiedenheit des Standes ein Maximum von 50, 30 und 10 Thlr. fest.

5) Die A.G.O. §. 478 verwies denselben post omnes.

6) Conc.Ordn. §. 76. Vergl. A.G.O. §. 367 a. a. O. Das Vorrecht ist ein privilegium personarum geblieben und kann deshalb auf einen Dritten nicht mit übergehen. Man hat dies durch die Fassung des §. 76 auszudrücken beabsichtigt, indem man nur den „Gebührnissen" der Aerzte u. s. w. hier ihre Stelle angewiesen hat.

des Dienstes, oder nach gewissen Verhältnissen der geleisteten Arbeit bestimmt sein[7]).

VI. Folgende fiscalische Forderungen: 1) die Forderungen des Fiscus wegen der dem Gemeinschuldner zur Last fallenden Cassendefecte aus einer von demselben geführten Cassenverwaltung oder sonstigen Vermögensverwaltung[8]); 2) die Forderungen des Fiscus aus den mit dem Gemeinschuldner geschlossenen Lieferungsverträgen[9]); 3) die Forderungen von Gebühren und Auslagen der königlichen Gerichte und Auseinandersetzungsbehörden[10]); die Gebühren der Oberbergämter[11]) sind in Wegfall gekommen; 4) die Forderungen der gerichtlichen Depositorien an ihre Verwalter wegen der ihnen zur Last fallenden Defecte[12]); 5) die Forderungen der Hofkammer der königlichen Familiengüter wegen der dem Gemeinschuldner zur Last fallenden Defecte aus einer von demselben geführten Cassenverwaltung oder sonstigen Vermögensverwaltung[13]).

VII. Die Ansprüche 1) der Communen, sowohl der ländlichen wie der städtischen, 2) der Kreisverbände, 3) der Provinzialverbände, 4) der landschaftlichen Creditverbände, 5) der Domcapitel, 6) der Collegiatstifter, 7) der Klöster, 8) der Kirchen, 9) der Schulen, 10) der milden Stiftungen wegen der dem Gemeinschuldner zur Last fallenden Defecte aus einer von demselben geführten Cassen- oder sonstigen Vermögensverwaltung[14]).

VIII. In diese Classe treffen zusammen die Ansprüche 1) der Kinder, 2) der Pflegebefohlenen des Gemeinschuldners wegen ihres in dessen Verwaltung vermöge des väterlichen oder vormundschaftlichen

---

7) Conc.Ordn. §. 77. Ist altes Recht. Vergl. A.G.O. §§. 370—373 a. a. O. Die Anwendbarkeit des Privilegiums auf Gewerbsgehilfen war durch das Pr. des Obertrib. 1421[b], vom 1. März 1841 (Entsch. Bd. IX, S. 454) festgestellt worden.

8) Conc.Ordn. §. 78, Nr. 1, aus der A.G.O. §. 360 a. a. O. und dem A. L.R. II, 14, §. 46, wo unter den Cassenbedienten die bei der Casse angestellten Rendanten, Cassirer, Cassenschreiber und Diener oder Boten verstanden werden. Die Fassung des §. 78 der Conc.Ordn. trifft auch die Cassenaufseher (Directoren, Präsidenten) und Curatoren.

9) Conc.Ordn. §. 78, Nr. 2. Auf diesen einen Fall ist das frühere allgemeine Privilegium des Fiscus wegen seiner Forderungen aus „mit demselben geschlossenen Contracten oder aus irgend einem andern Rechtsgrunde" (A.G.O. §. 400 a. a. O.) zurückgeführt.

10) Conc.Ordn. §. 78, Nr. 3. Der Unterschied zwischen Untersuchungs- und anderen Gerichtskosten fällt weg.

11) Anh. z. A.G.O. (I, 50, §. 402) §. 362.

12) Conc.Ordn. §. 78, Nr. 1. Vergl. A.G.O. a. a. O. §. 405.

13) Conc.Ordn. §. 78, Nr. 1. Vergl. A.G.O. a. a. O. §. 402.

14) Conc.Ordn. §. 79. Vergl. A.G.O. a. a. O. §. 405, wo das Vorrecht auf die Kämmereicassen beschränkt war und die ländlichen Communalcassen keine Berücksichtigung fanden.

Verwaltungsrechts gekommenen Vermögens[15]); 3) die Ehefrau des Gemeinschuldners, wenn derselbe nicht Handelsmann, Schiffsrheder oder Fabrikbesitzer ist, wegen ihres in die ehemännliche Verwaltung und Nutznießung von Rechts wegen gekommenen Vermögens, soweit sie nicht durch ihr Rückforderungs- oder ein ihr bestelltes Unterpfandsrecht befriedigt werden kann[16]). Das Vorrecht der Kinder und Pflegebefohlenen erlischt, wenn die Forderungen nicht binnen zwei Jahren nach Beendigung der gesetzlichen Vermögensverwaltung des Gemeinschuldners durch Anbringung der Klage geltend gemacht und bis zur Concurseröffnung ununterbrochen verfolgt worden sind[17]); hinsichtlich der Ehefrau fehlt eine solche Zeitbestimmung[18]).

IX. Alle übrigen Ansprüche zu gleichen Rechten[19]).

Den vorstehend classificirten Forderungen stehen nach und sind überhaupt vom Concurse ausgeschlossen: 1) die Geldstrafen; 2) die Liquidationskosten; 3) die aus der Freigebigkeit des Gemeinschuldners entspringenden Forderungen; 4) Forderungen wegen Zuwendungen auf den Todesfall, sie mögen in Eheverträgen, Erbverträgen oder andern letztwilligen Verfügungen des Gemeinschuldners ihren Grund haben; mit Ausnahme einer solchen Zuwendung, für welche dem Gemeinschuldner etwas gegeben, überlassen oder eine sonstige Gegenleistung gemacht worden ist[20]), in welchem Falle diese Gegenleistung oder deren Werth, jedoch niemals über den Betrag der Zuwendung hinaus, in der letzten Classe gefordert werden kann[21]).

B. Bei der Ansetzung der classificirten Forderungen gelten folgende Grundsätze: I. An der Stelle des Capitals kommen zum Ansatz: 1) die Kosten, welche dem Gläubiger bereits vor der Con-

15) Conc.Ordn. §. 80. Vergl. A. L.R. II, 2, §§. 176 u. 177, u. A.G.O. a. a. O. §§. 417, 418.

16) Conc.Ordn. §. 80, Satz 2. Vergl. A.G.O. a. a. O. §§. 406 ff.

17) Conc.Ordn. §. 81. Sind die Kinder minderjährig, so beginnt die Frist erst mit dem Tage, an welchem die Beendigung der Verwaltung der Vormundschaftsbehörde angezeigt worden ist. Alinea 3 a. a. O.

18) Diese Lücke scheint ein Versehen zu sein; denn das Vorrecht der Ehefrau war im Entwurf und in der Commission in Wegfall gekommen und ist erst durch ein Amendement in der Kammer hergestellt worden, wobei man an die Fristbestimmung nicht gedacht zu haben scheint. Eine analoge Anwendung der hinsichtlich der Kinder getroffenen Zeitbestimmung läßt sich durch die Worte: „ein gleiches Vorrecht" rechtfertigen.

19) Conc.Ordn. §. 82.

20) Hierbei hat man zunächst an das Leibgedinge, Witthum und Gegenvermächtnis, welches der Ehefrau gegen Zurücklassung ihres Eingebrachten in der Ehestiftung verschrieben worden ist, zu denken. A.G.O. I, 50, §§. 408, 434.

21) Conc.Ordn. §. 84. Diese zurückgesetzten Forderungen können nach beendigtem Concurse gegen den Gemeinschuldner im gewöhnlichen Executionsverfahren verfolgt werden, wenn er neues Vermögen erworben hat.

curseröffnung erwachsen und dem Gemeinschuldner zur Last gelegt sind[22]); 2) die Conventionalstrafe, da sie das Interesse vertritt, ingleichen die sämtlichen rückständigen noch nicht verjährten Zinsen bis zum Tage der Concurseröffnung[23]). II. Mehrere in derselben Classe anzusetzende Forderungen werden, wenn die Masse zur vollständigen Tilgung nicht hinreicht, verhältnismäßig berichtigt[24]).

§. 502.

Jus subintrandi.

Ist ein Gläubiger des Gemeinschuldners mit dem Gelde eines andern, vor dem Concurse, unmittelbar, oder mittelbar dadurch, daß das Geld dem Gemeinschuldner zum Zwecke der Befriedigung geliehen worden, und die Befriedigung damit auch wirklich geschehen ist, befriedigt worden, so tritt dieser neue Gläubiger nicht mehr, wie sonst[1]), von Rechts wegen an die Stelle des Befriedigten, vielmehr bestimmt sich das Eintrittsrecht nach den allgemeinen Grundsätzen[2]). Befriedigt aber jemand nach der Concurseröffnung einen Gläubiger ganz oder zum Theil, so tritt er insoweit von Rechts wegen an dessen Stelle (jus subintrandi) und erlangt auch ohne Cession das mit der Forderung verbundene Vorrecht (privilegium causae), Pfandrecht oder Hypothekenrecht[3]); nur muß er, um das Unterpfandsrecht an sich zu bringen, sich das Pfand aushändigen lassen und, wenn es eine Hypothek ist, muß dieselbe noch ungelöscht[4]) und das Instrument auch nicht einem Dritten ce-

---

22) Conc.Ordn. §. 83, Nr. 1. Die Vorschrift setzt eine schon vor der Concurseröffnung ausgewirkte rechtskräftige Entscheidung voraus. Vgl. A.G.O. a. a. O. §. 153.

23) Conc.Ordn. §. 83, Nr. 2. Der Zinsenlauf wird durch die Concurseröffnung zu Gunsten der Gläubiger, nicht auch des Gemeinschuldners gehemmt. Conc.-Ordn. §. 12. Dieser durch den Brandenburgischen Landtagsreceß vom 26. Juni 1653, Art. 33 festgestellte Grundsatz weicht vom R. R. (L. 3, §. 1; L. 12, §. 6; L. 18 D. qui potior. in pign. [XX, 4]) ab, wird aber von gemeinrechtlichen Praktikern geltend gemacht und ist auch in andere Particulargesetzgebungen übergegangen. Die sonstige Beschränkung der Zinsenrückstände auf die aus den beiden letzten Jahren (A.G.O. §. 150 a. a. O.) ist in Wegfall gebracht.

24) Conc.Ordn. §§. 85 u. 61.

1) A.G.O. a. a. O. §. 161; Anh. z. A.G.O. §. 331. C.O. vom 5. März 1808 (Mathis, VI, 1).

2) Conc.Ordn. §. 11, Satz 2. — A. L.R. I, 16, §§. 46 ff.

3) Conc.Ordn. §. 11. Nach R. R. fand der Eintritt von selbst nur bei privilegirten Personalforderungen statt, L. 24, §. 3 D. de reb. auct. jud. (XLII, 5); L. 2 D. de cess. bonor. (XLII, 3), nicht bei Hypotheken, außer wenn der Schuldner dem neuen Gläubiger die Stelle des alten ausdrücklich einräumte. L. 3 D. quae res pignori (XX, 3); L. 12, §. 8 D. qui potior. in pignor. (XX, 4); L. 1 C. de his qui in prior. (VIII, 19).

4) Wo das Hypothekenbuch noch nicht vollständig eingerichtet ist, darf die mit

dirt sein, sonst tritt der redliche Erwerber der Hypothek an die Stelle des Cedenten, und der Zahlende kann im Concurse, bei stattgefundener Cession, nicht als Liquidant auftreten, und im Falle der Löschung nur die Stelle einnehmen, welche die bezahlte Post an sich erhalten haben würde. Ist eine Post zweimal oder von zwei Personen ganz bezahlt worden, so hat der Zweite nur eine condictio indebiti gegen den Empfänger, gegen den Gemeinschuldner aber und dessen Concursmasse, außer dem Falle eines Auftrags, der ihm nur in der letzten Classe einen Platz verschaffen würde, gar keinen Anspruch. Hätte der zweite Zahlende jedoch eine förmliche Cession erhalten, ohne von der früheren Zahlung zu wissen, so würde er die Stelle des bezahlten Gläubigers einnehmen, und der erste Zahler hätte wieder nur aus dem Auftrage eine Forderung. Es können hiernach in Folge der Auszahlung eines Gläubigers im Falle eines Auftrages zwar wohl mehrere die ganze Summe der ausgezahlten Forderung bei der Concursmasse liquidiren, doch an der Stelle des alten Gläubigers in jedem Falle nur einer.

β) Grundsätze des formellen Concurses (Concursverfahrens).

§. 503.
1. Begriff.

Der formelle Concurs ist das gemeinschaftliche Verfahren sämtlicher Gläubiger eines insolventen Schuldners, wodurch sie, mittelst Beschlagnahme und Veräußerung des gesamten Vermögens desselben, ihre Befriedigung zu erhalten suchen [1]). Das charakteristische Merkmal des wahren Concurses besteht darin, daß das gesamte Vermögen des Schuldners in Masse, als Ganzes, nicht bloß einzelnes als solches, wenn auch nur ein Gegenstand thatsächlich das ganze Vermögen ausmachte, in Beschlag genommen wird, und daß alle Gläubiger zur Theilnahme daran zusammenberufen werden: das Concursverfahren ist ein judicium universale vor dem persönlichen Richter des Cridarius, alle persönlichen Gläubiger concurriren und die Execution wird in das ganze Vermögen voll-

dem Gelde eines Dritten bezahlte Forderung noch nicht als getilgt in den Grundacten angezeigt sein. Pr. 561 b, vom 13. October 1838.

1) A.G.O. §. 1 d. T. — Conc.Ordn. §§. 1, 2. — Im Deutschen kommen dafür noch die Ausdrücke: Gantproceß, von ganten, verganten (verkaufen), und Conturbationsproceß, vor. Die lateinische Benennung: processus cridae ist hergenommen von der Edictalladung, welche im Latein des Mittelalters crida (proclamatio publica) heißt. Du Fresne, Glossarium, voce Crida.

streckt[2]). Die Regeln, nach welchen dabei zu verfahren, gehören in den Proceß[2a]).

§. 504.

2. Entstehung und Anfang des Concursverfahrens.

I. Bedingungen der Möglichkeit eines kaufmännischen Concurses sind: 1) Zahlungseinstellung; und eines gemeinen Concurses: Insolvenz und ein Antrag eines Gläubigers oder des bestellten Nachlaßcurators; nicht befugt zum Antrage ist der Gemeinschuldner (cridarius, debitor communis)[3]). Dieser kann ein Lebender, oder ein Verstorbener sein. Hat der Erbe eines insolvent Verstorbenen die Erbschaft unbedingt angetreten, so muß der Concurs auf den Namen des Erben ausbrechen; ist die Erbschaft sub beneficio angenommen, so kann der Erbe den Concurs von seinem Namen dadurch abwenden, daß er die Erbschaft zur Befriedigung der Gläubiger gehörig verwendet. Nach Just. R. war er befugt, die Gläubiger aus dem Nachlasse in der Ordnung, wie sie sich meldeten, zu bezahlen; wer zu spät kam, fiel aus, wenn er nicht vermöge eines ihm zustehenden Vorrechts die schon bezahlten Gläubiger in Anspruch nehmen konnte[4]). Die gemeine Praxis gestattete eine Edictalcitation der unbekannten Gläubiger[4a]). Im Pr. R. war ein geregeltes Liquidationsverfahren (der erbschaftliche Liquidationsproceß) an die Stelle getreten, welches hinsichtlich der ausgebliebenen Gläubiger eine ähnliche Wirkung hatte, nur daß sie sich wegen der mit dem Verfahren verbundenen Präclusion nicht mehr an die befriedigten Gläubiger halten konnten, wenngleich sie bessere Rechte hatten[5]). — Der Gemeinschuldner kann ferner eine

---

2) A.G.O. a. a. O. §§. 19—25. — Anh. z. Cod. Frid. March. S. 240. Conc.Ordn. §§. 1—3, 115, 320.

2a) M. Preuß. Civilproceßrecht, Th. I, 2 (Berlin 1854) §§. 452 f. (3. A.) Hier ist jedoch der Concursproceß noch nach den Vorschriften der A.G.O. Th. I, Tit. 50 dargestellt. Das neue Concursverfahren ist kein Proceß im eigentlichen Sinne, sondern eine Art Theilungsverfahren, in welchem alle Streitigkeiten, welche sich nicht durch Vereinbarung ausgleichen lassen, ausgewiesen werden, um durch besondere Klagen in Specialproceſſen ausgetragen zu werden.

3) A.G.O. a. a. O. §. 2; Conc.Ordn. §§. 113 u. 321. — Die Bezeichnung „Concursifex" ist nicht bloß kein hergebrachter technischer, sondern überhaupt kein passender Ausdruck in der ernsten Rede und edlen Schreibart. Nur in scherzendem oder Verachtung ausdrückendem Vortrage kann das Wort gebraucht werden, wie die deutschen Worte: „Concursmacher, Schuldenmacher." Die römisch-technische ist debitor aere alieno obaeratus.

4) L. 22, §§. 4—9 C. de jure deliberandi (VI, 30).

4a) Mynsinger, Obs. Cent., II, 47. — Gail, Pract. obs., I, obs. 51, no. 7.

5) A.G.O. I, 51, §§. 53 fg. — Von diesem Standpunkte gewinnt man die

physische oder eine juristische Person sein[6]). Besteht die juristische Person aus physischen Personen, so kommt das Vermögen der einzelnen natürlich nicht zur Masse. Anders ist es nach R. R. mit den Handlungssocietäten, weil deren einzelne Mitglieder persönlich haften; nach deutschen Ansichten ist jedoch der Satz modificirt. 2) Vermögensfähigkeit. Die röm. Rechtsfrage: in wiefern gegen Kinder in väterlicher Gewalt ein Concursverfahren zulässig, hat im Pr. R. keine Wichtigkeit, da die Kinder eigenes Vermögen haben können. Für bürgerlich todt und deshalb für vermögensunfähig gelten nur noch Mönche und Ordensleute[7]); diese können also, abgesehen von ihrer Verlassenschaft, nicht Cridarius sein. Das frühere ganz positive Verbot, über das Vermögen eines activen Officiers Concurs zu eröffnen, wenn er nicht mehr als sein Diensteinkommen hatte[8]), ist in den allgemeinen Satz verwandelt, daß die Eröffnung des Concurses in allen Fällen unterbleiben kann, wenn das Vermögen des Gemeinschuldners die Kosten des Concursverfahrens nicht erlohnt[8a]). II. Die Eröffnung des Concurses geschah nach der gem. Praxis auf eine zwiefache Art: durch Erklärung des Schuldners, und durch Verfügung des Richters. Die erstere Art ist die älteste, sie hat sich aus der röm. cessio bonorum gebildet, welche darin enthalten ist[9]). Nach Pr. R. ist nur die

---

Ansicht, daß der erbschaftliche Liquidationsproceß, sowohl nach der allerersten Anlage als nach der jetzigen Form, eine Art von Concurs über die unzulängliche Verlassenschaft eines Verstorbenen war, der zwar einen Erben hatte, welcher jedoch die Erbschaft nicht mit seinem Vermögen vermischen und zu der Erde nicht seinen Namen hergeben wollte: es war ein Concursverfahren, welches auf den Antrag des Stellvertreters des verstorbenen Schuldners eröffnet wurde. Einen innern Grund gab es nicht, welcher hinderte, diesem Verfahren die Wirkungen eines eigentlichen Concurses beizulegen, zumal wenn man zu dem Grundsatze der gemeinen Praxis, daß auch auf Antrag des Gemeinschuldners der Concursproceß eröffnet werden kann, zurückkehren wollte. Doch wurden diese Wirkungen ausgeschlossen. Entscheid. des Obertrib. X, S. 473. — (3. A.) Das neue Recht hat an Stelle dieses concursähnlichen Verfahrens eine bloße Aufforderung zur Anmeldung der Ansprüche und eine Präclusion gesetzt, wobei es dem Erben überlassen ist, sich mit den angemeldeten Gläubigern zu benehmen, wogegen diesen freigestellt ist, auf die Concurseröffnung über den Nachlaß anzutragen. Conc.Ordn. §§. 342, 345, 355, 357.

6) L. 7, §. 1 D. quod. cujuscunque universitat. (III, 4). Conc.Ordn. §. 281.

7) A. L.R. II, 11, §§. 1199 fg. — S. oben §. 43, Bd. I, S. 144.

8) C.D. vom 25. October 1825 (Jahrb. Bd. XXV, S. 261 und XXVI, S. 393).

8a) (3. A.) Conc.Ordn. §§. 306 u. 339. Facultativ ist die Unterlassung, weil Fälle vorkommen können, wo bei unbedeutendem Vermögen die Concurseröffnung zur Herbeischaffung von Befriedigungsmitteln durch Anfechtung von Veräußerungen führen kann.

9) Der Schuldner reichte bei seinem persönlichen Richter eine Denkschrift ein, worin er seine Insolvenz erklärte, um Concurseröffnung bat und seinen Gläubigern das Vermögen abtrat. Auf solche Erklärung konnte der Richter ohne weiteres den

zweite Art zulässig. Die Eröffnung geschieht durch einen förmlichen Beschluß. 1) Die Eröffnung des gemeinen Concurses setzt die Insufficienz als klar und gerichtskundig (notorisch) voraus. Solches wird angenommen: a) wenn der Schuldner selbst sein Unvermögen bei dem Gerichte anzeigt [10]); b) wenn der Erbe des Gemeinschuldners der Erbschaft entsagt, ohne daß die Entsagung ausdrücklich zu Gunsten des auf ihn folgenden Erben geschieht [11]); c) wenn der Beneficialerbe eines Verstorbenen erklärt, daß er der Verwaltung des Nachlasses sich entschlagen will [12]); d) wenn nach den sonstigen Erklärungen eines Beneficialerben, oder des Nachlaßcurators, oder nach dem Inventar der Nachlaß unzulänglich ist [13]); e) wenn der Gemeinschuldner sich entfernt hat, ohne jemanden mit Vollmacht und Information zur Besorgung seiner Angelegenheiten zurückzulassen, und bei einer Execution sich ergibt, daß das vorgefundene Vermögen zur Befriedigung der andringenden Gläubiger nicht zureicht [14]). Wird auf Antrag eines einzelnen Execution vollstreckt, und der Schuldner entweicht zu dieser Zeit, ohne daß in seiner Wohnung hinlängliche Executionsgegenstände gefunden werden: so geht daraus die Unzulänglichkeit des Vermögens noch nicht klar hervor [15]). 2) Die Eröffnung des kaufmännischen Concurses ist dadurch bedingt, daß der Gemeinschuldner seine Zahlungen einstellt. Diese Thatsache ist vorhanden, wenn der Gemeinschuldner selbst seine Zahlungsunfähigkeit anzeigt, oder wegen Zahlungsunfähigkeit sein Geschäft schließt, oder wenn aus anderen Umständen erhellet, daß er im Zustande der Zahlungsunfähigkeit sich befindet [16]). Wirkliche Vermögensunzulänglichkeit ist nicht erforderlich. III. Der Zeitpunkt des Anfangs des Concursprocesses ist die Mittagsstunde desjenigen Tages, an wel-

---

Concursproceß eröffnen; nur wenn die Gläubiger die Insolvenz bestritten und die Sufficienz bewiesen, konnten sie die gewöhnliche Execution suchen. Die cessio bonorum konnte aber auch ohne diese Art der Concurseröffnung stattfinden.

10) Conc.Ordn. §. 323, Nr. 1. Vergl. A.G.O. I, 50, §§. 3 u. 4, Nr. 1.

11) Conc.Ordn. §. 323, Nr. 3. Vergl. A.G.O. a. a. O. §. 4, Nr. 2; Anh. §. 312; A. L.R. I, 9, §. 410.

12) Conc.Ordn. §. 323, Nr. 4. Der Fall ist neu hinzugekommen.

13) Ebend. §. 323, Nr. 5. Vergl. §. 4 der A.G.O. a. a. O.

14) Conc.Ordn. §. 323, Nr. 2. Vergl. A.G.O. a. a. O. §. 4, Nr. 4. Dieses ist der in der gem. Praxis angenommene Fall der Flucht, wo die Concurseröffnung schon durch den allgemeinen Grundsatz des alsdann zulässigen Arrestschlages auf das ganze Vermögen begründet war. Reichspol.Ordn. von 1577, Tit. 23, §§. 2 u. 3.

15) Der Antrag auf Concurseröffnung muß in diesem Falle erörtert werden. Conc.Ordn. §. 326, Satz 2. Vergl. A.G.O. a. a. O. §§. 12, 13.

16) Conc.Ordn. §. 113. Vergl. Str.G.B. §. 259 u. Anm. 47 dazu.

chem der Eröffnungsbeschluß gefaßt worden ist, falls nicht eine andere Stunde in dem Beschlusse angegeben worden ist[17]).

§. 505.

3. Abwendung des Concurses.

Der Ausbruch des formellen Concurses kann abgewendet werden: 1) durch Genügeleistung, und zwar: a) durch Zahlung oder Angabe an Zahlungsstatt; b) bei dem gemeinen Concurse durch Nachweis der Zahlungsfähigkeit, in welchem Falle gewöhnliche Execution vollstreckt wird, wenn kein Moratorium erlangt werden kann; c) durch Intercession dritter Personen, welche für den Schuldner zahlen, oder mit Zustimmung der Gläubiger bürgen[18]). 2) Durch Beschränkung der Gläubiger. Solche geschieht: durch einen Nachlaßvertrag (pactum remissorium, Accord). Die singuläre Bestimmung des R. R., daß in dem besondern Falle, wo der Erbe eines insolvent verstorbenen Schuldners die Erbschaft annehmen wollte, wenn die Gläubiger von den Forderungen etwas nachließen, die Minderzahl sich dem Beschlusse der Mehrheit unterwerfen sollte[19]), ist von der gemeinrechtlichen Praxis auch auf den noch lebenden Schuldner ausgedehnt[20]). Die ältere pr. Gesetzgebung hatte diesen Gebrauch bestätigt[21]); das neuere Recht jedoch hatte den Rechtssatz, daß niemand in seinem Rechte durch Uebereinkunft unter dritten Personen beeinträchtigt werden kann, ausdrücklich wiederhergestellt[22]). Das heutige Recht aber nimmt auf die schwebenden Unterhandlungen keine Rücksicht und der Accord wie der außergerichtliche Vergleich, wenn dieser nicht vor der Concurseröffnung zu Stande kommt, ist nur noch eine Beendigungsart des Concurses[23]). 3) Durch Stundung, d. i. Nachlaß in Rücksicht der Zeit; 4) durch ein Moratorium, welches dadurch ein entferntes Mittel zur Abwendung des Concurses wird, daß es die Vergrößerung der Schulden-

17) Conc.Ordn. §§. 121 u. 328. Vergl. A.G.O. §. 22 a. a. O. — Nach G. R. ist darüber Meinungsverschiedenheit.

18) A. L.R. I, 16, §. 49. — L. 23, 40, 53 D. de solut. (XLVI, 3).

19) L. 7, §. 17; L. 8—10 pr. D. de pact. (II, 14); L. 54, §. 1 D. de manumissis testamento (XL, 4); L. 23 D. quae in fraud. cred. (XLII, 8); L. 58, §. 1 D. mandati (XVII, 1).

20) Happel, Anleitung zum Verfahren, Concursprocesse abzuwenden (Gießen 1799), §§. 138 fg., u. a.

21) Rescr. vom 3. Decbr. 1786 (N. C. C. de 1786, Nr. 67).

22) A.G.O. I, 49, §. 5. Nur solche Beschlüsse, welche die Abkürzung des Concurses bezwecken und die Kosten verringern, konnten, unter Mitwirkung des Richters, von der Mehrheit der Gläubiger gefaßt und ausgeführt werden. A.G.O. a. a. O. §. 6 u. I, 50, §§. 595 u. fg.

23) Conc.Ordn. §§. 181 ff. u. 210 ff.

last durch kostspielige Herbeischaffung der Mittel zur Befriedigung der andringenden Gläubiger verhindert.

4. Wirkungen des Concurses.

a) Für den Schuldner.

§. 506.

aa) In Rücksicht seiner Person.

Nach R. R. trat regelmäßig persönliche Haft des Schuldners bei Nichtbefriedigung der Gläubiger ein, wenn er nicht zur cessio bonorum verstattet wurde; vielleicht fanden auch noch andere öffentliche Strafen statt, nur soviel ist bekannt, daß nach Justin. R. wegen Schulden niemand mehr Sklave wurde, der Debitor konnte dem Gläubiger nur addicirt werden; man weiß auch nicht, ob das Schuldgefängnis ein öffentliches oder ein Privatgefängnis war. In Bezug auf die Ehre war Infamie Folge des Concurses, wenn nicht cessio bonorum stattgefunden hatte (§. 487). Nach G. R. ist persönliche Haft nur wegen befürchteter Flucht[1]) und wegen strafbaren Bankerots zulässig; eine infamia juris wird nur als Folge eines Strafurtels gegen den Bankeroteur angenommen. Aehnliche Grundsätze hat das Pr. R. Nach älterem Rechte stand den Gläubigern frei, sich an die Person des nicht zur cessio bonorum verstatteten Gemeinschuldners zu halten und ihn zum Personalarrest bringen zu lassen, wenn er nicht für seine Person Caution durch annehmliche Bürgen stellen konnte[2]). Bei der Concurseröffnung mußte von Amts wegen geprüft werden: ob Gründe zur Eröffnung einer Untersuchung wegen Bankerots vorhanden waren[3]). Nach neuem Rechte wird der Staatsanwaltschaft von der erfolgten Concurseröffnung besondere Nachricht gegeben und die Staatsanwaltschaft kann allen Verhandlungen im Concurse beiwohnen und alle ihr erheblich scheinenden Nachrichten fordern[4]). Das Gericht beschließt zugleich bei der Eröffnung eines kaufmännischen Concurses von Amts wegen, bei einem gemeinen Concurse aber nur auf Antrag, über die Verhaftung des Gemeinschuldners nach seinem Ermessen. Die Verhaftung muß in zwei Fällen verfügt werden, nemlich wenn der Gemeinschuldner der Flucht

1) Der Gemeinschuldner war verpflichtet, sich am Orte des Concurses aufzuhalten. Reichspol.Ordn. von 1577, Tit. 23, §§. 1, 2. — Reichstagsschluß von 1668.

2) A.G.O. I, 48, §. 28. Vergl. Tit. 50, §. 114.

3) Anh. z. A.G.O. §. 313 (zu I, 50, §. 4).

4) Conc.Ordn. §. 123, Satz 3, §. 140, Satz 3, §. 336, Satz 2.

verdächtig ist, und wenn er sich zur Zeit der Concurseröffnung bereits in Schuldhaft befindet. In einem dritten Falle soll die Verhaftung in der Regel angeordnet werden, nemlich wenn der kaufmännische Gemeinschuldner den Vorschriften über die Verpflichtung zur Anzeige der Zahlungseinstellung, sowie zur Uebergabe der Handelsbücher und der Bilanz nicht genügt hat, oder wenn gegen den Gemeinschuldner Wechselklagen angestellt sind, oder Wechselproteste gegen ihn erhoben werden. Eine Ausnahme von dieser Regel mag eintreten, wenn der kaufmännische Gemeinschuldner die Anzeige ꝛc. aus einem an sich nicht tadelnswerthen Grunde, z. B. weil er wohlgemeinte Unterhandlungen mit den Gläubigern führt, versäumt hat. Nach der Concurseröffnung kann die Verhaftung oder Wiederhaftung eintreten, wenn die vorbezeichneten Gründe erst nachträglich hervortreten, oder wenn der Gemeinschuldner den gerichtlichen Verfügungen, oder den Aufforderungen des Verwalters der Masse nicht Folge leistet. Die Haft ist eine Schuldhaft und dauert so lange, als es nach dem Ermessen des Gerichts zur Förderung oder Sicherung der Concursverhandlungen nöthig ist[5]). Der betrügliche Bankerotierer verliert mit der Zuchthausstrafe seine bürgerliche Ehre[6]). Wenn aber auch keine förmliche Verurtheilung erfolgt, so hat doch jeder Concurs einen Makel an der bürgerlichen Ehre und Ausschließung von öffentlichen Aemtern und Würden zur Folge[7]).

§. 507.

bb) In Rücksicht seines Vermögens.

I. Die Fähigkeit, über sein Vermögen zu verfügen, wird dem Gemeinschuldner entzogen und auf die Gläubiger übertragen. Nach dem R. R. gab die Uebertragung (missio in possessionem) den Gläubigern keine juristische, sondern nur thatsächliche Sicherheit: die custodia, wodurch sie den Schuldner von der Disposition factisch ausschlossen, rechtlich war derselbe in der Verfügungsfähigkeit nicht gehindert[8]). Auch das pignus praetorium, welches die Gläubiger dadurch erhielten, schützte sie gegen nachtheilige Disposition des Schuldners keineswegs, weil dasselbe nach älterem R. nicht

5) Conc.Ordn. §§. 137—139, 333, 336.

6) Strafgesetzbuch §. 235 u. §. 12.

7) (3. A.) Oben Bd. I, §. 54. Kaufmännische Gemeinschuldner dürfen, so lange sie nicht in den vorigen Stand wieder eingesetzt (rehabilitirt) sind, nicht auf der Börse erscheinen, nicht Mitglied einer kaufmännischen Corporation sein, nicht als Mäkler, oder als Verwalter im Concurse, oder als Vertreter einer Partei in Handelssachen zugelassen werden. Conc.Ordn. §. 310.

8) L. 6, §. 7; L. 10, §. 16 D. quae in fraudem creditorum (XLII, 8).

dinglich war. Erst Justinian hat es zu einem dinglichen Rechte gemacht[9]), und seitdem hindert es den Schuldner allerdings an der Verfügung. Bei der cessio bonorum blieb der Schuldner gleichfalls Eigenthümer, und die Gläubiger erhielten wieder nur die Befugnis, sich aus dem hingelassenen Vermögen bezahlt zu machen. Gegen die hiernach möglichen Beschädigungen der Gläubiger durch nachtheilige Verfügungen des Schuldners schützte der Prätor durch zwei ihnen gegebene Rechtsmittel: die actio Pauliana in factum und das interdictum fraudatorium (s. u. §. 589), deren Verhältnis zu einander unbekannt ist. Durch dieselben konnten die den Gläubigern nachtheiligen Folgen der Disposition revocirt werden[10]), sie sind also remedia restitutoria, welchen Charakter sie durch die später entstandene dingliche Natur des prätorischen Pfandrechts nicht verloren haben. Denn durch dieses Pfandrecht ist dem Schuldner die Disposition rechtlich nicht durchaus genommen, da er immer Eigenthümer bleibt; daher sind die von ihm getroffenen Verfügungen an sich nicht null und nichtig, vielmehr können die Gläubiger nur ihr Pfandrecht verfolgen. Demnach ist jetzt die actio Pauliana in factum noch immer ein vortheilhafteres und bequemeres Rechtsmittel, insofern damit die durch die Handlungen des Gemeinschuldners bewirkten Rechtsveränderungen in allen Beziehungen wieder vernichtet werden können (§. 586). II. Diese Grundsätze fanden sich im älteren Pr. R., wie folgt, bestätigt: 1) Durch die Concurseröffnung erlangen die Gläubiger, *zusammengenommen*, ein allgemeines Pfandrecht auf den ganzen Inbegriff des Vermögens, welches der Gemeinschuldner *zu der Zeit* besitzt. 2) Der Schuldner verliert von diesem Tage an *alle Befugnis*, über sein gegenwärtiges Vermögen ferner zu verfügen. 3) Alle und jede Verfügungen, deren sich der Gemeinschuldner, nach eröffnetem Concurse, über sein in Beschlag genommenes Vermögen anmaßt, *sind gänzlich null* und ohne rechtliche Wirkung[11]). 4) Die *vor* Eröffnung des förmlichen Concurses, jedoch schon *nach* eingetretener Unzulänglichkeit des Vermögens, zum Nachtheile der Gläubiger vorgefallenen *betrüglichen* oder *freigebigen* Dispositionen des Schuldners sind widerruflich[12]). Das Rechtsmittel stand in manchen Fällen dem Curator der Masse als Vertreter der Gesamtheit der Gläubiger, in andern Fällen wieder

9) L. 2 C. de praetorio pignore (VIII, 22).
10) L. 1 pr.; L. 10 pr. D. quae in fraudem creditor. (XLII, 8).
11) A.G.O. I, 50, §§. 33—35.
12) Ebend. §§. 42, 59. — L. 38, §. 4 D. de usuris (XXII, 1); L. 67, §. 1 D. ad S. C. Trebell. (XXXVI, 1).

nur jedem einzelnen Gläubiger, welcher aus der Masse nicht völlig befriedigt ward, zu (§. 589, II). III. Das neue Concursgesetz v. 8. Mai 1855 unterläßt es, gleich seinem Vorbilde dem französischen, ein Princip auszusprechen, kraft dessen die Gläubigerschaft das Vermögen des Gemeinschuldners an sich zu nehmen berechtigt ist. Es sind aber die beiden Folgesätze: 1) der Gemeinschuldner verliert mit dem Zeitpunkte der Concurseröffnung von Rechts wegen das Verwaltungs- und Verfügungsrecht über sein gesamtes Vermögen, soweit es zur Concursmasse gehört, und die Ausübung dieses Rechts geht auf die Gläubigerschaft über[13]; 2) alle Verfügungen und Rechtshandlungen, welche der Gemeinschuldner *nach* der Concurseröffnung vornimmt, sind in Beziehung auf die Gläubigerschaft nichtig[14]; und außerdem ist 3) das Princip der actio Pauliana, wegen Anfechtung der *vor* der Concurseröffnung, jedoch schon nach der Zahlungseinstellung, beziehungsweise nach eingetretener Vermögensunzulänglichkeit, zum Nachtheile der Gläubigerschaft vorgenommenen arglistigen oder freigebigen Rechtshandlungen[15], aus der alten Concursordnung[16] herüber genommen.

b) Für die Gläubiger.

§. 508.

aa) Im allgemeinen.

Durch die Concurseröffnung entsteht eine Gemeinschaft sämtlicher Concursgläubiger bezüglich auf die in Beschlag genommene Vermögensmasse, und die Gläubiger treten in ein dreifaches Verhältnis: 1) in das Verhältnis der Gemeinschafter in Beziehung auf die Verwaltung, Veräußerung und Vertheilung des Vermögens; 2) in das der Liquidanten, als welche sie ihre Forderungsrechte gegen den Gemeinschuldner geltend machen; 3) in das der Concurrenten, als welche sie gegenseitig ihre Vorzugsrechte auszuüben suchen.

---

13) (3. A.) Conc.Ordn. §. 4. Zur Masse gehört das ganze gegenwärtige Vermögen, soweit es der Execution unterliegt, und außerdem dasjenige, welches er während der Dauer des Concurses erwirbt. §. 1. Die Ausdehnung auf den künftigen Erwerb ist etwas ganz neues. Vergl. A.G.O. a. a. O. §§. 33, 34, 38, 145.

14) Conc.Ordn. §. 5. Der Rechtssatz findet auch auf das an anderen Orten befindliche Vermögen Anwendung, nur mit Berücksichtigung der Grundsätze des Auftragsverhältnisses (A. L.R. I, 13, §. 200; Code civil, Art. 2009); die im §. 37 der alten Concursordnung vorgeschriebene abweichende Behandlung der an anderen Orten, nach der Concursordnung aber vor der Beschlagnahme, vorgefallenen Veräußerungen ist also in Wegfall gekommen.

15) Conc.Ordn. §§. 99 ff. Die Einzelheiten sind theilweise verändert. Vergl. §. 589.

16) A.G.O. I, 50, §§. 33—35, 42.

bb) Verhältnis der Gläubiger als Inhaber der Masse.

§. 509.

a) Aeußere Verhältnisse.

I. Die Gläubigerschaft ist kein Rechtsnachfolger des Gemeinschuldners[1]), sondern nur Pfandinhaber im weitesten Sinne, in welcher Eigenschaft sie den Gegenstand ihres Pfandrechts verwalten, veräußern und zu ihrer Befriedigung unter sich vertheilen; sie stellen sonach bei der Veräußerung nur die Person des Eigenthümers, ihres Schuldners vor. Daraus folgen die wichtigen Regeln: 1) Die Stellvertretung des Schuldners bezieht sich nur auf die s. g. Activlegitimation bei der Ausübung seiner in der Masse enthaltenen Befugnisse und Rechte; 2) diese Befugnisse und Klagerechte können nur in derselben Beschaffenheit und Beschränkung ausgeübt werden, in welcher der Schuldner selbst sie würde haben ausüben können, daher die Gläubiger die das Recht modificirenden oder beschränkenden Einreden gelten lassen müssen; 3) Verbindlichkeiten, womit nur die Person des Gemeinschuldners, ohne Beziehung auf sein Vermögen, behaftet ist, werden in keinem Falle beachtet[2]). II. Anwendungen dieser Regeln: 1) Alle schon vor der Concurseröffnung erworbenen Sachen und Rechte gehören zur Masse[3]). Daher können auch solche Hypothekenforderungen, welche der Gemeinschuldner bis zur Eröffnung des Concurses durch Bezahlung oder auf sonstige Weise erworben hat und nicht löschen lassen, bei der Kaufgelderbelegung für die Gemeinmasse liquidirt werden[3a]). 2) Der Gemeinschuldner bleibt Eigenthümer; die Gläubiger haben die Gewahrsam und das Nutzungsrecht, daher sie Miethen und Pachtungen als Verwalter contrahiren, ohne daraus ihre Person zu verpflichten[4]),

1) Manche haben die Gläubiger für Universal-, andere haben sie für Singular-Successoren gehalten. Beide Voraussetzungen führen zu ganz unrichtigen Ergebnissen.

2) Conc.Ordn. §§. 2, 4, 15 ff. Vergl. A.G.O. a. a. O. §§. 33, 61; I, 63, 267. L. 5, L. 2, §§. 1, 2 D. de curatore bonis dando (XLII, 7). — L. 14 pr. D. de bonis auct. jud. poss. (XLII, 5).

3) Conc.Ordn. §. 15. Vergl. A.G.O. I, 50, §§. 33, 41. — S. oben §. 507, Nr. II.

3a) S. Recht der Forder. Bd. III, S. 1015. Der Satz ist auch von dem Obertrib. durch Plenarbeschluß vom 9. Januar 1846 (Pr. 1665) als richtig angenommen worden. (Entsch. Bd. XII, S. 59 ff.)

4) Conc.Ordn. §. 4. Vergl. A.G.O. a. a. O. §§. 33, 34, 63, 194, 242 f. — L. 8, §§. 1—3 D. de bonis auct. jud. (XLII, 5). — L. 6, 8 C. eod. (VII, 72). — L. 4 C. qui bonis cedere (VII, 71). — L. 3, §. 23 D. de acquir. poss. (XLII, 1). Auch die Briefschaften und Urkunden dürfen sie benutzen. Conc.Ordn. §. 141. Vergl. A.G.O. a. a. O. §§. 196, 199, 206, worin sie das R. R. beschränkte. L. 15 pr. §. 1 D. de bonis auct. jud. (XLII, 5).

und eben so veräußern sie Namens des Schuldners und leisten, nur soweit das dafür Empfangene reicht, Gewähr [5]). Beschränkungen des Gemeinschuldners zum Besten gewisser Gläubiger binden die Gläubiger nicht [6]), weil sie deren Befugnisse in sich haben; Beschränkungen zum Vortheil von Personen aber, die nicht zu den Concursgläubigern gehören, sondern Realberechtigte sind, z. E. Lehns- und Fideicommißinteressenten, bleiben wirksam, daher die damit behafteten Güter nur, so lange das Recht des Gemeinschuldners dauert, genutzt werden können [7]). 3) Bei Forderungen repräsentieren die Gläubiger den Gemeinschuldner dergestalt, daß sie die Schuldner durch Annahme der Zahlung liberiren [8]); bei Schulden vertritt ihn der Verwalter der Masse [8a]). 4) Bei Klagerechten aus Rechtsgeschäften, welche der Gemeinschuldner geschlossen hat, müssen die Gläubiger ihn auch passiv vertreten, mithin die activen Processe in der Lage übernehmen, in welcher sie sich zur Zeit der Concurseröffnung befinden [9]), und auch Compensationen gestatten [10]). Das Retentionsrecht, welches als exceptio doli allerdings statthaft sein müßte (§. 207. a. E., Bd. I), soll zwar durch die Concurseröffnung erlöschen [11]), der Satz ist jedoch unrichtig und deshalb auch durch positive Modificationen und Ausnahmen unwirksam gemacht worden. Danach haben das Retentionsrecht: a) der redliche Vindicationsbeklagte bis zur Erstattung seiner Verwendungen [12]; b) der Pächter wegen seiner Entschädigungs- und Meliorationsforderungen [13]); c) der Bevollmächtigte an den für den Gemeinschuldner erworbenen Sachen, wegen seiner deswegen gehabten Auslagen [14]); d) der Werkmeister an dem, auf Bestellung des Gemeinschuldners aus des-

5) A.G.O. §§. 260 fg. d. T. und I, 52, §. 12 a. E., verb. mit A. L.R. I, 11, §. 344. Die Frage: wer Gewähr zu leisten habe? war streitig. Nach R. R. hatten die Gläubiger für nichts einzustehen. L. 10 D. de distract. pignor. (XX, 5); L. 38, L. 74, §. 1 D. de evict. (XXI, 2); L. 13 C. eod. (VIII, 45).

6) A.G.O. a. a. O. §§. 206, 250. — Anh. §. 350. — L. 3, §. 1 D. de rebus eor. qui sub tutela (XXVII, 9).

7) A.G.O. a. a. O. §§. 249, 330 fg. — L. 69, §. 1 D. de leg. II (XXXI).

8) Conc.Ordn. §§. 147, 152, Nr. 3 und §. 161, Nr. 1. Vergl. A.G.O. a. a. O. §§. 204 u. f., 233 u. 240.

8a) Conc.Ordn. §§. 131 u. 215.

9) Conc.O. §. 8. Vergl. A. G.O. a. a. O. §§. 233—237. — L. 2, §§. 1, 2 D. de curatore bonis (XLII, 7); L. 14 pr. D. de reb. auct. jud. (XLII, 5).

10) Conc.O. §§. 95 ff. — A. L.R. I, 16, §§. 317—327.

11) A. L.R. I, 20, §. 566. Die Praktiker stritten darüber.

12) A. L.R. I, 15, §§. 26 flg.; I, 20, §. 537. — A. G.O. §. 56 a. a. O.; Conc.O. §. 33, Nr. 10.

13) Conc.O. §. 18. Vergl. A. G.O. §. 258 das. S. oben §. 492, Note 8.

14) A. L.R. I, 13, §. 83. Simon, Rechtsspr. Bd. I, Nr. 56. Vergl. Conc.O. §. 16.

sen Materialien verfertigten Werke, wegen Auslagen und Arbeitslohns[15]). 5) Als Beklagte ist die Gläubigerschaft nur bei der Aussonderung fremder Bestandtheile und bei der Auseinandersetzung mit Separatisten, ingleichen bei Ansprüchen aus Rechtsverhältnissen, welche durch sie selbst, erst nach der Concurseröffnung, begründet worden sind, aufzutreten befugt und verpflichtet (§. 492). 6) In die wechselseitigen von beiden Theilen überhaupt oder noch nicht vollständig erfüllten Verträge des Gemeinschuldners einzutreten sind die Gläubiger befugt, aber nicht verpflichtet. Treten sie ein, so müssen sie für die noch rückständige Gegenleistung aufkommen[15a]), und der Gegner kann sich gegen ihre Ansprüche ohne Gegenleistung mit der exceptio doli vel nondum impleti contractus schützen. Treten sie nicht ein, so müssen sie die bereits geschehene Vorleistung des andern Theils, soweit sie noch unterscheidbar vorhanden, zurückgeben, denn die Sache wird dann so angesehen, als wenn die Erfüllung durch einen in der Person des Schuldners eingetretenen Zufall unmöglich geworden wäre, wo alles, soviel möglich, wieder in den vorigen Zustand gebracht werden muß[16]). Eine Ausnahme von dieser Befugnis, anstatt des Gläubigers einzutreten, machen der Gesellschaftscontract[17]); das pactum de mutuo dando[18]), Miethe und Pacht, wenn der Gemeinschuldner Miether oder Pächter war[18a]), doch nicht, wenn die Gläubiger an die Stelle des Verpächters treten[19]); das Gesindedienstverhältnis[20]); der Trödelcontract[21]); die Verträge über ein verdungenes Werk[22]); das Mandatsverhältnis[23]); Verträge über Bürgschaften[24]); Versicherungen[25]); die ehelichen Güterverwaltungsverhältnisse[26]). Die voraus geschehene

15) A. L.R. I, 11, §. 974. Ist jetzt in ein Pfandrecht verwandelt. Conc.O. §. 33, Nr. 9.

15a) Ein Beispiel in den Entsch. des Obertrib. Bd. VIII, Nr. 29. S. oben §. 492, Note 8. Der Grundsatz ist in die Concursordnung §. 16 aufgenommen.

16) Conc.O. §. 16. Vergl. A. G.O. a. a. O. §§. 39, 40. — S. o. §. 466, Nr. II.

17) Conc.O. §. 20; A. G.O. a. a. O. §. 291. — A. L.R. II, 8, §. 667. — L. 65, §. 1 D. pro socio (XVII, 2).

18) A. L.R. I, 11, §§. 656, 657.

18a) A. G.O. I, 50, §§. 61—63. Die Conc.O. §. 18 ist etwas laxer.

19) A. L.R. I, 21, §. 357, 386; Conc.O. §. 18, Satz 3, und A. G.O. a. a. O. §§. 252 ff. Nach G. R. wird darüber gestritten.

20) Conc.O. §. 20; Gesindeordnung §§. 107, 108.

21) Conc.O. §. 20; A. L.R. I, 11, §§. 520, 521.

22) Conc.O. §. 20; A. L.R. I, 11, §§. 975—977, 980.

23) Conc.O. §. 20; A. L.R. I, 13, §§. 197—200.

24) Conc.O. §. 20; A. L.R. I, 14, §§. 248, 300—305, 395.

25) Conc.O. a. a. O.; A. L.R. II, 8, §§. 2012—2015.

26) Conc.O. a. a. O.; A. L.R. II, 1, §. 421 u. §§. 261 ff. Vergl. jedoch §. 93 der Conc.O.

Veräußerung von Nutzungen, z. B. Cession von künftig fällig werdenden Pachtgeldern, müssen die Gläubiger, wenn die Voraussetzungen der actio Pauliana fehlen, zwar gelten lassen, doch sind sie nicht schuldig, den Pachtcontract länger, als sonst nöthig ist (Note 19), fortzusetzen; wenn der Cessionar dabei verliert, so ist er ein gewöhnlicher Concursgläubiger. III. In allen diesen Verhältnissen und Beziehungen wird die Gläubigerschaft durch den Verwalter der Masse (§. 510) vertreten, doch darf jeder Gläubiger, wegen seines eigenen Interesses, dabei auf seine Kosten interveniren[27]).

§. 510.

b) Innere Verhältnisse.

Zwischen den Gläubigern gelten im allgemeinen die Regeln von der zufälligen Gemeinschaft. I. Die Geschäfte müssen nach gemeinschaftlichen Beschlüssen betrieben werden. Die laufenden Verwaltungsgeschäfte werden von dem dazu nach ihrer Wahl bestellten Verwalter der Masse unter Aufsicht des Richters besorgt (§. 508, VII); außergewöhnliche und wichtige Maßregeln hingegen müssen von dem Verwaltungsrath, oder wenn ein solcher nicht bestellt worden ist, von dem Commissar beschlossen werden; bei eintretender Gleichheit entscheidet die Stimme des Verwalters[28]). Die röm. Rechtsregeln von der Verantwortlichkeit der Gläubiger aus der Verwaltung sind im Pr. R. unpraktisch, weil selten der Fall vorkommt, wo nach der Concurseröffnung nicht bald der Verkauf eintritt, und weil, nach der heutigen Praxis, die Gläubiger nicht unmittelbar administriren. Der einzelne hat dazu weder Recht noch Pflicht, außer insoweit er im allgemeinen das Interesse wahrnehmen darf, wobei er für ein mäßiges Versehen haftet und Ersatz der redlich gemachten Auslagen fordern kann; geht er weiter, so haftet er gleich einem Fremden ohne Auftrag[29]). II. Kein einzelner Gläubiger darf bei dieser Gemeinschaft seinen Privatvortheil suchen, ein jeder muß das etwa Erlangte zur gemeinschaftlichen Masse abliefern, und keiner ist befugt, durch einseitige, gerichtliche oder außergerichtliche Handlungen etwas von der Masse an sich zu ziehen oder sich ein besseres Recht, als er mit in die Gemeinschaft gebracht hat, zu verschaffen[30]).

---

27) (3. A.) Conc.O. §. 112. Der Gläubiger handelt hier für die Mitgläubiger als Geschäftsführer. Vergl. §. 237 a. a. O.

28) Conc.O. §§. 221—223, 218, Absatz 2.

29) A. L.R. I, 17, §. 59.

30) A. G.O. a. a. O. §. 60. Conc.O. §§. 112 u. 10. — L. 6, §. 7; L. 10,

§. 511.

cc) Verhältnis der Gläubiger als Liquidanten.

I. In diesem Verhältnisse kommen die Gläubiger nur als einzelne Personen, ein jeder für sich, in Betracht. Regel ist: ein jeder, welcher aus der Concursmasse etwas verlangt, mit Ausnahme der Hypotheken- und Pfandgläubiger, muß seinen Anspruch im Concurse geltend machen, sonst wird er übergangen [1]). Die Verfolgung außer dem Concurse ist nicht möglich [2]), ausgenommen gegen Dritte, z. E. Bürgen und dritte Besitzer eines Pfandes. Auch die schon schwebenden Processe werden sistirt und in den Concurs gezogen (Attraction des Concurses) [2a]). Davon sind ausgenommen: 1) diejenigen Processe, welchen ein forum speciale causae angewiesen ist; doch muß die Forderung selbst zur Anweisung des Locus im Liquidationstermin angemeldet werden; 2) diejenigen Processe, welche zur Zeit der Concurseröffnung gegen den Schuldner in den höhern Instanzen schweben. In diesen beiden Fällen vertritt der Verwalter der Masse den Gemeinschuldner [3]). II. Kläger ist jeder einzelne Gläubiger; Beklagter ist eigentlich der Schuldner und zugleich die Gesamtheit der Gläubiger als accessorischer Intervenient. Der Schuldner kommt jedoch heut zu Tage als handelnde Person oder Partei nicht mehr vor, sondern seine Stelle wird durch den Vertreter der Masse (actor communis, curator litis) eingenommen, welcher von Amts wegen auf die Forderungen antwortet [4]). Dadurch ist aber

§. 16 D. quae in fraudem creditor. (XLII, 8). Diesem Grundsatz ist nicht entgegen, daß, wenn eine Concursmasse die Umschreibung des Besitztitels eines von dem Gridar schon vor dem Concurse erworbenen, aber noch nicht auf seinen Namen gebrachten Grundstücks nach der Eröffnung des Concurses bewirken lassen will, sie nun auch schuldig ist, die ausbedungene Eintragung des creditirten Kaufgeldes geschehen zu lassen. Pr. 1187, vom 10. September 1842 (Entsch. Bd. VIII, S. 468). Vergl. oben §. 492, I, B, 2, u. §. 509, II, 6.

1) Conc.O. §§. 164 ff., 227 ff., 254. Eine förmliche Präclusion findet nicht mehr statt. Ueber das ältere Präclusionsverfahren vergl. A. G.O. a. a. O. §. 143; G.O. v. 16. Mai 1825 (G.S. S. 150); V. vom 28. Decbr. 1840; (v. Trützschler) die Lehre von der Präclusion bei entstandenem Concurse der Gläubiger. 8. Leipzig, 1802.

2) Conc.O. §§. 8 u. 9.

2a) §. 8, Satz 2 u. 3 a. a. O.

3) Conc.O. §§. 228, 233 u. 234. Vergl A. G.O. I, 50, §§. 27, 29; Anh. §. 318; L. 54 D. de judiciis (V, 1); L. 12 pr. D. de reb. auct. jud. (XLII, 5).

4) A.G.O. a. a. O. §. 72; Conc.O. §. 172. Erst durch Entziehung der juristischen Dispositionsfähigkeit des Schuldners trat das Bedürfnis eines Stellvertreters seiner Persönlichkeit im Concurse ein. Daher kennen die Rechtsquellen, auch die des canon. R., einen Contradictor nicht. Es ist zuverlässig unrichtig, daß, wie einige vermuthen, bei den Römern dem Gütervertreter (curator bonorum) die Prüfung der Richtigkeit der Schulden und die Antwort auf die Forderungen obgelegen hätte. Wahrscheinlich ist, daß der bonorum emtor, so lange man noch das Vermögen im ganzen verkaufte, als Universalsuccessor des Schuldners belangt wurde, und nach der Verurtheilung die gebotenen Procente bezahlte. Spä-

die Intervention der übrigen Gläubiger nicht ausgeschlossen und das Zugeständnis des Verwalters bindet sie nicht, soweit sie ein Interesse dabei haben[5]). Zum Specialprocesse kommt es nur, wenn gegen die angemeldete Forderung Widerspruch erhoben wird, und die Rolle des Beklagten fällt bloß dem Widersprechenden zu[5a]). Die Folgen der Contumaz bestehen hinsichtlich der Gläubiger in der Uebergehung bei Vertheilung der Masse, in Beziehung auf den Verwalter hingegen in Strafen bis zur Remotion, die Masse darf durch dessen Contumaz nicht in Nachtheil kommen[5b]). Die Kosten des Liquidationsverfahrens werden als Communkosten aus der Masse berichtigt, die außergerichtlichen Kosten werden jedoch nicht erstattet. In den Specialprocessen wird über den Kostenpunkt lediglich nach den allgemeinen Vorschriften entschieden und die auf die Gläubigerschaft fallenden Kosten gehören zu den Communkosten[5c]). III. Jeder einzelne Gläubiger steht bei der Liquidation für sich allein; die einzelnen Klagen, welche zur Durchsetzung der bei den allgemeinen Liquidations- und Prüfungsverhandlungen bestrittenen Ansprüche nothwendig sind, werden nicht mehr sämtlich in Einem allgemeinen Processe erörtert und gleichzeitig entschieden, sondern müssen, jede besonders, bei dem Proceßgerichte angebracht und entschieden werden. Diese Specialprocesse werden lediglich in den Formen des ordentlichen Processes verhandelt; besondere Proceßarten sind ausgeschlossen, nur der Bagatellproceß, doch nur im contradictorischen Verfahren, findet bei dazu geeigneten Forderungen Anwendung[6]). IV. Hinsichtlich der Beweislast gilt nichts eigenthümliches, aber bezüglich auf die Beweismittel kommt einiges Besondere vor. 1) Geständnis. Geständnis ist ein nachtheiliges Zeugnis in eigener Sache. Darauf beruhet die Vermuthung für die Wahrheit desselben. Man unterscheidet ein gerichtliches und ein außergerichtliches Geständnis. Das gerichtliche Geständnis des Schuldners kann im Concurse nicht vorkommen, weil derselbe nicht als Partei auftritt. Bei dem Zuge-

ter, als unter Justinian das Concursverfahren eine dem heutigen ähnliche Gestalt erhielt, scheint, in Abwesenheit des Cridars, der Magistratus ex officio die Nichtigkeit der Forderungen untersucht zu haben. Die Sache ist unklar. L. 9 C. de bonis auct. (VII, 72) spricht vom Beweise vor dem Magistratus schon bei dem Vor-Justinianeischen Verfahren. Nov. 53, c. 4; Auth. et qui jurat C. de bonis auct. jud. — S. u. §. 808, VII.

5) A. G.O. a. a. O. §§. 126—128. — Pr. 569 (Pl.Beschl.) des Obertrib. vom 12. November 1838.

5a) Conc.O. §§. 227 u. 172.

5b) Er muß schlechterdings gegenwärtig sein. §. 171 a. a. O.

5c) (3. A.) Conc.O. §§. 177, 236. Dadurch ist das bisherige Recht über den Kostenpunkt wesentlich geändert. Vergl. A. G.O. I, 50, §. 181.

6) Conc.O. §§. 228, 230.

ständnisse des Verwalters aber treten Gründe ein, die ihm die Zuverlässigkeit einigermaßen entziehen. Diese sind, daß er nicht in seinem eigenen Vortheil handelt und daß er von der Sache nicht unmittelbare Wissenschaft hat. Darum können die übrigen Gläubiger, ohne Rücksicht auf das Zugeständnis des Verwalters, interveniren, und darum muß der Richter, auch ohne eine solche Intervention, auf das Interesse der übrigen Gläubiger und im allgemeinen darauf sehen, daß der Verwalter seine Pflicht thue, d. h. die Richtigkeit der Forderungen gehörig prüfe, und sich Gründe der Ueberzeugung verschaffe[6a]). Bei dem *außergerichtlichen* Geständnisse des Cridars ist zu unterscheiden. Ist es *vor* Ausbruch des Concurses abgelegt, so dient es als Beweismittel zu seinem Nachtheil; zum Nachtheil der Gläubigerschaft aber kann es folgerecht so wenig wirken, wie das Geständnis eines Schuldners in einem Interventionsprocesse zwischen einem Dritten einerseits und den auf Execution dringenden Gläubigern des Schuldners anderseits[6b]). Ist es nach der Concurseröffnung gethan, so ist es unerheblich, weil der Gemeinschuldner nicht mehr Herr seines Rechts ist, vielmehr in die Reihe dritter Personen tritt. Seine Aussage kann, wenn er dazu aufgefordert wird, nur als Zeugnis in Betracht kommen, und muß beschworen werden[7]). 2) Der *Eid* kann weder dem Schuldner noch einem solchen Gläubiger, welcher dem Liquidanten nicht widersprochen hat und daher an dem Streite nicht Theil nimmt, sondern nur dem Verwalter und beziehungsweise den sonstigen Proceßgegnern zugeschoben werden[8]). Der Verwalter ist berechtigt und verpflichtet, den Eid de ignorantia anzunehmen, oder, nach Gutbefinden, ohne dazu, wie der Vormund, der Genehmigung des Richters zu bedürfen, zurückzuschieben[9]).

6a) Conc.O. §§. 172, 131, 132. Darin ist das alte Recht unverändert geblieben. Vergl. A. G.O. a. a. O. §§. 125, 63, Pass. „unter Direction des Gerichts," §. 72; A. L.R. I, 8, §. 14.

6b) S. m. Civilproceßrecht, Th. I, §. 466, Nr. I, 2.

7) A. G.O. I, 10, §. 280. — R. vom 7. Decbr. 1769 (N. C. C. 1769, No. 78). — *Harprecht*, de liquidatione in concursu per confessionem debitoris. Tüb. 1753.

8) A. G.O. I, 10, §§. 280—282. — *Leyser*, Med. sp. 491, m. 10. Die Meinungen der gemeinrechtlichen Praktiker waren darüber in dem Falle, wo der Contradictor von der Sache keine Wissenschaft haben oder erlangen konnte, different.

9) A. G.O. a. a. O. §. 283. — Einer besondern Aufsicht bezüglich auf die Zurückschiebung bedarf es hier nicht, weil die Gläubiger selbst interveniren können, wo dann ihnen die ohne ihre Zustimmung geschehene Zurückschiebung nicht präjudicirlich ist.

§. 512.

dd) Verhältnis der Gläubiger als Concurrenten.

Durch die Unzulänglichkeit des Vermögens des Gemeinschuldners entsteht unter den Gläubigern eine Collision der Rechte. Wie das eine Recht von dem andern beschränkt wird, soll nach gewissen Regeln bestimmt werden. Das dabei zum Grunde liegende Verhältnis der Gläubiger ist nicht ein solches, in welchem alle gleiche Rechte haben, sondern in welchem einer dem andern nach der Eigenschaft der Personen oder der Forderungen weichen muß. Darauf beruhet die Rangordnung (Priorität). Entsteht über die Rangordnung unter den Gläubigern Streit, so werden dabei als Kläger oder Appellanten die Nachgesetzten, und als Beklagte oder Appellaten die Vorgezogenen und Gleichgestellten angesehen. Der Verwalter der Masse kommt dabei nicht in Betracht, weil er es hauptsächlich nur mit der Richtigkeit der Forderung zu thun hat, weniger mit der Priorität, wobei er nicht interessirt [10]), indem der Schuldner den einen wie den andern befriedigen muß, und der Vorzug gerade nur in der Concurrenz mit dritten Personen wirksam ist. Eine eigentliche actio findet nicht statt, sondern es ist eine Principalintervention. Haben mehrere ein gleiches Interesse, so verbinden sie sich zu einem Litisconsortium [11]).

§. 513.

5. Ende des Concurses.

I. Der ordentliche Grund der Beendigung ist die vollendete Durchführung des Verfahrens. II. Außerordentliche Gründe sind: 1) vollständige Befriedigung der Gläubiger; 2) Einwilligung sämtlicher Gläubiger, welche ihre Forderungen angemeldet haben, in die Aufhebung des Concurses [12]); 3) Accord [13]); 4) Erkenntnis auf die Klage des Gemeinschuldners um Wiederaufhebung des Beschlusses auf Eröffnung des Concurses [14]).

---

10) A. G.O. I, 50, §§. 177, 178. (3. A.) Er hat sich zwar auch über den verlangten Vorzug zu erklären, und wenn er denselben ohne Widerspruch eines andern Gläubigers anerkennt, so gilt solcher für unstreitig. Conc.O. §§. 172, 173. Doch würde ein Proceß mit dem Verwalter allein, wenn er den Vorzug bestreiten wollte, den alle gleichgestellten und nachgesetzten Gläubiger einräumen, widersinnig sein, und die Gläubigerschaft durch die unnützen Proceßkosten in Schaden bringen.

11) A. G.O. a. a. O. §§. 179, 185, 187; Conc.O. §. 238.

12) Conc.O. §. 210, Abs. 2.

13) Conc.O. §. 199. Nichtigkeit des Accords hat die Fortsetzung des Concurses zur Folge. §. 206 a. a. O.

14) Conc.O. §§. 124, 330, 331.

Zweites Capitel.

Von den in einer Obligation vorkommenden Personen.

§. 514.

Einleitung.

I. Sowohl zur Begründung als zur Fortdauer eines obligatorischen Verhältnisses gehören wesentlich zwei, sich gegenüber stehende Personen[1]): Gläubiger und Schuldner (Creditor, Debitor). Die Fähigkeit, der eine und der andere zu sein, haben alle Staatsangehörige, insofern sie überhaupt alle rechtsfähig sind (§. 43, Bd. I.)

II. Auf jeder Seite können auch mehrere Personen auftreten, und zwar entweder gleichzeitig, oder nach einander. Bei der Gleichzeitigkeit kann eine zwiefach verschiedene Betheiligung vorkommen: entweder so, daß ein jeder Gläubiger oder Schuldner des Ganzen ist (Correus), oder so, daß jeder ausschließlich für sich einen bestimmten Theil hat. Welches von beiden Verhältnissen in einem gegebenen Falle stattfindet, ist eine Thatsachenfrage. Das R. R. hat die Auslegungsregel, daß, wenn nicht ausdrücklich die Solidarität ausbedungen ist, die Getheiltheit sich immer von selbst versteht[2]). Das A. L.R. hat die entgegengesetzte Regel[3]). Ein ungleichzeitiges Eintreten mehrerer Personen oder die willkürliche Uebertragung des Verhältnisses von dem einen oder dem andern Theil auf einen Dritten, mit der Wirkung, daß der Dritte ganz die Stelle des Ausgeschiedenen einnimmt, war nach R. R. in der Regel nicht zulässig, weil die Rücksicht auf die Persönlichkeit, welche bei Eingehung eines obligatorischen Verhältnisses, zumal eines solchen, welches nicht durch einmalige Leistung wieder aufgelöst wird, einen besondern Einfluß auf die Willensbestimmung hat, nicht vereitelt werden durfte. Das A. L. R. hat auch in dieser Beziehung das Gegentheil zur Regel gemacht. Die Grundsätze über beiderlei Beziehungen bilden den Inhalt dieses Capitels.

---

1) Man kann niemals mit sich selbst oder mit einer Sache eine Obligation contrahiren. Nutzanwendungen hiervon s. im Schl. Arch. Bd. IV, S. 238 flg., und Entscheid. des Obertrib. Bd. IV, S. 193, verb. mit meiner Recens. in m. Beurtheilung S. 246.

2) L. 11, §§. 1, 2 D. de duobus reis (XLV, 2). — Nov. 99, c. 1 pr.

3) A. L.R. I, 5, §§. 424, 450. — Aus einem Misverständnisse, wie es scheint, indem man das vermeintliche R. R. wieder herstellen wollte. Suarez, amtl. Vorträge; in den Jahrb. Bd. XLI, S. 6.

I. Von der gleichzeitigen Beziehung auf mehrere. (Correalobligation).

A. L.R. I, 5, §§. 424—453; I, 6, §§. 29—35.

Rubo, Einiges über Correalobligationen nach Preuß. Rechte; in den von Kamptz'schen Jahrbüchern, Bd. XX, S. 3 flg.

§. 515.

1. Begriff der Correalobligation.

I. Die Correalobligation ist wesentlich eine subjectiv-alternative Obligation, so daß von mehreren Gläubigern oder Schuldnern entweder der eine oder der andere die Erfüllung zu empfangen und beziehlich zu leisten berechtigt und verpflichtet ist[3a]). Für den Begriff der Correalobligation ist es gleichgiltig: ob die mehreren Berechtigten oder Verpflichteten unter sich in einem Verhältnisse stehen oder nicht. Die Vermengung dieses fremdartigen und zufälligen Umstandes mit dem ganz einfachen Wesen der Correalobligation hat dieses bequeme, zur Erleichterung des Verkehrs ungemein geeignete Institut zu einem Hemmnis verkehrt, und namentlich das active Correalverhältnis des Pr. R. zu einem den Rechtsgebrauch und den Verkehr lähmenden Gewirre gemacht, über dessen Auflösung oftmals viele Kosten und Zeit vorher verwendet werden müssen, ehe die einzelnen Berechtigten zu dem freien Gebrauche ihres Rechts gelangen können, oder der Schuldner mit Sicherheit zahlen kann. II. Die röm. Bezeichnungen des Verhältnisses sind nicht immer dieselben, der Ausdruck correus aber wird eben so von dem Correalgläubiger wie von dem Correalschuldner gebraucht[4]). Die Neueren nennen das Verhältnis Correalobligation, obligatio correalis, die Personen correi credendi, beziehlich correi debendi[4a]), und die Forderung obligatio correalis activa, die Schuld hingegen obligatio correalis passiva. Im A. L.R. heißen die Correalschuldner „gemeinschaftlich Verpflichtete", und die Correalgläubiger „gemeinschaftlich Berechtigte", wenngleich solidarisch (in solidum, auf das Ganze) Verpflichtete und Berechtigte gemeint wer-

3a) (3. A.) Damit ist nicht gesagt, daß es dem Gläubiger nicht freistehe, einen Theil seiner Forderung von dem einen einzuziehen und den Rest von wem er will nachzufordern. L. 8, §. 1 D. de leg. I. „... liberum erit, ab alter-utro reliquum petere ..." Vergl. u. §. 518.

4) L. 1 D. de duobus reis (XLV, 2); L. 5 pr. D. de verb. obl. (XLV, 1); L. 6 pr. D. de verb. signif. (L, 16). — Cicero, de oratore. Lib. II, c. 43 et 79.

4a) (3. A.) Diese Ausdrücke für die Personen können noch für quellenmäßige gelten. L. 34 pr. D. de rec. arb. (IV, 3).

den[5]); doch bedeutet der Ausdruck „gemeinschaftlich" nicht immer ein solidarisches, sondern bisweilen ein wirklich gemeinschaftliches Verhältnis[6]), d. h. ein solches, in welchem die Gemeinschafter alle zusammen pro rata berechtigt oder verpflichtet sind.

§. 516.

2. Entstehungsgründe.

Das Correalverhältnis hat folgende Entstehungsgründe: I. Privatwillkür, und zwar: 1) Vertrag[7]). Dabei ist Regel: wenn mehrere zugleich sich in Einem Vertrage für eine und dieselbe Leistung verpflichten und nicht ausdrücklich die Getheiltheit verabreden, so wird eine Correalverbindlichkeit angenommen[8]). Ausnahmen: a) wenn eine Frauensperson Mitcontrahentin ist, so muß die Solidarität wörtlich ausgedrückt und die Form der Intercessionen (Bürgschaften) beobachtet werden, sonst ist die Frauensperson nur für ihren Theil, nach Verhältnis der auf sie fallenden Gegenleistung, verpflichtet[9]); b) auf das active Correalverhältnis findet die Regel gar keine Anwendung, vielmehr muß ein solches allemal ausdrücklich verabredet sein, sonst tritt zwar nicht Getheiltheit, aber eine vollständige Gemeinschaft unter den Mitgläubigern ein[10]). 2) Letztwillige Verordnung. Auch hierbei gilt die Regel, daß solidarische Haftbarkeit angenommen wird, wenn der Erblasser nicht ausdrücklich das Gegentheil bestimmt hat[11]). II. Eine Rechtsregel[12]).

---

5) A. L.R. I, 5, §§. 427, 446, 450; I, 6, §. 30; I, 13, §. 202; I, 14, §. 59; I, 16, §. 305; I, 17, §§. 127, 131. Wegen I, 12, §. 289 s. unt. Note 11.

6) A. L.R. I, 5, §. 450; II, 18, §. 114. Auch in I, 17, §. 127 hat der Ausdruck diese Bedeutung, was jedoch bestritten worden ist. Und in II, 6, §. 12. Pr. des Obertrib. 2268, v. 13. Januar 1851 (Entsch. Bd. XX, S. 328).

7) L. 9 pr. D. de duobus reis (XLV, 2). — Pr. J. eod. (III, 16, [17]).

8) A. L.R. I, 5, §§. 424, 425. Das Gegentheil gilt nach R. R., Note 2.

9) Recht der Ford. §. 376, Nr. V, 3, Bd. III, S. 893. Auch von dem Obertrib. angenommen, nach dem (Pr. 1545) Plenarbeschl. v. 28. Febr. 1845 (M. Bl. S. 92 und Entsch. Bd. XI, S. 33).

10) A. L.R. I, 5, §. 450. Die Mitgläubiger müssen dann immer zusammen handeln oder sich zuvor auseinandersetzen; der einzelne Theilnehmer ist zur Verfolgung des gemeinschaftlichen Rechts für sich nicht berechtigt. Pr. 1870, vom 18. Mai 1847. S. jedoch u. § 517.

11) A. L.R. I, 12, §. 289. Eigentlich ist aber mit dem in dieser Stelle gebrauchten Ausdrucke: „gemeinschaftlich, die Erben haften gemeinschaftlich für die Legate," wohl nur gemeint: die Legate haften gleichmäßig auf der gemeinschaftlichen Erbmasse, nicht auf dem Antheile eines einzelnen. Der Rechtssatz folgt jedoch ohnedies aus dem landrechtlichen Grundsatze. S. u. §. 824, III, 2. Im R. R. gilt auch bei Testamenten das Gegentheil als Regel, L. 9 pr. D. de duob. reis (XLV, 2); L. 8, §. 1 D. de leg. I; L. 25 pr. de leg. III.

12) Beispiele: A. L.R. II, 18, §. 288; II, 10, §. 128; II, 8, §§. 541, 647 flg., 1525 flg., 1426.

Der Fall, wo mehrere eine untheilbare Sache, z. E. ein Thier, schuldig sind, gehört darum noch nicht zu den Correalobligationen, vielmehr muß der Gläubiger alle zusammen in Anspruch nehmen, sonst steht der Klage die exceptio plurium litis consortium entgegen[13]). Besondere Fälle sind: 1) Unerlaubte Beschädigung durch mehrere. Nach R. R. haftet dafür ein jeder in solidum[14]). Das Pr. R. hat hier eigenthümliche Vorschriften. Ist der Schade aus Vorsatz oder grobem Versehen zugefügt worden, oder können die einzelnen Theile nicht festgestellt werden, so haften alle solidarisch; ist nur ein geringes Versehen vorgefallen und läßt sich der Antheil der einzelnen unterscheiden, so haftet jeder nur für seinen Theil[15]). 2) Das richterliche Erkenntnis. Dieses begründet nicht so wie im R. R.[16]) ein neues Verhältnis; vielmehr wird, wenn die Verurtheilung gegen mehrere ohne nähere Bestimmung ausgesprochen worden ist, auf das ursprüngliche Rechtsverhältnis gesehen[17]), und wenn darüber Streit entsteht, muß ein neuer Proceß über die Art der Haftung geführt werden. 3) Der Proceß. Dieser ist ein Geschäft für sich, aus welchem eine Obligation, auf Erstattung von Schäden und Kosten, entspringen kann. Nach der landrechtlichen Regel müßte hier Solidarität eintreten, sonderbarer Weise ist es jedoch umgekehrt, indem jeder principaliter nur pro rata, und subsidiarisch für den Ausfall des Unvermögenden, mehrere zunächst wieder nur pro rata haften[18]).

3. Wirkungen.

§. 517.

a) Der activen Correalobligation.

Eine active Correalobligation kann, zufolge ihrer Wesenheit,

13) A. G.O. I, 5, §. 4, Nr. 7 und 8. — Schles. Arch. Bd. IV, S. 3 ff.

14) L. 14, §. 15, L. 15 D. quod metus causa (IV, 2); L. 15, §. 2 D. quod vi (XLIII, 24); L. 1 C. de cond. furt. (IV, 8). Eine Ausnahme davon macht die lex Aquilia wegen der beigemischten Strafe. L. 11, §. 2 D. ad leg. Aquil. (IX, 2); L. 55, §. 1 D. de administrat. tutor. (XXVI, 7).

15) A. L.R. I, 6, §§. 29—35. — Depos.Ordn. I, §. 54. — V. v. 17. Aug. 1835, §§. 11 (G.S. S. 170).

16) Regelrecht tritt auch hier keine Solidarität ein, L. 43 D. de re jud. (XLII, 1); ausgenommen wenn der Richter eine ungetheilte Verurtheilung beabsichtigt hat. L. 1 C. si plures una sent. (VII, 55).

17) A. G.O. I, 24, §. 13.

18) A. G.O. I, 23, §. 29. — Schles. Arch. Bd. II, S. 559. — Diese Besonderheit, wozu ein hinreichender Grund fehlt, mag wohl aus einer unachtsamen Redaction der A. G.O. entstanden sein, indem dieselbe Bestimmung des Corp. jur. Frid., die mit dem G. R. harmonirte, unverändert geblieben ist, obgleich das materielle Recht sich geändert hatte, was man nicht bedacht hat, woraus mehrere Widersprüche entstanden sind. S. o. §. 486, Note 24, und unten Note 22.

von jedem einzelnen Correalgläubiger so vollständig aufgelöst werden, wie von einem Alleingläubiger. Das Pr. R. jedoch kennt die active Correalobligation nicht, sondern nimmt an, daß, wenn jemand sich in einem Vertrage mehreren Personen zu einer und eben derselben Leistung verpflichtet, weder ein Correalverhältnis, noch eine getheilte Forderung, vielmehr ein gemeinschaftliches Miteigenthum, nach Art des Gesellschaftsrechts, entsteht, wenn nicht ausdrücklich etwas anderes verabredet worden ist; doch gilt dabei nicht die sonst unter Gesellschaftern übliche Regel, daß jeder für alle, wie ein Factor, einem Dritten gegenüber, zu handeln befugt sei, daher kein einzelner die Obligation auflösen oder verändern kann[19]). Dieses bezieht sich auf das Verhältnis der Mitgläubiger zu dem Schuldner; das unter ihnen selbst bestehende Verhältnis wird nach den Grundsätzen vom gemeinschaftlichen Eigenthume beurtheilt[20]). Diese Theorie ist nicht bloß für den Verkehr überhaupt sehr unbequem, sondern in vielen Fällen ganz unanwendbar[21]), weshalb in der Praxis von dem Grundsatze des ältern Rechts, welcher in der neu aufgelegten Gerichtsordnung, muthmaßlich ohne Vorbedacht und Vergleichung mit dem neuen materiellen Recht, unverändert gelassen ist (Note 18), und wonach von den Theilhabern an einer theilbaren Forderung jeder für sich seinen Theil einklagen kann[22]), Anwendung gemacht wird[23]). Das geltende Recht ist danach in diese Sätze zu fassen: 1) Wenn mehrere Gläubiger Eines Schuldners wegen einer theilbaren Leistung geworden sind, so kann jeder seinen nach der Personenzahl zu bestimmenden Theil für sich einfordern[24]); soll eine Correalobligation, nach dem oben angegebenen Begriffe, begründet werden, so muß solches ausdrücklich geschehen. 2) Bei einer untheilbaren Sache, welche nur einmal zu leisten ist, müssen außer dem Falle einer wirklichen Correalobligation alle Mitgläubiger zusammen auftreten[25]), und ist daher, so lange die Gemeinschaft besteht, sofern der Vertrag selbst nicht

19) A. L.R. I, 5, §§. 450, 451. S. Pr. 1870 (Note 25a).

20) A. L.R. I, 5, §. 453. Es ist eine communio incidens.

21) In der Lehre von der Schenkung I, 11, §. 1085 scheinen die Verfasser des A. L.R. selbst eine ipso jure eingetretene Theilung anzunehmen, und bei dem Leibrentencontracte ist sie ausdrücklich ausgesprochen. §§. 515, 516 das. S. u. §. 686, II. — Ferner bei der Compensation. A. L.R. I, 16, §. 303.

22) Corp. jur. Frid. I, 3, §. 4, Nr. 7. — A. G.O. I, 5, §. 4, Nr. 7; I, 10, §. 86.

23) M. s. z. B. das R. vom 20. Septbr. 1833 (Jahrb. Bd. XLII, 86).

24) Vergl. auch die V. vom 8. Febr. 1811, §. 8 (G.S. S. 150), u. A. L.R. I, 16, §. 303. — Eine Ausnahme macht das Depositum. A. L.R. I, 14, §. 65. (3. A.) Dies stimmt mit dem R. R. überein. L. 1, §. 36 D. depos. (XVI, 3). Vergl. L. 1, §. 37, L. 14 pr. D. eodem.

25) Ein Beispiel ist A. L.R. I, 11, §. 320.

etwa eine exceptionelle Bestimmung darüber enthält, der einzelne Theilnehmer zur Verfolgung des gemeinschaftlichen Rechts für sich nicht berechtigt[25a]). 3) Miteigenthümer eines Inbegriffs von Sachen und Rechten, z. E. Miterben, können die zum Ganzen gehörigen Forderungen nur gemeinschaftlich einziehen[26]). 4) Der Schuldner, welcher einem Mitgläubiger einen Antheil bezahlt, wird dadurch in Beziehung auf die übrigen Mitgläubiger nicht befreit, sondern er tritt in die Stelle des Bezahlten[27]). 5) Ist eine wirkliche Correalobligation vorhanden, so muß derjenige correus credendi, welcher die Forderung eingehoben hat, mit den andern theilen[28]).

§. 518.

b) Der passiven.

I. Verhältnis der Schuldner zum Gläubiger. Der Gläubiger kann unter den Correalschuldnern beliebig denjenigen auswählen, welcher ihm Zahlung leisten soll[29]); er kann auch von der Wahl wieder abgehen und ganz nach Willkür gegen jeden einzelnen einen Theil der Forderung, gleichzeitig oder nacheinander, geltend machen[30]). Aus der Natur der Correalobligation als einer subjectivalternativen folgt, daß die Handlung eines jeden einzelnen, wodurch die Obligation selbst getilgt, nicht etwa bloß seine Person entlassen wird, alle übrigen freimacht[31]). Die Entlassung eines einzelnen aus der Schuldverpflichtung für seine Person, ohne Erlaß eines Theils der Schuld, macht ihn zwar dem Gläubiger gegenüber frei, aber ob er davon einen Vortheil hat, hängt von seinem Verhältnisse zu den Mitschuldnern ab. In gleicher Weise wirkt der von einem der Mitschuldner mit dem Gläubiger geschlossene Stundungsvertrag bloß für seine Person oder für alle, je nachdem das Pactum bloß zu

---

25a) Präj. 1870, vom 18. Mai 1847 (Entsch. des Obertrib. Bd. XIV, S. 463). S. jedoch unten §. 523.

26) A. L.R. I, 17, §. 155. Man weiß hier noch nicht, wem die Forderung zufallen wird bei der Theilung.

27) A. L.R. I, 5, §. 452. Die Folge ist, daß er bei demnächst eintretender Theilung jedem soviel zahlen muß als ihm zufällt.

28) A. L.R. I, 5, §. 453. Ist die Meinung einiger Neuern. An sich folgt aus der Correalobligation kein Verhältnis unter den correis.

29) A. L.R. I, 5, §. 430. — L. 3, §. 1; L. 9, §. 2; L. 11 pr. D. de duobus reis (XLV, 2).

30) A. L.R. I, 5, §§. 433, 434. — L. 3, §. 1 D. eod.; L. 51, §. 2 D. de fid. (XLVI, 1); L. 28 C. de fidejuss. (VIII, 41).

31) A. L.R. I, 5, §§. 435—437. — L. 2 D. de duob. reis (XLV, 2); L. 16 pr. D. de acceptil. (XLVI, 4); L. 21, §. 5, L. 22—25 D. de pactis (II, 14); L. 28, §. 3 D. de jurejur. (XII, 2).

seinen Gunsten (in personam), oder mit Bezug auf die Forderung überhaupt (in rem) zu Stande gekommen ist[32]). Erweiterungen der Forderung des Gläubigers durch Handlungen eines einzelnen treffen den Handelnden allein[33]). II. Verhältnis der Schuldner unter sich. Durch das Correalverhältnis allein wird noch kein Verhältnis unter den correis debendi begründet, d. h. es entsteht, zufolge der Natur der Correalobligation, noch keine Theilung der Schuld unter den Schuldnern, so daß, wenn einer das Ganze oder mehr als einen verhältnismäßigen Theil bezahlt, er dieserhalb von den übrigen Ersatz fordern könnte[34]). Das A. L.R. jedoch hat aus der gemeinrechtlichen Praxis den Satz angenommen, daß jede gemeinschaftlich contrahirte Correalobligation unter den correis debendi eine Gemeinschaft der Schuld begründe[35]); außer dem Falle der gemeinschaftlichen Verbindlichmachung findet kein Anspruch auf Ausgleichung statt[36]), mit Ausnahme einer Anomalie bei unerlaubten Beschädigungen, deren gemeinschaftliche Zufügung allemal unter den auch nur zufällig zusammenwirkenden Gemeinschaftern eine Verbindlichkeit zur Ausgleichung unter sich begründet, nur daß im Falle des Vorsatzes die Ortsarmencasse eintreten soll[37]). In

32) A. L.R. I, 5, §§. 441, 442. — Guyet, über die Wirkung der Nachlaßverträge bei den s. g. Correalobligationen; in den Abhandl. aus dem Gebiete des Civilrechts, S. 262 flg.

33) A. L.R. I, 5, §§. 438, 439. — Nach R. R. gilt das Gegentheil. L. 18 D. de duob. reis (XLV, 2). (3. A.) In Ansehung der Mora ist es anders, weil der Eintritt der Mora durch eine Handlung des Gläubigers (Mahnung) bedingt ist. L. 173, §. 2 D. de regul. jur.; L. 32, §. 4 D. de usuris (XXII, 1). — Recht der Ford. §. 65, Bd. II, S. 25 ff. Wegen Unterbrechung der Verjährung s. o. §. 158, Bd. I, S. 304.

34) An der Correalverbindlichkeit mehrerer Bürgen, zumal wenn jeder einzeln Bürgschaft leistet (die Gleichzeitigkeit ist überhaupt etwas zufälliges und wird nur als Interpretationsregel gebraucht), leuchtet der Satz an ersten ein, A. L.R. I, 14, §. 374; sowie bei Correalverbindlichkeiten aus Delicten. Dieser schon von Vinnius, Sel. qu. L. I, c. 6, auf Grund der L. 39 D. de fidejuss. behauptete Satz ist durch Gajus III, §. 122 vollständig bestätigt, indem er mittheilt, daß nur auf Grund einer Societät ein Anspruch auf Ausgleichung unter correis debendi statthaft war. Vergl. L. 3, §. 3 D. de lib. leg. (XXXIV, 3).

35) A. L.R. I, 5, §. 443. Die L. 2 C. de duob. reis (VIII, 40), welche für den Satz benutzt worden ist, setzt eine Societät als Thatsache voraus, und in der L. 25 pr. D. pactis (II, 14) ist das Wort „sociis" ebenfalls auf reis zu beziehen.

36) A. L.R. I, 14, §. 379. Das bezieht sich auf die Meinung einiger Neuern, daß selbst außer dem Falle einer Gemeinschaft der Zahlende die actio negotiorum gestorum utilis habe. Daß hiernach auch öfter erkannt worden, bezeugen unter a. Ant. Faber, Cod. sab. for. de duob. reis, def. 1; Christinaei Decis. Belg. Vol. III, dec. 114; Vol. IV, dec. 178.

37) A. L.R. I, 6, §§. 31—35. Die Satzung beruhet auf Misverständnis. S. Suarez, Vorträge, in den Jahrb. Bd. XLI, S. 7. Etwas näheres darüber s. i. Recht der Ford. §. 66, Bd. II, S. 31. Der Untersuchungsproceß ist keine unerlaubte Handlung, sondern ein Rechtsgeschäft, und begründet

Ermangelung einer vertragsmäßigen Bestimmung über die Antheile werden Kopftheile angenommen, die Unfähigen und Unvermögenden scheiden aus und werden von den übrigen übertragen, woraus für alle die Berechtigung fließt, von jedem Sicherstellung für seinen Antheil, unter den Voraussetzungen eines Arrestschlages, zu fordern[38]). Wer den Gläubiger ganz oder zu einem größern Theile, als ihm nach dem Gesellschaftsverhältnis obliegt, bezahlt, kann Ausgleichung fordern mittelst der Theilungsklage[39]).

§. 519.

c) Der zweiseitigen.

Die Theorie des A. L.R., wonach die active Obligation (Forderung) mehrerer als ein ungetheiltes gemeinschaftliches Recht derselben, die passive Obligation (Schuld) mehrerer hingegen für eine Correalschuld genommen wird, wenn in dem Vertrage nicht ausdrücklich etwas anderes bestimmt ist, macht in dem Falle, wenn bei einem solchen zweiseitigen Vertrage, wo Leistung und Gegenleistung sich einander bedingen, unter den Correis ein Unfähiger ist, den Praktikern Schwierigkeit. Dieser Umstand ändert jedoch in rechtlicher Hinsicht nichts; der Unfähige, für welchen keine Verbindlichkeit besteht, scheidet in beiden Beziehungen aus[39a]): an der activen Obligation hat er mit den Nebencontrahenten keine Gemeinschaft, und ebenso haftet er als Schuldner für nichts. Seinetwegen aber ist das Correalverhältnis zwischen den übrigen in keiner Hinsicht unverbindlich[40]), wenn nicht unter der Bedingung contrahirt wor-

daher wegen der Kosten die Ausgleichung unter den mehreren Angeklagten. S. Entscheid. des Obertribunals Bd. VIII, Nr. 2; und m. Beurtheilung S. 555.

38) A. L.R. I, 5, §§. 443—447, 449.

39) Das Verhältnis unter den Gemeinschaftern wird dadurch nicht geändert, daß der Zahlende sich die Klage des Gläubigers cediren läßt, oder daß einer der Correalschuldner die Forderung erbt. A. L.R. I, 16, §§. 492—494. Daher kann der Zahlende das gegen ihn auf Klage des Gläubigers ergangene Judicat gegen die übrigen niemals vollstrecken lassen. Diese Grundsätze gelten auch in dem Falle, wenn für eine Schuld mehrere Grundstücke verschiedener Besitzer conjunctim verpfändet sind, und der eine der Gläubiger gegen jura cessa bezahlt. Pr. 1649, vom 18. Octbr. und 12. Dec. 1845. (Entsch. Bd. XII, S. 168.)

39a) Vergl. §. 446 d. T.

40) Es kommen widersprechende Urtheile darüber vor. Jemand hatte ein Grundstück an Eheleute, von welchen die Ehefrau minorenn war, verkauft; rücksichtlich der Frau wurde die obervormundschaftliche Genehmigung versagt; der kaufende Ehemann wollte nun allein den Contract erfüllen. Aber der Verkäufer klagte auf Aufhebung. Das Gericht erster Instanz wies die Klage zurück, weil der Verkäufer daraus, daß der eine Mitkäufer ausscheide, kein Recht gewinne, den Contract mit dem andern Käufer zu brechen. Der Appellationsrichter erklärte dieses „Räsonnement" für ganz unrichtig und den Contract für ungültig. Die Gründe sind: 1) Der Verkäufer brauche sich nicht an den einen Käufer allein

den ist, daß keiner wegen persönlicher Unfähigkeit ausscheiden dürfe; denn in diesem Falle hängt die Verbindlichkeit der übrigen von dieser Bedingung ab.

II. Von der ungleichzeitigen Beziehung auf mehrere.

M. Lehre von dem Uebergange der Forderungsrechte durch Universal- und Singularsuccession, oder von der Vererbung der Forderungen, von der Cession, Assignation und Novation (Delegation und Expromission). Breslau 1837.

Erster Abschnitt.

Uebergang einer Obligation auf andere durch Universalsuccession.

§. 520.

1. Das Allgemeine.

Regel ist, daß alles, was zum Vermögensrechte, im Gegensatze zu den Zustandsrechten[1]), gehört und nicht bloß auf die Lebens-

verweisen zu lassen. Antw. Davon war nicht Rede; es hing ganz von ihm ab: ob er von dem Käufer Erfüllung verlangen wollte oder nicht. 2) Der eine Käufer wäre, wenn auch er allein seinerseits erfüllt hätte, nicht berechtigt, die Uebergabe an sich allein zu verlangen, weil mehrere Berechtigte nur gemeinschaftlich das Recht ausüben können. Antw. Dieser Grund trifft nicht zu, weil es an einem Mitberechtigten fehlte; denn die Verabredung mit der Frau war nicht zu Stande gekommen. 3) Niemandem könne statt des Contrahenten, den er erwählt, ein anderer aufgedrungen werden. Antw. Die thatsächliche Voraussetzung fehlt hierzu wieder. 4) Jeder Vertrag werde schon dann ungiltig, wenn nur ein Irrthum in der Person dessen, für den aus der Willenserklärung ein Recht entstehen soll, stattgefunden habe, und aus den Umständen erhelle, daß ohne diesen Irrthum die Erklärung nicht erfolgt sein würde. Antw. Wieder eine thatsächlich unrichtige Voraussetzung, weil beide Theile sich seit der Kindheit der Frau sehr gut kannten und überhaupt von einem Irrthume in der Person niemals Rede gewesen war. 5) Noch viel weniger könne daher ein Vertrag bestehen, wenn ohne allen Irrthum von der einen Seite auf der andern die Person des Contrahenten sich ändere. Antw. Die Thatsache ist unrichtig; die Personen waren dieselben geblieben. 6) Es gehöre zu den Essentialien des Kaufs, daß die Person des Käufers bestimmt sei; in dem vorliegenden Falle sei nicht bloß an den Beklagten, sondern an ihn und seine Ehefrau verkauft. Antw. Der Kaufcontract war nur bezüglich auf die Verbindlichkeit der Frau nicht wirksam, das hinderte den Verkäufer nicht, seinerseits zu erfüllen; die Person des Käufers war bestimmt und bekannt. 7) Der Kläger habe bei dem Vertrage die Geldmittel der Frau hauptsächlich berücksichtigt, er würde dem Beklagten allein, der ganz vermögenslos sei, niemals die Grundstücke verkauft haben. Antw. Dieser Grund ist der einzige von juristischem Gehalt, aber doch nicht zureichend, den ganzen Contract für unverbindlich zu erklären; denn dieser war nicht bedingt geschlossen. Der Grund an sich gehört anderswohin; er berührt die Frage: ob der Verkäufer zu übergeben schuldig war, ohne bezahlt zu werden. Das brauchte er freilich nicht; darum handelte es sich aber durchaus nicht. Wenn der Käufer Geld brachte, so hatte der Verkäufer dabei kein Interesse: ob solches aus dem Vermögen der Frau oder anderswo hergekommen. In letzter Instanz ist nicht erkannt worden. Proceßacten des F. G. Neisse, N. 573 rep.

1) A. L.R. I, 9, §. 360. — Einleit. §§. 102—104. — I, 2, §. 40. S. u. §. 810.

dauer zuständig gewesen ist, zur Verlassenschaft eines Verstorbenen gezählt wird und als Bestandtheil der Erbschaft mit dieser auf den Erben übergeht[2]). Ausnahmen sind: 1) Alle Verhältnisse, wobei auf persönliche Eigenschaften gesehen wird, daher alle Obligationen auf ein Thun dann nicht auf die Erben übergehen, wenn es nicht s. g. fungible Handlungen, d. h. nicht solche sind, die von jedem in gleicher Art und eben so gut verrichtet werden können[3]). 2) Geldstrafen wegen unerlaubter Handlungen (§. 192, Bd. I. S. 359), wenn sie nicht schon vor dem Tode gegen den Angeschuldigten rechtskräftig erkannt worden sind[4]). Anders ist es mit den Confiscationsklagen, weil das Eigenthum des confiscirten Guts ipso jure auf den Berechtigten übergeht[5]); desgleichen mit Conventionalstrafen[6]).

2. Verhältnis mehrerer Erben.

a) Bei Passivobligationen (Schulden).

§. 521.

aa) Zum Gläubiger.

Der Grundsatz des R. R., daß die zu einer Erbschaft gehörigen Forderungen (nomina) unter mehreren Erben, nach den Erbquoten, von selbst getheilt sind[7]), gilt im Pr. R. nicht. Diesen Satz will man auch auf die Schulden anwenden, doch mit Unrecht; denn die unter den Erben beliebte Uebereinkunft bezüglich auf die Schulden ist den Gläubigern gegenüber ganz unwirksam[8]), mithin müssen die Schulden als gesetzlich getheilt gedacht werden. I. Vor der Theilung haben mehrere Erben zusammen ein Miteigenthum an der Erbschaft. Wer also aus der ungetheilten Erbschaft Befriedigung sucht, muß sämtliche Miterben wegen der Erbschaftsschuld in

---

2) A. L.R. I, 9, §§. 351, 361—366; I, 5, §. 415. — L. 37 D. de acquir. heredit. (XXIX, 2); L. 7 C. de heredit. act. (IV, 16).

3) A. L.R. I, 5, §. 416. — Nach älterm R. R. nahm man an, daß ein Thun von einem andern überhaupt nicht verrichtet werden könne. Justinian hat das abgeändert. L. 13 C. de contrah. et committ. stip. (VIII, 38).

4) Strafgesetzbuch §. 20. Vergl. das ältere Recht: A. L.R. I, 9, §§. 360, 363. — L. 20 D. de operis novi nunt. (XXXIX, 1).

5) A. L.R. I, 9, §. 364; II, 20, §. 297; Strafgesetzbuch §. 20, Satz 2. — S. o. §. 218, Bd. I, S. 394.

6) A. L.R. I, 9, S. 366. Sie sind eine Interessenschuld.

7) L. 5 D. de usufr. (VII, 1); L. 25, §. 13 D. fam. ercisc. (X, 2); L. 1 C. si unus ex plur. (VIII, 32); L. 6 C. fam. ercisc. (III, 36); L. 1 C. de hered. act. (IV, 16); L. 56, §. 1 D. de verb. oblig. (XLV, 1).

8) A. L.R. I, 17, §. 130. — Depos.Ordn. I, §. 55. — L. 3 D. fam. ercisc. (X, 2); L. 69, §. 2 D. de leg. I. — L. 40, §. 2 D. de pact. (II, 14); L. 25 C. eod.

Anspruch nehmen[9]), indem alsdann die Schuld nicht als obligatio personae sondern rei in Betracht kommt. Dabei ist selbstverständlich das Verhältnis der Antheile der einzelnen Erben ganz gleichgiltig, es kommt nur darauf an, daß alle Miterben zugezogen werden; denn der Gläubiger will nicht von den einzelnen Personen, er will aus dem besondern gemeinschaftlichen Gute derselben bezahlt werden. Daher hat die streitige Frage: ob die Erben den Erbschaftsgläubigern vor der Theilung solidarisch oder nur nach Verhältnis der Erbtheile haften, gar keine Bedeutung, wenn nicht auf das eigene Vermögen und die Person der Erben gesehen wird. In dieser Beziehung fragt sich: ob die Erben, oder einer und der andere von mehreren Miterben, für ihre Personen vor der Theilung belangt werden können. Solches müßte allerdings der Fall sein, in soweit sie Erben ohne Vorbehalt geworden, weil dadurch eine vollständige Personeneinheit zwischen ihnen und dem Erblasser eintritt und somit die persönliche Verbindlichkeit auf sie übergeht[10]). Allein hier äußert die Regel, daß die Schulden ipso jure, nach Verhältnis der Erbtheile, getheilt sind, Wirksamkeit, und darum muß der Gläubiger, welcher das Ganze von Einem fordert, sich an die noch ungetheilte Erbschaft verweisen lassen; denn jeder Miterbe kann durch vorschriftsmäßige Bekanntmachung der bevorstehenden Theilung bewirken, daß er persönlich nur nach Verhältnis seines Antheils für die Schulden hafte[11]). Dieses setzt das Getheiltsein der Schulden von Anfang voraus, mithin kann ein einzelner, für seine Person, auch vor der Theilung, immer nur auf seinen Antheil an der Schuld belangt werden, wenn er Erbe ohne Vorbehalt ist. Unter dieser Voraussetzung hat aber der Gläubiger die Wahl: ob er sich an die Person jedes einzelnen unbedingten Erben für dessen Antheil, oder an die noch ungetheilte Erbschaft auf das Ganze halten will. Thut er das letztere, so muß er alle zusammen belangen, wobei dann auf das Verhältnis der einzelnen Antheile gar nicht gesehen wird, weil solches den Gläubiger, der aus dem ungetheilten Ganzen Befriedigung fordert, nicht interessirt[12]). Leugnet der als Erbe in Anspruch genommene Beklagte Erbe zu sein, so muß der Kläger den Be-

9) A. L.R. I, 17, §. 127. — Die Auslegung dieses Gesetzes war streitig. S. m. Uebergang der Ford. §. 4. M. s. das Pr. 212 (Pl.Beschl.) vom 1. Mai 1837 (Entsch. IV, 302); und m. Beurtheilung, S. 267 ff.

10) A. L.R. I, 9, §§. 418, 419; I, 17, §. 134.

11) A. L.R. I, 17, §. 141. Nur durch ein Versehen macht sich ein Miterbe für das Ganze verantwortlich.

12) Ist auch von dem Obertrib. angenommen nach dem Pr. 938, v. 10. Octbr. 1840.

weis führen[13]); dies gilt nicht von dem Falle, wenn der Beklagte leugnet, alleiniger Erbe zu sein, sondern dann macht er die exceptio plurium litis consortium, zu deren Begründung es nicht genug ist, im allgemeinen zu sagen, es seien noch mehrere Erben vorhanden, vielmehr muß er dieselben namhaft machen und deren Qualität beweisen, weil er excipirt[14]). — Die Beneficialerben müssen, um sich nicht persönlich verantwortlich zu machen, die Erbschaftsgläubiger mit Berücksichtigung der ihnen zustehenden Vorrechte befriedigen. Zu diesem Zwecke hat er das Mittel des erbschaftlichen Liquidationsprocesses (§. 504), auf dessen Eröffnung ein jeder einzelne der Miterben, mit der Wirkung, daß über die ganze Erbschaft, nicht etwa bloß über seinen Antheil, der Liquidationsproceß eröffnet wird, anzutragen berechtigt ist[14a]). II. Nach der Theilung steht es bei dem Gläubiger, ob er die Erben insgesamt im Erbschaftsforum, oder einzeln, als persönliche Schuldner, in ihrem persönlichen Gerichtsstande, auf das Ganze oder jeden für seinen Theil in Anspruch nehmen will[15]); denn dadurch, daß sie sich theilen, ohne vorher die Gläubiger wegen der bekannten und unbestrittenen wenngleich noch nicht fälligen Forderungen aus der Gemeinschaft zu befriedigen oder sicher zu stellen, macht sich ein jeder in solidum verantwortlich: nur ist ein Beneficialerbe nicht über den Betrag des Empfangenen verhaftet, wenn er die gehörige Ordnung beobachtet[16]). Eine Ausnahme begründet die Bekanntmachung der bevorstehenden Theilung gegen die, bis zur Theilung sich nicht meldenden, Gläubiger; diese können ihre Forderung nachher von jedem Erben nur zu dessen Antheil einfordern[17]).

§. 522.

bb) Unter sich.

Wenn der Beitrag der einzelnen zu den Schulden nicht durch Testament oder Vertrag unter den Erben anders bestimmt ist, so

---

13) Reser. vom 12. Septbr. 1835 (Jahrb. Bd. XLVI, S. 123).

14) Schles. Arch. Bd. IV, S. 3 und flg.

14a) S. auch Entsch. des Obertrib. Bd. XIX, S. 217. (3. A.) Der früher bestrittene Satz ist durch die Gesetzgebung festgestellt. Conc.Ordn. §. 342.

15) A. L.R. I, 17, §§. 131—133, 136.

16) A. L.R. I, 17, §. 134. — Entsch. des Obertrib. Bd. IV, S. 347 und Bd. IX, S. 238.

17) A. L.R. I, 17, §. 137. — Die Bekanntmachung der schon geschehenen Theilung ist natürlich wirkungslos. Den unbekannten Gläubigern muß die Bekanntmachung durch die öffentlichen Blätter geschehen. A. L.R. a. a. O. §§. 138—146. — V. v. 3. Mai 1804, §. 2 (N. C. C. Tom. XI, No. 16; Rabe, Bd. VIII, S. 43).

trägt ein jeder nach Verhältnis seiner Erbquote bei[18]). Jeder Erbe kann fordern, daß vor der Theilung sämtliche Schulden berichtigt werden, oder daß soviel als dazu erforderlich bis zur Verwendung in der Gemeinschaft bleibe, damit durch ausschließliche Besitznahme der Mittel später dann kein Mangel sei und der bemittelte Erbe nicht für den Theil des Unbemittelten mit belangt werde. Wird die Theilung ohne gehörige Berichtigung der Schulden vollzogen, so ist jeder Miterbe Sicherheitsbestellung dafür, daß man seine Verbindlichkeit gegen die Gläubiger erfüllen und ihn für die Ansprüche derselben schadlos halten werde[19]), so wie den Nachweis der Berichtigung der übernommenen Schulden und Erbschaftslasten oder doch die Befreiung davon[20]) zu fordern befugt.

§. 523.

b) Bei Activobligationen (Forderungen).

Vor der Theilung ist kein einzelner Miterbe befugt, eine Erbschaftsforderung ganz oder theilweise einzuziehen oder den Schuldner auch nur zum Theil, mit rechtlicher Wirkung gegen die Miterben, zu liberiren[21]). Damit ist gemeint, daß der einzelne einen zur Gemeinschaft gehörigen Anspruch nicht als seinen ausschließlichen verfolgen darf. Es ist ihm aber nicht verwehrt, sein besonderes Interesse bei der Gemeinschaft selbständig und ohne Zuziehung der übrigen Theilnehmer für sich zu verfolgen, insofern er dadurch die Rechte derselben nicht beeinträchtigt. Eine solche Beeinträchtigung findet nicht statt und die Klage des einzelnen ist zulässig, wenn der einzelne z. B. für sich allein nur über die Rechtmäßigkeit des Anspruchs im allgemeinen streitet, ohne durch seine Anträge sonst weiter in die Gemeinschaft einzugreifen, namentlich wenn er einen von dem Erblasser geschlossenen Vertrag als ungiltig angreift, und die Rückgabe des Vertragsgegenstandes zur Verlassenschaft verlangt[22]); ferner wenn ein einzelner Miterbe gegen einen andern Miterben auf An-

18) A. L.R. I, 17, §§. 128, 129. — L. 20, §§. 3, 5, 8; L. 69, §. 2 D. de leg. I. — L. 34, §. 3 D. de legat. III. — L. 7, §. 3 D. de liberat. leg. (XXXIV, 3).

19) A. L.R. I, 17, §. 149. Der Grundsatz des §. 449, I, 5 gilt hier nicht. — L. 25, §. 13 D. fam. ercisc. (X, 2).

20) A. L.R. I, 17, §§. 147, 148, 150. — L. 23 C. fam. ercisc. (III, 36).

21) A. L.R. I, 17, §. 151. Diesem Grundsatze widersprechend ist die Bestimmung über Compensation, A. L.R. I, 16, §. 308. Vergl. Recht der Ford. §. 164, Nr. II, 6, litt. c, Bd. II, S. 646. Auch die Klage des einzelnen auf Zahlung ad depositum ist nicht zulässig. Pr. 1666, v. 11. Decbr. 1845 (Entsch. XII, 244).

22) Pr. des Obertrib. vom 20. Febr. 1849 (Entsch. Bd. XVIII, S. 242, 246 ff.)

erkennung der Collationspflicht klagt[23]); oder wenn er Rechnungslegung von einem Miterben[24]) oder einem Dritten[25]) fordert, kurz, wenn er dadurch auf die Vorbereitung der künftigen Theilung hinwirkt, welches zu thun ein besonderes Recht jedes einzelnen ist. Alleingläubiger wird der einzelne durch die Ueberweisung bei der Theilung. Dergleichen Ueberweisung wird, behufs der Einziehung[25a]), zum Vortheil desjenigen Miterben angenommen, welcher nach vollzogener Theilung im Besitze des über die fragliche Forderung lautenden Instruments ist[26]), wenn nicht dem Schuldner gerichtlich bekannt gemacht und bei Hypothekenforderungen im Grundbuche vermerkt worden ist, daß dem Inhaber des Instruments nicht gezahlt werden dürfe; ist kein Instrument vorhanden, so berechtigt nur die bei der Theilung erfolgte schriftliche Ueberweisung zur Einziehung[27]).

Zweiter Abschnitt.

Uebergang einer Obligation auf andere durch Singularsuccession.

§. 524.

Uebersicht.

Weil die obligatorischen Verhältnisse sich wesentlich auf bestimmte Persönlichkeiten beziehen und gerade durch das mit den Personen verknüpfte wechselseitige Band begründet und gehalten werden, so ist eine Loslösung des Bandes auf der einen oder auf der andern Seite ohne Zerstörung des ganzen Verhältnisses nicht denkbar. Da-

23) Pr. 1468a, v. 28. Juni 1844 (Entsch. X, 190). Doch kommt dieser Fall eigentlich nicht unter den in Rede stehenden Grundsatz. Denn was von einzelnen Miterben zu conferiren ist, das ist kein Nachlaßactivum, sondern dient nur zur Ausgleichung unter denjenigen Miterben, die einander zu conferiren schuldig sind.

24) Pr. des Obertrib. vom 25. Febr. 1850 (Entsch. Bd. XIX, S. 217).

25) Im Widerspruch mit gedachten Pr. (Note 22—24) verneint dies das Pr. 368, v. 1837. (3. A.) Die Praxis ist bei der Frage überhaupt schwankend, wodurch der Pl.Beschl. v. 1. Decbr. 1851: In dem Falle, in welchem mehreren das ihnen gemeinschaftliche Recht zusteht, von einem Dritten Rechnungslegung zu fordern, gehört es auch zu den Individualrechten des einzelnen Mitberechtigten, von dem Verpflichteten die Rechnungslegung an die Gesamtheit der Berechtigten zu verlangen (J. M. Bl. 1852, S. 3) — veranlaßt worden ist.

25a) Zu andern Dispositionen über die Post, z. B. Verpfändung und Cession, legitimirt der bloße Besitz des Documents nicht. Vergl. Erk. des Obertrib. v. 6. Januar 1853 (Entsch. Bd. XXIV, S. 421).

26) Zur Legitimation ist daher, außer dem Besitze des Instruments, nur der Nachweis der wirklich vollzogenen Erbtheilung zwischen den *legitimirten* Erben erforderlich. Entsch. des Obertrib. IV, S. 325. Pr. 692, v. 18. Mai 1839.

27) A. L.R. I, 17, §§. 152—155. Durch die Ausschließung des röm. Princips, daß nomina ipso jure divisa, sollte die Verschlimmerung der Lage des Schuldners verhindert werden. Suarez, amtl. Vorträge, in den Jahrb. Bd. XLI, S. 56.

her war den Römern der Uebergang einer Obligation auf einen andern, außer dem Falle der juristischen Personeneinheit, etwas unmögliches[1]). Der Verkehr war deswegen nicht gehemmt, er wurde durch Novation oder durch einseitige Uebertragung der Ausübung des Forderungsrechts, d. i. Cession der Klage, vermittelt[2]). Die Neuern setzten einen Uebergang, der Substanz nach, durch Singularsuccession voraus. Auf dieser Ansicht beruht auch die landrechtliche Gesetzgebung. Danach sind die Cession und die Novation Uebertragungs- und beziehlich Erwerbungsarten für Forderungsrechte, und die Assignation wird als Mittel zur Uebertragung der Ausübung einer Forderung angesehen.

A. Cession.

A. L.R. I, 11, §§. 376—444. — M. Lehre von dem Uebergange ꝛc. S. 32 flg. — Schoulz v. Ascheraden, Bemerkungen über die Verschiedenheiten in den die Cession der Schuldforderungen betreffenden Gesetzen des Röm. u. Preuß. Rechts. Greifswald 1822. — Ueber R. R., besonders: Mühlenbruch, die Lehre von der Cession der Forderungsrechte. Nach den Grundsätzen des R. R. dargestellt. 3. Aufl. gr. 8. Greifswald 1836.

§. 525.

1. Begriff und Erfordernisse.

Cession heißt die Handlung, wodurch jemand das Eigenthum seines obligatorischen Rechts (das Recht seiner Substanz nach), auf Grund eines lästigen Titels, einem andern überträgt[3]). Fehlt der lästige Titel, so wird die Handlung nach den Grundsätzen einer Schenkung beurtheilt[4]). Der Titel und die Handlung können zusammenfallen oder der Titel kann in mündlicher Abrede beruhen; in diesem Falle wird das Geschäft durch die Vollziehung der Cession

1) L. 25, §. 2 D. de usufructu (VII, 1). — L. 2 C. de hered. vend. (IV, 39). Gajus II, §§. 35, 36. — Ulpian., Fragm. XIX, §. 14.

2) Gajus, Lib. II, §§. 38 u. 39.

3) A. L.R. I, 11, §§. 376, 377. Nach R. R. ist sie bloß die Uebertragung der Ausübung eines Forderungsrechts, Namens des Gläubigers, von dem Mandate dadurch unterschieden, daß der Beauftragte das Eingezogene für sich behielt. (Procurator in rem suam). (3. A.) Der Ausdruck cessio für die Handlung der Uebertragung ist jedoch quellenmäßig. L. 76 D. de solut. (XLVI, 3).

4) A. L.R. I, 11, §. 378 verglichen mit §. 381. (3. A.) Dies muß auf den rechtlichen Grund der Uebertragung bezogen werden. Der rechtliche Grund (causa, Titel) der Uebertragung einer Forderung kann so mannigfaltig sein wie bei der Uebertragung einer körperlichen Sache, z. B. Bestellung einer Mitgabe (L. 2 C. de obl. et act. [IV, 10]), Kauf, Tausch, Zahlung (L. ult. C. quando fisco [IV, 15]; L. 3 C. de novat. [VIII, 42]), namentlich Abtragung eines Legats (§. 21 Inst. de leg. [II, 20]), und daher auch Schenkung (L. 2 C. de donat. [VIII, 54]). Bei der s. g. cessio necessaria ist eine rechtliche Nothwendigkeit die causa.

vollendet[5]). Der Titel kann so verschieden sein wie der Titel bei der Erwerbung des Eigenthums an Sachen durch die Uebergabe[5a]). Wird von dem Erwerber baares Geld gegeben oder versprochen, so ist das Rechtsgeschäft ein Kauf; besteht die Gegenleistung in Sachen oder in Rechten, so ist es Tausch[6]); soll der Empfänger des Rechts (Cessionar) durch die Cession wegen einer Forderung befriedigt werden, so ist es Angabe an Zahlungsstatt[7]). Bei diesen Geschäften kommen die Grundsätze zur Anwendung, welche dabei gelten, wenn der Gegenstand eine bewegliche Sache ist. Ist es z. E. ein Kauf, so gelten die Regeln vom Kaufe beweglicher Sachen. Wenn z. B. ausbedungen worden ist, daß die Ausstellung der Cession zu einer bestimmten Zeit gegen baare Zahlung der Valuta erfolgen solle, so kann der Cedent die Cession verweigern und den Contract aufheben (ebenso wie dies beim Kaufcontracte über jede Art von Sachen unter gleicher Voraussetzung stattfindet), sobald ihm die versprochene Zahlung in dem festgesetzten Zeitpunkte nicht geleistet wird[8]).

§. 526.

2. Gegenstand.

Nach der ursprünglichen Wesenheit der Cession als einer Uebertragung der Ausübung eines Rechts konnte in der Regel ein jedes Recht, welches nicht zu den Zustandsrechten gehört, Gegenstand derselben sein. Nachdem jedoch die Veränderung eingetreten, daß eine Loslösung des Rechts von der Person des Berechtigten und Verknüpfung desselben mit der Person eines andern vorgehen soll, läßt sich nach einer allgemeinen Regel nicht mehr entscheiden: welche Rechte cessible seien oder nicht[1]); es läßt sich im allgemeinen nur sagen, daß alle obligatorischen Rechte cessibel, wenn nicht eine positive Beschränkung eintritt; denn bei der gesetzlichen Regel: daß alle Rechte, welche nicht an die Person des Inhabers oder an gewisse

5) Simon's Rechtsspr. Bd. I, S. 159 flg. Pr. 1345 v. 30. Septbr. 1843 (Entsch. Bd. IX, S. 213). (3. A.) Ein solches Zusammenfallen beider Begriffe kommt vor in der L. 17 D. de fidej. (XLVI, 1); der Fall, wo beide zu verschiedenen Zeiten vorfallen, in der L. 76 D. de solut. (XLVI, 3).

5a) S. oben die Anm. 4.

6) A. L.R. I, 11, §. 381. Ist als Gegenleistung theils Geld, theils etwas anderes versprochen, so gilt das Geschäft als Kauf. S. u. §. 674, IV.

7) A. L.R. I, 11, §. 380 u. I, 16, §§. 262, 263. Vergl. o. Anm. 4.

8) A. L.R. I, 11, §§. 230 u. 381. Angenommen von dem IV. Senat des Obertrib. am 13. Novbr. 1848 in Sachen Josephy c. Wiesenthal, $\frac{349}{1531}$ IV, 48, Präj. 2087. S. u. §. 676, I, 1.

1) Die alte Regel: quae non sunt transmissibilia ad heredes, per cessionem non transeunt, sowie die umgekehrte: quod est transmissibile, id est cessibile, ist trüglich und längst wieder aufgegeben.

Eigenschaften desselben gebunden, oder sonst veräußerlich sind, an andere abgetreten werden können[2]), kommt man wieder auf die Frage nach dem Kennzeichen der ausgenommenen Rechte, so daß zuletzt nur das Kennzeichen der positiven Beschränkung übrig ist[3]). I. Unzweifelhaft cessibel sind an sich: 1) Forderungen im engern Sinne, und zwar ganz oder theilweise[4]). Ist die Forderung durch eine Gegenleistung bedingt, so hindert das die Cession keineswegs, nur kann der Cessionar die Forderung anders nicht geltend machen, als wenn die Bedingung erfüllt wird[4a]). Bei Miethzinsforderungen kann es zweifelhaft sein, in wieweit der Miether, wenn er die Cession genehmigt hat, noch Abzüge wegen der erst später eintretenden contractswidrigen Entziehung der Sache an der schon fällig gewordenen Miethe dem Cessionar zu machen berechtigt ist. Es kommt dabei auf die Auffassung der Miethzinsforderung an. Wird sie für eine bedingte Forderung angesehen, welche, so lange sie nicht getilgt ist, durch die contractmäßige vollständige Erfüllung seitens des Vermiethers bedingt ist, so kommt sie nur in dem Maße zur Entstehung, als der Vermiether seinerseits Genüge leistet; sie beträgt also von selbst soviel weniger, als der Miether an Entschädigung wegen contractswidriger Entziehung der Sache fordern kann, folglich ist der Miether dem Cessionar nur soviel schuldig. Die Anerkennung des Cessionars seitens des Miethers ist daran kein rechtliches Hindernis, weil solche Anerkennung nur auf die Vergangenheit zu beziehen ist und nur diejenigen Reductionen ausschließt, deren Entstehungsgrund schon in die Zeit vor der Anerkennung fällt. Trennt man hingegen Forderung und Gegenforderung dergestalt, daß man den Miethzins für eine völlig abgelaufene Miethsperiode, aus welcher keine Gegenforderungen entstanden sind, für eine selbständige unbedingte Forderung, und die in der folgenden Periode, in welcher die Sache entzogen worden ist, deshalb entstehende Entschädigungs-

2) A. L.R. I, 11, §. 382; Einleitung §§. 99, 104.

3) Daß dieses sich nur auf Vermögensrechte, nicht auf Zustandsrechte bezieht, versteht sich von selbst.

4) V. v. 8. Febr. 1811 (G.S. S. 150). Vorher war die Zulässigkeit der Partialcession streitig. Stengel, Bd. XV, S. 235; Mathis, Bd. I, S. 223.

4a) War streitig und ist durch den Pl.Beschl. (Pr. 1669) v. 16. Januar 1846 (Entsch. Bd. XII, S. 10) entschieden. Das ältere Pr. 695, v. 11. Juni 1839, fügt bei, was sich von selbst versteht, daß der Cedent seine Verbindlichkeit auf den Cessionar wider den Willen des andern Contrahenten nicht übertragen kann. Gegenforderungen aus demselben Geschäfte können, wegen der Untrennbarkeit beiderseitiger Forderungen, jedenfalls abgerechnet werden, wenn sie auch, wie z. B. Zinsen von rückständigen Kaufgeldern, erst nach bekannt gemachter Cession fällig geworden. Pr. 2275, vom 14. Febr. 1851 (Entsch. XX, 190). Vergl. auch das Pr. (ohne Datum) im J. M. Bl. 1851, S. 288.

forderung des Miethers für eine selbständige Gegenforderung des Miethers ansieht, so kann der Miether dieserhalb dem Cessionar keinen Abzug machen, sondern muß sich an den Vermiether halten. Diese zweite Auffassung entspricht aber nicht dem Rechtsverhältnisse, nach welchem vielmehr die daraus entstehende Forderung des Vermiethers als ein Ganzes anzusehen ist. Die einzelnen Zinszahlungen sind nur als Theilzahlungen aufzufassen[4b]). 2) Dingliche Klagen, indem dieselben, sobald sie gegen eine bestimmte Person begründet sind, dieser gegenüber die Natur eines Forderungsrechts haben[5]). Der Cessionarius, welcher die Klage durchsetzt und den Gegenstand erhält, erwirbt dadurch das dingliche Recht selbst. 3) Possessorische Klagen, in sofern mittelst derselben eine Leistung des Beklagten, z. B. Herausgabe einer Sache, oder Schadenersatz erzielt werden soll; Klagen auf Unterlassung von Besitzstörung jedoch nur unter der Voraussetzung, daß der Cessionar auch in den, von dem Beklagten gestörten, Besitz gesetzt wird[6]). 4) Forderungen, welche aus Rechten, die an die Person gebunden oder sonst unveräußerlich, bereits wirklich entstanden sind. 5) Exceptionen in demselben Umfange wie die Klagrechte[7]). II. Auch folgende Rechte, deren Cessibilität bisweilen bedenklich gefunden worden ist, sind cessibel: 1) Forderungen aus Kaufcontracten, und zwar sowohl die Kaufsklage auf

---

4b) Der III. S. des Obertrib. hat jedoch, am 23. Januar 1849, in der Sache Funke c. Sans, $^{417}/_{1615}$ III, 48, angenommen, daß, wenn die Forderung des Vermiethers an den Miether aus dem Miethcontracte cedirt worden ist und der Miether die Cession genehmigt hat, er dem Cessionar bei Einforderung der fällig gewordenen Miethzinsraten nicht einwenden könne, daß ihm der Vermiether nach der Fälligkeit des fraglichen Zinszahlungstermins contractswidrig gekündigt habe, und daß ihm, wegen zu früher Entziehung der Sache, Schadloshaltung gebühre, um deren Betrag seine Schuld sich von selbst vermindere. Das ist jedoch juristisch nicht richtig. Der juristische Fehlgriff liegt darin, daß die Mitglieder, welche die Mehrheit machten, die einzelnen Zahlungstermine für eben so viel Miethsperioden ansahen, während eine Miethsperiode die ganze Dauer, auf welche der Contract lautet, oder doch ein Jahr umfaßt. A. L.R. I, 21, §§. 328, 329. Vergl. auch §. 584, Note 34a. Der Cessionar muß schlechterdings leisten, was der Cedent schuldig ist.

5) L. 9 C. de heredit. vend. (IV, 39); L. 21, 63 D. de rei vind. (VI, 1); L. 35, §. 4 D. de contrah. emt. (XVIII, 1); L. 25, §. 8 D. locati (XIX, 2); L. 14 pr. D. de furtis (XLVII, 2). Es versteht sich, daß hier nur gegenwärtig begründete Klagrechte (actiones natae) auf fällig gewordene Leistungen zu verstehen sind. Das aus einem dinglichen Verhältnisse, z. B. dem Lehns- oder ehemaligen Erbpachtsverhältnisse, dem Lehnsherrn oder Eigenthümer zustehende dauernde Recht, wiederkehrende Leistungen von dem andern zu fordern, kann nicht durch Cession, sondern nur durch Veräußerung des Obereigenthums, beziehlich Eigenthums, übertragen werden. Vergl. Pr. 1288, vom 7. April 1843.

6) A. L.R. I, 7, §§. 148—150. — Hier ist nicht das materielle Klagrecht mit der Proceßform (possessorium summarissimum) zu verwechseln; von der Cession des possessorii summarissimi ist keine Rede.

7) L. 40 pr., L. 64 pr. D. ad S. C. Trebell. (XXXVI, 1).

Uebergabe der Sache, so wie das s. g. jus primae licitationis [8]), als auch die Verkaufsklage auf Erfüllung der von dem Käufer versprochenen Gegenleistungen, ohne Ausnahme, weil alle diese Gegenleistungen zum Vermögensrechte des Verkäufers und zu den persönlichen Verbindlichkeiten des Käufers gehören [9]); nur ist zu berücksichtigen, daß auf beiden Seiten die Forderung bedingt ist durch die Gegenleistung, also die erstere nicht ohne die Verpflichtung zur Zahlung des Kaufgeldes und die andere nicht ohne die der Uebergabe ꝛc. übergehen kann, wenn auch die Uebergabe, beziehlich Zahlung, erst später geschehen soll (Note 4[a]). 2) Die Forderungen und entsprechende directe Klage des Niederlegers gegen den Verwahrer aus dem Hinterlegungscontract [9a]). 3) Conventionalstrafen, indem

---

8) Schles. Arch. Bd. IV, S. 511. — Unausführbar ist die Vorschrift des Min.Rescr. vom 30. Octbr. 1835, wonach dem Meistbietenden und dessen Cessionar uno tenore der Zuschlag gegeben werden soll. Wenn dadurch nicht beide Miteigenthümer werden sollen, was gar nicht in der Absicht liegt, so wüßte man nicht, wer denn nun eigentlich der rechte Eigenthümer sein sollte.

9) A. L.R. I, 11, §. 76. — Pr. 1116, vom 19. März 1842 (Entscheid. Bd. VII, S. 298 fg.). — Lehre vom Uebergange der Forder. §. 11, und Zus. S. 356, 361.

9[a]) Das Pr. 1996, vom 10. August 1848 erklärt das Recht des Eigenthümers einer zum gerichtlichen Depositorium eingezahlten baaren Geldsumme auf den Rückempfang dieser Summe für übertragbar durch Cession. Ganz natürlich, denn das Recht auf solchen Rückempfang eines Depositums, geltend zu machen mittelst der actio depositi directa, ist ein Forderungsrecht. Dagegen spricht derselbe (IV.) Senat in dem, einige Monate ältern, Pr. 1928, vom 22. October 1847 (Entsch. Bd. XVI, S. 300) das Gegentheil in einem Falle aus, wo das Depositum in Pfandbriefen bestand, die bei der Posener Landschaftsdirection von dem Eigenthümer verwahrlich niedergelegt waren. Warum? Weil „von einem Forderungsrechte hier nicht die Rede sein kann, weil ja der Gutsbesitzer eben der Schuldner der Pfandbriefe, und kein anderes verpflichtetes Subject einer Obligation, in Bezug auf diese Pfandbriefe, vorhanden ist. Der Anspruch, den jener darauf hat, daß die Landschaftsbehörde ihm *seine* (soeben ist er als Schuldner der Pfandbriefe genannt, hier wird er wieder als Eigenthümer bezeichnet) Pfandbriefe nicht gegen die Vorschriften — zurückhalte, ist kein Activum, sondern nur ein Ausfluß seines Eigenthums an den Pfandbriefen, das er natürlich gegen jeden, der dieselben zurückhalten möchte, ausüben darf." Das die *juristischen* Gründe. Darin ist kein wissenschaftliches Jus. Vorher ist sehr ausführlich bewiesen, daß die Pfandbriefe kraft eines Depositums, bei welchem eben der Gutsbesitzer als Niederleger und die Landschaftsdirection als Verwahrer anzusehen, in der Gewahrsam der letztern befindlich; und doch wird dem Niederleger die actio depositi abgesprochen, und er soll nur den Anspruch haben, welcher „ein Ausfluß seines Eigenthums an den Pfandbriefen ist," also wahrscheinlich die Vindicationsklage. Bekanntlich hat der Hinterleger, wenn er zufällig der Eigenthümer des deponirten Gegenstandes ist, die Contractsklage aus dem Depositum eben so gut, als wenn er nicht der Eigenthümer ist; und daß die actio depositi cessibel sei, ist von dem Obertrib. selbst ausgesprochen und kann auch aus juristischen Gründen nicht bestritten werden. Ueberdies ist selbst die Vindicationsklage cessibel. Was damit gemeint wird, daß der Anspruch „kein Activum" sei, ist nicht bekannt; „Activum" ist kein bestimmter juristischer Begriff. Wird damit eine ausstehende Geldforderung gemeint und behauptet, daß nur eine solche und kein anderes Forderungsrecht durch Cession übertragen werden könne, so sieht jeder selbst, was davon zu halten.

diese durchaus kein s. g. jus personalissimum [10]), vielmehr ein gewöhnliches Forderungsrecht aus einem Vertrage sind. 4) Ungewisse Rechte, ohne Unterschied: ob der Grund dazu in einem schon bestehenden Rechtsverhältnisse vorhanden ist, oder erst in einer noch bevorstehenden Unternehmung gelegt werden soll [11]). In dem letztern Falle ist der Gegenstand eine bloße Hoffnung. In dem erstern Falle kann die Ungewißheit darin liegen, daß das Recht selbst schon wirklich erworben, aber hinsichtlich seines Verfalltags oder Umfanges oder Gegenstandes noch ungewiß ist [12]); oder darin, daß auch die Erwerbung noch nicht vollendet ist, wie z. E. eine Forderung oder ein Vermächtnis unter einer aufschiebenden Bedingung [13]), oder die künftige Erbschaft nach einem noch Lebenden [14]). Beide Classen von Rechten sind in der Regel cessibel; eine Ausnahme macht die noch nicht angefallene, gleichviel ob bestimmte oder unbestimmte Erbschaft [15]). Das dem Gläubiger bei alternativen Forderungen zustehende Wahlrecht ist nach Pr. R. nicht ausgenommen [16]). 5) Rechte aus unveräußerlichen oder persönlichen Verhältnissen, namentlich: a) Rechte aus solchen Privilegien, welche mit einer Sache verbunden sind (privilegium causae), und b) aus persönlichen Privilegien, in sofern, als daraus ein positives Vermögensrecht entstanden ist, nicht aber bloß negative Rechte der Person, namentlich bloße Befreiungen von Diensten, Lasten und Abgaben, wohin auch das Armenrecht und das fiscalische Recht gehört [17]). 6) Erbschaftsrechte aus einer angefallenen Erbschaft, nicht das Erbrecht (die Erbeseigenschaft) selbst, weil dasselbe ein Zustandsrecht ist. Die Cession

---

10) Dafür erklärte in einem Rechtsfalle der Richter eine cedirte Conventionalstrafe, um unter diesem Prätext die Klage abzuweisen.

11) A. L.R. I, 11, §. 527. Gemeinrechtlich ist die Cessibilität bloß gehofter Rechte streitig. — Vergl. L. 3 C. de donat. (VIII, 54); L. 9 C. quae res pignori (VIII, 17).

12) Hierauf bezieht sich A. L.R. I, 16, §. 393. (3. A.) Doch erhält derselbe auch durch diese Beziehung keine genügende Erklärung. A. L.R. Anm. 5 zu §. 1039, Tit. 11.

13) Ein solches legatum sub conditione unterscheidet sich aber von dem debitum sub conditione darin, daß bei dem erstern dies nondum cessit, wogegen bei dem debitum nur dies nondum venit. L. 26 D. de stipul. serv. (XLV, 3); L. 42 pr. D. de obl. et act. (XLIV, 7); L. 78 pr. D. de verb. obl. (XLV, 1). Nach Pr. R. ist hierin zwischen beiden kein Unterschied. S. unten §. 829, I.

14) Auf diese Classe ist A. L.R. I, 11, §. 1039 zu beziehen, so daß zwischen dieser Stelle und I, 16, §. 393 kein Widerspruch ist.

15) A. L.R. I, 11, §§. 445, 446. S. Lehre vom Uebergange ꝛc. §. 12, Nr. 2.

16) Nach G. R. wird darüber gestritten. Nr. 3, lit. b a. a. O. (3. A.) Die L. 75, §. 3 D. de leg. I. begründet die bejahende Meinung.

17) A. L.R. Einleit. §. 104. — Städteordn. v. 1808, §§. 31, 45.

eines Erbtheils ohne nähere Bestimmung des Gegenstandes, bloß auf den Betrag einer gewissen Summe, überträgt kein Eigenthum an den einzelnen Gegenständen der Erbschaft, sondern begründet nur einen persönlichen Anspruch an den Cedenten; überhaupt ist eine Erbquote an einer noch ungetheilten Erbschaft keine Forderung, welche cedirt oder überwiesen werden könnte [18]). Auch die Forderung auf Restitution eines Universalfideicommisses ist cessibel [19]); diese Forderung geht aber, nach Pr. R., nur auf die Herausgabe der einzelnen Gegenstände; denn der Fiduciarius ist und bleibt Erbe. (§. 823).

3. Beschränkungen.

§. 527.

a) Ueberhaupt.

Für nicht übertragbar erklärt sind folgende, gleichwohl zum Vermögensrechte gehörigen Rechte: 1) Injurienklagen, soweit sie auf Strafe und nicht auf Schadenersatz gehen [1]); 2) die Forderung auf künftige Dienste der Pflegekinder [2]); 3) Forderungsrechte, welche durch ausdrückliche oder stillschweigend vorausgesetzte Verabredung der Parteien von der Uebertragung auf andere ausgenommen worden sind. Eine solche Verabredung macht die dennoch erfolgte Cession unwirksam, wenn sie dem Cessionar ersichtlich war [3]), außerdem würde ihm seine Redlichkeit zu Statten kommen. Von dieser Art sind: a) die persönlichen Gesellschaftsrechte aus einer Societät [4]); b) der Vollmachtsauftrag [5]); c) das Pacht- und Miethsrecht [6]), wogegen die Pacht- und Miethsforderung, auch für die Zukunft, als bedingte Forderung allerdings cessibel ist; d) das Recht des Dienstherrn auf die Dienste des Dienstboten aus dem Dienstcontracte, gleichwie auch der Dienstbote nicht einseitig sich ei-

---

18) Entscheid. des Obertrib. Bd. III, S. 302. — Schles. Arch. Bd. IV, S. 1 fg.

19) A. L.R. I, 12, §. 467. — Lehre vom Uebergange ꝛc. §. 15 a. E.

1) A. L.R. I, 11, §. 388. — L. 7, §. 1; L. 28 D. de injur. (XLVII, 10); L. 32 pr. D. ad leg. Falc. (XXXV, 2).

2) A. L.R. II, 2, §§. 764, 765, 767, 768. — II, 5, §. 206. — Analog der röm. Lehre von Diensten der Freigelassenen. L. 9, §. 1 D. de op. lib. (XXXVIII, 1). Das gleiche gilt von Gesindediensten. Anm. 7.

3) A. L.R. I, 4, §§. 15—19.

4) A. L.R. I, 17, §. 68. — L. 49 D. pro socio (XVII, 2).

5) A. L.R. I, 13, §. 38. — L. 28 D. de neg. gest. (III, 5); L. 8, §. 3 D. mandati (XVII, 1).

6) A. L.R. I, 21, §§. 309, 310. Ist nach G. R. streitig. Vergl. unten §. 699 a. E. Die Einwilligung des Vermiethers bedarf nicht der schriftlichen Form. S. 2029, vom 9. Juni 1848.

nen Stellvertreter bestellen darf[7]); e) das Recht des Werkmeisters aus einem Verdingungscontracte[8]); f) das Recht des Posthalters aus seinem Entreprisecontracte wegen Fortschaffung der Posten[9]); g) das Wiederkaufsrecht[10]); h) das Retract- und Vorkaufsrecht[11]); i) Rechte, welche der Person des Gläubigers zur Bestreitung der Lebensnothdurft eingeräumt sind[12]), z. E. gesetzliche Alimente und das persönliche Wohnungs- und Gebrauchsrecht[13]). 4) Accessorische Rechte, ohne das Hauptrecht, namentlich Rechte aus der Bürgschaft und aus Cautionen, sowie aus der Hypotheken- oder Pfandbestellung[14]).

§. 528.

b) Bezüglich auf gewisse Personen und Gegenstände.

I. Das R. R. bezweckte durch eine Anzahl von Verboten die Verhinderung der Einschiebung eines dem Schuldner beschwerlichen Gegners[15]). Davon findet sich im Pr. R. nur eine einzelne Anwendung, nemlich das Verbot, daß richterliche Personen, Actuarien und Rechtsanwalte, streitige Rechte, welche bei dem Gerichte, wo sie angestellt sind, zur Erörterung kommen können, durch Cession an sich bringen; die Folge der Zuwiderhandlung ist Nichtigkeit des Geschäfts[16]). Unter den richterlichen Personen werden nur die Richter bei den Gerichtshöfen der ersten und zweiten Instanz, nicht auch die Mitglieder des Obertribunals, die sonst im ganzen Lande keine Forderung mittelbar würden erwerben können, verstanden; streitig in dieser Beziehung heißen nur solche Rechte, welche der Verpflichtete zur Zeit der Cession gerichtlich oder außergerichtlich schon bestritten gehabt hat, in keinem Falle Hypothekenforderungen, gegen welche der Schuldner vor der Cession noch keine Einwendung

---

7) A. L.R. II, 5, §. 62. — Ges.Ordn. von 1810, §. 62.

8) A. L.R. I, 11, §§. 928, 929. — L. 31 D. de solut. (XLVI, 3).

9) Coursordn. vom 19. Febr. 1790. (Rabe, Bd. VII, S. 514 u. VIII, S. 242.)

10) A. L.R. I, 11, §§. 312, 316, 317. Ist gemeinrechtlich streitig.

11) A. L.R. I, 20, §. 594. Ist nach G. R. gleichfalls bestritten.

12) A. L.R. I, 19, §. 22. — L. 10 D. de usu et habitat. (VII, 8).

13) Die Ausübung kann wohl andern überlassen werden, doch auch nur in sofern, als der Belastete durch den Fremden nicht mehr als durch den Berechtigten selbst belästigt wird.

14) Hinsichtlich der Bürgschaft ist kein Streit, wegen der Hypothek gab es jedoch eine widersprechende Meinung. S. oben §. 370, Bd. I, S. 621.

15) S. darüber Lehre von dem Uebergange ꝛc. §. 19.

16) A. L.R. I, 11, §§. 385, 387; Anh. §§. 16, 17. — Die öffentliche Strafe (A. L.R. II, 20, §§. 404, 405, 1339) ist in dem neuen Strafgesetzbuch nicht beibehalten.

oder Protestation erhoben hat[17]). Das Verbot bezieht sich auch nur auf käufliche Erwerbungen, nicht auf Ererbungen oder richterliche Ueberweisungen[18]), oder auf den Fall, wenn ein Dritter mit oder ohne Auftrag des Schuldners eine Schuld an den Gläubiger bezahlt und dadurch in die Rechte desselben tritt (§. 529)[19]); und überdies hat die Praxis, hinsichtlich des Gegenstandes, das Verbot auf eigentliche Geldforderungen, im Gegensatze von Ansprüchen auf Uebertragung bestimmter körperlicher Sachen, deren Eigenthum nicht anerkannt oder sogar bestritten, worüber aber noch kein Rechtsstreit anhängig ist, beschränken wollen[20]); indes ist später diese Ansicht, mit Recht, verlassen und das Verbot z. B. auf Rechte aus dem Meistgebot, wenn dem Zuschlage widersprochen wird, bezogen worden[20a]). II. Die Veräußerung litigiöser Sachen und Rechte ist verboten; die Folgen der Uebertretung bezüglich auf den Veräußerer (Beklagten) sind, daß er behandelt wird wie einer, der arglistig den Besitz aufgegeben hat (qui dolo desiit possidere); und bezüglich auf den dritten Erwerber bestehen sie darin, daß er sich die Vollstreckung des gegen den Beklagten nachtheilig ausgefallenen Urtels in die erworbene Sache gefallen lassen muß[21]), wenn er die Litigiosität gekannt hat, oder (wegen eines Vermerks im Hypothekenbuche) hätte kennen müssen[22]). Der Grundsatz kommt auch in dem Falle zur Anwendung, wo nicht die Sache selbst, welche Gegenstand des Processes, sondern nur das zur Sicherheit eines Anspruches bestellte Pfand während des Processes, und insbesondere im Laufe der Executionsinstanz veräußert worden ist[23]). Die bereits anhängige Klage zu cediren ist unbedingt erlaubt, nur scheidet dadurch der Ce-

17) Pr. 1144, vom 30. April 1842 (Entsch. Bd. VII, S. 395). Lehre vom Uebergange ꝛc. §. 19, S. 104.

18) A. L.R. I, 11, §. 386. Lehre vom Uebergange ꝛc. §. 19, Nr. 5.

19) A. L.R. I, 16, §§. 43 ff. Pr. 1625, vom 11. Octbr. 1845.

20) Pr. 953, vom 27. Novbr. 1840. Die Fassung des Präjudizes ist unjuristisch und deshalb unklar.

20a) Pr. des Obertrib. vom 27. Febr. 1852 (Entsch. Bd. XXIII, S. 95).

21) A.G.O. I, 7, §. 48, lit. c, und I, 24, §. 9. Vergl. C.O. v. 8. April 1834 (Jurist. Wochenschr. v. 1836, S. 500). Die Bestimmungen sind nicht zweifelhaft oder in ihrer Fassung unrichtig, wie man gefunden haben will. Vergl. L. 3 C. de litig. (VIII, 37).

22) Entsch. des Obertrib. Bd. XIII, S. 149. Daher ist auch die Litigiosität kein Hindernis der Acquisitivverjährung, sondern nur die Wissenschaft davon (die mala fides), wie dort ganz richtig ausgesprochen ist.

23) Pr. 265, vom 2. Juni 1837. Danach findet die Execution wegen einer Hypothekenforderung in das verpfändete Grundstück ohne weiteres statt, wenn inmittelst auch ein Dritter in den Besitz gekommen ist. Die Insinuation einer bloßen gerichtlichen Kündigung hat diese Wirkung nicht.

dent, im Verhältnisse zu dem Beklagten, nicht als Proceßpartei aus und die Lage des Processes bleibt überhaupt unverändert.[24]).

§. 529.

4. Gründe der Cession.

I. Die Cession beruht entweder auf freier Uebereinkunft (cessio voluntaria), oder auf einer rechtlichen Nothwendigkeit, d. i. auf einer durch eine Rechtsregel begründeten Forderung des Cessionars (cessio necessaria, ficta). Das Pr. R. hat, abweichend von dem R. R., eine solche Regel mit der Zahlung eines Dritten verbunden. Jeder Dritte ist, nach Pr. wie nach R. R., befugt, für einen Schuldner zu zahlen. Die damit verbundene Absicht bestimmt die Wirkung der Zahlung. Wird gezahlt, um den Schuldner zu befreien (solvendi causa), so ist nach geschehener Zahlung an keine Cession irgend welcher Art mehr zu denken, weil die Schuld getilgt ist; die Zahlung emendi causa überträgt hingegen die Forderung auf den Zahlenden[1]). Hierbei gilt nun nach Pr. R. die Vermuthung, daß, wenn nicht ausdrücklich etwas anderes verabredet ist, immer emendi causa gezahlt wird. Daraus folgt die Regel, daß, ohne eine ausdrückliche entgegenstehende Erklärung, der Zahlende, mittelst der Zahlung, also ohne ausdrückliche Cession, in die Rechte des Gläubigers tritt[2]); er kann aber auch, wenn der Gläubiger Zahlung annehmen muß oder freiwillig angenommen hat, ausdrückliche Cession der Forderung mit allen accessorischen Rechten verlangen[3]).

II. Eine Ausnahme hiervon macht, außer dem jus subintrandi (§. 502), die Zahlung eines Hypothekenschuldners, denn es gilt der Grundsatz, daß jeder Hypothekenschuldner, mag er zugleich persön-

---

24) A. L.R. I, 11, §§. 383, 384. — Die Stellen beziehen sich also auf einen ganz andern Fall als die in der vorigen Note 22. Mit Unrecht hat man daher von einem Widerspruche zwischen beiden gesprochen. — Vergl. v. Bülow, über die Abtretung des Klagrechts vor und während des Rechtsstreits; in den Abh. II, S. 313.

1) L. 76 D. de solutionibus (XLVI, 3).

2) A. L.R. I, 16, §. 46; I, 18, §. 597; I, 21, §. 79. Nur die Vorrechte und accessorischen Sicherungsrechte gehen nicht ohne ausdrückliche Cession mit über. I, 16, §§. 47, 48. Ist inconsequent, da die Cession fingirt wird, man ist selbst in der Anwendung dieses Satzes inconsequent gewesen, §. 502. Auf diesen Fall bezieht man das Verbot für Gerichtspersonen, sich eine Forderung cediren zu lassen, nicht. S. §. 528, Note 19.

3) A. L.R. I, 16, §§. 49—51; I, 11, §§. 442—444; I, 14, §§. 338, 339; I, 20, §. 37. — Die Cession zu fordern, gestattet das R. R. nur unter der Voraussetzung, daß der Zahlende von dem Gläubiger zur Zahlung würde gezwungen werden können. L. 17, 41, §. 1 D. de fidejuss. (XLVI, 1); L. 28 D. mandati (XVII, 1); L. 95, §. 10 D. de solut. (XLVI, 3); L. 14 C. de fidejuss. (VIII, 41).

licher Schuldner sein oder nicht, durch jede Befriedigung des Gläubigers an dessen Stelle, hinsichtlich der Realforderung (denn die Personalforderung geht durch die Confusion unter)[3a], tritt, dergestalt, daß die Quittung des Gläubigers für ihn als Cession gilt[4]. Die Forderung wird dabei als eine subjectiv-dingliche Schuld, mit Personificirung des verpfändeten Grundstücks, gedacht, neben welcher auch noch die Person des Besitzers, gleich einem zweiten (Correal-) Schuldner, vorkommen kann, oder auch nicht[5]. Daß der Besitzer des Grundstücks bei ihm ausdrücklich geleisteter Cession die Rechte eines Cessionars habe, ist nicht zweifelhaft. In gleicher Weise gebühren ihm die Gläubigerrechte nicht nur in allen Fällen, wo die Forderung in anderen Wegen, z. E. durch Vererbung, Schenkung oder Erlaß, auf ihn übergeht[6], sondern auch in Fällen, wo der Gläubiger bloß die Hypothek aufgibt, die Forderung aber nicht auf den Besitzer überträgt, doch aber das Hypothekeninstrument an ihn aushändigt[6a]. Der Besitzer des verhafteten Grundstücks hat in der That alle Rechte eines Cessionars und Gläubigers, daher kann er die auf ihn gekommene Post, auch nachdem er das Grundstück bereits verkauft hat, weiter veräußern oder auf seinen Namen im Hypothekenbuche umschreiben lassen[7], und auch die Post selbst um eine geringere Summe als den Nominalwerth, weil die lex Anastasiana aufgehoben ist[8], weiter cediren, ohne daß auf solchen Fall

---

3a) Das Obertrib. hat bei Entscheid. des Bd. XI, S. 303 mitgetheilten Rechtsfalles das Gegentheil angenommen. Das ist folgewidrig. M. vergl. m. Beurtheilung der Entscheid. S. 319 ff. — Das Obertrib. bleibt sich auch nicht gleich. Durch das ältere Pr. 287, v. 24. Juni 1837 hat es ausgesprochen: „Ein Gutskäufer, welcher ad rationem pretii eine Hypothek übernimmt, und hiernächst dieselbe durch Cession erwirbt und valutam cessionis bezahlt, ist sein ex cessione erworbenes persönliches Recht gegen den Constituenten der Hypothek nicht weiter zu cediren befugt, vielmehr ist sein Recht als durch Confusion erloschen zu betrachten." Juristisch hat dieser Fall nichts besonderes.

4) Anh. zum A. L.R. §. 52 (zu I, 16, §. 484). Decl. v. 3. April 1824 (G.S. S. 77).

5) Lehre vom Uebergange der Forderungsrechte, §. 23. Die Vorstellungen in Beziehung auf diese Einrichtung sind sehr verworren, die Rechtsanwendungen schwankend und widersprechend.

6) Plenarbeschl. (Pr. 664) des Obertrib. vom 27. Mai 1839 (Entsch. Bd. V, S. 51), und Pr. 520, vom 1. Septbr. 1838. — M. Betrachtung über das Min.Resc. vom 22. Decbr. 1840, im Schles. Arch. Bd. IV, S. 238 ff.

6a) S. m. Beurtheilung der ersten zehn Bände der Entscheid. des Obertrib. S. 322). — Pr. des Obertrib. vom 30. August 1849 (Entscheid. Bd. XVIII, S. 264). Dieser Fall paßt nicht unter den Grundsatz, daß der Besitzer das Forderungsrecht erwerben müsse.

7) Es ist vorgekommen, daß aus Unkenntnis des Verhältnisses ein solcher Antrag zurückgewiesen worden ist und dieserhalb erst eine Belehrung hat ergehen müssen. R. vom 16. Juli 1836 (Jahrb. Bd. XLVIII, S. 276). — Pl.Beschl. (Pr. 664) vom 27. Mai 1839.

8) A. L.R. I, 11, §§. 390, 391.

die Grundsätze von Zahlung der Valuta bei Darlehen Anwendung finden[9]); nicht weniger hat er, bei theilweiser Erwerbung der Post, gleich einem andern Cessionar, mit dem Gläubiger des Restes gleiches Vorrecht[9a]).

§. 530.

5. Entstehung.

Die Cession wird bewerkstelligt entweder durch eine willkürliche Handlung (Willenserklärung) des Gläubigers, oder von selbst (ipso jure); durch Verjährung wird sie nicht vermittelt. 1. Die willkürliche Uebertragung geschieht durch eine von Seiten des Cessionars angenommene[10]) Erklärung des Cedenten, daß er das Recht übertrage[11]). Die Form ist Schrift, ausgenommen wenn keine briefliche Urkunde über die Forderung vorhanden ist und zugleich der Nennwerth der Forderung nicht über 50 Thlr. beträgt[12]). Die schriftliche Form gehört zur Erfüllung der der Cession zum Grunde liegenden Verbindlichkeit, daher die Grundsätze über sofortige Erfüllung eines mündlichen Vertrages unanwendbar sind[12a]). Das Bekenntnis empfangener Valuta und die Aushändigung des Schuldinstrumentes sind in Beziehung auf das Verhältnis zwischen Cedenten und Cessionar nicht Erfordernisse der Cession[13]); der Cessionar kann jedoch die Aushändigung der Verschreibung oder eines Mortificationsscheines fordern, um die Zahlnng vom Schuldner zu erheben[14]). Ist der Gegenstand der Cession aber eine Hypotheken- oder

9) War streitig, ist aber auch von dem Obertrib. angenommen. Pr. 1385, vom 9. Decbr. 1843. S. auch Jur. Wochenschr. Jahrg. 1836, S. 148. Vergl. Jahrg. 1835, S. 25.

9a) Pr. 838b, vom 7. März 1840 (Entsch. Bd. VI, S. 128). Ist grundsatzwidrig.

10) Ueber die Annahme der Cession, die meistentheils stillschweigend geschieht (A. L.R. I, 13, §. 11; I, 5, §. 81), s. Jurist. Wochenschr. 1836, S. 847, und oben §. 525, Note 5.

11) A. L.R. I, 11, §. 393.

12) Ebend. §. 394. Pr. 1663, vom 12. December 1845. Die Form wird auch dann für beobachtet angesehen, wenn der Gläubiger (Cedent) das Instrument dem Schuldner zurückgibt, dieser eine neue Obligation auf den Namen des Cessionars ausstellt und der letztere solche annimmt. Pr. 1709, vom 21. Febr. 1846. Desgleichen alsdann, wenn der Cedent, in Folge der mündlich vereinbarten Cession, dem Cessionar das Document mit seiner zum Zeichen der Uebertragung darunter gesetzten Namensunterschrift aushändigt. Pr. 1965, vom 20. Decbr. 1847 (Entsch. XVI, 142).

12a) Entsch. des Obertrib. Bd. XIV, S. 237.

13) Ueber die Vereinigung der sich widersprechenden §§. 397 u. 407, 413, s. Uebergang der Ford. §. 26, Nr. II. — Pr. 193, vom 25. März 1837 (Entsch. II, 332), und Pr. 1537, vom 2. Juni 1845 (Entsch. XII, 204).

14) A. L.R. I, 16, §§. 126—129. Der Mortificationsschein ist ohne praktische Bedeutung.

eine Wechselforderung, so gehört zur vollständigen Uebertragung, in Beziehung auf das Verhältnis des Cessionars zum Schuldner und zu redlichen Dritten, auch die Uebergabe der Schuldurkunden, weil diese im Verkehr für Träger und Körper des Rechts gelten, daher der Schuldner nur an denjenigen unter mehreren Cessionarien eines und desselben Cedenten zu zahlen berechtigt und verpflichtet ist, welcher neben der Cession zugleich den Schuldbrief hat[15]). In Fällen, wo der Gläubiger dem zahlenden Dritten eine förmliche Cession geben muß und solches zu thun sich weigert, tritt richterliche Hilfe ein[16]), welche am zweckmäßigsten durch die Ausfertigung eines Ueberweisungsdecrets geleistet wird[17]). II. Von selbst oder stillschweigend, also mit demselben Zeitpunkte, wo der Rechtsgrund entsteht, tritt die Cession ein, d. h. sie wird fingirt (cessio legis): 1) wenn der Bürge den Gläubiger befriedigt[18]); 2) wenn der Lehnsbesitzer gewisse Lehnsschulden bezahlt, ohne dazu schuldig gewesen zu sein[19]); 3) wenn ein Dritter, der zu dem Gläubiger oder Schuldner in keinem Rechtsverhältnisse steht, für jemand eine Schuld bezahlt[20]); 4) bei dem Erbschaftskaufe[21]); 5) bei der Evictionsforderung an einen mittelbaren Vormann[22]); 6) bei der Schenkung einer Forderung[23]). Dagegen ist eine ausdrückliche Cession erforderlich: a) wenn jemand bei dem zum Grunde liegenden Geschäfte eine Forderung zu einer spätern Zeit zu cediren verspricht[24]); b) wenn eine Forderung (nomen) legirt ist (§. 828)[25]).

15) Entsch. des Obertrib. Bd. II, S. 335, und Bd. IV, S. 70. Dazu jedoch m. Beurtheilung der Entsch. S. 123.

16) A. L.R. I, 11, §§. 442, 443; I, 14, §. 339; I, 16, §. 50.

17) Die Beauftragung eines Dritten zur Verlautbarung der Cession, seitens des Richters, ist ein Umweg. Kann der Richter zur Cessionsleistung Auftrag geben, so kann er auch die Cession selbst aussprechen, was doch offenbar kürzer ist.

18) A. L.R. I, 13, §. 338. Nach R. R. ist ausdrückliche Cession noch vorausgesetzt, doch nach dem Grundsatz entbehrlich. L. 57 D. de leg. I; L. 1, §. 13 D. de tutelae (XXVII, 3); L. 45, §. 9 D. de jure fisci (XLIX, 14); L. 2 C. de debit. civil. (XI, 32). Es werden in solchen Fällen angewandte Klagen (actiones utiles) gegeben.

19) A. L.R. I, 18, §. 597.

20) A. L.R. I, 16, §. 46. Vergl. I, 21, §. 79. Hinsichtlich der accessorischen Rechte ist die Sache nicht klar, besonders wenn ein dinglich Berechtigter einen Hypothekenschuldner bezahlt (I, 20, §. 37), oder wenn ein Dritter solches thut. Die Praxis nimmt an, daß in dem letztern Falle der Zahlende nicht in die Hypothek eintrete. Im Concurse ist der Eintritt, wegen des juris subintrandi, außer Zweifel. S. oben §. 502. Vergl. Note 2 zu §. 529.

21) A. L.R. I, 11, §§. 454, 471. — L. 16 pr. D. de pactis (II, 14); L. 5 C. de her. vend. (IV, 39).

22) A. L.R. I, 11, §. 150. — L. 41 pr. u. §. 1 D. de evict. (XXI, 2).

23) A. L.R. I, 11, §. 378. — L. 33 C. de donat. (VIII, 54).

24) A. L.R. I, 11, §§. 376, 377. — Simon, Rechtsspr., Bd. II, S. 67 fg. — Anders nach L. 8, 9 C. de heredit. vel act. vend. (IV, 39).

25) A. L.R. I, 12, §§. 288, 311. — Hyp.Ordn. Tit. 2, §. 66. Ist be-

6. Wirkungen.

§. 531.

a) Verhältnis zwischen Cedenten und Schuldner.

I. So lange der Cessionarius nicht in ein Rechtsverhältnis zu dem Schuldner getreten ist, geht den Schuldner die Cession als eine res inter alios acta nichts an, daher er nach wie vor an den Cedenten, als seinen Gläubiger, giltig zahlen kann[1]). Was der Cedent auf solche Weise giltig erhoben hat, muß er dem Cessionarius herausgeben[2]). II. Die Herstellung dieses Rechtsverhältnisses geschieht durch die Benachrichtigung des Schuldners von der Cession (denunciatio); mit derselben hört die Beziehung zwischen dem Cedenten und dem Schuldner auf[3]). Die zufällig erlangte Kenntnis hat diese Wirkung nicht[4]), weil, so lange die Verabredung noch unvollzogen unter den Contrahenten bleibt, davon beliebig wieder abgegangen werden kann. III. Die einer Cession beigefügte Bedingung hat die gewöhnlichen Wirkungen, d. h. bei einer Resolutivbedingung gilt der Cessionarius, und bei einer Suspensivbedingung der Cedent, von Anfang bis zum Eintritt der Bedingung, dem Schuldner gegenüber, als der Berechtigte; die Bedingung bezieht sich bloß auf das Verhältnis zwischen dem Cedenten und dem Cessionarius. Nur damit wegen Unsicherheit des zur Zeit Berechtigten dem andern, bei dem künftigen Eintritte der Bedingung, der Gegenstand nicht entzogen werden möge, ist dem Schuldner positiv vorgeschrieben, daß er pendente conditione in das gerichtliche Depositum zahle[5]); thut er das nicht, so geschieht es auf seine Gefahr, für die künftige Zahlungsunfähigkeit des an sich rechtmäßigen Zahlungsnehmers haften zu müssen: die ursprüngliche Schuld ist und bleibt wirklich getilgt.

---

stritten worden. S. das Nähere in der Lehre vom Uebergange ꝛc. §. 28. Das Obertrib. hat in der Halle'schen Sache Schaaf c. Beeck, nach dem Nichtigkeitsurtel vom 7. März 1840, die hier als die richtige hingestellte Meinung, aus den a. a. O. angeführten Gründen, angenommen. — Anders nach L. 18 C. de leg. (VI, 37), weil die Verhältnisse des Erben andere waren.

1) A. L.R. I, 11, §. 413. — L. 3 C. mandati (IV, 35); L. 3 C. de novat. (VIII, 42); L. 4 C. quae res pignori (VIII, 17).

2) A. L.R. I, 11, §. 107. — L. 55 C. de procurat. (III, 3); L. 23, §. 1 D. de hered. vend. (XVIII, 4); L. 7, §. 13 D. comm. divid. (X, 3).

3) A. L.R. I, 11, §§. 414 – 416. — L. 4 C. quae res pignori (VIII, 17). (3. A.) Vergl. die nach franz. R. gefällte Entscheidung des Obertrib. vom 9. Juli 1856 (Entsch. Bd. XXXIII, S. 311).

4) Nur arglistige Verhandlungen dürfen nicht vorgehen. A. L.R. §. 417 d. T. — Ist wegen L. 17 D. de transact. (II, 15); L. 1, §. 1 D. de act. emti (XIX, 1) nach G. R. streitig.

5) A. L.R. I, 11, §§. 418, 419. Die Art der Deposition bestimmt sich nach dem Gegenstande. A. L.R. I, 14, §§. 96 fg.; I, 16, §. 234; I, 11, §. 218.

§. 532.

b) Verhältnis zwischen Cessionar und Schuldner.

I. Der Cessionarius kann die auf ihn übertragene Forderung mit denselben Vorrechten und mit denselben Beschränkungen, wie der Cedent selbst würde haben thun können, geltend machen[5a]), in sofern nicht von Befugnissen, die der Person des Cedenten, allgemein für alle seine Rechtsverhältnisse, beigelegt sind, Rede ist[6]), weil diese nicht mit dem abgetretenen Forderungsrechte in Verbindung stehen. Dergleichen allgemeine Bevorrechtigungen sind: 1) die Sportelfreiheit und der nun aufgehobene privilegirte Gerichtsstand des Fiscus[7]); 2) die gutsherrliche Befugnis, unstreitige Zinsen durch das Dorfgericht beitreiben zu lassen[8]); 3) das fiscalische Executionsrecht[9]); 4) das Executionsrecht der gerichtlichen Generaldepositorien, hinsichtlich der Zinsen[10]); 5) die Begünstigungen des Fiscus und der privilegirten Corporationen bei der Verjährung[11]); 6) die fiscalische Appellations- und Revisionsfrist[12]); 7) die landschaftlichen Berechtigungen; 8) die den Corporationen und manchen andern juristischen Personen beigelegten Befugnisse hinsichtlich der Einziehung ihrer Gebührnisse[13]). Zu dieser Art von persönlichen Rechten gehört also z. E. nicht die durch die Forderung einer gewissen Person aus einem gewissen Rechtsverhältnisse bedingte Proceßform, z. B. der Mandatsproceß wegen Gebühren der Rechtsanwalte. Werden solche Gebührenforderungen cedirt oder durch Zahlung auf einen Dritten übertragen: so kann und muß der Cessionarius die Mandatsklage anbringen, weil diese Befugnis als eine mit der Forderung selbst verbundene, und nicht als eine an die Person des Berechtigten geknüpfte anzusehen ist[14]). II. Diese allgemeinen persönlichen Berechtigungen kommen den damit Begünstigten auch in der Eigenschaft als Cessionarien, hinsichtlich der an sich gebrachten Forderungen, zu

---

5a) (3. A.) 3. B. mit dem mit der Forderung verbundenen privilegium exigendi. L. 2 C. de his qui in prior. cred. (VIII, 19).

6) A. L.R. I, 11, §§. 402, 403, 408, 407. — L. 177, 175, §. 1; L. 143, L. 156, §. 2 D. de reg. jur.

7) A. L.R. I, 11, §. 404; A.G.O. I, 50, §. 413.

8) A. L.R. II, 7, §. 484. Dieses Recht ist mit der Aufhebung aller aus der Gutsherrlichkeit entsprungenen Rechte für erloschen zu erachten. Ges. v. 2. März 1850, §§. 2 u. 5. Verfassungsurk. Art. 42.

9) Verordn. vom 26. December 1808, §§. 4, 14, 41 (G.S. 1806/10, S. 679).

10) Depos.Ordn. Tit. 1, §. 53; Tit. 2, §§. 352, 353.

11) A. L.R. I, 9, §§. 636—639.

12) V. vom 14. Decbr. 1833, §. 21 (G.S. S. 307).

13) A. L.R. II, 6, §§. 64, 65; II, 8, §. 130; Städteordn. v. 1808, §. 56.

14) Rescr. vom 10. Decbr. 1836. (Jur. Wochenschr. 1837, S. 118).

Statten, in soweit nicht dadurch die Lage des Schuldners erschwert wird, wie namentlich mit dem fiscalischen Executionsrechte der Fall sein würde. Dagegen können dergleichen Berechtigte von den Vorrechten, welche den ihnen ursprünglich zustehenden Forderungen beigelegt sind, bei den mittelbar erworbenen Forderungen nicht Gebrauch machen[15]). III. Bei der wesentlichen Veränderung der Natur der Cession in eine Uebertragung eines Rechts der Substanz nach auf einen andern müßte folgerecht, wie bei jeder Singularsuccession, jeder aus der Person des Vorgängers hergenommene Anfechtungsgrund unzulässig sein[16]). Diese Folge ist durch positive Satzung abgewendet: der Schuldner soll dem Cessionar alle Einwendungen und Gegenforderungen aus der Person des Cedenten entgegensetzen dürfen[17]), ausgenommen: a) wenn er den Cessionar ausdrücklich und in der Absicht, das alte Schuldverhältnis aufzuheben (zu noviren)[17a]), für seinen Gläubiger wegen der bestimmten Forderung rechtsverbindlich anerkannt hat[18]); b) wenn der Gegenstand eine Hypothekenforderung ist, und aus dem Hypothekenbuche oder dem Instrumente keine Einwendungen ersichtlich[19]) oder dem Cessionar vor der Cession von dem Schuldner bestimmt kund gegeben[19a]) sind, welche Ausnahme sich jedoch nur auf die Hypothekenklage oder die subjectiv-dingliche Schuld bezieht; denn die daneben noch vorkommende persönliche Schuld und deren Erlöschung ist von dem Hypothekenbuche ganz unabhän-

---

15) A. L.R. I, 11, §. 406. Vergl. Pr. 85, vom 13. April 1835. — L. 6 pr. D. de jure fisci (XLIX, 14).

16) Nach der ursprünglichen Natur der Cession waren die Einwendungen von selbst gegeben, indem der Cessionar als Procurator nur die Person des Cedenten vorstellte, mochte er als ausdrücklich bestellter procurator in rem suam, oder suo nomine mit einer utilis actio klagen.

17) A. L.R. I, 11, §§. 407, 408, 735, 736.

17a) Pr. 1368, vom 11. Novbr. 1843. Vergl. unten §. 541, Nr. 3.

18) A. L.R. I, 11, §. 412. Die Anerkennung bloß der Cession, oder die Unterschrift des Schuldners unter der Cession, hat nach den Regeln über Schließung von Rechtsgeschäften (hier Novation) diese Wirkung nicht; aber es genügt eine einseitige, schriftliche, von dem Cessionar auch nur stillschweigend acceptirte Erklärung. Plenarbeschl. des Obertrib. vom 6. December 1847 (J.M.Bl. 1848, S. 121).

19) A. L.R. I, 20, §§. 423—426. — Anh. z. A. L.R. §. 53 (zu §. 511). Pr. des Obertrib. 2000, vom 14. April 1848. Es genügt auch zur Compensation nicht, daß dem Cessionar der Gegenanspruch bekannt gewesen, dieser muß mindestens schon bestimmt als Tilgungsmittel dem Cessionar vor der Cession bezeichnet worden sein. Entsch. des Obertrib. Bd. XIII, S. 278. S. oben Bd. I, S. 642.

19a) Anh. z. A. L.R. §. 53 (zu §. 511 d. T.). Angenommen von dem III. S. des Obertrib., den 20. Februar 1849, in Sachen Zillmann c. Burchardt, $^{819}/_{3255}$ III, 48. Der Appellationsrichter hatte wegen §. 739, I, 11 u. §. 424, I, 20 A. L.R. den Einwand der Kundmachung für unerheblich erklärt. Deshalb vernichtete das Obertrib. das App.Erkenntnis. S. auch Entsch. Bd. XIII, S. 278, und Pr. v. 20. Februar 1849 (Entsch. Bd. XVII, S. 270).

gig[20]). Außer diesen beiden Ausnahmen sind alle aus der Person des Cedenten hergenommene Einreden, sie mögen sich gründen worauf sie wollen, zulässig, unter der Voraussetzung, daß der Grund dazu schon vor der Cession, oder vielmehr vor der Begründung des Verhältnisses zwischen Cessionar und Schuldner, vorhanden gewesen, wozu bei dem Einwande der Compensation namentlich auch die Fälligkeit der anzurechnenden Forderung vor jenem Zeitpunkte gehört[21]). Bei der Cession einer, durch Gegenleistung bedingten Forderung (aus einem zweiseitigen Rechtsverhältnisse) aber wird der Schuldner seiner Einwendungen wegen später eingetretenen Mangels gehöriger Erfüllung von Seiten des Cedenten, durch sein Anerkenntnis des Cessionars nicht verlustig, denn das Anerkenntnis geht nur auf Annahme des Cessionars als gegenleistenden oder nur durch richtige Gegenleistung berechtigt werdenden Contrahenten an Stelle des ursprünglichen, und somit auf Verzicht der damals schon gegebenen Einreden. Bei einer bedingten Forderung aus einem zweiseitigen Rechtsgeschäfte, welches noch nicht durch wechselseitige Erfüllung erledigt ist, versteht sich bei dem Anerkenntnisse der Cession des einen seitens des andern die Erwartung der noch bevorstehenden Gegenleistung von selbst. Denn das Rechtsverhältnis wird nicht verändert, es tritt nur eine andere Person ein, so daß der Einwand, daß nicht vollständig oder gehörig geleistet sei, wesentlich nur die Verneinung des Eintritts der Bedingung bleibt. In keinem Falle kann diese Einrede deshalb, weil sie eine Aufhebung oder Verminderung der cedirten Forderung in Folge des anzuschlagenden Interesses des andern (debitoris cessi) bewirken kann, unter den Begriff von Compensationen gebracht werden. (S. o. §. 526, I, 1.) Aus der Person derjenigen Zwischencessionare, welche nicht durch Benachrichtigung in ein Verhältnis zu dem Schuldner getreten sind, kann wegen Mangels

20) Lehre vom Uebergange ꝛc. §. 34, Nr. I, 2. — Dieses ist nun auch von dem Obertrib. durch ein Nichtigkeitsurtel vom 22. Februar 1840 (Pr. 815) für richtig erklärt worden. Sonderbarerweise bemerken die Herausgeber der Entscheid. des Obertrib. dabei, ich hätte am angeführten Orte eine andere Meinung geltend gemacht. Entscheid. Bd. V, S. 373. Das ist ein Versehen. Fünf Seiten lang habe ich dort mit sehr bestimmten Ausdrücken zu beweisen gesucht, daß die Fortdauer der persönlichen Schuldverbindlichkeit nicht an die Eintragung gebunden, und die Erlöschung nicht durch die Löschung im Hypothekenbuche bedingt sei. Das Pr. 815 ist durch Pl.Beschl. (Pr. 2627) vom 19. März 1855 (Entsch. Bd. XXX, S. 21) aufrecht erhalten.

21) Angenommen von dem Obertrib. in dem Präjud. vom 23. April 1842 (Entscheid. Bd. VII, S. 359). Das bezieht sich aber nicht auf die Gegenleistungen bei dadurch bedingten Forderungen: solche Gegenleistungen kommen zur Berücksichtigung, wenn sie auch erst nach der Bekanntmachung fällig werden. S. oben §. 526.

eines solchen Verhältnisses kein Einwand hergenommen werden[22]). Die zulässigen Einwendungen können auch in Form der Wiederklage geltend gemacht werden, doch nicht über mehr als den Betrag der Forderung[23]). IV. Daß der Cessionar auch aus seiner eigenen Person Einwendungen gestatten muß[24]), folgt nach heutigem Rechte von selbst daraus, daß er für den Eigenthümer der Forderung (Gläubiger) angesehen wird. Aber aus dem Verhältnisse desselben zu dem Cedenten kann der Schuldner keine andern Einreden hernehmen, als welche die Berechtigung zur Einforderung (Legitimation) vernichten, wie z. E. Fälschung der Cessionsschrift oder Willensunfähigkeit des Cedenten, nicht aber den Einwand der Simulation, da für den Schuldner der Auftrag des Gläubigers zur Einhebung der Forderung in jeder Form genügt, daher die Einrede eine exceptio de jure tertii ist, es wäre denn, daß der Schuldner den Cessionar für seinen Gläubiger anerkannt hätte, und es darauf ankäme, ob jener diesem Einwendungen und Gegenforderungen, die er wider den Cedenten zu haben vermeint, entgegensetzen kann[25]).

§. 533.

c) Verhältnis zwischen Cedenten und Cessionar.

I. Der Cedent muß den Cessionar mit der erforderlichen Legitimation bei dem Schuldner und mit den vorhandenen Beweismitteln versehen, ihm auch in dem Processe gegen den Schuldner, auf Verlangen, beistehen[1]), nicht weniger dasjenige, was er nach der Zeit der Cession auf die Forderung erhoben hat, an ihn ausliefern (§. 531, Note 2). Was der Cessionarius gegenzuleisten hat, ist nach dem der Cession zu Grunde liegenden Rechtsgeschäfte zu bestimmen. Von der Gegenleistung ist die Wirksamkeit der Cession so wenig wie die der Uebergabe abhängig, wenn dieserhalb nichts vorbedungen ist. Im allgemeinen muß der Cedent die gegen Vergeltung cedirte Forderung gewähren. Dazu ist auch ein Exequendus gehalten, wenn dessen Gläubiger durch den Richter eine Forderung im Wege der Execution überwiesen wird, weil dieses Geschäft nach den Regeln von der Angabe an Zahlungsstatt beur-

22) A. L.R. I, 16, §§. 313—319.

23) A.G.O. I, 19, §§. 7, 8, 19. — Vergl. L. 33, §. 3; L. 34, 35, 70 D. de procur. (III, 3).

24) (Z. A.) Auch nach L. 4, §. 18 D. de doli mali (XLIV, 4).

25) Angenommen vom IV. S. des Obertrib. am 6. Decbr. 1848, in Sachen Hirsch c. Rammin, $^{409}/_{1772}$ III, 48, Präj. 2074 (Entsch. Bd. XVII, S. 164). S. auch Präj. 1654, vom 8. December 1845.

1) A. L.R. I, 11, §§. 395, 124—126; I, 2, §§. 62, 63.

theilt wird[2]). Durchaus irrig ist es, diese Ueberweisung für eine nothwendige[3]) Cession im rechtlichen Sinne zu halten. II. Die Forderung gewähren heißt ursprünglich für die Richtigkeit haften[4]), indem die analoge Anwendung des Begriffs der Evictionsleistung, d. h. der Haftung dafür, daß dem Erwerber die Sache nicht aus Mangel an dem Rechte seines Vormannes entzogen werde, auf Forderungen, die doch keine solche Entziehung durch einen Dritten leiden, sich nur auf das Dasein des Rechts bezieht. Neuere haben jedoch auch die Grundsätze von natürlichen Fehlern analog auf die Einziehbarkeit der Forderung angewendet. Dieses haben die Verfasser des A. L.R. aufgenommen, und man versteht unter der Gewährleistung für eine Forderung die Haftung für die Richtigkeit und Einziehbarkeit (Verität und Bonität). 1) Für die Richtigkeit der Forderung, oder dafür, daß das cedirte Recht mit seinen versprochenen Eigenschaften, Vorzügen und accessorischen Rechten begründet und ohne entgegenstehende Einreden klagbar sei, haftet der Cedent in der Regel[5]); eine Ausnahme gilt: a) wenn die Cession aus einem nothwendigen Grunde von Rechts wegen eingetreten (fingirt) ist[6]); b) wenn die Forderung ausdrücklich als zweifelhaft abgetreten ist[7]), was jedoch nicht gegen Vertretung schützt, wenn wissentlich eine ungegründete oder nicht dem Cedenten zustehende Forderung als zweifelhaft bezeichnet wird[8]); c) wenn die Gewährleistung ausdrücklich erlassen ist[9]); d) wenn die Forderung

2) A. L.R. I, 11, §§. 376, 380; I, 16, §. 263. Danach kommen, wenn Forderungen in Zahlung gegeben werden, die Grundsätze wie zwischen Cedenten und Cessionario zur Anwendung, und diese bestimmen sich wieder nach dem zum Grunde liegenden Geschäfte. I, 11, §. 381. — Pr. 2012, vom 26. April 1848.

3) Im rechtlichen Sinne nothwendig ist die Cession nur in den Fällen, wo jemand durch eine für einen andern geleistete Zahlung, von Rechts wegen (ipso jure), in die Stelle des bezahlten Gläubigers tritt. A. L.R. I, 11, §. 442. S. oben §. 529, Nr. I. Das Min.R. vom 24. Februar 1831 (Ergänz. zu I, 11, §. 444), welches einen Exequendus deswegen, weil die Ueberweisung eine solche nothwendige Cession sei, von jeder Haftung aus der Angabe an Zahlungsstatt freispricht, beruht sonach auf einem vollkommenen Misverständnisse. Ueberhaupt ist es nicht leicht einzusehen, wie über dergleichen Fragen durch Briefe der Aufsichtsbehörde entschieden werden mag. S. das in der vor. Note alleg. Pr. 2012.

4) L. 4, 5 D. de hered. vel act. vend. (XVIII, 4); L. 74, §. 3 D. de evict. (XXI, 2).

5) A. L.R. I, 11, §. 420. — L. 5 D. de hered. vend. (XVIII, 4); L. 20, §. 3 D. de liber. causa (XL, 12). — Es macht keinen Unterschied, daß die cedirte Forderung kraft eines Gesetzes ungiltig war und dieses dem Cessionar bekannt sein mußte. Pr. 1808, vom 13. November 1846.

6) A. L.R. I, 11, §§. 442, 444. — L. 51 i. f. D. de peculio (XV, 1).

7) A. L.R. I, 11, §. 421. — L. 10, 11, 13 D. de hered. vend. (XVIII, 4); L. 7 C. de evict. (VIII, 45).

8) A. L.R. a. a. O. §. 422. — L. 12 D. de hered. vel act. vend. (XVIII, 4).

9) A. L.R. a. a. O. §. 421. — L. 4, L. 5 D. eodem.

geschenkt oder vermacht ist[10]). Die Leistung des Cedenten besteht bloß in dem Ersatze der Schäden und Kosten, nicht auch in dem entgangenen Gewinne[11]). 2) Die Haftung für die Sicherheit, welche ihrer rechtlichen Natur nach eine subsidiarische Intercession ist und nach deren Grundsätzen behandelt wird, gilt für ein Naturale der Cession, versteht sich also immer von selbst, ausgenommen: a) wenn die Sicherheit als zweifelhaft angegeben worden ist; b) wenn die Forderung hypothekarisch eingetragen ist; c) wenn die Forderung unter dem Nominalwerth verkauft worden und keine Wechselforderung ist[12]). Wird in diesen Fällen die Gewährleistung dennoch zugesagt, so ist zwischen diesem Accidentale und dem sonst regelmäßigen Naturale des Vertrags, in Absicht der Wirksamkeit, gar kein Unterschied[13]), weil in beiden Fällen die Verbindlichkeit eine vertragsmäßige ist und überhaupt auch die Entstehungsart auf die rechtliche Natur einer entstandenen Verbindlichkeit keinen Einfluß hat. Von selbst versteht sich, wenn nicht ein anderes ausbedungen worden, daß nur dafür, daß die Forderung zur Zeit der Cession einziehbar sei, eingestanden wird; später, ohne Zuthun des Cedenten, eintretende Veränderungen treffen den Cessionarius[14]). Es gilt aber die Vermuthung, mithin muß der Cedent durch Gegenbeweis widerlegen, daß, wenn der Schuldner bis zum Verfalltage in Concurs verfällt, die Zahlungsunfähigkeit schon zur Zeit der Cession vorhanden gewesen[15]). Haftet der Cedent nicht für zufällig eintretende Zahlungsunfähigkeit, so haftet er noch weniger, wenn der Cessionarius saumselig ist. Dieser muß bei der Einziehung für ein geringes Versehen haften bis dahin, wo er dem Cedenten das Ausbleiben der Zahlung anzeigt, von wo an er nur

10) A. L.R. I, 11, §. 1083; I, 12, §. 409. — L. 18, §. 3 D. de donat. (XXXIX, 5); L. 75, §§. 1, 2 D. de leg. I. S. unten §. 828, Nr. I, 3.

11) A. L.R. a. a. O. §§. 423—425, 162, 163, 155, 156. Das Obertrib. drückt dies in seinem Pr. 1701, vom 11. Februar 1846, so aus: Der Gegenstand der Gewährleistung kann nicht über den Betrag der Valuta ausgedehnt werden. — A. L.R. I, 7, §§. 11, 15. Anders nach G. R., wonach das Interesse zu leisten ist. L. 5 D. de hered. vel act. vend. (XVIII, 4).

12) A. L.R. I, 11, §§. 427—430, 1083; II, 8, §. 831; A. O. W.O. Artt. 50, 51.

13) Einen solchen hatte das Obertrib., nach Simon's Rechtsspr. Bd. III, S. 162 und Bd. IV, Nr. 6 und 7, behauptet, ist davon jedoch später, nach dem Plenarbeschl. vom 19. December 1837, wieder zurückgekommen. Entscheid. Bd. I, S. 315.

14) A. L.R. I, 11, §§. 431, 433. Auch nach G. R. Bei betagten oder bedingten Forderungen wird nicht auf den Verfalltag gesehen. §. 436 das.

15) A. L.R. I, 11, §. 436.

noch für ein mäßiges Versehen einsteht[16]). Das hat den Sinn, daß, wenn eine solche Saumseligkeit vorgekommen ist, jene Vermuthung aufgehoben wird und der Cedent nicht erst noch den Beweis der Zahlungsfähigkeit zur Zeit der Cession zu führen nöthig hat; vielmehr dem Cessionarius der Beweis obliegt, daß durch seine Säumnis kein Nachtheil entstanden, d. h. daß der Schuldner schon zur Zeit der Cession zahlungsunfähig gewesen. Tritt der Fall der Gewährleistung ein, so gibt der Cedent das Empfangene zurück und erstattet Schaden und Kosten[17]). Der Anspruch ist erst dann begründet, wenn der Cessionarius vergeblich versucht hat, die Forderung durch richterliche Hilfe beizutreiben. Davon macht die Praxis zwei Ausnahmen: a) wenn der Cessionarius nachweiset, daß gegen den Schuldner bereits in andern Sachen Executionsvollstreckungen erfolglos versucht worden sind, alsdann soll er ohne vorgängige Aufkündigung und Ausklagung auf den Cedenten zurückgehen können[18]); b) wenn für die Sicherheit einer cedirten Hypothekenforderung Gewährleistung versprochen worden ist, so soll der Cessionar sogleich nach Feststellung der Unzulänglichkeit der Hypothek den Cedenten in Anspruch nehmen können, ohne vorher noch den persönlichen Schuldner belangen zu müssen[19]). III. Die Klagen wegen der Gewährleistung haben nach der Verschiedenheit des Falles eine verschiedene Dauer. Ist Unrichtigkeit der Grund des Anspruches, so ist es wie bei der Gewährleistung wegen *juristischer* Mängel[20]); ist nur ein Ausfall wegen Zahlungsunfähigkeit des Schuldners zu ersetzen, so kommt die wegen *physischer* Fehler vorgeschriebene kurze Verjährung zur Anwendung[21]); soll der Cedent die ganze Forderung nach dem Nennwerthe samt Zinsen er-

16) Ebend. §§. 432, 434, 435, 438, 439. Entsch. des Obertrib. Bd. X, S. 371. (3. A.) Für ein geringes Versehen bis zur Anzeige haftet der Cessionar, weil er bis dahin die Geschäftsbesorgung für den Cedenten übernimmt.

17) A. L.R. a. a. O. §§. 440, 441. — Der Fall wird der actio redhibitoria analog behandelt. Soll der Cedent auch den Nominalwerth und die Zinsen ersetzen, was von der Verabredung abhängt, so ist es eine Intercession. Eine solche Verabredung geht nicht gegen Verbots- oder Wuchergesetze, auch finden auf den Fall dieser Uebereinkunft die in den §§. 425, 440, I, 11 A. L.R. enthaltenen Grundsätze keine Anwendung. Sache Burchardt c. v. Versen, $^{828}/_{3281}$ III, 48.

18) Pr. 639, vom 8. März 1839. Ist folgerecht.

19) Pr. 2032, vom 9. Juni 1849 (Entsch. Bd. XVII, S. 173). Ist sehr zweifelhaft. Nicht die Hypothek, sondern die Forderung ist der Gegenstand des Handels; die Eigenschaft, daß die Forderung bevorzugt oder versichert ist, gibt derselben nur einen höheren Kaufwerth.

20) Drei Monate vom Tage der erlangten Kenntnis. A. L.R. I, 5, §. 344.

21) Ebend. §. 343. Aus diesen beiden verschiedenen Beziehungen werden die sehr verschieden verstandenen beiden §§. 343 und 344 klar.

ſtatten, ſo iſt die Bürgſchaftsklage gegeben; iſt Betrug vorgefallen, ſo kann darauf die Klage gegründet werden.

§. 534.

7. Paſſive Ceſſion.

Auf die nemliche Weiſe, wie bei der activen Ceſſion der Ceſſionarius, nach R. R., durch die Litisdenunciation in ein Verhältnis zu dem Schuldner trat, konnte auch für den Schuldner eine andere Perſon, dem Gläubiger gegenüber, in ein Schuldverhältnis eintreten[1]), was gewöhnlich in ſolchen Fällen geſchah, wo der Schuldner wegen eines ihm zuſtehenden Regreſſes Vertretung fordern konnte[2]). Ein ſolches Eintreten in die paſſive Obligation hieß *suscipere obligationem*[3]). Dadurch wurde das Rechtsverhältnis zwiſchen Gläubiger und Schuldner hier eben ſo wenig wie bei der activen Ceſſion verändert: der Eingetretene war ein procurator in rem suam, übernahm für eigene Rechnung die Sache und erſtattete dem Auftraggeber die Koſten. Dieſe paſſive Ceſſion findet ſich noch jetzt, und zwar unverändert, im Pr. R.; ſie wird durch die Litisdenunciation oder Intervention vermittelt[4]). Dem Kläger entſteht daraus kein Nachtheil, daher er ſich das Eintreten des Litisdenunciaten gefallen laſſen muß. Dieſer muß, wenn er die Sache, dem Beklagten gegenüber, übernimmt, ihm alle Koſten erſtatten[5]) und den Gegner befriedigen. Der Kläger kann das obſiegliche Urtel gegen beide vollſtrecken laſſen; nimmt er jedoch den Litisdenunciaten ausdrücklich für ſeinen Gegner an und erklärt er, daß er den Beklagten ganz außer Anſpruch ſetze, ſo wird der Beklagte befreit und ſcheidet völlig aus[6]).

B. Aſſignation.

A. L.R. I, 16, §§. 251—299. — Die aufgehobenen Beſtimmungen II, 8, §§. 1251, 1261—1304. — M. Lehre von dem Uebergange der Forderungsrechte ꝛc. S. 226 u. fg. — Henr. Cocceji, de assignationibus. Francof. 1703. 4; in exercitt. Vol. II, No. 23, auch in Besecke, Thesaur. jur. camb., P. III, No. 66. — Harpprecht, de assignatione nominis. Tub. 1703. 4; in ej. Disput. Tom. II, No. 56.

---

1) L. 11 pr. §. 1 D. de novation. (XLVI, 2).

2) L. 42, §. 2 sqq. D. de procurat. (III, 3); L. 22, §. 2; L. 10, §. 12 D. mandati (XVII, 1); L. 66, §. 2 D. de evict. (XXI, 2).

3) Z. E. L. 45 pr. D. mandati (XVII, 1).

4) A.G.O. I, 27, §§. 29, 33.

5) A.G.O. I, 23, §. 17.

6) A.G.O. I, 17, §. 30. Der ausgeſchiedene Beklagte kann nicht mehr angegriffen werden, wenn auch der Proceß verloren geht.

§. 535.

1. Begriff und Form.

I. Die Anweisung (Assignation) in der heutigen Beschaffenheit ist ein Rechtsgebilde der Praxis; dem R. R. ist die Sache nur als Mandat[1]) oder als Dienstmiethe[2]) bekannt. Man versteht darunter heutzutage einen Auftrag, wonach jemand an eine in dem Auftrage genannte Person eine gewisse Menge[2a]) fungibler Sachen, auf Rechnung des Auftraggebers, dazu überliefern soll, damit der Empfänger für sich darüber verfüge[3]). Der Auftrag ergeht an zwei Personen: an die eine, Zahlung zu leisten (Assignat), an die andere, Zahlung zu empfangen (Assignatarius). Man unterschied sonst kaufmännische Assignationen von gemeinen; das Institut der kaufmännischen Assignationen aber ist aufgehoben[4]). Das wesentliche Unterscheidungszeichen der ersteren war ihr eigenthümlicher Charakter als der eines in Circulation gesetzten kaufmännischen Papiers, durch welches der Ausgeber, ohne Rücksicht auf sein Verhältnis zu dem ersten Empfänger, jedem dritten Inhaber, nach Analogie der für Wechsel geltenden Regeln, verhaftet ward (§. 635). II. Kaufmännische Assignationen mußten, gleich Wechseln, immer schriftlich gegeben und angenommen werden[5]); bei gemeinen Assignationen genügt in Fällen, wo überhaupt die schriftliche Vertragsform nicht erforderlich ist, Mündlichkeit. Die Assignation muß ausdrücken: wer Zahler (Assignat), wer Empfänger (Assignatarius, Angewiesener) sein soll, wieviel zu zahlen ist, und wer die Anweisung gibt (Assignant, Anweisender)[6]). Bezieht sich die Anweisung auf eine Schuld des Assignaten an den Assignanten, so muß dem Assignatarius, zu seiner Legitimation, auch

1) L. 12, §. 5; L. 22, §. 8; L. 26, §. 1; L. 34 pr.; L. 45, §§. 4, 7 D. mandati (XVII, 1); L. 106 D. de solut. (XLVI, 3). Die L. 108 ib. bezieht sich auf den alten Adstipulator. Vergl. Gajus III, §§. 100, 110 seq, 117; u. Schulting, Notae ad Digesta ed. Schmallenburg l. l. p. 129.

2) L. 31 D. locati conducti (XIX, 2).

2a) (3. A.) Wenigstens müssen zur vollständigen Anwendbarkeit des Instituts Quantitäten Gegenstand der Anweisung sein. Vergl. Entscheid. des Obertrib. Bd. XIII, S. 194.

3) Daß der Zahlende Schuldner des Auftraggebers sei, ist kein Erfordernis. Der §. 251 d. T. bezieht sich nur auf diesen Fall, ohne ihn für den einzigen zu erklären. M. s. §. 259 das.

4) Gesetz, betr. die Einführung der Allg. Wechselordnung für Deutschland, vom 15. Februar 1850, §. 9.

5) A. L.R. I, 16, §. 253; II, 8, §§. 1289, 1290.

6) Ebend. I, 16, §. 251; II, 8, §. 1267. Eine Firma kann als Assignant den Inhaber der Firma persönlich als Assignatar bezeichnen. Pr. des Obertrib. v. 15. April 1850 (Entscheid. XIX, 199). Falls dieser alleiniger Inhaber ist, läßt sich daran zweifeln.

die darüber lautende Urkunde ausgehändigt werden; zur Giltigkeit des Geschäfts ist es in der Regel nicht erforderlich[7]).

§. 536.

2. Verhältnis zwischen Assignanten und Assignatar.

I. An sich begründet die Ertheilung einer Anweisung kein Verhältnis zwischen dem Geber und Empfänger; sondern sie ist ein thatsächlicher Versuch, dem Empfänger den angewiesenen Gegenstand zu verschaffen. Der Empfänger kann daher auch ganz nach Willkür die Anweisung dem Geber zurückstellen, ohne davon Gebrauch zu machen[8]); nur muß er darüber keine Zeit vergehen lassen. Ebenso steht dem Geber der willkürliche Widerruf frei, so lange noch nichts weiter geschehen ist[9]). Einen juristischen Charakter nimmt die Anweisung erst durch einen der folgenden Umstände an: 1) wenn der Empfänger die Anweisung von dem Geber in Folge eines gewissen Rechtsgeschäfts erhalten, z. E. gekauft hat; 2) wenn der Empfänger Gläubiger des Gebers ist und die Anweisung als Zahlung annimmt. Daß er dieses gethan habe, wird außer dem Falle einer wörtlichen Erklärung angenommen: wenn er dem Geber quittirt und das Instrument zurückgibt[10]). Welchen bestimmten Charakter das Geschäft nun erhalten soll, hängt davon ab: ob die Assignation auf eine bei dem Assignaten ausstehende Forderung des Assignanten lautet, oder ob der Assignant von dem Assignaten nichts zu fordern hat. In dem erstern Falle ist die Assignation eine Cession geworden[11]), in dem andern Falle wird das weitere durch die Erklärung des Assignaten bestimmt. Nimmt dieser die Anweisung an, so ist eine Intercession zu Stande gekommen[12]); weist er sie zurück, so bleibt das Geschäft zwischen dem Geber und Empfänger in den Grenzen des Mandats. In beiden Fällen, wenn der Assignat nicht bloß die Assignation annimmt, sondern auch den Inhaber für seinen Gläubiger anerkennt, schlägt

7) A. L.R. I, 16, §§. 254, 255. Eine Ausnahme macht eine Schuld, welche aus einem auf den Inhaber lautenden Instrument entspringt: dieses muß ausgehändigt werden. §. 293 a. a. O.

8) Nach G. R. streitet man darüber in dem Falle, wenn der Empfänger Gläubiger des Gebers ist.

9) A. L.R. a. a. O. §§. 275, 276. Vergl. L. 106 D. de solut. (XLVI, 3).

10) A. L.R. I, 16, §§. 262, 267. Das eine ohne das andere genügt nicht, weil dann die Handlung zweideutig bleibt. S. die verschiedenen Meinungen darüber: Uebergang der Ford. §. 43.

11) A. L.R. I, 16, §. 262. Vergl. I, 11, §§. 376, 377.

12) Ebend. I, 16, §§. 259, 260. (3. A.) Es ändert nichts, wenn er auch in der irrigen Meinung, daß er Schuldner des Assignanten sei, acceptirt hätte, weil dies nur ein Irrthum im Beweggrunde sein würde. I, 4, §. 149.

das Geschäft in eine Delegation um [13]). 3) Wenn der Empfänger es übernimmt, die Assignation einzuziehen, was anzunehmen ist, wenn er die ihm zugestellte Assignation nicht sobald wie möglich zurückgibt. Dadurch ist zunächst ein Mandatsverhältnis zwischen dem Geber und dem Empfänger eingetreten. II. Dem Empfänger liegt nun ob, die angewiesene Summe mit allem Fleiße, ohne Säumnis, einzufordern. Versäumt oder versieht er dabei etwas, so muß er den daraus folgenden Schaden ersetzen und selbst die Forderung erstatten (das periculum nominis tragen), wenn der Assignat über die Säumnis zahlungsunfähig geworden ist; mehr folgt nicht, namentlich folgt nicht der unbedingte Verlust des Regresses [14]). Die Mora wird für dargethan erachtet, wenn der Assignatarius nicht binnen der bestimmten Frist die Assignation vorzeigt und Zahlung fordert [15]), oder wenn er, im Falle die Annahme verweigert wird, davon dem Anweisenden nicht sofort, d. h. binnen 24 Stunden, Nachricht gibt [16]), oder wenn er bei ausbleibender Zahlung nicht ebenso verfährt [17]). Versäumt der Assignatarius seine Obliegenheiten, oder gibt er über die gesetzliche Nothwendigkeit Nachsicht, oder läßt er sich mit dem Assignaten in Verhandlungen ein, wodurch er hingehalten wird [18]), so erwirbt er dadurch die angewiesene Forderung wie durch Cession, und der Assignant haftet nur noch als Cedent für die Sicherheit, unter der gewöhnlichen Voraussetzung, daß der Assignatarius nichts versehen hat [19]). Der Assignatar ist befugt, im Nichtzahlungsfalle sogleich gegen den Assignaten, aus der Acceptation, Namens des Assignanten, zu klagen und diesem davon Nachricht zu geben [20]). III. Der Assignatar hat gegen den Assignanten, aus dem übernommenen

13) A. L.R. I, 16, §§. 264—266. Vergl. II, 8, §§. 1263, 1265.

14) Ebend. I, 13, §§. 49 fg. — Vergl. Gottschalk, Disc. for., T. II, cap. 18, p. 237, 241. — Kori und v. Langenn, über die Regreßnahme bei nicht bezahlten Assignationen; in deren Erört. praktischer Rechtsfragen, Th. I, Abh. 9.

15) A. L.R. I, 16, §§. 277—279. Vergl. II, 8, §§. 1269—1272.

16) Ebend. I, 16, §. 280; II, 8, §§. 1273—1276. Vergl. I, 3, §. 47 und I, 5, §. 95.

17) Ebend. I, 16, §. 285; II, 8, §. 1280.

18) Das ist es, was A. L.R. I, 16, §. 289 unter „neuen Verbindungen" gemeint wird. Stryck, de jure assignationis (in ej. Diss. Hal.), §. 34; auch im Usus mod. XVIII, 4, §. 47.

19) A. L.R. I, 16, §§. 289, 290. Die Bestimmung des §. 289: „So geschieht es auf seine Gefahr, und er verliert den Regreß an den Anweisenden," bezieht sich auf die Forderung des Assignatars an den Assignanten, welche mittelst der Anweisung getilgt werden sollte. Der Assignatar gilt nun dieserwegen für befriedigt. Dafür tritt er aber in das Verhältnis eines Cessionars zu dem Cedenten, beziehlich auf den Assignanten.

20) A. L.R. I, 16, §§. 285—288.

Auftrage, wegen Schäden und Kosten die Rechte eines Mandatars, und hinsichtlich der der Assignation zum Grunde liegenden Sache kommt das Verhältnis, bei ausbleibender Zahlung und wenn der Assignatar seine Schuldigkeit gethan hat, wieder in die ursprüngliche Lage[21]). IV. Ueberträgt der Assignatar die Assignation auf einen andern, so liegt darin, beziehlich auf ihn selbst, ein Auftrag, aus welchem zwischen ihm und dem Cessionar eben dieselben Rechtsverhältnisse entstehen, wie zwischen ihm und dem Aussteller der Assignation, der Cessionar ist mithin nicht verpflichtet, die angewiesene Summe gegen den Assignaten auf Grund der Acceptation auszuklagen, sondern kann bei ausbleibender Zahlung sogleich seine Forderung gegen den Cedenten geltend machen[22]); — und beziehlich auf den Aussteller eine Substitution, daher er dem Assignanten für die Versehen des Substituten (Indossatars) haftet[23]). Es versteht sich hiernach von selbst, daß durch solche Uebertragung der Anweisung die Forderung des Assignatars gegen den Assignanten, zu deren Berichtigung die Anweisung führen sollte, in keinem Falle auf den Cessionar der Anweisung übergeht, und daß mithin dieser, falls er die Anweisung nicht geltend machen will oder kann, jene Forderung von dem Assignanten einzuziehen nicht berechtigt wird; er hat sich vielmehr lediglich an den Cedenten der Assignation zu regressiren[23a]).

§. 537.

3. Verhältnis zwischen Assignatar und Assignaten.

I. Vor der Acceptation der Anweisung erscheint der Assignatar, dem Assignaten gegenüber, nur als ein Beauftragter des Assignanten zur außergerichtlichen Einziehung, und es ist dem Assignaten unverwehrt, mit dem Auftraggeber selbst die Sache abzumachen[24]). Zur Proceßführung berechtigt die Assignation den Assignatar nicht, er gilt dabei nur für einen vermuthlichen Bevollmächtigten und muß eine förmliche Proceßvollmacht nachbringen[25]). II. Nach der unbedingten Acceptation kann der As-

21) Ebend. §§. 287, 298, 299; II, 8, §§. 1283—1287.

22) L. 28 D. de negot. gest. (III, 5). — Stryck, l. c., §. 48. — Pr. 1901, vom 16. August 1847 (Entsch. Bd. XV, S. 155).

23) A. L.R. I, 13, §. 38. — L. 8, §. 3 D. mandati (XVII, 1); L. 21, §. 3 D. de negot. gest. (III, 5).

23a) Vergl. Pr. 2283, vom 30. Januar 1851 (Entsch. Bd. XX, S. 185). Die Frage ist nicht zweifelhaft.

24) A. L.R. I, 16, §§. 259, 274; II, 8, §. 1291.

25) Ebend. I, 16, §§. 281, 283, 284; II, 8, §. 1281. Die gemeinrecht-

signatar in eigenem Namen klagen, und zwar, wenn die Assignation auf eine bestimmte, bei dem Assignaten ausstehende Forderung des Assignanten lautet, mit derselben eigenthümlichen Klage, gegen welche dem Assignaten die Einwendungen unbenommen bleiben, falls er nicht die Anweisung ohne Vorbehalt angenommen hat[26]); wenn der Assignat dem Assignanten nichts schuldig war, mit der Expromissionsklage, gegen welche jedoch der Assignat, bei inmittelst eingetretener Insolvenz des Assignanten, die Einrede der veränderten Umstände hat[27]). An den Assignanten zu zahlen ist der Assignat nach der Acceptation nicht mehr befugt[28]), auch ist der Einwand unstatthaft, daß mehrere auf einen und eben denselben Gegenstand angewiesen worden und daß ein anderer den Vorzug habe[29]); sowie der Einwand der mangelnden Legitimation auf Grund der Thatsache, daß der Assignatar die Summe für den Assignanten einziehe[30]).

§. 538.

4. Verhältnis zwischen Assignanten und Assignaten.

I. Der Assignat, wenn er nicht Schuldner des Assignanten, ist nicht schuldig, sich auf die Assignation einzulassen; sonst aber muß er an jeden legitimirten Bevollmächtigten zahlen, mithin auch der Anweisung seines Gläubigers folgen, sofern dadurch nicht irgendwie mehr verlangt wird als er schuldig ist; verweigert er solches ohne rechtlichen Grund, so muß er dem Gläubiger das Interesse leisten[1]). Zu Stückzahlungen ist er nicht schuldig, daher er eine Anweisung auf einen Theil nur unter dem Vorbehalte, daß ihm die ganze Schuld am Zahltage abgenommen werde, anzunehmen braucht[2]). Der Assignant muß jedoch, um den Assignaten, wegen verweigerter Annahme, auf das Interesse belangen zu können, den Assignatar bei

lichen Juristen sind darüber verschiedener Meinung. Das A. L.R. hat die Struck'sche Meinung, §. 42 l. c., angenommen.

26) A. L.R. I, 16, §§. 291, 266, 292, 314; II, 8, §§. 1293, 1294. Die Beschaffenheit der Forderung bleibt jedoch unverändert; eine bedingte wird dadurch nicht unbedingt; bei einer Forderung aus einem wechselseitigen Vertrage, z. B. einer Pachtforderung, muß also der klagende Assignatar die Erfüllung von seiner Seite nachweisen, um die Forderung zu begründen.

27) A. L.R. I, 16, §. 259; I, 5, §. 378. Vorausgesetzt ist hierbei selbstverständlich immer eine an sich gültige Assignation. Pr. 784, vom 31. December 1839.

28) A. L.R. I, 16, §. 274; II, 8, §. 1291.

29) Ebend. I, 16, §§. 295, 296.

30) Pr. 2198, vom 12. April 1850 (Entsch. XX, 181).

1) A. L.R. I, 16, §§. 256, 257. Ein rechtlicher Weigerungsgrund ist auch der Mangel der Benachrichtigung. §. 269.

2) Verordnung vom 8. Februar 1811 (G.S. S. 150).

ihm gehörig, d. h. durch Benachrichtigung an ihn, durch eine schriftliche Assignation und durch Aushändigung der Schuldurkunde legitimiren[3]). Zur Rechtsgiltigkeit gehört dies nicht; nimmt der Assignat ohne Benachrichtigung seitens des Gläubigers die Anweisung an, so muß er, dem Assignatar gegenüber, zahlen, und dem Assignanten gegenüber ist er für den Schaden aus der Unvorsichtigkeit verantwortlich[4]). Der Assignat muß den ihm noch vor der Acceptation zugekommenen Widerruf der Assignation beachten[5]), gleich dem Widerrufe einer Vollmacht. II. Hat der Assignat Zahlung geleistet, und zwar ohne Rücksicht auf den Widerruf, so hat er gegen den Anweisenden nur die Rechte aus einer gegen ausdrückliches Verbot unternommenen Besorgung fremder Geschäfte[6]); ist die Vorschrift beobachtet, so wird der Assignat durch die Zahlung von seiner Schuld gegen den Assignanten frei[7]), wenngleich die Assignation auf das Schuldverhältnis nicht Bezug nehmen sollte; der Tilgungsgrund ist in diesem Falle nicht Compensation mit einer Forderung aus einem andern Geschäfte, sondern Zahlung[8]). War der Assignat nicht Schuldner, so hat er die Klage aus dem Auftrage auf Schadloshaltung[9]) und schon vor der Zahlung die Klage auf Befreiung und eventuell Deckung[9a]). III. Die auf eigene Ordre des Ausstellers lautende Assignation ist ursprünglich eine Anfrage: ob ihm der Assignat auf die bestimmte Summe Credit geben wolle; acceptirt der Assignat solche Anweisung, so ist ein pactum de credendo vel de mutuando geschlossen. Der Aussteller kann nun, ganz nach Belieben, die versprochene Summe entweder durch wirkliches Indossament auf einen wahren Assignatar übertragen, oder durch einen Bevollmächtigten, oder auch in Person erheben: der Assignat muß in allen diesen Fällen zahlen, sofern er nicht wegen veränderter Umstände sein Versprechen zurücknehmen darf[10]).

---

3) A. L.R. I, 16, §§. 258, 268, 269 und 299, 293, 294.

4) Ebend. §§. 270, 271, 273.

5) Ebend. §§. 274—276; II, 8, §§. 1291, 1292. — Ist nach G. R. streitig; nach einer Meinung ist der Widerruf nicht mehr zulässig, sobald der Assignatar die Anweisung angenommen hat. So nach Oest. G.B. §. 1404.

6) A. L.R. I, 16, §. 276; I, 13, §§. 249—251.

7) Ebend. I, 16, §. 30. — L. 64, 21 D. de solut. (XLVI, 3).

8) Schles. Arch. Bd. IV, S. 120.

9) A. L.R. I, 16, §§. 260, 299. — L. 12, §. 9; L. 56, §. 4 D. mandati (XVII, 1); L. 61, §. 5 D. de furtis (XLVII, 2).

9a) (3. A.) A. L.R. I, 13, §§. 70, 82; Erk. des Obertrib. vom 6. Septbr. 1847 (Entsch. Bd. XV, S. 354, 357).

10) Lehre vom Uebergange der Ford. §. 48, Nr. III. — Angenommen von dem Obertrib., nach dem Präjud. vom 22. Septbr. 1838. Entscheid. Bd. IV, S. 265.

§. 539.

5. Verhältnis zwischen Assignatar und Dritten.

I. Sind mehrere Anweisungen an verschiedene Personen auf eine und dieselbe Schuld gegeben, so hat derjenige Assignatar den Vorzug, dessen Assignation von Seiten des Assignaten zuerst angenommen worden ist; die später angenommenen Anweisungen geben den Inhabern nur einen Anspruch an den Assignaten aus dessen Accept (Intercession)[11]. Der Unterschied ist, daß der erstere die Klage aus dem überwiesenen Rechtsverhältnisse, also auch das damit etwa verknüpfte Vorzugsrecht hat, die übrigen aber nur aus der Expromission klagen können. II. Die Assignation gibt, als ein Auftrag zur Eincassirung, ihrem Inhaber, bei eintretender Concurrenz mit andern Gläubigern des Ausstellers, keinen Vorzug, so lange sie nicht in eine Cession übergegangen ist; die Acceptation des Assignaten ändert darin nichts. Entsteht also vor der Zahlung Concurs über das Vermögen, so hört jede Beziehung zwischen den Interessenten auf[12]. Eine Ausnahme davon machen die auf die Bank für jeden Inhaber ausgestellten Anweisungen der Giro-Interessenten, bezüglich auf deren Guthaben im Giro: dergleichen, von der Bank acceptirte, Anweisungen dürfen und müssen an den Inhaber gezahlt werden, wenn auch nach der Acceptation Concurs über den Aussteller ausbricht[13].

C. Novation.

A. L.R. I, 16, §§. 450—475. — M. Lehre von dem Uebergange der Forderungsrechte, S. 285 fg. — Kopp, über die Novation nach Römischem und Französischem Rechte. Hanau 1811. Vergl. Heidelberger Jahrbücher, V, S. 535.

A. Von der Novation überhaupt.

§. 540.

1. Begriff und Arten.

I. Die Novation ist ein Rechtsinstitut, welches zwar aus dem

11) A. L.R. I, 16, §§. 295, 296. Unter den gemeinrechtlichen Schriftstellern ist darüber Meinungsverschiedenheit. — Das Vorrecht mehrerer Assignationen durch den Richter, im Wege der Execution, bestimmt, nach dem Alter, der §. 15 u. 21 der V. I, vom 4. März 1834.

12) A.G.O. I, 50, §. 40; A. L.R. II, 8, §§. 1295, 1296. (3. A.) Diese Bestimmungen sind zwar formell aufgehoben, die Rechtssätze bestehen aber fort, schon aus dem Grunde, weil die Assignation das Forderungsrecht nicht überträgt, also keine Veräußerung ist.

13) C.O. vom 31. Januar 1841 (G.S. S. 29).

R. R. nominell mit übernommen worden, aber seinem Wesen nach nicht mehr vorhanden ist; denn sie besteht in der Verwandlung irgend einer Obligation in einen formellen Contract[1]), und die formellen Contracte sind nicht angenommen. Was in dem heutigen Rechte unter diesem Namen vorkommt, besteht in der Aufhebung eines obligatorischen Verhältnisses durch wechselseitige Uebereinkunft, und Abschließung eines neuen Consensualcontracts über denselben Gegenstand[2]). II. Die falsche Lehre einiger Neuern[3]) von der novatio cumulativa oder necessaria hat keinen Eingang in das Pr. R. gefunden, es novirt weder die Litiscontestation, noch das rechtskräftige Urtel[4]), noch der Vergleich (§. 727, III, 1, b). Die Novation kann auf vierfach verschiedene Weise vorkommen, nemlich: 1) so, daß die Personen unverändert bleiben (novatio simplex) und zwar mit Veränderung der Art der Obligation, oder nur mit Veränderung einer Nebenbestimmung, oder mit Veränderung des Gegenstandes; oder 2) so, daß ein neuer Gläubiger an Stelle des ausscheidenden alten eintritt; oder 3) so, daß die Person des Schuldners verändert wird (Delegation, Expromission); oder 4) so, daß auf beiden Seiten eine Personenveränderung vorgeht.

§. 541.

2. Erfordernisse.

Die Erfordernisse einer rechtsgiltigen Novation sind: 1) eine bestehende Obligation von solcher Beschaffenheit, daß die darauf geleistete Erfüllung nicht zurückgefordert werden kann (obligatio naturalis)[5]). Eine *betagte* Obligation ist zur Novation geschickt, so daß die neue Obligation unbetagt wird[6]); nicht aber eine *bedingte*, vielmehr kann die auf Grund einer solchen zu Stande gekommene Novation, wenn die Bedingung nachher wegfällt, wie eine in Erwartung des künftigen Eintritts der Bedingung geleistete Zahlung widerrufen werden[7]). 2) Eine giltige neue Obligation;

1) L. 1, 2 D. de novat. (XLVI, 2). — Gajus III, §§. 129, 130.

2) A. L.R. I, 16, §. 454. — Lehre vom Uebergange ꝛc., §. 50.

3) Z. E. Höpfner, Commentar, §. 987, Nr. 4; Glück, Commentar, VI, S. 204 u. a.

4) A.G.O. I, 24, §. 13 bestimmt ausdrücklich, daß es auf das ursprüngliche Verhältnis ankomme. Der scheinbar widersprechende §. 7, I, 16 bezieht sich auf irrig abgesprochende Urtel, welche nach der Regel: res judicata pro veritate accipitur, bestehen bleiben; der §. 821, I, 11 bezieht sich auf gar keinen juristischen Begriff.

5) A. L.R. I, 16, §§. 467, 468. — L. 1, §. 1 D. de novat. (XLVI, 2); §. 3 J. quib. mod. obl. toll. (III, 29 [30]).

6) A. L.R. I, 16, §. 168. — L. 5, 8, §. 1 D. de novat.

7) A. L.R. I, 4, §§. 154, 155; I, 16, §. 200. — L. 8, §. 1; L. 14,

ist sie ungiltig, so bleibt die alte Obligation mit allen Accessorien bestehen[8]). Eine unklagbare Obligation genügt nicht[9]), wenn es nicht beabsichtigt worden ist, die Lage des Schuldners gerade dadurch zu verbessern. Hinsichtlich der Bedingung gilt nichts besonderes: eine der neuen Obligation beigefügte Suspensivbedingung verwandelt die alte in eine Obligation unter einer Resolutivbedingung; fällt die Bedingung weg, so bleibt es bei der alten Obligation[10]). Der sonst wesentliche Charakter der bei der Novation vorkommenden neuen Obligation, daß sie eben eine formelle ist und nie von anderer Art sein kann, fällt weg; man muß sich die Sache jetzt irgendwie als Consensual- oder auch wohl als Realcontract, z. E. datio in solutum, indem die neue Obligation zur Tilgung der alten gegründet (gegeben) wird, denken[11]). 3) Die Absicht der Novation[11a]). Solche muß entweder durch Worte ausgedrückt werden oder daraus zu erkennen sein, daß die neue Verbindlichkeit so beschaffen, daß sie mit der alten zugleich nicht bestehen kann[12]). Im Zweifel wird angenommen, daß beide Obligationen nebeneinander gelten sollen, namentlich nimmt man eine Novation noch nicht an: a) wenn die neue Verabredung mehr oder etwas anderes als die alte enthält[13]); oder b) wenn bloß neue Urkunden ausgestellt und die alten zurückgegeben werden[14]); oder c) wenn die Zahlungster-

§. 1 D. eod. (3. A.) Geht die Vereinbarung dahin, eine bedingte Obligation in eine unbedingte zu verwandeln, so ist dies keine Novation, sondern ein Vergleich oder, wenn dabei nichts zweifelhaftes ist, eine Schenkung auf den Fall, daß die Bedingung, von welcher die Wirksamkeit der Obligation abhängt, nicht eintrifft.

8) A. L.R. I, 16, §§. 462, 464, 474. Wegen §. 175 f. Uebergang der Ford. §. 52, S. 310. — §. 3 J. quib. mod. obl. toll. (III, 29 [30]). — Gajus III, §. 176.

9) Anders nach L. 1, §. 1 D. de novat., wonach eine Naturalobligation hinreicht.

10) A. L.R. I, 16, §. 466. — L. 5, 8, §. 1; L. 14 pr., §. 1 D. de novat. — L. 36 de reb. cred. (XII, 1). — Ist aber die zur alten Obligation gehörige Hypothek gelöscht oder das Pfand zurückgegeben, so können diese accessorischen Rechte zum Nachtheile redlicher Dritter doch nicht wieder hergestellt werden. §. 475 d. T. S. dazu Lehre vom Uebergange ꝛc., S. 310 flg.

11) Daraus ersieht man, daß eine eigentliche Novation nicht mehr vorkommen kann.

11a) (3. A.) Der Satz findet sich im §. 454 in dem Worte ausdrücklich ausgesprochen. Die L. 2 D. de novat. ist deutlicher.

12) A. L.R. I, 16, §§. 454, 455. — L. 10 pr. D. de acquir. poss. (XLI, 2).

13) A. L.R. I, 16, §. 451. — L. 8 C. de novat. (VIII, 42).

14) A. L.R. I, 16, §. 452. (3. A.) Daher wird durch die Ausstellung eines Schuldscheins über eine der kurzen Verjährung unterliegende Schuld die Verjährungszeit nicht verändert; die kurze Frist läuft vom Tage der Ausstellung von neuem. Pr. des Obertrib. 2295, v. 5. Juni 1851 (Entsch. Bd. XXI, S. 36). Ueberhaupt ist die bloße Bestätigung eines bestehenden Anspruchs, ohne irgend welche Abänderung, keine Novation. §. 3 Inst. quib. mod. obl. toll. (III, 29). — Vergl. L. 8 C. l. c. Die Praxis schwankte hier.

mine anders bestimmt werden[15]), oder der Gegenstand verwechselt, z. E. Geld an Stelle von Naturalien gesetzt[16]), oder wenn die Schuld verzinslich gemacht, der Zinsfuß oder die Sicherheit verändert wird ([15]). 4) Einwilligung eines jeden Interessenten, welcher entweder etwas aufgeben oder verbindlich gemacht werden soll. Die Befugnis zur Empfangnahme der Zahlung berechtigt nicht zur Novation. Daher kann ein Assignatar[17]), ein solutionis causa adjectus[18]), ein bloß zum Empfange der Zahlung Bevollmächtigter, ein mit der Administration seines Vermögens beauftragter Pflegebefohlener[19]) nicht noviren. Der Schuldner hat nur dann beizustimmen, wenn er nicht befreit wird; geschieht dies, so kann jeder Dritte ohne Wissen und Willen desselben für ihn noviren (expromittiren)[20]). 5) Die nach Beschaffenheit des Falles erforderliche Form.

§. 542.

3. Wirkungen.

Mittelst der Novation wird die alte Obligation von selbst, wie durch Zahlung, getilgt[21]). Correalobligationen gehen durch die Novation auch nur eines Correus, bezüglich auf alle, unter[22]). Aus der gänzlichen Erlöschung der alten Obligation folgt einerseits, daß die gegen dieselben zugestandenen Exceptionen nicht gegen die neue Obligation zulässig sind[23]), und anderseits, daß die accessorischen Rechte aus dem alten Verhältnisse wegfallen. 1) Die mit der alten Obligation, vermöge ihrer rechtlichen Natur, verbunden gewesenen Vorrechte können auch nicht einmal durch Verabredung der Parteien auf die neue übertragen werden[24]), weil überhaupt Eigenschaften von einem Verhältnisse nicht zu trennen und daher nicht mit einem andern zu verbinden sind. 2) Willkürliche Nebenbestimmungen, z. E. bezüglich auf Zeit und Ort der Leistung, auf

15) A. L.R. I, 16, §. 453. — L. 8 C. eodem.
16) Lehre von dem Uebergange ꝛc. §. 50 a. E., S. 295.
17) A. L.R. I, 16, §§. 251, 261 flg. — L. 25 D. de novat. (XLVI, 2).
18) L. 10 D. eodem.
19) A. L.R. II, 18, §. 734. — L. 25; L. 34 pr., §. 1; L. 20, §. 1 D. eod. — L. 27 pr. D. de pactis (II, 14).
20) A. L.R. I, 14, §§. 399, 400, 406. — L. 8, §. 5 D. de novat. — L. 91 D. de solut. (XLVI, 3); L. 1 C. de novat. (VIII, 42).
21) A. L.R. I, 16, §§. 454, 455. — L. 1 pr. D. de novat.
22) A. L.R. I, 16, §§. 458, 460. — L. 31, §. 1 D. eod.; L. 20 D. ad. S. C. Vell. (XVI, 1). Nur müssen auf der Seite des Gläubigers wirkliche Correi und nicht etwa nur Mitberechtigte stehen. A. L.R. §. 459 a. a. O. Vergl. oben §. 517.
23) A. L.R. I, 16, §. 467. — L. 12, 13, 19 D. de novat. (XLVI, 3); L. 4, §§. 20, 21; L. 5, §. 5 D. de doli mali exc. (XLIV, 4); L. 78, §. 5 D. de jure dot. (XXIII, 3).
24) A. L.R. I, 16, §. 469. — L. 29 D. eodem.

Zinsen und Interessen, erlöschen zwar ebenfalls, doch können sie bei der neuen Obligation *vorbehalten*, d. h. auf gleiche Weise verabredet werden[25]). 3) Das nemliche gilt von dem Pfandrechte[26]). 4) Der Bürge, welcher für die neue Obligation einstehen soll, muß damit einverstanden sein[27]), außerdem ist er durch die Novation befreit.

B. Von der Delegation und Expromission.

§. 543.

1. Delegation.

A. L.R. I, 16, §§. 264—267. — Gesterding, Beitrag zu der Lehre von der Delegation; im Archiv für die civil. Praxis, Bd. II, Nr. 19.

I. *Delegation* heißt die Novation, wenn ein neuer Schuldner, und zwar unter Mitwirkung des alten, eintritt[28]). Der alte Schuldner heißt *Delegant*, der neue *Delegat*. Es ist nicht nothwendig, daß der Delegat Schuldner des Deleganten sei; auch ist es gleichviel, von wem unter den drei Interessenten der Anlaß dazu ausgeht, nicht einmal ein Auftrag des Deleganten an den Delegaten, zu intercediren, ist erforderlich, denn der neue Schuldner kann als Geschäftsbesorger ohne Auftrag auftreten. Wesentlich aber ist, daß alle drei Interessenten darin übereinstimmen, daß der Delegat die Schuld des Deleganten übernehme, und daß dafür der Gläubiger den alten Schuldner entlasse, welches *ausdrücklich* ausgesprochen werden muß[29]), weil zwei Schuldner für dieselbe Schuld nebeneinander bestehen können, mithin aus dem Eintreten eines zweiten Schuldners die Befreiung des ersten noch nicht folgt. II. Das Verhältnis des alten Schuldners (Deleganten) zu dem neuen (Delegaten) bestimmt sich nach Verschiedenheit des Falles[30]). Der Delegat kann der Schuldner des Deleganten sein, auch nicht. War er *nicht* Schuldner, und wußte man dieses, so ist das Verhältnis entweder ein Mandat[31]), oder eine Besorgung fremder Geschäf-

25) A. L.R. I, 16, §. 470. — L. 15, 18, 27 D. eodem.

26) A. L.R. I, 16, §. 471. — L. 18 D. eod. — Soll das Pfandrecht beibehalten werden, so muß der Eigenthümer der Sache, wenn er nicht der Schuldner ist, beistimmen. L. 30 D. eod. (3. A.) Hypothekenrechte erlöschen auch bei der Novation erst durch die Löschung.

27) A. L.R. I, 16, §§. 472, 473. — L. 4 C. de fidejuss. (VIII, 41).

28) A. L.R. I, 16, §. 264. — L. 11 D. de novat. (XLVI, 2).

29) A. L.R. I, 16, §. 264. — L. 11 pr. D. eod. — L. 3 C. eod. — L. 2 C. de oblig. et act. (IV, 10); L. 11 C. de donat. (VIII, 54).

30) A. L.R. I, 14, §§. 404, 405.

31) A. L.R. I, 16, §. 260. — L. 12 i. f. D. de novat. (XLVI, 2).

te[32]). Wurde ein Schuldverhältnis angenommen, so ist dreierlei möglich: entweder war die Voraussetzung ganz irrig, oder man erwartete noch den Eintritt einer obligirenden Bedingung, oder es war wirklich ein Schuldverhältnis vorhanden. In den ersten beiden Fällen hat der Delegat gegen den Deleganten, nicht gegen den Gläubiger, eine Klage, und zwar im ersten die condictio indebiti, im andern, wenn die Bedingung nicht eintritt, die condictio causa data causa non secuta, auf Erstattung des Geleisteten oder auf Befreiung von der übernommenen Schuld[33]). In dem dritten Falle ist zu unterscheiden, ob das Schuldverhältnis rechtsbeständig war, oder nicht. Das wirklich bestehende giltige Schuldverhältnis erlischt nach Maßgabe der Delegation. War aber das Verhältnis nicht rechtsverbindlich und solches dem Delegaten bekannt, so kommen, rücksichtlich des Verhältnisses des Delegaten zum Deleganten, die Regeln von der Schenkung zur Anwendung; war ihm aber die Ungiltigkeit unbekannt, so ist die condictio indebiti, oder, wenn eine Aufforderung des Deleganten vorausging, die actio mandati gegeben[34]). III. Ist die alte Obligation zwischen dem Deleganten und dem Gläubiger ungiltig, und der Delegant wußte das, so wird der Delegant wie ein Schenker angesehen, und kann unter den Voraussetzungen des Widerrufs einer Schenkung die Zurückgabe des Gezahlten oder die Freilassung des Delegaten von dem Gläubiger fordern[35]); setzte aber der Delegant eine giltige Obligation irrthümlich voraus, so findet die condictio indebiti gegen den Gläubiger auf Freilassung des Delegaten oder, wenn dieser schon gezahlt hat, Zurückzahlung an denselben oder, wenn dieser sich schon an ihn erholt hätte, an ihn selbst statt. IV. Was das Verhältnis zwischen dem neuen Schuldner (Delegaten) und dem Gläubiger betrifft, so ist dabei nach der dem A. L. R. zu Grunde liegenden Vorstellung eine Succession zu denken, und zwar, wenn das Geschäft von dem alten Schuldner ausgegangen und dieser Gläubiger des Delegaten ist, wie eine Succession des Gläubigers in die Forderung des Schuldners (Deleganten)[36]); wenn aber eine solche Forderung nicht besteht,

32) A. L.R. I, 14, §. 406. Durch die Zustimmung des Deleganten entsteht aber ein Mandatsverhältnis, I, 14, §. 239.

33) L. 13; L. 5, §. 5; L. 12 D. eod. — L. 5, §. 5 D. de doli mali except. (XLIV, 4).

34) L. 12; L. 19 D. de novat. — L. 5, §. 5 de doli mali except. (XLIV, 4). — L. 78, §. 5 D. de jure dotium (XXIII, 3).

35) A. L.R. I, 16, §. 393. — L. 12 D. de novat. (XLVI, 2).

36) A. L.R. I, 16, §§. 265, 266. — I, 11, §. 412. Pr. 1368, v. 11. November 1843.

wie eine Succession des Delegaten in die Schuld des Deleganten [37]). Anscheinend müßten folgerecht dem Delegaten in beiden Fällen alle gegen die alte Obligation zuständig gewesenen Einreden zustehen, näher betrachtet würde das aber unjuristisch und auch wider die Absicht der Parteien sein. Unjuristisch wäre es, weil die Rechtseinwendungen, d. h. solche Einreden, welche aus einem selbständigen Grunde die Obligation unwirksam machen, eben deshalb selbständige Rechte des alten Schuldners sind, deren Gebrauch oder Nichtgebrauch in seiner Willkür steht und die er daher, wenn sein Singularsuccessor davon Gebrauch machen sollte, ausdrücklich auf ihn übertragen müßte (§. 526, I, 5). Gegen die Absicht der Parteien würde ein Uebergang von Rechts wegen sein, indem das Geschäft ja gerade bezweckt, den Schuldner von der als wirksam anerkannten Schuld durch anderweite Zufriedenstellung des Gläubigers zu befreien. Deshalb sind dergleichen Exceptionen regelrecht ausdrücklich abgeschnitten [36]), nur versteht sich dies bloß von den eigentlichen Einreden; die rechtliche Natur des obligatorischen Verhältnisses, in welches succedirt worden ist, kann dadurch nicht umgeändert werden. (Vergl. o. §. 532, III.) Der Zinsenpunkt bestimmt sich danach, auf welcher Seite eine Succession stattgefunden hat. Ist eine active Cession anzunehmen, so hat der Gläubiger die laufenden und rückständigen Zinsen von der auf ihn übergegangenen Forderung zu erhalten, ohne Rücksicht auf seine ursprüngliche Forderung; ist aber der neue Schuldner dem alten in die Schuld gefolgt, so wird auf diese gesehen. V. Die Delegation erfordert die schriftliche Form, ausgenommen wenn der Delegat Schuldner des Deleganten, die Schuld nicht verbrieft ist und auch nicht über 50 Thlr. beträgt [38]).

§. 544.

2. Expromission.

A. L.R. I, 14, §§. 399—412.

I. Expromission nennt man die Novation, wenn ein neuer Schuldner durch Intercession eintritt. Sie enthält eine Succession in das bestehende [38a]) Schuldverhältnis. Die Mitwirkung des aus-

37) Der Delegat soll nemlich fähig sein, in eine Verbindlichkeit von der in Rede stehenden Art einzugehen. A. L.R. I, 16, §. 462. Es ist also wie bei der Expromission. Ganz anders nach R. R. S. o. §. 540, Note 1, wonach auch die Expromission (§. 544) keine Succession ist.

38) A. L.R. I, 14, §§. 203, 400; I, 16, §§. 262, 263; I, 11, §. 394.

38a) Deshalb wird darin nichts geändert und auch die dafür bestellte Hypothek erlischt nicht. Vergl. Entsch. des Obertr. v. 12. Juli 1851 (XIX, 197).

scheidenden alten Schuldners ist nicht nothwendig[39]). Läßt der Ausdruck an sich oder nach den Umständen den animus novandi zweifelhaft, so wird Bürgschaft angenommen[40]). II. Zur Giltigkeit ist immer die schriftliche, und wenn eine Frauensperson expromittirt, die gerichtliche Form erforderlich[41]), und in der Person des Expromittenten die Fähigkeit, Darlehen aufzunehmen[42]). III. In Beziehung auf den Gläubiger enthält die Expromission zwar keine Schenkung, doch sollen Frauenspersonen unter den Umständen, wo ein Geschenkgeber eine selbst schon gerichtlich vollzogene Schenkung wegen Uebermaßes zu widerrufen befugt ist, ihre Expromission zurücknehmen können[43]). Der Expromittent hat von dem alten Schuldner, wenn er ihm nicht zu schenken Willens gewesen, Ersatz mit der Klage aus einem Mandate oder aus der Geschäftsbesorgung zu fordern[44]). IV. In dem Verhältnisse zwischen dem Expromittenten zu dem Gläubiger ist bei der Vorstellung einer Succession die alte Obligation, in welche der Expromittent eingetreten ist, von der Handlung, wodurch solches geschehen (Expromission), zu unterscheiden. Die alte Obligation übernimmt der Expromittent, sowie sie ist, mit den dagegen zulässigen Einwendungen, soweit er die Schuld nicht ausdrücklich anerkannt hat[45]); doch kann eine ganz ungiltige Schuld auch durch eine bloße Anerkennung nicht giltig werden[46]). Ist die Handlung der Uebernahme (die Expromission) ungiltig, so ist zunächst auf den Grund der Ungiltigkeit zu sehen. Liegt er in der Unfähigkeit des Expromittenten, Darlehen aufzunehmen, so soll unterschieden werden: ob der Gläubiger die Unfähigkeit kannte oder doch ohne eigenes mäßiges Versehen wissen konnte, oder nicht. Wußte er sie, oder mußte er sie wissen, so verliert er seine Forderung; er kann auf den alten Schuldner nicht zurückgehen, der Fall ausgenommen, wenn die Expromission einer Frauensperson wegen mangelhafter Form ungiltig oder wegen Uebermaßes widerrufen wird: in

39) A. L.R. I, 14, §. 399. — L. 8, §. 5 D. de novat.; L. 23, 91 D. de solut. (XLVI, 3).

40) A. L.R. I, 14, §. 401. „Vermuthet" heißt es; der Gegenbeweis ist nicht ausgeschlossen.

41) §§. 400, 407 das. Eines Beistandes bedarf sie hier nicht.

42) §§. 219, 402 das. Das G. R. fordert nur Handlungsfähigkeit überhaupt.

43) §§. 410, 408 das.; I, 11, §. 1091 flg.

44) Ebend. I, 14, §§. 404—406. Das beneficium cedendarum hat er nicht; auch hat er nicht früher einen Anspruch, als nachdem er Verwendungen aus seinem Vermögen zur Befriedigung des Gläubigers gemacht hat.

45) A. L.R. I, 14, §§. 399—401 u. §. 310. Diese Anwendung findet also hier der röm. Rechtssatz: die alte Schuld muß giltig sein.

46) Ebend. I, 5, §§. 186—192, 37, 38.

diesem Falle, sowie in allen übrigen Fällen, wo nicht aus Unfähigkeit des Expromittenten, Darlehen aufzunehmen, die Ungiltigkeit eintritt, bleibt die Verbindlichkeit des ersten Schuldners bestehen[47]).

Drittes Capitel.

Von den Entstehungsgründen der Obligationen.

§. 545.
Uebersicht.

Die Römer kannten nur zwei regelmäßige Entstehungsgründe der Civilobligationen: Contracte, oder Verbrechen. Die einzelnen Ausnahmen hatten jede ihren besondern Grund, wurden aber von den Rechtsgelehrten, nach der Aehnlichkeit, mit der einen oder der andern Classe (quasi ex contractu, quasi ex delicto) verglichen[1]). Die Neuern haben die Römer verbessern wollen, meinend, daß sie das Gesetz als den eigentlichen Entstehungsgrund der Verbindlichkeiten hätten bezeichnen müssen. Auf dieser Ansicht beruhet das A. L.R., welches sagt, daß der Entstehungsgrund der Verbindlichkeiten das Gesetz sei, und zwar entweder *unmittelbar* in Folge eines gewissen Zustandes oder Verhältnisses, oder *mittelbar* durch Handlungen[2]). Die Darstellung muß sich daher an diese Grundansicht anschließen. Auf die *unmittelbar* aus dem Gesetze entspringenden Verbindlichkeiten beziehen sich keine allgemeinen Regeln. Anders ist es mit den *mittelbar* durch Handlungen begründeten Obligationen (§. 102). Dergleichen Handlungen sind entweder solche, welche von beiden Theilen ausgehen (*zweiseitige*, Verträge), oder nur *einseitige*. Die einseitigen sind wieder *erlaubte* oder *unerlaubte*. Die Darstellung hat es daher mit den allgemeinen Regeln über Verträge und über die einseitigen Handlungen zu thun.

---

47) Ebend. I, 14, §§. 402, 403, 409. Die Satzung, daß, wenn der Gläubiger in der Voraussetzung, daß der Expromittent fähig sei, sich irrt, der erste Schuldner dennoch entlassen, d. h. daß eben dieselbe Expromission halb giltig und halb ungiltig sein soll, ist ganz neu und den allgemeinen Rechtsregeln von der Willenserklärung widersprechend. (3. A.) Nach R. R. stellte der Prätor den alten Anspruch wieder her. Vergl. Anm. 95 zu §. 409 d. T.

1) Gajus, Comment. III, §. 88. — §. 2 J. de obligat. (III, 13 [14]). L. 1 pr. D. de obl. et act. (XLIV, 7).

2) A. L.R. Einleit. §§. 82, 85. — Vergl. Weber, von der natürlichen Verbindlichkeit, §§. 5, 30, 31.

Erste Abtheilung.

Von den Verträgen.

A. L.R. I, 5. — Bornemann, von Rechtsgeschäften überhaupt, und von Verträgen insbesondere, nach Preuß. Rechte. 2. Ausg. Berlin 1833. — Grävell, die Generaltheorie der Verträge nach Preuß. Rechte. Halle 1821. (Ein Abdruck der gesetzlichen Bestimmungen, mit Anmerkungen.) — Ueber Röm. Recht: Joh. Kaufmann, von den Obligationen und Verträgen nach den Grundsätzen des Röm. Rechts. Wien und Triest, 1820. — Griesinger, von der Verbindlichkeit durch Verträge. Tüb. 1793. — Ger. Noodt, Lib. sing. ad edict. Prätor. de pactis et transactionibus; in Opp. Tom. I, p. 481.

§. 546.

I. Begriff und Arten.

I. Die Lehre von den Verträgen überhaupt gehört eigentlich in das erste Buch, denn die obligatorischen Rechtsverhältnisse sind nicht der einzige Gegenstand derselben, vielmehr werden alle sonstigen nur irgend denkbaren Rechte und Rechtsverhältnisse durch Verträge begründet. Man hat sich indes daran gewöhnt, diese Lehre besonders in Beziehung auf Obligationen vorzutragen und vorgetragen zu sehen. Der Verstoß gegen die logische Anordnung des Stoffs ist dabei das geringste; die Folge davon ist auch ein Einfluß auf den Begriff gewesen, indem man denselben so bestimmt hat, als wenn die Verträge andere Beziehungen, als obligatorische, nicht haben könnten. Diese Vorstellung liegt auch der landrechtlichen Begriffsbestimmung zum Grunde, indem die „wechselseitige Einwilligung zur Erwerbung oder Veräußerung eines Rechts" Vertrag genannt wird [3]); eine Bestimmung, welche auf solche Verträge, wodurch Zustände (status) begründet werden, wie durch Ehe und Adoption, nicht paßt. Vertrag überhaupt ist eine wechselseitig erklärte Willensübereinstimmung zweier oder mehrerer Personen [4]), zur Begründung oder Aufhebung eines Rechtsverhältnisses [5]) unter ihnen selbst [6]). Die Rechtssprache hat dafür verschiedene Bezeichnungen. Aus dem R. R. kommen her die Ausdrücke: Convention [7]), Paction [8]),

3) A. L.R. I, 5, §. 1. Die ganze landrechtliche Theorie von Verträgen ist verschoben und künstlich, daher theilweise für das Leben unbrauchbar.

4) Daher fehlt es an einem wesentlichen Erfordernisse eines Vertrags in Ansehung der Personen, wenn im Namen einer Sache, z. E. eines Geschäftslocals (Expedition, Büreau), contrahirt wird. S. o. §. 514, Note 1.

5) L. 1, §. 2 D. de pactis (II, 14).

6) Deshalb ist z. B. der Beschluß eines Richtercollegiums kein Vertrag, wenn auch Stimmeneinhelligkeit stattfindet.

7) L. 1, §. 3 D. de pactis (II, 14).

8) L. 1, §. 2 D. eod.

Pactum[9]) und Contract; nur der letzte Ausdruck war eine technische Bezeichnung für eine besondere Art der Verträge. In der deutschen Rechtssprache werden alle diese Ausdrücke gleichbedeutend mit Vertrag, wofür auch die seltnern Bezeichnungen Uebereinkunft, Abkommen[9a]), Verabredung vorkommen, gebraucht. II. Eingetheilt werden die Verträge: 1) nach dem Gegenstande überhaupt in völkerrechtliche und in privatrechtliche; 2) nach der Wirksamkeit des begründeten Rechts, je nachdem dasselbe durch Gegenleistung bedingt ist oder nicht, in einseitige und zweiseitige (unilaterales, bilaterales); 3) nach dem Zwecke hinsichtlich des gesuchten Vortheils in lästige und wohlthätige[10]); 4) nach der Form der Abschließung bei den Römern in Real-, Verbal-, Literal-, und Consensualverträge[11]), bei uns in mündliche, in schriftliche und in gerichtliche. Die gerichtlichen haben noch die Unterart der notariellen. III. Die wesentlichen Erfordernisse eines Vertrages sind Einwilligung, Form, Bestimmtheit und Fähigkeit der Person, und ein erlaubter Gegenstand. Uebrigens gilt von Verträgen alles, was von Willenserklärungen überhaupt (§. 103 flg., Bd. I, S. 226 ff.).

II. Erfordernisse.

1. Einwilligung.

§. 547.

a) Das Allgemeine.

I. Das Zusammenstimmen beider Theile über alle wesentlichen Erfordernisse des Geschäfts, ohne Vorbehalt willkürlichen Rücktritts oder näherer Verabredungen über Nebenbestimmungen, vollendet den Vertrag. Bis dahin ist kein Theil an seine Vorschläge (Tractaten, Unterhandlungen) gebunden[1]). Der Mangel der Verabredung über Nebenbestimmungen macht den Vertrag nicht unvollkommen, weil dann die Naturalien des Geschäfts eintreten[2]), nur muß eine spätere Verabredung nicht vorbehalten sein, indem dadurch die Willensübereinstimmung über das ganze Verhältnis vor der Hand noch ausgeschlossen sein würde. Ist eine Vertragsform verabredet, welche zur Giltigkeit des Geschäfts sonst nicht erforder-

9) L. 1, §. 2 D. eod. — Auctor ad Herennium, L. II, c. 14.
9a) A. L.R. II, 8, §. 522.
10) Ebend. I, 5, §§. 7, 8.
11) S. darüber Recht der Ford. §. 69, Nr. III, Bd. II, S. 47 flg.
1) A. L.R. I, 5, §. 125. — Bremen, de tractatibus, von Handlungsvorschlägen, Jena 1681.
2) Simon's Rechtsspr. Bd II, S. 95.

lich ist, so wird im Zweifel vermuthet, daß die Perfection des Vertrags erst mit Beobachtung der Form eintreten solle[3]). Daß der Gegenstand des Vertrags bereits übergeben worden, ist kein Beweis für den wirklichen Abschluß des Vertrags: eine solche Hingabe wird als datio ob causam behandelt. II. Von den Tractaten zu unterscheiden sind die präparatorischen Verträge und die Punctationen. 1) Die vorbereitenden Verträge kommen in der Wirklichkeit nur bei Realcontracten vor[4]), zu welchen sie sich verhalten wie die Consensualcontracte zu ihrer Erfüllung. Die Verabredung eines künftigen Consensualcontracts ist in Wahrheit nichts anderes als die Abschließung dieses Contracts selbst mit der Bestimmung, daß die Erfüllung bis auf eine andere Zeit ausgesetzt bleiben solle[5]). 2) Punctationen sind ursprüngliche Aufsätze über perfecte Verträge, und müssen deshalb die wesentlichen Bestandtheile sowie die verabredeten Nebenbestimmungen enthalten, auch von beiden Theilen vollzogen sein, wenn das Geschäft die schriftliche Form fordert. Alsdann haben sie mit einer solennen Ausfertigung gleiche Kraft[6]), vorausgesetzt daß die Verbindlichkeit des Vertrags nicht von einer andern Form durch die Uebereinkunft abhängig gemacht ist.

§. 548.

b) Die Annahme.

I. Annahme heißt die zustimmende Erklärung des andern auf das Verlangen, Anerbieten, den Vorschlag oder die Anfrage des einen; es ist gleichviel, wie sich der Antrag des einen und die

3) A. L.R. I, 5, §. 117. — Leyser, Sp. 272, m. 3. Den Streit über diese Interpretationsregel s. Recht der Ford. §. 70, Bd. II, S. 56 flg.

4) A. L.R. I, 11, §. 654. — L. 68 D. de verb. oblig. (XLV, 1). — L. 3 C. de rer. permut. (IV, 64).

5) L. 68 D. de verb. obl. (XLV, 1); L. 3 C. de rer. permut. (IV, 64). Ueber die Realität der pacta de contrahendo ist unter den gemeinrechtlichen Schriftstellern Meinungsverschiedenheit.

6) A. L.R. I, 5, §. 125. — Die zur Beglaubigung bei dem Grundbuche erforderliche solenne Ausfertigung kann mittelst eines processualischen Verfahrens auch wider den Willen des andern erlangt werden. §§. 120—124 a. a. O. — Ebend. I, 10, §. 17. Einer solchen Klage auf öffentlich-glaubwürdige Vollziehung kann der andere nicht den Einwand der Nichterfüllung von der andern Seite aus A. L.R. I, 5, §. 271 entgegensetzen. Präj. 2069 v. 3. Octbr. 1848. Doch muß der andere rechtlich verbunden sein, die Erfüllung anzunehmen, sonst fehlt für den einen das rechtliche Interesse zur Herstellung einer öffentlich glaubwürdigen Urkunde, so lange es in Frage steht, ob der Vertrag überhaupt von ihm zur Ausführung gebracht werden kann. Angen. vom III. S. des Obertribunals am 16. Januar 1849 in Sachen v. Below w. Müller, wo der Käufer die Uebernahme des erkauften Gutes, wegen fehlerhafter Beschaffenheit, abzulehnen für berechtigt erachtet und der Verkäufer mit seinem Antrage: den Käufer zur Uebernahme und zur gerichtlichen oder notariellen Vollziehung des Contracts zu verurtheilen, zur Zeit abgewiesen wurde. Vgl. §. 675.

Annahme des andern zu erkennen gibt, wenn nur Willensübereinstimmung aus den beiderseitigen Erklärungen erhellet: in keinem Falle ist auf Seiten des Antragenden noch eine Genehmigung der rechtzeitig erfolgenden Annahme des andern erforderlich[7]). Ein wesentliches Erfordernis der Annahme aber ist, daß sie unbedingt und uneingeschränkt sein muß, sonst bewegt sich das Geschäft noch in den Grenzen der Tractaten und der Antragende ist an seinen nicht unbedingt oder uneingeschränkt angenommenen Antrag nicht weiter gebunden[8]). II. Die wechselseitigen Erklärungen können auch unter Anwesenden, entweder durch Bevollmächtigte oder durch Briefwechsel gegeben werden[9]); unstatthaft aber ist es, daß ein Dritter im Namen des kranken oder sonst willensunfähigen andern Theils, ohne dessen Auftrag, acceptire, mit alleiniger Ausnahme der Schenkungen, welche jeder auch nicht beauftragte Dritte für einen Geschenknehmer, der wegen Willensunfähigkeit seine Absicht nicht äußern kann, annehmen darf[10]). Außer diesem Falle kommt durch die Annahme seitens eines unberufenen Dritten auch nicht ein s. g. pactum in favorem tertii zu Stande; denn in diesem pactum tritt durchaus nicht ein Dritter auf, vielmehr contrahiren beide Theile mit Bewußtsein im eigenen Namen und Interesse, wenngleich einem Dritten dadurch ein Vortheil zugewendet werden soll[11]). III. Der dem neuern Rechte angehörige Satz, daß auch unter Abwesenden ein Vertrag abgeschlossen werden kann, hat eine besondere Theorie über die Zeit der Annahme hervorgebracht, wovon in dem R. R. keine Spur zu finden ist[12]). Man geht nemlich davon aus, daß ein Anerbieten, Versprechen genannt, den Erklärenden so lange binde, als der Abwesende Zeit braucht, sich über die Annahme zu

7) A. L.R. I, 5, §. 82. — Vergl. Hugo Grotius, de jure belli, L. II, c. XI, §. 14. Die Meinungen der gemeinrechtlichen Juristen differiren.

8) A. L.R. I, 5, §§. 83—85. — Eine hinterdrein nachfolgende Acceptation ist also nicht mehr zulässig, vielmehr würde eine solche ein neuer Antrag sein, der nun anderseits erst wieder angenommen werden müßte. Vergl. Entsch. des Obertrib. Bd. XVIII, S. 220.

9) A. L.R. I, 5, §. 86. Der Satz galt schon im R. R. L. 2 D. de pactis (II, 14).

10) A. L.R. I, 5, §. 88; I, 11, §. 1060. Anders nach der Meinung vieler gemeinrechtlicher Schriftsteller. S. darüber Recht der Ford. §. 70.

11) A. L.R. I, 5, §. 89. Beide Fälle haben keine juristische Aehnlichkeit.

12) Dazu war kein Bedürfnis, weil der Grundsatz, daß die Willensübereinstimmung auf dieselbe Zeit zusammentreffen müsse, unverändert blieb. Durch die von den Neuern aufgebrachte Theorie über die Zeit der Annahme ist dieser Satz wesentlich aufgehoben, indem es vorkommen kann und in der That oft vorkommt, daß der Antragende seinen Willen zu der Zeit schon wieder geändert hat, wo der Abwesende den Antrag annimmt, daß er aber wider seinen Willen dabei stehen bleiben muß, weil die Zeit zur Erklärung des andern Theils noch nicht abgelaufen.

erklären[13]). Erst mit dem fruchtlosen Ablaufe der Zeit, innerhalb welcher ihm die Nachricht über erfolgte Annahme zugestellt werden muß, wird der Antragende wieder frei. Von seiner Willensänderung braucht der Antragende in diesem Falle dem andern nicht Nachricht zu geben, um die spätere Annahme mit Erfolg zu hindern, wohl aber muß die Benachrichtigung zu dem Zwecke geschehen, daß der andere, im Falle er wirklich zur gehörigen Zeit acceptirt hätte und nur die Nachricht davon nicht zur rechten Zeit bei dem Antragenden eingetroffen wäre, keine weitere Anstalten treffe, sonst muß ihm der Antragende den dadurch entstandenen Schaden mit Kosten ersetzen[14]). Kommt der Vertrag wirklich zu Stande, so datirt er von dem Tage der Erklärung des Annehmenden[15]), auch in dem Falle, wo die Nachricht erst nach Ablaufe der Zeit bei dem Antragenden eingetroffen wäre, dieser aber seinen Willen noch nicht geändert hätte, vorausgesetzt daß die Erklärung selbst innerhalb der bestimmten Zeit gegeben worden; außerdem würde die Erklärung ein neuer Antrag sein, auf welchen die Annahme von der andern Seite erklärt und bekannt gemacht werden müßte. Die Zeit zu bestimmen, innerhalb welcher dem Antragenden die Nachricht über erfolgte Annahme zukommen muß, steht bei dem Antragenden[16]). Enthält der Antrag darüber nichts, so gilt folgendes: 1) Ist der Antrag einer juristischen oder einer bevormundeten Person gemacht worden, so muß auf die Erklärung so lange gewartet werden, als erforder-

---

13) A. L.R. I, 5, §§. 90 u. 101. Aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen folgt das nicht; was aus dem Antrage folgt, ist bloß dieses, daß der Antragende, wenn er vor der Acceptation seinen Willen ändert, den andern wegen der durch unnütze Störung verursachten Schäden und Kosten entschädigen muß.

14) A. L.R. I, 5, §§. 90, 100, 103—105.

15) Ebend. §§. 80, 102. Doch kann hierüber auf Grund der Fassung des §. 102 gestritten werden. Es heißt: wird dafür gehalten, daß die Annahme in dem Zeitpunkte geschehen sei, wo der Annehmende alles gethan, was von seiner Seite zur Bekanntmachung seiner Erklärung an den Antragenden erforderlich war. Danach ließe sich behaupten, daß der Zeitpunkt, wo der Brief auf die Post gegeben worden ꝛc., der entscheidende sei. Der Ausdruck der Annahme hat jedoch nur dann die Wirkung des Vertragsschlusses, wenn er dem andern Theile wirklich zugestellt wird. Wird er vorher, wegen Willensänderung, wieder unterdrückt, so ist kein Vertrag zu Stande gekommen. Nur aus diesem Gesichtspunkte ist die Entscheid. des Obertrib. v. 28. Juni 1850 (XIX, 69) gerechtfertigt, nicht aber aus dem angegebenen Grunde: daß die bloße Unterschrift allein, so lange der vollziehende Theil sich im Besitze des Vertrages befindet, noch nicht hinreichend sei, die nothwendige Gegenseitigkeit herzustellen. Denn dieser Grund ist in dem Falle der persönlichen Zusammenkunft beider Theile und der Contractsschließung unter Anwesenden, wenn nur Ein Exemplar des Vertrages vollzogen wird, was doch nur Einer besitzen und „zurückbehalten" kann, ohne alle Geltung.

16) A. L.R. I, 5, §§. 90—93. — Ueber G. R. vergl. v. Wening-Ingenheim, Abhandl. über den Zeitpunkt der Giltigkeit eines unter Abwesenden geschlossenen Vertrags; im Arch. für civil. Praxis, Bd. II, S. 267 flg.

lich ist, um nach dem ordentlichen Geschäftsgange den verfassungsmäßigen Beschluß zu fassen[17]). Dieser Grundsatz kommt jedoch nicht zur Anwendung, wenn mit einem nicht gehörig legitimirten Stellvertreter einer solchen Person, oder mit einem Geschäftsunfähigen selbst, vollständig abgeschlossen worden ist, vielmehr kann, so lange der Antrag an die zur Genehmigung berufene Person noch nicht gemacht worden, die Verabredung unter alleiniger Zustimmung des Unfähigen auch wieder aufgehoben werden[18]), und wenn der Antrag gemacht, oder auch in dem Vertrage ausbedungen worden, daß der Vertrag für nicht geschlossen angesehen werden solle, falls die Genehmigung versagt werden sollte, ist der Grundsatz maßgebend, daß zu solcher Erklärung eine Frist noch nachträglich bestimmt werden muß[19]). 2) Geschieht der Antrag einer selbständigen physischen Person, so muß sie sich auf einen mündlichen Antrag sogleich auf der Stelle[20]), auf einen schriftlichen Antrag an demselben Orte binnen 24 Stunden[21]), worunter jedoch der folgende ganze Tag verstanden wird[22]), und an verschiedenen Orten längstens mit der zweiten Post[23]) oder, wenn ein Bote den Antrag bringt, umgehend mit demselben[24]) erklären. IV. Der Tod des einen oder des andern ändert in der Befugnis und Zeit zur Annahme nichts, ausgenommen bei persönlichen Begünstigungen und bei Schenkungen, wo die Erben des Begünstigten nicht mehr acceptiren können[25]). Bei Verträgen, welche überhaupt durch den Tod des einen oder des andern Theils aufgelöst werden, fällt die Annahme von selbst weg.

---

17) A. L.R. I, 5, §§. 101, 26, 11, 12; II, 6, §§. 86 u. flg. — Vergl. Simon, Rechtsspr., Bd. I, S. 300 flg.

18) Entsch. des Obertrib. Bd. XIV, S. 177.

19) Nach A. L.R. a. a. O. §§. 13 u. 230. Angen. vom III. S. des Obertrib. am 6. Febr. 1849 in Sachen Castringius w. Ruhrcanal-Actienverein, $\frac{2}{3}\frac{1}{2}$ III, 48.

20) A. L.R. I, 5, §. 94. Ohne Zeitverlauf, wenn der Antragende nicht warten will.

21) Ebend. §. 95.

22) Ebend. I, 3, §. 47. — Entsch. des Obertrib. Bd. VII, S. 44; Bd. XIII, S. 395.

23) A. L.R. I, 5, §§. 96—98. Die Bestimmung hat die alte Posteinrichtung im Sinne.

24) Ebend. §. 99. Thut er das, der Bote kommt aber in der längsten Frist nicht zurück, so ist der Antragende nicht gebunden, er muß aber davon den andern benachrichtigen. §. 100 a. a. O. Vergl. Note 15.

25) Ebend. §§. 106, 107. — I, 11, §. 1061. Wer ist aber der eigentliche Contrahent, wenn die Erben annehmen? Doch nicht etwa der Erblasser! Das ist praktisch wichtig, besonders im Falle der Unzulänglichkeit des Nachlasses.

2. Form.

A. L.R. I, 4, §§. 94, 95. — I, 3, §§. 40—44. — I, 5, §§. 109—184. — Dr. Arndts, Bemerkungen über das Erfordernis schriftlicher Abfassung der Verträge; im Neuen Archiv für Preuß. Recht und Verfahren, Bd. I, S. 132 flg.

§. 549.

a) Das Allgemeine.

Das Pr. R. hat eine **mündliche** Form, worunter jedoch nicht eine Nachbildung der röm. Stipulation zu denken ist, sondern die Fälle der Consensualcontracte und der Realcontracte, die ohne eine andere Form klagbar, zu verstehen sind; dann eine **schriftliche** Form für gewisse Fälle. Zweck der Vertragsform überhaupt ist, entweder als Mittel zur Begründung der Verbindlichkeit selbst (causa obligationis), oder als bloßes Beweismittel über die getroffene Verabredung zu dienen. Nur in der ersten Bedeutung ist die Form Bedingung der Giltigkeit*), bei der zweiten Bedeutung ist die Verbindlichkeit des Vertrags von der Beobachtung der Form durchaus unabhängig. In der Regel soll bei Verträgen die gesetzlich vorgeschriebene oder verabredete Form die erste Bedeutung haben[1]). Doch zeigt sich in der Anwendung Unklarheit über den Zweck der Form und eine daraus hervorgegangene unregelmäßige Vermischung der Folgen und Wirkungen der Form und deren Mangel nach **beiden** Bedeutungen. Die verwickelten positiven Vorschriften über die Form sind in Folge dessen für das Rechtsleben hemmend; sie machen den Verkehr beschwerlich und unsicher zugleich, indem aus der Nichtanwendung der lästigen Schrift, die als einziger Ausdruck der Willensbestimmung und doch auch wieder als Beweisstück zugleich[2]) hingestellt wird, gerade für den redlichen Mann harte Verluste und ruinirende Processe entstehen. Von der Regel, daß die vorgeschriebene Form Bedingung der Giltigkeit des Vertrags ist, gelten folgende Ausnahmen: 1) Verträge und überhaupt Willenserklärungen der Militärpersonen im Felde[3]); 2) wenn die Beobachtung der Form unter einer andern Strafe als der der Nichtigkeit vorgeschrie-

*) Bei dieser Bedeutung ist es nicht erforderlich, daß die Form zugleich als Beweismittel diene, wie die röm. Stipulation zeigt. Die im A. L.R. vorkommenden Fälle dieser Art s. u. Note 21, dazu die Pr. 1763, v. 19. Juni 1846 u. 1597, v. 2. August 1845 (Entsch. XII, 154).

1) A. L.R. I, 5, §§. 109, 116, 117.

2) §§. 116, 118, 175—178 das. — Anh. §. 5. — Anh. z. A. G.O. §. 68. — Die Unterschrift und deren Beglaubigung gehört nicht dazu, wenn die schriftliche Form nur die erste Bedeutung haben soll, gleichwie bei der Stipulation der Name nicht genannt zu werden brauchte. S. u. Note 21.

3) G.O. v. 2. Septbr. 1815 (G.S. S. 197).

ben ist[4]); 3) wenn nach den Ausdrücken die Bedeutung der vorgeschriebenen Form zweifelhaft ist[5]). In allen diesen Fällen gilt die formlose Verabredung.

b) Schriftliche Form.

Marezoll, über das Wesen und über einige Eigenthümlichkeiten der Scriptura nach dem neuesten Röm. Rechte; in seiner und Linde's Zeitschrift, Bd. V, S. 258.

§. 550.

aa) Grundsätze.

I. Die landrechtlichen Bestimmungen über die schriftliche Form beruhen auf der s. g. Constitution für das Fürstenthum Halberstadt, v. 4. März 1718, dann auf dem Stempeledicte v. 13. Mai 1766 §. 2., und besonders auf dem Edicte v. 8. Febr. 1770[6]). Aus der Vermengung der verschiedenen Zwecke einer Vertragsform, besonders aus der geschehenen Verwechselung der Ungiltigkeit und der Unbeweisbarkeit des Vertrags[7]), fließt die Vorschrift, daß die schriftliche Aufsetzung der getroffenen Verabredungen allein noch nicht genüge, sondern auch die eigenhändige[7a]), und, beziehlich auf Lesens und Schreibens Unkundige, gehörig beglaubigte Unterschrift der Parteien dazu kommen muß; die Besiegelung soll entbehrlich sein, selbst wenn der Siegel Erwähnung geschehen[8]). Andere Formalitäten, namentlich Beifügung von Ort und Datum, oder sämtlicher Namen, oder eines bestimmten Namens von mehreren und des Charakters, oder Gebrauch einer bestimmten Schrift oder bestimmter Schreibmaterialien[9]), sind nicht erforderlich[10]). Auch ist nicht erforderlich, daß beide Theile die nemliche Schrift unterschreiben,

4) A. L.R. I, 5, §. 110. Doch ist hier nur von der „Formalität" Rede, was den Satz zweifelhaft macht.

5) Ebend. I, 3, §. 41. — S. o. §. 116.

6) Das nähere darüber s. Recht der Forderung, §. 83.

7) M. s. Suarez und Goßler, Unterricht über die Gesetze ꝛc. S. 99. — Zu A. L.R. I, 14, §. 10 äußern die Verf.: „Zur Giltigkeit dieses Geschäfts bedarf es keines schriftlichen Contracts, sondern es sind auch andere Beweismittel hinreichend.

7a) Der in der A. G.O. I, 10, §. 134 vorgeschriebene Diffessionseid paßt dazu nicht. Daraus kann kein Grund für die Behauptung entnommen werden, daß, wenn die Namensunterschrift von einem andern mit Wissen und Willen der Partei geschrieben worden, ein formell giltiger Vertrag vorhanden sei. Ang. vom IV. S. des Obertrib. am 14. Decbr. 1848, Präj. 2077. Es kann vielerlei Urkunden geben, bei welchen der darauf bezügliche Inhalt des Diffessionseides erheblich ist.

8) A. L.R. I, 5, §§. 116, 118, 119.

9) Ein Kaufcontract über ein Rittergut, mit Bleistift geschrieben auf das Horn einer Kuh, würde ebenso giltig sein, wie der Scheidebrief nach der Lehre jenes Rabbi.

10) Vergl. Simon, Rechtsspr. Bd. I, S. 22.

vielmehr kann jeder Theil ein anderes Exemplar vollziehen und gegen das andere umtauschen[11]). Einer solchen Schrift stehen gleich: 1) Punctationen, welche keinen Vorbehalt über noch zu verabredende Punkte oder über eine gewisse Form enthalten[12]); 2) Protokolle der Gerichte und Notarien[13]); 3) der Briefwechsel über einen dadurch zu Stande gekommenen Vertrag[14]); 4) die von dem Schuldner unterschriebenen Rechnungen über empfangene Waaren oder Arbeiten[15]); 5) der Pfandschein eines Pfandnehmers[16]), weil der Pfandnehmer dadurch als Schuldner aus dem Pfandcontracte verbindlich wird, mithin davon kein Schluß gilt, daß eine von dem Gläubiger ausgestellte Schrift den Schuldner verbindlich mache. 6) Das mit der ausgedrückten[16a]) Absicht, sich verbindlich zu machen, gegebene schriftliche Anerkenntnis eines mündlich geschlossenen Vertrags[17]). Dieser Fall ist das constitutum debiti proprii (§. 722) und daher in der Anwendung auf zweiseitige Verträge eine Anomalie, indem der Vertrag nur hinsichtlich desjenigen, welcher die Schrift unterschrieben hat, für formell giltig erachtet wird, so daß dadurch nur ein pactum claudicans entsteht[18]). Ohne Zweifel muß der andere Theil entweder gleichfalls formell genehmigen; oder ganz zurücktreten[18a]). Auch wird der schon früher mündlich abgeschlossene Vertrag von Anfang rechtsverbindlich[19]). 7) Vermerke der Kaufleute in ihren ordentlich geführten Büchern über auf Credit verkaufte Waaren[20]); 8) Auszüge aus dem Journale der Mäkler[21]). II. Der schriftlichen Form bedürfen gesetzlich folgende

11) Entsch. des Obertrib. Bd. V, S. 30 flg.

12) A. L.R. I, 5, §§. 120, 125, 121. — S. o. §. 547, Nr. II, 2.

13) Ebend. §. 126. In Betreff der Notariatsprotokolle s. Präj. 896, vom 31. Juli 1840. (Entsch. VI, 300), u. Pr. 1180a, v. 5. August 1842.

14) A. L.R. I, 5, §§. 142, 143.

15) Ebend. §. 152. Insofern die Parteien, der Gegenstand und der Preis daraus erhellen.

16) Ebend. I, 20, §§. 95, 96.

16a) Pr. v. 20. Februar 1849, Nr. IV (Entsch. XVIII, 242).

17) A. L.R. I, 5, §. 185. Natürlich müssen daraus die wesentlichen Stücke des Geschäfts zu entnehmen sein. Die bloße Anerkennung der Thatsache ohne jene Absicht genügt nicht. Pr. 1510, v. 22. Novbr. 1844 (Entsch. X, 361).

18) Vergl. Entscheid. des Obertrib. Bd. IV, S. 222, u. Bd. X, S. 361. — S. u. §. 554, Note 26.

18a) Auf Genehmigung oder Aufhebung kann daher geklagt werden. Pr. 495, v. 29. Juni 1838 (Entsch. IV, 214).

19) A. L.R. I, 5, §§. 185, 188. — Schles. Arch. Bd. IV, S. 522. Dabei liegt die Vorstellung von einer Naturalobligation zu Grunde.

20) A. L.R. II, 8, §§. 597, 596; I, 5, §. 149; A. G.O. I, 10, §. 168. — S. o. §. 415, Nr. II, 2 (Bd. I, S. 716).

21) A. L.R. II, 8, §§. 2065, 2391, 1366 ff. Dieser und der vorige Fall sind die einzigen unzweifelhaften, wo die Form bloß in ihrer Bedeutung als Mittel der Entstehung des Vertrags, abgesehen vom Beweise, erscheint, denn es

Rechtsgeschäfte: 1) Verträge, welche den Grund der Verbindlichkeit (causa obligationis) ganz allein in dem Versprechen haben und den andern Theil zu keiner Art von Gegenleistung verpflichten[22]), wohin auch der Erlaß gehört (§. 585), so wie das Versprechen eines Erbschatzes und einer Ausstattung[22a]); 2) Verträge über fortdauernde oder wiederkehrende persönliche Leistungen und Pflichten[23]); 3) Verträge über Rechte auf eine unbewegliche Sache[24]); 4) die Einwilligung des Eigenthümers zu Verbesserungen, welche der Nießbraucher, Miether oder Pächter unternehmen will[25]); 5) Darlehnscontracte, welche auf eine andere bestimmte Zeit als die gesetzliche Aufkündigung, gegen Interessen, oder auf andere Bedingungen als die gesetzlichen Modalitäten geschlossen werden (§. 615); 6) alle übrigen Verträge, deren Gegenstand mehr als 50 Thlr. werth ist[26]). Die ihrer Zahl nach bestimmten wiederkehrenden Leistungen werden zusammengezählt; bei mehrjähriger Pacht und Miethe wird nur auf den Jahresbetrag gesehen[27]); bei gewagten Geschäften ist das, was von der einen Seite bestimmt gegeben wird, maßgebend, ausgenommen Assecuranz- und Bodmerei-Verträge, welche immer schriftlich geschlossen werden müssen, was auch der Fall bei gewagten Geschäften überhaupt ist, wenn das Gegenversprechen sich nicht berechnen läßt, oder wenn von beiden Seiten gewagt wird[28]). Conventionalstrafen werden für sich gerechnet[29]). 7) Rechtsgeschäfte, welche die Legitimation des Berechtigten bei einem Dritten mit sich bringen[30]), doch ist hier die Verbindlichkeit zwischen den Contrahenten selbst nicht von der schriftlichen Form

kommt nicht auf die Unterschrift der Parteien an. Der §. 184, I, 5 das. hat aber auch diese Bedeutung.

22) A. L.R. I, 14, §§. 400, 203; I, 5, §. 134, womit I, 16, §. 387 zu vergleichen. S. darüber Recht der Ford. §. 83, Nr. III, 2.

22a) A. L.R. II, 1, §. 281; II, 2, §. 308 u. I, 11, §. 1048. Das mündliche Versprechen einer Ausstattung wird jedoch durch Vollziehung der Ehe verbindlich. Pr. 1631 (Pl.Beschl.) v. 7. Novbr. 1845 (Entsch. XII, 31).

23) A. L.R. I, 5, §. 135. Anwendungen sind II, 5, §§. 177, 188; II, 8, §. 1450; I, 11, §. 729; I, 17, §. 170; I, 18, §. 83.

24) Ebend. I, 5, §. 135; I, 10, §§. 15—17; I, 11, §. 1066; I, 18, §. 691; I, 20, §. 100; I, 21, §§. 233, 401, 402, 626. — Pr. des Obertrib. v. 12. Aug. 1836 (Entsch. I, S. 366).

25) A. L.R. I, 21, §§. 124, 280. Die §§. 49 u. 57 beziehen sich auf nothwendige Verwendungen, nicht auf Verbesserungen.

26) Ebend. I, 5, §§. 131—133, 259. Der Ducaten wird zu 3 Thlr., die Goldmünze, à 5 Thlr., zu 5¼ Thlr. gerechnet.

27) Ebend. I, 5, §. 136; I, 21, §. 268.

28) Ebend. I, 5, §§. 138, 139; II, 8, §§. 2064, 2390.

29) Ebend. I, 5, §§. 140, 141. Ist rein positiv.

30) Z. E. Assignationen, ebend. I, 16, §§. 258, 268, 269, 299; Cessionen, I, 11, §. 394; Verpfändungen ausstehender Forderungen, I, 20, §§. 281 flg.; Mandat, I, 13, §. 8.

durchaus abhängig. 8) Auch die Verlängerungen der bestehenden Rechtsverhältnisse unterliegen in der Regel der Form der ursprünglichen Eingehung [31]).

§. 551.

bb) Mündliche Nebenabreden.

Ist ein Vertrag schriftlich geschlossen, so wird bei entstehendem Streite nur auf den Inhalt der Urkunde gesehen und auf angebliche Nebenabreden keine Rücksicht genommen, wenn auch der Gegenstand, für sich genommen, die schriftliche Form nicht erfordert haben würde [1]). Mündliche Abreden sind neben dem schriftlichen Vertrage jedoch nur dann unerheblich, wenn sie Nebenbestimmungen und Maßgaben bezüglich auf die Art, den Ort, oder die Zeit der Erfüllung, oder auf die Bestärkung, oder s. g. Naturalien und Accidentalien des Geschäfts betreffen; wenn der Vertrag darüber keine Bestimmungen enthält, so verbleibt es lediglich bei den Naturalien des Geschäfts [2]); enthält er Bestimmungen darüber, welche unleserlich oder undeutlich sind, so wird über den verabredeten Inhalt Beweis erhoben [3]). Beziehen die mündlichen Abreden sich hingegen auf wesentliche Erfordernisse, als Einwilligung, Personen oder Gegenstand [4]), so sind sie nicht unerheblich und die Berufung darauf ist nicht unzulässig [5]), vielmehr ist, wenn das eine oder andere Erfordernis anders bestimmt worden, als die Schrift ausdrückt, der in der Schrift enthaltene Vertrag in Wahrheit nicht vorhanden, also nichtig, und deshalb anfechtbar [5a]), vorausgesetzt daß die mündliche Abrede nicht etwa eine Abänderung des ursprünglich geschlossenen und ganz richtig abgefaßten Vertrags sein soll, die freilich unwirksam sein würde. Der zulässige, von dem Falle der mündli-

31) A. L.R. I, 5, §. 154; I, 21, §§. 325 flg.; II, 5, §§. 186, 194.

1) Ebend. I, 5, §§. 127, 128.

2) Dieses und nichts anderes ist im §. 129 ebend. damit gemeint, daß der Richter das im Contracte nicht Festgesetzte lediglich nach den Vorschriften der Gesetze ergänzen solle.

3) Ebend. §. 130. Der Zusammenhang dient dabei auch als Mittel.

4) Schles. Arch. Bd. III, S. 282 u. 295. Nur der Seltsamkeit wegen ist hier zu sagen, daß ein Appellationsgericht den Fall des Kaufs, wo das verabredete Kaufgeld in der Schrift niedriger angegeben worden war, um Stempel und Laudemien zu defraudiren, für eine mündliche Nebenabrede erklärte, was sogar der wörtlichen Bestimmung des A. L.R. I, 11, §§. 92—94 geradezu widerspricht.

5) Der Plenarbeschl. des Obertrib. v. 31. Jan. 1845 drückt den Satz so aus: daß der §. 128 nicht auf solche mündliche Abreden zu beziehen sei, welche eine Anfechtung des schriftlichen Vertrags als rechtsungiltig begründen. (Just.-Min.-Bl. 1845, S. 35, und Entsch. des Obertrib. Bd. X, S. 259).

5a) Pr. 1533, vom 15. Februar 1845.

chen Abreden wohl zu unterscheidende Einwand, daß der Contract anders verabredet als niedergeschrieben worden, kann durch die Behauptung, daß bei den Unterhandlungen über gewisse Punkte des Geschäfts Vereinbarung stattgefunden habe, die dann später in die schriftliche Urkunde über das endgiltig abgeschlossene Geschäft nicht aufgenommen worden, nicht begründet werden; damit würde jeder schriftliche Contract umgestoßen werden können. Vielmehr ist zur Begründung dieses Einwandes die Behauptung, daß und weshalb der fragliche Punkt gegen den Willen der Contrahenten weggelassen worden, z. B. weil er aus Irrthum der Parteien dem Verfasser der Urkunde nicht mitgetheilt worden, während es doch in der Absicht der Parteien gewesen, solchen Punkt zum Bestandtheile des schriftlichen Contracts zu machen, oder weil er von ihnen zwar wirklich mit verlautbart, aber von dem Verfasser der Urkunde aus Versehen übergangen und solches Versehen von ihnen nicht bemerkt worden sei, erforderlich[5b]).

§. 552.

cc) Beweis des Inhalts.

Kann der Inhalt nicht durch Auslegung (§. 132, Bd. I. S. 263) ermittelt werden, weil die Schrift unleserlich, oder der Ausdruck unverständlich oder undeutlich ist, so kann und muß die Abrede durch die gewöhnlichen Beweismittel dargethan werden (Note 3). Eben dasselbe tritt ein, wenn die Schrift abhanden gekommen. Hat aber der eine den Verlust vorsätzlich veranlaßt, so gilt die Angabe des andern von dem Inhalte für Beweis und jener muß den vollständigen Gegenbeweis führen[6]).

§. 553.

dd) Folgen des Mangels der schriftlichen Form.

I. Ein bloß mündlich abgeschlossener Vertrag, für welchen die

---

5b) Angenommen von dem III. S. des Obertrib. am 6. März 1849 in Sachen Rossow w. Müller, $\frac{805}{3184}$ III, 48.

6) A. L.R. I, 5, §. 170. — L. 20 C. de probation. (IV, 79). Der Grundsatz ist der nemliche, welcher bei der Editionsforderung gilt, wenn der Product nicht ediren und auch nicht schwören will, daß er die Urkunde nicht gefährlicher Weise abhanden gebracht habe. A. G.O. I, 10, §. 134. In diesem Falle gilt der Beweissatz des Producenten, wegen der Contumacia oder der eingestandenen Arglist des Producten, für bewiesen. Vor dem A. L.R. wurde der bestrittenen Meinung nachgegangen, wonach der Producent den Inhalt zu beschwören hatte. Diese Bestimmung war in das Corp. jur. Frid. IV, 6, §. 36 aufgenommen worden und ist in der zweiten Auflage, nemlich der A. G.O. I, 10, §. 120, unverändert stehen geblieben. Deshalb ist der Satz controvers. Das A. L.R. aber muß als die jüngere materielle Gesetzgebung entscheiden; denn die Regeln über die Beweislast gehören dem materiellen Rechte an. Recht der Ford. §. 85.

schriftliche Form vorgeschrieben ist, erzeugt, so lange noch von keiner Seite mit Erfüllung angefangen worden ist, gar keine Klage auf Erfüllung oder Schadloshaltung für solche Nachtheile, die einem Contrahenten daraus, daß der verabredete Vertrag wegen erfolgter Sinnesänderung des andern Contrahenten gar nicht zur Erfüllung gekommen oder rückgängig geworden ist, entstanden sein sollten[7]). II. Durch Leistung des einen oder andern Theils aber entsteht eine Art klagbaren Realcontracts. Es ist hinsichtlich der Berechtigung des Leistenden unterschieden zwischen Verträgen über Sachen und über Handlungen. A. Bei Verträgen über Sachen gilt folgendes: 1) Jeder Theil kann in der Regel den Vertrag wieder aufrufen[8]). Thut dies der Empfänger, so darf er die angenommene Sache zurückgeben, oder, wenn sie nicht mehr zurückgegeben werden kann, vergüten[9]); wegen der Verwendungen wird er wie ein unrechtfertiger Besitzer angesehen. Ist die Sache nicht mehr in dem Zustande, in welchem er sie empfangen, gleichviel ob durch seine Schuld oder durch Zufall, so muß er, wenn der andere nicht vorzieht, die Sache wie sie ist[10]) wiederzunehmen, solche behalten und den verabredeten Preis als Werth ersetzen, d. h. also es verbleibt bei dem mündlichen Vertrage[11]); es ist ihm nicht erlaubt, einen Theil zu behalten oder zu verbrauchen und den Rest zurückzugeben, oder die verschlechterte Sache zurückzugeben und den Minderwerth zu vergüten. Ist ein Preis nicht verabredet, z. E. bei dem Tausche, so wird der Werth zur Zeit der Uebergabe ermittelt; ist die Sache unschätzbar, so bestimmt die versprochene Gegenleistung den

7) A. L.R. I, 5, §. 168. Pr. 693, vom 29. Mai 1839.

8) Eine Ausnahme machen nur einjährige Pacht- und Miethverträge und Verträge über bewegliche Sachen, wenn sie von beiden Seiten vollständig erfüllt sind; sonst macht es keinen Unterschied, ob der Vertrag von einer oder von beiden Seiten ganz oder nur zum Theil erfüllt ist. Recht der Forder., §. 86, Nr. III, 5. — Entscheid. des Obertrib. Bd. III, S. 341. — Schles. Archiv, Bd. IV, S. 501.

9) A. L.R. a. a. O. §. 156. Besteht die Leistung in der Ueberlieferung des Gegenstandes an den Fuhrmann oder Schiffer, so ist nicht zu behaupten, daß der bezügliche Contrahent die Erfüllung des mündlichen Vertrags „angenommen" habe; der Fall des §. 156 ist dann nicht vorhanden. Pr. 1064, vom 6. Novbr. 1841.

10) Für Verschlimmerungen kann er nichts fordern, eine solche Klage ist versagt. A. L.R. a. a. O. §. 168. Erhaltungskosten muß er erstatten. Pr. 2189, vom 8. März 1850.

11) A. L.R. a. a. O. §§. 157—159. Unter dem nicht mehr vorhandenen Stande zur Zeit der Uebergabe wird nicht ein zur Zeit, im Vergleich zu dem bei der Uebergabe, völlig veränderter Zustand, in welchem sie ihrer Bestimmung gemäß gar nicht gebraucht werden kann, sondern vielmehr nur das verstanden, daß überhaupt nur die willkürlich verursachten oder zufällig eingetretenen Veränderungen die Sache in ihrer Bestimmung und Brauchbarkeit gegen den Zustand zur Zeit der Uebergabe alteriren, was durch Gutachten von Sachverständigen festgestellt werden kann. Pr. 2152, vom 30. Octbr. 1849 (Entsch. Bd. XVIII, S. 527).

Werth; ist diese ebenfalls unschätzbar, so tritt der Schätzungseid des Berechtigten ein[12]). 2) Tritt der Geber[12a]) zurück, so muß er die Sache in ihrem dermaligen Zustande wiedernehmen; der andere hat dabei die Rechte eines redlichen Besitzers. Von geleisteten Geldzahlungen sind landübliche Zinsen, wenn der Empfänger zurücktritt, vom Tage des Empfanges, wenn der Zahler zurücktritt, vom Tage des dem andern angekündigten Rücktritts zu zahlen[13]). Der Klagantrag muß von dem Geber, welcher bei dem Vertrage stehen bleiben will, gegen den zögernden Andern alternativ auf Erfüllung oder auf Rückgabe gestellt werden; ist er selbst es aber, der dabei nicht stehen bleiben will, so kann er unbedingt auf Zurückgabe des Gegebenen klagen[13a]). Diese Grundsätze gelten auch dann, wenn der Gegenstand ein dingliches Recht an einem Grundstücke ist, weil sie allgemeine sind und deshalb in allen Fällen Anwendung finden, für welche keine besondern Vorschriften gegeben sind. Für unbewegliche Sachen gibt es dergleichen nicht; denn die hierher gezogene Vorschrift des §. 233, I, 21 des A. L.R. bezieht sich nicht auf Verträge über eigenthümliche Ueberlassungen von Grundstücken und der Mangel der schriftlichen Form eines solchen Vertrags hindert nicht die Erwerbung des Eigenthums eines Grundstücks durch 30jährigen Besitz[13aa]). Ueberhaupt treten beide Theile durch die einseitige Erklärung des Rücktritts in ein, dem römischen Innominatcontracte ähnliches, wechselseitiges Vertragsverhältnis, welches gegenseitig durch Herausgabe oder Vergütung des Empfangenen erfüllt werden soll; es kommen daher die Grundsätze von der Erfüllung eines wechselseitigen Vertrages zur Anwendung, wonach kein Theil schuldig ist vorzuleisten und hinterdrein erst den andern auf

12) A. L.R. a. a. O. §. 160. Proc.Ordn. Tit. 22, §§. 10—12.

12a) Auch dieser kann zurücktreten und das Gegebene zurückfordern, mag er vollständig oder erst theilweise erfüllt haben. Pr. 436, vom 3. Februar 1838.

13) A. L.R. a. a. O. §§. 162—164. Das gilt auch bei einem mündlichen Kaufcontracte; der Verkäufer eines Grundstücks also, welcher den mündlichen Contract aufrecht erhalten will, hat auch dann, wenn ihm der Käufer das Grundstück mit allen Nutzungen zurückgewähren muß, das empfangene Kaufgeld erst von dem Tage des ihm angekündigten Rücktritts zu verzinsen. Pr. 973, v. 22. Jan. 1841.

13a) A. L.R. a. a. O. §. 161. Entsch. des Obertrib. Bd. III, S. 341, und Schles. Archiv, Bd. IV, S. 256. Vergl. L. 3, §. 2 D. de condict. causa data (XII, 4). Die Klage kann nicht aus dem Grunde ganz oder angebrachtermaßen abgewiesen werden, weil nicht schon in der Klage angeboten worden ist, was dem Bekl. zusteht, sondern der Richter hat die Rechte des Beklagten und den dadurch eingeschränkten Anspruch des Klägers festzusetzen. Pr. 2289 (Pl.Beschl.), vom 19. Mai 1851.

13aa) Pr. 891, vom 27. Juli 1840. Der §. 233 bezieht sich überhaupt nicht auf lästige Verträge und auf Eigenthumsübertragungen. Pr. vom 6. Februar 1849 (Entsch. Bd. XVII, S. 276).

Herausgabe des Empfangenen zu belangen[13b]). B. Sind Handlungen oder Unterlassungen[13bb]) Gegenstand des Vertrags und sämtlich geleistet, so müssen sie nach der Abrede vergütet, d. h. es muß nicht eben die ausbedungene Gegenleistung vertragsmäßig gethan, sondern es muß, so viel wie diese werth ist, in Gelde gegeben werden[14]). Sind sie nur theilweise geleistet, so braucht der Rest weder geleistet noch angenommen zu werden. Tritt der Handelnde zurück, so darf der andere von dem bedungenen Lohne soviel abziehen, als der Rückstand noch kostet, außerdem hat er, wenn das Verdiente dazu nicht hinreicht, keinen Entschädigungsanspruch; tritt der Empfänger zurück, so muß er das Geleistete nach Schätzung Sachverständiger vergüten[15]). Gehört die vertragsmäßig geleistete Handlung nicht zum Vermögensrechte, wie z. E. die Heirath, so muß schlechthin die versprochene Gegenleistung erfolgen, d. h. der mündliche Vertrag ist nun wegen Mangels der Form nicht mehr anfechtbar, wenn auch der Gegenstand ein Grundstück ist[15a]). III. Ist der mündliche Vertrag von beiden Seiten erfüllt worden, so wird der wegen nicht gehöriger Erfüllung des einen Contrahenten von dem andern erhobene Anspruch auf Entschädigung durch den Grundsatz I. nicht ausgeschlossen[15b]); es findet dann auch die Klage auf Vergütung behaupteter Gewährsmängel statt[15c]).

§. 554.

c) Gerichtliche Form.

I. Die gerichtliche Form besteht in der Vollziehung der Schrift über den verabredeten Vertrag, oder in der Anerkennung und Genehmigung der bereits aufgesetzten Schrift ihrem Inhalte nach[16]), vor gehörig besetztem Gerichte. In der Regel ist, nach der jetzt

---

13b) Angenommen von dem III. S. des Obertrib. in Sachen Bußmann w. Wilken, $^{600}/_{2429}$ III, 48, am 13. Februar 1849. Vergl. Entscheid. Bd. III, S. 341 und Schles. Archiv IV, 256.

13bb) Pr. 1700, vom 6. Februar 1846 (Entsch. Bd. XIII, S. 119).

14) A. L.R. I, 5, §§. 165, 166; I, 11, §. 882.

15) Ebend. I, 5, §§. 166, 167. Auf die Verabredung wird also auch hier nicht gesehen. Dadurch unterscheidet sich das Institut von dem röm. Innominatcontracte, im Fall der Kläger nicht zurücktrat.

15a) Pr. 1631 (Plenarbeschl.), vom 7. Novbr. 1845 (Entsch. XII, 31); A. L.R. I, 11, §. 1048.

15b) Pr. 1645, vom 21. November 1845. Vergl. Pr. 1853, v. 19. Febr. 1847 (Entsch. XV, 83).

15c) Pr. 693, v. 29. Mai 1839. Nur das Interesse wegen verweigerter Erfüllung soll nicht gefordert werden können. A. L.R. a. a. O. §. 168.

16) Die Anerkennung bloß der Unterschriften genügt in den Fällen, wo die gerichtliche Form zur Giltigkeit gehört, nicht. A.G.O. I, 10, §. 125; I, 50, §. 454; II, 3, §. 22; III, 7, §. 49. — A. L.R. I, 12, §. 114.

bestehenden Verfassung[17]), ein Gericht durch eine einzige Person, wenn sie zum Richteramte verpflichtet ist, gehörig besetzt. Früher waren dazu ein Richter und ein Actuarius, oder statt des letztern zwei vorher als solche angestellte und vereidete Beisitzer (Schöppen) oder doch ein solcher Schöppe und ein Urkundszeuge erforderlich[18]). Ausnahmsweise ist ein auf diese Weise vollständig besetztes Gericht noch jetzt erforderlich: bei Testaments-Auf- und Annahmen, Erbverträgen, Ehestiftungen mit Erbfolgeverfügungen, und überhaupt bei allen das Erbrecht bestimmenden Handlungen[19]). II. Die gerichtliche Form erfordern folgende Verträge: 1) Verträge der Blinden und Taubstummen[20]); 2) Verträge der, wenn auch nur vorübergehend, Schreibens- oder Lesensunfähigen, wenn der Vertrag sonst schriftlich zu errichten gewesen wäre. Es genügt, wenn die Person Geschriebenes lesen und bloß ihren Namen schreiben kann, nicht aber, wenn sie ihren Namen schreiben, doch nicht Geschriebenes lesen kann[21]). Diese Verträge (Nr. 2) können auch vor Notar und Zeugen und, wenn die Parteien gemeine Landleute sind, vor gehörig besetztem Dorfgerichte, welches aus dem Schulzen, zweien Schöppen und einem Gerichtsschreiber besteht (§. 62), giltig errichtet werden[22]). Ist das Gericht nach alter Art vollständig besetzt, so bedarf es weiter keiner Formalität[23]). Besteht es aber nur aus dem Richter allein, so muß ein von der Schreibens oder Lesens unfähigen Partei gewählter oder von dem Richter zugeordneter Beistand zugezogen werden, welcher wenigstens bei der Vorlesung und Unterzeichnung zugegen sein und die Handzeichen der Partei atte-

17) Eingeführt durch die Circularverordnung v. 30. Decbr. 1798, Abschn. 5, §. 1 (Anh. z. A.G.O. §§. 78 u. 421), weil die in Folge der neuen Gerichts- und Proceßordnung überhand genommene Schreiberei ein zu großes Personale erfordert haben würde, wenn jeder Richter zu jeder Handlung einen Protokollführer hätte haben sollen; man benutzte daher, der Ersparung wegen, auf Kosten der Rechtsgewißheit den Richter zugleich als Protokollschreiber.

18) A.G.O. I, 25, §§. 50, 51; II, 2, §. 16. — A. L.R. I, 12, §. 82. Die Vereidigung braucht nicht gerichtlich, sie kann auch von einer andern öffentlichen Behörde rechtsgiltig geschehen.

19) Anh. z. A.G.O. §. 421. Deshalb gehören auch Verträge über die Ausschließung der Gütergemeinschaft unter Umständen zu dieser Classe; das Obertrib. hat jedoch das Gegentheil angenommen (Entscheid. Bd. II, Nr. 2), was indes für künftige Fälle keine Sicherheit gibt. S. unten §. 841, Note 5.

20) A. L.R. I, 5, §. 171. Eine Ausnahme macht das Edict vom 27. Juni 1811, wegen Veräußerung der Domänen ꝛc. §. 9. Pr. 3, von 1832.

21) Anh. z. A.G.O. §. 72.

22) A. L.R. I, 5, §§. 172, 173. Wenn ein Aufsatz mitgebracht, dieser nach vorheriger Vorlesung genehmigt und darüber ein gehörig vollzogenes Protokoll aufgenommen wird, so genügt dies, um als gerichtlicher Vortrag zu gelten. Pr. 1558, vom 5. April 1845 (Entsch. XI, 185).

23) E.O. vom 20. Juni 1816 (G.S. S. 203).

stiren, oder wenn sie auch nicht Handzeichen machen kann, den Namen dieser Partei unterschreiben und seine Unterschrift beifügen muß. Der Hergang, also auch die Zuziehung des Beistandes, muß in dem Protokolle selbst aufgeführt werden[24]). Doch ist die Verhandlung aus dem Grunde, weil das Protokoll keine Angabe darüber enthält, daß und wie der zugezogene Unterschriftsbeistand der Unterkreuzung und Genehmigung desselben beigewohnt hat, für die schreibensunkundige Partei nicht unverbindlich[25]). Im Falle die Verhandlung für die unfähige Partei unverbindlich und der andere Theil schreibfähig ist, entsteht dasselbe Verhältnis, wie wenn jemand einen mündlich abgeschlossenen Vertrag schriftlich anerkannt hat[26]). 3) Verträge, welche in einer dem einen oder beiden Contrahenten unverständlichen Sprache abgeschlossen werden; doch genügt hier auch die notarielle Form. Versteht der Richter oder Notar selbst die Sprache, so genügt es, wenn er den Act deutsch niederschreibt, von dem Protokolle eine Uebersetzung durch einen Dolmetscher machen, und beide Exemplare von den Parteien vollziehen läßt; auf die Uebersetzung können die Parteien verzichten[27]), auch können sie sich über einen unvereideten Dolmetscher einigen[28]). Versteht der Beamte die Sprache nicht, so muß von Anfang ein vorher oder nachher vereideter, oder ein von den Parteien gewählter unvereideter Dolmetscher zugezogen werden, welcher ein Nebenprotokoll in der Sprache der Contrahenten, wenn darauf nicht verzichtet wird, zu führen hat. Gehört der Vertrag zu der Classe, welche ein vollständig besetztes Gericht erfordert, so müssen zwei Dolmetscher, und wenn der Richter die Sprache versteht, doch ein Dolmetscher von Anfang zugezogen werden[29]). Ist bei der Verdolmetschung etwas versehen, so ist der Vertrag gleichwohl formell giltig, aber die Urkunde hat gegen den Unkundigen keine Beweiskraft[30]). 4) Verträge über Grundbesitzrechte, namentlich Eigenthum, Pfandbesitz; doch bedürfen dieselben, mit Ausnahme der Pachtver-

24) A. L.R. I, 5, §§. 175—178. — Anh. §. 5. — Anh. z. A.G.O. §§. 68, 70, 71. — Pr. 1822 (Plenarbeschl.), vom 15. Januar 1847 (Entsch. Bd. XIV, S. 3).

25) Pr. 2065 (Plenarbeschl.), vom 6. Novbr. 1848 (Entsch. Bd. XVII, S. 66).

26) A. L.R. I, 5, §. 174; Anh. §. 5. — Anh. z. A.G.O. §. 68. Vergl. oben §. 550, 1, 6.

27) Anh. z. A.G.O. §. 75; Anh. z. A. L.R. §. 31.

28) A. L.R. I, 5, §. 181. Der instrumentirende Beamte muß sich über die Wahl, unabhängig von dem angeblich Gewählten, Gewißheit verschaffen.

29) A. L.R. I, 5, §§. 179, 180; Anh. §. 75; I, 12, §§. 125, 129, 132.

30) A. L.R. I, 5, §. 184. Diese Deutung muß man dieser Bestimmung geben.

träge über ganze Landgüter (§. 700), nicht zu ihrer Giltigkeit, sondern nur zur Beglaubigung, behufs Eintragung in das Grundbuch, dieser Form, daher auch die Anerkennung der Unterschriften vor Gerichte oder vor einem inländischen Notare und Zeugen genügt[31]). 5) Außerdem gibt es eine Anzahl einzelner Verträge, für welche die gerichtliche Form zur Giltigkeit besonders vorgeschrieben ist; eine allgemeine Rechtsregel liegt dabei nicht zu Grunde, der Zweck ist Beaufsichtigung oder Bevormundung und es ist rein positiv, wieweit dieselbe gehen soll[32]).

§. 555.

d) Realcontracte.

Die durch angenommene Leistung erzeugten Rechtsverhältnisse können ohne gewaltsame Störung des Verkehrs von keiner Gesetzgebung verleugnet werden, man findet daher, wiewohl die Verfasser des Gesetzbuchs diese Classe von Verträgen in ihrem Systeme übergehen, auch in dem Pr. R. in der That dieselbe vor, nur daß den Contrahenten dabei in der Art Zwang geschieht, daß meistentheils nicht ihre Verabredung, sondern was die Verfasser des Gesetzbuchs vorgeschrieben haben, gelten soll, wenn die Schrift fehlt. Die Realcontracte finden sich verstreut vorgetragen, je nachdem sie nach den Erfolgen oder Zwecken in das landrechtliche System haben eingereihet werden können[33]). Am wenigsten Willkür findet sich bei dem Darlehn, wo die aus der Leistung (re) entstehende Verbindlichkeit von der damit gewöhnlich verbundenen consensuellen Verbindlichkeit zutreffend unterschieden wird[34]). Durch die eigenthümlichen Bestimmungen des A. L. R. über die Form und die Folgen des Mangels derselben ist eine ebenso eigenthümliche Classe von Realcontracten, in welche die vorschriftswidrig abgeschlossenen Verträge durch die hinzugekommene Erfüllung übergehen, erzeugt (§. 553), indem dabei die Parteien etwas ganz anderes unter sich gelten lassen müssen, als sie verabredet haben.

---

31) A. L. R. I, 5, §§. 122—124; I, 10, §§. 15—17; I, 18, §. 691; I, 20, §. 103. — Ges. vom 23. April 1821 (G. S. S. 43).

32) Eine unvollständige Aufzählung findet sich in der A. G. O. Th. II, Tit. 1, §§. 6 u. 9. Es fehlen z. B. die Fälle I, 13, §. 116; I, 12, §. 571; II, 8, §. 1206; II, 8, §. 1973; II, 1, §. 484. Einiges geändert ist durch das Ges. vom 11. Juli 1845 (G. S. S. 495).

33) Z. B. das Darlehn unter den mittelbaren Erwerbungsarten des Eigenthums; das Depositum unter den Mitteln zur Erhaltung des Eigenthums und der Rechte, zusammengestellt mit Bürgschaften, Pfändungen und Protestationen u. s. w.

34) A. L. R. I, 11, §. 727, vergl. mit §§. 729, 734 ff., 740, 742.

§. 556.

e) Formfreie Verträge.

I. Als bloße Consensualcontracte giltig sind: 1) Verträge und insbesondere auch Vergleiche[35]) über bewegliche Sachen und diesen gleichstehende Rechte, namentlich über Kaufhandlungen, über Meß- und Marktwaaren, wenn sie von beiden Seiten erfüllt worden sind[36]). Sie können also nicht widerrufen werden; eine Klage auf Erfüllung oder Entschädigung wegen Nichterfüllung, oder wegen mündlicher Nebenabreden findet aber nicht statt[37]), ausgenommen, was die Naturalien des durch beiderseitige Erfüllung bekräftigten Geschäfts betrifft, auf welche allerdings eine Klage gegründet werden kann[38]). 2) Verträge, welche über bewegliche körperliche Sachen von Inländern außerhalb Landes an einem Orte, wo mündliche Verträge ohne Unterschied gelten, mündlich geschlossen sind[39]). 3) Verträge über Gegenstände, deren Werth 50 Thaler nicht übersteigt, wenn nicht ohne Rücksicht auf den Werth eine Form besonders vorgeschrieben ist (§. 550, II, 6). II. Eine eigenthümliche Form ist für den Gesindemiethsvertrag durch das Geben und Nehmen des Miethsgeldes[40]), und für die Ehe durch die Trauung[41]) vorgeschrieben.

§. 557.

3. Personen und Gegenstand.

I. Die vertragenden Personen müssen 1) so bezeichnet sein, daß sie aus dem Vertrage selbst als Contrahenten erkannt werden können, sonst fehlt es an einem wesentlichen Erfordernisse des Vertrags, wovon Nichtigkeit die Folge ist (§. 546, Note 4). Sie müssen 2) zu Rechtsgeschäften überhaupt fähig sein (§. 112, Bd. I, S. 236 flg.) und 3) müssen sie die besondere Fähigkeit haben, den bestimmten Vertrag einzugehen. II. Der Gegenstand muß bestimmt und so bezeichnet sein, daß er von andern ähnlichen Dingen unterschieden werden kann, und außerdem muß er Gegenstand einer Wil-

35) A. L.R. I, 5, §. 146, vergl. mit I, 16, §. 407. Pr. 1853, vom 19. Febr. 1847 (Entsch. Bd. XIV, S. 457 und XV, 83).

36) A. L.R. I, 5, §§. 146, 149.

37) Ebend. §. 147. Vergl. oben §. 553, Nr. I.

38) Vergl. Schles. Archiv, Bd. III, S. 633 u. fg., und oben §. 523, Nr. III.

39) A. L.R. I, 5, §. 148. Warum nicht dergleichen Verträge auch über Rechte gelten sollen, ist nicht zu sagen; es widerspricht der Regel I, 5, §. 111.

40) A. L.R. I, 5, §. 137; II, 5, §§. 22, 23; Ges.Ordn. von 1810, §§. 22 — 24. — Anders nach G. R., welches in der neuen Ges.Ordn. für Neu-Vorpommern, von 1845, beibehalten ist, und nichts als Consens erfordert.

41) A. L.R. II, 1, §. 136. S. unten Buch IV, §. 748.

lenserklärung überhaupt (§. 115, Bd. I, S. 240) und des bestimmten Vertrags insbesondere sein können.

§. 558.

III. Bestärkung.

A. L.R. I, 5, §§. 185—225, 292—316.

Das Pr. R. kennt folgende Bestärkungsmittel, d. h. Solennitäten oder Nebenabreden, wodurch dem Gläubiger die Erhaltung oder Verfolgung seines Rechts gesichert oder erleichtert werden soll. I. Entsagung der Einwendungen. Entsagung (renunciatio) als Bestärkungsmittel eines Vertrags heißt das Nebenversprechen, von dem aus einem besondern Grunde zustehenden Rechte, sich einseitig von der übernommenen Verbindlichkeit zu befreien, keinen Gebrauch machen zu wollen [1]). Die Schule unterscheidet allgemeinste Entsagung (r. generalissima), allgemeine (r. generalis) und besondere (r. specialis). Die allgemeinsten Entsagungen, d. h. solche, welche sich allgemein auf alle mögliche Einreden überhaupt beziehen, sind wirkungslos [2]); ebenso die allgemeinen oder solche, welche auf Einreden, die gegen ein bestimmtes Rechtsgeschäft zulässig sein können, im allgemeinen gehen; die besondern aber, welche die Einwendungen namentlich bezeichnen, entziehen dieselben, wenn der Entsagende von der Bedeutung nach einer vorausgegangenen Belehrung oder nach seinen eigenen Ausdrücken Wissenschaft gehabt hat [3]), ausgenommen wenn der Grund der entsagten Einreden ein solcher ist, welcher die Giltigkeit des Vertrags von Anfang ausschließt [4]), oder wenn dem Einwande, nach positiver Vorschrift, nicht giltig entsagt werden kann, oder wenn der Einwand einem Dritten zusteht (exceptio de jure tertii) [5]). Entsagungen und Verzichtleistungen müssen in der Regel ausdrücklich geschehen [6]), werden nach den allgemeinen Auslegungsregeln erklärt und auf dem Entsagenden unbekannte Rechte nicht bezogen (§. 213, Note 10 und §. 212, II, 1). Stillschwei-

1) A. L.R. I, 16, §. 378. Ueber Entsagungen überhaupt s. oben §. 212.

2) A. L.R. I, 5, §. 193. — A.G.O. II, 2, §. 54. — L. 4, §. 4 D. si quis caut. (II, 11).

3) A. L.R. I, 5, §§. 197, 198. — A.G.O. II, 2, §. 32 und I, 25, §. 65.

4) Z. E. Betrug, Zwang, Furcht, Irrthum, Simulation. A. L.R. I, 5, §. 194.

5) A. L.R. a. a. O. §§. 195, 196. — L. 29 C. de pactis (II, 3); L. 41 D. de minor. (IV, 4).

6) A. L.R. I, 16, §. 381; Einleit. §§. 105 u. 106. — Simon, Rechtsspr., I, S. 143. Der Ausdruck kann durch jedes Zeichen, welches die Absicht deutlich erkennbar macht, geschehen.

gende Entsagungen werden ausnahmsweise nur zufolge einer besondern Vorschrift angenommen[7]). II. Gerichtliche Bestätigung. Diese ist 1) eine der Urkunde angehängte Erklärung des instrumentirenden Gerichts, daß der Vertrag für rechtsgiltig zu achten. Sie ist zur Giltigkeit oder Beweiskräftigkeit nicht erforderlich und macht ein ungiltiges Geschäft auch nicht giltig (confirmatio nihil dat novi), sondern hat nur den Zweck, dem Geschäfte einen höhern Grad von Festigkeit und Unverletzbarkeit zu geben und bewirkt, daß nur sofort liquid zu machende Einwendungen gegen die Giltigkeit und den Inhalt des Vertrags in demselben Verfahren zulässig sind[8]); andere an sich statthafte Einreden müssen im besondern Verfahren geltend gemacht werden[9]). Bestätigung heißt 2) die bei einigen Geschäften zur Giltigkeit erforderliche[10]) Genehmigung des Richters[11]). Diese ist von ganz anderer Art, hat die Natur einer wesentlich erforderlichen Consensertheilung, kann nur von dem zuständigen Richter ausgehen[12]) und setzt eine nähere Kenntnisnahme und Prüfung voraus (causae cognitio)[13]). Jede Bestätigung, auch die landesherrliche, ist den Rechten Dritter unnachtheilig[14]). III. Draufgabe (arrha), Angeld, Handgeld, Mahlschatz, Haftgeld, d. h. dasjenige, was ein Theil dem andern zum Zeichen des wirklich geschlossenen Vertrags gibt, und ist, außer dem Gesindemiethsvertrage, wo das Handgeld die Form des Vertrags vorstellt (§. 556, II), ein bloßer Beweis des Abschlusses[15]). 1) In dieser Bedeutung ist sie aus dem R. R. hergekommen. Danach wird der Empfänger nicht Eigenthümer, sie wird zurückgegeben oder angerechnet, sobald ihr Zweck aufhört, nemlich der Vertrag erfüllt oder wieder aufgehoben ist[16]). Anders

---

7) Z. E. in Processen. A. L.R. I, 16, §. 383. — I, 11, §. 843 gehört nicht hierher.

8) A. L.R. I, 5, §§. 200, 202, 203; A.G.O. II, 1, §§. 21—23.

9) A.G.O. I, 10, §. 126 bezieht sich auf die Beweiskraft der Urkunde, nicht auf die gegen das Geschäft statthaften Einreden, und steht daher mit dem A. L.R. I, 5, §. 203 nicht in Widerspruch.

10) A. L.R. I, 3, §§. 40, 43, 44.

11) Beispiele: A. L.R. I, 20, §. 227; II, 2, §. 667; I, 11, §. 651.

12) A. L.R. I, 20, §§. 233, 234; II, 4, §§. 29, 63. — A.G.O. II, 1, §. 3, Nr. 2 und §§. 4, 6; II, 2, §. 667.

13) A. L.R. I, 20, §§. 228 u. fg., 234.

14) Ebend. I, 5, §. 204. Die gebräuchliche Bestätigungsformel: „den Rechten eines Dritten unbeschadet," ist überflüssig, und kann ohne Nachtheil wegbleiben.

15) Ebend. §. 205. — Pr. J. de emt. (III, 24). — L. 35 pr. D. de contrah. emt. (XVIII, 1).

16) L. 11, §. 6 D. de act. emti (XIX, 1); L. 8 D. de lege commiss. (XVIII, 3). Vergl. L. 5, §. 15 D. de institut. act. (XIV, 3) und L. 2 C. quando liceat (IV, 45).

ist es nach deutscher Rechtsansicht mit dem deutschen Handgelde, welches dem Empfänger als eine Zugabe gelassen zu werden pflegte[17]). Beide Institute sind miteinander im Pr. R. vermischt, und es kommt in jedem Falle auf die Thatsache an: was die Parteien gewollt haben. Fehlt eine Abrede darüber, so wird angenommen, daß, wenn die Draufgabe mit der Leistung des Gebers gleichartig ist, sie die Bedeutung der röm. Arrha hat, folglich angerechnet oder zurückgegeben wird; wenn sie aber ungleichartig ist, der Empfänger als Eigenthümer sie als Zugabe behält[18]). Wird der Vertrag ohne Schuld einer Partei rückgängig, so ist die Draufgabe in ihrer derzeitigen Beschaffenheit zurückzugeben, oder wenn sie nicht mehr vorhanden ist, nach dem Werthe zur Zeit des Empfanges zu ersetzen, ausgenommen der Fall, wenn der Vertrag wegen Mangels der Form zurückgeht, wo die Draufgabe so behandelt wird, wie eine Leistung auf den Contract[19]). Bleibt der Vertrag aus Schuld des Gebers unerfüllt, so verliert er die Draufgabe, kann sie aber auf die zu leistende Entschädigung anrechnen; hat der Empfänger Schuld, so muß er die Draufgabe, nach der Wahl des Gebers, in Natur zurückgeben, oder den Werth nach der Zeit des Empfanges erstatten[20]). 2) Nach der Bedeutung der Draufgabe oder des Handgeldes kann kein Theil sich durch Aufopferung und beziehlich Zurückgabe von dem Vertrage befreien[21]). Ist ein solcher Rücktritt ausbedungen, so ist die Draufgabe eine Wandelpön (Reubuße, mulcta poenitentialis)[22]), wofür auch die auf den Fall, wenn der Vertrag ganz rückgängig werden sollte, statt des Interesses des andern Theils verabredete Strafe genommen wird, wenn nicht ein anderes erhellet[23]). Jeder Theil kann dann zwischen Erfüllung oder Rücktritt wählen. Von der einmal giltig getroffenen Wahl kann man nicht mehr abgehen; die Wahl geschieht

17) Dreyer, Differentia jur. Rom. et Germ. in arrhis emtionum (Kil. 1747), diff. 2.

18) A. L.R. I, 5, §§. 207, 208, 216. — Recht der Ford. §. 113.

19) A. L.R. I, 5, §§. 220—223, 156 fg.

20) Ebend. §§. 217—219, 224, 225. — Ist nicht römisch. L. 6 pr. D. de contrah. emt. (XVIII, 1); L. 11, §. 6 D. de act. emti (XIX, 1).

21) A. L.R. I, 5, §§. 210, 211. — L. 35 D. de contrah. emt. (XVIII, 1); L. 6 C. de rescind. vend. (IV, 44). War streitig.

22) A. L.R. I, 5, §§. 212, 312 und die Note 21 bezeichneten LL. — Wolff, über Reugeld; in den Abhandlungen aus dem bürgerlichen Rechte (Fulda 1841), S. 77 fg.

23) A. L.R. I, 5, §. 313. Ist Willensauslegung. — Es ist nicht erlaubt, auf den Fall der nicht gehörig erfolgenden Entrichtung der Wandelpön eine fernere Conventionalstrafe oder Wandelpön vorzubedingen. Darin hat die Wandelpön den Charakter einer Conventionalstrafe. §. 304 a. a. O. — Pr. 2146, v. 7. Septbr. 1849 (Entsch. XVIII, 525).

rechtsverbindlich entweder durch Anfang der Erfüllung (re), oder durch Willenserklärung (verbis), welche die Form haben muß, die der Vertrag selbst erfordert[24]). Die von Neuern s. g. arrha pacto imperfecto data kommt weder im G. R. noch im Pr. R. vor.

IV. Conventionalstrafe[25]). Darunter versteht man eine unter der Bedingung, daß das Hauptversprechen überhaupt oder in den Nebenumständen nicht gehalten wird, versprochene Leistung. Die dadurch begründete Verbindlichkeit ist eine bedingte, der Zweck ist nicht immer Vorausbestimmung des Interesses[26]), sondern oft auch bloß Sicherung der Erfüllung[27]). 1) Gegenstand kann alles sein, was Gegenstand einer Willenserklärung überhaupt sein darf[28]). 2) Ungiltig ist die Verbindlichkeit ebenfalls wie andere Willenserklärungen, wenn etwas Unerlaubtes durch die Strafe bezweckt werden soll[29], und soweit sie den doppelten Betrag des wirklich auszumittelnden (an sich schätzbaren) Interesses übersteigt[30]). 3) Ist die Strafe allein in obligatione und die Leistung in conditione, so muß die Strafe gezahlt werden, wenn auch die Leistung durch Zufall subjectiv unmöglich wird[31]); ist beides in obligatione und zwar nebeneinander (cumulativ), so kann beides gefordert werden[32]); ist es nur das eine oder das andere (alternativ), so hat der Gläubiger die Wahl[33]). Fällt die Wahl auf die Strafe, so kann außerdem an Interesse nur dann noch etwas gefordert werden, wenn die Strafe nur für eine gewisse Art von Schaden verabredet

24) A. L.R. a. a. O. §§. 314, 215, 315, 316. (3. A.) Ein Streit über die Giltigkeit des Contracts ist nicht als eine Wahl des Rücktritts anzusehen. Vergl. Erk. des Obertrib. vom 16. Juni 1848 (Rechtsf. Bd. IV, S. 161).

25) A. L.R. a. a. O. §§. 292—316; Anh. §. 6.

26) Ebend. §. 292. — §. 7 J. de verb. obl. (III, 16).

27) A. L.R. a. a. O. §. 308. — Hymmen, Beiträge, VIII, S. 38. — §. 19 J. de inutil. stip. (III, 20); L. 38, §. 17; L. 81 D. de verb. obl. (XLV, 1).

28) A. L.R. a. a. O. §§. 297, 298. — L. 11, §. 2 D. de recept. qui arbitr. (IV, 8). — S. oben §. 115, Bd. I, S. 240.

29) Z. E. wenn der Zinswucher darunter versteckt werden soll. A. L.R. I, 11, §. 825; I, 5, §. 310. — S. oben §. 115.

30) A. L.R. I, 5, §§. 300—304. Die Behauptung, daß die Conventionalstrafe das Doppelte des Interesses übersteige, ist eine wahre Einrede, welche von dem, der sich dadurch schützen will, bewiesen werden muß. Pr. 1676 (Pl.Beschl.) vom 23. Januar 1846 (Entsch. XII, 3).

31) A. L.R. I, 4, §. 100. — L. 115, §. 1 D. de verb. obl. (XLV, 1). Ein Beispiel: L. 44, §. 5 D. de obl. et act. (XLIV, 7).

32) Dies ist z. B. der Fall, wenn die Strafe auf die Zögerung gesetzt ist. A. L.R. I, 5, §§. 295, 311. — L. 71 D. pro socio (XVII, 2); L. 12 C. de contrah. stip. (VIII, 38). Dann bedarf es keines Vorbehalts bei der Annahme der ungehörigen Erfüllung. (Entsch. XX, 89.)

33) A. L.R. I, 5, §§. 306, 311. — L. 4 C. de pactis (II, 3).

ist[34]). Die Vermuthung ist für die alternative Verbindlichkeit[35]). 4) Die Verbindlichkeit wird unbedingt (die Strafe verfällt) mit fruchtlosem Ablaufe der Zeit, wo die Leistung erfolgen sollte, ohne daß es der Mahnung bedarf[36]); späteres Angebot der Erfüllung ist einflußlos, der Gläubiger hat nun, wenn er nicht beides fordern kann, die Wahl; nimmt er die Erfüllung ohne Vorbehalt an, so fällt die Strafe folgerecht weg[37]). Soll die Annahme der spätern Erfüllung einer, mit Conventionalstrafe bedrohten Leistung selbst, ganz oder theilweise, mit einem Vorbehalte, die Wirkung haben, daß das Recht auf die Conventionalstrafe, der Erfüllung ungeachtet, in Kraft bleibt; so muß der Vorbehalt sofort bei der Annahme der Erfüllung ausgesprochen werden und mit dieser zusammenfallen; eine Frist zur Erklärung des Vorbehalts findet überhaupt, etwa in der Art, wie bei der Erklärung über die Annahme eines Versprechens oder Eingehung eines Vertrages, nicht statt[38]). Ist die Leistung nur zum Theil rechtzeitig geschehen, oder ist nur in den Modalitäten gefehlt worden, so gilt dieser Mangel nicht für Eintritt der Bedingung bei Conventionalstrafen, welche auf die gänzliche Nichterfüllung gesetzt sind; der Gläubiger kann in diesem Falle nur sein erweisliches Interesse fordern[39]). 5) Ob der Schuldner die verfallene Strafe oder die Hauptobligation bezahlen soll, steht ganz in der Wahl des Gläubigers auch in dem Falle, wenn einem Dritten die Strafe zufallen soll und dieser sie acceptirt hat; der Dritte hat kein Klagrecht[40]), weil er nicht wahrer Mitcontrahent ist. 6) Die Verbindlichkeit aus dem Versprechen der Conventionalstrafe ist in allen Fällen unwirksam, wo auch die Hauptverbindlichkeit unklagbar ist[41]), wenn nicht die bedingte Obligation auf

34) A. L.R. a. a. O. §. 294. — L. 47 D. de act. emti (XIX, 1); L. 40 C. de transact. (II, 4). Sind mehrere einzelne, jede für sich bestehende Leistungen verabredet, und ist die Nichterfüllung nur der einen oder der andern derselben mit einer Conventionalstrafe bedroht, so geht durch die Annahme der einen, nicht der Strafe unterworfenen Leistung ohne Vorbehalt, das Recht auf Einforderung der in Bezug auf eine andere Leistung bestimmten, schon verfallenen Conventionalstrafe nicht verloren. Pr. 1263a, vom 28. Januar 1843.

35) L. 115, §. 2 D. de verb. obl. (XLV, 1).

36) A. L.R. a. a. O. §. 305. — L. 115, §. 2 D. de verb. obl. (XLV, 1); L. 23 D. de obl. et act. (XLIV, 7); L. 12 C. de contrah. stip. (VIII, 38).

37) A. L.R. a. a. O. §§. 306, 307. — L. 23 D. de obl. et act. (XLIV, 7).

38) Pr. 1263b, vom 28. Januar 1843 (Pr.Buch, S. 8).

39) A. L.R. a. a. O. §. 296. Ist die Meinung einiger gemeinrechtlicher Civilisten. Glück, Commentar, Bd. IV, S. 541. Anders nach L. 47 D. de act. emt. (XIX, 1); L. 5, §. 4; L. 35, §. 6 D. de verb. obl. (XLV, 1).

40) A. L.R. a. a. O. §§. 308, 309. — Hymmen, Beiträge, VIII, S. 40.

41) A. L.R. a. a. O. §. 310. — L. 28 D. de act. emti (XIX, 1);

Strafe der alleinige Inhalt der Obligation und die Leistung der Handlung nur als Bedingung beigefügt ist, wo die Regeln von bedingten Obligationen maßgebend sind und hinsichtlich der Form bloß der Betrag der Conventionalstrafe entscheidet. V. Die cassatorische Clausel, d. i. die Nebenabrede, daß der eine Contrahent zurücktreten darf, wenn der andere seine Zusage nicht prompt erfüllt. Wird davon Gebrauch gemacht, so muß alles in seinen vorigen Stand gebracht werden[42]), wodurch sie sich von der lex commissoria unterscheidet, in Folge welcher der Betroffene sein Recht aus dem Vertrage verliert, also nichts zurückfordern kann. Das Recht aus dieser Nebenabrede geht verloren, wenn nach der Zeit noch etwas auf die Erfüllung ohne Vorbehalt angenommen wird, oder wenn der Gläubiger die Erfüllung fordert[43]). — Stillschweigend versteht sich die Clausel nur bei der nothwendigen Subhastation[44]).

IV. Wirkungen der Verträge.

§. 559.

A. Das Allgemeine.

Ein giltiger Vertrag verpflichtet jeden Theil, das Versprochene zu leisten[1]); weder besondere Lästigkeit des Vertrags noch eingetretene Erschwerung der Erfüllung berechtigen zum einseitigen Rücktritt, selbst mit angebotener Entschädigung[2]); und eine Abrede, daß die Parteien nicht gebunden sein sollen, schließt den Begriff des Vertrags aus[2a]); nur bei dem Kaufe gilt eine Art von Ausnahme (s. u. §. 726 und §. 674, IV, 7). Die genaue Erfüllung kann mittelst der Klage erzwungen werden. Jedes Rechtsverhältnis hat seine eigenthümlichen Angriffs- und Schutzmittel, welche

L. 4, §. 7 D. de doli mali exc. (XLIV, 4). Eine Anwendung davon ist §. 6 des Anh. z. A. L.R.

42) A. L.R. I, 11, §. 266. Am häufigsten wird die Clausel den Stundungs- oder Erlaßverträgen angehängt. L. 47 D. de pactis (II, 14).

43) A. L.R. I, 11, §. 267; I, 5, §§. 215, 316. — L. 4, §. 2; L. 2, 3, 7 D. de lege commiss. (XVIII, 3); L. 4 C. de pact. inter emt. (IV, 54).

44) A. L.R. I, 11, §. 346. Deshalb bedarf es zur Resubhastation eigentlich nicht des executivischen Zahlungsbefehls mit einer vierwöchentlichen Frist. Dadurch, daß der Zuschlagsbescheid, nach neuerm Rechte, zugleich als Urtel in das übrige Vermögen des Erstehers vollstreckbar ist, sind die Gläubiger nicht ihres Hauptrechts verlustig geworden. S. auch die Note 107, S. 1089 meiner Pr.O.

1) A. L.R. I, 5, §. 270. — L. 1 pr. D. de pactis (II, 14).; L. 39 C. de transact. (II, 4); L. 11, §. 2 D. de act. emti (XIX, 1).

2) A. L.R. a. a. O. §. 374. — L. 6 C. de obl. et act. (IV, 10); L. 6 C. de rescind. vend. (IV, 43). Eine Ausnahme s. unten §. 567, Note 5.

2a) A. L.R. I, 4, §. 108. Vergl. oben §. 547, I.

nach ihren Besonderheiten wohl zu beachten sind, wennschon auf die technischen Namen nach Pr. R. nichts ankommt (§§. 187 flg. und 193 flg.). Ein Klagrecht ist jedoch vielen Verträgen gemeinsam, nemlich die Klage auf Gewährleistung. Die sonst auch für allgemein gehaltene Einrede des nicht erfüllten Contracts (exceptio non-dum impleti contractus) ist jedoch nur einer gewissen Classe von Verträgen eigen (s. u. §. 673), weshalb hier nur die Lehre von der Gewährleistung vorzutragen ist.

B. Verbindlichkeit zur Gewährleistung.

A. L.R. I, 5, §§. 317—348; I, 11, §§. 135—106, 344, 367—372, 420—441, 484—486, 875, 1083, 1084; I, 16, §. 242; I, 21, §§. 84, 226, 272, 273, 355, 360, 418 ff.; I, 17, §. 97, 98; I, 20, §§. 85—88, 23. — A.G.O. I, 17.

§. 560.

A. Grundsätze.

Ein giltiger zweiseitiger Vertrag begründet in der Regel stillschweigend die Verbindlichkeit (das Naturale) für jeden Theil, dem andern dafür, daß von der in Gemäßheit des Vertrags gegebenen Sache der vertragsmäßige Gebrauch gemacht werden kann, zu haften (Gewähr zu leisten)[3]. Diese Verbindlichkeit beschränkt sich bei Verträgen, wo Rechte und Pflichten des einen und andern Theils fortdauernd sind, keineswegs auf den Zustand und die Zeit der Uebergabe, sondern dauert so lange an, als der Vertrag selbst; ausdrücklich vorbedungene Eigenschaften müssen also während der ganzen Dauer des Rechtsverhältnisses gewährt werden[3a]. Der Grund, warum dem Empfänger ein solcher Gebrauch unmöglich wird, liegt entweder in einem *juristischen* Mangel, oder in einem *physischen* Fehler des Gegenstandes. Der erste Fall ist der der eigentlichen Evictionsleistung, der andere Fall ist der des s. g. ädilitischen Edicts; für jeden gelten nach R. R., wegen der verschiedenen Beschaffenheit der daraus entstehenden Verbindlichkeiten, besondere Regeln. Das A. L.R. faßt beide Arten von Verbindlichkeiten unter der Benennung von *Gewährleistung* zusammen; gleichwohl passen die gegebenen Vorschriften nicht immer auf beide Fälle

3) A. L.R. I, 5, §§. 317, 318; I, 11, §. 135. — L. 66 pr. D. de contrah. emt. (XVIII, 1); L. 19 pr.; L. 60 D. de evict. (XXI, 2); L. 11, §§. 2—4; L. 13 pr. §. 1 D. de act. emti (XIX, 1); L. 19, §. 2 i. f. D. de aed. edicto (XXI, 4). Den Grund s. unten §. 673.

3a) Pr. 26, vom 15. Juli 1833. Das Hauptverhältnis, für welches der Satz seine praktische Wichtigkeit hatte, war die nun nicht mehr vorkommende Erbpacht.

und sind auch nicht ohne Unterscheidung der Beziehungen allemal verständlich. Es ist daher Sache der Wissenschaft, zu sondern, die Beziehungen kennbar zu machen und die aus der Vermengung entstandenen Dunkelheiten aufzuhellen, die Streitfragen zu lösen und die richtige Anwendung der Rechtssätze zu vermitteln. Zu diesem Zwecke müssen beide Verbindlichkeiten getrennt dargestellt werden.

B. Verbindlichkeit zur Evictionsleistung.

§. 561.

1. Bedingungen.

I. Der Vertrag muß ein lästiger sein[3]. Dieser Regel zufolge begründet die Verbindlichkeit: 1) der Verkauf ohne Unterschied des Gegenstandes[4]; 2) die ihm ähnliche Angabe an Zahlungsstatt[5]; 3) der Tausch[6]; 4) die ungenannten Contracte, wodurch ein Vermögensrecht übertragen wird[7]; 5) der Vergleich hinsichtlich dessen, was für die Beseitigung der Ungewißheit gegeben wird[8]; 6) die Theilung[9]; 7) die Pacht und Miethe[10]; 8) der Pfandcontract[11]; 9) die Bestellung der Brautgabe[12]; 10) die Uebergabe des Legats[13]; nicht aber die Schenkung[14]. II. Der Empfänger muß verhindert sein, die Sache so zu gebrauchen, wie es Natur und Inhalt des Rechtsgeschäfts mit sich bringen (3). Wegen dieses Erfordernisses fällt die Gewährleistung hinweg: 1) bei dem Erbschaftskaufe hinsichtlich der einzelnen Stücke, weil nur das Erbrecht als universitas juris Gegenstand des Kaufs ist[15]; 2) bei ge-

4) A. L.R. I, 11, §§. 135, 136, 192, 193, 420. Daher auch der Kauf einer Forderung (s. oben §. 533), einer Erbschaft (I, 11, §. 484. — L. 2 pr. §. 1 D. de hered. [XVIII, 4]), einer Servitut (I, 22, §. 35; I, 21, §. 84. — L. 6, §. 6 D. de act. emti [XIX, 1]; L. 46 pr. §. 1 D. de evict. [XXI, 2]).

5) A. L.R. I, 16, §. 242. — L. 24 pr. D. de pignor. act. (XIII, 7).

6) A. L.R. I, 11, §. 367. — L. 1, §. 1 D. de rer. permut. (XIX, 4).

7) A. L.R. I, 11, §. 875. — L. 5, §. 2 D. de praescr. verb. (XIX, 5).

8) Folgt aus dem Princip A. L.R. I, 16, §. 406. — Arg. I, 11, §. 869; I, 5, §. 318.

9) A. L.R. I, 17, §§. 97, 98. — L. 66, §. 3 D. de evict. (XXI, 2); L. 10, §. 2 D. comm. div. (X, 3); L. 14 C. fam. ercisc. (III, 36).

10) S. unten §. 698. Eigentlich paßt auf diese das Institut nicht, sondern die Gegenleistung hört in totum oder in tantum auf.

11) A. L.R. I, 20, §§. 85—88, 23. — L. 9 pr.; L. 16, §. 1; L. 32, 36 D. de pignor. act. (XIII, 7).

12) A. L.R. I, 11, §§. 1047, 1048; I, 5, §. 318; II, 1, §. 231 und I, 21, §. 84. — L. 16, §. 1 D. de jure dot. (XXIII, 3).

13) Doch nur bei dem Legate eines Genus, wenn der Erbe auswählt. A. L.R. I, 12, §. 397. Anders nach R. R.

14) A. L.R. I, 11, §. 1083. — Ueber die gemeinrechtliche Streitfrage hierbei s. Recht der Ford., §. 121, I, 10.

15) A. L.R. I, 11, §. 484. — L. 33 pr. D. aed. ed. (XXI, 1); L. 14, §. 1 D. de hered. vend. (XVIII, 4). — L. 1 C. de evict. (XIII, 54).

wagten Geschäften[16]); 3) wenn die vorhandenen Mängel dem Erwerber bekannt gewesen oder angezeigt worden sind[17]). III. Der Grund davon muß ein Mangel an dem Rechte des Gebers sein[18]), daher für die von der Staatsgewalt entzogenen Rechte oder aufgelegten Lasten nicht eingestanden wird; wird dafür aufzukommen versprochen, so ist dies kein Fall der Gewährleistung[19]).

§. 562.

2. Person des Schuldners.

Schuldner ist zunächst der andere Contrahent (unmittelbare Autor). Stellvertreter können in der Regel nicht in Anspruch genommen werden. Eine Ausnahme machen nach Pr. R. die verkaufenden Unterpfandsgläubiger, welche soweit haften, als sie aus dem Kaufgelde befriedigt worden sind[20]). Der Vormann des unmittelbaren Autors kann nur mit der cedirten Klage des letztern belangt werden; der Cession bedarf es nicht, wenn der unmittelbare Vormann aus einer in seiner Person liegenden Ursache gar nicht oder nicht mit Erfolg belangt werden kann, namentlich wenn er in Concurs verfallen oder aus dem Lande gegangen ist, oder latitirt: in diesen Fällen kann actione utili gegen den nächstfolgenden Vormann geklagt werden, insofern der unmittelbare Autor gegen ihn einen Regreßanspruch haben würde[21]); es wird also die Cession fingirt.

§. 563.

3. Rechte des Gläubigers.

I. Die Klage auf Evictionsleistung, d. i. Erstattung des Entzogenen, findet erst nach rechtlicher Entziehung der Ausübung statt, nicht schon wegen wahrscheinlicher künftiger Entziehung, der Fall des Betrugs ausgenommen, wo nicht die Evictionsklage, sondern

16) A. L.R. I, 5, §. 346. — L. 2, §. 1 D. quar. rer. act. (XLIV, 5).

17) A. L.R. I, 11, §§. 159, 179, 43, 421. — L. 26 D. de reivind. (VI, 1).

18) A. L.R. I, 11, §§. 178, 179. — L. 2, 3, 11, 39 pr., 27, 28 D. de evict. (XXI, 2); L. 1, §. 1 D. de act. emti (XIX, 1); L. 1 C. de peric. (IV, 48).

19) Ges. vom 28. Octbr. 1810, §. 2. — Entsch. des Obertrib. Bd. IV, S. 295. — Simon, Rechtsspr., Bd. IV, S. 22 fg.

20) A.G.O. I, 52, §. 12. Anders nach L. 11, §. 16 D. de act. emti (XIX, 1); L. 12, §. 1 D. de distract. pignor. (XX, 5); L. 38 D. de evict. (XXI, 2).

21) A. L.R. I, 11, §§. 150, 151. — L. 41 pr. §. 1 i. f. D. eodem. — (3. A.) Der Fall der Verarmung, ohne formelle Concurseröffnung, muß dem Concurse gleichgeachtet werden, zumal die Concurseröffnung, nach dem Ermessen des Richters in allen Fällen, wo das Verfahren die Kosten nicht lohnt, unterbleiben kann, wenn auch die Voraussetzungen vorhanden sind. Conc.Ordn. §§. 306, 339.

die Betrugsklage auf das, was der Gläubiger ohne die Hintergehung weniger gegeben haben würde, stattfindet[1]). II. Die Zurückhaltung der noch bevorstehenden Gegenleistung aber steht dem Gläubiger, insoweit als der Verlust wahrscheinlich gehen wird, zu, wenn rechtlich begründete Gewährsmängel vor der vollständigen Zahlung des Gegenversprochenen zum Vorschein kommen und der Schuldner nicht Sicherheit bestellt[2]), was dadurch geschehen kann, daß der Evictionsgläubiger deponirt[3]). Das dem Gläubiger gegen die Klage auf Gegenleistung in diesem Falle zustehende Schutzmittel ist die s. g. exceptio imminentis evictionis s. doli[2]), nicht zu verwechseln mit der exceptio non rite impleti contractus[4]). III. Kann der Gläubiger sich nicht mehr durch Zurückbehaltung gegen drohende Evictionsansprüche sichern, so bleibt ihm nur die Klage auf gehörige Erfüllung, insofern er an der Ausübung seines vertragsmäßigen Rechts verhindert wird[5]); ist dieses nicht der Fall, so muß er den Angriff abwarten, auf welchen er den Gewährsmann, wenn dieser nicht die Vertheidigung, in Folge der Litisdenunciation, übernimmt, sogleich belangen kann[6]). Es gilt für Entwährung, wenn der Erwerber in petitorio abgewiesen wird, oder in possessorio unterliegt, oder dem Angreifer den Werth des Gegenstandes bezahlt[7]). Das letztere kann auch im Wege des außergerichtlichen Vergleichs geschehen, gleichwie der Erwerber die angesprochene Sache, ohne vorausgegangenen Proceß, herausgeben darf; doch muß er dann seiner Gewährleistungsforderung alle die Einreden entgegensetzen lassen, welche den Anspruch des Dritten entkräftet haben würden[8]). IV. Der in Anspruch genommene Erwerber kann von dem Geber fordern, daß er den Proceß übernehme oder ihm darin beistehe (Li-

1) A. L.R. I, 4, §§. 85, 86. — L. 4 pr.; L. 30, §. 1 D. de act. emti (XIX, 1).

2) A. L.R. I, 11, §. 222. — L. 18, §. 1 D. de periculo (XVIII, 6). — L. 24 C. de evict. (VIII, 45). S. unten §. 675.

3) A. L.R. a. a. O. §. 223. Die Zahlung ad depositum kann jedoch nur unter der Voraussetzung gefordert werden, daß nach Abzug der dadurch entstehenden Kosten der Ueberrest noch hinlängliche Sicherheit gibt, sonst wird der Gläubiger an seinem Rechte gekränkt.

4) Vergl. Schles. Archiv, Bd. III, S. 633 ff.

5) A. L.R. I, 11, §§. 1, 124, 126; I, 5, §. 360. — S. auch Arndts, über die Frage: in wiefern kann nach dem A. L.R. der Käufer vor wirklich erfolgter Eviction Gewährleistung fordern ꝛc.? (Zur. Wochenschr. 1839, S. 401.)

6) A.G.O. I, 17, §. 23. — Ueber den Betrag der Gewährleistung kann freilich auf diese Klage noch nicht erkannt werden. Vergl. Jur. Wochenschr. 1837, S. 331.

7) A. L.R. I, 11, §§. 175, 182. — L. 11, 41 D. de act. emti (XIX, 1); L. 39, §. 1; L. 16, §. 1 D. de evict. (XXI, 2); L. 22, 23 C. eod. (VIII, 45); L. 9 C. de act. emti (VIII, 49).

8) A. L.R. I, 11, §. 147. — L. 19 C. de evict. (VIII, 45).

tisdenunciation)[9]. Die Litisdenunciation muß gerichtlich[10] und so zeitig geschehen, daß es dem Autor noch möglich ist, von seinen Vertheidigungsmitteln Gebrauch zu machen, da der Proceß nach der Litisdenunciation nicht aufgehalten werden soll[11]. Die Unterlassung oder Versäumung hat dieselbe Folge wie die Herausgabe der Sache ohne Proceß und ohne Zustimmung des Gewährsmanns[12]. Leistet der Gewährsmann keinen Beistand, so muß er gegen sich als Recht gelten lassen, was in diesem Processe gegen den Erwerber erkannt worden ist; dieser ist dann auch nicht verpflichtet, die gegen das Urtel erster Instanz zulässigen Rechtsmittel zu gebrauchen[13]. Die Litisdenunciation ist nicht nothwendig: 1) wenn sie erlassen worden ist[14]; 2) wenn der Gewährsmann intervenirt[15]; 3) wenn er dieselbe verhindert[16]; 4) wenn er seinen Wohnsitz aufgegeben hat und sein Aufenthalt unbekannt ist[17]. V. Der Umfang der Leistung bestimmt sich nach dem Grade der Verschuldung[18]. Hat der Verpflichtete wissentlich, ohne Wissen des andern, eine fremde Sache verkauft oder übergeben, so haftet er nach den Grundsätzen vom Betruge[19]; fällt ihm ein grobes Versehen zur Last, so muß er das ganze Interesse leisten; im Falle eines mäßigen Versehens hat er dem andern alle Verwendungen auf die Sache und alle Kosten wegen derselben zu erstatten, soweit nicht der Evincent Ersatz leisten muß[20]; ist kein solches Versehen vorgefallen, so beschränkt sich die Leistung auf das Kaufgeld[21]. Wird der Gegenstand nur theilweise entwährt, so hat der Berechtigte die Wahl zwischen der actio redhibitoria und der Klage auf Gewährleistung[22].

9) A.G.O. Th. I, Tit. 17. — A. L.R. I, 11, §§. 143—148.

10) A.G.O. a. a. O. §. 9. Die gemeinrechtlichen Civilisten streiten darüber.

11) A.G.O. a. a. O. §§. 14, 17. — L. 29, §. 2 D. de evict. (XXI, 2). In der Appellationsinstanz ist dazu noch so lange Zeit, als Neues angebracht werden kann. A.G.O. a. a. O. §. 15.

12) S. Note 8 und A. L.R. I, 11, §. 146; A.G.O. a. a. O. §. 10.

13) A. L.R. I, 14, §. 345; A.G.O. a. a. O. §§. 19, 20, 31.

14) A. L.R. I, 11, §. 148; A.G.O. a. a. O. §. 11. — L. 63 D. de evict. (XXI, 2).

15) A.G.O. I, 18, §§. 1, 7—11. — L. 20 C. eod. (VIII, 45).

16) A. L.R. I, 4, §. 105. — L. 55, §. 1; L. 56, §. 5 D. eodem.

17) L. 56, §. 6 D. eod. — Recht der Ford. §. 124.

18) Die Bestimmungen darüber sind unklar. S. Recht der Ford. §. 125. — Arndts, über Evictionsleistung, in der Jur. Wochenschr. 1838, Nr. 37. — Roeren, über die Evictionspflicht, insbesondere nach dem A. L.R.; in derf. Schr. 1837, S. 477 fg.

19) A. L.R. I, 5, §§. 320, 323, 285; I, 11, §§. 369, 424, 489, 163. S. oben §. 563, I.

20) A. L.R. I, 5, §. 288; I, 11, §§. 155—157. — Schles. Arch. I, S. 399 ff.

21) A. L.R. I, 11, §§. 161, 162.

22) Ebend. §§. 164—169, 188. Gilt nach R. R. nur bei physischen Fehlern.

Bei der letztern wird der Werth des entzogenen Theils nach Verhältnis seiner Güte zum Preise des Ganzen, nach Maßgabe des dem Geschäfte zum Grunde gelegenen Anschlags, oder in dessen Ermangelung nach dem Gutachten Sachverständiger bestimmt[23]). VI. Die Klage auf Gewährleistung ist zwar die ordentliche Contractsklage oder, wenn besondere Nebenabreden über die Gewährleistung getroffen sind, die actio ex stipulatu, allein der Anspruch wegen „solcher Mängel" ist an eine besondere kurze Verjährungsfrist gebunden, welche nach den Gegenständen des Geschäfts verschieden ist. Das „Recht" dauert bei Landgütern (§. 325) ein Jahr, bei städtischen Grundstücken, d. h. bei Grundstücken, welche nicht Landgüter sind, sechs Monate, bei beweglichen Sachen drei Monate von da an, wo der Mangel zur Kenntnis des Berechtigten gekommen ist[24]). Doch hat die Praxis diese positive Bestimmung völlig sachgemäß nur auf die Fälle bezogen, wo aus der Entwährung nur ein Mangel des Ganzen geltend gemacht und, mit einer der beiden ädilischen Klagen, redhibitorisch oder auf Erstattung des Minderwerths geklagt wird. Gebraucht aber der Uebernehmer, welchem durch Eigenthumsansprüche eines Dritten die Sache zum Theil entzogen wird, die Contractsklage, so kann ihm die kurze Verjährung nicht entgegengesetzt werden, so wenig wie in dem Falle überhaupt, wo die Sache ganz entwährt worden ist[24a]). Ueberhaupt läßt sich behaupten, daß die Contractsklage, im Gegensatz zu den ädilischen Klagen, der kurzen Verjährung gar nicht unterworfen ist[24b]).

§. 564.

4. Wegfall der Gewährleistung.

I. Die Verbindlichkeit zur Gewährleistung kann durch Willkür ausgeschlossen werden (pactum de non praestanda evictione),

23) Ebend. §§. 170, 189, 190. — L. 13—15, 45, 64, §. 3 D. de evict. (XXI, 2). Der §. 190 ist inconsequent, wenn ein Anschlag zum Grunde liegt.

24) A. L.R. I, 5, §. 344. Bei dauernden Rechtsverhältnissen, wie z. B. die Erbpacht war, erneuert sich das Klagrecht alljährlich. Pr. 26b, v. 15. Juli 1833. Ueber die durch die §§. 343, 344 veranlaßten Zweifel und Fragen s. Recht der Ford. §. 126.

24a) Plenarbeschl. des Obertrib. (Pr. 1885), vom 21. Juni 1847 (Entsch. Bd. XIV, S. 467, und mit Motiven Bd. XV, S. 3.). Damit wäre so ziemlich das R. R. hergestellt; doch weiß dasselbe nichts von der Anwendung der ädilischen Klagen im Falle der Eviction.

24b) Bei der in der Sache Beckschäfer c. Schüler, $^{111}/_{420}$ III, 48, am 31. Octbr. 1848 von dem III. Senate des Obertrib. getroffenen Entscheidung hat dieser Senat angenommen, daß die kurze Verjährung auf die in dem Contracte ausdrücklich verabredeten Verpflichtungen hinsichtlich der Gewährleistung nicht Anwendung finde. Anders wieder in der in demselben Senate am 28. Novbr. 1848 entschiedenen Sache Kutta c. Seliger, $^{507}/_{2040}$ III, 48.

doch macht Dolus das Pactum unwirksam[25]). Für stillschweigend ausgeschlossen gilt sie: 1) bei Verkäufen in Bausch und Bogen, wenn die Absicht der Parteien, daß die Gewährleistung wegfallen solle, aus dem Inhalte des Vertrags erhellet[26]); 2) wenn der Erwerber die Rechte des Dritten als wohlbegründet kennt[27]), ausgenommen die auf der Sache haftenden Privatlasten[27a]) und Schulden, die allemal vertreten werden müssen, wenn sie nicht ausdrücklich übernommen worden[28]). II. Bei eintretender Confusion gilt folgendes: 1) Wird der Geber Erbe des Erwerbers oder beerbt dieser jenen, so kann der Vormann des Gebers belangt werden, weil die Erbschaft durch die Eviction um so viel vermindert worden ist[29]). 2) Beerbt der Evictionskläger den Geber oder dieser jenen, ohne Vorbehalt, so ist der Evictionsanspruch ope exceptionis doli ausgeschlossen[30]), nach Maßgabe der Erbquote[31]), so daß, wenn mehrere Miterben sind, eine Gemeinschaft zwischen ihnen und dem Evictionsbeklagten entsteht; macht der letztere in diesem Falle von dem Einwande keinen Gebrauch, so kann er den ihm gebührenden Ersatz aus der Erbschaft fordern[32]). Der Vorbehalt der Rechtswohlthat schließt den Einwand aus, weil der Beneficialerbe nur, so weit die Erbschaft reicht, Ersatz zu leisten hat[33]).

---

25) A. L.R. I, 5, §. 348; I, 11, §§. 137, 138, 187. — Nach G. R. sind darüber die Meinungen sehr verschieden. Vergl. L. 11, §. 18 D. de act. emti (XIX, 1).

26) A. L.R. I, 11, §. 187. Erk. des Obertrib. vom 14. Januar 1856 (Entsch. Bd. XXXI, S. 385).

27) A. L.R. a. a. O. §§. 139, 159. Vergl. das Präjud. in der Jur. Zeit. 1834, Sp. 691 u. 712. — L. 27 C. de evict. (VIII, 45); L. 7 C. commun. utr. jud. (III, 38).

27a) Nach einer Senatsentscheidung des Obertrib. vom 16. Februar 1847 soll die Ausnahme nicht gelten, wenn die Privatabgaben im Hypothekenbuche eingetragen stehen. Entsch. Bd. XIV, S. 232. (3. A.) Die Meinung hat den in der L. 27 C. de evict. (VIII, 45) ausgesprochenen Grundsatz für sich. Vergl. L. 66 pr. D. de contrah. emt. (XVIII, 1).

28) A. L.R. a. a. O. §. 184. Anders nach L. 27 C. l. c. und L. 7 C. communia utriusque jud. (III, 38); die L. 27 wird jedoch verschieden ausgelegt. Hinsichtlich der Verbindlichkeiten aus Verpachtungen nimmt man an, daß es zur Befreiung des Verkäufers von der Vertretung genüge, daß dieselben dem Käufer vor Abschluß des Contracts bekannt gewesen sind. Präj. 1757, vom 18. April 1846.

29) L. 41, §. 2 D. de evict. (XXI, 2).

30) Quem de evictione tenet actio, eundem agentem multo magis repellit exceptio. A. L.R. I, 11, §. 142. — L. 73 D. eod.; L. 11, 14 C. eod. — L. 4, §. 32 D. de doli mali exc. (XLIV, 4). — L. 1 pr. D. de exc. rei vend. (XXI, 3).

31) A. L.R. I, 11, §. 141. — L. 14 C. de rei vind. (III, 32). Vergl. L. 17 D. de evict. (XXI, 2).

32) Arg. L. 19 D. de evict. (XXI, 2). Diese Stelle enthält den Satz des §. 140 d. T.

33) A. L.R. I, 11, §. 140; I, 16, §§. 486–491.

C. Verbindlichkeit zum Ersatz für natürliche Fehler.

§. 565.

1. Grundsätze.

I. Der Veräußerer muß dem Erwerber 1) für die nicht wahrnehmbaren natürlichen Fehler (vitia, morbi), welche er anzuzeigen unterlassen hat[1]), und 2) für die ausdrücklich ausbedungenen oder zugesicherten Eigenschaften (dicta promissave)[2]), deren Gegentheil nicht jedem in die Augen fällt[3]), einstehen. II. Der Fehler muß, wenn er einen Anspruch begründen soll, so erheblich sein, daß er der bestimmungsmäßigen Brauchbarkeit der Sache hinderlich ist[4]). Servituten, Lasten und Abgaben werden den natürlichen Fehlern gleich behandelt[5]). III. Der Fehler muß, zur Begründung der Verbindlichkeit, schon zur Zeit der Uebergabe vorhanden sein[6]). Behufs Feststellung der Thatsachen gelten von Viehkrankheiten folgende Beweisregeln: 1) Wenn ein Vieh binnen 24 Stunden, von Moment zu Moment gerechnet[6a]), nach der Uebergabe sich krank zeigt und dieses dem Veräußerer, oder, wenn derselbe nicht am Orte zugegen, dem Ortsgerichte, oder dem Sachverständigen so zeitig angezeigt wird, daß noch eine Untersuchung über die Zeit der Entstehung der Krankheit stattfinden kann, so gilt die Vermuthung, daß das Thier schon krank übergeben worden[7]). 2) Stirbt das Thier innerhalb 24 Stunden, so gilt die Vermuthung unbedingt,

1) A. L.R. I, 5, §§. 329—331; I, 11, §§. 193, 197. — L. 1, §. 1 D. de aed. ed. (XXI, 1). Eine Ausnahme gilt bei gerichtlichen Versteigerungen. A.G.O. I, 52, §. 12.

2) A. L.R. I, 5, §§. 325—328. — L. 18 pr.; L. 52, 19 pr. §§. 1—3 D. eod. Dazu gehören auch fehlende Pertinenzstücke. Entscheid. des Obertrib. Bd. VIII, S. 236.

3) L. 43 pr. §. 1 D. eod.

4) A. L.R. I, 5, §§. 318, 320. — L. 1, §§. 7, 8; L. 4, §. 6; L. 10, §. 2; L. 11 D. eod. — L. 54 D. de contrah. emt. (XVIII, 1). Dazu gehört bei lettres au porteur auch die Cursfähigkeit des Papiers. Pr. 1938, vom 28. October 1847 (Entsch. XVI, 114).

5) A. L.R. I, 5, §§. 334, 335; I, 11, §§. 183, 188. — L. 61 D. de aed. (XXI, 1).

6) A. L.R. I, 5, §§. 321, 322; I, 11, §. 199. Entscheid. des Obertrib. Bd. VIII, S. 237. Nach R. R. mußte er schon zur Zeit der Contractschließung vorhanden gewesen sein. L. 3 C. eod. Die Verschiedenheit hängt mit den Grundsätzen über den Zufall zusammen. §. 466.

6a) Präj. des Obertrib. Nr. 2100, vom 18. December 1848. (Entscheid. Bd. XVII, S. 152.)

7) A. L.R. I, 11, §§. 199—201. — Wer für den abwesenden Autor die Untersuchung betreiben und die Kosten dafür vorschießen soll, ist nicht vorgeschrieben, deshalb ist die Anzeige an die Dorfgerichte oder einen Sachverständigen unzweckmäßig. Durch Unterlassung der Anzeige geht bloß die Vermuthung, nicht das Recht verloren; der Ausdruck des §. 200 ist ungenau. Der Käufer hat dann die Beweislast. Pr. 257, vom 29. April 1837.

und der Veräußerer muß den vollständigen Gegenbeweis führen[8]). 3) Hinsichtlich einzelner Vieharten und Krankheiten, und zwar a) bei Pferden, wenn Dämpfigkeit, Herzschlägigkeit, schwarzer Staar, Mondblindheit, Dummkoller binnen 4 Wochen, Rotz und Räude binnen 14 Tagen, Stätigkeit binnen 4 Tagen; b) beim Rindvieh, wenn die Franzosenkrankheit in 8 Tagen; c) bei Schafen, wenn die Pocken in 8 Tagen; d) bei Schweinen, wenn die Finnen in 8 Tagen sich zeigen, gilt unbedingt dieselbe Vermuthung[9]). IV. Der Uebernehmer muß, wenn der Geber verbindlich werden soll, mit dem Fehler nicht zufrieden sein. Der Consens wird aber, auch in dem Falle, daß ausdrücklich über eine fehlerfreie Sache contrahirt worden, für stillschweigend erklärt angenommen, wenn der Fehler von der Beschaffenheit ist, daß er von jedem, auch ohne Kenner und ohne physisch verhindert zu sein, bei gewöhnlicher Vorsicht wahrgenommen werden konnte[10]). Hat der Käufer die mit einem in die Augen fallenden Fehler behaftete Sache bloß durch einen Fuhrmann oder Boten abholen lassen, so kann ihm, wenn er wegen jenes Fehlers Gewährleistung fordert, nicht entgegengesetzt werden, daß der Fehler nicht bereits bei der Uebergabe der Sache an den Fuhrmann gerügt worden sei[10a]). Ob der Geber den Fehler kannte oder nicht, ist unerheblich[11]). V. Ist der Gegenstand ein juristisches Ganze (universitas juris), so kommt auf die Beschaffenheit der einzelnen Stücke nichts an[12]); ist er ein Ganzes von Sachen (universitas facti) und nur ein einzelnes Stück fehlerhaft aber doch nicht ganz unbrauchbar für seine vertragsmäßige Bestimmung, so kann nur Schadloshaltung dafür gefordert werden[13]); wird jedoch das Ganze dadurch unbrauchbar, so gilt dasselbe was bei einer einzelnen Sache, ohne Unterschied, ob der Preis im gan-

8) Das Gegentheil muß klar ausgemittelt werden können. A. L.R. a. a. O. §. 202.

9) A. L.R. a. a. O. §§. 203—205. — Anh. §§. 13 u. 14. Die Literatur s. Recht der Ford. §. 128, I, 3, Note 18—26.

10) A. L.R. I, 5, §§. 329, 330; I, 4, §§. 81, 82. — L. 10, §. 14; L. 55 i. f. D. de aed. ed. (XXI, 1); L. 15, §. 1 D. de contrah. emt. (XVIII, 1). — Glosse zum Weichbild, Art. 97. — Eisenhardt, deutsches Recht in Sprichwörtern, Abth. IV, Nr. XX, S. 371.

10a) Entsch. des Obertrib. Bd. XIV, S. 186. (Pr. 1815, vom 18. December 1846.)

11) Recht der Ford. §. 128, II. a. E. — L. 11, §§. 1, 2 D. de aed. ed. (XXI, 1); L. 13, §. 3 D. de act. emti (XIX, 1).

12) A. L.R. I, 11, §. 484. — L. 14, §. 1 D. de hered. vend. (XVIII, 4); L. 33 pr. D. de aed. ed. (XXI, 1); L. 5 D. de evict. (XXI, 2); L. 1 C. eod. (VIII, 45).

13) A. L.R. I, 5, §§. 339, 340. — Anders nach L. 38, §§. 12, 13 D. de aed. ed. (XXI, 1).

zen oder nach den einzelnen Stücken bestimmt worden ist[14]). VI. Sind mehrere einzelne Sachen für Einen Preis erworben und ist eine davon fehlerhaft, so wird der Preis nach dem Gutachten Sachverständiger vertheilt[15]).

§. 566.

2. Rechtsmittel.

Der Empfänger hat gegen den Anspruch des Gebers auf Gegenleistung eine, der kurzen Verjährung nicht unterworfene Exception[1]) und wenn er erfüllt hat, nach Umständen, die gewöhnliche Contractsklage und auch zwei besondere Klagen. I. Die Contractsklage ist nach R. R. begründet und ausreichend im Falle des Dolus[2]) und wegen ausdrücklich vorbedungener Eigenschaften[3]), sowie wegen fehlender Quantität[4]). Das Pr. R. hat nur wegen Dolus und wegen fehlender Quantität die gewöhnliche Contractsklage[5]), was wegen der kurzen Verjährung wichtig ist; wegen vorbedungener Eigenschaften ist der Anspruch an die Gewährleistungsklage mit der kurzen Verjährung gebunden. II. Die beiden besondern Klagen werden im Pr. R. nicht unterschieden, sind aber materiell vorhanden, indem der Empfänger die Wahl hat, den Vertrag aufzuheben (actio redhibitoria), oder Vergütung für den Minderwerth zu fordern (actio quanti minoris)[6]). Beide Klagen haben ein gemeinsames Fundament, welches in dem geschlossenen Vertrage und in dem gerügten Fehler besteht. Wird mithin die eine Klage, z. B. die Wandelungsklage, deswegen, weil der gerügte Mangel nicht vorhanden oder nicht bewiesen ist, rechtskräftig abgewiesen, so ist damit auch die andere Klage (die Minderungsklage) consumirt, dergestalt, daß, wenn dieselbe dennoch angebracht wird, der Einwand rechtskräftig entschiedener Sache (exc. rei judicatae) mit Erfolg entgegengesetzt werden kann[6a]). Die Wahl der Klage

14) A. L.R. I, 5, §. 341. — L. 34 pr. §. 1 D. eodem.

15) A. L.R. I, 5, §. 342; I, 11, §§. 173, 170, 171. Nach L. 64, §. 1 D. eod. wird die Vereinbarung der Parteien nicht durch einen Dritten ergänzt, weil dies der Natur eines Vertrags widerspricht.

1) A. L.R. a. a. O. §§. 271, 396, 399. — L. 59 pr. §. 1 D. eod. — Pr. 407, vom 6. Januar 1838.

2) L. 4, §. 4 D. eod. — L. 11, §. 5 D. de act. emti (XIX, 1).

3) L. 13, §. 3 D. de act. emti (XIX, 1).

4) L. 4, §. 1; L. 6 pr.; L. 42 D. eodem.

5) A. L.R. I, 11, §§. 207, 210. S. jedoch oben §. 563 a. E. und die Noten 24[a] u. [b] daf.

6) A. L.R. I, 5, §§. 325—331.

6[a]) (3. A.) Vergl. Erk. des Obertrib. vom 17. Juni 1856 (Entscheid. Bd. XXXIV, S. 73).

findet bis zur rechtskräftigen Entscheidung statt, weil der Kläger die angebrachte Klage bis dahin wieder zurücknehmen, und eine andere Klage anbringen kann[7]), wenn nemlich der Beklagte dieselbe ihrem Grunde nach bestritten, mithin die getroffene Wahl nicht angenommen hat[7a]). III. Die Wahl der Klage auf Zurücknahme der Sache findet nur dann statt, wenn der Zustand der Sache noch unverändert, oder aus einer schon vor der Uebergabe vorhanden gewesenen Ursache verändert ist[8]); diese Klage begründet, mit Erfolg durchgesetzt, zwischen den Parteien ein Verhältnis, welches dem Verhältnisse eines Kaufs unter einer Resolutivbedingung ähnlich ist; der Geber muß demgemäß die Sache oder deren Ueberrest gegen Zurückzahlung des empfangenen Kaufgeldes wiedernehmen, und die Zinsen des Kaufgeldes werden mit dem Gebrauche oder den Nutzungen der Sache compensirt[9]), es muß mithin der nicht gezahlte Theil des Kaufgeldes verzinset werden[10]), wenn der Zurückgebende nicht, wie ihm freisteht, vorzieht, die Nutzungen zu berechnen[11]). Die Verbindlichkeit zum Ersatze der auf die Erwerbung verwendeten Kosten, so wie der auf die Erhaltung der Sache verwendeten außerordentlichen Kosten[12]), beruhet auf dem Grundsatze, daß der Erwerber in den frühern Stand gesetzt, mithin schadlos gehalten werden muß[13]). Die Interessenforderung bestimmt sich nach dem Grade des vorgefallenen Versehens[14]). Die wegen verzögerter Erfüllung ausbedungene und bezahlte Conventionalstrafe ist der Empfänger zurückzuzahlen nicht schuldig, weil diese das vertragsmäßige Interesse bei der prompten Erfüllung ist, welches durch die Zurückgabe der schlechten Leistung nicht aufgehoben wird. Haben mehrere gemeinschaftlich eine Sache erworben, so müssen alle über die Zurückgabe einig sein[15]). IV. Beide Klagen, wegen

---

7) So nach L. 43, §. 6 D. de aed. ed.(XXI, 1). — Vergl. A.G.O. I, 5, §§. 21—23; I, 10, §. 5a. Die Frage ist zweifelhaft, weil in der Klage eine schriftliche, folglich verbindliche Wahl gefunden werden kann. I, 5, §. 316. S. oben von alternativen Obligationen, §. 455.

7a) Vergl. oben Anm. 13a zu §. 455.

8) A. L.R. I, 5, §§. 327, 328. Nach L. 23, 25 D. de aed. ed. hindert die Veränderung nicht die actio redhib., sondern begründet, nach Umständen, die Verbindlichkeit zum Ersatze der Verschlechterungen.

9) A. L.R. I, 11, §§. 165—167, vergl. mit §. 297.

10) Schles. Archiv, Bd. V, S. 381 fg. — A. L.R. I, 11, §§. 109, 291.

11) A. L.R. a. a. O. §. 292. Dann kann er auch die gewöhnlichen Erhaltungskosten ansetzen. Vergl. Tit. 7, §§. 216, 236.

12) A. L.R. I, 11, §§. 306 u. 307.

13) Ebend. I, 5, §§. 155—157. Der Redliche soll keinen Schaden haben.

14) Ebend. I, 11, §§. 168, 155. Vergl. oben §. 563, V.

15) Sowohl weil die Rückgabe untheilbar ist (A.G.O. I, 5, §. 4, Nr. 7),

Zurücknahme der Sache, oder wegen Erstattung des Minderwerths, verjähren bei Landgütern in drei Jahren, bei andern Grundstücken in Einem Jahre, bei beweglichen Sachen binnen sechs Monaten vom Tage des wirklichen Empfanges (nicht der Uebergabe)[16]. Die Contractsklage wegen Dolus auf Ersatz des Interesses oder Aufhebung des Contracts, oder wegen fehlender Quantität auf vollständige Erfüllung oder Entschädigung ist nicht dieser kurzen Verjährung unterworfen, weil es eben eine andere materielle Klage ist. Eben so wenig ist dies der Fall mit der Klage auf Rückerstattung der Gegenleistung, wenn der Geber die Sache freiwillig zurückgenommen hat, weil diese Klage gleichfalls nicht die Wandelklage, sondern eine actio in factum ist[17]. V. Die Klagen werden durch dieselben Gründe ausgeschlossen, aus welchen der Anspruch auf Gewährleistung wegfällt (§. 564). Der Vorbehalt des Gebers, daß er für gewisse Fehler nicht hafte, ist eine Bestimmung des Gegenstandes, nicht eine Nebenabrede[18].

V. Wiederaufhebung der Verträge.

§. 567.

1. Durch wechselseitige Einwilligung (mutuus dissensus).

Der wechselseitige Dissens ist ein Vertrag, wodurch ein schon bestehender Vertrag wieder aufgehoben wird; er kann nur, wie sich versteht, unter denselben Parteien mit Erfolg geschlossen werden und ist ein neues Rechtsgeschäft[1]. War schon von einer oder anderer Seite auf den aufgehobenen Contract etwas geleistet, so begründet der Dissens eine neue Verbindlichkeit[2]; ist wegen der Kosten nichts bestimmt, so gilt die Regel, daß jeder Theil die Hälfte trägt, auch hier[3]. Der Dissens ist nicht an die nemliche Form gebunden,

---

als auch weil nach Pr. R. Gemeinschaft stattfindet. A. L.R. I, 5, §. 450; I, 17, §. 155.

16) A. L.R. I, 5, §. 343. S. darüber Recht der Ford. §. 126. Es macht keinen Unterschied, ob die Sache nur einzelne Fehler hat oder zu dem bestimmten Zweck ganz unbrauchbar ist. Pr. 203, vom 18. März 1837.

17) L. 31, §. 17 D. de aed. ed. (XXI, 1). Deshalb kommt es dabei auch nicht darauf an: ob die Sache erhebliche Fehler hatte. Der Grund der Klage ist Zurücknahme der Sache (factische Aufhebung des Contracts). Erheblich kann jedoch die Einrede der mangelnden Form sein, wenn die Sache noch unverändert ist.

18) Vergl. den Rechtsfall im Schles. Archiv, Bd. III, Nr. 40.

1) A. L.R. I, 5, §§. 391, 392.

2) Ebend. §. 390; I, 11, §. 249. Der §. 390 ist ungenau gefaßt, denn ein neuer Vertrag ist der Dissens in allen Fällen.

3) A. L.R. I, 11, §. 248. Eigentlich sollten die gemeinschaftlichen Kosten von jedem zur Hälfte getragen und die eigenen compensirt werden, weil kein Grund zu einer Erstattungsverbindlichkeit besteht.

welche für den aufgehobenen Vertrag vorgeschrieben: 1) Ist auf den Vertrag noch von keiner Seite etwas geleistet, der Vertrag auch nicht gerichtlich geschlossen und soll er bloß schlechthin aufgehoben werden: so genügt mündliche Verabredung in Verbindung mit der Vernichtung der vorhandenen Urkunde; mündliche Uebereinkunft ohne Hinzutritt der Cassation des schriftlichen Instruments ist unwirksam[4]). 2) Ist schon etwas geleistet, so ist die schriftliche Form erforderlich, welche für den Vertrag selbst vorgeschrieben ist. 3) Dasselbe gilt, wenn der noch ganz unerfüllte Vertrag unter Bedingungen und Modalitäten aufgehoben wird. 4) Mußte der Vertrag gerichtlich abgeschlossen werden, so kann die Aufhebung in allen Fällen nur gerichtlich erfolgen[5]).

§. 568.

2. Durch einseitigen Rücktritt (Rescission).

Der einseitige Rücktritt ist zulässig: I. wegen Betrugs (§. 105); II. wegen zufälliger Unmöglichkeit der Erfüllung (§. 466), in welchem Falle Zurückgabe des von der andern Seite bereits Geleisteten, und Herausgabe der davon gezogenen Vortheile, mit der condictio causa data causa non secuta, gefordert werden kann, daher der Beklagte nur für die Folgen eines groben Versehens zu haften und keine Zinsen zu zahlen hat[5a]). III. Wegen unvorhergesehener Veränderung der Umstände, wenn die Veränderung einen Umstand betrifft, welchen entweder die Natur des Vertrags, oder ausdrückliche Verabredung dergestalt wesentlich erfordert, daß ohne ihn der Vertrag wegfällt[6]). Derjenige, welcher aus diesem Grunde zurücktritt, kann das bereits auf Abschlag Ge-

4) A. L.R. I, 5, §§. 386, 387. Pr. 1839, v. 2. Februar 1847 (Entsch. Bd. XIV, S. 192). Die Cassation eines einseitigen schriftlichen Anerkenntnisses soll nicht nöthig sein. Pr. des Obertrib. vom 24. Juni 1850 (Entsch. XX, 93).

5) A. L.R. a. a. O. §§. 388, 389. Eine Ausnahme macht der Verwaltungsvertrag, welcher auf der Seite des Principals jederzeit kündbar ist, und nur zur Entschädigung des Verwalters verpflichtet. Pr. 1708, vom 24. Januar 1846.

5a) A. L.R. a. a. O. §§. 365—368; I, 7, §. 219. (3. A.) Das R. R. erklärt jede unmögliche Obligation für nichtig. L. 185, 31 D. de reg. jur. (L, 17); L. 35 pr. D. de verb. obl. (XLV, 1); L. 1, §. 9 D. de obl. et act. (XLIV, 7); §§. 1, 2 J. de inutil. stip. (III, 19). Dies ist die Regel. Eine Ausnahme gilt bei den kaufartigen Geschäften. Hier wird auf die Unbekanntschaft des Gläubigers (Käufers) mit der Unmöglichkeit gesehen. War er damit nicht bekannt, so gilt der Contract, d. h. er hat die actio emti auf Schadloshaltung; L. 4, 29 C. de evict. (VIII, 45); kannte er solche, so ist der Contract null. L. 6 pr.; L. 34, §. 2; L. 57, §. 3; L. 70; L. 15, §. 1 D. de contrah. emt. (XVIII, 1). v. Savigny, Obligationenrecht, Bd. II, S. 285 ff.

6) A. L.R. I, 5, §. 378. Ist Weber's Lehre. Dessen Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit, §. 90. — Recht der Ford. §. 137.

leistete nicht zurückfordern, weil er insoweit schon liberirt ist und der Rücktritt keine andere Wirkung als die Freimachung von der noch bestehenden Verbindlichkeit hat; er muß auch den andern entschädigen, wenn er selbst die Veränderung bewirkt hat, oder wenn sie auch nur in seiner Person liegt; kann hingegen seinerseits Schadloshaltung fordern, wenn der andere die Veränderung verschuldet [7]). IV. Wegen Mangels der Erfüllung von der andern Seite (Treulosigkeit) [8]) a) bei Verträgen, deren Hauptgegenstand Handlungen sind, in allen Fällen; der andere hat, wenn der Grund des Contractsbruchs richtig ist, dem Zurücktretenden den wirklichen Schaden zu ersetzen, wenn das Vorgeben unrichtig befunden wird, vollständige Schadloshaltung zu fordern [9]); b) bei Verträgen, deren Hauptgegenstand andere Leistungen sind, alsdann wenn der andere die Erfüllung aus einem unerheblichen Grunde verweigert [10]). V. Wegen des Todes des Verpflichteten kann der andere zurücktreten, wenn individuelle Handlungen der Gegenstand sind [11]), und überhaupt, wenn dem Verstorbenen, wegen seiner persönlichen Eigenschaften und eines darauf gegründeten Vertrauens, besondere sonst bei solchen Geschäften ungewöhnliche Vortheile zugesichert worden sind, und die Erben dafür, daß sie dem Vertrage ebenso, wie es von dem Verstorbenen selbst zu erwarten war, genügen werden, nicht annehmliche Sicherheit bestellen [12]). VI. Wegen Mangels eines rechtlichen Interesses des andern Theils [13]).

7) A. L.R. I, 5, §§. 379, 383, 384.

8) Sievert, Materialien, H. VIII, S. 138 ff. — Ueber die Aufhebung der Verträge wegen Mangels der Erfüllung von der andern Seite; in den Jahrb. Bd. II, S. 85. — Schlechtendal, noch etwas über die Lehre des Landrechts von Aufhebung der Verträge wegen Mangels der Erfüllung von der andern Seite; ebend. Bd. IV, S. 267.

9) A. L.R. I, 5, §§. 408—411. Welcher Gegenstand der Hauptgegenstand ist, läßt sich nicht immer sagen; der Satz ist zu unbestimmt. Besteht die Leistung theils im Geben theils in Handlungen, so kommt dieser Grundsatz zur Anwendung. Pr. 2066, vom 3. October 1848. Das Recht zum Rücktritt und die Forderung auf Schadloshaltung erlischt dadurch nicht, daß der Gläubiger den säumigen Schuldner hat zur Erfüllung verurtheilen lassen; der Schuldner erwirbt daraus kein Recht auf nachträgliche Erfüllung. Entsch. XX, 124.

10) A. L.R. a. a. O. §§. 395—407. Die Theorie ist ganz neu erdacht und verwickelt, dabei sind die Bestimmungen unvollständig, unklar und in der Anwendung gefährlich; übrigens aber ganz unpraktisch. S. darüber Recht der Forder. §. 138. Einen Fall der Anwendung des §. 406 s. Entsch. des Obertrib. XX, 97.

11) A. L.R. a. a. O. §. 416. Gehört in die Lehre von Verträgen über Handlungen.

12) Ebend. §. 423. — S. dazu Recht der Forder. §. 139.

13) So muß wohl der §. 70 a. a. O. verstanden werden; der Satz paßt übrigens nicht für das heutige Recht. Die Quelle ist die L. 38, §. 17 D. de verb. obl., welche sich speciell auf Stipulationen für Dritte bezieht, und die L. 15 D. de servit., die sich über die Entstehung einer Servitut verhält.

VII. Wenn der Rücktritt vorbehalten ist. — Der Rücktritt erfordert die zur Eingehung des Geschäfts erforderliche Form, weil er ein Willensact ist[14]).

Zweite Abtheilung.

Von einseitigen Handlungen.

§. 569.

I. Handlungen des Verpflichteten.

Die einseitigen Handlungen (§. 102) sind entweder erlaubte oder unerlaubte. I. Erlaubte einseitige Handlungen, namentlich bloß einseitige Versprechen, machen in der Regel nicht verbindlich. Eine Ausnahme macht das Gelübde (votum), d. i. das sich selbst gegebene Versprechen einer Leistung zu einem frommen oder religiösen Zwecke. Der Gelobende bleibt zwar nur in seinem Gewissen verpflichtet, ob er dasselbe erfüllen will, sein Erbe aber ist, wenn der Erblasser mit der Erfüllung angefangen hat, zur Vollendung verpflichtet, wenn er nicht nachweisen kann, daß der Erblasser solche nicht gewollt hat[1]). Pollicitationen, worunter das G. R. ein dem gemeinen Wesen geleistetes einseitiges Versprechen versteht[2]), sind dem Pr. R. unbekannt. Auslobungen[3]) sind Anträge zur Eingehung eines Vertrags über Handlungen und gehören nicht hierher. II. Einseitige erlaubte oder unerlaubte Handlungen (§§. 137 flg.), welche die Rechte anderer verletzen und dadurch beschädigen, begründen in Fällen, wo der Rechtsschutz nicht schon durch ein bestehendes Klagrecht gesichert ist, eine selbständige Verbindlichkeit zur Entschädigung (§§. 141 u. 145). Das Pr. R. hat für alle Entschädigungsklagen aus dergleichen Handlungen die Verjährung von drei Jahren, seit der von der Verletzung und dessen Urheber erlangten Kenntnis; nach 30 Jahren ist die Klage auch dann ausgeschlossen, wenn der Verletzte bis dahin keine Kenntnis von dem Urheber hatte[4]). Diese kurze Verjährung findet Anwendung auf

14) Deshalb ist der Satz, daß der in einem schriftlichen Vertrage über ein Grundstück vorbehaltene Rücktritt formlos geschehen kann (angenommen vom III. Senate des Obertribunals am 5. October 1848, in Revis.Sachen Fingerling c. Marks Liepmann) ungerechtfertigt.

1) A. L.R. I, 5, §§. 5 u. 6. — Vergl. L. 2 D. de pollicit. (L, 12). — Suarez, amtl. Vorträge, Jahrb. Bd. XLI, S. 4.

2) L. 1, §§. 1, 4—5; L. 2—4; L. 6 pr., 7, 9, 11, 14 D. eod. — Wichers, de romano pollicitationum jure. Groen. 1805. — v. Bülow, Abhandl., Th. I, Nr. 11, S. 271 flg.

3) A. L.R. I, 11, §. 989. — S. weiter unten §. 712.

4) A. L.R. I, 6, §§. 54, 55. — Ueber die Gründe s. Suarez, amtliche

alle, außer dem Falle eines Vertrags entstandene Beschädigungen, die Ursache mag eine erlaubte oder unerlaubte Handlung sein, doch nur auf die allgemeine Entschädigungsklage, nicht auf zustehende besondere Klagen, z. B. Vindication, Condiction ꝛc.[4a]). Daher findet sie Anwendung auf Ansprüche wegen Beschädigungen durch öffentliche Anlagen, wie z. E. den Bergbau, nicht aber auf Ansprüche wegen Vergütung für das zu solchen Anlagen herzugebende Eigenthum oder Nutzungsrecht; ferner soll sie Anwendung finden auf Entschädigungsansprüche gegen öffentliche Beamte von Seiten derjenigen Personen, mit welchen sie im Amte in Berührung gekommen sind[5]), nicht aber auf solche Ansprüche, welche von dem Dienstherrn auf Grund des Dienstcontracts erhoben werden; auch nicht auf Fälle, wo der Beschädigte sich zugleich mit dem Schaden des andern einen Vortheil verschafft hat, soweit der Anspruch den Betrag dieses Vortheils nicht übersteigt (Klage wegen Bereicherung)[6]).

II. Handlungen Dritter.

A. Verträge.

§. 570.

1. Das Allgemeine.

Die röm. Regel: obligatio tertio non contrahitur, ist anerkannt[7]). Es läßt sich aber auf zweierlei Weise bewirken, daß man aus einem unter Dritten abgeschlossenen Vertrage Rechte erlangt, nemlich: wenn man in solutione sein soll (adjectus solutionis causa), wo man von dem Schuldner, der dadurch die Wahl hat, an wen er zahlen will, die dem Gläubiger versprochene Leistung giltig empfangen kann[8]); und wenn der Dritte die Leistung, welche er sich

Vorträge, Jahrb. Bd. XLI, S. 7. Der zweite neuerfundene Satz widerspricht allgemeinen Rechtsgrundsätzen.

4a) Pr. 1883, vom 7. Mai 1847 (Entsch. Bd. XV, S. 97). Dagegen soll sie doch wieder auf die actio tutelae (Regreßansprüche ehemaliger Pflegebefohlener an ihre gewesenen Vormünder — wie es ausgedrückt wird) Anwendung finden. Pr. vom 31. Octbr. 1837. In diesen Anwendungen ist natürlich kein leitender Grundgedanke, weil das Generalisiren die sachlichen Begriffsbestimmungen verworfen und damit den Boden verloren hat.

5) Das Princip ist in dieser Allgemeinheit nicht richtig, indem in sehr vielen Fällen ein Contractsverhältnis, namentlich ein Auftrag oder ein Realcontract nach der Form do ut facias, zum Grunde liegt.

6) Decl. v. 31. März 1838 (G.S. S. 52). — Vergl. die ältern Rechtsfälle in: Simon, Rechtsspr. Bd. I, Nr. 22 und 23; Entscheid. des Obertrib. Bd. II, Nr. 26. S. oben die Note 4a.

7) A. L.R. I, 5, §§. 75, 76. — L. 11 D. de obl. et act. (XLIV, 7); §. 4 J. de inutil. stipul. (III, 20).

8) A. L.R. I, 16, §§. 31, 32. — §. 4 J. eod.; L. 126, §. 2; L. 141,

von seinem Contrahenten für uns versprechen läßt, zur Bedingung einer für sich auf den Nichtleistungsfall ausbedungenen Strafe macht (§. 558, IV, 3), oder wenn er selbst bei der Leistung an uns ein Interesse hat [9]); in beiden Fällen aber kann nur der Gläubiger (der Contrahent) klagen. Soll derjenige, zu dessen Vortheil die Dritten unter sich paciscren, Gläubiger werden und ein Klagrecht erwerben, so muß er als Mitcontrahent von den Parteien, unter Zustimmung aller derjenigen Interessenten, welche den Vortheil des Dritten bezweckt haben, zugezogen werden und dem Vertrage in derselben Form, welche erforderlich gewesen sein würde, wenn von Anfang mit ihm allein contrahirt worden wäre, beitreten, wobei die allgemeinen Regeln vom Antrage und der Annahme (§. 548) gelten. So lange keine einstimmige Aufforderung der Parteien, oder desjenigen von ihnen, welcher etwa nur allein den Vortheil des Dritten bezweckt hat [9a]), zum Beitritt an jenen ergangen ist, können sie nach Gutbefinden den Vertrag unter sich ändern oder wieder aufheben; nach erlassener Aufforderung müssen sie die gesetzliche Zeit zur Annahme abwarten [10]). Es muß sonach ein neuer Vertrag zwischen den Hauptparteien und demjenigen, für welchen der Vortheil entstehen soll, geschlossen werden, wodurch ein Verhältnis der Stellvertretung hergestellt wird [11]). Auf den Fall, wenn ein Vater in einem mit dem einen seiner Kinder geschlossenen Güterüberlassungsvertrage, einem andern Kinde eine Abfindung ausgesetzt hat, hält man den Grundsatz nicht für anwendbar; man erkennt ein Klagrecht des Kindes auf die Abfindung gegen den Gutsannehmer ohne Cession des Vaters an [12]).

---

§. 3 D. de verb. oblig. (XLV, 1); L. 12, §. 1; L. 95, §. 5; L. 98, §§. 4, 5 D. de solution. (XLVI, 3). Der Gläubiger kann davon nicht einseitig abgehen und zu seinen Händen Zahlung fordern, §. 559.

9) §§. 19, 20 J. de eod. — L. 38, §§. 17, 20—23 D. de verb. obl. (XLV, 1). Des Beweises eines besondern Interesses bei der geforderten Erfüllung bedarf es nicht, wenn der eine Contrahent gegen den andern auf Erfüllung klagt. Pr. des Obertrib. 1571, v. 10. Mai 1845 (Entsch. Bd. XII, S. 150).

9a) S. Entscheidungen des Obertrib. Bd. X, S. 341 ff.

10) A. L.R. I, 5, §§. 74—77. — Simon, Rechtsspr. Bd. III, S. 171. — Vergl. Declar. vom 21. März 1835 (G.S. S. 42).

11) A. L.R. I, 5, §. 75. Dadurch ist der unter den Civilisten geführte Streit für das Pr. R. entschieden. S. über die verschiedenen Meinungen: Grattenauer, Abhandlungen und Aufsätze ꝛc. (Glogau 1805), Nr. III, und den Auszug daraus in Mathis, Bd. II, S. 59 und 263 ff.

12) Pr. 1770 (Pl.Beschl.) v. 25. Aug. 1846 (Entsch. Bd. XIV, S. 68). Der Vater vertritt hier das Kind. (3. A.) Der Satz ist später, durch das Erk. v. 13. October 1856 (Entsch. Bd. XXXIV, S. 39), dahin beschränkt worden, daß auch auf diese Verträge der §. 76 d. T. Anwendung finde. Allein auch in dieser Beschränkung führt der Satz in seiner Consequenz zu Unzuträglichkeiten. Darüber: Anm. 69 zu §. 75 d. T. des A. L.R.

2. Stellvertretung.

H. Buchka, die Lehre von der Stellvertretung bei Eingehung von Verträgen, historisch und dogmatisch dargestellt. Rostock u. Schwerin 1852. — v. Savigny, Obligationenrecht. Bd. II (Berlin 1853), S. 21—88.

§. 571.

a) Grundsatz.

In der Regel ist jeder für einen Dritten abgeschlossene Vertrag dergestalt, daß er selbst daraus klagen und belangt werden kann, giltig, wenn die Person, welche den Vertrag geschlossen hat, aus irgend einem rechtlichen Grunde als Mittel des Dritten angesehen wird[1].

§. 572.

b) Einzelne Gründe.

Dergleichen rechtliche Gründe sind: I. Auftrag. Freie Stellvertretung durch einen Beauftragten ist in der weitesten Ausdehnung zulässig, so daß selbst wegen Ueberschreitung der dem andern unbekannten Grenzen des Auftrags und auch während der Dauer des Verhältnisses ein Anspruch gegen die Person des Stellvertreters nicht zulässig ist[2]. Nach diesem Stande hätte es keiner besondern Regeln für einzelne Verhältnisse mehr bedurft; es sind jedoch viele, im R. R. vorfindliche, in den Grundansichten desselben wohlbegründete Verschiedenheiten beibehalten. Deshalb ist auch in dieser Beziehung noch zu unterscheiden: 1) der Vollmachtsauftrag (s. unten §. 655), 2) die Procura (actio institoria) (§. 411), 3) das Verhältnis des Schiffers (actio exercitoria) (§. 423). II. Juristische Gewalt (Potestas). Das heutige Recht, namentlich das preußische, weicht hierbei von dem römischen von Grund aus ganz ab[3], weil die römischen Rechtsansichten auf die deutschen Familienverhältnisse nicht passen; es ist kein römisches Institut aus dem Familienrechte, bezüglich auf die nothwendige Vertretung des Familienhaupts, aufgenommen. 1) Die Kinder sind hinsichtlich des Erwerbes von dem Vater rechtlich unabhängig; sie erwerben für sich selbst, ohne den Beitritt des Vaters, mit Ausnahme des Falles,

1) Eine Ausnahme macht die Ehe der „Privatpersonen," worunter wohl Unterthanen, im Gegensatz zu den Personen aus der regierenden Familie, zu verstehen sind: A. L.R. II, 1, §. 167. Nach altem R. R. galt gar keine freie Stellvertretung. Nach und nach fand der Grundsatz Eingang, zuerst bei dem Darlehn. L. 15, L. 9, §. 8 D. de reb. cred. (XII, 1).

2) Ueber die Entwickelung des Grundsatzes s. Recht der Ford. §. 142.

3) S. darüber Recht der Ford. §. 148.

wo solches bei Gelegenheit der Hilfsleistung in der Wirthschaft und dem Gewerbe der Eltern geschieht, indem dieser Fall ein Auftrag ist[4]). Verbindlich gemacht wird der Vater durch das Kind niemals ohne Befehl, Auftrag, Genehmigung oder nützliche Verwendung; daß der Vater ein- oder anderesmal die Schulden des Kindes bezahlt, begründet keine Vermuthung für das Dasein einer solchen Bevollmächtigung[5]); auch dadurch wird der Vater nicht verbindlich, daß er dem in seiner Gewalt befindlichen Kinde seine Bewilligung zur Eingehung eines eigenen Rechtsgeschäfts gibt, weil die väterliche Gewalt in dieser Beziehung nur die Bedeutung einer Vormundschaft hat[6]). Ebenso umgekehrt, in Vergleich zum R. R., verhält es sich mit der Verbindlichmachung der Kinder in väterlicher Gewalt: vermöge der väterlichen Vormundschaft werden die minorennen nur durch den Vater vertreten und die großjährigen bedürfen noch der väterlichen Bewilligung, um sich civiliter zu verpflichten[7]). 2) Ehefrauen, welche nach den Grundsätzen des Pr. R. in einer Art Vormundschaft des Mannes stehen (s. o. §. 112, I, d, und unten §. 749, III), verpflichten den Mann: a) durch alle, die ordentliche Vermögensverwaltung, den Unterhalt der Familie, oder den Gewerbsbetrieb betreffenden Handlungen, welche von ihr bei gänzlicher Unfähigkeit des Mannes durch anhaltende Krankheit, oder in Abwesenheit des Mannes ausgehen und so dringlich sind, daß dazu die Verfügung des Mannes, entweder weil sein Aufenthalt dem andern Contrahenten nicht bekannt oder weil er zu entfernt ist, nicht eingeholt oder abgewartet werden kann[8]); b) durch Aufborgung von Waaren oder Sachen zu gewöhnlichen Haushaltungsgeschäften oder Nothdurften, ohne Unterschied, ob die Frau das dazu nöthige Geld von dem Manne erhalten hat oder nicht, weil der Dritte davon keine Wissenschaft haben kann, es wäre denn, daß der Mann das Creditgeben an seine Frau öffentlich durch den Richter

4) A. L.R. II, 2, §§. 123—128. S. unten §. 768.

5) Ebend. §§. 126—128. Ueber die Gedanken der Verf. bei diesen Satzungen s. m. Jahrb. Bd. XLI, S. 135.

6) Die L. 1 pr. §. 6 D. quod jussu, und L. 5 C. ad SC. Maced., woraus man das Gegentheil für unser Recht hat beweisen wollen (Gesetzrevis., Motive z. Entwurf zu II, 2, S. 20), passen auf unsere Zustände ganz und gar nicht. S. unten §. 768.

7) A. L.R. II, 2, §§. 126, 131. Ausnahmen: §§. 158, 159 und A. G.O. I, 1, §§. 13, 14. Die väterliche Beistimmung genügt, wenn auch zwei seiner Kinder mit einander contrahiren. Pr. 1662, v. 6. Decbr. 1845 (Entsch. Bd. XIII, S. 332).

8) A. L.R. II, 1, §§. 202, 326.

hätte verbieten lassen[9]); c) durch Contrahirung solcher Schulden, welche zum Betriebe des ihr aufgetragenen Gewerbes oder eines Theils davon, in Abwesenheit des Mannes, von ihr gemacht werden[10]). Die Frau gilt in diesen Fällen als Institor, wird mithin nicht persönlich verpflichtet[11]), ohne Unterschied, ob sie in eigenem Namen oder für den Mann contrahirt, weil die Frau ihre Person niemals ohne Zustimmung des Mannes einem Dritten verbindlich machen kann, und weil überdies dergleichen Verbindlichmachung eine Intercession für den Ehemann sein würde. d) Der Mann wird auch durch seine Einwilligung[12]) zu den Rechtsgeschäften der Frau, als Selbstschuldner, verpflichtet, weil er Herr des ganzen Haushalts und Erwerbs ist. Die Selbsthaftung des Mannes fällt weg: aa) wenn der Frau die Einkünfte des besondern Gewerbes vorbehalten sind; bb) wenn die Einwilligung mit ausdrücklicher Verwahrung gegen die Selbsthaftung gegeben ist; cc) wenn der Gläubiger ein Unterpfandsrecht in dem Vermögen der Frau, wenn auch erst hinterdrein, bestellt erhalten hat[13]). III. Vormundschaft. Der Pflegebefohlene wird unmittelbar und persönlich durch die giltig vollzogenen Rechtshandlungen des Vormundes berechtigt und verpflichtet (§. 793); nur wenn der Vormund in Angelegenheiten seines Mündels in eigenem Namen contrahirt hat, haftet er dem andern persönlich und muß erst durch Abnahme der Verbindlichkeit, seitens des gewesenen Pflegebefohlenen, befreit werden; der Pflegebefohlene bedarf auch in diesem Falle keiner Cession[14]). Zur Perfection des Vertrages ist in der Regel, wenn es nemlich nicht besonders vorgeschrieben ist[14a]), die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts nicht erforderlich, vielmehr vertritt der Vormund die juristische Persönlichkeit des Pflegebefohlenen vollständig[14b]).

9) Ebend. §§. 321—324. Die Privatbekanntmachung bleibt wirkungslos.

10) §. 325 a. a. O.

11) §. 328 a. a. O. Unpassend hat man hier von einer versio in rem gesprochen, wodurch die Frau persönlich verpflichtet werden soll. S. u. §. 573.

12) Auf Zeit und Form der Einwilligung, die selbst stillschweigend, z. B. durch Duldung eines von der Frau unternommenen eigenen Gewerbes, erklärt werden kann, kommt nichts an. Simon, Rechtsspr. Bd. I, S. 309. — Pr. 1842 (Pl.Beschl.) vom 1. März 1847 (J. M. Bl. S. 155). — S. auch unten §. 752, III.

13) A. L.R. II, 1, §§. 329—337. In diesen Ausnahmefällen steht der Mann mit seinen Rechten über die Person und in dem Vermögen der Frau dem Gläubiger nach. Selbstverständlich haftet der Mann nicht für voreheliche Schulden der Frau.

14) A. L.R. II, 18, §§. 251, 252. S. unten §. 796.

14a) Wie z. B. bei Veräußerung von Grundstücken und bei Ankaufung von Leibrenten und Pensionen. A. L.R. a. a. O. §§. 550, 600.

14b) A. L.R. I, 5, §. 10. Die §§. 238, 239, 598, II, 18 sind nicht ent-

§. 573.

c) Besonders nützliche Verwendung.

A. L.R. I, 13, §§. 262—280. — M. Abh. über das Wesen der actio negotiorum gestorum und der actio de in rem verso, und über das Verhältnis beider Klagen zu einander, nach den Grundsätzen des A. L.R. und gemeinen Rechts; im Schles. Arch. Bd. IV, S. 128 ff. — L. C. W. Schmidt, über die Lehre von nützlichen Verwendungen nach dem A. L.R.; in der Jurist. Wochenschrift, 1839, S. 281 flg.

I. Nützliche Verwendung (versio in rem) ist die Handlung eines Empfängers, wodurch aus der Leistung des Gebers eine Forderung für diesen an einen Dritten vermittelt wird. Die Handlung besteht darin, daß der Empfänger das Empfangene zum Vortheile des Dritten verwendet. Die Wirkung ist, daß der Geber die Klage, welche er aus der Leistung gegen den Empfänger selbst hat oder haben würde, gegen den Dritten gebrauchen kann, gleichwie jemand, der mit einem Bevollmächtigten contrahirt, mit der Contractsklage unmittelbar den Auftraggeber belangen kann. Derjenige, zu dessen Vortheil verwendet worden, ist also durch einen Dritten (den Vertenten) dem Geber unmittelbar verbindlich gemacht, gleich einem Vollmachtsgeber; die Verwendung ersetzt die Vollmacht. Zu einer nützlichen Verwendung gehören mithin wesentlich drei Personen, wie zu jedem durch einen Stellvertreter begründeten Rechtsverhältnisse, nemlich der Geber (Versionskläger), der Empfänger und Vertent (die Mittelsperson), und der, zu dessen Vortheile verwendet worden ist (Versionsbeklagter). Unter zwei Personen kann eine versio in rem nicht vorgehen, vielmehr ist die Handlung, wodurch einer aus eigenen Mitteln zum Besten des andern unaufgefordert etwas verwendet, Geschäftsführung ohne Auftrag (negotiorum gestio)[15]). Nach den Grundsätzen des heutigen Rechts ist die actio de in rem verso nicht mehr nöthig und hätte also bei Abfassung des A. L.R. übergangen werden können, indem die actio negotiorum gestorum contraria, welche der Geschäftsführer (Vertent) dem Dritten cediren muß und welche daher der Dritte

---

gegen. Die beiden ersten beziehen sich auf das Verhältnis zwischen Vormund und Obrigkeit, der letztere auf das zwischen Vormundschaft und Pflegebefohlenen. Angenommen von dem III. S. des Obertrib. in Revis.Sachen Bartel c. Dömke, $^{784}/_{3138}$, III, 48, am 27. Febr. 1849. Vergl. den zu §. 793 alleg. Plenarbeschluß.

15) Unpassend wird die Geschäftsführung häufig nützliche Verwendung genannt. S. über den hier gegebenen Begriff der versio in rem und über das Verhältnis der negotiorum gestio zu derselben m. Aufsatz im Schles. Archiv, Bd. IV, S. 128; und Recht der Ford. §. 150.

auch als angewandte Klage (actio utilis) gebrauchen kann[15a]), jetzt für alle Fälle ausreicht. Denn die prätorische Klage de in rem verso war dem Dritten nur in solchen Fällen nöthig und auch nur für diese Fälle in das Edict aufgenommen worden, wo eine von dem Schuldner abhängige Person (Sohn, Sklave) die Mittelsperson gewesen war. Diese konnte nemlich dem Dritten eine Klage nicht abtreten, weil sie selbst keine hatte. II. Die Erfordernisse sind: 1) Dasjenige, was der Kläger hergegeben oder durch Handlungen geleistet[15aa]) hat, muß in den Nutzen des Beklagten durch den Empfänger verwendet worden sein: die Forderung kann den Betrag des wirklich Verwendeten nicht übersteigen, und die Klage geht auf Zurückgabe des noch Vorhandenen oder Ersatz des bereits Verbrauchten[16]). 2) Die Verwendung muß von der Mittelsperson nicht in der Absicht zu schenken[17]), oder eine eigene, wenn auch nur unvollkommene oder vermeintliche Verbindlichkeit zu erfüllen[18]), sondern um den andern zu verpflichten, geschehen[19]). Ist auf eine vermeintliche Schuld gezahlt worden, so gelten für die Versionsklage die Regeln von der Condiction. III. Ob eine Verwendung nützlich sei, ist eine Thatsachenfrage, welche meistentheils durch das Ermessen des Richters entschieden wird, wobei er folgende Regeln zu beachten hat: 1) Bestreitung nöthiger oder nützlicher Ausgaben ist eine nützliche Verwendung; nöthige Ausgaben sind solche, welche aus einer Verbindlichkeit oder zur Vermeidung der Gefahr eines größern Uebels gemacht werden müssen[20]). 2) Ist der Vertent ein Unfähiger, welcher auf Rechnung ihm schuldiger Leistung durch eigenen Verbrauch das Empfangene in den Nutzen des andern verwendet und dadurch den Geber zum Gläubiger seines

15a) L. 7, §. 1 C. quod cum eo (IV, 26).

15aa) Dabei genügt der Nachweis, daß die Handlung geleistet worden ist; es ist nicht erforderlich, daß zur Hervorbringung des Nutzens von dem Kläger Ausgaben gemacht und besondere Veranstaltungen getroffen worden sind. Pr. 1882, v. 4. Juni 1847 (Entsch. des Obertrib. Bd. XIV, S. 466 u. XV, S. 206).

16) A. L.R. I, 13, §§. 262—264. Vergl. L. 3, §§. 4, 5; L. 10, §. 4; L. 5 pr.; L. 12 D. de in rem verso (XV, 3), wonach Ersatz des Verwendeten und nicht bloß Zurückgabe des noch Vorhandenen gefordert werden konnte; dieses nur dann, wenn bloß zum Vergnügen oder zum Luxus die Verwendung gedient hat.

17) A. L.R. I, 13, §. 280. Dessen Bestimmung bezieht sich keineswegs auf den Geber, denn von diesem versteht sich ohnehin von selbst, daß, wenn er schenkt, er keine Klage haben kann. Vergl. L. 10, §. 2; L. 7, §. 5 D. de in rem verso (XV, 3).

18) A. L.R. I, 16, §. 179. Rechtsfall in m. Anleitung zum Referiren, 2. Ausgabe, S. 143.

19) L. 34, 44 D. de negotiis gestis (III, 5); L. 11 C. eod. (II, 19).

20) A. L.R. I, 13, §§. 268—270. — L. 3, §§. 1—3, 5; L. 7, §§. 3, 5; L. 8, 15 D. de in rem verso (XV, 3).

Schuldners machen will, so gilt die Verwendung nur dann für nützlich, wenn die Gefahr so dringend ist, daß der Unfähige nicht Zeit genug hatte, die Zustimmung seines Schuldners einzuholen; doch sollen Ausgaben für die nothwendigsten und dringendsten Bedürfnisse des Lebens eines außer dem väterlichen Hause lebenden Kindes unbedingt für nützliche Verwendung gelten[21]). 3) Verwendungen, wodurch der Werth einer Sache oder sonst die Vermögensumstände des andern wirklich verbessert[22]), oder Verschlimmerungen verhindert werden[23]), sind nützlich. 4) Von Anfang nützliche Verwendungen bleiben es, wenngleich der Vortheil hinterdrein wieder verloren gegangen[24]). Eine Ausnahme gilt bei Unfähigen, indem der Anspruch nur wegen Bereicherung (§. 642), also nur auf den Betrag des zur Zeit des erhobenen Anspruchs noch wirklich vorhandenen Vortheils gestattet sein soll[25]). IV. Die Klage geht 1) gegen den, dessen Angelegenheiten der Verwender besorgt hat. Der Kläger muß die Leistung an den Vertenten und auch die Handlung der Verwendung oder die Ueberlieferung aus den Händen des Empfängers an den Beklagten beweisen[26]); daher ist die Klage unstatthaft, wenn das Empfangene zufällig verloren gegangen, ehe es dem Vermögen des andern (des Beklagten) durch den Empfänger einverleibt werden konnte[27]). 2) Gegen den dritten Besitzer der verbesserten Sache, wenn er dieselbe unentgeltlich erworben hat,

---

21) A. L.R. I, 13, §. 271; II, 2, §§. 129, 130. Der Gläubiger muß den Beweis der Nothwendigkeit und Dringlichkeit des Bedürfnisses führen. Pr. 792, vom 20. Januar 1840. Auch bei Bestreitung von Bedürfnissen für Kinder außer dem väterlichen Hause. Pr. 2136, v. 20. August 1849 (Entsch. XVIII, 285).

22) A. L.R. I, 13, §. 272. — L. 3, §. 4 D. de in rem verso (XV, 3).

23) L. 3, §. 2 D. eodem.

24) A. L.R. I, 13, §. 273. — L. 3, §§. 7, 8, 10; L. 17 pr. D. eod.

25) A. L.R. I, 13, §. 274. Bei Verwendungen auf Lebensbedürfnisse, wo kein Besitz übrig bleibt, ist die Ersparnis des eigenen Vermögens der bleibende Vortheil. Das Pr. des Obertrib. 684, vom 10. Juni 1839, sagt: Diese Vorschrift findet nur dann Anwendung, wenn der Anspruch aus der nützlichen Verwendung noch während der Unfähigkeit, nicht aber, wenn er nach gehobener Unfähigkeit geltend gemacht wird. Ist unverständlich. Der §. 274 bezieht sich überhaupt nur auf die Bereicherungsklage, nicht auf die eigentliche actio de in rem verso.

26) A. L.R. I, 13, §§. 267, 265. Pr. 1882, vom 4. Juni 1847 (Entsch. XV, S. 206).

27) Der sich hierauf beziehende §. 266 d. A. L.R. I, 13 ist undeutlich gefaßt; in seinem Wortlaute würde er dem §. 273 widersprechen, wenn er nicht auf den Fall bezogen würde, wo die Verwendung noch nicht stattgefunden hatte. Unter „Uebernehmer" ist der Empfänger in dem Falle zu verstehen, wo er das ihm für Rechnung des andern (Beklagten) Gegebene für sich selbst verbraucht (Note 21), denn wenn dieser davon keinen Nutzen hat, so ist es auch nicht zum Vortheil des Beklagten verwendet; sonst ist darunter der Beklagte zu verstehen. — Vergl. L. 3, §. 10; L. 4 D. eod.

insoweit als der durch die Verwendung verschaffte Vortheil zur Zeit der Erwerbung noch wirklich vorhanden war[28]).

§. 574.

B. Unerlaubte Handlungen.

Durch unerlaubte Handlungen anderer werden, vermöge einer angenommenen obligatio impediendi[1]), verbindlich gemacht: 1) Auftraggeber und zwar bei unerlaubten Aufträgen oder Befehlen unbedingt auch für die Ueberschreitungen[2]), bei erlaubten Aufträgen nur im Falle einer fahrlässigen Bestellung eines Untüchtigen subsidiarisch[3]). Veranlassung unwillkürlicher Handlungen soll nur im Fall des Dolus und groben Versehens verpflichten[4]). 2) Aufseher, wenn sie auch nur aus mäßigem Versehen die Aufsicht vernachlässigen und unterdes der Beaufsichtigte schädlich wird[5]). 3) Eltern durch die Handlungen der Kinder, wenn sie solche veranlaßt oder wenn sie durch böses Beispiel dazu verleitet haben, was aus einer Billigung der vollbrachten That vermuthet wird[6]); oder wenn sie die Beschädigung verhindern konnten, oder wenn sie den Unterricht, die Erziehung und die Aufsicht aus grober Fahrlässigkeit vernachlässigt haben[7]). 4) Dienstherren und Gewerbsleute werden durch die unerlaubten Handlungen ihres Gesindes und ihrer Gehilfen zum Schadenersatze verbunden: a) wenn sie die Schadenzufügung, obwohl sie solche verhindern konnten, wissentlich geschehen lassen[8]); b) wenn sie gefährliche Leute wissentlich in

28) A. L.R. I, 13, §§. 275, 276. Aus Leyser, Med. sp. 167, m. 1. — In diesem Falle hat die Klage den Grund der condictio sine causa, ist aber die actio in factum wegen Bereicherung, wie in einem ähnlichen Falle bei der unmöglich gewordenen Vindication. S. oben §. 239, II, 3, Note 23 (Bd. I, S. 438). Vergl. unten §. 642.

1) A. L.R. I, 6, §. 59. — Pufendorf, de jure naturae, L. I, c. 5, §. 14; und de officio hominis et civis, L. I, c. 1, §. 18. — Leyser, Med. sp. 113, m. 4—7.

2) A. L.R. I, 6, §§. 51, 52, 58. — L. 169 D. de reg. jur. (L, 17); L. 11, §. 3 D. de injur. (XLVII, 10); L. 1, §. 13 D. de vi (XLIII, 16); C. 3 de homicid. in 6 (V, 5).

3) A. L.R. I, 6, §. 53. — Die Bestimmung harmonirt hinsichtlich der Verschuldung nicht mit §. 64 u. I, 13, §. 36, wonach nur Dolus verantwortlich macht. Vergl. L. 11 pr. D. locati (XIX, 2).

4) A. L.R. I, 6, §. 56. Dieser Fall gehört nicht hierher. L. 11 pr. D. de injur. (XLVII, 10).

5) A. L.R. I, 6, §. 57. Der Beschädigte muß selbst dabei nicht ein Versehen begangen haben.

6) Ebend. II, 2, §§. 140, 141, 144.

7) Ebend. II, 2, §§. 142, 144. Noth schließt die Fahrlässigkeit aus; wer sein Kind verlassen muß, um die Leibesnahrung zu verdienen, ist nicht fahrlässig.

8) Ebend. I, 6, §§. 61, 65. — L. 2 pr., L. 3, L. 4 pr., §. 2 D. de noxal. act. (IX, 4).

Dienst nehmen oder behalten[9]); c) wenn durch Dienstleute Feuerschaden entsteht und der Herrschaft die Unvorsichtigkeit derselben bei dem Gebrauche von Feuer und Licht bekannt gewesen ist, ohne sie so bald wie rechtlich möglich entlassen zu haben[10]); d) wenn wissentlich untüchtige Leute zu einer Verrichtung verwendet werden und durch deren Ungeschick andern Schaden zugefügt wird (Note 3). In dem Falle a entsteht eine solidarische, in den andern Fällen eine subsidiarische Verbindlichkeit[11]), mit Ausnahme des Falles, wenn durch Thiere auf fremden Grundstücken Schaden angerichtet ist, wo der Eigenthümer der Thiere in der Regel unmittelbar belangt werden kann, ohne daß der Beschädigte sich an den Hirten verweisen zu lassen braucht[11a]). e) Wenn die Dienstleute oder Gehilfen in Angelegenheiten des Herrn, obgleich ohne dessen Vorwissen, die Zoll- und Steuergesetze übertreten; die Haftung ist subsidiarisch[12]). f) Wenn Stadtgemeinden oder andern Privatpersonen die Unterhaltung einer Straße, Brücke oder eines Weges gesetzlich obliegt, kann wegen des durch die Vernachlässigung dieser Unterhaltung entstandenen Schaden der Beschädigte sich an die Stadt und beziehlich den Principal selbst halten, und darf nicht an die Beamten, welche das Versehen begangen haben, verwiesen werden[12a]). — Bei der hierher gehörigen Frage: inwiefern der Staat durch die unerlaubten Handlungen seiner Beamten für den angerichteten Schaden verbindlich wird, ist vor allem die zwiefache Persönlichkeit des Staats zu unterscheiden (§. 60). Sodann erledigt sich die Frage nach folgenden Grundsätzen: a) Der Staat als solcher wird durch unerlaubte Handlungen der mit der Regierungsgewalt beauftragten Be-

9) A. L.R. I, 6, §§. 62, 65. — Strube, Bed. Th. I, Bed. 179.

10) A. L.R. a. a. O. §§. 63, 65, verb. mit §. 126 der Gesindeordnung von 1810 (II, 5, §. 125). Dabei ist zu berücksichtigen, daß der Herr nicht das häusliche Richteramt hat, und daher nicht aus eigener Macht das Gesinde entlassen darf, wenngleich er sich von der Unvorsichtigkeit desselben überzeugt hat; denn er muß vor dem gewöhnlichen Richter Beweis führen. Deshalb paßt die Bestimmung der §§. 63, 65, entnommen aus dem röm. Sklavenverhältnisse [L. 27, §§. 9, 11 D. ad leg. Aquil. (IX, 2); L. 11 pr. D. locati (XIX, 2); L. 11 D. de periculo et commodo (XVIII, 6)], nicht auf unser Gesindeverhältnis.

11) A. L.R. a. a. O. §§. 61, 67. Ist dem Grundsatze §. 59 ganz entsprechend.

11a) Ebend. §. 73. Eine Ausnahme macht der §. 185, I, 22. — Pr. des Obertrib. 1300, vom 20. Mai 1843.

12) A. L.R. II, 8, §§. 515—519, 1532. — Ordn. vom 8. Februar 1819, §. 83 (G.S. S. 109); Decl. vom 6. Octbr. 1821 (G.S. S. 187); Ges. vom 23. Jan. 1838, §§. 19 u. 56 (G.S. S. 78); Ges. vom 20. März 1837, §. 4 (G.S. S. 57).

12a) Der Satz gilt als Ausnahme von der Regel: daß der Principal für die Versehen des Dieners nicht verantwortlich ist. Plenarbeschl. des Obertrib. vom 21. Juni 1847 (Entsch. Bd. XIV, S. 94).

amten bei Ausübung ihres Amts niemals verbindlich; er ist in dieser Gestalt überhaupt, einem Unterthan gegenüber, gar nicht fähig, eine Verbindlichkeit auf sich zu nehmen. b) Der Staat als Erwerbsgesellschaft (der Fiscus) hingegen muß für allen Schaden haften, welchen seine Beamten (diese sind nie Regierungs-, sondern immer Erwerbs- und Verwaltungsbeamte für Vermögensrechte) bei Erfüllung einer gegen bestimmte Personen eingegangenen Verbindlichkeit verursachen. c) Durch unerlaubte Handlungen aber, welche seine Beamten außerdem bei ihren Amtsverrichtungen, selbst bei Eingehung von Verbindlichkeiten des Fiscus, begehen, wird auch der Fiscus nicht verpflichtet[13]). 5) Hauswirthe, Herrschaften und Meister werden durch unvorsichtigen Gebrauch von Feuer und Licht, durch Auswerfen oder Ausgießen aus dem Hause, durch Unvorsichtigkeit oder Nachlässigkeit in Verschließung des Hauses von Seiten der Hausbewohner, Gesinde und Gehilfen, subsidiarisch verpflichtet, wenn sie wissentlich solche unvorsichtige Leute dulden, und hauptsächlich, wenn sie die Person des Beschädigers nicht nachweisen können[14]). — Ehemänner werden durch die unerlaubten Handlungen der Frauen auch nicht soweit verpflichtet, daß sie sich den ehemännlichen Nießbrauch an dem Eingebrachten entziehen lassen müßten; denn sie haben keine juristische Gewalt über die Person, und der Nießbrauch ist ein wohlerworbenes Recht, welches nicht durch einseitige Handlungen des Eigenthümers entzogen werden kann[15]).

Viertes Capitel.

Von den Aufhebungsgründen der Obligationen.

Albrecht Hummel, Berichtigung der gewöhnlichen Theorie über die Arten, Verbindlichkeiten aufzuheben, nach Römischem und heutigem Rechte. Gießen 1804.

§. 575.

Uebersicht.

Liberation ist der technische Ausdruck für Auflösung einer Obligation im R. R.; Solution ist eine bestimmte Auflösungsart, hat aber zuweilen auch die Bedeutung von Liberation. Beide

13) Die Entwickelung dieser Sätze s. Recht der Ford. §. 151, II, 5, wo auch die Literatur angegeben ist. Zu ganz andern Ergebnissen kommt Scholz in seiner Abhandl. über diese Frage, in der Jur. Wochenschrift, 1836, S. 5 ff.

14) A. L.R. I, 6, §§. 66—68.

15) Das R. vom 25. Januar 1796 (Amelang, II, 104; Mathis, I, 800) will das Gegentheil, aus unerheblichen Gründen. Recht der Forderungen, §. 151, II, 4.

Ausdrücke kommen in der Sprache der neuern preußischen Gesetzgebung nicht vor, die Begriffe aber sind vorhanden. Die Aufhebung einer Obligation kann mit und ohne Befriedigung des Gläubigers geschehen, und zwar entweder mit unmittelbarer Wirkung (ipso jure), oder mittelst eines Rechtsmittels (ope exceptionis). Mit Befriedigung (durch Tilgung) geschieht sie mittelst Erfüllung (Zahlung), Deposition, Angabe an Zahlungsstatt, Compensation und Novation, von welcher letztern schon in anderer Beziehung Sprache gewesen (§§. 540 flg.); ohne Befriedigung erlischt die Obligation, außer den allgemeinen Aufhebungsarten von Rechten (§. 210 flg.), wozu auch die Resolutivbedingung (§. 119) und der Endtermin (§. 121) gehört, und außer der löschenden Verjährung (§. 157 flg.), durch Erlaß, durch Unmöglichkeit der Erfüllung, durch Confusion und durch Vernichtung und Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.

A. Aufhebung durch Befriedigung des Gläubigers.

I. Erfüllung (Zahlung).

A. L.R. I, 16, §§. 28—212. — Roshirt, von der Solution der Obligationen; in der Zeitschrift, Bd. II, Nr. II. — Weidner, die Lehre von der Zahlung und Angabe an Zahlungsstatt. Jena 1799. — Dubois, de solutione. Lovan. 1826.

§. 576.

1. Begriff und Erfordernisse.

I. Zahlung (Solution) heißt die Tilgung einer Obligation durch die vertragsmäßige (gehörige) Erfüllung; in uneigentlicher Bedeutung wird der Ausdruck auch für die Erfüllung durch das Geben einer Summe Geldes, selbst für die Begründung einer Obligation durch Hingabe einer Geldsumme, wie z. E. bei dem Darlehn, gebraucht[1]). Sie ist ein Rechtsgeschäft, nicht eine bloße Thatsache[2]). II. Sie erfordert: 1) Ueberlieferung dessen, was der Inhalt der Obligation besagt. Wird mit Zustimmung[3]) des Gläubigers etwas anderes geleistet, so ist es keine eigentliche Zahlung. Die Leistung muß in der Regel in unzertrennter Summe geschehen (§. 483), bei Geldobligationen in gehörigen Zahlmitteln (§§. 456—458), und in allen Fällen mit eigenen Mitteln, wenn der Gläu-

1) A. L.R. I, 16, §. 28; I, 11, §§. 661, 740.
2) L. 33 D. de condict. indebiti (XII, 6). Vergl. unten §. 578.
3) Aliud pro alio invito creditore solvi non potest. A. L.R. I, 16, §. 11. — L. 27, 50 D. de solut. (XLVI, 3); L. 16 C. eod. (VIII, 43); L. 2, §. 1 D. de reb. cred. (XII, 1).

biger Eigenthümer des Gezahlten werden soll[4]); doch kann der Schuldner in vertretbaren Sachen auch mit fremden Sachen zahlen, wenn der Gläubiger davon nichts weiß[5]) und wenn die Zahlung nicht auf Freigebigkeit beruhet. Soweit der Gläubiger das in Zahlung Empfangene, wegen Eigenthumsmangels in der Person des Zahlers, wieder zurückgeben muß, bleibt die Obligation ungetilgt[6]). 2) Die Ueberlieferung muß in der Absicht zu zahlen (in solutum s. solvendi causa), d. h. um die Obligation zu tilgen, geschehen, sei es ohne oder mit Vorbehalt. Der Vorbehalt hat die Natur und die Wirkungen einer Resolutivbedingung und erfordert zu seiner Vollständigkeit die Angabe des zur Bedingung gesetzten Ereignisses (der Gründe)[7]), und zu seiner Giltigkeit die schriftliche Form, ohne Unterschied der Summe, wenn darüber eine schriftliche Quittung ertheilt worden ist[8]). 3) Die Person des Zahlenden muß bei nicht fungiblen Handlungen der Schuldner sein[9]); bei andern Zahlungen kann auch ein Dritter, wider den Willen des Schuldners, mit Bewilligung des Gläubigers zahlen[10]). Zahlt er nicht in der Absicht, die Obligation zu tilgen, sondern um die Forderung an sich zu bringen (emendi causa), so wird der Schuldner nicht liberirt (§. 529). Diese Absicht wird vermuthet[11]). Ist das Gegentheil erklärt und aus Auftrag gezahlt, so hat der Zahler die actio mandati, ohne Mandat hat er die Rechte eines Geschäftsführers, wenn er nicht animo donandi gehandelt hat, was in der Regel nicht vermuthet wird[12]). — Forderungen aus Freigebigkeit (ex causa lu-

4) L. 27, 17, 94 pr., §§. 1, 2 D. de solution. (XLVI, 3).

5) Wegen der Folgen der Redlichkeit, welche die Vindication nur gegen Ersatz gestattet, wodurch bei Geldsummen Anspruch und Gegenleistung sich aufheben. A. L.R. I, 15, §§. 45—47.

6) A. L.R. I, 16, §§. 72, 73. — Vergl. die Stellen Note 4 u. L. 14, §. 8; L. 17, 78, 60 D. eod.

7) A. L.R. I, 16, §§. 160, 163. — L. 16 D. eod.

8) A. L.R. a. a. O. §§. 161, 162. Wie das in der Wirklichkeit ausgeführt werden soll, ist nicht zu sagen; es gibt kein anderes Mittel als gerichtliche Zahlung, auf Kosten des Zahlers, was eine große Beschwerde ist. Die Satzung paßt nicht; der Zahlende kann den Gläubiger nicht zwingen, in der Quittung den Vorbehalt zu bescheinigen. — Wo eine Rechtsregel Zahlung mit Vorbehalt vorschreibt, wie z. B. bei streitig gewordenen Grundzinsen (II, 7, §. 487), oder bei provisorisch vollstreckbaren Urtheilen, — da bedarf es dieser Form nicht; der Vorbehalt versteht sich hier von Rechts wegen. Vergl. Pr. 315, vom 11. August 1837, und Erk. vom 28. October 1843 (Entsch. Bd. IX, S. 354).

9) A. L.R. I, 11, §§. 900, 928; I, 13, §§. 37, 41. — L. 31 D. eod.

10) A. L.R. I, 16, §§. 43, 51. — L. 53, 23 D. eod. — L. 5, 17 C. eod. — L. 39 D. de negot. gest. (III, 5).

11) A. L.R. a. a. O. §. 46. S. über das jus subintrandi oben §. 502, über nothwendige (fingirte) Cessionen §. 529, und über die Unklarheit der Vorstellungen der Verfasser des A. L.R.: Recht der Ford. §. 154, Nr. II, 3.

12) A. L.R. I, 11, §§. 1040 fg.

crativa) kann selbst der Zufall tilgen, dadurch, daß der Gläubiger den Gegenstand unentgeltlich entweder anderswoher geleistet oder zum zweitenmale zugesichert und nächstdem auf die eine oder die andere Obligation überliefert erhält (concursus duarum causarum lucrativarum)[13]. 4) Der Zahlende muß handlungsfähig sein (§. 112). Was ein Geschäftsunfähiger auf eine nicht klagbare eigene Schuld zahlt, kann in der Regel sein Vertreter, oder nach gehobener Unfähigkeit er selbst vindiciren und beziehlich condiciren[14]. Eine Ausnahme machen die Zahlungen großjähriger Kinder in väterlicher Gewalt[15]. Die Zahlungen auf Darlehnsschulden solcher Personen, welche nicht fähig sind, Darlehen aufzunehmen, sind aus andern Gründen ungiltig, z. E. bei Officieren deshalb, weil der Fiscus Gläubiger ist: diese Fälle gehören nicht hierher. 5) Der Zahlungsnehmer muß der Gläubiger oder dessen Rechtsnachfolger[16] oder dessen Stellvertreter[17], und geschäftsfähig sein[18]; die an einen Unfähigen geleistete Zahlung wird ope exceptionis (§. 575) in soweit giltig, als derselbe im Besitze des Geleisteten bleibt (als er reicher ist)[19], oder als die Unfähigkeit auf Willenserklärung beruhet und der Zahlende davon nichts gewußt hat[20]. An einen Dritten kann, außer dem Falle der Bevollmächtigung oder der Geschäftsführung ohne Auftrag, in Folge welcher letztern die Zahlung gleichfalls ope exceptionis giltig ist, gezahlt werden, wenn er solutionis causa adjectus (§. 570).

---

13) Ebend. I, 12, §§. 380, 323. — §. 6 J. de leg. (II, 20); L. 61 D. de solut. (XLVI, 3); L. 17 D. de oblig. (XLIV, 7); L. 108, §. 4 D. de leg. I; L. 21, §. 1 D. de leg. III. — Wilh. Sell, über die römisch-rechtliche Aufhebungsart der Obligationen durch concursus duarum causarum lucrativarum. Zürich 1839. Dazu die Recension in den kritischen Jahrb. von Richter und Schneider, Jahrg. 1840, S. 961 fg.

14) A. L.R. I, 16, §§. 40—42, 170; II, 12, §. 107. Auch das Interusurium einer zu früh gezahlten giltigen Schuld. I, 16, §. 171. — Ueber die ungenaue Fassung des §. 170 in zwiefacher Hinsicht s. Recht der Forder. §. 154, II, 3, Bd. II, S. 569.

15) A. L.R. II, 2, §. 138. Diese Anomalie gründet sich auf eine unpassende Anwendung des röm. S. C. Macedon. S. Recht der Ford. a. a. O. und §. 259, I, 1 a. E., Bd. III, S. 320.

16) Durch Uebertragung der Rechte des Gläubigers auf einen Dritten kann die Schuld nicht lästiger werden. A. L.R. I, 16, §§. 34, 35. — Schles. Arch. Bd. I, S. 457 ff.

17) A. L.R. a. a. O. §. 37. — L. 25, 27 C. de administrat. tut. (V, 37).

18) A. L.R. a. a. O. §§. 30, 36, 38. — L. 15 D. de solution. (XLVI, 3).

19) A. L.R. I, 13, §. 274. — L. 47 pr. D. eod.

20) A. L.R. I, 16, §. 39; I, 4, §§. 15 ff.

§. 577.

2. Wirkung.

I. Giltige Zahlung tilgt die Obligation ipso jure[21]: eine exceptio solutionis gibt es nicht. II. Bestehen mehrere Obligationen zwischen denselben Parteien, oder werden Theilzahlungen geleistet, so gelten hinsichtlich der Anrechnung, abweichend vom R. R.[22], folgende Regeln[23]: 1) Als Uebereinkunft gilt die Bestimmung des Zahlers, wenn nicht der Zahlungsnehmer binnen der Frist, in welcher man sich über einen Antrag zur Eingehung eines Rechtsgeschäfts erklären muß[24], widerspricht; und, wenn die Bestimmung des Zahlers fehlt, nach der Bestimmung des Zahlungsnehmers, wenn nicht der Zahler in derselben Frist nach Empfang der Quittung widerspricht. 2) Fehlt die Uebereinkunft, so wird die Zahlung a) auf die am längsten fällige und eingeforderte Post; b) wenn alle gleich lange fällig und eingefordert sind, auf die nach ihren Eigenschaften am wenigsten sichere Post; c) wenn alle von gleichen Eigenschaften, auf die dem Schuldner hinsichtlich des Zinssatzes lästigste Post; d) wenn auch dieses nicht entscheidet, auf die am längsten verfallene Post; e) wenn die Posten gleich lange fällig, auf alle verhältnismäßig angerechnet. f) Ist nur eine Schuld vorhanden, so wird die Abschlagszahlung zuerst auf die Accessorien und zwar zunächst auf die Kosten, dann auf die noch nicht verjährten[25], bis zum Tage der Zahlung aufzurechnenden vorbedungenen oder Verzugszinsen[26], und der Ueberrest auf das Capital gerechnet.

---

21) A. L.R. a. a. O. §. 149. — Pr. J. quibus mod. obl. (III, 29 [30]).

22) Das hat den Grundsatz, daß der Schuldner durch die ohne Bestimmung geleistete Zahlung seinen Gläubiger zu seinem Geschäftsführer bestellt habe, daher die Anrechnung, soviel ohne Schaden des Gläubigers möglich, zu seinem Vortheil geschehen muß. L. 1—8, 48, 94, §. 3; L. 97, 103 D. de solut. (XLVI, 3); L. 1 C. eod. (VIII, 43).

23) A. L.R. I, 16, §§. 150—152, 155—159. Ein durchgehendes Princip mangelt.

24) Später kann eine andere Verrechnung nicht mehr durchgesetzt werden. Pr. 883, vom 7. März 1840.

25) Pr. des Obertrib. 1103, vom 28. Januar 1842.

26) A. L.R. a. a. O. §§. 153, 154. — Das Obertrib. hatte erkannt, daß die Verzugszinsen ganz zuletzt folgen müßten. Simon, Rechtsspr., Bd. IV, S. 287. Die Gründe zur Widerlegung dieser Meinung und zum Beweise der Richtigkeit des hier gegebenen Rechtssatzes s. Recht der Forder. §. 155. Später hat das Plenum des Obertrib. denselben durch den Plenarbeschluß vom 19. September 1842 für richtig erkannt, die Gründe sind aber nicht tief genug, nicht aus dem Wesen des Rechtsverhältnisses, soweit das R. R. zu Hilfe genommen ist, geschöpft. Entscheid. Bd. VIII, S. 19 ff.

§. 578.

3. Beweis.

I. Die Zahlung als ein Realrechtsgeschäft bedarf keiner Form und kann durch die gewöhnlichen Beweismittel ohne Ausnahme bewiesen werden. Das Hauptbeweismittel jedoch ist die Quittung, d. i. ein schriftliches oder gerichtliches Bekenntnis der empfangenen Zahlung. Sie ist eine Willenserklärung, also eine Rechtshandlung, wodurch ausgedrückt wird, daß eine Schuld durch Zahlung, d. h. durch Erfüllung der Verbindlichkeit, getilgt worden[1]). Soll sie vollständig beweisen, so muß sie enthalten: 1) die Bezeichnung der getilgten Schuld; 2) die Benennung des gewesenen Schuldners; 3) Angabe von Zeit und Ort der Zahlung; 4) Unterschrift des legitimirten Zahlungsnehmers. Wird die Quittung auf die Schuldurkunde gesetzt, so können die daraus hervorgehenden Bestimmungen wegbleiben; was aber von jenen Umständen aus den Schriftstücken nicht hervorgeht, muß auf andere Art bewiesen werden. Schreibunfähige haben die Quittung in Gegenwart von zwei Zeugen, über Summen bis 50 Thlr. einschließlich im Beisein nur Eines Zeugen, zu unterzeichnen, und die Zeugen haben zu bescheinigen, wer die Zeichen in ihrer Gegenwart beigefügt habe[1a]). Den Quittungen gleichgeachtet sind die auf der Schuldurkunde stehenden, selbst wieder durchstrichenen Zahlungsvermerke, sie mögen von der Hand des Gläubigers oder des Schuldners gemacht sein, doch nur unter der Voraussetzung, daß die Urkunde bis zur Edition in der Hand des Gläubigers geblieben ist[2]). II. Die Quittung ist sogleich[3]) beweiskräftig, gegen den Aussteller vollständig, gegen Dritte, namentlich gegen die Gläubiger des Ausstellers, nur als ein unbeeidigtes Zeugnis[4]). Gegenbeweis ist in den ersten drei Monaten unbedingt zulässig und ein Gegenrevers hindert von Anfang die Beweiskraft; aber nach Verlauf dieser Zeit soll, wenn der Gläubiger bis dahin weder geklagt noch die Quittung zurückverlangt hat, bei unvollständig geführtem Gegenbeweise eher auf einen

1) Angenommen von dem III. S. des Obertrib. am 12. Decbr. 1848 in Sachen Pfannenschmidt c. Pfannenschmidt, $^{663}/_{2649}$ III, 48.

1a) A. L.R. I, 16, §§. 87—90, 93—95. Der Zeugeneid ist hier zur Beweiskräftigkeit nicht erforderlich, wenn nur die Echtheit festgestellt ist, wozu die bloße Recognition der Zeugen genügt.

2) A. L.R. a. a. O. §§. 110—112.

3) Also sehr abweichend von der Bestimmung der L. 14, §. 2 C. de non numerata pec., wonach sie in den ersten 30 Tagen gar nicht, nachher mehr als vollständig beweist.

4) A. L.R. II, 1, §. 260. — Wernher, Obs., P. X, obs. 252; Berger, Oec. juris, L. IV, Tit. 21, Nota 9 u. v. a.

Reinigungs- als auf einen Erfüllungseid erkannt werden, ohne daß dem Richter die Befugnis genommen ist, nach Befinden, dennoch auf den Erfüllungseid zu erkennen[5]); auch ist die Eideszuschiebung an die Erben des Schuldners über nicht geleistete Zahlung nicht statthaft[6]). Das schriftliche Bekenntnis über Aufhebung der Verbindlichkeit auf andere Art als durch Zahlung wird, wenn der Aufhebungsgrund nicht genannt ist und auch nicht bewiesen werden kann, nach den Grundsätzen vom Erlasse beurtheilt[7]). Dabei ist vorausgesetzt, es erhelle aus der Schrift bloß, daß nicht durch Zahlung, sondern auf eine andere nicht genannte Art die Obligation aufgelöst worden. Denn ist der Modus genannt, so bedarf es keiner weitern Ausmittelung; das schriftliche Bekenntnis ist dann schon ein vollständiger Beweis und ersetzt zugleich die etwa erforderliche schriftliche Form des Geschäfts, wenn die wesentlichen Erfordernisse desselben daraus zu entnehmen sind. Davon durchaus verschieden ist der Fall, wenn die Quittung auf baare Zahlung lautet, eine Zahlung aber nicht stattgefunden hat, im Gegentheil ein ganz anderes Rechtsgeschäft zum Behuf der Aufhebung der Verbindlichkeit, z. B. Remission gegen Entgelt, zu Stande gekommen ist: hier ist die Quittung über Zahlung simulirt und das wahre Rechtsgeschäft ist mündlich contrahirt. Dann kommt es darauf an, in wiefern die mündliche Form genügt. — S. g. Generalquittungen im kaufmännischen Geschäftsverkehr schließen alle nicht vorbehaltene Nachforderungen aus, wenn auch die Nachforderungen noch unbekannt oder nicht fällig gewesen; in nichtkaufmännischen Geschäften, wenngleich unter Kaufleuten, sind dergleichen unbekannte oder noch nicht fällige Forderungen stillschweigend vorbehalten; wird auf solche ausdrücklich verzichtet, so ist das Geschäft Vergleich oder Entsagung[8]). III. Der Gläubiger ist schuldig, gegen Empfang der Zahlung eine gehörige[9]) Quittung, Zug um Zug, zu geben, woraus von selbst folgt, daß er die damit verbundenen

5) Schles. Archiv, Bd. V, S. 475 fg.

6) A. L.R. I, 16, §§. 104—108. Diese Vorschriften enthalten Rechtsgrundsätze und nicht das Beweisverfahren betreffende Proceßvorschriften. Pr. 1034, vom 21. Aug. 1841. Dieses bezieht sich zwar nur auf §. 106, doch nur deshalb, weil der zu entscheidende Fall gerade der des §. 106 war.

7) A. L.R. a. a. O. §§. 113, 114.

8) Ebend. §§. 116—123. — Vergl. Leyser, Med., sp. 530, m. 3.

9) Eine Ausnahme gilt bei der Zahlung von Zinsen und fortlaufenden Leistungen, wenn bisher eine gewisse, obschon fehlerhafte Form von Quittungen üblich gewesen und der Gläubiger am Orte des Schuldners sich nicht befindet: dann soll gegen die bisher üblich gewesene Form (Quittungsbuch) gezahlt und eine vorschriftsmäßige Quittung nachgefordert werden. §§. 91, 92. — Leyser, l. c., m. 1 und sp. 175, m. 2.

Kosten zu tragen hat[10]). Eine Ausnahme gilt bei Hypothekenforderungen[11]). IV. Hat der Schuldner keine Quittung, so kommen ihm folgende Vermuthungen zu Statten: 1) Zurückgabe des Schuldscheins seitens des Gläubigers an den Schuldner begründet die Vermuthung für die Tilgung der Schuld; sie kann nur durch den Beweis einer andern Ursache der Rückgabe entkräftet werden. Ist nicht zu erweisen: wie der Schuldner zum Besitze des Instruments gekommen, so wirkt der bloße Besitz doch eine Art von angefangenem, unvollständigem Beweise, der, je nachdem er vorgeschritten, durch einen nothwendigen Eid ergänzt oder gehoben werden muß[12]). Auch darüber ist von Alters her gestritten worden: welche Folgen es habe, wenn über dieselbe Schuld zwei oder mehrere Schuldscheine ausgestellt worden sind und der Gläubiger einen davon dem Schuldner zurückgegeben hat. Da jedoch die Nebenexemplare entbehrlich werden können, so ist die Zurückgabe der überflüssigen Schriftstücke ganz unerheblich[13]). — Der Gläubiger ist auch schuldig, außer der Quittung das Instrument zurückzugeben, oder, wenn er es verloren haben will, zu mortificiren[14]); sonst ist der Schuldner berechtigt aber nicht verpflichtet zu deponiren, vielmehr kann er bis zur Cautionsbestellung Zahlung verweigern, wenn die Deposition, etwa wegen der Kosten, ihm nicht vollständige Sicherheit gewährt[15]). 2) Findet das Instrument sich zerrissen, zerschnitten, durchstrichen oder sonst cassirt, wenngleich im Besitze oder Nachlasse des Gläubigers, so begründet dieser Zustand die Vermuthung irgend einer Aufhebung der Schuld, welche Vermuthung nur durch den von dem Gläubiger zu führenden Beweis, daß dieser Zustand ohne seinen Willen entstanden, gehoben

10) Anwendungen sind A. L.R. II, 18, §. 898; Stempelgesetz vom 7. März 1822, §. 22. — Wird zweifelhaft gefunden. S. jedoch Recht der Forderungen, §. 156, Nr. III.

11) Anh. z. A. L.R. §. 54 (zu I, 20, §. 532).

12) A. L.R. I, 16, §§. 97—100. War gemeinrechtlich streitig.

13) Nach der Meinung einiger (z. E. Bart., Bald., Castr. Jason in L. 2 D. de pactis [II, 14]) soll schon in der Zurückgabe Eines Exemplars eine stillschweigende Remission liegen; die Gründe (am vollständigsten zusammengestellt von Bachov. ad tit. D. de pact. c. de sec. div. pact. n. 7) sind jedoch nicht zutreffend und von den Gegnern gut widerlegt, am besten von Vinnius in sel. jur. quaest. L. I, c. 7. Nach den Grundsätzen des Preuß. R. ist eine Remission schon wegen der mangelnden Form unannehmbar.

14) A. L.R. I, 16, §§. 126—132; Wechselordn. Art. 73. — V. vom 9. Decbr. 1809, §. 3, wodurch der Widerspruch zwischen I, 16, §§. 125, 126 und I, 20, §. 282 gehoben ist. Auf Hypothekenforderungen bezieht sich diese Verordnung gar nicht. Entscheid. des Obertrib. Bd. VI, S. 343. S. das Nähere: Recht der Forder. §. 156, IV, 1.

15) A. L.R. I, 16, §. 131; Allg. Wechselordn. Art. 73. A. L.R. I, 11, §§. 413—417.

wird[16]). Ist die Absicht, in welcher die Vernichtung unternommen worden, zu erweisen, so hängt die Erlöschung der Obligation von der Giltigkeit der Willenserklärung ab. 3) Bei terminlichen Zahlungen und Leistungen entsteht daraus, daß die beiden letzten Termine, sei es durch Zahlung, Compensation oder Erlaß, ohne Vorbehalt und zu verschiedenen Zeiten berichtigt worden, die Vermuthung, daß auch die ältern Termine berichtigt sind[17]). Nach dem Wortlaute „terminliche Zahlungen" bezieht der Satz sich nicht bloß auf fortlaufende, wiederkehrende Leistungen, sondern überhaupt auf Schulden, welche in bestimmten Terminen abgetragen werden sollen[18]). Der Umstand, daß die Quittungen in Ansehung der Summe nicht mit dem, was eigentlich hätte geleistet werden müssen, übereinstimmen, hindert die Entstehung der Vermuthung nicht[19]). Aus der Berichtigung mehrerer, nicht hintereinanderfolgender Termine folgt nur eine Anzeige, auf Grund welcher auf einen nothwendigen Eid für oder wider den Producenten, nach Befinden, erkannt werden soll[20]). 4) Eine Quittung, worin allgemein bis zu einem gewissen Termine, obgleich nur unter Angabe der Summe für den letzten Termin, quittirt ist, begründet die Vermuthung, daß alle bis dahin fällig gewesenen Termine berichtigt worden[21]). 5) Quittungen über fortlaufende Leistungen begründen, wenn sie durch drei Jahre über eine gleichmäßig von der ursprünglichen Bestimmung abweichende, ohne Vorbehalt angenommene Zahlung lauten, die Vermuthung für eine vergleichsweise Verminderung[22]) der Schuld, welche Vermuthung nicht durch Eidesdelation über die Behauptung, daß kein Vergleich geschlossen worden, widerlegt werden kann[23]). 6) Wenn Kaufleute,

---

16) A. L.R. I, 16, §§. 102, 103. — L. 24 D. de probat. (XXII, 3). War streitig. Ist das Instrument ganz vernichtet (verbrannt u. s. w.), so gilt die Vermuthung um so mehr. Noodt, ad edict. Praet. de pactis, c. 2 (Op. I, p. 486, col. 2).

17) A. L.R. a. a. O. §§. 133—136; I, 11, §. 842. — S. oben §. 462. Vergl. L. 3 C. de apochis publ. (X, 22). — Der Rechtssatz hat sich durch die Doctrin entwickelt und war sehr bestritten. Recht der Forder. §. 156, IV, 3.

18) Danach geht die Generalisirung der sehr speciellen L. 3 C. all. noch weiter, als die Civilisten wollten. Pufendorf, Obs., I, obs. 173, §. 2.

19) A. L.R. a. a. O. §. 135, übereinstimmend mit Leyser, Spec. 530, m. 11, 12. Der Rest kann erlassen sein; das wesentliche ist die unbedingte Quittirung des Termins ohne Vorbehalt.

20) A. L.R. a. a. O. §§. 137, 138., nach Leyser, l. c., m. 15, 16.

21) A. L.R. a. a. O. §. 139. Die Generalquittungen (Nr. II) unterscheiden sich hiervon wie ein Rechtsgeschäft vom Beweismittel.

22) Nicht aber für eine Vergrößerung derselben. Pr. 1123, v. 29. April 1842.

23) A. L.R. a. a. O. §§. 143—145. — Pr. 1006, vom 23. April 1841. — Pr. 1538, vom 8. Januar 1845 (Entsch. Bd. X, S. 376).

Apotheker, Handwerker u. dgl. Gewerbsleute mit ihren Kunden in einem solchen Verhältnisse stehen, daß sie sich jährlich in gewissen Terminen berechnen und auseinandersetzen und über eine solche Rechnung ohne Vorbehalt quittiren, so enthält diese Erklärung eine Anerkennung der gänzlichen Auseinandersetzung wegen aller frühern Termine bis auf den letzten[24]).

II. Anbietung und Niederlegung (Deposition).

A. L.R. I, 16, §§. 213—234. — Zimmern, im Archiv für civilist. Praxis, Bd. III, Nr. 3. — Thibaut, ebend. Bd. V, S. 332.

§. 579.

1. Gründe und Erfordernisse der Deposition.

I. Die Deposition ist entweder eine ordentliche (solennis s. ordinaria), oder eine außerordentliche (minus solennis s. extraordinaria). Die ordentliche Deposition ist diejenige, welche geschieht, wenn der Gläubiger die reell angebotene Zahlung aus einem unerheblichen oder doch zweifelhaften Grunde nicht annehmen will[1]). Ueber die Richtigkeit des Depositionsgrundes, und über die Erheblichkeit oder Unerheblichkeit des Weigerungsgrundes wird nach erfolgter Deposition, zu welcher der Gläubiger monitorisch vorzuladen ist[2]), verfahren und erkannt[3]). II. Außerordentliche Deposition ist eine solche, welche ohne ein oder anderes Erfordernis, gewöhnlich ohne vorherige Anerbietung, geschieht, und um deswillen zugelassen wird, weil es nicht an dem Schuldner liegt, daß er dem Gläubiger die Zahlung nicht gehörig oder sicher anbieten kann[4]). Man rechnet dahin: 1) Wenn in dem Rechte des Gläubigers irgend ein Mangel (Legitimationsmangel) ist, z. E. wenn das Instrument fehlt und nicht sogleich mortificirt werden kann[5]); wenn die Forderung unter einer noch nicht eingetretenen Bedingung cedirt[6]), oder wenn der wahre Rechtsnachfolger des

24) A. L.R. a. a. O. §§. 147, 148. Damit verhält es sich in rechtlicher Hinsicht wie mit einer Generalquittung.

1) A. L.R. I, 16, §§. 218—220, 232. — L. 9 C. de solut. (VIII, 43); L. 21 D. de reb. cred. (XII, 1). — Kind, Quaest. for., II, cap. 44.

2) Depos.Ordn. II, §§. 54, 55. Dadurch wurde der Streit der Civilisten über die Nothwendigkeit der Vorladung des Gläubigers ad videndum deponi erledigt.

3) A. L.R. I, 16, §§. 221, 223—225.

4) Ebend. §. 215. — Vergl. Kind, l. c., p. 253; Mevius, Decis., VI, dec. 118.

5) A. L.R. a. a. O. §§. 216, 131. — A. D. Wechselordn. Art. 40.

6) A. L.R. I, 11, §§. 418, 419.

Gläubigers ungewiß oder streitig ist[7]); oder wenn das Eigenthum der zum Darlehn gegebenen Gegenstände zwischen dem Geber und einem Dritten streitig geworden[8]); oder wenn die Erben des verstorbenen Gläubigers unbekannt oder nicht gehörig legitimirt sind[9]); oder wenn der Schuldner selbst auf den Gegenstand der Forderung Anspruch macht[10]). In diesen Fällen wird ebenso wie bei der ordentlichen Deposition verfahren. 2) Wenn der Gläubiger oder dessen Stellvertreter zur Zeit der Zahlung am Zahlungsorte nicht angetroffen wird[11]). Wird solches von dem Schuldner „beharrlich"[12]) versichert, so muß der Richter, an welchen sich der Schuldner mit seinem Gesuche zu wenden hat, dasselbe mit Vorbehalt der Rechte des Gläubigers zulassen[13]). Sobald der Aufenthalt des Gläubigers bekannt geworden, muß dieser über den Depositionsgrund rechtlich gehört werden; nur die exceptio doli ist dagegen zulässig, und bewirkt, daß der Schuldner Gefahr und Kosten trägt. II. Eine giltige Deposition erfordert: 1) einen rechtlichen Grund, 2) Competenz des Richters. Competent ist nur der gewöhnliche Richter desjenigen Orts (Punkts), wo die Handlung angeboten und gefordert werden kann, wenn auch der Gläubiger einer andern Gerichtsbarkeit unterworfen ist[14]). 3) Die Niederlegung an dem Orte, welchen der Richter bestimmt. Für Gelder, Urkunden, Kostbarkeiten und andere sich zur Aufnahme eignende bewegliche Sachen sind gesetzlich die gerichtlichen Depositalanstalten bestimmt[15]); für andere Sachen hat der Richter einen andern Ort, unter Anstellung eines Aufsehers und Pflegers, zu bestimmen, wobei er für ein

---

7) Ebend. I, 7, §. 168; A.G.O. I, 7, §. 48, lit. c und I, 29, §. 81. — L. 1, §. 37 D. depositi (XVI, 3).

8) A. L.R. I, 11, §. 670. Der richtige Gläubiger ist der Eigenthümer.

9) Ebend. I, 17, §§. 154—156.

10) Beispiele: A. L.R. I, 20, §. 126; I, 11, §. 222; A.G.O. I, 14, §. 7, verb. mit I, 27, §. 51 und V. vom 14. December 1833, §. 10; I, 16, §§. 226, 360 und II, 8, §§. 924, 1249.

11) A. L.R. I, 16, §. 216; I, 13, §. 136. Beispiele: II, 4, §§. 112, 131; Allg. Wechselordn. §. 40.

12) Was darunter praktisch zu denken, ist nicht zu sagen. Vielleicht soll der Schuldner wiederholt befragt werden. In der Praxis begnügt man sich mit der einmaligen Versicherung, wobei auch für niemand irgend welche Gefahr ist.

13) A. L.R. I, 16, §. 217. Die Deposition ist eine bedingte. Vergl. Note 8 zu §. 576.

14) A. L.R. a. a. O. §. 214; I, 17, §. 157.

15) A. L.R. I, 14, §§. 96, 97. — Ueber die Vertretungsverbindlichkeit der Gerichtsherren s. Schles. Arch. Bd. II, S. 448 ff. — Vergl. Rivinus, Enunc. jur., Tit. 45, en. 18; Hommel, Rhaps., obs. 353. — Odebrecht, Versuch einer geschichtlichen Entwickelung der brandenburg-preußischen Depositalgesetzgebung, als Einleitung zu dem jetzt bestehenden Depositalrechte; in der Jur. Wochenschr. 1840, S. 829 ff.

mäßiges Versehen in der Auswahl haftet[16]). Nur bei verderblichen Sachen sollen die Parteien „wegen der damit zu treffenden Anstalten vernommen" werden, und erst wenn sie keine Vorschläge machen, oder sich nicht einigen, tritt der Richter wieder als Geschäftsführer auf[17]).

§. 580.

2. Wirkung.

I. Rechtmäßige und gehörige Deposition tilgt die Obligation ipso jure, wie Zahlung. Folge davon ist, daß alle accessorischen Rechte erloschen sind[18]), und daß die einmal getilgte Obligation nicht wieder aufleben kann[19]), wenn auch der Depositarius das Depositum an den Deponenten (Schuldner) wieder herausgibt: in diesem Falle ist der Empfänger Verwahrer einer fremden Sache. II. Die Deposition enthält eine Geschäftsführung seitens des Schuldners für den Gläubiger; der Gläubiger als Geschäftsherr erwirbt dadurch unmittelbar die Rechtsmittel aus dem Geschäfte, der Deponent (Schuldner) kann mithin nicht für sich davon Gebrauch machen, also nicht das Depositum für sich zurückfordern[20]), wohlverstanden wenn die Deposition giltig ist: außerdem würde das Geschäft den Gläubiger nichts angehen. III. Die Kosten der rechtmäßigen Deposition muß der Gläubiger in soweit, als sie die von dem Schuldner zu tragenden Kosten der ordentlichen Zahlung übersteigen, erstatten[21]).

---

16) A. L.R. I, 14, §§. 98—100. Der Richter muß hier als Vertreter einer Privatpartei contrahiren. Beispiele solcher Sequestratoren: §§. 103, 104, 107.

17) Er kann nach Umständen die Sachen verkaufen, wenn zwei Sachverständige dafür stimmen. §§. 101, 102, 106 das.

18) A. L.R. I, 16, §§. 213, 228. — L. 9 C. de solut. (VIII, 43); L. 9, 19 C. de usuris (IV, 32); L. 3 C. de luit. pign. (VIII, 31). — Der §. 229 a. a. O. paßt nicht auf die ordentliche Deposition und kann sich nur auf die außerordentliche beziehen, wo keine mora accipiendi durch Anbietung entsteht; sonst hindert diese schon die nachtheiligen Folgen des Verzugs. — Hypotheken müssen auf Grund der für rechtmäßig erkannten Deposition, auch ohne Vorlegung des Instruments, auf den Antrag des Schuldners gelöscht werden, sonst hilft ihm dieses Mittel nicht. (3. A.) Der Satz ist nun auch von der Gesetzgebung ausgesprochen in dem Ges. vom 24. Mai 1853, §. 40 (G.S. S. 521), jedoch nur für den Fall, wo der Inhaber der Post unbekannt oder nicht legitimirt ist.

19) L. 98, §. 8 D. de solution. (XLVI, 3).

20) Darüber ist großer Zweifel, wiewohl ohne erheblichen Grund. Recht der Forder. §. 159.

21) A. L.R. I, 16, §. 230; I, 17, §. 158; I, 11, §. 419.

§. 581.

III. Gebung an Zahlungsstatt.

A. L.R. I, 16, §§. 235—250. — Rubo, über die Angabe an Zahlungsstatt, nach dem Allgem. Landrechte für die preuß. Staaten; in den Jahrb. Bd. XXII, S. 3 ff. — Weidner, Lehre von der Zahlung und Angabe an Zahlungsstatt. Jena 1799. — Grolmann, Magazin für die Philosophie und Geschichte des Rechts und der Gesetzgebung, Bd. IV, Nr. XI.

I. Gebung an Zahlungsstatt ist Veräußerung einer Sache oder eines Rechts, seitens des Schuldners oder eines Dritten, an den Gläubiger mit der Bestimmung, daß der Gläubiger den ausbedungenen Preis mit seiner Forderung, soweit sie reicht, compensiren und dadurch der Schuldner befreiet sein soll. Sie beruhet auf freier Willkür beider Theile[1]) und richtet sich nach den Regeln des Kaufs[2]), auch wenn der Gegenstand ein Forderungsrecht ist[3]); sind aber Handlungen der Gegenstand, so treten die Grundsätze der Miethe (Dienstmiethe, oder Verdingung) ein. Zur Eingehung des Rechtsgeschäfts ist ausdrücklich erklärte Willensmeinung erforderlich; daraus, daß der Anbietende die Sache mit Beifügung einer Preisbestimmung zuschickt und der Gläubiger sie eine Zeit behält, wird nicht gefolgert, daß der Gläubiger sie dafür genommen habe[4]). II. Die Eingehung dieses Rechtsgeschäfts enthält keine Art von Novation, vielmehr entsteht dadurch eine besondere Obligation, durch deren Erfüllung von Seiten des Veräußerers die bisherige Obligation, wie durch Compensation, ipso jure getilgt wird. Soweit der Gläubiger die in Zahlung empfangene Sache wegen mangelhaften Rechts des Gebers wieder verliert, sollte eigentlich, wie bei der Zahlung in solchem Falle (§. 576, Note 6), die Obligation

1) A. L.R. I, 16, §§. 11, 235—237. Anders nach Nov. IV, c. 3; Auth. hoc nisi C. de solut. (VIII, 43); Nov. 120, c. 6, §. 2, und Jüngst. R.A. §. 172. Nicht so nach älterm R. R. L. 2, §. 1 D. de reb. cred. (XII, 1); L. 16, 17 C. de solut.; Pr. J. quib. mod. toll. (III, 30). (3. A.) Vorübergehend hatte schon Julius Cäsar, in Folge der durch die Bürgerkriege entstandenen Noth, den Schuldnern gestattet, ihre Grundstücke für den vor dem Kriege gehabten Werth in Zahlung zu geben. Sueton., in Caesar. c. 42; Caesar, de bello civili, III, c. 1: „... constituit, ut arbitri darentur; per eos fierent aestimationes possessionum et rerum, quanti quaeque illarum ante bellum fuissent, atque eae creditoribus traderentur."

2) A. L.R. a. a. O. §§. 242, 245. — L. 44 C. de evict. (VIII, 45); L. 24 pr. D. de pign. act. (XIII, 7).

3) Die Cession ist nur die Handlung der Uebertragung. S. oben §. 525 und 533, I.

4) A. L.R. a. a. O. §§. 236—241. Wenn der Gläubiger klagt, so lange er die Sache noch hat, so steht dem Schuldner die exceptio si non reddas rem quam accepisti zu. §. 237, Worte „gegen Rückgabe," womit dem Gläubiger nicht ein Retentionsrecht gegeben werden soll. §. 240. — L. 50 D. de solut. (XLVI, 3).

unverändert sein. In dieser Beziehung finden sich jedoch besondere Bestimmungen. Der Gläubiger soll nemlich, wenn binnen einem Jahre nach der Uebergabe ein Dritter auf Herausgabe der Sache klagt, vor dem Schlusse des Verfahrens in erster Instanz befugt sein, die Annahme an Zahlungsstatt zu widerrufen und die Ausführung des Rechtsstreits dem Geber zu überlassen, in welchem Falle die Obligation mit ihren accessorischen Rechten wieder hergestellt ist[5]). Thut der Gläubiger das nicht oder wird die Klage des Dritten erst nach Jahresfrist angebracht, so hat der Gläubiger nur die Forderung auf Gewährleistung[6]). III. Kommt die Gebung an Zahlungsstatt nicht zu Stande, so haftet der Gläubiger bei der Aufbewahrung der ihm zugestellten Sache innerhalb der ihm zur Erklärung ausdrücklich oder gesetzlich gestatteten Frist nur für ein grobes, nachher auch für ein mäßiges Versehen[7]).

IV. Compensation.

A. L.R. I, 16, §§. 300—377. — Die pr. Rechtsliteratur hat über diese von den gemeinrechtlichen Civilisten sehr fleißig behandelte Materie keine bemerkenswerthe Schrift. Aus der reichhaltigen Literatur des G. R. ist vorzüglich zu berücksichtigen: Hasse, über die Compensation und ihre Liquidität; im Archiv für civil. Praxis, Bd. VII, S. 145 fg. — Bethmann-Hollweg, Beitrag zur Lehre von der Compensation; im Rheinischen Museum, Bd. I, S. 257 fg. — Krug, die Lehre von der Compensation. Leipzig 1833. Dazu: Fuhr, Recens., in Schunk's Jahrbüchern der juristi. Literatur, Bd. XXVI, S. 109 ff. und 217 fg.

§. 582.

1. Begriff und Bedingungen.

I. Compensation heißt die willkürliche Handlung des Schuldners, wodurch er seine eigene Forderung an seinen Gläubiger ihm anrechnet[1]) (Gegenrechnung). Sie wird bewerkstelligt durch die Willenserklärung des Schuldners. Die Einwilligung des Gläubigers ist nicht nothwendig, wenn sein Widerspruch unbegründet ist, worüber der Richter zu befinden hat. II. Die Compensation ist in der Regel gegen jeden Gläubiger gestattet. Eine Ausnahme macht

5) A. L.R. a. a. O. §§. 243, 248. Der Bürge muß mit dem Schuldner gleichzeitig von dem Widerruf in Kenntnis gesetzt werden. §. 249.
6) Ebend. §§. 242, 245, 250. S. oben §. 533, Note 2.
7) A. L.R. a. a. O. §§. 238, 241. Die Kosten der Rückgabe muß der Schuldner erstatten.
1) A. L.R. I, 16, §. 300. Das Nähere und Geschichtliche s. Recht der Forderungen, §§. 162, 163. — Das Min.Rescr. vom 3. August 1840 ist dieser Begriffsbestimmung beigetreten. (Min.Bl. II, S. 290.) Vergl. Entsch. des Obertrib. Bd. IV, S. 208.

der Fiscus, gegen welchen sie nur unter der Voraussetzung zulässig ist, daß Forderung und Gegenforderung aus demselben Geschäfte entspringen und die Gegenforderung aus derselben Casse, an welche die Forderung zu entrichten, zu zahlen ist[2]). Diese Voraussetzung ist jedoch nicht umgekehrt Bedingung der Compensation des Fiscus gegen seine Gläubiger[3]). Stadtgemeinden und andere Corporationen haben dieses Privilegium nicht, wenngleich ihre Cassenverwaltung getheilt ist[4]). III. Nur mit eigenen Forderungen kann compensirt werden, nicht mit der Forderung eines Dritten, selbst wenn er einwilligte[5]). Personeneinheit aber zwischen dem Schuldner und dem Dritten, überhaupt oder in Beziehung auf die einzelne Forderung, begründet die Compensation. Eine solche Einheit bewirkt: 1) die allgemeine Gütergemeinschaft[6]); 2) die Ehe hinsichtlich derjenigen eingebrachten Forderungen der Frau, welche der Mann vermöge seines Verwaltungs- und Nießbrauchsrechts einziehen darf[7]). 3) Die Universalsuccession. Ist der Erbe jedoch Beneficialerbe, so soll der Erbschaftsgläubiger auf eine eigene Forderung des Erben an ihn nur gegen Sicherheitsbestellung auf den Fall der Unzulänglichkeit des Nachlasses compensiren dürfen[8]). Auf Forderungen, welche aus der Verwaltung des Beneficialerben vor Eröffnung des erbschaftlichen Liquidationsprocesses entstanden sind, können die Schuldner mit ihren Forderungen an die Erbschaft compensiren[9]). Bei Miterben findet

2) A. L.R. a. a. O. §§. 368, 369. Vergl. L. 1, 3, 7 C. de compensat. (IV, 31); L. 46, §. 5 D. de jure fisci (XLIX, 14).

3) Man ist darüber nicht einverstanden. Pr. 1150, vom 28. Mai 1842, u. Simon, Rechtsspr., Bd. I, S. 141. — Fuhr gegen Krug, in Schunk a. a. O. S. 228. Es kommt alles auf die Landesverfassung an. In Preußen kann es vermöge des Centralisationssystems nur Einen Fiscus geben; die einzelnen Herzogthümer ꝛc. führen leere Namen und sind nichts weiter als Departements der Berliner Regierung.

4) A. L.R. a. a. O. §. 335. Ist nach G. R. streitig.

5) Ebend. §. 302. — L. 16 pr.; L. 18, §. 1 D. de compens. (XVI, 2); L. 9 C. eod. (IV, 31); L. 14 C. de solut. (VIII, 43). Anwendungen sind: A. L.R. a. a. O. §§. 305—307 und L. 10 D. de duobus reis (XLV, 2); §. 304 a. a. O.; der Fall des §. 303 sollte gleichfalls dieser Anwendung unterliegen, wird jedoch folgewidrig behandelt (s. oben §. 517); §§. 332—334 a. a. O. und L. 23 D. de compens. (XVI, 2); L. 36 D. de administrat. tutor. (XXVI, 7); §§. 330, 331 das. Ein Erbschaftsgläubiger kann das Kaufgeld für die vor Eröffnung des erbschaftlichen Liquidationsprocesses erkauften Nachlaßgrundstücke mit seinen Forderungen an den Erblasser compensiren. Pr. 397, vom 25. November 1837. S. unten Note 9.

6) A. L.R. a. a. O. §§. 340, 341. — Vergl. Voet, Commentar., XVI, 2, §. 10.

7) A. L.R. a. a. O. §. 341; II, 1, §§. 233, 336—339.

8) A. L.R. §. 312 d. T. — L. 5, §. 19 D. de tributoria act. (XIV, 4).

9) Recht der Forder. §. 164, II, 6, lit. c. gegen die Abh. in Mathis, Bd. VI, Nr. 8 u. 9. — Simon, Rechtsspr., Bd. II, S. 64. S. das Pr. 397 oben Note 5.

sich die Anomalie, daß, obgleich die Erbschaft gemeinschaftlich und nomina nicht ipso jure divisa sind, die Erbschaftsschuldner dennoch auf das, was sie der ungetheilten Erbschaft schuldig sind, ihre Forderungen an einen Miterben nach Verhältnis des Erbtheils ihres Schuldners anrechnen können (§. 523). 4) Der Concurs (§. 509, Note 10). 5) Cessionen und Anweisungen (§. 532, III und §. 537, II). 6) Die Bürgschaft auf der Seite des Bürgen, weil dieser in die Schuld des Hauptschuldners eintritt und deshalb die demselben zustehende exceptio doli gebrauchen kann, wenn der Gläubiger nicht dasjenige in Abrechnung bringt, was er zu seiner Deckung von dem Hauptschuldner in Händen hat[10]). IV. Die Forderung, welche angerechnet werden soll, muß sein: 1) giltig und klagbar[11]); präcludirte Forderungen (§. 215) und Forderungen, welche zur Zeit der Entstehung der Gegenforderung schon verjährt waren, sind ganz untauglich zur Compensation (§. 151); 2) generisch gleichartig[12]), wobei auf Verschiedenheit des Entstehungsgrundes nicht gesehen wird[13]), auch nicht darauf, daß der Gegenstand Handlungen sind, indem fungible Handlungen, wobei auf die Persönlichkeit nichts ankommt, allerdings compensabel[14]); 3) fällig[15]); das tempus judicati, Stundung und Moratorium heben die Fälligkeit nicht auf (§. 486); 4) liquide[16]), was sich jedoch nur auf Forderungen aus andern Rechtsgeschäften (ex causis disparibus) bezieht; denn ist der Einwand in demselben Geschäfte begründet, so ist die Klage selbst illiquide und der Einwand muß in dem nemlichen Verfahren erörtert werden, wenn nicht etwa dem Kläger eine privilegirte Proceßform zu Gebote steht[17]). Als in demselben Rechtsgeschäfte begründet ist aber der Einwand alsdann nicht zu erachten, wenn die Gegenrechnung aus solchen einseitigen Handlungen des Schuldners hergeleitet wird, die er aus Anlaß und während des dauernden Rechtsverhältnisses, z. B. Pachtverhältnisses, aus welchem die Forderung

10) A. L.R. a. a. O. §. 328. — L. 4, 5 D. de compens. (XVI, 2).

11) A. L.R. a. a. O. §. 342; Einleitung §. 86. Anders nach R. R. wegen der Naturobligationen. L. 6 D. de compens. (XVI, 2); L. 14 C. eod. (IV, 31).

12) A. L.R. I, 16, §§. 343, 344, 345. — L. 18 pr. D. de pignor. act. (XIII, 7); L. 13, §. 2 D. de pignor. (XX, 1). — Vergl. Entsch. des Obertrib. Bd. XXIII, S. 159.

13) A. L.R. a. a. O. §. 346. — L. 5 C. de compens. (IV, 31).

14) A. L.R. a. a. O. §§. 345, 371. Ist nach G. R. streitig. Wegen unerlaubter Handlungen s. Recht der Forder. §. 165, Nr. 2.

15) A. L.R. a. a. O. §§. 343, 346—349, 352. — L. 7 D. eod.

16) A. L.R. a. a. O. §. 359. — L. 14, §. 1 C. eod.; §. 30 J. de act. (IV, 6).

17) A.G.O. I, 19, §. 5.

entstanden ist, unternommen hat[17a]). Liquide ist eine solche Forderung, über deren Grund und Betrag der Richter, zu der Zeit, wo er das Urtel über die Klage fällt, nach Lage der Verhandlungen zu erkennen im Stande ist[18]); das Verfahren wird nach der Liquidemachung nicht aufgehalten, wenn die Acten über den Anspruch des Klägers spruchreif sind. Die Verschiedenheit des Zahlungsorts hindert die Compensation nicht; sie hat nur den Ersatz des Interesses zur Folge[19]).

§. 583.

2. Ausnahmen.

Die Compensation ist unstatthaft: 1) gegen die actio depositi directa, selbst wenn sie auf Erstattung des Werths der deponirten Sache gerichtet ist und der Depositarius rechtmäßige Gegenforderungen hat[20]); 2) gegen die actio commodati directa, wenn die geliehene Sache selbst gefordert wird[21]); 3) gegen laufende und künftige Alimentenforderungen[22]); 4) gegen die Spolienklage[23]); 5) wenn der Compensation entsagt worden ist[24]), welches stillschweigend geschieht, wenn ein Käufer das Kaufgeld zur Bezahlung gewisser Schulden des Verkäufers zu verwenden verspricht[25]); wenn der Gläubiger nach gegebener Zahlungsfrist die Schuld eines Dritten an seinen Schuldner übernimmt und wegen derselben in Anspruch genommen wird[26]); wenn von der Compensation im Processe kein Ge-

17a) Auf einen solchen Fall bezieht sich das scheinbar widersprechende Pr. 959, vom 14. Decbr. 1840 (Entsch. Bd. VI, S. 233). S. unten die Note 34a zu §. 584.

18) A. L.R. I, 16, §. 361. Recht der Ford. §. 165, Nr. 5.

19) A. L.R. a. a. O. §§. 346, 350, 351. — L. 15 D. de compens. (XVI, 2).

20) A. L.R. a. a. O. §§. 363, 364. Die Beibehaltung dieses röm. Rechtssatzes (§. 30 J. de act. [IV, 6]; L. 11 pr. C. depositi [IV, 34]; L. 14, §. 1 C. de compens. [IV, 34]) paßt nicht zu der Theorie des Pr. R., wonach das Depositum ein zweiseitiger Realcontract sein kann.

21) A. L.R. a. a. O. §§. 363, 365. Die Einschränkung auf diesen Fall ist nach G. R. streitig.

22) Ebend. §§. 366, 367. Ist gemeinrechtlich gleichfalls bestritten.

23) A. L.R. I, 7, §§. 146, 147, 150. Kann bei Entziehung einer Geldsumme aus eigenmächtiger Selbsthilfe praktisch wichtig werden. — Vergl. L. 14, §. 2 C. de compens. (IV, 31); L. 31, §. 1 D. de hered. petit. (V, 3).

24) A. L.R. I, 16, §. 372. Die Entsagung würde unmöglich sein, wenn die Compensation, wie viele glauben, unwillkürlich vor sich ginge.

25) Ebend. §. 370. Hierbei ist natürlich vorausgesetzt, daß diese Gläubiger des Verkäufers die Kaufgelderforderung einfordern; dieser Forderung kann dann der Käufer die Compensation mit andern Forderungen an den Verkäufer nicht entgegensetzen. Allein diese Gläubiger als Dritte erlangen ein Recht gegen den Käufer erst durch einen mit Bewilligung der Hauptparteien erfolgten Beitritt zum Vertrage. Pr. 1406c, vom 27. Januar 1844.

26) A. L.R. a. a. O. §. 357. Sonst würde er einseitig das pactum remissorium aufheben können.

brauch gemacht wird[27]); 6) gegen Hypothekenforderungen, soweit die Gegenforderungen dem Cessionar vor der Cession nicht bekannt geworden oder aus dem Hypothekenbuche nicht zu entnehmen gewesen sind[28]).

§. 584.

3. Ausführung und Wirkung.

I. Die Erklärung des Schuldners, daß er seine Forderung anrechne, ist die Handlung, wodurch die Compensation bewirkt wird. Hat dagegen der Gläubiger nichts einzuwenden, so ist das Geschäft damit abgethan, gleich einer willig angenommenen Zahlung (compensatio voluntaria)[29]). Widerspricht der Gläubiger, so hat der Schuldner die Erfordernisse darzuthun; geschieht das, so muß der Gläubiger sich wider seinen Willen die Compensation gefallen lassen (compensatio necessaria)[30]). Dieser Erfolg wird in Form einer Exception gegen den Anspruch des Gläubigers erzielt (compensatio objicitur)[31]). Der heutige ordinäre Proceß gestattet den Einwand nicht mehr wie sonst noch bis zum Schluß der Sache in erster Instanz[32]); er kann nach neuerm Proceßrecht nur in der Klagbeantwortung vorgebracht werden, wegen der wiederaufgenommenen Eventualmaxime[33]). In zweiter Instanz ist der Einwand gleichfalls statthaft, doch nur in der Appellationsrechtfertigung[34]), und nur unter der Voraussetzung, daß die Forderung liquid ist, d. h. hier, daß nicht der Grund und Betrag der Gegenforderung, sondern nur die Zulässigkeit des Einwandes an sich streitig ist; sonst würde dem Gegner das Recht zu seiner Vertheidigung durch die ihm sonst zustehenden Instanzen genommen werden. Das der Compensation eigenthümliche Erfordernis der Liquidität ist aber nicht die s. g. uneigentliche Reconvention, d. h. auf Forderungen und Gegenforderungen

27) Ebend. §. 383; V. I. vom 4. März 1834, §. 6. — Die Unterlassung der Compensation wirkt durchaus keine Vermuthung für die Unrichtigkeit oder Erlöschung der Gegenforderung. §. 376 d. T. Einige behaupteten das. Leyser, sp. 173, m. 5.

28) Anh. z. A. L.R. §. 53 (zu I, 20, §. 511).

29) L. 4 D. qui potior. in pign. (XX, 4); L. 76 D. de verb. sign. (L, 16).

30) L. 3 D. de compensat. (XVI, 2).

31) Gerade so, wie es von Exceptionen heißt: objicitur exceptio. L. 11, §. 2 D. de pignor. (XX, 1).

32) A.G.O. I, 10, §. 3; I, 12, §. 19; I, 27, §. 26. Nach G. R. wird darüber gestritten. S. Recht der Ford. §. 167, II.

33) V. vom 1. Juni 1833, §§. 14, 27; Instruction dazu, §. 29. V. vom 21. Juli 1846, §. 1.

34) A.G.O. I, 10, §. 3; I, 12, §. 19; I, 14, §. 49; Anh. §. 123. — V. vom 1. Juni 1833, §. 42; Instruction §. 45. — Plenarbeschl. des Obertrib. vom 8. April 1839. (Entsch. Bd. IV, S. 207.)

aus einem und demselben Rechtsgeschäfte zu beziehen, es kann also, wenn der Forderung Gegenansprüche entgegengesetzt werden, welche nicht sofort klar zu machen sind, der Beklagte nicht zur Zahlung verurtheilt und mit dem Gegenanspruche ad separatum verwiesen werden, vielmehr muß der Gegenanspruch erörtert und beurtheit werden, weil derselbe eine Vereinigung des Grundes der Forderung, nicht aber einen bloßen Einwand der Tilgung einer selbständig begründeten Forderung durch Compensation in sich schließt[34a]). In der Executionsinstanz ist der Einwand nur dann noch zulässig, wenn die Gegenforderung erst zu einer Zeit entstanden ist, wo der darauf gegründete Einwand in dem Processe nicht mehr angebracht werden durfte[35]). Auf eine schon rechtshängige Sache kann der Einwand der Compensation dann gestützt werden, wenn die Forderung liquide (anerkannt) ist; im Falle aber darüber noch gestritten wird, findet der Einwand nicht statt, wegen der entgegenstehenden Replication der Litispendenz[35a]). II. Weil die Compensation von der Willkür des Schuldners abhängt, so kann er auch bestimmen: welche von mehreren Gegenforderungen angerechnet werden soll[36]). Die bewirkte Compensation tilgt die beiderseitigen Schulden ipso jure, wie Zahlung, und zwar wegen der exceptio doli, von dem Augenblicke an, wo die Gegenforderung entstand[37]). Die Versäumung der Compensation hindert nicht, die Gegenforderung besonders geltend zu machen[38]); ist aber die Compensation durch den Richter im Urtel (dispositiv, in tenore sententiae) verworfen, so ist res judicata (§§. 199, 200).

34a) Angenommen von dem III. S. des Obertrib. am 13. März 1849 in Sachen Namczynowski c. Hildebrandt, $^{625}/_{2506}$ III, 48. Das Pr. 959 sagt zwar: „Die Vorschrift des §. 359 d. T. findet Anwendung, es mag die Gegenforderung aus demselben Rechtsgeschäfte, welches der Forderung zum Grunde liegt, oder aus einem davon verschiedenen entspringen. Die Pr.O. hat im Tit. 19, §. 1 ff. obigen Grundsatz des materiellen Rechts nicht abgeändert und ist daher in einem Processe, wenn der Bekl. der liquiden Forderung des Kl. mit einer uneigentlichen Reconvention begegnen will, die er nicht sofort liquide zu machen im Stande ist, in conventione zu verurtheilen und mit der Gegenforderung ad separatum zu verweisen." Doch wurde ein Conflict nicht gefunden, weil das Präjudiz sich nur auf das eine Erfordernis der Compensation bezieht, was, wenn sie gebraucht werden soll, nicht bestritten wurde. Vergl. auch oben §. 526, I, 1.

35) V. v. 4. März 1834, §. 6. Die Gesetzgebung darüber hat gewechselt. A.G.O. I, 24, §§. 35, 36; Anh. §. 152. Ueber die verschiedenen Meinungen nach G. R. s. Recht der Ford. §. 167, II, 4.

35a) L. 8 D. de compensat. (XVI, 2).

36) A. L.R. I, 16, §. 375. — L. 13, 5 D. de compens. (XVI, 2).

37) A. L.R. a. a. O. §§. 301, 361. — L. 11, 12 D. eod.; L. 4, 5 C. eod.; L. 7 C. de solut. (VIII, 43).

38) A. L.R. a. a. O. §. 376. — Der §. 375 erinnert an die Meinung, daß die Compensation ohne menschliche Willkür eintrete; die Bestimmung hat keinen praktischen Nutzen.

B. Aufhebung ohne Befriedigung.

§. 585.

1. Erlaß (pactum remissorium s. de non petendo).

A. L.R. I, 16, §§. 378—400. Die neue gemeinrechtliche Literatur gibt bei der eigenthümlichen Auffassung dieses Rechtsverhältnisses seitens der Verfasser des Landrechts keine Ausbeute; in der pr. Literatur ist das Feld unangebaut.

I. Erlaß (pactum remissorium s. de non petendo) ist ein Vertrag zwischen Gläubiger und Schuldner, wodurch eine einseitige Obligation aufgehoben wird. Durch den Gegenstand unterscheidet er sich von dem Dissens (mutuus dissensus), wodurch die Parteien ein zweiseitiges obligatorisches Verhältnis wieder aufheben (§. 567). Auch der Erlaß ist ein Vertrag und erfordert daher wechselseitige Willensübereinstimmung [1]). Wesentlich verschieden davon ist die Entsagung (§. 213) und der Verzicht, welcher sich nicht auf Obligationen, sondern auf absolute Rechte, hinsichtlich welcher keine einzelne bestimmte Person dem Erklärenden gegenübersteht, wie z. E. bei der Verzichtleistung auf den Adel, oder bei der Erbschaftsentsagung, bezieht, folglich kein Vertrag sein kann und daher zu seiner Giltigkeit keiner Acceptation bedarf [2]). In dem A. L.R. sind diese verschiedenartigen Handlungen mit einander vermengt, weshalb die jedesmalige Beziehung der einzelnen Sätze mit Vorsicht zu beachten ist, um Misverständnissen zu entgehen. In der Regel hat der Remissionsvertrag die Natur der Schenkung [3]); doch kann auch irgend ein anderes Geschäft (§. 212), oder doch ein eigenes Vermögensinteresse, wie bei dem Accord (§. 505), zum Grunde liegen. II. Die Willenserklärung des Gläubigers muß in der Regel eine ausdrückliche sein; die stillschweigende, wie z. E. Zurückgabe des Schuldscheins, genügt bei Obligationen wegen Mangels der Form nicht [4]). Die Annahme kann, wie gewöhnlich, auch stillschweigend,

1) A. L.R. I, 16, §§. 380, 388. — L. 23 D. de pactis (II, 14); L. 91 D. de solut. (XLVI, 3). Manche leugnen das Erfordernis der s. g. Acceptation.

2) Der §. 392 a. a. O.: „Gerichtliche Entsagungen bedürfen keiner Ausnahme," bezieht sich auf dergleichen Verzichte und auf Renuntiationen (§. 213), nicht auf Remissionen. Vergl. auch Entscheid. des Obertrib. Bd. VIII, S. 250 fg. Die Erbesentsagung kann natürlich keine Schenkung sein, weil sie überhaupt kein Vertrag ist.

3) A. L.R. a. a. O. §§. 393—395. — Der §. 1039, Tit. 11 bezieht sich nicht auf Remissionsverträge.

4) A. L.R. a. a. O. §§. 381, 390. — Simon, Rechtsspr., I, S. 143; Pr. 1005, vom 17. April 1841. (Entsch. Bd. VII, S. 95 ff.) — Ausnahmen: A. L.R. I, 11, §§. 843, 797; I, 16, §. 114; I, 12, §. 427; I, 20, §§. 253, 254; I, 22, §. 43 und Schles. Archiv, Bd. I, S. 344.

für Unfähige, wenn Schenkung zum Grunde liegt, durch Dritte erklärt werden[5]). Zur Giltigkeit eines Remissionsvertrags ist nicht die gerichtliche Form wie bei Schenkungsversprechungen, sondern bei Gegenständen über 50 Thlr. nur die schriftliche Form erforderlich (§. 550, Note 22), weil der Erlaß einer vollzogenen Sachschenkung gleich steht[6]). III. Die Wirkung ist absolute Tilgung der Obligation, mithin erlöschen auch alle accessorischen Rechte. Bei Correalobligationen kommt es auf die Absicht der Paciscenten an, ob das pactum nur in personam oder in rem wirken soll (§§. 517, 518); hat der Schuldner ein Interesse dabei, daß das pactum auch dem Dritten (dem Correus) zu Statten komme, wie z. E. der Fall ist, wenn die Mitschuldner in einem Verhältnisse der Gemeinschaft stehen, so muß es immer in rem wirken[7]).

§. 586.

2. Confusion und Concurrenz.

A. L.R. I, 16, §§. 476—512. — Meier, Medit. de confusione jurium et obligationum. Lips. 1791.

I. Confusion, Vereinigung, heißt das Zusammentreffen der Eigenschaften des Gläubigers und des Schuldners für eigene Rechnung in Einer Person[1]); sie löset die Obligation ipso jure auf[2]), indem durch den Wegfall der Person auf der einen Seite

5) A. L.R. a. a. O. §. 389; I, 11, §§. 1058 ff.

6) Diesen schon im Recht der Ford. §. 172, II, 3 angegebenen Grund hat Herr von Rönne, in der Jur. Wochenschrift, 1839, S. 666, damit zu widerlegen vermeint, daß obligatorische Rechte überhaupt nicht Gegenstand des Besitzes sein, mithin auch nicht tradirt werden könnten. Das ist nicht zutreffend; man behauptet nicht, daß eine Obligation tradirt werden könne wie eine Sache. Der angefochtene Grund hat das Misgeschick, von dem Herrn Verf. nicht verstanden worden zu sein. Sehr wohl verstanden und anerkannt ist er von dem Obertrib. nach dem Plenarbeschl. vom 24. Februar 1840 (Entscheid. Bd. V, S. 261) und dem Pr. 1005 (Revisionsurtel) vom 17. April 1841 (Ebend. Bd. VII, S. 92 fg.).

7) L. 27 pr.; L. 22, §. 5; L. 22—26; L. 32 D. de pact. (II, 14). — Guyet, über die Wirkung der Nachlaßverträge bei den s. g. Correalobligationen; in s. Abhandl. S. 262 fg.

1) A. L.R. I, 16, §. 476. — L. 21, §. 1 D. de liberat. leg. (XXXIV, 3); L. 75 D. de solut. (XLVI, 3); L. 26, §. 4 D. de cond. ind. (XII, 6); L. 50, 71 pr. D. de fidejuss. (XLVI, 1). — Consolidation ist die Vereinigung dinglicher Rechte, insbesondere der Fall, wenn der Eigenthümer den Usus-fructus erwirbt. §. 3 J. de usufructu (II, 4); L. 78, §. 2 D. de jure dot. (XXIII, 3); L. 3, §. 2; L. 6 pr. D. de usufr. accresc. (VII, 2). — Im Besitz des Fiscus begründet das Zusammenkommen der mit Servituten belasteten und beziehlich berechtigten Grundstücke kein Erlöschen der Servituten modo confusionis. Pr. 514, vom 3. August 1838. Inconsequent. Vergleiche Note 3 zu §. 582.

2) A. L.R. a. a. O. §. 476. — L. 75, 95, §. 2 D. de solut. (XLVI, 3); L. 71 pr. D. de fidejuss. (XLVI, 1); L. 7 C. de pactis (II, 3). Ausnahme s. oben §. 529, II.

die bestandene Obligation zusammenfällt, daher denn die etwa vorhandenen Correi, in Beziehung auf welche die Confusion nicht eingetreten ist, nicht befreit werden, wogegen die für die Person des ausgefallenen Schuldners bestellten Bürgen mit ihm zugleich entbunden sind[3]). Die Erlöschung der Bürgschaft durch Confusion ist ohne Einfluß auf die Hauptobligation[4]), ebenso die theilweise Confusion auf den nicht betroffenen Theil[5]). Erfordernis einer wirksamen Confusion ist ein unbedingter und unwiderruflicher Grund, daher tritt sie nicht ein bei einem Fideicommiß, auch bei dem fideicommissum ejus quod supererit, und bei Erwerbung einer Erbschaft unter Vorbehalt der Rechtswohlthat, so lange der Vorbehalt nicht beseitigt ist, welches unter anderm mit der Publication des Präclusionsurtels im erbschaftlichen Liquidationsprocesse geschieht, wenn dann die Erbschaft zulänglich ist[6]). II. Concurrenz heißt das Zusammentreffen der Eigenschaft mehrerer Solidarschuldner oder Gläubiger derselben Obligation. Dadurch wird in der Regel hinsichtlich der Fortdauer der Obligation nichts geändert[7]); eine Ausnahme galt nach R. R., wenn der eine Schuldner nur accessorisch verpflichtet ist: dessen Verbindlichkeit hörte auf[8]), falls sie nicht wirksamer als die Hauptobligation[9]). Auch diese Ausnahme wird im Pr. R. nicht angenommen[10]).

§. 587.

3. Vernichtung.

Nichtige Rechtsgeschäfte bedürfen materiell keiner Vernichtung. Daher kannte das R. R. keine darauf gerichtete Klage. Das nichtige Rechtsgeschäft wurde wie nicht vorgefallen behandelt und diejenige Partei, deren Zustand dadurch eine nachtheilige thatsächliche

3) A. L.R. a. a. O. §§. 492—494, 497. — L. 71 D. de fidejuss. (XLVI, 1). Anders würde es sein, wenn die Confusion nach Art der Zahlung (solutionis potestate) wirkte. Recht der Ford. §. 183.

4) A. L.R. a. a. O. §. 496. — L. 21, §. 3; L. 71 pr. i. f. D. de fidejuss. (XLVI, 1).

5) A. L.R. a. a. O. §§. 490, 491. — L. 50 D. eod.; L. 7 C. de negot. gestis (II, 19).

6) A. L.R. a. a. O. §§. 478—481, 486—488. Pr. 1989, vom 2. März 1848. — L. 21, §. 2 D. de inoff. test. (V, 2); L. 87, §. 1 D. de acquir. hered. (XXIX, 2); L. 59 pr. D. ad S. C. Trebell. (XXXVI, 1).

7) L. 93 pr. §§. 1—3; L. 95, §. 3 D. de solut. (XLVI, 3).

8) L. 13 D. de duobus reis (XLV, 2); L. 5, 14 D. de fidejuss. (XLVI, 1); L. 38, §. 5 D. de solut. (XLVI, 3).

9) L. 95, §. 3; L. 38, §. 5 D. eod.; L. 21, §. 2 D. de fidejuss. (XLVI, 1).

10) A. L.R. a. a. O. §. 495. Der Hauptschuldner ist danach sein eigener Bürge.

Veräußerung erlitten hatte, bediente sich der ihr zustehenden Rechtsmittel zur Beseitigung derselben. Berief der Beklagte sich excipiendo auf das Geschäft, so leugnete der Kläger den Grund der Exception durch Darlegung der Nichtigkeit (§§. 193, 196). Ganz auf dieselbe Weise verhält sich die Sache noch jetzt im Pr. R.: wer auf Grund eines nichtigen Geschäfts seine Sache hingegeben hat, kann sie vindiciren. — Ist noch keine thatsächliche Aenderung des Zustandes in Folge des nichtigen Geschäfts eingetreten, so findet nach R. R. eine Klage, etwa auf Nichtigkeitserklärung, nicht statt; dazu fehlte das Bedürfnis. Hierin ist es nach Pr. R. anders: man kann unter Behauptung derjenigen Thatsachen, durch welche die Nichtigkeit dargelegt wird, den Richter mit dem Antrage angehen, das scheinbar vorhandene Rechtsgeschäft für nichtig zu erklären (Nichtigkeitsklage). Sie ist materiell eine Negatorienklage und verjährt wie die mit dem verletzten oder bedrohten Rechtsverhältnisse verbundene Klage.

4. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.

A. L.R. I, 14, §§. 172—177; I, 11, §§. 531—534, 633. — A.G.O. I, 16, §§. 12—29. — Biener, Historia juris civilis de restitutionibus in integrum. Lips. 1779. — Gmelin, Principia generalia restitutionis in integrum praetoriae. Tub. 1809. — Burchardi, die Lehre von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. Göttingen 1831. Dazu Blume, Anzeige dieser Schrift, in den Gött. gel. Anz. 1831, S. 1769 fg. — von Schröter, in Linde's ꝛc. Zeitschrift für Civilrecht u. Proceß, Bd. IV, S. 91 fg.

§. 588.

a) Das Allgemeine.

I. Unter der Wiedereinsetzung (restitutio in integrum) wird hier die durch richterlichen Ausspruch erfolgende Aufhebung eines Rechtsverhältnisses oder einer Rechtsveränderung verstanden, welches oder welche an sich giltig ist, jedoch aus einem Grunde von dem dadurch beeinträchtigten Theile angefochten werden kann. Solches kann in Form einer Klage, und auch in der einer Exception geschehen [1]); für die Klage (Restitutionsklage) gibt es keine technische Bezeichnung, weil nach R. R. nicht mittelst einer Klage, sondern durch den Ausspruch des Prätors die Herstellung des frühern Zustandes erreicht wurde, und der Fall, wo die Form der Exception hätte zur Anwendung kommen müssen, nicht vorkam, weil der Prä-

1) Vergl. Klien, über das Wesen und die heutige Anwendbarkeit der prätorischen Restitutionen; im Archiv für die civil. Praxis, Bd. I, Nr. 16.

tor in solchem Falle die Klage ganz versagte. Die von dem Institute im Pr. R. noch vorhandenen Reste haben keinen leitenden Grundgedanken. II. Die Erfordernisse sind: 1) ein Rechtsgrund (justa causa). Dafür gilt: a) Minderjährigkeit, deren Rechte auch dem Fiscus, den Kirchen, den Stadtgemeinden, den Schulanstalten, den Armenanstalten und manchen andern Personen beigelegt sind; b) Abwesenheit[2]); c) Irrthum (§. 106 ff.); d) Zwang und Furcht (§. 104); e) Betrug (§. 105). 2) Eine nicht ganz unbedeutende Beeinträchtigung (laesio) durch Handlung oder Unterlassung, aus Ursache der justa causa[3]). 3) Es muß ein Rechtsverhältnis sein, auf welches sich die Handlung oder Unterlassung bezieht[4]). Wegen der Minderjährigkeit (1, a) findet jedoch die Wiedereinsetzung gegen die Handlungen der Vertreter und Verwalter des Pflegebefohlenen in Rechtsgeschäften, und die dadurch in dem Geschäfte selbst dem Pflegebefohlenen widerfahrene Verletzung, niemals statt[4a]). Nur bei Processen und gegen den Ablauf der Verjährung gilt eine beschränkte Ausnahme, die näher zu bestimmen ist. a) Was die Verjährung betrifft, so haben der Fiscus und die ihm darin gleichgestellten juristischen Personen gegen den Ablauf der ordentlichen Verjährung das Rechtsmittel nicht, wohl aber kommt es ihnen bei kürzeren Verjährungsfristen, keineswegs aber gegen andere Fristen, welche keine Verjährungen sind (§. 149, Note 12), zu Statten, wenn dabei dieserhalb keine besondere Ausnahme gemacht worden ist[5]). Die Minorennen aber, und zwar auch nur diejenigen, welche unter Vormundschaft stehen müssen, haben das Rechtsmittel gegen den Ablauf der ordentlichen Verjährung alsdann, wenn dieselbe, als das betroffene Recht an sie gelangt, bereits angefangen hat und während der Minderjährigkeit vollendet wird[5a]); wogegen ihnen gegen den Ablauf der kürzern Verjährungen das Rechtsmittel nicht gegeben ist[6]). b) In Processen kommt sowohl dergleichen Minder-

2) A. L.R. I, 11, §§. 531—533, 536—539.

3) L. 11, §§. 4, 5; L. 6, 7, §. 6; L. 35, 44 D. de minor. (IV, 4).

4) L. 7 pr. §. 2 D. eodem.

4a) A. L.R. I, 14, §. 173; A.G.O. I, 16, §. 13. — Lehnsedict vom 4. August 1763, §. 8.

5) A. L.R. I, 14, §§. 174, 177. Pr. 884, vom 3. Juli 1840 (Entsch. VI, 385). Eine solche Ausnahme bestimmt das Ges. vom 18. Juni 1840, §. 11. Das Obertrib. meint zwar, dieser §. 11 enthalte eigentlich die Regel und es müßte folglich jedesmal als Ausnahme die Zulässigkeit der Restitution vorbehalten sein. Entsch. Bd. XIV, S. 211. Die Rechtfertigung dieses Ausspruchs ist jedoch seicht und übergeht ganz die allgemeine Regel des §. 177 a. a. O.

5a) A. L.R. I, 9, §§. 536, 537. Pr. 307, vom 22. Juli 1837, und Pr. 1778, vom 15. August 1846.

6) A. L.R. I, 14, §. 177. Entsch. des Obertrib. Bd. XIV, S. 211 u. 212.

jährigen als dem Fiscus und den gedachten juristischen Personen die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Verabsäumung der gesetzmäßigen oder von dem Richter bestimmten Fristen, — doch nicht gegen Verabsäumung des Fatale zur Einlegung der Appellation, der Revision, des Recurses und der Nichtigkeitsbeschwerde, so wie gegen die durch Versäumung der Einführung und Rechtfertigung der Rechtsmittel erwachsenen Nachtheile, — zu Statten[7]). III. Die Restitutionsklage dauert vier Jahre nach Vollendung der justa causa, in welcher die Ursache der Rechtsveränderung liegt, bei versäumter Verjährung mithin von dem Ablaufe derselben an gerechnet[8]). IV. Die Wirkung besteht in der gänzlichen Vernichtung der Veränderung in allen Beziehungen[9]).

b) Restitution der Gläubiger gegen die Handlungen des Schuldners. (Actio Pauliana.)

§. 589.

aa) Im Falle des formellen Concurses.

A. L.R. I, 11, §§. 1129—1133. — A.G.O. I, 50, §§. 42—59. — Concursordnung vom 8. Mai 1855, §§. 99—112. — W. Consbruch, über die Befugnis der Concursgläubiger zur Anfechtung der vor der Concurseröffnung vorgefallenen Rechtshandlungen des Gemeinschuldners. Eine vergleichende Darstellung der Bestimmungen des älteren und des neueren Preußischen Rechts. Berlin 1857. — Happel, Beobachtungen beim Ausbruche eines Concurses und bei Zurückforderung des vom Schuldner vorher veräußerten Vermögens. Gießen und Darmstadt 1801. — Reinhardt, von der Paulianischen und den mit derselben verwandten Klagen; deren Begriff, Beweis, nähere Bestimmungen, ihre Anwendbarkeit u. s. w.; in Oesfen vermischten Aufsätzen, 2. H. 1823, S. 100 fg.

I. Die von dem Gemeinschuldner nach der Concurseröffnung[9a]) unternommenen Veräußerungen können unbedingt, und die vor diesem Zeitpunkte bewirkten schädlichen Rechtsveränderungen können unter folgenden Voraussetzungen, mittelst der restitutorischen actio Pauliana, vernichtet werden (§. 507): 1) Der Gemeinschuldner

7) A. L.R. I, 14, §§. 172, 174, verb. mit A.G.O. I, 16, §§. 13, 14; Decl. vom 6. April 1839, Art. 13. Pr. 2138, v. 28. August 1849; Pr. 2224, vom 19. Juli 1850 (Entsch. Bd. XIX, S. 488). Das Ganze ist ein Conglomerat von Satzungen ohne inneren Zusammenhang.

8) A. L.R. I, 11, §. 531; I, 14, §. 175; A.G.O. I, 16, §. 13. — Clem. un. de rest. in integrum (I, 11).

9) L. 24, §. 4; L. 27, §. 1; L. 47, §. 1; L. 39, §. 1; L. 40, §. 1; L. 41 D. de minor. (IV, 4); L. 9, §. 7 D. quod metus causa (IV, 2); L. 32, §. 4 D. de administr. tutor. (XXVI, 7); L. un. C. de reput. (II, 48).

9a) Auf den erbschaftlichen Liquidationsproceß findet dies keine Anwendung. Entsch. des Obertrib. Bd. X, S. 473. Vergl. oben §. 504, Note 5.

muß eine Handlung (gestum) begangen haben; eine Unterlassung (non gestum) begründet die Klage nicht[10]); daher fällt die Ausschlagung einer Erbschaft nach R. R. nicht unter dieses Rechtsmittel[11]), wohl aber nach Pr. R., weil nach dessen Grundsätzen eine Erbschaft ipso jure erworben und nur durch die positive Handlung der Erbes- oder Vermächtnisentsagung verloren wird[12]). 2) Die Handlung muß eine Verringerung des Vermögens bewirken, daher findet die Klage wegen bloßer, resp. baarer Befriedigung eines Gläubigers nicht[13]), wenn aber mehr geschehen ist, nur insoweit statt, als die Masse verringert worden ist, weshalb aus derselben bei Aufrufung eines Geschäfts alles zurückgegeben werden muß, was sie reicher machen würde[14]). 3) Die Handlung muß in betrüglicher Absicht (fraudationis causa) unternommen worden sein, was angenommen wird, wenn der Gemeinschuldner die Unzulänglichkeit seines Vermögens gekannt hat[15]). 4) Der Erwerber muß entweder den Zustand und die Gesinnung des Gemeinschuldners gewußt[16]), oder umsonst, wenn auch nur theilweise umsonst (nego-

10) L. 6 pr. — §. 5; L. 19, 20 D. quae in fraudem cred. (XLII, 8); L. 134 pr. D. de regul. jur. (L, 17).

11) L. 6, §. 2 D. quae in fraudem creditor. (XLII, 8). — Glück, über die Erbschaftsausschlagung eines in Concurs verfallenen Schuldners; in Dessen und Geiger's merkwürdigen Rechtsfällen, Bd. III, Nr. 43.

12) A.G.O. I, 50, §. 50; Conc.Ordn. §. 102, Nr. 2; A. L.R. I, 11, §§. 367, 368. — M. Abh. über die Anwendbarkeit der actio Pauliana auf eine Erbschaftsentsagung des Gemeinschuldners, nach dem Allg. Landrechte und dem märkischen Provinzialrechte; in der Jur. Wochenschrift 1836, S. 177 fg. — Vergl. Simon, Rechtsspr., Bd. IV, S. 37 fg. Der von Scholz, märk. Provinzialrecht, Th. II, S. 335 fg. angegebene Grund der Widerruflichkeit, daß nemlich der röm. Rechtsgrundsatz: ein nolle acquirere enthalte keine deminutio patrimonii," durch das A. L.R. aufgehoben sei, ist nicht richtig. — S. auch Entscheid. des Obertrib. Bd. VIII, S. 250 ff.

13) A.G.O. I, 50, §§. 44 — 46, 52; Concl. der Ges.Commiss. v. 20. April 1784 (Klein, Annal., Bd. I, S. 147); Conc.Ordn. §. 101, Nr. 2 u. 3. — L. 6, §§. 6 u. 7; L. 10, §. 16; L. 24 i. f. D. quae in fraudem cred. (XLII, 3); L. 21 D. de peculio (XV, 1).

14) A.G.O. a. a. O. §§. 36, 55, 47; Conc.Ordn. §. 101, Nr. 2 und §. 107. — L. 7, 8 D. quae in fraudem cred. (XLII, 8).

15) A.G.O. a. a. O. §. 43. — L. 17, §. 1 D. eod. Vergl. Conc.Ordn. §. 102, Nr. 3, und §. 103, Nr. 1.

16) A.G.O. a. a. O. §§. 37, 38, 54, 55; Conc.Ordn. §. 100. — Man ist darüber nicht einig, was zum Dolus des Dritten gehöre: ob bloß die Kenntnis der Insolvenz, oder auch die betrügerische Absicht des Gemeinschuldners. Dies letztere ist nach richtiger Ansicht gleichfalls erforderlich. Recht der Ford. §. 190, II. Doch fordert dieses der §. 55 der A.G.O. a. a. O. und der §. 100 der Conc.Ordn. nicht. Die Praxis nimmt an, daß, wenn der Dritte die Insolvenz gewußt hat, das Geschäft in Beziehung auf beide Contrahenten als eine die Rechte der Gläubiger des Cridars verletzende fraudulöse Veräußerung anzusehen sei. Motive des Plenarbeschl. des Obertrib. vom 2. Juni 1840. Der §. 100 der Conc.Ordn. hat dieses bestätigt.

lium mixtum), erworben haben[17]). Zu den unentgeltlichen Erwerbungen gehören auch Erlasse (Remissionen) aus Freigebigkeit (§. 583) und unentgeltlich übernommene Verbindlichkeiten[18]). 5) Den Gläubigern muß durch die Handlung ein Nachtheil zugefügt werden. Daraus folgt: die Vermögensmasse muß zur Zeit der Handlung unzulänglich sein, oder durch dieselbe unzulänglich werden[18a]). Solches wird vermuthet: a) bei Schenkungen, wenn sie in den letzten zwei Jahren vor Ausbruch des formellen Concurses vorgefallen sind[19]); b) bei Veräußerungen unter einem lästigen Titel, welche der Gemeinschuldner innerhalb desselben Zeitraums an seinen Ehegatten oder an einen nahen Verwandten von ihm oder von seinem Ehegatten, oder an den Ehegatten eines dieser Verwandten vorgenommen hat, sofern der Erwerber nicht nachweiset, daß er zur Zeit der Erwerbung um die Absicht des Gemeinschuldners, seine Gläubiger dadurch zu benachtheiligen, nicht gewußt hat[20]). II. Das Rechtsmittel stand nach älterem Rechte, nach Verschiedenheit der Fälle, bald dem Concurscurator als Vertreter der Gesamtheit der Gläubiger (§§. 510 u. 808, VII), bald nur solchen Gläubigern zu, welche in Folge der Handlung einen Ausfall erlitten haben, sowie deren Erben und Nachfolgern[21]). 1) Zum Widerrufe einer innerhalb des letzten Jahres vor der Concurseröffnung oder an einen Ehegatten stattgefundenen Schenkung auf Grund der Vorschriften des A. L.R. I, 11, §. 1129 und der Conc.-Ordn. war der Concurscurator als solcher legitimirt, weil dergleichen Schenkungen ausnahmsweise ganz allgemein und lediglich vermöge der Concurseröffnung dem Widerrufe unterlagen, ohne daß es auf das Alter der Forderungen und den Nachweis, daß der Gemeinschuldner schon zur Zeit der Schenkung insolvent war, ankommen sollte. Der Widerruf äußerte sich daher als ein Recht aller Gläubiger, begründet durch die Concurseröffnung, kraft einer prae-

17) A.G.O. a. a. O. §§. 49—53; Conc.Ordn. §. 101, Nr. 2; A. L.R. I, 11, §§. 1129 ff., 1171, 1172. — L. 6, §. 11 D. eod.

18) A. L.R. I, 11, §. 1149. — L. 3 pr.; L. 10, §. 13; L. 22 D. eod.

18a) L. 1 pr.; L. 17, §. 1 D. eod. — L. 10 D. qui et a quibus (XL, 9). A.G.O. I, 50, §§. 43, 48, 55. Pl.Beschl. des Obertrib. vom 12. Juni 1843 (Entsch. Bd. IX, S. 186).

19) Conc.Ordn. §. 102, Nr. 2. Ueber das ältere R. s. m. A. L.R. a. a. O. §§. 1129, 1130, 1132; II, 1, §§. 312, 313; Anh. §. 74. — Ges. vom 6. April 1835, §. 6.

20) Conc.Ordn. §. 102, Nr. 3. Dadurch ist das frühere Recht (A. L.R. I, 11, §. 1131) geändert.

21) A. L.R. a. a. O. §. 1131. — A.G.O. a. a. O. §§. 56, 43. — L. 1 pr.; L. 10, §. 25 D. eod.; L. 1 C. eod. (V, 75). — Plenarbeschl. des Obertrib. vom 2. Juni 1840 (Entsch. VII, S. 275).

sumtio juris et de jure über die Insolvenz. 2) Ebenso verhielt es sich mit der Befugnis des Concurscurators zur Anfechtung eines lästigen Vertrages nach Vorschrift des §. 40 ff., insbesondere des §. 53 ff. der C.O. Dieser Fall war von dem der Schenkung zu unterscheiden. Die Anfechtungsklage erforderte eine eigenthümliche Begründung. Es war nachzuweisen, daß der dritte Contrahent, zur Zeit der Abschließung des Geschäfts, die Insolvenz des Gemeinschuldners gewußt und sich dennoch auf das Geschäft eingelassen habe. Alsdann erschien die Veräußerung in Beziehung auf beide Contrahenten als eine, die Rechte der Gläubiger des Gemeinschuldners verletzende, fraudulöse Veräußerung und sie unterlag der Ungiltigkeit. Alle Creditoren konnten das Geschäft anfechten; dasselbe fiel zum Besten aller dahin, und das Recht war auch hier, wie bei dem Rechte zum Widerrufe einer jüngern Schenkung, durch die Concurseröffnung begründet. Nicht deshalb allein war die Gesamtheit der Gläubiger das berechtigte Subject, sondern auch noch aus einem andern Grunde. Weil nemlich der veräußerte Gegenstand in die Vermögensmasse zurückgezogen wurde, so mußte aus derselben dasjenige, was dafür in dieselbe geflossen und noch vorhanden war, zurückgegeben werden. §. 55 der C.O. Es war also gleichsam die Masse das berechtigte und verpflichtete Subject, denn kein einzelner Gläubiger war in der Lage, den frühern Zustand durch Zurückgabe der Gegenleistung herzustellen, weil er nicht über die Masse verfügen und den zurückzugebenden Gegenstand nicht zu seinem Vortheile herausnehmen konnte. Hier war mithin nur der Curator als solcher legitimirt. 3) Der Widerruf eines von dem Gemeinschuldner länger als ein Jahr vor der Concurseröffnung gemachten Geschenks stand nur denjenigen Gläubigern zu, deren Forderungen älter waren. A. L.R. I, 11, §. 1131. Dieses Widerrufsrecht war ein Singularrecht der einzelnen Gläubiger und konnte deshalb nicht von der Gesamtheit der Gläubiger, folglich nicht durch den Concurscurator als solchen ausgeübt werden. Der Widerruf einer solchen ältern Schenkung war nur ein Beispielsfall. Es gab andere einzelne Rechte der Gläubiger, die gelegentlich durch die Concurseröffnung hervorgerufen, die aber durch sie kein Recht der Gemeinschaft der Creditoren geworden, sondern nur für gewisse Gläubiger vorhanden waren[21a]). Diese waren der ältern Schenkung analog zu beur-

21a) Z. B. die Einziehung der dem Curator gezogenen Defecte, welche nach §§. 91 und 552 der Conc.Ordn. den in der Hebung stehen bleibenden Creditoren zufällt.

theilen. — Diese Verschiedenheiten fallen im neuen Rechte weg: in allen Fällen ist nur die Gläubigerschaft zur Anfechtung legitimirt, und erst wenn dieselbe von diesem Rechte keinen Gebrauch machen will, kann jeder Gläubiger dasselbe auf seine Kosten ausüben; das Erstrittene fließt jedoch zur Concursmasse, wogegen dem Gläubiger die auf den Proceß verwendeten Kosten vorweg erstattet werden[21b]). III. Beklagter kann sein: 1) der unmittelbare Erwerber[22]); 2) ein dritter Besitzer, jedoch nur dann, wenn er unredlich ist, oder wenn er der Ehegatte des Gemeinschuldners oder ein naher Verwandter oder Verschwägerter ist und seine Redlichkeit nicht nachweisen kann, oder wenn er die Sache durch eine freigebige Verfügung erworben hat[23]); 3) der Gemeinschuldner selbst[24]); 4) die Erben dieser Personen[25]). IV. Die Klage geht auf Vernichtung der Handlung und Herausgabe dessen, was aus dem Vermögen zum Nachtheil der Gläubiger entfernt worden ist, nebst allen Accessorien, soweit solches zur Befriedigung der Gläubiger erforderlich[26]); gegen den redlichen Geschenknehmer nur auf das, um was er noch reicher ist[27]). Wegen solcher Handlungen jedoch, welche schon früher als zwei Jahre vor der Concurseröffnung vorgefallen und nicht zum Schein oder zum Vortheil des Ehegatten des Gemeinschuldners vorgenommen sind, findet ein Anspruch gar nicht mehr statt[28]). V. Die Klage verjährt in drei Jahren; soweit der Beklagte noch im Besitz des Vortheils ist, erst in 30 Jahren, seit der Schlußdistribution als der Zeit der von der Verletzung erlangten Kenntnis (§. 569, II). VI. Das Recht der Anfechtung kann auch durch Exception geltend gemacht werden[29]).

21b) Conc.Ordn. §. 112.

22) A. G.O. a. a. O. §§. 55, 59; Conc.O. §§. 106, 107. — L. 17 pr. D. eod.

23) Conc.O. §. 109. Hierdurch ist die Rechtsänderung eingeführt, daß der gute Glaube die Abforderung ausschließt, was vorher nicht der Fall war. Vergl. A. G.O. a. a. O. §. 56; A. L.R. I, 10, §. 7; I, 15, §. 25 ff.

24) L. 11 pr., L. 25 D. eodem.

25) A. L.R. I, 11, §. 1164; Conc.O. §. 109 a. E. — L. 10, §. 25 D. eod.

26) A. G.O. a. a. O. §. 55; Conc.O. §. 106, 107. — L. 10, §§. 19—21; L. 25, §. 4—6 D. eodem.

27) Conc.O. §. 106, Satz 2. Vergl. A. L.R. I, 11, §§. 1164, 1165, 1166; II, 1, §. 313; I, 7, §§. 222, 192. — L. 6, §. 11, L. 10, §. 20, L. 11, L. 25, §. 4 D. eod.

28) A. L.R. I, 11, §. 1133; Anh. §. 74 (zu II, 1, §. 312); Conc.O. §§. 102, 103. — Suarez, amtl. Vorträge; Jahrbücher, Bd. XLI, S. 25.

29) Conc.O. §. 110. Versteht sich von selbst, wurde aber nach älterem Recht für zweifelhaft gehalten.

§. 590.

bb) Außer dem Falle des formellen Concurses.

Gesetz über Verträge zahlungsunfähiger Schuldner zum Nachtheil der Gläubiger, vom 26. April 1835 (G.S. S. 53). — Neues Gesetz über denselben Gegenstand, vom 9. Mai 1855 (G.S. S. 429).

Das Rechtsmittel ist nach neuerm[29a]) Rechte auch außer dem Concurse anwendbar, doch nur mit Beschränkung auf gewisse Fälle. I. Es findet nur statt: 1) gegen Verträge, durch welche Vermögensgegenstände auf Leibrenten gegeben sind; 2) gegen die von dem Gemeinschuldner gemachten Schenkungen, worunter auch Erbes- und Vermächtnisentsagungen und vermischte Geschäfte verstanden werden; 3) gegen die von ihm mit a) seinem Ehegatten vor oder nach Vollziehung der Ehe, b) einem seiner oder seines Ehegatten Verwandten in auf- und absteigender Linie, sowie voll- und halbbürtigen Geschwistern; oder 4) mit dem Ehegatten einer der unter b. erwähnten Personen vorgenommenen Veräußerungen unter einem lästigen Titel[29b]), sofern der Erwerber nicht Umstände nachweist, aus welchen erhellet, daß er die Absicht des Schuldners, seine Gläubiger durch die Veräußerung zu benachtheiligen, nicht gekannt hat[30]); gegen betrügliche Veräußerungen unter einem lästigen Titel an andere als die unter a. und b. genannten Personen wird die Klage versagt[30a]); gegen dritte Besitzer findet sie statt: 1) wenn sie zur Zeit der Erwerbung Wissenschaft von den Umständen, unter welchen der Gemeinschuldner den Gegenstand veräußert hat, gehabt haben[31]); 2) wenn der dritte Besitzer der Ehegatte oder ein naher

29a) Nach dem A. L.R. wurde es versagt. Recht der Ford. §. 192.

29b) Auch hypothekarische Schuldverschreibungen gehören zu den hier für anfechtbar erklärten Verträgen. Pr. 680, vom 29. Mai 1839.

30) Gesetz vom 9. Mai 1855, §. 5. Nach dem älteren Ges. v. 26. April 1835 war gegen dolose Veräußerungen, welche keine Verträge sind, obschon sie den Vortheil eines Verwandten zum Schaden der Gläubiger mit Erfolg bezwecken, wie z. B. Dereliction, Erbschaftsentsagung (Note 12), das Rechtsmittel nicht gegeben. S. Entscheid. des Obertrib. Bd. VIII, S. 250 ff. — Dort ist übrigens die Erwerbung und die Entsagung der Erbschaft nicht richtig aufgefaßt. Die Erbschaft ist mit dem Augenblicke des Anfalls ipso jure erworben; nicht erst die Uebernahme ist die erwerbende Handlung. Im Gegentheil, die Entsagung ist, bei dem pr. Rechtszustande, eine Rechtswohlthat für den Erben, vermöge welcher ihm innerhalb einer gewissen Zeit freisteht, sich von der Last, womit nach dem aus ungleichartigen Elementen zusammengesetzten pr. Erbrecht der Erbe behängt ist, loszumachen. Zu der Rechtsansicht, nach welcher die Erbschaft ipso jure erworben wird, paßt die Entsagung nicht; es paßt dazu aber auch nicht die Haftung des Erben für persönliche Schulden; und da man diese aus einem ganz andern Rechtssystem eingelegt hat, so mußte man auch die Entsagung aufnehmen.

30a) Ges. v. 9. Mai 1855, §. 5. Nur Leibrentenverträge sind der Anfechtung unterworfen. Nr. 1 a. a. O.

31) §. 16 das. — Nach dem Princip der röm. actio Pauliana wird durch den guten Glauben die Klage nicht ausgeschlossen.

Verwandter oder Verschwägerter des Schuldners ist und seine Redlichkeit nicht nachweisen kann; 3) wenn der dritte Besitzer die Sache durch Freigebigkeit erworben hat und noch im Besitze der Sache oder des Vortheils ist[31a]). Gegen Erben der ersten Erwerber aber soll sie ohne alle Beschränkung, wie gegen den ersten Erwerber selbst, gestattet sein[32]). II. Die Regel, daß nur ältern Gläubigern die Klage zusteht, und daß über 2 Jahre alte Handlungen nicht mehr angefochten werden können[33]), ist hier beibehalten, mit der Erweiterung, daß der Gläubiger schon bei Anbringung seiner Klage gegen den Schuldner, oder im Laufe des Processes, eine Veräußerung, welche er künftig anzufechten gedenkt, bezeichnen, und diese seine Absicht dem Erwerber durch das Gericht sofort bekannt machen lassen kann. In diesem Falle wird die Zeit von dem Tage der Insinuation der Bekanntmachung, sonst aber erst von dem Tage der Anbringung der auf die Anfechtung gerichteten Klage oder Einwendung zurückgerechnet[34]). III. Die Vermögensunzulänglichkeit muß zur Zeit der Handlung vorhanden gewesen sein ([18a]). Die Unzulänglichkeit wird, wenn nicht ein anderweiter Nachweis geführt wird, in folgenden Fällen als festgestellt angenommen: 1) wenn bei der versuchten Auspfändung keine oder nur unzulängliche, oder von einem Dritten in Anspruch genommene Executionsgegenstände vorgefunden werden, der Schuldner auf Befragen solche auch nicht sogleich nachweist. Sind Gegenstände vorgefunden oder nachgewiesen, so tritt jene Vermuthung erst dann ein: a) wenn die gepfändeten Effecten verkauft worden sind und nicht zureichen; b) wenn hinsichtlich der in Beschlag genommenen sichern, liquiden und binnen 3 Monaten fälligen Forderungen der Zahlungstermin vergeblich abgewartet worden ist; c) wenn die Sequestration der etwa vorhandenen Grundstücke nachgesucht und ein Jahr lang erfolglos abgewartet worden ist, falls diese Erfolglosigkeit nicht schon von Anfang klar erhellet; d) wenn der Verkauf des Grundstücks erfolglos abgewartet[35])

31a) §. 16, Nr. 2 u. 3 a. a. O.

32) §. 16 a. E. daselbst.

33) Ohne Beschränkung auf einen bestimmten Zeitraum sind anfechtbar: alle Scheingeschäfte und alle auf die Bevortheilung der Gläubiger auf andere Weise abzielenden Rechtshandlungen; alle Verfügungen, welche eine Freigebigkeit gegen den Ehegatten während der Ehe enthalten. §. 7 a. a. O.

34) §§. 5, 6, 9 a. a. O. Vergl. §§. 3, 5—8 des Ges. v. 26. April 1835.

35) (3. A.) Er muß abgewartet werden, wenn auch das verpfändete Grundstück nicht mehr im Eigenthum des Schuldners ist. Die auf das ältere Ges. v. 26. April 1835, §. 12, Nr. 4 gestützte Praxis hatte das Gegentheil angenommen. Pr. des Obertrib. 2292, v. 13. Mai 1851 (Entsch. Bd. XXI, S. 68). Dies ist durch §. 4, Nr. 4 des neuen Gesetzes geändert.

ist, sofern nicht der Ausfall der Forderung schon früher klar zu übersehen. 2) Wenn schon früher innerhalb des letzten Jahres vor dem Tage, an welchem die Anfechtungsklage oder Einwendung angebracht worden ist, eine Execution gegen die Person oder in das Vermögen des Schuldners erfolglos gewesen; 3) wenn der Schuldner entwichen ist oder sich verborgen hält und deshalb die Execution nicht vollstreckt werden kann[36]). Die Unzulänglichkeit schon zur Zeit der Rechtshandlung und die betrügliche Absicht wird vermuthet, wenn sie innerhalb zweier Jahre, vom Tage der angebrachten Anfechtungsklage oder Einwendung zurückgerechnet, vorgenommen worden sind: 1) bei Verträgen, durch welche der Schuldner Vermögensgegenstände auf Leibrenten gegeben hat; 2) bei freigebigen Verfügungen des Schuldners, insbesondere bei Erbes- oder Vermächtnisentsagungen, ingleichen bei solchen Verfügungen, welche zwar unter lästigem Titel vorgenommen, aber wegen des zwischen der Leistung des Schuldners und der Gegenleistung obwaltenden erheblichen Misverhältnisses als freigebige Verfügungen des Schuldners zu erachten sind (negotia mixta cum donatione); 3) bei Veräußerungen unter einem lästigen Titel, welche der Schuldner a) an seinen Ehegatten vor oder nach geschlossener Ehe, oder b) an einen seiner eigenen nahen Verwandten, oder c) an einen nahen Verwandten seines Ehegatten, oder d) an den Ehegatten einer der unter b. und c. erwähnten Personen vorgenommen hat. Nur bei den unter 3. bezeichneten Veräußerungen ist der Gegenbeweis: daß der Erwerber zur Zeit der Veräußerung um eine Absicht des Schuldners, seine Gläubiger durch die Veräußerung zu benachtheiligen, nicht gewußt habe, zugelassen; bei den unter 1. und 2. genannten Veräußerungen ist von einem Gegenbeweise keine Rede[37]). IV. Zur Begründung der Klage oder der Einwendung ist in allen Fällen 1) ein unverjährter executorischer Titel (§. 201, I, 1) und fruchtlose Execution erforderlich[38]); eine Fristbewilligung seitens des Gläubigers, wodurch die Frist, innerhalb welcher die Execution zu-

36) Ges. v. 9. Mai 1855, §§. 2—4. Die Praxis hatte schon nach dem ältern Ges. v. 26. April 1835, §§. 11 u. 12 angenommen, daß die Insufficienz auch auf andere Weise, insbesondere durch das Geständnis des Schuldners nachgewiesen werden dürfe. Pr. 1652, vom 15. Novbr. 1845. Das neue Gesetz hat den Satz im §. 3 a. E. festgestellt.

37) §. 5 des Ges. v. 9. Mai 1855.

38) §§. 1—4 u. 10 a. a. O. Bei rechtskräftig feststehenden, terminlich zu leistenden Zahlungen (Alimenten) findet die Klage nur wegen der fällig werdenden Termine, wegen welcher innerhalb eines Jahres vor Abschluß des Vertrages die Execution verfügt worden, nicht aber wegen der künftig erst fällig gewordenen statt. Pr. 1041, vom 14. September 1841.

lässig ist, verlängert wird (§. 148 des Anh. z. A. G.O. I, 24, §. 5), verlängert nicht die Anfechtungsfrist, wohl aber geschieht dies durch Hindernisse, welche der Anstellung der Klage entgegenstehen[39]; 2) wird ein wirklich ernstlich gemeintes Rechtsgeschäft vorausgesetzt. Haben die Parteien eine Veräußerung nicht beabsichtigt, sondern nur ein Scheingeschäft gemacht, um den Gegenstand dem Gläubiger zu entziehen: so findet dieses Rechtsmittel nicht Anwendung, vielmehr kann der Gläubiger ohne Einschränkung auf eine bestimmte Zeit das unverändert gebliebene Eigenthum seines Schuldners angreifen und auch in der Gewahrsam eines dritten Inhabers (des Scheinerwerbers) mit seinem Pfändungsrechte verfolgen, und zwar mit der actio judicati, kraft des ihm durch das Judicat beigelegten Titels zum Pfandrechte in dem Vermögen seines Schuldners, wobei er dessen Eigenthum mittelst Darlegung der Simulation zu beweisen hat[40]. 3) Die Klage verjährt dann von Zeit der Zulässigkeit an in derselben Zeit wie in dem Falle des formellen Concurses (§. 587, V). 4) Mit dieser Klage kann der Gläubiger auch die Wegschaffung der von dem Erwerber auf die Sache contrahirten und eingetragenen Schulden und Lasten fordern, soweit sie ihm seine Befriedigung verkürzen würden[41].

Zweite Abtheilung.

Einzelne obligatorische Rechtsverhältnisse.

§. 591.

Gründe der Anordnung.

v. d. Pfordten, über die Aufstellung eines praktischen Systems der Verträge; in seinen Abhandlungen, Erlangen 1840, S. 303 flg.

Bei der Anordnung des Rechtsstoffs in dem A. L.R. nach dem Zwecke der Anstalten und Einrichtungen (§. 8, IV) sind die Forderungsrechte als Mittel zur endgiltigen Erwerbung einer Sache oder eines dinglichen Rechts angesehen und nach diesem Gesichtspunkte gereihet worden. Für eine dogmatische Darstellung ist eine solche Aeußerlichkeit durchaus ungeeignet, indem sie, weit entfernt zur Erkennt-

39) §. 10, Satz 2 des Ges. v. 9. Mai 1855; Pr. 2075, vom 4. Decbr. 1848.

40) §. 7 des Ges. v. 9. Mai 1855. Den Grundsatz hatte das Obertrib. schon früher in dem Pr. 1535, vom 14. Decbr. 1844 (Entsch. Bd. X, S. 355) anerkannt, aber die rechtliche Natur des Klagrechts des Gläubigers ist nicht angegeben.

41) Pr. 1719b, vom 28. Februar 1846 (Entsch. XIII, S. 126, Nr. II). Vergl. §. 7, Nr. 4 u. 5 des Ges. v. 9. Mai 1855, u. §. 5, Nr. 3.

nis der Wesenheit der verschiedenen Verhältnisse und deren innerer Verwandtschaft beizutragen und die richtige Auffassung zu befördern, Misverständnisse veranlaßt. Der allein zweckentsprechende Gesichtspunkt, aus welchem die einzelnen Rechtsverhältnisse und Einrichtungen zusammengestellt und aneinandergereiht werden müssen, ist die innere Verwandtschaft, welche das, was mehrere Einrichtungen miteinander wesentlich gemein haben, von selbst zur Anschauung bringt. Nach diesem Gesichtspunkte zerfallen alle Obligationen in zwei Hauptgruppen: in vertragsmäßige sowie vertragsähnliche Forderungen, und in Delictsforderungen. Die vertragsmäßigen oder vertragsähnlichen Forderungen sind entweder selbständig oder sie dienen nur einer selbständigen Forderung, wodurch diese Gruppe sich in zwei Arten: in selbständige und in accessorische Forderungen scheidet. Die selbständigen Obligationen lassen sich nach einem Umstande, welcher auf ihre Geltendmachung Einfluß hat, nemlich nach dem Gegensatze der Einseitigkeit oder Wechselseitigkeit, in vier Classen sondern: in streng einseitige, in wesentlich einseitige aber zufällig zweiseitige, in wesentlich zweiseitige, und in wesentlich zweiseitige bei der Eingehung aber einseitige in der Erfüllung*).

Erste Unterabtheilung.

Vertragsmäßige und vertragsähnliche Forderungen.

Erster Abschnitt.

Selbständige Forderungen.

Erstes Capitel.

Streng einseitige Obligationen.

§. 592.

Uebersicht.

Diese Obligationen sind die einfachsten und haben das gemeinsame, daß sie durchaus einseitig, bestimmt und durch Condictionen oder eine denselben analoge actio in factum geschützt sind, und in der Regel, mit Ausnahmen, nur für Dolus und grobes Versehen verantwortlich machen. In diese Classe gehören: 1) die s. g. gesetzlichen Obligationen, welche aus einem Zustandsverhältnisse oder aus einer Begebenheit entspringen; 2) die Forderungen aus einem einseitigen Versprechen; 3) das Darlehn; 4) die Wechselverbindlich-

*) v. d. Pfordten a. a. O. S. 307.

keit; 5) die Fälle der Condictionen; 6) die aus der Bereicherung entstehende Forderung.

I. Gesetzliche Obligationen (obligationes ex lege).

1. Verbindlichkeit zur Alimentation.

Löwenberg, über die Alimentationspflicht; in der Jurist. Zeitung, 1832, Sp. 81 flg.

§. 593.

a) Begriff, Grund und Erfordernisse.

I. Die Verbindlichkeit, einer Person Lebensunterhalt zu geben, d. h. sie zu ernähren und zu pflegen, heißt Alimentationspflicht oder Verbindlichkeit. II. Sie beruhet auf Billigkeit und entspringt aus zustandsrechtlichen Verhältnissen, sowohl natürlich als juristisch begründeten, ist aber durch gewisse Voraussetzungen bedingt. III. Diese Bedingungen sind: 1) auf der Seite des Berechtigten Bedürftigkeit, folglich muß er nicht bloß vermögenslos, sondern auch unfähig sein, seinen Unterhalt durch Anwendung seiner Geistes- und Körperkräfte zu erwerben [1]). Eine Ausnahme in Ansehung des Vermögens gilt bei Kindern in väterlicher Gewalt, von deren Vermögen die Substanz nicht angegriffen werden darf, wenn die zweite Bedingung vorhanden ist [2]). 2) Auf der Seite des Verpflichteten Ueberfluß, nach Bestreitung der eigenen Nothdurft [3]), welcher Ueberfluß zugleich die äußerste Grenze der Verbindlichkeit ist [4]). Bei der Entscheidung der Frage: ob diese Bedingung in einem bestimmten Falle vorhanden sei, kann zwar der durch Arbeitskraft zu schaffende Erwerb nicht ausgeschlossen bleiben; ob und wiefern aber ein solcher Erwerb zu berücksichtigen, bleibt in jedem einzelnen Falle, nach Maßgabe der obwaltenden Umstände und der Verhältnisse der Betheiligten, dem richterlichen Ermessen anheimgestellt [5]). Diese zweite Bedingung soll jedoch als Exception behandelt werden [6]). Die gesetzliche Alimentationsverbindlichkeit ist hiernach, wie gesagt, eine

---

1) A. L.R. II, 2, §. 251; II, 3, §. 15; II, 11, §. 595. — L. 5, §§. 7, 13, 19; L. 6, 9 D. de agnoscend. lib. (XXV, 3). — L. 8, §. 5 C. de bonis quae lib. (VI, 61).

2) A. L.R. II, 2, §§. 65, 161, 204. — L. 8, §. 5 i. f. C. eod.

3) A. L.R. II, 11, §. 595; II, 3, §§. 19, 29; II, 2, §§. 628, 630, 632, 638. — L. 5, §. 26 D. de agnosc. vel alend. (XXV, 3); L. 2 C. de alend. lib. (V, 25).

4) L. 5, §§. 7, 10, 19, 25 D. eod. — L. 3, 4 C. eod. — Nov. 89, c. 12, §. 6.

5) Pl.Beschl. des Obertrib. vom 4. Novbr. 1850 (J. M. Bl. 1851, S. 11; Entsch. Bd. XX, S. 37).

6) Decl. vom 21. Juli 1843 (G.S. S. 296).

bedingte Obligation, nicht bloß eine subsidiarische[7]). Nur die des Vaters gegen das Kind in seiner Gewalt wird wie eine unbedingte behandelt.

§. 594.

b) Inhalt.

I. Einige Neuern theilen die Alimente in nothdürftigen Lebensunterhalt (alimenta naturalia), und in standesmäßigen Unterhalt (a. civilia). Diese Eintheilung liegt den landrechtlichen Bestimmungen zu Grunde[8]). Sie ist unwissenschaftlich und unpraktisch, denn auch bei dem nothdürftigen Lebensunterhalte muß auf Stand und Erziehung Rücksicht genommen werden. Was zu dem einen und dem andern zu rechnen, hängt von dem Befinden des Richters ab[9]). Die Curkosten und die Unterrichtskosten (Schul- und Lehrgeld) gehören schon zu dem nothdürftigen Unterhalte; Proceßkosten gehören nicht dazu[10]). II. Alle gesetzlichen Alimente sind vorauszubezahlen, in der Regel vierteljährlich[11]).

§. 595.

c) Einzelne Gründe der Verbindlichkeit.

I. Eheliche Verwandtschaft, ohne Unterschied, ob sie aus einer rechtmäßigen oder aus einer ungleichen Ehe entsprungen[1]); die Verbindlichkeit aus einer Ehe zur linken Hand beschränkt sich nicht bloß auf die Ascendenten ersten Grades[2]), weil nicht die agnatischen Familienrechte sondern die Blutsverwandtschaft die Quelle davon ist. 1) Dem Vater liegt hauptsächlich die Alimentationsverbindlichkeit gegen seine Kinder ob, wozu noch

---

7) Irrig wird ihr diese Natur zugeschrieben in dem Ministerialerlaß vom 27. März 1834 (Jahrb. Bd. XLII, S. 115).

8) A. L.R. II, 1, §§. 185, 186; II, 2, §§. 252, 253. — Berger, Oecon. juris. L. I, Tit. 3, §. 15, Nota 14. — Lauterbach, Coll. XXV, 3, §. 18 u. v. a.

9) A. L.R. II, 1, §§. 799, 800. — Vergl. L. 1, §. 19 D. de ventre in poss. (XXXVII, 9), und Conc.Ordn. v. 8. Mai 1855, §. 224.

10) Die gemeinrechtlichen Civilisten streiten darüber. Das A. L.R. II, 1, §. 187 sagt von der Verbindlichkeit des Ehemanns gegen die Frau das Gegentheil; hier beruhet aber die Pflicht zur Entrichtung der Proceßkosten auf der Verbindlichkeit des Mannes zum Schutze der Frau, daher er auch nur in Ansehung der Person, nicht auch des Vermögens die Kosten tragen soll.

11) A. L.R. I, 16, §. 61. — L. 15 pr., L. 27 D. de alim. leg. (XXXIV, 1).

1) A. L.R. II, 2, §§. 251, 562—564, 612, 712.

2) Solches behauptet Löwenberg a. a. O. Sp. 130, bezüglich auf die väterlichen Ascendenten. Dadurch würden Kinder aus einer solchen Ehe schlechter gestellt gewesen sein als uneheliche, was nicht im Sinne der Verf. des A. L.R. gelegen hat.

die auf der väterlichen Gewalt, so lange sie dauert, beruhende Verbindlichkeit zum Schutz und zur Vertretung der Kinder tritt. Aus diesem doppelten Grunde ist die väterliche Verbindlichkeit unbedingt und von größerem Umfange, als die bloße Alimentationspflicht[3]). Wegen dieses Doppelgrundes hat der Adoptivvater gegen das Adoptivkind in seiner Gewalt eben dieselbe Verbindlichkeit[4]), welche jedoch mit dieser Gewalt zugleich ganz aufhört[5]), während die aus der Blutsverwandtschaft entspringende bloße Alimentationsverbindlichkeit, ohne Rücksicht auf juristische Gewalt, fortdauert[6]). 2) Nächst dem Vater hat die Mutter die Verbindlichkeit zur Ernährung der Kinder[7]); die Verbindlichkeit der Mutter ist also subsidiarisch, doch mit Ausnahme des Falles, wenn die Ehe aus alleiniger Schuld der Mutter geschieden wird: in diesem Falle soll sie hauptsächlich die Erziehungskosten bis zum zurückgelegten vierten Jahre der Kinder ganz, und nachher die Hälfte tragen[8]), was sich jedoch mit Vorbehalt der Rechte der Kinder gegen den Vater versteht. 3) Die übrigen Ascendenten kommen nach den Regeln der gesetzlichen Erbfolge an die Reihe; mehrere gleich Nahe tragen nach Verhältnis ihres Ueberflusses bei[9]), so daß, wenn einer allein die Angelegenheit besorgt hat, er actione negotiorum gestorum Ausgleichung fordern kann. 4) Descendenten folgen gleichfalls nach dem Grundsatze von der Erbfolge; hat der Bedürftige wohlhabende Ascendenten und Descendenten zugleich, so gehen die Descendenten vor[10]). Von Seitenverwandten haben nur voll- und halbbürtige Geschwister die Verbindlichkeit, den nothwendigen Unterhalt vorschußweise zu

3) A. L.R. II, 2, §. 65. — L. 5 pr. §. 1 D. de agnosc. lib. (XXV, 3); L. 8, §. 5 C. de bonis quae lib. (VI, 61). — Der Vater muß daher die, die Person des Kindes angehenden Proceßkosten als Selbstschuldner tragen. Auf irrigen Ansichten beruhet der Min.Erlaß vom 18. April 1821 (Jahrb. XVII, 27).

4) A. L.R. II, 2, §§. 681, 691, 692. — §. 8 J. de adoption. (I, 11).

5) A. L.R. II, 2, §§. 714—716. — L. 13 D. de adoption. (I, 7).

6) A. L.R. II, 2, §§. 251, 712. — L. 5 pr., §. 1 D. de agnosc. lib. (XXV, 3); L. 1 C. de alend. lib. (V, 25). Eigene Schuld des Pfleglings beschränkt die Alimente auf die Nothdurft, nach aufgehobener väterlicher Gewalt. A. L.R. II, 2, §§. 252, 253. — Crim.Ordn. §. 604. — Gutachten der Ges.-Commiss. vom 22. April 1803 (Rabe, Bd. VII, S. 452).

7) A. L.R. II, 2, §§. 64, 107. — Die gemeinrechtlichen Civilisten und Praktiker sind darüber nicht einig, wer dem Vater zunächst folgt. Recht der Ford. §. 198, 1, 2.

8) A. L.R. II, 2, §§. 105, 106, 104. — Der Satz kommt aus einer falschen Fassung der Auth. si pater, ad L. un. C. divortio facto (V, 24); die Novelle 117, c. 7 bestimmt etwas anderes; der Satz ist daher auch im G. R. streitig. Recht der Ford. a. a. O.

9) A. L.R. II, 3, §§. 14, 17, 18, 20. Ist nach G. R. ebenfalls controvers.

10) A. L.R. II, 2, §§. 209, 251—253, verbund. mit II, 3, §§. 17, 20. — L. 5, §§. 1, 2, 13—17 D. de agnosc. lib. (XXV, 3); L. 1, 2 C. de alend. lib. (V, 25); L. 8, §. 5 C. de bonis quae lib. (VI, 61); Nov. 117, c. 7.

reichen; der Vorschuß muß erstattet werden, wenn die Umstände des Empfängers sich soweit bessern, daß er und die Seinigen dadurch keinen Abbruch an den Bedürfnissen leiden[11]). Andere Seitenverwandten verlieren ihr Erbrecht, wenn sie, zur Ernährung ausdrücklich aufgefordert und vermögend, nichts leisten[12]). II. Uneheliche Verwandtschaft[13]). Die uneheliche Blutsverwandtschaft, also auch die Vaterschaft[14]), wenn sie nur nachgewiesen werden kann, begründet ebenfalls die Alimentationsverbindlichkeit nach folgender Ordnung: 1) Der Vater. Dessen Verbindlichkeit ist, obgleich ihm die väterliche Gewalt positiv versagt wird, doch unbedingt, folglich muß er, was augenblickliches Unvermögen zu leisten hindert, später bei verbesserten Umständen demjenigen, welcher die Ausgaben für ihn bestritten hat, erstatten. Nach Analogie des Verhältnisses geschiedener Eheleute steht ihm frei, nach zurückgelegtem vierten Jahre des Kindes dessen weitere Erziehung bei sich selbst zu besorgen; nicht aber das Kind bei einem Fremden in Pflege zu geben[15]). So lange die Mutter oder die Vormundschaft die Pflege

11) A. L.R. II, 3, §§. 15, 16, 21; II, 2, §. 321. Vergl. Erk. des Obertrib. v. 8. Novbr. 1851 (Archiv für Rechtsfälle, Bd. VII, S. 137). Auf Seitenverwandte, welche sich im Untersuchungs- und Strafarrest befinden, findet die Bestimmung nicht Anwendung. Decl. v. 20. October 1822 (G.S. S. 216). Auch über die Verbindlichkeit der Seitenverwandten wird nach G. R. gestritten. (3. A.) Das Obertrib. hat sich für die Meinung, welche eine Alimentationsverbindlichkeit unter Geschwistern verneint, entschieden. Erk. v. 10. Novbr. 1856 (Entsch. Bd. XXXIV, S. 254).

12) A. L.R. II, 3, §§. 22—24, 29, entnommen aus der Nov. 115, c. 3, §. 12. S. u. §. 854, II.

13) A. L.R. II, 2, §§. 612—646. — Busch, theoretisch-praktische Darstellung der Rechte geschwächter Frauenspersonen, und der unehelichen Kinder gegen ihre Erzeuger, aus dem Gesichtspunkte des gemeinen bürgerlichen Rechts betrachtet. Ilmenau 1828. S. 214 flg. — Gett, die Rechtsverhältnisse aus der außerehelichen Geschlechtsgemeinschaft, sowie der unehelichen Kinder, nach gemeinem, baierischem, österreichischem, preußischem und französischem Rechte. München 1836. — Die Alimentenforderung unehelicher Kinder wird mithin durch den Status, keineswegs durch eine unerlaubte Handlung (dem Kinde ist durch seine Erzeugung und Geburt kein Unrecht gethan), gegründet. Daher wird dieselbe auch nur durch die Rechte des Wohnsitzes des Kindes oder die persönlichen Rechte desselben (§. 40, I), und nicht durch das Recht, welchem der Angesprochene unterworfen ist, bestimmt. Pr. des Obertrib. 2158 (Pl.Beschl.) vom 21. November 1849 (Entsch. Bd. XVIII, S. 39) und Pr. vom 1. November 1850 (Entsch. Bd. XX, S. 300). Vergl. u. §. 767, III, und §. 778.

14) A. L.R. II, 2, §. 612 u. Ges. v. 24. April 1854, §§. 12 u. 13, übereinstimmend mit dem gleichförmigen, auf c. 5 X. de eo qui duxit (IV, 7) beruhenden, deutschen Gerichtsgebrauche. Recht der Ford. §. 199, und Schles. Arch. Bd. V, S. 185 flg. S. unten §. 778.

15) A. L.R. II, 2, §. 622, verglichen mit §. 95. Der I. S. des Obertrib. ist anderer Meinung nach dem Pr. 2291, v. 12. Mai 1851 (Entsch. Bd. XX, S. 548). Die Meinungen sind darüber verschieden; m. s. jedoch die Gründe in Recht der Ford. §. 199, I, 1. Durch die Weigerung der Mutter, dem Vater das Kind zur Verpflegung und Erziehung zu überlassen, wird er von der Bezahlung der Alimente an die Mutter befreit, und es ist dazu nicht nöthig, daß die

besorgt, muß er zur Bestreitung der Kosten eine Geldsumme zahlen, deren Betrag der Richter mit Rücksicht darauf, was Leuten vom Bauer- oder gemeinen Bürgerstande die Erziehung eines ehelichen Kindes, nebst dem Schul- und Lehrgelde kosten würde, und mit Rücksicht auf die ortsüblichen Preise sowie das Wachsen der Bedürfnisse mit den Jahren, zu bestimmen hat[16]), wobei die Preise des Orts, wo die Erziehung geschieht, und dessen Wahl ganz in dem Gutbefinden der Vormundschaft steht, maßgebend sind[17]). Die Entbindungs- und Taufkosten gehören nicht zu den, dem Kinde schuldigen Alimenten, sondern zur Entschädigung der Mutter für ihre Person[18]), was hinsichtlich der Verjährung und der Verbindlichkeit anderer Verwandten erheblich ist. Kann die Vaterschaft um deswillen, weil die Mutter in der Conceptionszeit mit mehreren Mannspersonen fleischlichen Umgang gepflogen hat, nicht nachgewiesen werden, so haften nicht mehr wie sonst sämtliche „Zuhalter" solidarisch dem Kinde für die Alimente[18a]); sondern das Kind hat keinen Anspruch an einen der angeblichen Schwängerer[18b]). 2) Nächst dem Vater kommt auch hier wieder die Mutter[19]), sie kann mithin für das ohne den animus recipiendi Geleistete von einem nach ihr Verpflichteten nicht Ersatz fordern, da sie nur ihre eigene Angelegenheit

---

Mutter ausdrücklich erkläre, daß sie die Verpflegung und Erziehung des Kindes auf alleinige Kosten übernehmen wolle; auch nicht, daß die Vormundschaftsbehörde ihre Erklärung genehmige. Pr. 282, vom 19. Juni 1837. — Der Vater hat, wenn er das Kind zu sich genommen hat, nicht das Recht, der Mutter den Zutritt zu ihrem Kinde zu versagen. Ueber dies Recht der Mutter ist der Rechtsweg zulässig. Pr. 249, v. 22. Mai 1837.

16) A. L.R. II, 2, §§. 626, 627. Die Praxis ist den Kindern und deren Erziehern sehr ungünstig; sie bestimmt eine unverhältnismäßig geringe Summe, gleich anfangs, welche für die ganze Zeit unverändert bleibt. — Die Ausnahme s. o. §. 594.

17) Schles. Archiv, Bd. III, S. 182, 186. Man ist darüber nicht einig. Nach dem Pr. 1224 des Obertrib. vom 29. Novbr. 1842 soll auf den Wohnsitz der Mutter zur Zeit der Klage gesehen werden. Das stimmt jedoch mit dem Satz nicht überein, daß die Festsetzung des Betrages der Alimente nicht rechtskräftig im Rechtssinne wird. S. unten Note 3 zu §. 597.

18) Ges. v. 24. April 1854, §. 7. Wie nach dem A. L.R. II, 1, §§. 1016, 1025. Abweichend vom G. R. — S. Entscheid. der Gesetzcommission v. 16. Juli 1789, Nr. 3 (Klein's Annal. Bd. V, S. 208). — Der §. 896, II, 20 harmonirt nicht mit jener Bestimmung. Diese ist auch handgreiflich irrig. Das Kind hat von seinem Vater Erhaltung des Leibes und Lebens zu fordern, schon als Fötus, folglich muß er ihm die zur Trennung von dem Mutterleibe nöthige Hilfe schaffen. Die Taufkosten zeigen sich selbst als Verwendung für das Kind.

18a) A. L.R. II, 2, §§. 619, 620.

18b) Gesetz vom 24. April 1854, §. 13, Nr. 1.

19) A. L.R. II, 2, §. 630. Die hier hinzugefügte Bedingung des Ueberflusses ist jeder subsidiarischen Alimentationsverbindlichkeit eigen, wie auch die E.D. vom 17. Octbr. 1830 anerkennt. Jahrb. Bd. XLIII, 115. Die Meinungen der gemeinrechtlichen Civilisten sind verschieden. Recht der Ford. §. 199, I, 2.

besorgt hat[20]). 3) Die ehelichen[21]) Großeltern von mütterlicher Seite[22]). Die Verbindlichkeit der väterlichen Großeltern fällt nach neuem Rechte weg[23]). Nach der rechtlichen Natur der Verbindlichkeit ist die Festsetzung des Betrages bezüglich auf den einen nicht präjudicirlich für den andern, denn die Verbindlichkeit eines jeden ist für sich selbständig; daher konnte die frühere positive Einschränkung zu Gunsten des activen Soldaten nicht den weitern Ascendenten des Kindes, im Falle sie wegen Unvermögens des Vaters leisten müssen, zu Statten kommen[24]). Die Großeltern haben übrigens auch für ihre Person die Befugnis, die Verpflegung und Erziehung des über 4 Jahr alten Enkels selbst zu besorgen[25]). 4) Uneheliche Kinder sind, ganz folgerecht, auch Eltern und Großeltern von beiden Seiten zu ernähren verbunden[26]).

20) M. Aufsatz in der Jur. Wochenschr. 1836, S. 411, und Recension in Richter und Schneider, krit. Jahrb. Jahrg. 1838, S. 734. Ist sie selbst dürftig, so kann sie freilich Ersatz fordern. Das Pr. des Obertrib. 634, vom 23. März 1839, drückt dies so aus: Die Großeltern väterlicherseits müssen auch die von der Mutter hergegebenen Alimente, beim Unvermögen des Schwängerers, erstatten, wenn nicht der Fall des §. 630 vorhanden ist.

21) Präj. des Obertrib. v. 30. Juni 1801 (Stengel, Bd. XV, S. 244), und Pr. 1526, v. 10. Januar 1845 (Entsch. Bd. X, S. 389). Nach dem Grunde der Verbindlichkeit müßte kein Unterschied sein zwischen ehelicher und unehelicher Verwandtschaft, wenn die letztere feststeht.

22) A. L.R. II, 2, §§. 628—630. Die subsidiarische Verbindlichkeit der Großeltern tritt auch dann in Wirksamkeit, wenn der Vater in königlichen Landen nicht belangt werden kann, Pr. 237, vom J. 1837; sowie alsdann, wenn der Schwängerer Soldat oder Unterofficier ist. Pr. 334, vom 31. Juli 1837 (Entsch. Bd. III, S. 141). — Die Klage auf Zahlung der Alimente im Falle des Unvermögens des Vaters gegen die Großeltern kann mit der Klage gegen den Schwängerer zugleich angestellt werden. Der Einwand des subsidiarisch Verpflichteten, „daß erst das Unvermögen des Schwängerers durch den Ausfall der Execution festgestellt werden müsse, bevor gegen ihn geklagt werden könne," wird von der Praxis nicht zugelassen. Pr. 1118, vom 21. März 1842. Ist nicht gerechtfertigt.

23) Ges. v. 24. April 1854, §. 20. Ueber das ältere Recht: A. L.R. II, 2, §§. 619, 620, 653, 631; Schles. Arch. Bd. V, S. 187 u. 196; Pr. 1872, vom 3. Mai 1847 (Entsch. Bd. XIV, S. 463).

24) Das Obertrib. hatte durch den Plenarbeschl. vom 14. Octbr. 1839 das Gegentheil angenommen. Entsch. Bd. V, S. 13. — Aus denselben Gründen läßt dasselbe sich auch von der Verbindlichkeit der Mutter und jedes andern Alimentationsverpflichteten gegen das Kind behaupten, so daß das Kind von Rechts wegen jämmerlich verhungern müßte, da kein Mensch 1 Monat für 20 Sgr. leben kann. Aber die auf den Vater folgenden Verpflichteten überkommen nicht die Verbindlichkeit des Vaters, sondern haben ihre eigene, und zwar ist dieselbe bei allen von der nemlichen juristischen Beschaffenheit. Deshalb ist der Plenarbeschluß ein Rechtsirrthum. Jetzt ist er unpraktisch.

25) A. L.R. II, 2, §. 628. Ist bestritten. Die in einem Reser. vom 10. März 1839 (J. M. Bl. S. 119) für das Gegentheil vorgebrachten Gründe sind alle nicht zutreffend. S. Recht der Ford. §. 192, I, 3, c. Der Satz ist später auch von dem Obertrib. angenommen worden. Pr. 1162, vom 28. Juni 1842 (Entsch. Bd. VIII, S. 334).

26) A. L.R. II, 2, §. 638. Beruhete nach dem A. L.R. die Alimentationsverbindlichkeit eines unehelichen Vaters nicht auf Verwandtschaft, sondern auf

5) Das nemliche müßte auch von unehelichen Geschwistern untereinander gelten, doch ist die Verbindlichkeit auf die unehelichen Kinder derselben Mutter untereinander mit Ausschluß der ehelichen Kinder der nemlichen Frau, beschränkt[27]). III. Die Ehe. Der Mann ist verbunden, seiner Ehefrau standesmäßigen, oder, wenn er nicht mehr leisten kann, doch nothdürftigen Unterhalt zu geben[28]); und die Ehefrau ist schuldig, ihrem verarmten Manne aus den Einkünften ihres Vermögens den nöthigen Unterhalt zu reichen[29]). IV. Das Patronat. Der verarmte Kirchenpatron soll für seine Person aus dem Kirchenschatze nothdürftigen Unterhalt fordern können, wenn sonst kein Alimentationsverpflichteter für ihn vorhanden[30]). V. Das Heimatsrecht. Die aus diesem Verhältnisse erst dann, wenn kein anderer Verpflichtete mehr ist, entstehende Forderung eines Hilfsbedürftigen gegen die Staats- oder Ortsgemeinde ist aber nicht durch eine Klage geschützt, sondern kann nur in Form einer Supplik bei der Verwaltungsbehörde geltend gemacht werden (§. 50, III, 4).

§. 596.

d) Dauer.

Die Verbindlichkeit, Alimente zu reichen, erlischt: 1) Durch Auflösung des Verhältnisses, aus welchem sie entspringt[1]), bei der Blutsverwandtschaft also durch den Tod des Verpflichteten, mithin geht die Obligation auf die Erben als solche nicht über[2]). Die Alimentenforderung unehelicher Kinder an ihren Vater machen eine Ausnahme[3]). 2) Durch Wegfall einer der Bedingungen der Verbind-

einem Delict, wie manche glauben, so könnte die Verbindlichkeit unmöglich auch dem Kinde obliegen. Vergl. Note 13. (3. A.) Gegen die väterlichen Großeltern wird die Verbindlichkeit in Folge des §. 20 des Ges. v. 24. April 1854 wegfallen, da die Verbindlichkeit wechselseitig ist.

27) A. L.R. II, 3, §§. 16, 5—8. Der leitende Grundgedanke ist unklar.

28) Ebend. II, 1, §§. 185, 186, 870, 871.

29) Ebend. §. 262. Ueber die Entstehung dieser, in der Bedeutung einer klagbaren Obligation dem R. R. ganz unbekannten Verbindlichkeit s. Recht der Ford. §. 200.

30) A. L.R. II, 11, §§. 595—597. — Recht der Ford. §. 201.

1) A. L.R. II, 2, §. 712. Die Alimente, welche geschiedene Eheleute einander als Ehescheidungsstrafe leisten müssen, gehören nicht hierher. Ebend. II, 1, §§. 798, 809, 810, 804—808. Dagegen machen wirkliche Ausnahmen von der Regel die beiden Fälle §§. 759, 750 das.

2) L. 8, L. 5, §. 17 D. de agnosc. lib. (XXV, 3). Vermuthlich darauf gründet sich das Pr. des Obertrib. 2040, vom 12. August 1848, daß, wenn die subsidiäre Verbindlichkeit der Großeltern zur Alimentation des unehelichen Kindes ihres Sohnes bei deren Lebzeiten nicht geltend gemacht ist, ein Anspruch gegen ihre Erben dieserhalb nicht stattfindet. Das liegt in der Natur dieser Verbindlichkeit.

3) Ges. v. 24. April 1854, §. 19. Diese Anomalie beruhet auf Rechtsirrthum. S. m. Anm. 33 zu §. 19 dieses Gesetzes.

lichkeit. Bei unehelichen Kindern wird die Bedürftigkeit in der Regel mit dem Ende des 14. Lebensjahres für wegfallend angesehen, ausgenommen wenn sie zu einem Handwerke in die Lehre gegeben werden, wo noch das Lehr- und Lossprechegeld entrichtet werden muß[4]; oder wenn der Vater selbst das Kind für ein Gewerbe bestimmt, wozu es noch vorbereitet werden muß, ohne sich seinen Unterhalt erwerben zu können; oder wenn das Kind durch Krankheit, Misbildung oder Gemüthsbeschaffenheit an der Erwerbung des Unterhaltes verhindert ist[5], in welchen Fällen die Verbindlichkeit so lange dauert wie das Bedürfnis. 3) Dadurch, daß die Person oder die Kräfte des Alimentarius der Botmäßigkeit des Verpflichteten willkürlich entzogen werden, weil ihm die möglichen Leistungen des Pfleglings zustehen[6]. — Undank oder Beleidigungen, welche Enterbungsursachen sind, heben die Verbindlichkeit nicht auf, sondern beschränken sie nur auf das Nothdürftige[7]. Auch der Verzicht auf künftige Alimente ist wegen des davon betroffenen Interesses des Gemeinwesens ohne Wirkung; rückständige Alimente können, wie jede andere Forderung, erlassen werden[8].

§. 597.

e) Alimentenklage.

I. Die heutige Alimentenklage ist aus zwei, wesentlich verschiedenen, Rechtsmitteln zusammengesetzt: aus dem, für den zum Grunde gelegten Zustand geeigneten, Präjudicium[1], und aus der Cognition des Prätors über die Bedingungen der Verbindlichkeit und den Betrag der Alimente[2]. Das darauf ergehende Urtel hat nur bezüglich auf das Präjudicium die Natur eines Richterspruchs,

---

4) A. L.R. II, 2, §§. 633—635. Recht der Ford. §. 203, Nr. 2.

5) A. L.R. II, 2, §§. 636, 637. Die letztere Ausnahme tritt auch alsdann ein, wenn das Kind später unvermögend wird, seinen Unterhalt zu erwerben.

6) Darauf beruhet es, daß ein Ehegatte den andern im Schuldarrest zu unterhalten nicht schuldig ist; der Extrahent muß hier die Alimente als Executionskosten vorschießen, wofür er sich die Kräfte des Schuldners zu Nutze machen kann. Anders ist es mit dem Untersuchungs- und Strafarrest. Gutachten der Ges. Commiss. vom 22. April 1803 (Rabe, Bd. VII, S. 452). Declarat. vom 20. Octbr. 1822 (G.S. S. 216).

7) A. L.R. II, 2, §. 253. Die gemeinrechtlichen Civilisten streiten darüber. Recht der Ford. §. 203, Nr. 5.

8) A. L.R. I, 16, §§. 212, 213. Rückstände stehen gewöhnlich einem Dritten zu.

1) S. o. §. 200, II, 3, Ausnahme 2, a. — L. 5, §. 9, 18; L. 3, §. 1 D. de agnosc. vel alend. lib. (XXV, 3); L. 1, §. 1 D. de inspiciendo ventre (XXV, 4); L. 9 C. de patria pot. (VIII, 47).

2) L. 3 pr., §. 4 D. ubi pupillus (XXVII, 2). — L. 5 pr., §. 8, 18 D. de agnosc. lib. (XXV, 3).

welcher rechtskräftig wird; in seinem zweiten Theile hat es noch jetzt die Natur eines Decrets, welches von demselben Richter, nach der jeweiligen Aenderung der Umstände, wieder abgeändert werden kann, d. h. derselbe Richter kann, wenn die eine oder die andere Partei eine solche Veränderung behauptet, daß die dem Angesprochenen aufgelegte Leistung ganz oder theilweise wegfallen, oder erhöht werden, oder die früher dem Ansprechenden versagte Leistung nunmehr eintreten müßte, immer von neuem, salvis remediis, darüber erkennen, ohne daß ihm res judicata entgegensteht [3]); nur über die Frage: ob der zum Grunde liegende Zustand vorhanden (über das Präjudicium), findet kein zweiter Rechtsspruch statt. Das den Beklagten zur Reichung von Alimenten unbedingt verurtheilende Urtel erster Instanz ist provisorisch vollstreckbar [4]). II. Für eine vergangene Zeit steht dem Alimentationsberechtigten in dieser Bedeutung die Klage nicht zu, vielmehr hängt es von den vorgegangenen Handlungen ab: ob er ein Klagrecht hat, und von welcher Art es ist. Hat er sich die Mittel auf Rechnung des Verpflichteten verschafft, so steht ihm die Geschäftsführungsklage, verbunden mit dem Präjudicium, zu; hat er nichts gethan und passiv den ihm von andern gereichten Unterhalt angenommen, so hat er für seine Person gar kein Klagrecht [5]). III. Mehrere gleich nahe Verpflichtete haften dem Berechtigten gegenüber solidarisch, unter sich aber nach Verhältnis ihres Vermögens; jeder kann also wegen dessen, was er leistet, von den übrigen, nach Art des Theilungsverfahrens, Ausgleichung fordern [6]).

3) Den Grundsatz erkennt das Obertrib. in dem Pr. 1237, v. 12. Decbr. 1842 an, wonach ein in einem Competenzverfahren ergangenes rechtskräftiges Erkenntnis, durch welches einem Gemeinschuldner eine Competenz mit Rücksicht auf sein Bedürfnis zugesprochen worden ist, nicht die Wirkung hat, daß es einen vom Schuldner späterhin auf Grund veränderter Umstände und eines vermehrten Bedürfnisses erhobenen neuen Anspruch auf Erhöhung der durch jenes Urtel festgesetzten Competenz, unbedingt ausschließt.

4) A. G.O. I, 14, §. 6, Nr. 1; Anh. §. 112. Analog dem prätorischen alimentum decretum. L. 5, §. 9, 18 D. eod. — L. 9 C. de patria potest. (VIII, 47).

5) Schles. Archiv, Bd. IV, S. 123 flg.

6) A. L.R. II, 3, §. 20. — Die Frage ist streitig. Recht der Ford. §. 204, II. Das Obertrib. ist nach seinem Pr. 1202, vom 10. October 1842 anderer Meinung. Dort wird gesagt: „Das durch Blutsfreundschaft begründete Recht auf Alimente, auch das der Eltern gegen ihre Kinder, muß, wenn mehrere gleich nahe verpflichtete Verwandte vorhanden sind, gegen alle in einem gemeinschaftlichen Verfahren geltend gemacht werden. Die Klage gegen einen unter ihnen in solidum, mit Freilassung eines Regresses gegen die übrigen, ist als unstatthaft zurückzuweisen." Danach wird dem Berechtigten sein Recht so zugeschnitten, daß er keinen Gebrauch davon machen kann. Die Verbindlichkeit kann, da sie eine bedingte ist, gegen den einen begründet sein und gegen die andern nicht; gegen diese soll er also wider seinen Willen mit klagen und sich abweisen lassen müssen.

§. 598.

f) Zurückforderung gegebener Alimente.

Ueber das Recht der Zurückforderung gegebener Alimente; in Elvers Themis, Bd. II, S. 270 flg.

I. Von dem in bessere Umstände gekommenen Empfänger der Alimente können nur Geschwister, wenn sie mit Vorbehalt geleistet haben oder wenn sie wider Willen vor dem Richter dazu angehalten worden sind, das Geleistete zurückfordern; andere Nichtverpflichtete unter der gleichen Voraussetzung einer bestimmten, auf künftige Zurückforderung gerichteten, Absicht[7]). Ist statt der Naturalverpflegung, welche von selbst mit dem Bedürfnisse zugleich, namentlich mit dem Tode des Bedürftigen ein Ende nimmt, Geld vorausgezahlt: so muß das noch Unverbrauchte zurückgegeben werden, weil insoweit unter einer nicht eingetretenen Voraussetzung geleistet worden ist[8]). II. In wiefern von einem Dritten Erstattung des Geleisteten gefordert werden kann, hängt lediglich davon ab, ob fremde Angelegenheiten haben besorgt werden wollen und mithin die Geschäftsführungsklage erworben worden ist; es gehört zur Begründung der Klage: die Absicht und die Erfordernisse der Geschäftsführung positiv zu behaupten, was auch von einem subsidiarisch Verpflichteten in Beziehung auf den vorzüglich Verpflichteten gilt[9]). Dieser Klage steht der Einwand der kurzen Verjährung nicht entgegen[10]).

§. 599.

2. Verbindlichkeit zur Beerdigung.

I. Die Verbindlichkeit zur Beerdigung hat soweit, als die Verlassenschaft des Verstorbenen dazu nicht hinreicht[1]), derjenige, wel-

---

Außerdem kann ja das gemeinschaftliche Judicium factisch ganz unmöglich sein; von der Zufälligkeit aber, daß es möglich ist, kann nach allgemeinsten Rechtsgrundsätzen das Recht nicht abhangen. Das A. L.R. versteht unter der gemeinschaftlichen Haftung öfter eine Solidarhaftung, dem Berechtigten gegenüber, A. L.R. I, 5, §. 427. Die Vorschrift des §. 20, II, 3, wonach mehrere den Unterhalt gemeinschaftlich bestreiten sollen, nach Verhältnis ihres Vermögens, ist auf das Verhältnis unter den mehreren Verpflichteten, nicht auf das zwischen ihnen und dem Berechtigten zu beziehen.

7) A. L.R. II, 3, §. 21. Gemeinrechtlich sind die Meinungen verschieden.

8) Eine besondere Bestimmung darüber fehlt; die Meinungen sind verschieden. Die L. 8 D. de annuis leg. (XXXIII, 1), welche das Gegentheil bestimmt, bezieht sich auf Willenserklärungen (Vermächtnisse), und entscheidet hier bei den gesetzlichen Verpflichtungen nicht.

9) M. s. die Gründe der richtigen Entscheidung des Rechtsfalls in der Jur. Wochenschrift, 1836, S. 411 flg.

10) Entsch. des Obertrib. Bd. XIV, S. 227.

1) A. L.R. I, 11, §. 470; II, 1, §. 435; A.G.O. I, 50, §. 362; Conc.-

cher den Verstorbenen zu alimentiren schuldig gewesen sein würde[2]). Anwendungen dieses Grundsatzes sind: 1) Der überlebende Ehegatte muß den Vorversterbenden beerdigen lassen, soweit er dazu vermögend (in quantum facere potest), also mit Vorbehalt der Competenz[3]). 2) Der uneheliche Vater eines verstorbenen Kindes hat für dessen Begräbnis die Kosten zu tragen, wenn dasselbe in der Zeit stirbt, wo ihm der Vater Unterhalt geben muß[4]). Die Verbindlichkeit des Schwängerers, die in den Wochen, in welchen er sie zu verpflegen hat, sterbende Geschwächte beerdigen zu lassen[5]), ist weggefallen[6]). II. Der Betrag beschränkt sich auf das mit Rücksicht auf den Stand zu bestimmende Nothwendige, worüber der Richter nach seinem Ermessen zu befinden hat (§. 495, III). III. Die Verbindlichkeit kann unfreiwillig erfüllt werden: 1) durch den dazu von der Obrigkeit gezwungenen Verpflichteten selbst; 2) durch Wegnahme der nöthigen Mittel aus dem Vermögen desselben und Besorgung des Begräbnisses durch einen damit von der Obrigkeit Beauftragten; 3) durch unbeauftragte Besorgung seitens eines Dritten, welcher mit der im Concurse besonders bevorzugten actio funeraria (§. 495, III), die eine Species der actio negotiorum gestorum contraria ist und durch dieselben Erfordernisse wie diese begründet werden muß[7]), seine Auslagen wieder einfordert. Wer auf dessen Verlangen Sachen oder Arbeiten geliefert oder Geld vorgestreckt hat, kann nicht diese Klage gebrauchen, sondern muß sich an seinen Contrahenten halten[8]).

§. 600.

3. Verbindlichkeit zur Ausstattung.

I. Diese beruhet wesentlich auf den nemlichen Gründen, aus welchen die beiden vorigen Obligationen entspringen. Die Bestimmungen des A. L.R. sind unhistorisch[1]) und unklar. Von den bei-

---

Ordn. §. 75. — L. 1, L. 14, §§. 1, 13; L. 18, L. 12, §. 3; L. 45 D. de religiosis (XI, 7).

2) Der Grundsatz ist von der gemeinrechtlichen Gerichtspraxis hingestellt und auch für das Pr. R. anerkannt. Gutachten der Gesetzcommiss. vom 15. Septbr. 1801 (Rabe, Bd. VI, S. 584).

3) A. L.R. II, 1, §. 435. — L. 28 D. eod.

4) Anh. z. A. L.R. §. 84; Gutachten der Gesetzcommiss. vom 15. Septbr. 1801 (Note 2). Die Einschränkung auf die gedachte Zeit entspricht nicht dem Grundsatze.

5) A. L.R. II, 1, §. 1018.

6) Motive zum Ges. vom 24. April 1854, S. 12.

7) L. 14, §§. 7—9 D. de religiosis (XI, 7).

8) A.G.O. I, 50, §. 365; Conc.Ordn. §. 75.

1) Das von Suarez hierbei in seinen amtlichen Schlußvorträgen als Muster bezeichnete R. R. ist ganz bei Seite gelassen. Jahrb. Bd. XLI, S. 138.

den im G.R. vorkommenden Instituten der Dos und der Aussteuer der Töchter bei der Verheirathung ist nur die letztere oder besser eine der letztern ähnliche Ausstattung, die aber auch den eine eigene Wirthschaft anstellenden Söhnen zustehen soll[2]), aufgenommen. Die Verbindlichkeit zur Ausstattung beschränkt sich lediglich auf die Mittel zur ersten Einrichtung, eine Mitgabe oder ein Brautschatz kann außerdem von Eltern selbst dann nicht gefordert werden, wenn sie eine Mitgabe ohne Bestimmung einer Summe oder Sache versprochen haben[3]). Nur der Vater, sodann die Mutter und nach den Eltern die bereits ausgestatteten Geschwister, haben diese Verbindlichkeit unter den bei der Alimentationspflicht vorkommenden Voraussetzungen, daß der Auszustattende kein eigenes Vermögen und der Verpflichtete Ueberfluß hat[4]); uneheliche Kinder können von dem Vater nichts fordern[5]). Nochmalige Ausstattung kann eine bereits verheirathet gewesene Tochter oder ein verarmter Sohn unter keinen Umständen verlangen[6]). Wird neben der Ausstattung einer heirathenden Tochter, welche eigenes Vermögen in den Händen der Eltern hat, ein Brautschatz, oder dem Sohne eine Mitgabe gegeben, so darf das Gegebene darauf, auch ohne erklärten Vorbehalt, angerechnet werden[7]). Haben die Kinder kein Vermögen, so wird vermuthet, der Brautschatz oder die Mitgabe sei aus dem Vermögen des Vaters, und, wenn dieser nicht mehr am Leben, aus dem Vermögen der Mutter, ohne Beisteuer des wenngleich consentirenden Stiefvaters, wenn aber allgemeine Gütergemeinschaft stattfindet, aus dem gemeinschaftlichen Vermögen genommen worden[8]). Eine Tochter, welche ohne elterliche Zustimmung heirathet, hat, wenn der Widerspruch nicht etwa als unbegründet von dem Richter verworfen worden ist, keine Ausstattung zu fordern, weil das Bedürfnis fehlt, wenn sie wider den Willen der Eltern, in der Lage wie

2) Ist deutschrechtlich. Möser, über die Aussteuer der Töchter der Landbesitzer; in den patriotischen Phantasien, Bd. IV, S. 216.

3) A. L.R. II, 2, §§. 243, 244. Es sei denn durch einen lästigen Vertrag. S. Note 10.

4) A. L.R. a. a. O. §§. 232—234, 236, 320; II, 18, §§. 339, 340.

5) Der Entwurf, §. 467 d. T., hatte vorgeschlagen, den unehelichen Vater zur Ausstattung zu verpflichten. Gemeinrechtlich ist die Frage streitig.

6) A. L.R. II, 2, §. 242. Ist gemeinrechtlich bestritten.

7) Ebend. §. 245. Schles. Archiv, Bd. IV, S. 361. Pr. 2217 (XX, 284). War gleichfalls controvers, und ist, wie die vorige Frage, nach der richtigen Meinung entschieden.

8) A. L.R. a. a. O. §§. 246—248. — Wird bei der künftigen Erbtheilung praktisch wichtig. §§. 303 ff.

sie alsdann ist, genommen wird [9]). II. Eine Klage aus dieser Verbindlichkeit gegen die Eltern findet nicht statt, vielmehr gilt zuletzt, wenn der dem Vormundschaftsrichter vorgeschriebene Versuch der Güte fehl schlägt, der deutschrechtliche Satz: wer nicht will, gibt keine Ausstattung. Gegen bereits ausgestattete Geschwister findet bei Lebzeiten des Vaters gleichfalls kein Zwang statt: erst bei der väterlichen Erbtheilung müssen sie sich, im Falle des Unvermögens der Mutter, die Ausmittelung der den unversorgten Geschwistern schuldigen Ausstattung, welche höchstens ein Drittel der empfangenen eigenen Ausstattung betragen kann, gefallen lassen [10]).

§. 601.

4. Verbindlichkeit zur Bestellung einer Grundgerechtigkeit.

A. L.R. I, 22, §§. 3—10. — M. Abh.: Die gesetzliche Verbindlichkeit zur Bestellung einer Servitut, nach gemeinem und Preußischem Rechte; im Schles. Archiv, Bd. IV, S. 200 fg. — Fr. Th. Boele, die sogenannte nothwendige Servitut in ihren verschiedenen praktischen Beziehungen; im Neuen Arch. für Preuß. Recht und Verfahren, Bd. I, S. 25 fg. — Elvers, über die theoretisch-praktische Begründung und Ausbildung der gemeinrechtlichen Lehre vom Nothwege; in Dessen Themis, Bd. I (Göttingen 1827), S. 73 fg., 543 fg. — Reinhardt, über die richterliche Feststellung einer nothwendigen Fahrt- oder Wegegerechtigkeit; in Dessen Abhandlungen über einige wichtige Gegenstände des Criminal- und Civilrechts. Gera 1830, Abh. 30.

I. Der Grund dieser Verbindlichkeit ist ebenderselbe publicistische, aus welchem jede gesetzliche Einschränkung des Eigenthums und die Expropriation gerechtfertigt wird (§. 235, Nr. 2). Folgerecht sollte daher über die Nothwendigkeit nicht der Richter, sondern die Staatsregierungsbehörde zu befinden haben. Das Pr. R. hat jedoch den deutschen Gerichtsgebrauch, welcher den Richter damit betrauet, beibehalten. Bezüglich auf die Begründung einer zu erzwingenden Grundgerechtigkeit gelten folgende Grundsätze [1]): 1) Jedem Grundstücke kann ohne besondern Titel jede Einschränkung, ohne welche ein anderes Grundstück, wenn auch nur theilweise, ohne Zuthun des Besitzers, völlig [2]) unbrauchbar sein würde, gegen sofort festzustel-

9) Ist streitig. S. Recht der Forder. §. 207. Vergl. A. L.R. II, 1, §§. 997, 998.

10) A. L.R. II, 2, §§. 238—241, 313—322. Ist die Verbindlichkeit zur Ausstattung vertragsmäßig übernommen, z. B. bei der Auseinandersetzung mit den Kindern wegen des Nachlasses des vorverstorbenen Ehegatten, so findet allerdings der Rechtsweg statt.

1) A. L.R. I, 22, §§. 3, 4, 8—10. — Edict vom 15. Novbr. 1811, §. 14 (G.S. S. 352).

2) Unbequemlichkeit, Umwege und Kosten begründen den Anspruch nicht. Simon, Rechtsspr., Bd. I, S. 53 fg.

lende und zu leistende[3]) Vergütung aufgelegt werden. 2) Sind jedoch durch die mit einem Grundstücke unternommenen Veränderungen in der Gestalt, Hauptbestimmung oder Nutzungsart desselben erhebliche Verbesserungen bewirkt worden, so sind die dazu nothwendigen Einschränkungen oder Belastungen eines andern Grundstücks in soweit, als dadurch dessen Eigenthümer selbst nicht in dem bisherigen freien Gebrauche desselben gestört, oder selbst an möglichen nützlichen Verbesserungen verhindert wird, zulässig[4]). 3) Dergleichen Grundgerechtigkeiten dauern nur so lange als das Bedürfnis des begünstigten Grundstücks. II. Wenn in Folge eines unter den Besitzern beider Grundstücke geschlossenen und vollzogenen Rechtsgeschäfts die Belastung des einen zum Gebrauch des andern nothwendig wird, wie z. E. bei Zerstückelungen die Wegegerechtigkeit über die vorliegenden Stücke für die Eingeschlossenen, so liegt die Einräumung der nothwendigen Belastung stillschweigend in dem Geschäfte und es bedarf nicht der Bestellung einer sog. nothwendigen Grundgerechtigkeit[5]), vielmehr kann die schon durch jenes Geschäft begründete

---

3) Die Gegenleistung ist Bedingung der Verpflichtung des zu Belastenden, eben so wie der von dem Prätendenten zu führende Nachweis der Nothwendigkeit. Deshalb muß beides gleichzeitig in einem und demselben Verfahren erfolgen. Es ist ganz unzulässig und rechtsverletzend, wenn der Richter auf den bloßen Nachweis der Nothwendigkeit den zu Belastenden zur Bestellung der Servitut verurtheilt und ihn mit seiner Gegenforderung auf Vergütung ad separatum verweiset. Servitutbestellung und Vergütung muß Zug um Zug geschehen. Erk. des Obertrib. vom 21. Januar 1851, $^{1863}/_{451}$ III, 50, wodurch ein Ratiborer Appellationsurtel vom 18. April 1850 cassirt worden. (3. A.) Diesen ganz richtigen Satz hat jedoch dasselbe Obertribunal, sich widersprechend, wieder umgestoßen, indem es später, in einem Erk. vom 6. März 1855, den Satz behauptet und als Pr. 2611 hat eintragen lassen: „Zur Begründung der Klage auf Verstattung einer nothwendigen Servitut ist das Anbieten eines bestimmten Betrages der Entschädigung nicht erforderlich, sondern die erklärte Bereitwilligkeit zur Uebernahme einer im besonderen Verfahren zu ermittelnden Vergütigung genügend." (Entsch. Bd. XXX, S. 96.) Der Ausspruch fließt aus einer Verkennung der Natur des aus dieser Verbindlichkeit entstehenden Rechtsverhältnisses. Die wirkliche Einräumung oder Bestellung einer Servitut gegen Vergeltung ist gerade ein eben so zweiseitiges Rechtsgeschäft wie die Uebergabe einer gekauften Sache gegen Bezahlung des Kaufgeldes, in Folge des Kaufcontracts. Wer da behaupten wollte, daß der Verkäufer vorzuleisten schuldig wäre und erst nach geleisteter Uebergabe das Kaufgeld zu erwarten, allenfalls in einem Separatverfahren zu erzwingen hätte, der müßte sich sagen lassen, daß er von der Sache nichts verstände. Die Redeweise im Pr., daß zur Begründung der Klage die Anbietung eines bestimmten Betrages der Entschädigung nicht erforderlich sei, paßt nicht zur Sache: es handelt sich dabei gar nicht um Anbietung eines bestimmten Betrages, den beide Theile ja noch nicht kennen, sondern um gleichzeitige Ausmittelung und Feststellung der Vergeltung.

4) Angewendet ist dieser Satz auch auf Anlegung von Bewässerungsanstalten, in dem Ges. vom 28. Februar 1843, §§. 24, 25 (G.S. S. 46).

5) Schles. Archiv, Bd. IV, S. 212. — L. 40, §. 1 D. de contrah. emt. (XVIII, 6); L. 81, §. 3 D. de leg. I; L. 20 pr. si servitus vindicetur (VIII, 6).

Servitut actione confessoria vindicirt werden[6]). III. Gegen den Anspruch auf Einräumung einer Servitut ist der Einwand: daß die verlangte Begünstigung mit geringerem Nachtheile auf einem andern Grundstücke eingeräumt werden könne, statthaft. Wird derselbe angebracht, so muß der Besitzer des bezeichneten Grundstücks als Adcitat in das Verfahren gezogen werden[7]). IV. Die richterliche Bestimmung begründet ein wahres wechselseitiges Rechtsverhältnis, welches, wenn die Vergütung in einmaliger Leistung (Capital) besteht, die Natur eines Kaufs mit der Verbindlichkeit zur Gewährleistung hat und wieder aufgelöst wird[8]), sobald das Grundstück durch Zufall zur Dienstleistung untauglich wird; wenn aber die Gegenleistung eine jährliche Leistung ist, ein dauerndes Miethsverhältnis wird, vermöge dessen die Leistung aufhört, wenn das Grundstück nicht mehr benutzt werden kann[9]). V. Die Kosten, welche durch die Untersuchung der Nothwendigkeit und Ausmittelung des zu belastenden Grundstücks, sowie durch die Bestellung der Servitut entstehen, und nicht durch Ungehorsam und bösen Willen des Betroffenen verursacht worden, muß der Begünstigte allein tragen[10]).

---

6) L. 10 D. de religiosis (XI, 7); L. 8, §. 4 D. si servitus vind. (VIII, 6). — Vergl. Schles. Archiv a. a. O. S. 219; A. L.R. I, 12, §§. 305, 325; I, 11, §. 124.

7) Schles. Archiv a. a. O. S. 227 fg. Der Forderer kann sich den Weg auch nicht willkürlich wählen, sondern muß sich in der Regel mit demjenigen Wege begnügen, den ihm der Nachbar, als den seinem Grundstücke am wenigsten lästigen, anweist. Pr. 1027, vom 31. Juli 1841.

8) Dieses und daß demzufolge das Kaufgeld zurückgezahlt werden soll, ist anomalisch.

9) S. oben §. 340 a. E. und die Note 19 dazu, Bd. I, S. 558. Danach ist die von mir früher für irrig gehaltene Meinung Boele's, a. a. O. S. 45, richtig, und was im Schles. Archiv, IV, S. 237, und Recht der Ford. §. 209 a. E. darüber gesagt ist, fällt weg.

10) Der Grund ist, weil der Betroffene zu dem Ansprechenden in gar keinem Verhältnisse steht, sondern nur aus allgemeiner Staatsbürgerpflicht sich gefallen lassen muß, daß demselben die Staatsobrigkeit zu Hilfe kommt, und dazu das Eigenthum des Betroffenen verwendet. Diese Verwendung soll jedoch nur unter gewissen Voraussetzungen geschehen; der Angesprochene hat also ein Recht darauf, daß zuvörderst festgestellt werde: ob jene Voraussetzungen in der That vorhanden. Nur wenn dieses der Fall, kann ihm die Belastung zugemuthet werden. Die Kosten der Darlegung dieser Erfordernisse hat kein anderer zu tragen als der, welchem an der Vergünstigung gelegen; zur Wiedererstattung solcher nothwendigen Kosten hat niemand eine Verbindlichkeit. Wegen dieses Mangels eines Rechtsverhältnisses finden die ein solches voraussetzenden Grundsätze über Proceßkostenerstattung keine Anwendung. — Die Herausgeber der 2. Ausg. der Ergänzungen machen darauf zu I, 22, §§. 3—10, Nr. 6 die Anmerkung, daß diese Ansicht nicht gerechtfertigt scheine; wenn der zu Belastende dem Antrage auf Grund von Einwendungen widersprochen, welche bei demnächstiger Erörterung verworfen worden, so trage er nach den betr. allgemeinen Principien die Kosten. — Mit dergleichen Anmerkungen aus dem Stegreif ist nichts widerlegt; der Verf. hat das Punctum gar nicht gesehen und daher nicht berührt: man muß den besondern Grund suchen, aus welchem die Verbindlichkeit zur Erstattung von Kosten folgt; die sogenannten

§. 602.

5. Verbindlichkeit zur Cautionsbestellung für befürchteten Schaden.

I. Diese Verbindlichkeit bezieht sich auf baufällige Gebäude der Nachbarschaft. Eine Verbindlichkeit zur Bestellung einer cautio damni infecti gibt es nicht, sondern die Obrigkeit (der Prätor) machte es dem Bedrohten möglich, auf seine Kosten in dem Gefahr drohenden Grundstücke des Nachbars sichernde Veranstaltungen zu treffen, wenn der Nachbar sich nicht zu seiner Verbindlichmachung für den künftigen Schaden verstehen wollte. Die Erstattung der Verwendungen erzwang der Bedrohte durch Zurückhaltung des ausgebesserten Gebäudes, welches ihm zuletzt, wenn der Nachbar sich zu nichts verstehen wollte, wie ein verlassenes Grundstück von dem Prätor eigenthümlich zugeschlagen wurde (missio in possessionem ex secundo decreto). Gemeinrechtlich ist dieses Rechtsmittel wesentlich noch in Gebrauch, indem der ordentliche Richter auf Ansuchen des Bedrohten den Besitzer des gefährlichen Grundstücks verurtheilt, für Beschädigungen durch dasselbe dem Bittsteller Caution zu leisten [1]). II. Das Pr. R. hat dieses Institut aus dem Privatrechte ausgeschieden. Die Unterlassung der Reparatur an Grundstücken ist, wenn durch deren Einsturz oder Abfall andern Schaden geschehen kann, ein strafbares Vergehen, woraus für den Beschädigten eine ordentliche Klage auf Schadloshaltung gegen den Eigenthümer oder den Nutzungsberechtigten, bei Bauen gegen den Bauunternehmer entsteht [2]). Den durch gefährliche Baulichkeiten oder Zustände [3]) von Grundstücken drohenden Schaden wendet die Polizei dadurch ab, daß sie den Eigenthümer oder Nutzungsberechtigten zwingt, Vorkehrungen zu treffen, oder daß sie, wenn solches wegen Unvermögens desselben erfolglos ist, das Grundstück durch den Realrichter in öffentlicher Subhastation verkaufen und dem Ersteher zur Bedingung machen läßt: den gefährlichen

„betreffenden allgemeinen Principien" sind unbekannte Größen: die Grundsätze der §§. 2 u. 3, Tit. 24, Th. I der A.G.O. setzen ein besonderes Rechtsverhältnis und dessen Verletzung voraus. Daran fehlt es hier. Wenn also jene Bestimmungen unter den „betr. allgemeinen Principien" gemeint sind, so muß dargelegt werden, daß deren Voraussetzungen vorhanden oder warum es darauf hier nicht ankommen soll. (3. A.) Das hier behauptete Princip hat in einem ähnlichen Falle, nemlich bei dem Antrag auf gerichtliche Zahlungsstundung, welche mit der unfreiwilligen Gestattung einer Servitut innere Verwandtschaft hat, neuerlich Anerkennung und Anwendung gefunden. Conc.Ordn. vom 8. Mai 1855, §. 425, Satz 3.

1) Das Nähere s. Recht der Ford. §§. 210—217, Bd. III, S. 95 fg.

2) A. L.R. I, 8, §§. 37 ff. Strafges.B. §§. 202 und 345, Nr. 10—12.

3) Dergleichen natürliche Zustände treten in Gebirgsgegenden ein. Vergl. Weiske, Quaestiones juris civilis in usum fori comparatae. Zwickav. 1831, p. 1 sq. Dazu: Hallesche Lit.Zeit., 1834, Erg.Bl. S. 22.

Zustand abzuändern (§. 236, Nr. 3). Findet sich kein Käufer und wollen auch die Hypothekargläubiger weder die Mittel zur Sicherung gegen Gefahr herbeischaffen, noch auch, nach der Rangordnung, zur eigenthümlichen Uebernahme des Grundstücks, gegen die Verbindlichkeit zur Wiederherstellung, sich verstehen: so wird das Grundstück der Obrigkeit zugeschlagen, welche dann die erforderlichen Vorkehrungen durch Wiederherstellung oder Abtragung zu treffen hat[4]). Durch den Zuschlag erlöschen, wie bei dem nothwendigen Verkaufe wegen Schulden (§. 372, IV), alle Hypotheken[5]), und die von der Obrigkeit auf die Abwendung der Gefahr gemachten Verwendungen werden aus den Kaufgeldern vor Befriedigung der Hypothekargläubiger erstattet. III. In welchen andern Fällen Caution zu leisten (§. 204), ist im allgemeinen nicht zu bestimmen[6]). Ein solcher Fall ist z. B. die Besorgnis, daß ein unter einer Resolutivbedingung oder einem Endtermine eingeräumtes Recht oder eine zur Benutzung eingeräumte Sache von dem Berechtigten werde beschädigt werden[6a]).

§. 603.

6. Operis novi nunciatio.

Die Obligation, welche durch das formlose Verbot einer Privatperson gegen jemand, der ein opus novum in solo (ein Bauen oder Niederreißen) unternommen hatte, begründet wurde und darin bestand, daß der Unternehmer das Werk in dem Zustande, in welchem es sich in dem Augenblicke des Verbots befand, bis auf weiteres stehen lassen mußte[7]), kennt das Pr. Recht nicht; dieser außergerichtliche Widerspruch gegen ein von jemand neu unternommenes Werk hat nur die Wirkung einer Protestation, falls er noch vor der Vollendung, und sogleich nach erhaltener Nachricht von dem Unternehmen, erhoben wird: in diesem Falle kann der Widersprechende, wenn er ein Recht dazu nachweist, die Herstellung des frühern Zustandes fordern, sonst muß er das Werk stehen lassen und kann nur Entschädigung fordern[8]).

---

4) A. L.R. I, 8, §§. 38—64. Die Obrigkeit ist hier die Stadtgemeinde.
5) Ebend. §. 53. — L. 15, §§. 24—25 D. de damno inf. (XXX, 2).
6) A. L.R. I, 14, §. 189. Es versteht sich, und schon die Stellung im System zeigt es, daß ein obligatorisches Recht zum Grunde liegen muß; man hat darüber gestritten: ob es ein dingliches oder ein persönliches Recht sei.
6a) (3. A.) A. L.R. I, 4, §§. 122, 163; I, 21, §. 20. Die Caution wird in solchen Fällen durch eine Klage auf Sicherheitsleistung erzwungen.
7) Recht der Forderungen, §§. 218, 221.
8) A. L.R. I, 9, §§. 332, 342; I, 22, §. 43. — Pr. 288, v. 30. Juni 1837. — Schles. Archiv, Bd. IV, S. 179 fg. S. oben §§. 237 u. 249.

§. 604.

7. Verbindlichkeit zur Wegnahme von Anstalten behufs Ableitung des Regenwassers (actio aquae pluviae arcendae).

I. Diese Verbindlichkeit bezieht sich auf angrenzende Bodengrundstücke. Das R. R. hat den Grundsatz, daß das tiefer liegende Grundstück das wild ablaufende Regenwasser aufnehmen muß, wogegen das Pr. R. dem unterhalb liegenden Grundeigenthümer ein Stauungsrecht beilegt (§. 237, Nr. 1). Gegen künstliche Anstalten aber und gegen natürlich entstandene Veränderungen des Bodens, durch welche das Regenwasser einen bestimmten Lauf erhielt, wurde nach R. R. diese Klage, von welcher die allgemeinen Grundsätze der Verbindlichkeit zur cautio damni infecti entlehnt sind, auf Wegschaffung der Wasserleitung gegeben. Nach Pr. R. ist diese Forderung, auf Grund des Stauungsrechts, in den meisten Fällen schon mit der Eigenthumsklage durchzusetzen, wenn der Fall nicht ein solcher ist, wo Vorflut verschafft werden muß (§. 237). Die Eigenthumsklage reicht jedoch nur dann aus, wenn der oberhalb oder unterhalb liegende Grundbesitzer beabsichtigt, mit oder ohne vorgeblichen besondern Rechtstitel in das Eigenthum des andern einzugreifen. Wenn hingegen die Wasserleitung ohne solche Absicht oder gar ohne Zuthun des andern entstanden, so fehlen die Erfordernisse der negatorischen Eigenthumsklage und es kann nur nach den Grundsätzen von der cautio damni infecti geholfen werden. II. Welche Behörde über die Klage des unterhalb liegenden Grundbesitzers zu urtheilen habe, ist nicht bestimmt; die Anordnung, daß die Landespolizeibehörde über Vorflutssachen befinden soll, bezieht sich auf Ableitung stehenden Wassers [9]). Daß eine Justizsache vorliegt, wenn der obere Grundbesitzer aus einem besondern Rechtstitel befugt zu sein vermeint, das Regenwasser auf das Grundstück eines Nachbars abzuleiten, ist nicht zweifelhaft; die Frage bezieht sich auf den Fall, wenn er gar keinen besondern Grund hat, sondern aus allgemeinen staatsbürgerlichen Rechten Vorflut zu nehmen berechtigt zu sein vermeint, sowie auf den Fall, wo dem untern Grundbesitzer gegen Beschädigung nur nach den Grundsätzen der Verbindlichkeit zur Bestellung einer cautio damni infecti geholfen werden kann. Folgerecht müssen diese Sachen aus denselben Gründen, aus welchen die Competenz in Sachen aus der Verbindlichkeit zur Bestellung der cautio damni infecti, von welcher die hier besprochene Verbindlichkeit nur eine Species ist, den

9) Edict vom 15. Novbr. 1811, §§. 5, 15 (G.S. S. 352).

ordentlichen Gerichten entzogen (§. 602), vor die Polizei gehören, zumal es sich darin um Verschaffung der Vorflut aus allgemeinen polizeilichen Gründen handelt. Auf Streitigkeiten zwischen Stauungsberechtigten unter einander über das Recht zur Wasserbenutzung findet jedoch der Grundsatz nicht Anwendung, weil es sich dabei um ein einer Partei zustehendes Privatrecht handelt, und die Fälle dieser Art im allgemeinen zum Rechtswege gehören, wovon der §. 5 des E. v. 15. Nov. 1811 nur eine Ausnahme in dem Falle macht, wo das Interesse der Bodencultur mit dem des Stauungsberechtigten in Collision tritt und keine besondern Rechtstitel geltend gemacht werden[10]).

§. 605.

8. Verbindlichkeit zur Vorlegung (ad exhibendum).

Der Grund der Verbindlichkeit, einen andern in Beziehung auf eine bewegliche Sache ohne eigenen Schaden in ein solches räumliches Verhältnis zu bringen, daß er sein rechtliches Interesse daran verfolgen kann, beruhet auf Billigkeit[1]), d. h. in der pr. Rechtssprache allgemeine Bürgerpflicht. Hierher gehören folgende einzelne Fälle: I. Die Actio ad exhibendum. 1) Im Pr. R. ist diese an sich vorbereitende Klage, die aber zufällig auch den Erfolg der Hauptklage haben kann, nur selten anwendbar, weil man sich gewöhnlich mit der Hauptklage hilft, doch gibt es Fälle, wo nur mit diesem Klagrechte ein günstiger Erfolg zu erzielen ist[2]). 2) Die Bedingungen sind: a) ein mit einem Rechtsanspruche in Verbindung stehendes Vermögensinteresse des Klägers[3]); b) physische Möglichkeit bei dem Beklagten, die Sache vorzubringen (Gewahrsam)[4]), oder dolose Beseitigung derselben, in welchem Falle der Beklagte wie ein fictus possessor, qui dolo desiit possidere, behandelt wird[5]). 3) Der Zweck der Klage ist die Herstellung eines solchen räumlichen Verhältnisses des Klägers zu dem Gegenstande, um mit demselben nach Maßgabe des dazu behaupteten Rechts verfahren zu können.

10) Angenommen von dem Plenum des Obertribunals durch Beschluß vom 8. Januar 1849, No. $^{9}/_{48}$ Plen., Pr. 2088 (Entsch. XVII, 73).

1) L. 3, §§. 3—5, 7; L. 6 D. ad exhibendum (X, 4).

2) Dies ist in allen den Fällen, wo die Voraussetzungen eines andern Klagrechts, namentlich auch der Vindicationsklage, fehlen, z. E. wenn durch Naturgewalt eine Sache auf fremden Grund und Boden gebracht wird, und der Eigenthümer desselben solche ihrem Eigenthümer nicht vorenthalten, aber auch niemand in sein Grundstück kommen lassen will. S. oben §. 237, Note 19.

3) L. 19; L. 3, §. 9; L. 13, 7, §. 7; L. 1, 3, §§. 1, 3—5, 11, 12 D. eodem.

4) L. 3, §. 15; L. 4, 5 pr. D. eodem.

5) L. 9 pr.; L. 14 D. eod. — L. 5 C. eod. (III, 42). — S. oben §. 239, II, 1, b, und §. 171.

4) Dieser Zweck wird erreicht durch die Exhibition[6]), diese ist daher der eigentliche Gegenstand der Klage; sie geschieht auf Kosten des Klägers[7]). Verweigert solche der Beklagte, oder hat er sich böswillig dazu außer Stand gesetzt: so haftet er für das Interesse[8]), in Beziehung auf welches er vor der Klage nur für Dolus und grobes Versehen, nachher aber, wegen der Mora, für jedes Versehen, selbst für Zufall, wenn dieser sonst nicht eingetreten sein würde, einsteht[9]). II. Der Ueberrest des interdictum de glande legenda[10]), daß die über die Grenze überhangenden Zweige eines fremden Baumes, welche niemand schuldig ist zu dulden, dem Eigenthümer des Baumes verabfolgt werden müssen, wenn man sie abhauet, was dem Nachbar zu thun freisteht[10a]); duldet er sie, so darf er sich die Früchte zueignen, welche der Eigenthümer des Baumes nicht einsammeln kann, ohne den Boden des Nachbars zu berühren, oder die Aeste herüber zu beugen, oder die Früchte mit Instrumenten herüber zu holen[11]). III. Urkundenedition*). Die Exhibition oder Edition von Urkunden zu fordern berechtigt: 1) Eigenthum, aus welchem die Vindicationsklage gebraucht werden kann[12]); 2) Miteigenthum, wobei das anwendbare Rechtsmittel durch die besondern Verhältnisse bestimmt wird[13]); 3) ein gemeinschaftliches Rechtsverhältnis, auf welches die Urkunden sich beziehen (documenta communia)[14]); ein rechtliches Interesse, dessen Siche-

6) Exhibere ist rei praesentis copiam facere, d. h. eine bewegliche Sache in die Gegenwart des dazu Berechtigten zu bringen, so daß er sie sehen, prüfen und unterscheiden kann. L. 2 D. ad exhib. (X, 3); L. 3, §. 8 D. de libero hom. (XLIII, 29); L. 22, 246 pr. D. de verb. signif. (L, 16).

7) L. 11, §. 1; L. 5, §§. 3, 4; L. 15 D. ad exhib. — §. 3 J. de off. jud. (IV, 17). — A.G.O. I, 10, §. 104.

8) L. 9, §§. 5—8; L. 10; L. 11 D. ad exhib.

9) A. L.R. I, 7, §§. 219, 240—241; I, 3, §. 13. — L. 12, §. 4 D. eodem.

10) Dig. XLIII, 28. — Recht der Ford. §. 227, Bd. III, S. 123 fg.

10a) (3. A.) Daß der Eigenthümer des Baumes die überhangenden Zweige wegschaffe, ist der Nachbar zu fordern nicht berechtigt. Pr. des Obertrib. 2615, vom 6. Februar 1855 (Entsch. Bd. XXX, S. 431).

11) A. L.R. I, 9, §§. 287—290. Das A. L.R. hat also hierin das deutsche Recht aufgenommen. Glosse zum Sachsenssp. II, 52; Sachsenssp. II, 52; Weichbild, Art. 126.

*) Dr. M. Mittermaier, über die Gründe der Verpflichtung zur Edition von Urkunden. Heidelberg 1835. Darüber: Kind, Summarium, Bd. III, S. 327.

12) Eigenthümer ist ursprünglich der, dem der Stoff gehört. L. 3, §. 14 D. eod. — L. 4, 6 C. ad exhibendum (III, 42).

13) A.G.O. I, 10, §. 93. L. 3, §. 14 D. ad exhibendum (X, 4).

14) Darüber s. Gutachten des Obertrib. vom 18. Januar 1841 (Min.Bl. vom J. 1843, S. 113). — L. 9 C. eod. (III, 42); L. 3, §. 14 D. eod. (X, 4); L. 9 pr. D. de edendo (II, 13); L. 8 D. mandati (XVII, 1); L. 52 pr. D. de act. emti (XIX, 1); L. 24 C. de fide instrument. (VI, 42). —

rung oder Verfolgung von der Edition abhängig ist. Dieser Fall ist der der eigentlichen, bloß auf Billigkeit (Staatsbürgerpflicht) gegründeten, Exhibitionsverbindlichkeit (Note 1). Das Pr. R. führt darauf die Edition in Beziehung auf Testament und Proceß zurück. a) Testamente und Codicille eines Verstorbenen einzusehen, war nach R. R. ein jeder, ohne Nachweis eines Interesses, berechtigt; der Prätor gab dazu, gegen den Verwahrer der Urkunde, ohne weiteres eine besondere Klage (interdictum de tabulis exhibendis)[15]. Das A. L.R. hat das geändert: es muß ein gegründetes Interesse bei der Sache nachgewiesen werden, wenn man nicht Intestaterbe sein würde[16]. Geltend gemacht wird das Recht zur Einsicht nicht im ordentlichen Wege Rechtens, sondern durch Bittgesuch bei dem verwahrenden Richter und weiter durch Beschwerde über ihn bei den Aufsichtsbehörden. b) Im Processe zu ediren hat nicht allein der Gegner, sondern auch jeder Dritte, ohne daß er wegen eigenen Nachtheils die Edition ablehnen darf; er kann nur das juramentum calumniae fordern, und den, die Frage nicht berührenden, Inhalt der Urkunde geheimhalten, indem er einen Auszug der betroffenen Stelle aus den Urkunden gibt und das Original dem Instruenten und dem Decernenten, welche die Unterschriften und die zur Sache gehörige Stelle den Parteien vorzeigen, vorlegt. Das Editionsgesuch muß durch die Bescheinigung, daß eine Urkunde, wie sie der Ansuchende bezeichnet, vorhanden und in Gewahrsam dessen, der ediren soll, befindlich, begründet werden. Verweigert dieser auf das begründet befundene Editionsgesuch die Edition und auch die Ableistung des Editionseides, so tritt Zwang durch öffentliche Strafen ein und der Suchende kann sein Interesse fordern. Das Editionsgesuch wird als Incidentpunkt im Processe behandelt; gegen das Decret des Richters findet nur Beschwerde statt[17].

Hagemann, über Geschäftscorrespondenz; in den prakt. Erört. Bd. VII, Nr. 61. — Ueber Edition von Quittungen: in Linde ꝛc. Zeitschrift, Bd. I, S. 220.

15) D. de tabulis exhibendis (XLIII, 5); C. eod. (VIII, 7).

16) A. L.R. I, 12, §§. 227, 228. Die Intestaterben sind Interessenten.

17) A.G.O. I, 10, §§. 91, 101, 103, 105, 99. — Ein Dritter war nach älterm R. R. nicht schuldig zu ediren; erst Justinian erklärte ihn dazu verpflichtet, durch die Constitution 22 C. de fide instrumentorum (IV, 21), die zwar nicht glossirt, aber doch in Anwendung gekommen ist. Cujac., Observat., Lib. X, c. 8. Die preuß. Gerichtspraxis ist bei der Prüfung der Editionsgesuche leichtfertig. — (3. A.) Die allgemeine Pflicht zur Urkundenedition in Processen zum Beweise einer bestimmten streitigen Thatsache, welche zur Begründung eines bereits rechtshängig gemachten bestimmten Anspruchs gehört, kann zur Begründung der selbständigen Klage auf Herausgabe eines Documents (Nr. 1 u. 2) nicht dienen. Vergl. Erk. des Obertrib. vom 1. Februar 1856 (Entscheid. Bd. XXII, S. 220).

§. 606.

9. Verbindlichkeit zur Ablegung eines Zeugnisses.

Die Verbindlichkeit, Zeugnis zu geben, gehört ebenfalls dem neuern Rechte an und beruhet auf demselben Grunde[18]). Sie setzt voraus, daß das Zeugnis rechtlichen Erfolg haben kann und der Zeuge durch Ablegung desselben nicht andere Pflichten verletzt; fällt mithin weg bei Personen, welche ganz unglaubwürdig sind, oder welche zur Verschwiegenheit über den Gegenstand verpflichtet sind. Außerdem hat die Verweigerung des Zeugnisses oder der vorschriftsmäßigen Bekräftigung desselben Zwang durch öffentliche Geldstrafe oder persönliche Haft, und, im Falle der Erfolglosigkeit desselben, Leistung des Interesses zur Folge[19]). Der Producent trägt die Kosten und entschädigt auch den Zeugen, nach denselben Grundsätzen wie bei der Exhibition (Note 7), für Auslagen, Schäden und Versäumnis, wofür der Richter von Amts wegen sorgt und sogar Vorschuß zu machen hat, wozu die Gerichtsobrigkeit die Mittel hergeben muß[20]). — Von derselben Art ist die Verbindlichkeit der Verwandten, Hausgenossen und des Wirths eines Sterbenden, von dem erfolgten Ableben dem Gerichte unverzüglich Anzeige zu machen. (§. 868, Note 3).

II. Verbindlichkeiten aus einseitigen Versprechungen.

1. Schenkung.

A. L.R. I, 11, §§. 1037—1177. — Recht der Forderungen, §§. 231—239, Bd. III, S. 135 fg. — v. Mayerfeld, die Lehre von den Schenkungen nach Röm. Rechte. 1r Bd. u. 2r Bd. 1. Abth. gr. 8. Marburg 1837.

§. 607.

a) Begriff und Arten.

I. Schenkung (donatio) im weitesten Sinne ist jede rechtlich unnöthige[1]) Freigebigkeit. Das wesentliche ist die Absicht des Gebenden, freigebig zu sein (animus donandi); die Erreichung der Ab-

18) A.G.O. Einleit. §. 18; I, 10, §§. 179 ff. — L. 16; L. 19 C. de testibus (IV, 20). — Cujac., Obs., L. VIII, c. 13; Lib. XIII, c. 38. Ueber älteres R.: L. 21, §. 1 D. eod. (XXII, 5); Quintilian, Instit. orat., L. V, c. 7; Gellius, noct. att., LXV, c. 13.

19) A.G.O. I, 10, §§. 183—186. (3. A.) Der Fall berechtigt zum juram. in litem, Tit. 22, §. 12, Nr. 4 a. a. O.

20) Ebend. Einleit. §. 19 und I, 10, §. 187; I, 23, §. 36, Nr. 6. Für die Kosten wird ohne nähern Nachweis ein Bauschquantum, nach einer Taxe, gegeben, wenn der Zeuge nicht den Nachweis eines höheren Betrages führen will. V. v. 29. März 1844 (G.S. S. 73).

1) L. 29 pr. D. de donat. (XXXIX, 5); L. 82 D. de reg. jur. (L, 17). (3. A.) Die gesetzmäßige Unterstützung der Ortsarmen durch die dazu Verpflichteten ist keine Schenkung, sondern eine Communallast.

sicht, oder daß der andere den Gewinn wirklich erlange, ist nicht erforderlich. In diesem Sinne haben alle diejenigen Geschäfte, welche wesentlich einseitig sind, namentlich Mandat, Geschäftsbesorgung, Commodat, Erlaß, Erbeseinsetzung ꝛc. den Charakter der Schenkung. In eigentlicher Bedeutung aber ist Schenkung eine auf Vertrag beruhende eigenthümliche Handlung, wodurch einem andern ein Vermögensvortheil unmittelbar aus Freigebigkeit zugewendet werden soll[2]). Der animus donandi soll in der Regel nicht präsumirt werden[3]). Wo, wie im R. R., zu jedem Klagrechte die Behauptung und der Beweis irgend einer positiven Absicht und eines derselben entsprechenden Rechtsgeschäfts erfordert wird, da ist dieser Satz völlig entbehrlich; im Pr. R. ist er aber bei dem Mangel einer solchen Jurisprudenz (§. 187, II) sehr nützlich. Eine Ausnahme von dieser Regel gilt in folgenden Fällen: 1) Wenn der Geber eine besondere persönliche, obschon nicht civilrechtlich verbindende, Pflicht zur Wohlthätigkeit gegen den Empfänger hat; folglich dann, wenn Verwandte in auf- und absteigender Linie, voll- oder halbbürtige Geschwister und Eheleute einander etwas ohne bestimmte Erklärung geben[4]). Das Praktische davon ist: es findet weder Zurückforderung noch Anspruch auf Vergütung oder Gegenleistung statt. Doch tritt diese Ausnahme nicht ein: a) wenn unter einer bestimmten, die Absicht nicht zu schenken ausdrückenden, Willenserklärung (mit Vorbehalt) gegeben wird, oder b) wenn unter Umständen gegeben wird, welche diese Absicht stillschweigend kundgeben[5]). Hat ohne solchen Vorbehalt oder ohne solche Umstände von den unter die Ausnahme (1) fallenden Personen die eine der andern, in Folge solcher unvollkommenen Verbindlichkeit, eine gewisse Summe oder Sache erst künftig noch zu geben förmlich versprochen, so soll gleichfalls kein Widerruf

2) A. L.R. I, 11, §. 1037. Dieser §. definirt freilich nur das Schenkungsversprechen, nicht die Schenkung selbst, deren Begriffsbestimmung fehlt.

3) Ebend. §. 1040. Welches andere bestimmte Rechtsgeschäft angenommen werden muß, ist aus den Umständen zu bestimmen. Wenn z. B. jemand für den andern eine Schuld bezahlt, so kann die Vermuthung einer Schenkung nicht eintreten, denn die äußere Handlung stellt Geschäftsführung ohne Auftrag vor. Pr. 1004, vom 17. April 1841 (Entsch. VII, 88).

4) A. L.R. a. a. O. §§. 1041 u. 1042. Vermuthlich ist dabei an die unvollkommene Verbindlichkeit zur Unterstützung und Ausstattung gedacht. S. oben §§. 595 fg. u. 600. Die Vermuthung der Schenkung beschränkt sich nicht bloß auf diese Verwandten; es sind dadurch nur einige Fälle bezeichnet, in denen diese Vermuthung eintritt. Pr. 260, vom 27. Mai 1837.

5) A. L.R. a. a. O. §. 1042. Als dergleichen Umstände werden angenommen: wenn der Geber Schuldner des Nehmers ist (Schles. Arch. Bd. IV, S. 361), oder wenn ein bestimmtes Rechtsgeschäft, z. B. eine Geschäftsbesorgung, vollzogen wird. S. Note 3. S. auch Pr. 2217, vom 7. Juni 1850 (Entsch. Bd. XX, S. 284).

stattfinden, sondern das Versprechen, gleich einem lästigen Vertrage, der schon von der andern Seite erfüllt ist, verbindlich sein[6]). Das gleiche gilt von dem Versprechen eines Fremden unter der Bedingung oder zu dem Zwecke einer zu schließenden Ehe[7]), so wie von Verträgen unter Eheleuten, wodurch einer dem andern gewisse Vortheile auf den Todesfall zusichert[8]). 2) Wenn einem Armen etwas zum Unterhalte gegeben ist, oder wenn Gelder und Sachen an Armenanstalten und milde Stiftungen überliefert werden[9]). 3) Wenn etwas unter Umständen gegeben worden, wo sich keine andere Absicht des Gebenden denken läßt[10]). II. Die Schenkung kann in jeder Handlung bestehen, welche das Vermögen des Beschenkten verbessert, sie kann mithin das Geben einer Sache, die Uebertragung eines Rechts, die Verschaffung einer Forderung an den Schenker oder an einen Dritten, oder die Befreiung von einer Schuld gegen den Schenker oder einen Dritten[11]) betreffen; sie kann auch in der Verschaffung des Gebrauchs einer Sache und in einer Dienstleistung, wodurch der Beschenkte nothwendige Geldausgaben erspart, bestehen. Die Schenkung kann rein oder mit einem Geschäfte anderer Art (negotium mixtum cum donatione) verbunden sein; sie kann bedingt oder unbedingt sein. Eine bedingte Schenkung ist die von Todes wegen (donatio mortis causa), d. h. unter der Bedingung, daß der Schenker früher stirbt, als der Beschenkte. Diese gehört nach heutigem Recht zu den letztwilligen Verfügungen und kann mithin bis zum Tode widerrufen werden. Wenn dieser Widerruf nicht ausdrücklich vorbehalten ist, so gilt in der Regel das Geschäft als Schenkung inter vivos. Ausgenommen ist die Schenkung unter der Bedingung:

---

6) A. L.R. a. a. O. §§. 1046, 1047. Die Hälfte des Nachlasses ist keine gewisse Summe oder Sache. Erk. des Obertrib. vom 5. October 1855 (Entsch. Bd. XXXI, S. 398). — Bezieht sich auf die Verbindlichkeit §. 600.

7) A. L.R. a. a. O. §. 1048. Ist darauf die Ehe wirklich vollzogen, so muß auch ein formloses Versprechen erfüllt werden. (S. oben §. 553 a. E.) Dieser Fall gehört nicht hierher. S. unten §. 751. Daß bereits eine Verlobung vollzogen oder eine bestimmte Wahl zur Zeit des Versprechens getroffen worden sei, ist zur Verbindlichmachung des Versprechenden nicht erforderlich. Pr. 765, vom 29. November 1839.

8) A. L.R. a. a. O. §. 1050. Gehört auch nicht hierher.

9) Ebend. §§. 1043, 1044. — In diesen Fällen findet schon aus dem Grunde keine Rückforderung oder Vergütung statt, weil kein bestimmtes, einen solchen Anspruch begründendes Rechtsgeschäft geschlossen worden ist.

10) Ebend. §. 1045. Dabei hat man an einen Kauf gedacht, wobei der Käufer weiß, daß die Sache nicht mehr vorhanden, und gleichwohl das Kaufgeld bezahlt. Entwurf eines A. G.B. Th. II, Abth. II, Tit. 8, §. 739, vergl. mit dem dort alleg. §. 39. In diesem Falle fehlt gleichfalls schon an sich ein Grund zur Zurückforderung.

11) A. L.R. a. a. O. §. 1037, wo die Liberation übergangen ist. Vergl. I, 16, §. 393.

wenn der Schenker eine bevorstehende Todesgefahr nicht überleben würde; so wie die, welche aus Anlaß einer solchen Todesgefahr gemacht worden ist: diese kann der Schenker selbst widerrufen [12]). Schenkungen können endlich wechselseitig sein. Davon ist Regel, daß die Wechselseitigkeit an sich den Widerruf der einen oder der andern von beiden Schenkungen aus einem gesetzmäßigen Grunde nicht hindert, indem jede Schenkung für sich beurtheilt wird, daß aber, wenn die eine Schenkung in der That mit Erfolg widerrufen wird, dieses für sich ein Grund zum Widerruf der andern Schenkung ist [13]).

§. 608.

b) Eingehung.

I. Das wesentliche der Eingehung ist der beiderseitige Consens, es ist also die Annahme des Beschenkten schlechterdings nothwendig [1]), sie kann jedoch für Willensunfähige, bei Schenkungen ausnahmsweise, durch jeden Dritten, ohne Auftrag, erklärt werden (§. 548, II); sonst aber gilt hier nichts von den allgemeinen Regeln über die Annahme abweichendes, nur daß die Erben nicht mehr annehmen dürfen, wenn der Beschenkte vor Kundgebung der Annahme verstorben ist [2]). II. Der Consens hat im allgemeinen keine bestimmte Form [3]), vielmehr bestimmt dieselbe sich nach dem Gegenstande. 1) Besteht die Schenkung in dem Geben einer beweglichen Sache, oder in der Uebertragung eines Rechts, welches nicht zu den unbeweglichen Sachen gehört: so wird sie durch die Uebergabe, beziehlich Uebertragung, rechtsgiltig vollzogen; ist eine unbewegliche Sache der Gegenstand, so muß noch eine schriftliche und, behufs Beglaubigung bei dem Grundbuche, gerichtlich oder notariell anzuerkennende Erklärung des Schenkers zur Uebergabe kommen [4]). 2) Wird eine Obligation gegen einen Dritten schenkungsweise über-

---

12) A. L.R. a. a. O. §§. 1134—1139. — Recht der Forder. §. 231, Note 5—7. — Korte, über Schenkungen auf den Todesfall; in Ulrich, Archiv, Bd. IV, S. 245.

13) A. L.R. a. a. O. §§. 1051, 1052. — Der Begriff der wechselseitigen Schenkung ist von den Praktikern aufgebracht; das R. R. kennt ihn nicht, Ulpian vergleicht sie mit dem Tausch. L. 25, §. 11 D. de hered. pet. (V, 3).

1) A. L.R. a. a. O. §§. 1058, 1059. War streitig wegen L. 35, §. 5 C. de donat. (VIII, 54). S. jedoch L. 2, §. 6; L. 10; L. 19, §. 2; L. 26 D. eod. (XXXIX, 5).

2) A. L.R. a. a. O. §§. 1059, 1061, 1062. — S. oben §. 248, IV. — Im §. 1059 muß es heißen: doch sind die Worte und Handlungen, statt: „doch sind die Werke" u. s. w.

3) Ebenso nach L. 6, 13, 7 C. eod. (VIII, 54).

4) A. L.R. a. a. O. §§. 1065—1068. — S. oben §. 554, II, 4. — Pr. 1710, vom 21. Februar 1846.

eignet, so geschieht solches rechtsgiltig, nach Beschaffenheit des Falles, entweder mittelst Novation (§. 540 flg.)[4a]), oder durch Cession (§. 530), oder dadurch, daß der Schenker auf den Namen des Beschenkten ein Darlehn gibt[5]). 3) Ist die Schenkung hingegen eine Handlung, wodurch eine Forderung des Beschenkten an die Person des Schenkers selbst, z. B. auf Reichung des Unterhalts (donatio alimentorum) in einem Falle, wo dem Versprecher sonst keine Verbindlichkeit dazu obliegt[5a]), begründet werden soll (Schenkungsversprechen): so ist für die Erklärung des Schenkenden die gerichtliche Form zur Giltigkeit erforderlich[6]), die Annahme hat auch hierbei die allgemeine Form derselben[7]). 4) Ist die Schenkung eine Befreiung von einer Schuld und zwar a) gegen die Person des Schenkers, so wird sie durch Erlaß (pactum remissorium) (§. 585) rechtsgiltig vollzogen; b) gegen einen Dritten durch Zahlung animo liberandi und beziehlich donandi, wodurch jeder Anspruch des Zahlers an den befreiten Schuldner ausgeschlossen wird (§. 576, II, 3 und 529), oder durch Expromission in derselben erklärten Absicht (§. 544, III); doch wird die Schenkung in diesen Fällen erst durch die Annahme des Beschenkten perfect, bis wohin der Zahler oder Expromittent den Regreßanspruch aus der negotiorum gestio behält[7a]).

§. 609.

c) Wirkung.

I. Die Schenkung, welche im Geben besteht, überträgt, wie jede Uebergabe auf Grund eines giltigen Titels (§. 256), Eigenthum; ist oder wird die Schenkung ganz ungiltig, so bleibt der Schenker Eigenthümer und wird es beziehlich wieder, nach Art eines bedingten oder widerruflichen Eigenthums, daher entsteht Miteigenthum, wenn die Schenkung theilweise ungiltig ist oder wird[8]).

4a) Einen solchen Fall s. Entsch. des Obertrib. Bd. XIII, S. 182.

5) A. L.R. I, 11, §§. 671, 672. — L. 19, §. 3; L. 34 pr.; L. 35, §. 2; L. 33, §. 1; L. 21, §. 1 D. eod.

5a) Pr. 1715, vom 27. Februar 1846 (Entsch. Bd. XIII, S. 182). S. unten Note 8 zu §. 611.

6) A. L.R. a. a. O. §§. 1063, 1064. — Auf diesen Fall beziehen sich alle landrechtlichen Bestimmungen wegen der Nothwendigkeit der gerichtlichen Form. §. 1037 das., und Suarez, amtl. Vorträge, Jahrb. Bd. XLI, S. 23 u. 29. — Darin liegt also ein erheblicher Unterschied der landrechtlichen gerichtlichen Form von der römischen gerichtlichen Insinuation der Schenkungen über 500 Solidi. § 2 J. de donat. (II, 7); L. 36, §. 2 C. eod. — Recht der Ford. §. 233.

7) A. L.R. a. a. O. §§. 1058, 1059. — S. oben §. 548. Ueber die Form der Schenkung ist viel Zweifel.

7a) §. 406, Tit. 14; §. 45, Tit. 16, verb. mit §. 1058, Tit. 11.

8) A. L.R. a. a. O. §§. 1085, 1086. — L. 34, §. 2 C. de donat. (VIII, 54).

II. Die Schenkung einer Obligation gegen die Person des Schenkers begründet in Ermangelung der gerichtlichen Form keine Klage[9]); was darauf gegeben wird, kann nicht zurückgefordert werden. Ist die Form beobachtet, so hat der Beschenkte die Klage auf Erfüllung[10]), wobei jedoch der Schenker nur für Vorsatz und grobes Versehen haftet, niemals Verzugszinsen zahlt, aber die wirklich erhobenen Früchte von fruchttragenden Sachen und Capitalien vom Eintritte des Verzugs an herausgibt[11]), und in allen Fällen das beneficium competentiae hat[12]).

§. 610.

d) Widerruf.

I. Eine Schenkung kann in dem Falle, wenn sie nicht gerichtlich geschlossen worden ist, innerhalb sechs Monaten nach der Vollziehung (Uebergabe) willkürlich widerrufen werden[1]). Außerdem findet der Widerruf nur aus folgenden besondern Gründen statt: 1) Wegen groben Undanks des Beschenkten[1a]). Für groben Undank wird angesehen: a) vorsätzliche oder grobfahrlässige Tödtung, Verwundung, thätliche Beleidigung oder Gefährdung des Lebens und der Gesundheit des Schenkers; b) grobe oder schwere wörtliche Beleidigung desselben; c) boshaft oder aus unerlaubtem Eigennutze unternommene wenngleich nicht consumirte grobe Beschädigung am Vermögen des Schenkers[2]). — Der Widerruf aus diesem Grunde steht bloß dem Geschenkgeber für seine Person zu, dessen Erben ausnahmsweise nur dann, wenn der Erblasser durch den Geschenknehmer Leben oder Verstand verloren, oder wenn er seinen Willen, das Geschenk zu widerrufen, schon gerichtlich erklärt, oder wenn er diese

9) A. L.R. a. a. O. §. 1064. Es ist damit wie mit jedem noch nicht erfüllten Vertrage, welcher der vorgeschriebenen Form ermangelt. S. oben §. 553.

10) A. L.R. a. a. O. §. 1076. — §. 2 J. eod. (II, 7); L. 35 C. eod.; Nov. 162, c. 1.

11) A. L.R. a. a. O. §§. 1077—1084. — S. oben §§. 468, 469.

12) A.G.O. Th. I, Tit. 49, §. 16, Nr. 6. — L. 19, §. 1; L. 30 D. de re jud. (XLII, 1). — S. oben §. 489.

1) A. L.R. §. 1090 d. T. Dieser §. 1090 bezieht sich auf die Sinnesänderung als alleinigen Grund des Widerrufs. Der §. 1065 handelt von dem Falle der mangelnden Form und trifft Bestimmung über die Folgen des Formmangels, schließt aber die Bestimmung des §. 1090 nicht aus. Hiernach hat der Formmangel als solcher keine Wirkung in dem Falle des §. 1065, aber der Widerruf wegen Sinnesänderung ist sechs Monate lang zulässig. So sind beide §§. zu vereinigen. — Das Recht zum Widerruf aus §. 1090 geht auch auf die Erben über. Pr. 1554, vom 15. März 1845 (Entsch. Bd. XI, S. 256). Ist nicht folgerichtig.

1a) A. L.R. a. a. O. §. 1151. — §. 2 J. de donat. (II, 7); L. 1, 7, 9, 10 C. de revocat. don. (VIII, 56).

2) A. L.R. a. a. O. §§. 1152—1156 und II, 20, §§. 578—583. — L. 10 C. de donat. (VIII, 54).

Erklärung zwar nur außergerichtlich gegeben hat, aber durch Dazwischenkunft des Todes verhindert worden ist, seinen ausgesprochenen Willen durch Anbringung der Sache bei Gericht zu vollziehen[3]). Gegen juristische Personen ist der Widerruf wegen Undanks der Vorsteher oder derzeitiger Mitglieder nicht statthaft, nur den Undankbaren für ihre Personen können die ihnen aus der Schenkung entsprießenden Vortheile durch den Schenker entzogen werden[4]). Beides, die Erlöschung des Rechts zum Widerruf mit dem Tode und die Unstatthaftigkeit des Widerrufs gegen eine moralische Person, folgt aus der rechtlichen Natur der hier gegebenen Revocatorienklage, welche eine persönliche Strafklage (actio ex delicto) ist und sich weder activ noch passiv vererbt (§. 192, vergl. §. 298, II); doch soll sie folgewidrig gleichwohl passiv auf die Erben übergehen und der Beschenkte, wenn der Widerruf wirklich eintritt, schon vorher, von dem Augenblicke der begangenen Undankbarkeit, wie ein unredlicher Besitzer haften[5]). 2) Wegen nachgeborner, oder wegen wiedergefundener für verloren geachteter Kinder, wenn die Schenkung in einer Verbindlichmachung der eigenen Person des Schenkers besteht, welche noch nicht erfüllt worden ist (Schenkungsversprechen), und wenn die Beschenkten andere sind als Ascendenten oder außer einer Ehe zur rechten Hand erzeugte Kinder[6]). Unter Kindern werden hier Descendenten aus einer Ehe zur rechten Hand, und legitimirte uneheliche Kinder, insofern beiden ein Pflichttheil aus dem Nachlasse des Schenkers gebühren würde, in Beziehung auf Mütter auch natürliche Kinder, nicht aber Adoptivkinder, und unter Nachgeborenen wird auch nicht eine Vermehrung der zur Zeit der Schenkung schon vorhandenen Kinder verstanden[7]). Ist der Widerruf einmal ausgesprochen, so fällt die Wirkung dadurch, daß die Kinder sterben, nicht wieder hinweg[8]). Den Kindern und Erben steht er nicht zu[9]). Die Klage ist ein restitutorisches Rechtsmittel, welches seine praktische Wirksamkeit besonders in der Form der Exception äußert, da eine noch uner-

3) A. L.R. a. a. O. §§. 1157—1159. — L. 10 i. f.; L. 1 i. f. C. eod.
4) A. L.R. a. a. O. §§. 1160, 1161.
5) A. L.R. a. a. O. §§. 1164—1167. — Daß hierin die Bestimmungen des A. L.R. nicht gleich und nicht immer folgerecht sind (vergl. §. 298, II, und §. 314, Nr. 2), kommt davon, daß die allgemeinen Grundsätze von den Klagrechten in ihrem Zusammenhange und in ihren Folgen nicht durchdacht sind; der Zufall waltet darin.
6) A. L.R. a. a. O. §§. 1140, 1149. — Ist eine von der deutschen Gerichtspraxis gemachte analoge Anwendung der L. 10 C. eod.
7) A. L.R. a. a. O. §§. 1143—1148. War schon Praxis.
8) Ebend. §. 1142. — Overbeck, Meditationen, Bd. III, S. 258.
9) A. L.R. a. a. O. §. 1150. — Gottschalck, Select. discept., Tom. II, c. 2, p. 392.

füllte Verbindlichkeit vorausgesetzt ist; doch kann es auch als Rescissionsklage (§. 588) angewendet werden. 3) Wegen Uebermaßes. Uebermäßig ist eine Schenkung, insoweit sie die Hälfte von dem Vermögen zur Zeit der Schenkung, oder wenn die Uebergabe noch nicht geschehen, zur Zeit des Widerrufs übersteigt[10]). Bringen mehrere ein Geschenk zusammen, so wird jeder nach seinem Beitrage für sich beurtheilt; ist der Schenker eine Corporation, so wird bloß auf das Gemeindevermögen gesehen[11]). Der Widerruf geht nur auf das Uebermaß. Ist eine übermäßige Schenkung an mehrere zusammen gemacht, so trägt jeder Geschenknehmer zur Aufbringung des zu erstattenden Uebermaßes verhältnismäßig bei, der Ausfall des einen oder andern, wegen Unvermögens oder anderer Ursachen, wird von den übrigen nicht getragen[12]); sind aber mehrere Schenkungen nach einander, sei es an dem nemlichen Tage oder in längern Zwischenräumen, an Eine Person oder an mehrere: so kommt nach dem Wortlaute jede Schenkung und deren Verhältnis zum Vermögen, zur Zeit des geschlossenen Vertrags, nur für sich in Betracht[13]). Auch hier muß der Widerruf gerichtlich geschehen und kann nur von dem Schenker selbst ausgehen[14]). Dagegen steht den nothwendigen Erben der Widerruf 4) wegen Verkürzung des Pflichttheils zu. Der Pflichttheilserbe soll so viel im Nachlasse finden und beziehlich von den Beschenkten zurückerhalten, als die Hälfte aller in den letzten drei Jahren vor dem Tode des Geschenkgebers[14a]) gemachten Schenkungen beträgt, wobei nichts darauf ankommt, daß die Schenkungen formell und materiell rechtsgiltig sind; ältere Geschenke können nur soweit widerrufen werden, als die Ergänzung des Pflichttheils aus den zurückgenommenen spätern Geschenken nicht erfolgen kann[15]).

---

10) A. L.R. a. a. O. §§. 1097, 1098. Ist ganz neu.

11) Ebend. §§. 1101, 1102.

12) Ebend. §§. 1103—1106. Wenn die Gemeinschaft unter den Beschenkten fehlt.

13) Ebend. §§. 1107, 1108. Auf diese Weise kann jemand sein ganzes Vermögen in Einem Tage verschenken, ohne daß ein Widerruf wegen Uebermaßes möglich ist. Vielleicht hat man eine Zusammenrechnung der Schenkungen innerhalb einer gewissen Zeit vorausgesetzt, wie im Falle des Widerrufs wegen Verkürzung des Pflichttheils. §§. 1115, 1116 a. a. O.

14) Ebend. §. 1112; I, 12, §§. 587 fg.

14a) Pr. 1884, vom 25. Juni 1847 (Entsch. Bd. XIV, S. 467).

15) A. L.R. I, 11, §§. 1113—1116. — Ueber die Auslegungs- und Berechnungsarten s.: Müller, Abh. über die donatio inofficiosa; in Simon, Zeitschrift für wissenschaftl. Bearbeitung des Pr. R., Bd. I, S. 63 fg. — Noch einige Bemerkungen über die donatio inofficiosa, von Simon u. v. Strampff, ebend. S. 75 fg. — Schweikart, in der Jur. Wochenschr., 1836, S. 773 ff. — Nach meiner Auslegung bedarf es keiner der verschiedenen künstlichen Berechnungen, von welchen keine befriedigt. — Die Vorschriften §§. 1113, 1114 finden

Die letztere Bestimmung ist auf die thatsächliche Möglichkeit zu beziehen, außerdem fehlte die Norm, wonach dieser Pflichttheil zu bestimmen wäre; es heißt also: der Notherbe muß soviel im Nachlasse finden und erben, wie die Hälfte aller in den letzten drei Jahren vor dem Tode gemachten Geschenke zusammengerechnet, austrägt; die Geschenknehmer müssen, wenn der Nachlaß dazu nicht hinreicht, das Fehlende nach der umgekehrten Zeitfolge herausgeben, und soweit solches von ihnen nicht zu erlangen ist, müssen auch die älteren Beschenkten beitragen [16]). Diese Bestimmungen haben durchaus keinen Zusammenhang mit der röm. donatio inofficiosa, sie sind nichts weiter als positiv vorgeschriebene Vererbung des sonst nur dem Schenker für seine Person zustehenden Widerrufs wegen Uebermaßes, so daß von dieser Regel zwei Ausnahmen gelten, nemlich: a) wenn der Schenker seinen Entschluß zum Widerrufe schon gerichtlich erklärt hat, wo jeder Erbe das Uebermaß zurückfordern kann (Note 3), und b) wenn der reine Nachlaß nicht der Hälfte der Summe aller in den letzten drei Jahren gemachten Schenkungen gleichkommt, in welchem Falle der Pflichttheilserbe für sich das Fehlende zurückfordern darf (Note 16). Eine besondere Verjährung ist dafür nicht vorgeschrieben. — In gleichem Maße ist denjenigen, welchen der Schenker Unterhalt zu reichen gesetzlich schuldig ist, ein Widerruf nach dessen Tode eingeräumt 5) wegen entzogener Alimente. Wenn der Nachlaß aufgezehrt und dann die Zeit, durch welche der Geschenkgeber verpflichtet gewesen sein würde, die Alimente zu reichen, noch nicht abgelaufen ist: so dürfen die Alimentationsberechtigten die ihnen noch zu reichenden Alimente von denjenigen Geschenknehmern aus den letzten drei Jahren vor dem Tode des Erblassers, deren Schenkung jünger als die Alimentationspflicht ist, nach der vorhin gedachten Ordnung, fordern, soweit die laufenden Nutzungen und die Substanz des Geschenks reicht [17]). Endlich hat der Schenker das Recht zum Widerruf noch 6) wegen Verarmung. Geräth er später in Dürftigkeit, so darf er von dem Beschenkten jährlich 6 Procent von dem Capitalswerthe des Geschenks fordern, soweit der Beschenkte nicht selbst in solchen Umständen ist, daß er sich und den Seinigen den nöthigen Unterhalt würde entziehen müssen; es muß jedoch in diesem

auch dann Anwendung, wenn wegen Ueberverschuldung gar kein reiner Nachlaß existirt. Pr. 1460, vom 22. Juni 1844.

16) Recht der Forder., §. 235, No. II, Bd. III, S. 171 fg. S. unten §. 686 a. E.

17) A. L.R. a. a. O. §§. 1117—1122. — Die Satzung ist überhaupt gegen die rechtliche Natur der gesetzlichen Alimentationsverbindlichkeit, welche mit dem Tode des Verpflichteten erlischt. S. oben §. 596.

Falle auch die noch vorhandene Substanz des Geschenks zur Ernährung des Schenkers verwendet werden. Statt der Reichung dieser 6 Procent kann der Beschenkte das Geschenk selbst, soweit dasselbe oder sein Werth noch bei ihm vorhanden, herausgeben; was der Schenker davon nicht verzehrt, verbleibt dem Geschenknehmer. Mehrere Beschenkte haben diese Verbindlichkeit nach einander in umgekehrter Zeitfolge[18]). II. Die Entsagung des Widerrufs ist in jeder Form, selbst unter eidlicher Bekräftigung, unwirksam, mit Ausnahme des Widerrufs wegen Uebermaßes[19]). Die Entsagung geschieht hier in der Form, a) daß der Schenker erklärt, die Schenkung übersteige nicht die Hälfte seines Vermögens, b) daß ihm der instrumentirende Richter als Folge davon kundgibt, die Schenkung könne nun nicht wegen Uebermaßes widerrufen werden, und c) daß sowohl die Angabe des Schenkers als die Belehrung des Richters in dem Protokolle vermerkt wird. Diese Entsagung ist nur dann wirksam, wenn die Angabe des Schenkers, daß das Geschenk die Hälfte seines Vermögens nicht übersteige, eine Lüge ist: denn ist sie wahr, so bedarf es keiner Entsagung; beruht sie auf Irrthum, so ist die Erklärung aus diesem Grunde ungiltig[20]). III. Der Widerruf geschieht: 1) ausdrücklich, entweder durch Anbringung der Klage oder durch bloße gerichtliche Willenserklärung[21]); 2) stillschweigend, wenn oder soweit die Uebergabe noch nicht geschehen, durch Verzehrung, Veräußerung oder Vernichtung der zum Geschenk versprochenen bestimmten (§. 87, I) Sache[22]). Jeder Widerruf ist auch gegen die Erben statthaft und überhaupt in allen Fällen nur soweit, als der Beschenkte oder dessen Erben zur Zeit des Widerrufs noch wirklich reicher sind[23]). Nur für den Widerruf wegen Uebermaßes ist eine besondere Verjährung von drei Jahren, bei gericht-

18) A. L.R. a. a. O. §§. 1121—1128. Die gemeine Praxis gestattet nur vor der Uebergabe die Zurückbehaltung des Geschenks, soweit es zur Ernährung des Schenkers erforderlich. Das ist nur eine Anwendung des beneficii competentiae.

19) Ebend. §§. 1162, 1163. Der Eid ist überhaupt kein Bekräftigungsmittel für Rechtsgeschäfte, auch wenn er im Auslande geleistet worden wäre. S. oben §. 134.

20) Ebend. §§. 1094—1096. — Sagt der Schenker die Wahrheit, daß nemlich das Geschenk mehr als die Hälfte des Vermögens beträgt, so ist die Entsagung des Widerrufs nicht giltig; sie findet nur unter der Versicherung des Gegentheils statt. §. 1163, vergl. mit §. 1094 daf.

21) Ebend. §§. 1166, 1158. Die außergerichtliche Erklärung wirkt nur in dem Falle, wenn die gerichtliche Erklärung durch den Tod verhindert worden ist. Dieses soll „erhellen", folglich ohne nothwendigen Eid vollständig bewiesen sein. §. 1159.

22) Ebend. §. 1168. Geschieht dies ohne giltigen Grund, so ist der Werth zu geben. Nach der Uebergabe wirken solche Handlungen keinen Widerruf.

23) Ebend. §§. 1164, 1165. — Vergl. oben Note 5.

lichen Schenkungen vom Tage der Abschließung, bei außergerichtlichen vom Tage der Uebergabe, vorgeschrieben[24]), innerhalb welcher die gerichtliche Erklärung abgegeben oder die Revocationsklage angemeldet werden muß; die außergerichtliche Erklärung (Note 21) unterbricht die Verjährung nicht, sondern wirkt bloß die Vererbung des Klagrechts. Das Recht zum Widerruf einer außergerichtlichen Schenkung sollte ohne eine bereits vorhandene Erklärung des Gebers nicht auf die Erben übergehen, weil der Widerruf seinen Grund in der Sinnesänderung des Schenkers hat und außer derselben kein Vermögensrecht (Klagrecht) zur Existenz gekommen ist, welches hätte vererbt werden können. Doch hat die Praxis das Gegentheil angenommen (Note 1). IV. Die mit einer Schenkung vermischten Rechtsgeschäfte kommen aus dem Gesichtspunkte der Schenkung, was Form und Widerruf betrifft, nicht in Betracht[25]).

§. 611.

e) Besondere Arten.

I. Donatio omnium bonorum. Schenkung des ganzen Vermögens wird als möglich vorausgesetzt[1]), ist jedoch immer bis auf die Hälfte, wegen Uebermaßes, binnen 3 Jahren widerruflich (§. 610, Note 20), und kann mithin nur unter der Voraussetzung als „rechtsgiltig" gedacht werden, daß der Schenker diese Zeit hat verlaufen lassen, ohne zu widerrufen. Besondere Bestimmungen über diese Schenkung finden sich nicht. Gegenstand der Schenkung ist nur das gegenwärtige Vermögen und der nach Abzug der Schulden verbleibende Ueberrest des Vermögens[2]), die Gläubiger können mithin aus den ohne Rücksicht auf ihre Befriedigung übergebenen Vermögensstücken Bezahlung suchen. Sind einzelne Sachen oder Summen oder ein gewisser Theil ausgenommen, so fällt davon das, was davon bei dem Tode des Schenkers noch übrig ist, an die gesetzlichen Erben in auf- und absteigender Linie und, wenn diese nicht sind, an Geschwister oder Geschwisterkinder ersten Grades, und, wenn

---

24) Ebend. §§. 1091—1093.

25) Ein einzelnes Geschäft, der Leibrentencontract, ist ausnahmsweise von dieser Seite beachtet. A. L.R. I, 11, §§. 637 ff.

1) A. L.R. a. a. O. §. 1087.

2) Anerkannt im §. 19 des Anh. z. A. L.R. Diese Vorschrift beschränkt sich nicht auf solche Schuldverbindlichkeiten, welche durch Zahlung im eigentlichen Sinne zu lösen sind. Pr. 2060, vom 20. October 1848. — L. 72 pr. D. de jure dot. (XXIII, 3); L. 12 D. de donat. (XXXIX, 5); L. 15, 22 C. eod. (VIII, 54).

auch diese nicht sind, an den Beschenkten [3]). II. Donatio remuneratoria. Unter der Benennung von belohnenden Schenkungen findet sich im A. L.R. ein Geschäft, welches weder als Schenkung noch als lästiges Geschäft charakterisirt ist. Belohnendes Geschenk heißt ein solches, durch welches eine dem Schenkenden erwiesene löbliche Handlung oder ein geleisteter wichtiger Dienst vergolten wird [4]). Sie ist jedoch wegen Uebermaßes ebenso wie jede andere Schenkung widerruflich, aber den Erben, und namentlich den Notherben ist wegen Verkürzung des Pflichttheils kein Widerruf gestattet [5]). Ob auch aus den übrigen Gründen der Widerruf stattfinde, hängt von der angewendeten Form und von der Art der Handlung ab. 1) Ist die Schenkung ein Geben, oder Verschaffen einer Forderung gegen einen Dritten, oder ein Liberiren, und kann der Beschenkte die belohnte Handlung bestimmt angeben und beweisen, so wird die Schenkung hinsichtlich dieser übrigen Widerrufsgründe wie ein lästiges Geschäft angesehen, ohne daß das Verhältnis des Geschenks zu dem Werthe der belohnten Handlung in Betracht kommt, weil das A. L.R. die gemischten Geschäfte nur wie lästige beurtheilt (§. 610, IV); kann er das nicht, so gilt die Schenkung für eine gewöhnliche. 2) Ist sie eine Verbindlichmachung der Person des Schenkers (Schenkungsversprechen), so ist ein schriftliches Instrument erforderlich, in welchem die belohnte Handlung oder der Dienst bestimmt angegeben sein muß; sonst gilt die Schenkung wieder für eine gewöhnliche und es wird keine Ergänzung der fehlenden Angabe der Handlung ꝛc. durch sonstigen Beweis angenommen. Dagegen begründet die Behauptung und der Beweis der Unrichtigkeit der in dem Instrumente enthaltenen Angabe die Zurücknahme des Versprechens [6]). III. Donatio sub modo. So nennt man die Schenkung mit einer Nebenbestimmung über die Verwendung des

3) A. L.R. a. a. O. §§. 1087, 1088. — Pufendorf, Obs., IV, obs. 48; Overbeck, Med., VII, S. 23.

4) A. L.R. a. a. O. §. 1169. Die Quelle sind die Schriften der ältern Praktiker. Das R. R. kennt die s. g. remuneratorische Schenkung als ein besonderes Geschäft nicht; wird eine entgeltliche Handlung vergolten, so ist dies ein Innominatcontract (L. 27 D. eod.); wird für eine unentgeltliche Handlung gegeben, so ist es eine gewöhnliche Schenkung. v. Bülow, zur Lehre von vergeltenden Schenkungen; in den Abhandlungen, Bd. II, S. 82 fg. — Kritz, über die Nichtigkeit des Begriffs der remuneratorischen Schenkung; in Oeffen Sammlung von Rechtsfällen ꝛc., Bd. I. Leipzig 1833, S. 1 fg.

5) A. L.R. a. a. O. §. 1170; Anh. §. 28. — A. M. Müller, über die donatio remuneratoria; in Simon, Zeitschr., Bd. I, S. 233. — Dagegen: Recht der Forder. §. 237.

6) A. L.R. a. a. O. §§. 1171—1175. — Man bemerke, daß hier die Schrift zum Nachtheil des Beschenkten den Charakter einer bloßen Form zur Begründung der Obligation hat, nicht aber zum Nachtheil des Schenkers.

Geschenks (§. 122). Die Nebenbestimmung kann als Bedingung oder auch als Auflage beigefügt sein, und zwar zum Besten entweder des Beschenkten, oder des Schenkers, oder des Dritten. 1) Bezweckt der Modus das Beste des Beschenkten, so unterscheidet sich die Schenkung von einer gewöhnlichen nur darin, daß, wenn sie ohne Verschulden des Beschenkten widerrufen wird und der Beschenkte bereits etwas zur Erfüllung des Zwecks gethan hat, was ihm nach dem Widerrufe schädlich ist, er deshalb Entschädigung fordern kann[7]). 2) Dient der Modus zum Besten des Schenkers oder eines Dritten, so ist das Geschäft ein Innominatcontract und kann nicht, wie eine Schenkung, widerrufen werden; es wird auch nicht darauf gesehen: ob der Werth des Geschenks den schätzbaren Modus übersteigt[8]), und zur giltigen Eingehung ist lediglich die nach Maßgabe des Gegenstandes und der Persönlichkeiten erforderliche Form eines lästigen Vertrags zu beobachten. Wenngleich also das Pr. R. den lästigen von dem geschenkten Theil nicht unterscheidet, sondern das Ganze nach den Grundsätzen von lästigen Geschäften behandelt, so kann es doch Fälle geben, wo diese Regel nicht angewendet wird, nemlich dann, wenn Bedingung oder Zweck im Verhältnisse zum Geschenke von so großer Geringfügigkeit sind, daß sie die reine Schenkung nur verschleiern. Wenn dieses aus den Umständen klar erhellet, so wird das ganze Geschäft in jeder Hinsicht wie eine reine Schenkung behandelt und dem Beschenkten wird nur, im Falle des Widerrufs, das, was er etwa zur Erfüllung des nicht bloß seinen Vortheil bezweckenden Modus gethan hat, nach dem höchsten Werthe vergütet[9]). 3) Die rechtliche Natur des Rechtsmittels, im Falle der Nichterfüllung des Modus, bestimmt sich danach: ob der Modus eine Bedingung oder eine Auflage ist. Die Bedingung löst das Geschäft auf

---

7) A. L.R. a. a. O. §§. 1056, 1057. Die Form der reinen Schenkung versteht sich.

8) Ebend. §. 1053. — Anders nach L. 18 pr. §§. 1, 2 D. de donat. (XXXIX, 5), wonach das Geschäft hinsichtlich dessen, was über den Modus gegeben ist, als reine Schenkung behandelt wird. Der Fall, wenn jemand verspricht, einen andern während seines Ausbildungsstadiums bei einer öffentlichen Behörde zu unterhalten oder zu unterstützen, ohne eine gesetzliche Verpflichtung zur Erziehung und Ernährung zu haben, ist eine reine Schenkung und gehört mithin nicht hierher. Pr. 1715, vom 27. Februar 1846 (Entsch. XIII, 182).

9) A. L.R. a. a. O. §§. 1054, 1055. — Die Schenkung sub modo kann mithin ungeachtet der wirklichen Erfüllung des Modus simulirt sein, was gewissermaßen dem Begriffe der Simulation widerspricht. Dieser Ausweg ist aber deshalb nöthig gewesen, weil man keine Sonderung der verschiedenen Bestandtheile bei gemischten Geschäften gestattet hat; wäre dieses, so bedürfte es einer solchen völlig unpraktischen Theorie nicht. Für die Anwendung derselben fehlt ein sicheres Criterium.

und begründet die Vindication oder die Condiction [10]; die Auflage muß actione praescriptis verbis erzwungen werden [11], doch nur durch den Schenker oder dessen Rechtsnachfolger, wenn auch ein Dritter den Vortheil genießen soll [12]. IV. Donatio ad pias causas, d. i. eine Species der Schenkung sub modo, indem sie in Zuwendungen an Anstalten, welche zu religiösen Zwecken, zur Armenunterstützung, Krankenpflege, Witwen- und Waisenversorgung, zum Unterricht u. dergl. errichtet sind, besteht. Sie erfordert zu ihrer Giltigkeit noch etwas mehr als die gewöhnliche Schenkung, nemlich die Einwilligung der zuständigen Staatsobrigkeit [13]. V. Donatio mortis causa. Der bloße Name so wie die Aussetzung der Tradition bis zum Tode verändern die Natur einer gemeinen Schenkung noch nicht, ebenso wenn eine Todesgefahr Motiv oder Bedingung war. Nur wenn der Widerruf ausdrücklich bis zum Tode vorbehalten ist, wird das Geschäft als Legat behandelt (S. 278).

§. 612.

2. Verbindlichkeit zum Contrahiren.

Darunter wird die einseitige Verbindlichkeit aus einer Willenserklärung oder nach einer Rechtsregel (§. 216) verstanden, mit einem andern auf dessen Verlangen ein Rechtsgeschäft zu schließen. Eine solche Verbindlichkeit begründet: I. das Vorkaufsrecht (§. 333); II. das pactum de mutuo dando. Das Pactum ist ein bloß vorbereitendes Geschäft und erfordert die für Consensualverträge vorgeschriebene Form [1]; durch die Annahme des Schuldscheins über den ganzen Betrag eines nicht in rechtsgiltiger Form versprochenen Darlehns und die theilweise Zahlung der darin verschriebenen Valuta wird der Darlehnsgeber zur Nachzahlung des Restes nicht verpflichtet [1a]. 1) Es verpflichtet in dem Falle, wo der Darlehnssucher sich nicht seinerseits zur Annahme des Darlehns förmlich verbindlich gemacht hat, bloß den Versprechenden einseitig, das Darlehn auf

10) L. 1, 3 C. eod. (VIII, 54); L. 2, §. 7; L. 3; L. 1 pr. D. eod.; L. 2, 3, 6, 8 C. de condict. ob causam (IV, 6).

11) L. 9, 22 C. de donat.; L. 8 C. de rerum permut. (IV, 64); L. 3 C. de contrah. emt. (IV, 38).

12) Das Pr. R. erkennt also die hier nach Analogie der Fideicommisse im R. R. geltende Ausnahme (L. 3 C. eod.) nicht an.

13) Ges. vom 13. Mai 1833 (G.S. S. 49); C.D. vom 12. Mai 1836 (G.S. S. 195); R. v. 28. Mai 1836 und C.D. vom 10. April 1836 (Jahrb. Bd. XLVII, S. 504); R. des geistl. Min. vom 9. März 1834 und Publ. vom 5. April 1834 (v. Kamptz, Annal., Bd. XVIII, S. 997).

1) A. L.R. I, 11, §§. 654, 658. — Simon, Rechtssprüche, Bd. I, S. 120. Keineswegs ist in jedem Falle die schriftliche Form erforderlich.

1a) Pr. 957, vom 12. December 1840 (Entsch. Bd. VI, S. 313).

Verlangen zu geben[2]). Der Suchende hat die Wahl: ob er auf Erfüllung klagen oder seinen etwa schon gegebenen Schuldschein zurückfordern und Schadenersatz verlangen will[3]). Gegen die Klage findet hauptsächlich der Einwand der veränderten Umstände, besonders wenn solche Veränderungen in den persönlichen oder Vermögensumständen eingetreten sind, welche die berücksichtigte Sicherheit schmälern[4]), statt. 2) Das Pactum kann auch in der Art einseitig geschlossen werden, daß der eine schuldig sein soll, das Darlehn auf Verlangen des andern zu nehmen; es kann selbst zweiseitig sein. Zur Begründung der Verbindlichkeit, ein Darlehn zu nehmen, ist dieselbe Form wie bei der dasselbe zu geben erforderlich[5]). Diese Verbindlichkeit gestattet die Klage aber nicht auf Annahme des Darlehns, sondern nur auf Entschädigung, die, wenn kein höherer Betrag nachgewiesen werden kann, auf halbjährige landübliche Zinsen des versprochenen Capitals bestimmt wird, ohne Unterschied: ob Zinsen versprochen waren oder nicht[6]). III. Das Wiederkaufsrecht[7]). Dieses besteht in der, in einem Kaufcontracte durch Nebenabrede oder durch einen besondern Vertrag begründeten Verbindlichkeit entweder des Käufers, den Gegenstand dem andern für einen geradezu oder beziehlich bestimmten Preis später wieder zu verkaufen (pactum de retrovendendo), oder des Verkäufers, dem andern wieder abzukaufen (pactum de retroëmendo). Ist es unklar, welches von beidem die Contrahenten haben verabreden wollen, so wird das pactum de retrovendendo vermuthet[8]). Nicht zu verwechseln oder zu vermischen mit dem Wiederkaufsvertrage ist die einem Kaufe beigefügte, in ihren Wirkungen und Folgen von jenem durchaus verschiedene Verabredung, daß, wenn der eine oder andere das Empfangene zurückgeben wolle, der Kauf aufgehoben sein solle (potestative Resolutivbedingung)[9]). 1) Der Käufer wird durch das Pac-

2) A. L.R. a. a. O. §. 654. — Nach R. R. ist es in allen Fällen einseitig, weil der Zwang auf der Seite des Suchenden keinen Erfolg haben würde, indem er sogleich wieder Zahlung leisten könnte.

3) Ebend. §. 655. — Die L. 68 D. de verb. obl. (XLV, 1) gestattet, im Falle stattgefundener Stipulation, nur die Interessenforderung.

4) A. L.R. a. a. O. §. 657. — S. oben §. 568, III.

5) A. L.R. a. a. O. §. 658. Auch hier ist nur bei Summen über 50 Thaler die schriftliche Form nöthig.

6) Ebend. §§. 659, 660. — Das Interesse kann in der Gefahr der Aufbewahrung bestehen. Vergl. die Note 2.

7) A. L.R. I, 11, §§. 296—328. — Wilhelm Müller, civilistische Abhandlungen. Gießen 1833, Nr. I. — Leyser, Meditat. ad Pand., sp. 191. — Kommt in den Quellen des R. R. nicht vor. Recht der Ford. §. 246.

8) A. L.R. a. a. O. §. 327. Ist interpretatio voluntatis.

9) L. 7 C. de pact. inter emtor. et vendit. (IV, 54). Die im §. 297

tum in seinem Eigenthums- und Verfügungsrechte nicht beschränkt; er haftet dem andern nur obligatorisch für das Interesse, und dieser hat gegen Dritte kein Recht [10]). Die Obligation ist, ohne desfallsige Verabredung, activ nicht vererblich und nicht cessibel (§. 527, Nr. 3, g); die passive Vererbung ist unbestritten [11]). Mehrere Berechtigte oder mehrere Erben des Berechtigten können nur in Gemeinschaft das Wiederkaufsrecht ausüben [12]), zu den Erben gehören aber in dieser Beziehung nur die Substanzerben und die auf den Nießbrauch Gerufenen nehmen nicht Theil [12a]); von mehreren Verpflichteten ist derjenige, welcher im Besitze der Sache ist, in Anspruch zu nehmen. 2) Folgende Umstände geben einzeln die Vermuthung, daß der Wiederkaufsvertrag simulirt sei, um ein wucherliches oder sonst anderes, namentlich ein Darlehnsgeschäft darunter zu verstecken: a) Wenn der Kaufs- und Wiederverkaufspreis beträchtlich verschieden sind, mag der Wiederverkaufspreis höher oder niedriger sein; b) wenn bei einer fruchttragenden oder nutzbaren Sache beide Preise in Vergleich zu dem wahren Werthe sehr niedrig bestimmt sind, zugleich aber die Zeit des Wiederkaufs ungewöhnlich kurz bestimmt ist [13]). 3) Der Wiederkäufer hat folgende Obliegenheiten: a) Er muß den Verpflichteten zum Rückverkauf, oder, wenn eine bloße Aufhebung des alten Kaufs verabredet worden ist, zur Rückgabe der Sache auffordern. Im erstern Falle hat er die Zahlung gegen Uebergabe der Sache zu leisten, im andern Falle hingegen sogleich bei der Aufforderung reell anzubieten [14]). Enthält der Wiederkaufsvertrag keine Bestimmung des künftigen Kaufpreises, so ist die Verabredung kein wahrer Wiederkaufsvertrag, sondern die Beifügung einer Resolutivbedingung, und es versteht sich dann der

a. a. O. getroffene Bestimmung beruhet auf dieser Vermischung; bei dem in Folge eines Wiederkaufsrechts geschlossenen Kaufe kommt auf die Früchte und Nutzungen in der Zwischenzeit gar nichts an. Neuere nennen diese Verabredung der Bedingung ein verbis resolutivis geschlossenes pactum de retrovendendo.

10) A. L.R. a. a. O. §§. 264, 265. — Cocceji, jur. civ. controv., L. XVIII, tit. 1, qu. 36. — Overbeck, Meditat., Bd. III, Nr. 180. — Carpzov, Jur. for., P. II, const. 1, def. 17, no. 3.

11) L. 2 C. de pact. inter emtor. et venditor. (IV, 54).

12) Weil es untheilbar, L. 78, §. 2 D. de contrah. emt. (XVIII, 1), und nach Pr. R. auch wegen der Gemeinschaft. A. L.R. a. a. O. §. 320. — S. oben §. 517.

12a) Angenommen von dem III. S. des Obertrib. am 16. März 1849, in Sachen Aschmann c. Sturies, $^{755}/_{3019}$ III, 48.

13) A. L.R. a. a. O. §§. 321—326. Die Bedingung der Kürze der Zeit paßt zu b nicht; sie gehört zu a oder begründet für sich allein eine Vermuthung, wie andere Rechte in der That annehmen. Vergl. Reichspol.Ordn. von 1548, Tit. 17, §§. 1 u. 7. — c. 5 X. de emt. (III, 17); c. 4 X. de pignor. (III, 21).

14) A. L.R. a. a. O. §. 308. Beide Fälle sind hier wieder vermischt.

alte Kaufpreis von selbst[15]). b) Er muß dem Wiederverkäufer die Verwendungen nach Verschiedenheit der Fälle erstatten. Wenn der Kaufpreis beziehlich in der Art verabredet worden ist, daß er zur Zeit des Wiederkaufs durch Dritte (Taxe) bestimmt werden soll, so kommt nichts auf die Verwendungen an, weil dann der Zustand der Sache schon bei der Preisbestimmung berücksichtigt wird. Ist dagegen der Preis schon in dem Wiederkaufsvertrage voraus bestimmt, oder der frühere Kaufpreis zu erstatten; so ist dabei der damalige Zustand der Sache berücksichtigt, und es kommen folgerecht die Verbesserungen wie die Verschlimmerungen in Betracht. Für diesen Fall nun gelten folgende Regeln: aa) Für Lasten und Unterhaltungskosten hat der Wiederverkäufer nichts zu fordern[16]), mit Ausnahme der Kosten für Wiederherstellung der durch Unglücksfälle, z. E. Brand, beschädigten Sache: von solchen Kosten soll der Wiederkäufer soviel erstatten, um wieviel sie die Einkünfte des Jahres, in welchem das Unglück sich ereignet, nach Abzug der sonst zur wirthschaftlichen Benutzung der Sache erforderlich gewesenen Kosten übersteigen[17]). bb) Nützliche Verwendungen, selbst wenn sie von Dritten zu Gunsten des Wiederverkäufers gemacht sind, müssen soweit, als die dafür gemachten Erwerbungen, Erweiterungen oder Einrichtungen zur Zeit des Wiederkaufs noch vorhanden sind und dem Wiederkäufer zukommen, ersetzt werden. cc) Zufällige oder natürliche Verbesserungen durch An- und Zuwüchse sind nicht zu vergüten[18]). dd) Die von dem Wiederverkäufer auf die Erwerbung verwendeten Kosten, z. E. Notariatsgebühren, Stempel, Laudemien, sind nicht zu erstatten[19]), und die Kosten des neuen Wiederkaufscontracts hat der Wiederkäufer allein zu tragen[20]). 4) Der Wiederverkäufer hat auf Verlangen des Berechtigten den neuen Kaufcontract mit ihm abzuschließen und auf Grund desselben, oder wenn der Fall so ist, daß der bloße Widerruf des alten Contracts genügt, auf die ergehende

15) Ebend. §. 296. Vergl. oben §. 231, II, 1, b. — Ist eine Münzveränderung dazwischen gekommen, so gelten die allgemeinen Grundsätze. §. 307. S. oben §. 457.

16) A. L.R. I, 11, §. 306. — Leyser, sp. 191, m. 13. — Müller ad Leyser., obs. 394.

17) A. L.R. a. a. O. §. 307. — Die Meinungen darüber widersprechen sich. Die Entscheidung des A. L.R. trifft nicht das Rechte. Recht der Forder. §. 248, Nr. 2, a.

18) A. L.R. a. a. O. §§. 303—305, 108. — L. 7 D. de periculo et commodo (XVIII, 6).

19) Auch hierüber sind die Meinungen verschieden. Recht der Ford. §. 248, Note 13.

20) A. L.R. a. a. O. §. 310. — Ist positive Bestimmung; nach Rechtsgrundsätzen müßte jeder Theil seine eigenen Kosten tragen.

Aufforderung die Sache mit Zubehör, jedoch nur gegen Zahlung des Preises und der Verbesserungskosten, zu übergeben[21]). Hat er sich dazu durch Vorsatz oder grobes Versehen außer Stand gesetzt, so hat er das ganze Interesse zu erstatten; Unmöglichkeit in Folge des Zufalls oder eines geringen oder mäßigen Versehens hebt die Verbindlichkeit ganz auf[22]). Ob Verschlimmerungen zu ersetzen sind, hängt davon ab: ob der Preis schon voraus auf eine bestimmte Summe verabredet ist. Wird erst zur Zeit der Ausübung des Wiederkaufs der Preis nach dem damaligen Stande durch Dritte (Taxe) bestimmt, so fällt die Frage weg. Andernfalls muß der Wiederverkäufer die durch Verkauf einzelner Theile oder Pertinentien, oder durch ein auch nur geringes Versehen verursachten Verschlechterungen vergüten[23]). 5) Die Obligation erlischt: a) durch Ablauf der bestimmten Zeit[24]); b) durch den Tod des Berechtigten, wenn keine Zeit zur Ausübung bestimmt ist[25]); c) durch Verjährung, wenn keine Zeit bestimmt und das Recht nicht vererblich ist; denn ist die Ausübung zu allen Zeiten vorbehalten oder sonst ausdrücklich auch für die Erben ausbedungen, so gilt keine Verjährung[26]). Außerdem erlischt das Recht durch eine 30jährige Verjährung, welche von da anfängt, wo das Recht ausgeübt werden konnte. Dieses ist bei dem wirklichen pactum de retrovendendo der Tag der Uebergabe oder, wenn diese schon vor der Abschließung des Kaufcontracts geschehen war, der Tag der Vollziehung desselben; bei der Verabredung einer bloßen Aufhebung hingegen der Augenblick nach der Abschließung des Contracts[27]). d) Durch zufällige oder aus geringem oder mäßigem Versehen des Verpflichteten verursachte Unmöglichkeit ([22]).

III. Das Darlehn.

A. L.R. I, 11, §§. 653—868. — Recht der Forderungen, §§. 252—257. — Aus der gemeinrechtlichen Literatur sind vorzugsweise belehrend: Donellus, Commentar. de jur. civ., Lib. XIV, cap. I; Cujacius, Recitat. ad

21) Ebend. §§. 297, 105—107. — Cocceji l. c. XVIII, 5, qu. 43.

22) A. L.R. a. a. O. §§. 301, 302. Daß auch das mäßige Versehen freimachen soll, ist eine Anomalie. Vergl. I, 6, §. 13.

23) A. L.R. a. a. O. §§. 298—300. — Versäumung des nach den Regeln einer ordentlichen Wirthschaft schuldigen und möglichen Ersatzes des Abganges aus dem Zuwachs ist ein vertretbares Versehen. §. 303 das.

24) A. L.R. a. a. O. §. 314.

25) Ebend. §. 316. War streitig.

26) Ebend. §. 317. Dadurch ist eine von drei verschiedenen Meinungen der gemeinrechtlichen Civilisten angenommen. Recht der Ford. §. 250.

27) Man ist darüber nicht einig; das A. L.R. hat keine besondere Bestimmung. Recht der Ford. §. 250 a. E.

L. 1—22 D. de rebus creditis (in Opp. posthum. T. IV, P. I); dann die Schriften von Alciat, Janus a Costa, Merill und Goeddaeus über den Pandektentitel de rebus creditis.

§. 615.

1. Begriff und Eingehung.

I. Darlehn (mutuum, mutui datio, res credita) ist das Hingeben einer Menge vertretbarer (fungibler) Sachen (§. 87) zum Gebrauche mit dem Bedinge der Zurückgabe in derselben Gattung und Menge. 1) Von dem Leihcontracte (Commodate) unterscheidet es sich dadurch, daß bei dem letztern auf die Species gesehen wird und der Gebrauch nothwendig unentgeltlich gestattet werden muß, welches letztere zwar auch bei dem Darlehne vorkommen kann, doch nicht muß. In Folge der ersten Eigenthümlichkeit des Darlehns wird der Darlehnsnehmer Eigenthümer der ihm gegebenen Sachen[1]), und nach der zweiten unterscheidet man unverzinsliche und verzinsliche Darlehen. Die ersteren gehören, wenn der Darlehnsgeber nicht ein Interesse bei der sichern Unterbringung seiner Sachen hat, zu den wohlthätigen Geschäften im weitern Sinne (§. 607); die letzteren zur Classe der Miethsverträge. 2) Nach den Arten der zum Darlehn gegebenen Sachen unterscheidet das Pr. R. eigentliche und uneigentliche Darlehen. Ein eigentliches Darlehn wird es genannt, wenn gangbare Geldmünzen, Papiergeld und geldwerthe, auf jeden Inhaber lautende, unter besonderer Staatsautorität in Umlauf gesetzte Instrumente über Geldsummen gegeben werden; uneigentliches heißt es, wenn das Geschäft in andern fungiblen Sachen gemacht ist[2]). Der Unterschied ist bloß nominell. Es wird aber ein eigentliches Darlehn dadurch nicht zu Stande gebracht, daß statt baaren Geldes andre fungible Sachen, namentlich öffentliche Geldpapiere, gleichsam in Zahlung nach dem Nennwerthe gegeben werden, es ist verboten, sich dabei die baare Zurückzahlung nach dem Nominalwerthe auszubedingen; der Geber kann nur den zur Zeit der Eingehung des Geschäfts gangbaren Curs zurückfordern[2a]). Die Praxis hat angenommen, daß diesem Falle der Fall gleichstehe und für verboten gelte, wo dem Gläubiger das Recht eingeräumt worden, die Zurückforderung der statt baaren Geldes gegebenen Papiere in den dargeliehenen Papieren nach dem Nominal-

1) A. L.R. I, 11, §. 661. — L. 1, §. 2 D. de oblig. et act. (XLIV, 7); Pr. J. quibus modis re contrahitur obligatio (III, 15).

2) A. L.R. a. a. O. §§. 653, 853. — Vergl. II, 8, §§. 1184, 1185.

2a) Declaration der V. vom 14. Juni 1810, vom 4. April 1811 (G.S. S. 169).

werthe zu fordern[2b]). Um den Satz juristisch zu finden, muß vorausgesetzt werden, daß bei Eingehung des Geschäfts die Absicht auf ein eigentliches (Geld-) Darlehn gegangen ist und der Schuldner die Papiere dazu erhalten hat, um sie auf Gefahr des Gläubigers zu verwerthen und das dafür empfangene Geld als Darlehn zu nehmen. Ist aber die Absicht dahin gegangen, daß der Schuldner die Papiere als solche zum Darlehn empfangen solle, so muß es, ebenso als wenn er Weizen leihet, erlaubt sein, solche in gleicher Art und Menge zurückzufordern. Zweifelhaft ist es, ob dadurch allein, daß bei einem Darlehn in Pfandbriefen oder in andern geldwerthen, auf den Inhaber lautenden, mit Zinscoupons versehenen Papieren, zugleich die Coupons ausgehändigt worden, eine Verpflichtung des Darlehnsempfängers, bei Erstattung des Capitals in Papieren gleicher Art auch die Coupons seit dem Tage des Empfanges zurückzugewähren, oder deren Geldbetrag zu vergüten, schon begründet werde[2c]). II. Eingegangen wird das Darlehn durch die Handlung des Gebens und Nehmens in der entsprechenden Absicht[3]). Kommt daneben eine schriftliche[3a]) Verabredung vor, durch welche der Em-

2b) Pr. des Obertrib. 1292, vom 15. April 1843.

2c) Das Obertrib. hat es nach seinem Pr. 1916, vom 4. October 1847 (Entsch. Bd. XV, S. 160) gegen den Ausspruch des Appellationssenats zu Berlin verneint, aus nicht überzeugenden Gründen. Die Zinscoupons seien nicht, wie der App.R. meint, als Gegenstände des Darlehns neben den Pfandbr. zu betrachten, die deshalb auch wieder mit zurückgegeben werden müßten, sondern sie seien Bedingung des Verbrauchs der Pfandbriefe. „Er (der Darlehnsnehmer) muß sie erhalten, um die Pfandbriefe den Zwecken eines Darlehns gemäß benutzen zu können." Das ist aber thatsächlich unwahr; man kann Pfandbriefe *ohne Coupons* in ausgemünztes Geld umsetzen und solchergestalt verbrauchen, nur erhält man dafür weniger als für Pfandbriefe *mit* Coupons. Man kann selbst die Coupons allein, ohne den Pfandbrief, als Darlehn geben; sie sind gleichfalls zu verwechseln, auch wenn sie erst künftig fällig werden. Nach der Jurisprudenz des Obertrib. müßte also wohl jemand, der bloße Coupons dargeliehen hätte, gar keinen Anspruch auf Rückzahlung haben! Der Grund des Appellationsrichters, daß der Darlehnsnehmer nicht soviel, als er empfangen, wiedergeben würde, wenn er nicht zugleich die mitempfangenen Coupons zurückerstattete, juristisch und schlagend, ist durch die Worte des Obertrib. gar nicht widerlegt. Eigentlich sollten dergleichen Geldpapiere nicht Gegenstand eines Darlehns sein können; denn sie sind fruchttragende Sachen, auf welche die Lehre von Zinsen unanwendbar ist.

3) A. L.R. §§. 653, 661, 727, 757 d. T. Daran knüpft sich die bei hypothekarischen Schuldverschreibungen praktisch wichtige Folge, daß die Schuldverschreibung gar keine Verbindlichkeit begründet und daß die auf Grund einer solchen Verschreibung erfolgte Eintragung ungiltig ist, insoweit keine Valuta darauf gezahlt worden. Daher kann der Cessionar, welcher dies weiß, kein Recht erwerben, und ihm kann, da es lediglich auf die Thatsache des Wissens (Dolus) ankommt, der Einwand, daß ihm solches vor der Cession kundgegeben worden, mit Erfolg entgegengesetzt werden, auch wenn der Schuldner nicht den Einwand der nicht erhaltenen Valuta im Hypothekenbuche hat vermerken lassen. Pr. des Obertrib. v. 12. Decbr. 1848 in Sachen Gerver w. Gast, $^{497}/_{1980}$ III, 48, und Pr. vom 20. Februar 1849 (Entsch. Bd. XVII, S. 270).

3a) Die mündliche Verabredung gilt schon wegen ihrer Form nicht.

pfänger eine höhere Summe als die empfangene zurückzuzahlen verspricht, so gilt der Contract doch nur auf den Betrag der wirklich gegebenen Summe[4]), es sei denn, daß die versprochene höhere Summe von der gegebenen unterschieden und als Zinse ausbedungen worden, auch nicht den Wuchergesetzen zuwider wäre[5]). (S. das Nähere o. §. 458). Lautet die Verschreibung über ein baares Darlehn, während eine Forderung in Zahlung auf die Valuta cedirt worden ist, oder ein aus einer s. g. Geschäftsverbindung verbliebener Saldo zum Grunde liegt, so ist das Geschäft kein Darlehn und die dafür bestellte Hypothek ist ungiltig[5a]). In dem erstern Falle kommt es auf das der Cession zum Grunde liegende Rechtsgeschäft an, und in dem andern auf die Abrechnung und den Grund der darin enthaltenen Positionen; die Novation, wenn eine solche der Darlehnsverschreibung vorausgegangen wäre, würde nur mündlich verabredet sein, folglich nichts gelten, da die Novation wesentlich ein formelles Rechtsgeschäft ist.

§. 614.

2. Erfordernisse.

Der verbindlichmachende Grund (causa efficiens) ist wesentlich die Verschaffung des Eigenthums; ohne diese entsteht keine Darlehnsobligation[6]). Unter dieser Voraussetzung aber kann in fast allen Arten beweglicher Sachen ein Darlehn contrahirt werden, es ist durchaus nicht nothwendig, daß der Gegenstand verbrauchbare (§. 87) Sachen seien. Um ein giltiges Darlehn zu schließen, ist erforderlich: I. In der Person des Gläubigers: 1) Er muß Eigenthümer der Sachen sein[7]). Der Mangel des Eigenthums wird ersetzt: a) durch Verjährung, b) durch Verbrauch und c) durch Untergang der Unterscheidbarkeit (Vermischung, commixtio), vorausgesetzt daß der Empfänger in gutem Glauben ist. So lange der Mangel nicht gehoben ist, kann der Eigenthümer vindiciren oder, wenn die Sachen verbraucht oder vermischt sind, und der Em-

4) A. L.R. I, 11, §§. 733, 740. — L. 11, §. 1 D. de reb. cred. (XII, 1); L. 17 pr. D. de pactis (II, 14).

5) Doch hat dieser Theil der verschriebenen Summe immer nicht die Eigenschaften des Capitals. A. L.R. a. a. O. §§. 815—818. — L. 11, §. 1 D. de reb. cred. (XII, 1).

5a) Angen. in der Sache Gerver w. Gast (s. Note 3) und in der Sache Berstorf w. Abt, $^{713}/_{2853}$ III, 48, v. III. S. des Obertrib. am 2. Febr. 1849.

6) A. L.R. a. a. O. §. 661. — L. 2, §. 2 D. de reb. cred. (XII, 1); Pr. J. quibus mod. re (III, 15); §. 2 J. quib. alienare (II, 8). — §. 613, Note 2a.

7) A. L.R. a. a. O. §. 661, 662. — L. 2, §. 4; L. 16 D. eod.

pfänger wissentlich fremde Sachen nahm, von ihm als von einem fictus possessor mit derselben Klage den Werth nebst Zinsen seit dem Tage des Empfangs fordern [8]). War der Empfänger in gutem Glauben, so wird eine Darlehnsobligation angenommen, und der Geber gilt so lange für den Gläubiger, bis der Eigenthümer sich findet und dem Schuldner die Zahlung an den Geber gerichtlich untersagen läßt. Sind in diesem Falle die Sachen nicht mehr vorhanden oder nicht unterscheidbar, so tritt er, wenn er will, von selbst (ipso jure) als Gläubiger in die Darlehnsobligation [9]); will er nicht [10]), so kann er den Werth seiner Sachen condiciren oder actione in factum fordern. 2) Er muß verfügungsfähig sein, sonst gelten die vorigen Grundsätze [11]). 3) Er muß dem Empfänger die Sachen in der Absicht geben, ihn zum Eigenthümer derselben zu machen. Die Ueberlieferung muß nicht gerade aus Hand in Hand geschehen, vielmehr kommen auch hier die verschiedenen Arten der Besitzübertragung zur Anwendung. Folgende Fälle können eintreten: a) Ein Dritter gibt α) in seinem eigenen Namen die dem Darlehnsgeber gehörigen Sachen: dann nimmt das Verhältnis die so eben (Nr. 1) erwähnte Gestalt an [12]); β) im Namen des Darleihers und zwar αα) dessen Sachen: dann wird dieser, wenn er aufgetragen hat oder genehmigt, ohne Umstände Darlehnsgläubiger [13]); ββ) seine eigenen Sachen: dann wird gleichwohl derjenige, auf dessen Namen gegeben ist, Gläubiger [14]); doch soll der Geber sich in der Folge dennoch selbst, durch seine eigene Erklärung, zum Gläubiger machen können, indem die unter Nr. 1 gedachten Grundsätze

8) A. L.R. a. a. O. §. 662, 663, 665. — L. 12; L. 13 pr., §. 1; L. 19, §. 1; L. 11 §. 2 D. eod.

9) A. L.R. a. a. O. §§. 665—668. — Neu ist, daß ohne Wissen und Willen des Eigenthümers ihm eine Obligation erworben wird.

10) Man muß annehmen, daß ihm das freisteht, denn er soll zugleich in die von dem Geber verabredeten, wenngleich sehr lästigen, Bedingungen eintreten. A. L.R. a. a. O. §§. 667, 668. Wird so die Bestimmung verstanden, so mildert sich die Anomalie (s. die vor. Note), indem die Erwerbung auf den Willen des Eigenthümers vermittelst der zurückwirkenden Genehmigung bezogen werden könnte.

11) A. L.R. a. a. O. §§. 662, 674. — §. 2 J. quibus alienare (II, 8); L. 17, 19, §. 1; L. 12 D. de rebus creditis (XII, 1).

12) Nach R. R. erwirbt hier der Eigenthümer keine mutui obligatio, weil der animus fehlt. L. 7 C. de reb. cred. (IV, 1).

13) Weil das Darlehn wesentlich re contrahirt und dadurch mit dem Eigenthümer, wenn er will, in Verbindung gebracht wird. L. 2, §. 4; L. 9, §. 8; L. 15 D. eod.

14) A. L.R. a. a. O. §. 671. — Beruht auf den Regeln vom constitutum possessorium und auf dem Grundsatze von der Erwerbung durch freie Stellvertreter. Die röm. Rechtsquellen stellen diesen Fall noch in seinem Entwickelungsstadium dar, daher der darin ausgedrückte Zweifel. L. 2, §. 4; L. 15 D. eod.; L. 34 pr. D. mandati (XVII, 1).

zur Anwendung kommen sollen[15]). b) Es wird nichts gegeben, sondern der Empfänger soll das, was er aus einem andern Titel schon hat, auf das Darlehn behalten. α) Ist solches Eigenthum des Darleihers, z. E. Depositum, so wird das Darlehn durch bloße Willenserklärung vollzogen[16]). β) Ist der Gegenstand des Darlehns noch nicht im Eigenthume dessen, der das Darlehn geben will, wie z. E. wenn ihm der Darlehnssucher Sachen der Gattung, in welchen das Darlehn gemacht werden soll, schuldig ist: so kann nach Pr. R. das Darlehn nicht durch bloße Willenserklärung zu Stande kommen[17]). 4) Er muß ein Darlehn schließen wollen[18]). II. In der Person des Schuldners: 1) Er muß die Sachen empfangen und Eigenthümer davon werden; 2) er muß verfügungsfähig sein[19]); 3) er muß nicht gesetzlich unfähig sein, Darlehen aufzunehmen. Dazu unfähig sind folgende: a) Prinzen und Prinzessinnen, welche durch Geburt oder Heirath zum königlichen Hause gehören, so lange ihnen die Einwilligung des Regenten fehlt, nicht auch Prinzessinnen, welche durch Heirath in eine andere Familie übergegangen sind[20]); b) active Subalternofficiere (Lieutenants) ohne vorher ertheilte schriftliche Einwilligung ihres Regimentscommandeurs. Deren unconsentirte Anleihen begründen jedoch nur für den Geber keine Obligation, vielmehr tritt in dessen Stelle ipso jure der Fiscus[21]). Deshalb kann der Geber weder den Schuldner liberiren noch durch späteres Anerkenntnis seitens des Empfängers die Forderung erwerben und dem Fiscus entziehen[22]).

15) A. L.R. a. a. O. §. 673. — Diese Satzung ist juristisch nicht zu erklären.

16) A. L.R. I, 14, §§. 83, 84. — L. 9, §. 9; L. 10 D. de reb. cred. (XII, 1).

17) A. L.R. I, 11, §§. 712, 866—868. — Anders nach L. 15, 11 pr. D. eod.; L. 8 C. eod.; L. 3, §. 3 D. ad S. C. Maced. (XIV, 6). Dabei ist keine Novation. — Die L. 34 D. mandati (XVII, 1) berichtet altes Recht.

18) L. 11, §. 1 D. de reb. cred. (XII, 1); L. 17 pr. D. de pact. (II, 14).

19) A. L.R. a. a. O. §. 674; I, 5, §§. 9 ff. — L. 10 i. f.; L. 12 D. de pactis (II, 14); L. 13, §. 1 D. de cond. ind. (XII, 6); L. 4, §. 4 D. de doli mali except. (XLIV, 4).

20) A. L.R. a. a. O. §§. 676, 677. — Ed. v. 15. Juli 1769 (N. C. C. de 1769 Col. 5595).

21) A. L.R. a. a. O. §§. 678—699. — G.O. v. 27. Juli 1825 (G.S. S. 188). — R. v. 29. Novbr. 1809 (Rabe, Bd. X, S. 194; Mathis, Bd. VIII, S. 507). Wenn Sachen auf Credit gegeben worden sind, so hat zwar der Geber auch kein Klagrecht, allein die creditirte Summe verfällt nicht dem Fiscus. Pr. 327 v. 4. Septbr. 1837 (Entsch. II, 360).

22) Man ist darüber nicht einig. S. Concl. der Ges.Commiss. v. 30. April 1793 (Rabe, Bd. II, S. 429); Recht der Ford. §. 252, Bd. III, S. 273 ff. Die Fassung des §. 684: „so ist der Darlehnsvertrag null und nichtig, der Gläubiger hat niemals die geringste Wiederbezahlung zu hoffen; und das wirklich Gegebene fällt, zur Strafe, dem Fiscus unwiderruflich anheim," — diese Fassung

Ausgenommen von dieſer Verordnung ſind: aa) Wechſel über das bei Aſſociationen bei der Militärwitwencaſſe geſtundete Antrittsgeld[23]; bb) Anleihen der Compagnie- und Escadronchefs (aber nicht der bloßen ſ. g. Führer und auch nicht der aggregirten Hauptleute), und die Anleihen der zum Unterſtabe gehörigen Perſonen (Militärbeamte); doch ſtehen dergleichen unconſentirte Darlehnsſchulden den conſentirten in den Gehaltsabzügen nach[24]; cc) eingetragene oder ſolche Schulden, wofür fällige oder im nächſten Termine fällig werdende Einkünfte von Grundſtücken und Präbenden, Zinſen von Capitalien und andere jährliche, nicht zu den Dienſteinkünften gehörige Hebungen, ſogleich bei Abſchließung des Geſchäfts angewieſen oder verpfändet worden ſind, wogegen Verfügungen über ſpäter fällig werdende Hebungen in jeder Form für Umgehung des Verbots angeſehen werden[25]; dd) Darlehen, welche ausdrücklich zu Dienſtausgaben gegeben und dazu wirklich verwendet worden

geſtattet zwei Auffaſſungen des Rechtsverhältniſſes. Nach der einen, die hier für die richtige gehalten wird, tritt der Fiscus ipso jure in das Darlehnsforderungsrecht des Gläubigers, gleich einem Ceſſionar. Gründe für die Auffaſſung ſind ihr juriſtiſcher Charakter und die Faſſung der Declar. v. 27. Juli 1825 (Note 21), „wonach zur Zurückforderung des Gegebenen (ohne wucherliche Erhöhung) der Fiscus, ſtatt des urſprünglichen Gläubigers, berechtigt ſein ſoll." Dann iſt die Beſtimmung des §. 684: „ſo iſt der Darlehnsvertrag null und nichtig" auf das Verhältnis des Gebers zu beziehen, in deſſen Stelle eben der Fiscus tritt, und es können alle acceſſoriſchen Rechte aus dem Darlehnscontracte von dem Fiscus geltend gemacht werden, denn die Darlehnsklage geht nie auf wucherliche Erhöhungen, ſondern immer nur auf „das wirklich Gegebene." Nach der andern Auffaſſung iſt gar kein Darlehnscontract juriſtiſch vorhanden, das Geben iſt auf Seiten des Gebers ein datum ob turpem causam, und daher hat der Fiscus die condictio ob turpem causam, A. L.R. I, 16, §. 205 u. 206. Als Grund dafür gibt man die Worte des §. 684: „ſo iſt der Darlehnsvertrag null und nichtig," die aber auch, wie geſagt, auf das Verhältnis des Gebers bezogen werden können. Dagegen ſpricht überdies, daß man für die turpis causa eine Fiction zu Hilfe nehmen muß. Bei dieſer Auffaſſung kann der Fiscus die acceſſoriſchen Rechte nicht geltend machen, namentlich nicht die Zinſen ex stipulatu fordern. — Das Verhältnis zwiſchen dem Geber und dem Fiscus iſt das der Singularſucceſſion. Hat der Geber Rückzahlung in Empfang genommen, ſo iſt er Beſorger eines Geſchäfts des Fiscus. Der Fiscus hat die Wahl: ob er die Geſchäftsführung gut heißen will oder nicht. Genehmigt er ſolche, ſo iſt der Schuldner liberirt und der negotiorum gestor muß Rechenſchaft geben; genehmigt er nicht, ſo muß der Schuldner noch einmal bezahlen und kann ſich an den Zahlungsnehmer condictione causa data halten. Die Deutung, wonach der Fiscus nichts haben ſoll, wenn der Geber das Darlehn bereits wieder eingezogen hat, iſt unjuriſtiſch. — Das Obertrib. hat nach dem Pr. 1737 v. 8. April 1846 angenommen, daß ein, nach dem Ausſcheiden des Schuldners aus dem Militärdienſt, der Vorſchrift I, 5, §. 37 des A. L.R. gemäß erfolgtes, Anerkenntnis den Anſpruch des Fiscus aufhebe. Das widerſpricht allen möglichen Auffaſſungen des Rechtsverhältniſſes.

23) G.O. v. 3. Januar 1816 (G.S. S. 93). Hier iſt gar kein Darlehn.

24) A. L.R. I, 11, §§. 685, 698. Früher ſ. g. Stabscapitäns ſind nicht mehr.

25) A. L.R. a. a. O. §. 688. — Entſch. der Geſ.Commiſſ. v. 6. Juni u. 26. Decbr. 1789 (N. C. C. Tom. VIII, Col. 2847).

sind, vorausgesetzt daß es unmöglich gewesen, den erforderlichen Consens vorher zu erlangen und daß der Regimentscommandeur sogleich, nachdem der Vorschuß gemacht worden und der Geber zur mündlichen oder schriftlichen Angehung des Commandeurs Gelegenheit gehabt, Anzeige erhalten hat[26]). c) Porteépéefähnriche[27]), Unterofficiere, gemeine Soldaten und die Ehefrauen aller dieser Personen, ohne schriftliche Einwilligung ihres Compagnie- oder Escadronchefs[28]); der bloß auf Uebernahme einer Bürgschaft gerichtete Consens ermächtigt nicht zur Uebernahme einer selbstschuldnerischen Verpflichtung[28a]). d) Die bei den königlichen Sang- und Schauspielen, bei der Hofcapelle, bei den Schauspielen oder der Capelle der Königin angestellten Personen, welche jedoch nur in soweit unfähig sind, als gegen sie, so lange sie im Dienste sind, keine persönliche Klage statthaft ist; Pfand- und Hypothekenklagen und die persönliche Klage gegen die Erben des im Dienste sterbenden Schuldners sind unbenommen[29]). — Ob durch diese Beschränkungen ein Vortheil oder ein Nachtheil der genannten Personen bezweckt wird, weiß man nicht[30]). e) Studirende unter gewissen Voraussetzungen[31]). 4) Er muß sich in der Person des Darleihers nicht irren, sonst mangelt der Consens; der Geber hat dann statt der Darlehnsklage die condictio ob causam datorum (die s. g. condictio Juventiana)[32]).

§. 615.

3. Verbindlichkeiten.

I. Die Obligation aus dem Darlehne ist streng einseitig, der Geber hat gar keine Verbindlichkeit. Der Schuldner ist verbunden, das Empfangene in derselben Gattung, Güte und Menge zurückzuzahlen, wobei er bis zur Zahlung die Gefahr trägt[1]), weil er debitor generis ist (§. 453). Nebenbestimmungen, welche von den

26) A. L.R. a. a. O. §§. 690, 691. — Das Anerkenntnis des Schuldners beweist hier nicht zum Nachtheil des Fiscus.

27) Entsch. des Obertrib. Bd. II, S. 360 ff.; Bd. IV, S. 93 ff.

28) A. L.R. a. a. O. §. 700, welcher durch die neue Verfassung nicht verändert ist. Vergl. die Verordn. vom 18. März 1811 (G.S. S. 5). Pr. 1869[a], s. die folg. Note.

28[a]) Präj. des Obertrib. 1869 v. 10. Mai 1847 (Entsch. Bd. XV, S. 167).

29) A. L.R. a. a. O. §§. 704—706; Anh. §. 24; R. v. 7. Aug. 1797 (Rabe IV, 225).

30) Gans, Beiträge, S. 480 flg. — Wie es scheint, ist dabei auf die Parteien gar nicht, sondern auf den Vortheil eines Dritten gesehen.

31) A. L.R. II, 12, §§. 99—109; Anh. §. 143.

32) L. 32; L. 18, §. 1 D. de rebus creditis (XII, 1). (3. A.) Der Name ist neuere Erfindung, Glück XII, 25; XIII, 200. S. aber v. Savigny, System, III, 271.

1) L. 9, §. 9; L. 11 pr., §. 1 D. eodem. S. o. §. 453.

gesetzlichen Modalitäten über Zeit (§. 749), Ort (§. 480) abweichen, erfordern, ohne Unterschied der Summe, zu ihrer Rechtsverbindlichkeit die schriftliche Form; der Gläubiger wird zur Festhaltung solcher Zahlungsmodalitäten durch den Inhalt des Schuldscheins und die stillschweigende Annahme desselben ebenfalls verpflichtet, ohne daß hierzu auch seinerseits eine ausdrückliche und schriftliche Erklärung erforderlich ist[2]). Der Gläubiger hat aus diesem Contracte die s. g. condictio ex mutuo, richtiger condictio certi crediti, welche auf Capital, Interesse und Verzugszinsen geht, weil sie, wiewohl ursprünglich stricti juris[3]), durch die deutsche Gesetzgebung in eine bonae fidei actio verwandelt worden ist, in welcher Gestalt sie sich im Pr. R. wiederfindet[4]). Vorbedungene Zinsen können mit dieser Klage nicht gefordert werden (§. 461), in der Anwendung werden aber beide Klagrechte cumulirt. II. Die gemeinrechtliche exceptio non numeratae pecuniae, die sich auf den Fall bezog, wo der Realcontract mit einer formellen Obligation zusammentraf und die letztere auf eine höhere Summe lautete, als gegeben worden war[5]), ist im Pr. R. wesentlich dadurch beseitigt, daß eine formelle Obligation mit dem Realcontracte in der Regel nicht zusammentreffen kann. Der bei dem Darlehn vorkommende Schuldschein begründet nemlich keine Obligation, er ist — abgesehen von gewissen Nebenbestimmungen — von der Aushändigung an ein bloßes Beweismittel, gegen welches jeder Gegenbeweis zulässig ist, ohne Unterschied: ob der ursprüngliche Gläubiger oder ob dessen Rechtsnachfolger klagt[6]). Denn der Einwand nicht empfan-

2) A. L.R. §. 729 d. T. — Das Pr. 1128, vom 23. April 1842, welches das Gegentheil aussprach, ist durch den Pl.Beschl. v. 5. Juli 1852 (J. M. Bl. S. 306) beseitigt. Vergl. Recht der Ford. Bd. III, S. 292 ff. Eine Ausnahme von der Regel, daß bei Gegenständen bis zu 50 Thlr. Werth die mündliche Form genügt (§. 550). Man hat jedoch, was die Zahlungszeit betrifft, vor Fällung eines Ausspruchs über Unverbindlichkeit, alles wohl zu berücksichtigen. Wäre z. B. bei einem auf bloß mündliche Abrede gegebenen Darlehn von 100 Thlrn. die Zurückzahlung auf einen bestimmten, erst nach 3 Monaten eintretenden Tag ausbedungen, so würde man dies mit Unrecht für ungiltig halten; denn die Erklärung des Gläubigers wäre eine gleichzeitige Kündigung, welche mündlich geschehen kann.

3) L. 22 D. eod.; Pr. J. quibus modis re (III, 15).

4) A. L.R. §. 827 d. T. — Reichsdep.Abschluß von 1600, §. 139.

5) Darüber und über den Literalcontract des alten und neuen R. R. s. Recht der Ford. §. 254 und die daselbst angegebene Literatur, welcher noch beizufügen: Gajus, Inst. III, §§. 128—134; Heinrich Schüler, die literarum obligatio des ältern R. R. Breslau 1842.

6) A. L.R. §§. 732—736 d. T. Hierin geht also das Pr. R. von dem gemeinen von Grund aus ab. Der Ausdruck des §. 735: „Einwand der nicht erhaltenen Valuta" ist nicht angemessen, er veranlaßt Misverständnis. M. s. Centralbl. 1837, Sp. 19 ff. Ohne Aushändigung beweist der Schuldschein gar nichts. Pr. 2171, v. 2. Novbr. 1849 (XVIII, 197). (3. A.) Auch findet nicht die Vor-

gener Valuta wird an sich gar nicht durch die Wissenschaft des Cessionarius bedingt[7]), er enthält wesentlich ein Bestreiten des rechtlichen Klaggrundes. Daher ist auch, wenn z. B. ein Schuldschein als über ein baares Darlehn ausgestellt und auf einen Theil der Valuta eine Forderung des Gläubigers an einen Dritten dem Darlehnsnehmer cedirt worden ist, das Darlehn und die dafür bestellte Hypothek insoweit, dem Darlehnsgeber gegenüber, nichtig, mag die Verabredung, daß die fragliche Cession auf Anrechnung des Darlehns geleistet werden solle, vor oder nach Ausstellung der Darlehns- und Hypothekenverschreibung getroffen worden sein[8]). — Eine Ausnahme von der Regel, daß der Schuldschein ein bloßes Beweismittel ist, gilt bei eingetragenen Forderungen nur in Beziehung auf die Hypothekenklage. Hier wird das Vorbringen der mangelnden Zahlung der Valuta ein eigentlicher Rechtseinwand, d. h. ein selbständiger, den Klaggrund aufhebender Rechtsgrund. Denn die Hypothekenklage ist begründet durch die Form der Eintragung, die Hypothekenforderung ist in so fern eine formelle. Wegen des öffentlichen Glaubens des Hypothekenbuchs wird der Einwand nicht gezahlter Valuta, gegen den dritten Inhaber, nur in derselben Form gegründet, auf welche der Kläger sich beruft, d. i. die Eintragung, jedoch nur unter der Bedingung, daß die Eintragung des Einwandes innerhalb 38 Tagen, nach erfolgter Eintragung des Darlehns, geschehen ist[9]). Mehr als diese Form ist zur Begründung der Exception nicht erforderlich; unerheblich ist es: ob der Kläger sie gekannt habe oder nicht, er kann thatsächlich in gutem Glauben sein, und es kommt auf die wirkliche Wissenschaft, die Unredlichkeit des Dritten, nichts an. Kommt diese vor, ist namentlich dem Dritten, vor der Erwerbung, die wahre Bewandtnis des Sachver-

schrift des §. 106, Tit. 16, sondern nur der §. 732, Tit. 11 auf das Bekenntnis des Empfanges der Valuta Anwendung; denn dieses hat nicht die Natur einer Quittung im rechtlichen Sinne. Pr. des Obertrib. v. 25. Novbr. 1851, $\frac{17\,97}{155}$ 51, IV.

7) A. L.R. a. a. O. §§. 735, 736 u. §§. 407 ff.

8) A. L.R. a. a. O. §§. 866, 867; und I, 20, §§. 12, 415. Ang. vom III. S. des Obertrib. den 12. Decbr. 1848, in Sachen Gerver w. Gast $\frac{497}{1980}$ III, 48.

9) A. L.R. §. 738 u. 739. d. T. Daß in dieser Frist die Eintragung bei den Grundacten (bei dem Gerichte) bloß nachgesucht ist, kommt nicht in Betracht. Pr. 2009 b, vom 2. Mai 1848. Paßt nicht für den Verkehr, denn die Eintragung ist nicht in der Gewalt der Partei, sondern in der Hand der Richter und deren Expedienten. Zur Eintragung anderer Protestationen sind nur 4 Wochen gegeben. S. o. §. 380, S. 643. Die Misstimmung zwischen dem §. 738 d. T. u. §. 426, I, 20 des A. L.R. ist aus Unachtsamkeit der Verfasser entstanden. S. Suarez, Vorträge, Jahrb. Bd. XLI, S. 22. Man bezieht nun die 38tägige Frist bloß auf die s. g. exceptio n. n. pec.

hältnisses ausdrücklich kundgegeben worden, so ist der Fall ein anderer: es ist der Fall der exceptio doli, und für diesen Fall ist die Bestimmung des §. 739 d. T. (daß der Schuldner sich des Einwandes der nicht erhaltenen Valuta gegen den Dritten gar nicht bedienen könne, wenn der Einwand nicht eingetragen ist) nicht gegeben [10]). Die Wirkung des rechtzeitig eingetragenen Einwandes nicht erhaltener Valuta ist Entkräftung der Schuldverschreibung als Beweismittels: der Gläubiger und dessen Rechtsnachfolger muß nun das Geben des Darlehns anderweit beweisen [11]). Die exceptio doli ändert die Beweiskraft des Schuldscheins nicht; selbst dann, wenn von dem Gläubiger geständlich ein bestimmter Theil der Valuta nicht baar, vielmehr durch eine Anweisung, Cession einer Forderung des Darlehnsgebers an einen andern Schuldner, oder durch Abrechnung einer Schuld des Darlehnsnehmers [12]) berichtigt worden ist, verliert der Schuldschein die Beweiskraft nicht gänzlich, sondern nur in Beziehung auf diesen geständlich nicht baar gegebenen Theil der Valuta [13]). III. In Beziehung auf die Erben des Ausstellers verliert der Schuldschein binnen 10 Jahren [14]), vom Todestage des Erblassers oder, wenn der Zahltag später eintritt, von diesem Tage an gerechnet, seine Beweiskraft, wenn auch das Instrument beglaubigt oder gerichtlich aufgenommen [15]), und selbst wenn es von Seiten der Erben innerhalb der Verjährungsfrist anerkannt worden ist [16]). Der Gläubiger

10) Pr. d. Obertrib. v. 20. Febr. 1849 (Entsch. Bd. XVII, S. 270).

11) A. L.R. §. 738 d. T. Dieser Beweis kann auch durch ein, von dem Schuldner später ausgestelltes besonderes Empfangsbekenntnis geführt werden. Pr. 1992, v. 25. Februar 1848 (Entsch. Bd. XVI, §. 146). Auch durch schriftliche Anerkenntnisse aus der Zeit vor Ausstellung des förmlichen Hypothekeninstruments kann die wirklich erfolgte Zahlung der Darlehnssumme bewiesen werden. Pr. 2009a, v. 2. Mai 1848.

12) Der Darlehnsgeber macht, da dies nicht gilt, nun den Umweg, daß er dem Darlehnsnehmer die ganze Summe vorzählt und dann die ältere Schuld zurückgezahlt empfängt. Wenn das die röm. Juristen (die hierin praktischer sind) verlangt hätten, so würden ihnen die Verf. des A. L.R. das als eine leere Subtilität oder Pedanterie vorgeworfen haben.

13) Pr. 2006, v. 14. April 1848.

14) Auf andere Schuldbekenntnisse als lediglich auf Schuldscheine über Darlehen findet diese Verjährung der Beweiskraft keine Anwendung. Pr. 1879, v. 27. Mai 1847 (Entsch. Bd. XV, S. 172). Die 10jähr. Verjährung der Beweiskraft findet auch dann Anwendung, wenn der Schuldschein von zwei oder mehreren Mitverpflichteten gemeinschaftlich ausgestellt, und die Beweiskraft der Urkunde nur zum Vortheil der in Anspruch genommenen Erben des einen Ausstellers durch die 10jähr. Präscription erloschen ist, nicht aber in Bezug auf die außer Anspruch gelassenen Erben des mitverpflichteten Ausstellers. Der §. 576, I, 9 d. A. L.R., welcher von der Verjährung des Rechts handelt, findet keine Anwendung auf die hier in Rede stehende Beweiskraft des Schuldscheins. Pr. 924, vom 3. Octbr. 1840.

15) Pr. 349, v. 14. October 1837.

16) Wohl aber kann in einem solchen Anerkenntnisse nach Umständen ein

muß mithin den Darlehnscontract auf andere Art beweisen, er soll aber außerdem noch beweisen[17]): „daß die Schuld während der Lebenszeit des Erblassers nicht getilgt worden sei"[18]). In dem Falle, wo ein nachgebliebener Ehegatte des Ausstellers mit den Erben concurrirt und Gütergemeinschaft stattfindet, hat die Bestimmung keine Folge[19]). IV. Außerdem, daß der Schuldschein ein Beweismittel für den Realcontract ist, dient er zugleich zur vorgeschriebenen Form für die Nebenverträge, wodurch die Naturalien des Darlehns abgeändert werden und die Verzinslichkeit desselben begründet wird[20]). Er soll enthalten[21]): 1) das Bekenntnis der empfangenen Valuta; 2) die Bestimmung, worin sie bestanden; 3) die Angabe der Münzsorte, worin sie gezahlt worden; 4) das Versprechen der Wiederbezahlung[22]); 5) die Zeit derselben; 6) die namentliche Bezeichnung des Gläubigers[23]); 7) Ort und Datum der Contractsschließung; 8) die Unterschrift des Schuldners. Was hiervon in der Schrift nicht enthalten ist, kann in den Punkten, wo der Schuldschein bloß als Beweismittel dient, auf andere Art nachgewiesen werden; wo er aber als Form der von den Naturalien abweichenden Verabredungen dient, findet keine Ergänzung durch an-

---

selbständiger Beweis für die Richtigkeit und die Existenz der Schuld gefunden werden. Pr. 2004, v. 24. Januar u. 3. März 1848.

17) S. die vorige Note. Der hier verlangte Beweis soll auch in dieser Allgemeinheit durch Eidesdelation geführt werden können. Ein Conflict dieser Meinung mit dem Pr. 1521 (Entsch. X, 107) ist nicht gefunden worden. Pr. 1835, v. 14. December 1846. Vergl. o. §. 151, Note 2c.

18) A. L.R. §§. 753—755 d. T. — Dieser Beweis der Negative ist etwas ganz abnormes; die Zumuthung desselben hat bei dem Darlehn keinen bessern Grund als bei jeder andern Schuld, man hätte den Satz mithin ebenso gut ganz allgemein machen können. S. den angegebenen Grund bei Suarez, amtl. Vortr., Jahrb. Bd. XLI, S. 22. — Den Folgen dieser abnormen Bestimmung kann der Gläubiger dadurch entgehen, daß er den Schuldschein verheimlicht. Oder soll der Beweis der Ausstellung eines Schuldscheins, d. h. der Einwand des Daseins eines Schuldscheins erheblich sein? Dadurch wäre ein merkwürdiger Unterschied zwischen verbrieften und unverbrieften Schulden gegeben.

19) Recht der Ford. §. 255, wo noch andere Bedenken angedeutet sind.

20) A. L.R. I, 11, §. 729. Auch zum Nachtheil des Gläubigers, wenngleich dieser den Schuldschein nicht schriftlich genehmigt hat. S. Note 2.

21) A. L.R. a. a. O. §. 730.

22) Ohne die Angabe der Absicht, in welcher gegeben und empfangen worden (causa debendi), dient der Schuldschein nicht zum Beweise des Darlehns. Der Gläubiger muß das der cautio indiscreta zum Grunde liegende Rechtsgeschäft durch andere Mittel beweisen. L. 25, §. 4 D. de probat. (XXII, 3). Simon, Rechtsspr. Bd. II, S. 75. Man ist über den Werth eines solchen Schuldscheins ohne Angabe der causa debendi (causa indiscreta) nicht einig. S. Seuffert und Glück, Blätter für Rechtsanwendung, zunächst in Baiern, Bd. IV, S. 304 flg. Ueber die ältern Ansichten: Schilter, Praxis jur. Rom., Exerc. XXII, §. 62.

23) Ausstellung auf den Inhaber ist ohne besondere königl. Genehmigung nicht erlaubt. C.O. v. 17. Juni 1833 (G.S. S. 75).

dere Beweise statt, vielmehr geht es in diesen Stücken nach den gesetzlichen Bestimmungen[24]).

IV. Die Wechselverbindlichkeit.

Allg. Deutsche Wechselordn. v. 24. Novbr. 1848 (G.S. 1849, S. 51). — Gesetz, betreffend die Einführung der Allg. Wechselordn. für Deutschland vom 15. Febr. 1850. — Bereits vor und dann bald nach der Publication der Deutschen Wechselordnung ist eine große Anzahl von Ausgaben derselben mit Commentaren und einzelnen Bemerkungen erschienen. Hervorzuheben sind: Borchardt, die Allgemeine Deutsche Wechselordnung mit den Einführungsordnungen zu derselben und den Abweichungen der österr. Wechselordnung, nebst Bemerkungen und Vergleichungen mit den fremden Gesetzgebungen. Berlin 1854, dazu I. Fortsetzung, Berlin 1855. — Brauer, die Allg. Deutsche Wechselordnung. 2. Aufl. Erlangen 1851. — Christoph, die Allg. Deutsche Wechselordnung aus den Motiven zum Entwurfe einer Wechselordnung für die preuß. Staaten und aus den Protokollen der zur Berathung der Allg. Deutschen Wechselordnung in Leipzig abgehaltenen Conferenz erläutert. 2. Aufl. Leipzig 1851. — Liebe, die Allgemeine Deutsche Wechselordnung, mit Einleitung und Erläuterungen. Leipzig 1849. — Brentano, die Allgem. Deutsche Wechselordnung ꝛc. 3. Aufl. Fürth 1856; und die von Bluntschli, München 1852. — Von den Ausgaben der für Oesterreich publicirten Allg. Deutschen Wechselordnung mit Erläuterungen zeichnen sich aus die von v. Stubenrauch, Wien 1850 und von Kitka, Wien 1854. — Hand- und Lehrbücher: M. Wechselrecht, nach den Grundsätzen der Allg. Deutschen Wechselordnung und nach seiner Anwendung in den preuß. Ländern. Breslau 1850; A. Renaud, Lehrbuch des gemeinen deutschen, sowie des in der Allg. Deutschen Wechselordnung enthaltenen Wechselrechts. 1854; Kheil, Wechselrecht des österreichischen Kaiserstaats. Prag 1854; Joh. Blaschke, das österreichische Wechselrecht. Leipzig 1857. — Archiv für deutsches Wechselrecht, herausg. von Ed. Siebenhaar und Th. Tauchnitz, bis jetzt 5 Bände. Leipzig 1850—1857. — Vor Einführung der A. D. Wechselordn. galt die im A. L.R. II, 8, §§. 713—1249 enthaltene Wechselordnung. Darüber: Daniels, Grundsätze des Wechselrechts, mit besonderer Rücksicht auf das Allg. Preuß. Landrecht und das franz. Handelsgesetzbuch. Köln 1827. — Erelinger und Gräff, das Wechselrecht und die Lehre von den Handelsbillets und kaufmännischen Anweisungen nach dem Preuß. Rechte, mit Berücksichtigung des Proceß- und Concursverfahrens. Breslau 1833. — C. Gosler, Anleitung zum Wechselrecht für Kaufleute und Capitalisten. Berlin 1814. — Ueber altes Recht: Erneuerte Wechselordnung v. 30. Januar 1751 (N. C. C. Tom. I, S. 19 ff. und Siegel, Corp. jur. camb., Cont. I, p. 2 ff.) und die unten §. 616 genannten ältern Verordnungen. — W. G. Vangerow, Entwurf des Wechselrechts, nach den Grundsätzen der preußischen Staaten. Halle 1773. Zusätze (von Schall), Halle 1775. Vangerow, Ergänzungen und Anmerkungen. Ebend. 1776. — Aus der gemeinrechtlichen Literatur nehmen auf Preuß. Recht Rücksicht: Meno Pöhls, Darstellung des gemeinen Deutschen und Hamburgischen Wechselrechts. 2 Bde. Hamburg 1829. — Joh. Heinr.

24) A. L.R. a. a. O. §. 731; I, 5, §. 127. S. o. §. 551.

Bender, Grundsätze des deutschen Wechselrechts, mit steter Berücksichtigung der Gesetzgebung und Wissenschaft des Auslandes. 2 Th. Darmstadt 1828. — Treitschke, Alphabetische Encyklopädie der Wechselrechte. 2 Bde. Leipzig 1851. — Scherer, Handbuch des Wechselrechts, worin theils die Art und Weise, wie die Wechselgeschäfte zu behandeln, gezeigt, theils Abweichungen der Wechselgesetze unter sich dargestellt werden. 3 Thl. Frankfurt 1800. — Die gesamte Literatur bis auf die neuere Zeit ist ausführlich angegeben bei Mittermaier, Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts. 5. Ausg. §. 320, Note 9.

Einleitung.

§. 616.

1. Geschichtliches.

Das mit dem Handelsrechte äußerlich in Verbindung stehende Wechselrecht theilt mit ihm Quelle und Entwickelungsgang (§. 403, II). Ehe die vaterländische Gesetzgebung in Aufzeichnung der den Wechselverkehr angehenden Regeln thätig wurde, mußten die Richter die Entscheidungsnormen in Wechselsachen unmittelbar aus der Quelle schöpfen und zu diesem Behufe von der Sitte und den Handelsgebräuchen unmittelbare Kenntnis, allenfalls durch Nachfrage (Einholung von Gutachten) bei Sachverständigen, nehmen, wenn nicht fremde Particulargesetze, welche nicht als Gesetze sondern als glaubwürdige Zeugnisse zu Rathe gezogen wurden[1]), genügende oder übereinstimmende Auskunft gaben. Das erste einheimische Gesetz in Wechselsachen ist das „Wechselrecht" für das Herzogthum Preußen, vom 12. Septbr. 1684. Diesem folgte das „Wechselrecht in der Kur und Mark Brandenburg", v. 19. Decbr. 1701 ([1]), mit welchem übereinstimmend das 1703 erschienene Wechselrecht für das Herzogthum Magdeburg ist[2]). Für die Kur und Mark Brandenburg wurde im Jahre 1709 ein revidirtes Wechselrecht gegeben[3]). Die Magdeburger und die im Jahr 1708 erlassene Halberstädter Wechselordnung blieben daneben bestehen. Erst 1724 erschien eine allgemeine Wechselordnung für sämtliche deutsche Länder der Krone Preußen[4]), und gleichzeitig wurde für das nicht zu Deutschland gehö-

1) Kurm. Wechs.Ordn. v. 19. December 1701, im Eingange. (C. C. M. T. II, Abth. 2, S. 23).

2) Corp. const. Magdeb. T. II, S. 221.

3) Königl. Pr. revidirtes Wechselrecht, welches Se. Königl. Majestät in der Kur und Mark Brandenburg observirt und worüber sie mit allem Ernst gehalten wissen wollen, v. 18. März 1709. (C. C. M. Tom. II, Abth. 2, S. 475.)

4) Verbessertes und allgemeines Wechselrecht, wonach in der Kur und allen übrigen im Reich belegenen Landen gegangen werden soll. V. 25. Septbr. 1724 (C. C. M. Tom. II, Abth. 2, S. 213, u. Siegel l. c. Tom. I, p. 119).

rige Preußen ein „revidirtes Wechselrecht" vorgeschrieben[5]). In Schlesien richtete man sich nach der Breslauer Wechselordnung von 1672, revidirt in den Jahren 1712, 1716 und 1722[6]), bis zur Emanirung der allgemeinen Wechselordnung für das Herzogthum im Jahre 1738[7]). Erst Friedrich II. erließ 1751 eine allgemeine Wechselordnung für seine sämtlichen Staaten[8]). Für die Stadt Elbing bestand eine eigene Wechselordnung vom 27. Januar 1758[9]). Nachdem aber diese Stadt mit Westpreußen an Preußen gekommen war, wurde dort die Wechselordnung von 1751 gleichfalls eingeführt[10]). Auch Danzig brachte seine Wechselordnung, vom 8. März 1701[11]), mit, welche bei der Einrichtung des Justizwesens daselbst, im Jahre 1793, nicht unterdrückt wurde[12]) und noch neben dem A. L.R. galt[13]). An die Stelle der allgemeinen Wechselordnung von 1751 trat später das A. L.R. Das Jahr 1848 hat eine allgemeine Wechselordnung für Deutschland hervorgebracht, welche mit dem 15. Februar 1849 in sämtliche preuß. Länder, unter Aufhebung der bis dahin noch bestandenen Danziger Wechselordnung, eingeführt worden ist[14]).

§. 617.

2. Collision der Wechselgesetze.

Dr. T. Brackenhoeft, über die Collision der Wechselgesetze; in Siebenhaar, Archiv. Bd. II, S. 129 ff. u. 278 ff.

Wenn die bei dem Wechselgeschäfte vorkommenden einzelnen

5) Neu revidirtes Wechselrecht des Königreichs Preußen. Vom 29. Januar 1724 (Siegel l. c. p. 111).

6) Der Stadt Breslau Kayser- und Königl. confirmirte neue Wechselordn. v. 30. April 1712; v. 30. Januar 1716. (Siegel l. c. p. 278, u. Erste Forts. S. 61 flg.)

7) Verneuerte General-Wechsel-Ordnung Ihro Röm. Kayf. ꝛc. und Königl. Majestät in dem Erb-Herzogthum Schlesien. V. 21. Aug. 1738 (Siegel l. c. p. 295; C. C. M. Cont. I, S. 375).

8) Erneuerte Wechselordnung, wonach in dem Königreich Preußen, den Kur- und allen übrigen im Reiche belegenen Landen, wie auch in dem Souverainen Herzogthum Schlesien und der Grafschaft Glatz gegangen und verfahren werden soll. Vom 30. Januar 1751 (N. C. C. Tom. I, S. 19; Siegel l. c. Cont. I, p. 2 sq.).

9) Uhl, dritte Forts. von Siegel, v. 1771, S. 69 ff.

10) Regl. für den Magistrat und die Gerichte der Königl. Preuß. Stadt Elbing, Berlin den 10. Septbr. 1773, T. IV, Sect. 2, lit. B, §. 35 (N. C. C. de 1773, S. 850). Die Nachricht, welche in der Vorbemerkung der Ergänzungen zu II, 8, Abschn. 8 gegeben wird, daß nemlich die Elbinger Wechselordnung von 1758 erst durch das A. L.R. aufgehoben worden sei, ist unrichtig.

11) Siegel l. c. Tom. I, p. 368 sq.

12) Patent v. 2. Januar 1793, §. IX (N. C. C. Tom. IX, p. 1616).

13) Publicandum des O.L.G. zu Marienwerder, v. 19. April 1814 (Jahrb. Bd. II, S. 109); Publ.Pat. zum Westpreuß. Provinz.-R., v. 19. April 1844 (G.S. S. 103).

14) Einführungsordnung v. 6. Januar 1849 (G.S. S. 49).

Handlungen unter Personen aus verschiedenen Ländern, oder an verschiedenen Orten unter andern Rechtsgebieten erfolgen, so gelten diese Regeln: 1) Die persönliche Handlungs- und Rechtsfähigkeit überhaupt, sowie die Fähigkeit, wechselmäßige Verpflichtungen zu übernehmen, wird regelrecht nach dem persönlichen Rechte der Parteien beurtheilt, mit der überhaupt stattfindenden Ausnahme, daß, wenn ein Fremder nach seinem Rechte nicht wechselfähig ist, aber doch Wechselverbindlichkeiten im Inlande übernommen hat, das hiesige Recht zur Anwendung kommt, wenn danach das Geschäft bestehen kann[1]). 2) In Ansehung der wesentlichen Erfordernisse eines im Auslande ausgestellten Wechsels, sowie jeder andern im Auslande gegebenen Wechselerklärung, also auch in Ansehung der Förmlichkeiten und der dabei zu beobachtenden Zeit, sind die Gesetze des Orts der Handlung bestimmend. (Locus regit actum)[2]). Die Regel kommt auch in dem Falle, wenn eine im Auslande geschehene Wechselerklärung zwar nach dortigen Gesetzen mangelhaft ist, aber den Anforderungen der inländischen Gesetze entspricht, in Ansehung der später im Inlande auf solchen Wechsel gesetzten Erklärungen zur Anwendung[3]). Eine Ausnahme von der Regel soll gelten, wenn Wechselerklärungen, wodurch sich ein Inländer einem andern Inländer im Auslande verpflichtet, den inländischen Vorschriften entsprechen: diese Erklärungen sollen lediglich nach dem inländischen Rechte beurtheilt werden[4]). 3) Auf die Form und Zeit der mit einem Wechsel an einem ausländischen Platze zur Ausübung oder Erhaltung des Wechselrechts vorzunehmenden Handlungen, z. B. der Abforderung eines Wechselduplicats, der Präsentation, der Protesterhebung u. s. w., findet dieselbe Regel (locus regit actum) Anwendung; nicht aber kommen wesentliche Rechtsgrundsätze aus dem Ortsrechte, z. B. über die Verpflichtung des Wechselinhabers, Interventionen zuzulassen, unbedingt zur Anwendung, vielmehr entscheidet darüber: welches Recht in dieser Beziehung maßgebend sein soll, die bei Eingehung des Rechtsverhältnisses vorhanden gewesene, aus den Umständen zu vermuthende Absicht der Parteien[5]). 4) Die mit der Wechselver-

1) A. W.O. Art. 84. Einleit. z. A. L.R. §§. 34, 35, 23. — S. o. §. 40, Nr. I.

2) A. W.O. Art. 85. Vergl. oben §. 40, Nr. III.

3) Der Wechsel ist dann durch die im Inlande darauf gesetzte Erklärung gleichsam wiederholt worden; entspricht er den inländischen Vorschriften in seiner ausländischen Fassung, so ist er ein formgemäßes Wechselpapier. A. W.O. Art. 85, Abs. 1.

4) A. W.O. Art. 85, Abs. 2. Eine ähnliche, aber auf einen entgegengesetzten Zweck berechnete Vorschrift war der §. 938, II, 8 d. A. L.R.

5) A. W.O. Art. 86. S. o. §. 40, Nr. III. Vergl. Entsch. des Obertrib.

bindlichkeit verknüpften rechtlichen Folgen, welche die Sicherung des Erfolges bezwecken, werden nach den Gesetzen desjenigen Orts, wo die Erfüllung der Verbindlichkeit erzwungen werden soll, bestimmt, weil der Richter keine andern Mittel anwenden darf, als welche ihm die Landesgesetze vorschreiben. Dieses gilt namentlich: a) von dem Proceßverfahren[6]); b) in der Regel von der Verjährung des Wechsels[7]); c) von der Wechselexecution[8]); d) von dem Vorrechte des Wechselgläubigers bei der Concurrenz mit Dritten[9]).

A. Begründung der Wechselverbindlichkeit.

§. 618.

1. Begriff, Natur und Arten.

I. Wechsel heißt im weitern Sinne der formelle streng einseitige Vertrag und auch die Urkunde, wodurch jemand verpflichtet wird, eine Summe Geldes an den andern, bei Vermeidung der Wechselstrenge, zu zahlen oder zahlen zu lassen. Eigentlich versteht man unter Wechsel die sich so nennende Urkunde, wodurch der Schuldner die Zahlung durch einen Dritten leisten zu lassen verspricht; man nennt diesen Wechsel daher auch eigentlichen Wechsel oder Tratte, oder trassirten, gezogenen Wechsel, zum Unterschiede von dem eigenen oder trockenen Wechsel (§. 635), wodurch der Schuldner die Zahlung selbst zu leisten verspricht[1]). 1) Zu dem eigentlichen Wechsel gehören wesentlich drei Personen: a) der

Bd. XIV, S. 470. (3. A.) Das Obertrib. bezieht die Vorschrift des §. 86 nicht bloß auf die äußere Form, sondern auch auf die Nothwendigkeit, Zeit und den Ort der zur Ausübung oder Erhaltung des Wechselrechts an einem ausländischen Platze vorzunehmenden Handlungen. Erk. v. 9. Juni 1855 (Archiv, Bd. XVII, S. 263) u. Erk. v. 23. October 1855 (Archiv, Bd. XVIII, S. 226).

6) Mittermaier, Aufsatz im Archiv für civil. Praxis, Bd. XIII, S. 300. Die Proceßgesetze sind juris publici. Deshalb ist die Proceßform der Privatwillkür nicht unterworfen. Entsch. Bd. VIII, S. 207.

7) Anh. z. A. G.O. §. 365. Nur ist hier die Privatwillkür nicht absolut ausgeschlossen. S. o. §. 40, Nr. III. — Mittermaier a. a. O. S. 307. — Treitschke, Encyklopädie. Bd. II, S. 572; Pöhls, Wechselrecht. S. 34. Man streitet darüber. Gründler, Polemik. II, S. 298. Der Richter darf keine Klage mehr annehmen, die nach seiner Zeitvorschrift zu spät kommt. Danach müßte die neue Verjährung auch auf die vor dem 15. Februar 1849 gezogenen, noch nicht verjährten Wechsel Anwendung finden, wie es auch das Publ.Pat. v. 1794 §. XVII vorschreibt; das Obertrib. ist jedoch anderer M. nach dem Pr. 2210, v. 15. Febr. 1850 (XIX, 260). (3. A.) Dagegen: m. Anm. 37 zu §. XVII des Publ.Patents v. 5. Februar 1794 und die beiden Entsch. des österr. obersten Gerichtshofes zu Wien, in Siebenhaar, Archiv, Bd. III, S. 330 u. Bd. V, S. 433.

8) Der Richter hat keine andern Zwangsmittel, als ihm seine Executionseinrichtungen geben.

9) A. G.O. I, 50, §. 471; Anh. zur A. G.O. §. 365.

1) A. W.O. Artt. 4 u. 96. — Treitschke, Encyklop. u. Scherer, Handbuch, unter dem Wort Tratte.

Aussteller oder Trassant, der die Verbindlichkeit übernimmt oder den Wechsel zieht (ausstellt); b) der Bezogene oder Trassat, d. i. der Dritte, welcher zahlen soll; der Aussteller kann sich aber selbst als Bezogenen bezeichnen, sofern die Zahlung an einem andern Orte, als dem der Ausstellung, geschehen soll (trassirteigene Wechsel)[2]; c) der Remittent, d. i. der Gläubiger, an den oder dessen Vertreter oder Rechtsnachfolger gezahlt werden soll[3]; der Aussteller kann sich selbst als Remittenten bezeichnen, d. h. Wechsel an eigene Ordre sind unbedingt sogleich und ohne daß es dazu noch erst eines Indossaments bedürfte, giltig[4]. Damit fällt der Einwand des Acceptanten, daß der Indossatar ein Bevollmächtigter des Ausstellers sei[5], hinweg. — Aeußerlich erscheint hiernach der Wechsel zwar als eine Assignation, er unterscheidet sich von ihr aber durch seine Wesenheit (Innerlichkeit), welche in der Verbindlichmachung des Ausstellers, in der Einseitigkeit und in dem Grunde (causa) der Verbindlichkeit besteht, vermöge welcher er als ein eigenthümliches, körperliches Tauschmittel oder Werthzeichen in den Verkehr tritt, dergestalt daß, wenn er als solches seine Geltung verloren hat, er nicht, wie es nach dem frühern Rechte sollte geschehen können[6], noch als Assignation gebraucht werden kann[7]. 2) Es ist kein Erfordernis des eigentlichen oder gezogenen Wechsels, daß an einem andern Orte als dem der Ausstellung gezahlt werde, die trassirteigenen Wechsel aus-

2) A. W.O. Art. 4, Nr. 5 u. 7, und Art. 6. Ob der Trassat über, oder im, oder unter dem Context des Wechselbriefes genannt wird, ist gleichgiltig. Vergl. Erk. des Obertrib. vom 8. Juli 1852 (J.M.Bl. 1857, S. 139, Nr. 37). S. auch unten §. 635.

3) A. W.O. Art. 4, Nr. 3. Der Remittent muß eine bestimmte Person sein. Wechsel auf den Inhaber gelten nicht. Aber eine Personenmehrheit unter einer Collectivbenennung ist statthaft. Vergl. Siebenhaar, Archiv, Bd. III, S. 107.

4) A. W.O. Art. 6. Nach früherem Rechte hatte man nach langem Streite angenommen, daß Wechsel an eigene Ordre erst durch ein vor dem Verfalltage erfolgtes Indossament Kraft erhielten. Gutachten der Gesetzcommission und Hofreser. vom 30. Juni 1800. (Neues Arch. Bd. I, S. 185 f.; Rabe, Bd. VI, S. 160.) Vergl. auch Entsch. des Obertrib. Bd. IX, S. 80 u. 347 und Bd. X, S. 402 ff.

5) Pr. des Obertrib. 1838, vom 5. Februar 1847 (Entscheid. Bd. XIII, S. 531) und Plenarbeschl. vom 1. Febr. 1847 (Entsch. Bd. XIV, S. 142).

6) A. L.R. a. a. O. §. 943. Entscheid. des Obertrib. Bd. IX, S. 331. Damit ist der frühere Streit: ob ein von einem Nichtwechselfähigen acceptirter, an die Ordre des Ausstellers gezogener Wechsel als Anweisung gelte, wenn zur Zeit des Accepts noch kein Indossament des Wechsels vorhanden, für erledigt zu erachten; denn Assignation und Wechsel verhalten sich nicht wie Minus und Plus der nemlichen Art zueinander; beide Rechtsinstitute sind ungleichartig.

7) A. W.O. Art. 83. M. Aufsatz zum Art. 83, in Siebenhaar, Archiv, Bd. II, S. 32 ff. Das dem alten Wechselrechte zum Grunde liegende obligatorische Princip ist durch das in dem neuen herrschende dingliche verdrängt: der Wechsel ist jetzt eine körperliche Sache von ideellem Werthe. (Z. A.) Ueber die unbestimmte und schwankende Ansicht des Obertrib. in Betreff verjährter oder

genommen[8]). 3) Der Wechsel muß auf eine Geldsumme in coursirenden Münzen lauten; Verschreibungen über Geldpapiere oder Scheidemünze, oder auf Mengen anderer fungibler Sachen oder Dienstleistungen, oder über alternative Verbindlichkeiten gelten nicht als Wechsel[9]). 4) Die Wechselstrenge besteht in einem schleunigen Proceßverfahren und in sofortiger Verhaftung[10]). II. Die Wechselverbindlichkeit hat keinen andern Rechtsgrund (justa causa) als die Form: hat diese alle Erfordernisse, so wird nach keiner andern causa debendi gefragt; der Wechselschuldner muß wechselmäßig leisten, weil er sich in Wechselform verbindlich gemacht hat. III. Man unterscheidet: 1) nach der Zahlungszeit: Sicht-, Dato-, Uso-, lang-, kurzsichtige Wechsel; 2) nach dem Ausstellungs- und Zahlungsorte Meß- und Außermeß-Wechsel, wenn der Wechsel entweder während einer Messe von dem Meßplatze aus gezogen worden ist oder in einer bestimmten Messe, an dem Meßorte[10a]), bezahlt werden soll; auch nennt man nach dem Zahlungsorte domiciliirte Wechsel oder Domicilwechsel solche, welche an einem andern Orte, als wo der Trassat wohnt, zu zahlen sind[11]); 3) nach der Zahl der Exemplare eines Wechsels Sola-, Prima-, Secunda- u. s. w. Wechsel. In jedem von mehreren Exemplaren muß ausgedrückt sein, das wievielte es ist, sonst haftet der Aussteller für jedes Exemplar dem redlichen Inhaber gleichwie aus einem Solawechsel[12]). 4) Nach dem Urheber der Urkunde Original- und Copiawechsel[13]). — Den

präjudicirter trockener Wechsel s. m. meine Anm. 28 zu Art. 83 der W.O. (Tit. 8, Th. II des A. L.R.), 2. A.

8) Nach manchen Wechselrechten gelten diese Wechsel (Platztratten) nicht als Wechsel, z. B. Code commerce Art. 110. Die A. W.O. kennt dieses Erfordernis nicht (Art. 7), außer bei trassirteigenen Wechseln. Art. 6, Abs. 2.

9) A. W.O. Art. 4, Nr. 2. Einige Rechte kennen Waarenwechsel, die jedoch dem Zwecke des Wechsels als Tauschmittel nicht entsprechen.

10) A.G.O. Th. I, Tit. 27; V. v. 21. Juli 1846, §. 13. — A. W.O. Art. 2. (3. A.) Ausnahmen vom Wechselarrest bestimmt der Art. 2, Abs. 2 und §. 5 des Einführungsgesetzes vom 15. Februar 1850.

10a) A. W.O. §. 4, Nr. 4. Wechsel, in welchen die Zahlungszeit nach einer bestimmten Messe festgesetzt ist, die Zahlung selbst aber an einem andern Orte vorschreiben, sind nicht Meßwechsel.

11) A. W.O. Art. 24. — Pr. 1477a), vom 13. Sept. 1844 (Entscheid. Bd. X, S. 208). (3. A.) Die Stelle, wo die Angabe des Domicils im Wechselbriefe steht, ist gleichgiltig. — Dr. Leonhard Wächter, über den Begriff und die Natur der Domicilwechsel. Als Erläuterung der §§. 24, 43 u. 99 der deutschen Wechselordnung; in Siebenhaar, Archiv, Bd. V, S. 150 ff.

12) A. W.O. Art. 66. Der Zweck der Vervielfachung ist entweder Beförderung des Verkehrs, indem die Prima zur Präsentation behufs Acceptation versendet und die Secunda dem Remittenten zum Gebrauche im Verkehr gegeben wird; oder Sicherung des Remittenten für den Fall des Verlustes eines Exemplars.

13) A. W.O. Art. 70. G.O. vom 16. Mai 1816 (G.S. S. 153). — (Gleynmann), über Wechselduplicate, Wechselabschriften und verwandte Gegenstände. Frankfurt 1807.

s. g. Interimswechsel[14]) kennt das preuß. R. nicht. Contirte Wechsel sind Wechsel auf eigene Ordre, welche gewöhnlich einem Gläubiger des Ausstellers indossirt werden; sie haben nichts besonderes und bezwecken gewöhnlich nur die Ausgleichung der Rechnungen (Conti) zwischen den Wechselverbundenen. Rectawechsel nennt man Vollmachten unter Wechselform, durch welche jemand einen andern beauftragt, Zahlung für ihn zu erheben, weshalb das Giro darin untersagt wird.

2. Eingehung.

§. 619.

a) Pactum de cambiando.

I. Für die Giltigkeit der Wechselverbindlichkeit ist der Anlaß oder der Entstehungsgrund gleichgiltig, es braucht gar keine Verständigung oder Ausgleichung zwischen Trassanten und Remittenten vorausgegangen zu sein, der Trassant kann dem Remittenten den Wechsel schenken, oder in Zahlung geben, oder verkaufen, oder zur Sicherung einer Verbindlichkeit, oder aus welcher Absicht es immer sei, ausstellen: in allen Fällen hat der Wechsel immer dieselbe Kraft. Gewöhnlich aber ist es, daß der Aushändigung des Wechsels eine Verabredung über die Bedingungen des Geschäfts vorausgeht, welche man das pactum de cambiando nennt*). Dieser Vertrag ist in jeder Hinsicht, sowohl was Form als Erfordernisse betrifft, nach den Grundsätzen derjenigen Vertragsart, zu welcher er nach seinen wesentlichen Bestandtheilen gehört, also beziehlich nach den Regeln der Schenkung, der Gebung an Zahlungsstatt, des Kaufs, des unbenannten Contracts u. s. w., zu beurtheilen, er kann mithin auch bei Summen nicht über 50 Thlr., wenn er lästig ist, mündlich geschlossen werden[1]). II. Der Trassant ist schuldig, z. B. 1) bei Käufen, gegen Empfang der Valuta; wenn er aber solche schon erhalten hat, nach Maßgabe der Verabredung oder, wenn keine Zeit verabredet ist, sofort auf Erfordern, dem Remittenten den Wechselbrief auszuhändigen[2]). 2) In allen Fällen muß er so viele Exemplare davon auf

---

14) Treitschke, Encyklopädie, Th. I, S. 509. Es sind schriftliche Anerkenntnisse über ein abgeschlossenes Wechselgeschäft, woraus nur ein Civilanspruch erwächst.

*) (3. A.) Dr. Ladenberg, über den Wechselvertrag; im Archiv von Siebenhaar, Bd. I, S. 32 ff.

1) S. oben §. 550, und wegen der Kaufleute: §. 415, Nr. III; wegen der Mäkler und deren Journal: §. 413, Nr. II, 5.

2) A. L.R. I, 11, §§. 92—94. Bei andern Rechtsgeschäften kommen ebenfalls die allgemeinen Grundsätze über dieselben zur Anwendung.

Verlangen ausfertigen, als nach dem beabsichtigten Gebrauche des Wechsels erforderlich sind. Dieselben müssen im Context als Prima, Secunda, Tertia u. s. w bezeichnet sein, sonst gilt jedes Exemplar als ein Solawechsel[3]). Die Nachforderung ist nicht ausgeschlossen. Er muß 3) den Avisbrief (Bericht) an den Bezogenen und die etwaigen Nothadressen rechtzeitig absenden; solchen dem Remittenten, auf dessen Verlangen, zur Bestellung einzuhändigen ist er zwar befugt, aber nicht verpflichtet; denn er haftet dem dritten Inhaber für die Folgen der ungehörigen Bestellung und kann sich dieserhalb nur an den Remittenten halten[4]). Unterläßt er das Aviso, so haftet er dem Remittenten und den Indossataren für Schaden und Interesse. 4) Der Trassant darf die Acceptation des einmal ausgehändigten Wechsels, wegen nicht gezahlter Valuta, dem Trassaten nicht untersagen[5]). III. Das Pactum, in verbindlicher Form, begründet für den Remittenten eine Civilklage auf Aushändigung des Wechsels und Benachrichtigung des Bezogenen, und für den Trassanten auf Berichtigung der Valuta, wegen welcher jetzt kein Vorrecht mehr gilt[6]). IV. Das Pactum kann durch Stellvertreter mit und ohne Auftrag geschlossen werden. 1) Auf Seite des Remittenten geschieht dies dadurch, daß der Paciscent den Wechsel auf den Dritten ausstellen läßt (Tratte an die Ordre eines Dritten)[7]) und für die Valuta sich selbst verpflichtet, wenn er keine Vollmacht hat oder der Trassant sich mit ihm als Bevollmächtigten nicht einlassen will. 2) Handelt der Aussteller als Beauftragter eines Dritten, so muß er, wenn er nicht ein bekannter allgemein Beauftragter (Factor) ist[8]), den Wechsel im eigenen Namen ausstellen (Wechsel auf Rechnung eines Dritten) und dem Remittenten so wie den Indossataren gegenüber persönlich haften, wenngleich diese das Verhältnis und den Auftraggeber ken-

3) A. W.O. Art. 66. — Dr. J. Jolly, über Wechselduplicate und Wechselcopien; in Siebenhaar, Archiv, Bd. III, S. 1 ff. u. 241 ff. — Die mehrfache Ausfertigung trassirter Wechsel ist Handelsgebrauch. Auch ein Indossatar kann ein Duplicat verlangen. Art. 66. Die Forderung wird mittels der Wechselklage durchgesetzt.

4) Avisbrief ist die im Wechsel gewöhnlich in Bezug genommene („laut Bericht") Benachrichtigung von der Ziehung und über die deshalb zu gebende Deckung, mit der Bitte um Honorirung des Wechsels. Die Absendung desselben bringt die Sorge für Honorirung der Tratte mit sich.

5) War sonst streitig. Die Unzulässigkeit folgt aus den Grundsätzen der A. W.O. M. Wechselrecht S. 168.

6) Sonst stand innerhalb des ersten Jahres die 6. Classe zu, nach A. L.R. II, 8, §§. 956—960. In der Concursordnung (A.G.O. I, 50) war dieses Vorrechts nicht gedacht, und nach der Conc.Ordn. vom 8. Mai 1855 gehört die Forderung nicht zu den privilegirten.

7) Treitschke, Encyklopädie, Bd. II, S. 501.

8) A. L.R. II, 8, §§. 500—514. — M. Wechselrecht, Art. 41, Nr. I.

nen[9]); denn gegen diesen fehlt ihnen das Wechselrecht, welches zwischen den Handelnden zu begründen eben beabsichtigt worden ist. Dem Trassaten gegenüber aber bestimmt sich das Verhältnis des Ziehers nach dem Avisbriefe. Ist darin der Dritte als Auftraggeber bezeichnet und nimmt darauf der Trassat den Wechsel an, so kann er sich wegen der Deckung nur an den Dritten halten; ist diese Benachrichtigung unterblieben, oder hat der Trassant das Aviso ganz unterlassen, oder hat der Trassat nur zu Ehren des Trassanten acceptirt, so muß der Trassant ihm gleichfalls persönlich haften[10]). Im Falle der Nichtannahme hat der Wechselinhaber außer dem Wechselregreß an den Trassanten noch den Civilregreß gegen den Auftraggeber, nach allgemeinen Grundsätzen, in dem Falle, wo der Auftrag just auf das specielle Wechselgeschäft mit dem bestimmten Remittenten ging, sonst aber nicht[11]).

§. 620.

b) Ausstellung des Wechsels.

Durch die Vollziehung und Aushändigung des Wechsels wird die Wechselverbindlichkeit selbst geschlossen. Zur Giltigkeit ist die Fähigkeit des Ausstellers und die Beobachtung der vorgeschriebenen Form erforderlich. I. Fähig ist jeder, welcher sich durch Verträge verbindlich machen kann, mithin auch Frauenspersonen, Ehefrauen im Bereiche des A. L. R. nur mit Genehmigung ihres Ehemannes[1]), juristische (moralische) Personen, und Personen des Soldatenstandes, so wie Personen, welche bei den königl. Bühnen und Capellen angestellt sind, in so weit als ihnen überhaupt die Fähigkeit, Verträge zu schließen, zusteht[1a]). Aus der Wechselerklärung eines Unfähigen entsteht, auch einem dritten Inhaber derselben gegenüber, keine wechselmäßige Verbindlichkeit[2]). Ob und welche civil-

9) A. W.O. Art. 95. — Vergl. C.O. vom 31. October 1832 (G.S. S. 228), betr. die Abänderung des Art. 115 des rheinischen Handelsgesetzbuchs.

10) Daniels, Wechselrecht, S. 150. S. dieselbe C.O.

11) Der Anlaß zur Wechselziehung für Rechnung eines Dritten kann sehr verschieden sein und der Dritte wird in den meisten Fällen weder die Absicht haben, mit dem Remittenten in ein Verhältnis zu treten, noch überhaupt wissen, wer Remittent geworden. S. Treitschke, Encykl., Bd. II, S. 507. — Heise und Cropp, Abhandl., II, S. 384.

1) (3. A.) Plenarbeschl. (Pr. 2433) des Obertrib. vom 21. Februar 1853 (Entscheid. Bd. XXIV S. 260). Vergl. Erk. vom 13. Decbr. 1853 (Entscheid. Bd. XXVI, S. 371).

1a) A. W.O. Art. 1. — M. Wechselrecht, S. 88 ff. — Siebenhaar, Arch., II, S. 97. — Vergl. Einf.Ges. vom 15. Februar 1850, §. 5, u. Erk. des Obertrib. vom 6. Februar 1851 (Arch. f. Rechtsf. Bd. I, S. 214).

2) A. W.O. Art. 82. Die Einrede der Unfähigkeit ist eine solche, welche aus dem Wechselrechte selbst hervorgeht.

rechtliche Folgen davon eintreten, ist im allgemeinen nicht zu bestimmen, es kommt auf die besondere Beschaffenheit des Falles an, welcher das ungiltige Wechselgeschäft veranlaßt hat. Treffen Erklärungen von Unfähigen und Wechselfähigen auf einem Wechsel zusammen, so hat dies auf die Verbindlichkeit der letzteren keinen Einfluß, die Unterschriften der erstern gelten für nicht geschrieben [3]). II. Die Urkunde muß folgende, absolut wesentliche Bestandtheile enthalten: 1) Sie muß sich im Contert, nicht bloß in der Ueberschrift oder Nachschrift, Wechsel oder Wechselbrief (oder mit der dieser Bezeichnung in der etwa gebrauchten fremden Sprache entsprechenden Benennung) nennen, der Ausdruck „nach Wechselrecht" genügt nicht und kann ganz fehlen [4]). 2) Bestimmte Angabe der Geldsumme, entweder in Buchstaben, oder in Ziffern, oder in beiden zugleich. Ist die Summe, gleichviel an welchen Stellen, in Buchstaben und in Ziffern ausgedrückt, so gilt bei Abweichungen die in Buchstaben ausgedrückte Summe; ist die Summe zwei- oder mehrmals mit Ziffern oder mehrmals mit Buchstaben verschieden ausgedrückt, so gilt die geringere [5]); ist an einer von beiden eine Correctur sichtbar, so gilt die uncorrigirte Summe [6]). 3) Den Namen der Person oder Firma (des Remittenten), an welche oder an deren Ordre der Wechsel bezahlt werden soll; Wechsel auf den Inhaber gelten nicht [7]). 4) Den Namen des Trassaten im Contert, oder darunter, oder darüber, wenn der Wechsel ein gezogener ist; dessen Vorname oder Charakter ist ein bloß nützliches Erfordernis [8]). 5) Den Ort der Zahlung, als welcher der bei dem Namen oder der Firma des Bezogenen von dem Zieher angegebene

3) A. W.O. Art. 3. Entspricht dem Begriffe der Solidarität.

4) Ebend. Art. 4, Nr. 1; Erk. des Obertrib. vom 6. März 1856 (Entsch. Bd. XXXII, S. 449); Entsch. des obersten Gerichtsh. zu Wien, in: Siebenhaar, Archiv, Bd. V, S. 434. Andere gleichbedeutende Ausdrücke bei dem Gebrauche der deutschen Sprache, z. B. Tratte, sind nicht rathsam. Sonst hielt man diese Förmlichkeit nach G. R. für kein wesentliches, sondern für ein bloß nützliches Erfordernis, es genügte, wenn aus der Urkunde erhellete, daß der Aussteller sich „nach Wechselrecht" oder wechselmäßig habe verpflichten wollen. S. Pöhls, Wechselrecht, Bd. I, S. 107, wo jedoch mit Unrecht S. 114 das nemliche auch vom Pr. L.R. angenommen wird, wie aus §. 1182 ganz klar wird. S. auch Treitschke, II, S. 666.

5) A. W.O. Art. 5. Soweit beide Summen sich decken, ist keine Ungewißheit; diese beginnt erst da, wo die eine die andere übersteigt. L. 9 D. de reg. juris; L. 29, §. 1 D. de leg. III.

6) Nach den allgemeinen Beweisregeln. Hat es mit der corrigirten Summe seine Richtigkeit, so ist die Civilklage unbenommen.

7) A. W.O. Art. 4, Nr. 3. Vergl. oben §. 618, I, 1, lit. c.

8) A. W.O. Art. 4, Nr. 7. Vergl. oben §. 618, I, 1, lit. b. Ist der Trassat wegen Ungenauigkeit der Bezeichnung nicht zu finden, so ist Protest zu erheben.

Ort für den Wechsel gilt, in sofern nicht ein eigener Zahlungsort angegeben ist[9]), was auch unter dem Wechsel von dem Zieher geschehen kann[10]). 6) Die Zahlungszeit, geradezu oder beziehlich in sich bestimmt. Sie darf nicht anders festgesetzt werden als: a) auf einen bestimmten Tag (Tagwechsel); b) auf[10a]) Sicht (Vorzeigung, a vista ꝛc.) oder auf eine bestimmte Zeit nach Sicht (Sichtwechsel); c) auf eine bestimmte Zeit nach dem Tage der Ausstellung (nach Dato, Datowechsel); d) auf eine Messe oder einen Markt (Meß- oder Marktwechsel)[11]). 7) Ort und Zeit der Ausstellung, und zwar die Zeit nach Tag, Monat und Jahr, nicht etwa nach dem Kalendernamen des Tages oder durch Angabe eines mehrere Tage dauernden Ereignisses, z. E. einer Messe[12]). 8) Die Unterschrift des Ausstellers (Trassanten) mit seinem Namen oder seiner Firma[13]). Damit ist der Streit über die Vornamen und wie dieselben zu schreiben seien, ganz abgeschnitten. Auch der Streit über die Beschaffenheit der Firma und ob sie gehörig bekannt gemacht sein müsse, erledigt sich; es genügt die thatsächlich geführte Firma[14]). Die Unterschrift kann durch einen Stellvertreter, auf Grund einer Procura, oder einer für einen einzelnen Fall auch

---

9) A. W.O. Art. 4, Nr. 8. Mangel der ausdrücklichen Angabe des Orts macht den Wechsel nichtig. Ob ein unter dem Wechsel von dem Trassanten genannter Ort ein Domicil oder eine Nothadresse sei, ist Thatsachenfrage, welche durch Auslegung zu entscheiden. M. s. den Rechtsfall bei Erelinger S. 211.

10) Pr. 197[a], vom 18. März 1837; Pr. 1477[a], vom 13. Septbr. 1844 (Entsch. Bd. X, S. 208). Nur der Aussteller kann ein Domicil vorschreiben.

10[a]) (3. A.) Die Ausdrücke „auf", „bei", „nach" Sicht sind gleichbedeutend. Man hat darüber gestritten und widersprechende Entscheidungen. M. Anm. 28[a] zu Art. 4, Nr. 4 der W.O. Der Plenarbeschl. (Pr. 2647) des Obertrib. vom 5. November 1855 (Entsch. Bd. XXXI, S. 210) hat dem Streit ein Ende gemacht.

11) A. W.O. Art. 4, Nr. 4. Der Mangel wird nicht durch die gesetzliche Kündigungsfrist ersetzt, sondern macht den Wechsel null. Das Uso ist abgeschafft. Ein ausdrücklich auf Kündigung gestellter Wechsel gilt nicht. Pr. 2259, vom 19. Dec. 1850 (XX, 540).

12) A. W.O. Art. 4, Nr. 6. Die Richtigkeit von Ort und Datum ist nicht wesentlich, zur Form genügt die Angabe an sich. Entsch. des Obertrib. Bd. II, S. 137. Darum schadet auch eine Rasur oder Correctur daran nicht, so lange die Form kenntlich, d. h. die Schrift leserlich ist. Man ist aber darüber verschiedener Meinung. Simon, Rechtsspr., Bd. I, S. 401. — Eine andere Frage ist: ob wegen einer dabei vorgefallenen Unrichtigkeit aus einem civilrechtlichen Grunde Ersatz für Schaden und Interessen mit dem geeigneten Rechtsmittel gefordert werden kann?

13) A. W.O. Art. 4, Nr. 5. Wenn der Name nicht ganz ausgeschrieben ist, so schadet es nicht, wenn die Identität der Person nicht zweifelhaft ist. Vergl. oben §. 415, III, und Erk. des Obertrib. vom 8. Septbr. 1853 (Arch. f. Rechtsf., Bd. XI, S. 4).

14) Dafür hatte sich auch schon die landrechtliche Praxis entschieden. Pr. des Obertrib. 1887, vom 2. Juli 1847 (Entsch. Bd. XIV, S. 468); Plenarbeschl. vom 19. Decbr. 1845 (J.M.Bl. 1846, S. 38).

außergerichtlich, wenn nur schriftlich gegebenen, Vollmacht vollzogen werden[15]). Der Stellvertreter muß jedoch, wenn er nicht persönlich als Aussteller gelten will, nicht seinen sondern den Namen des Auftraggebers unterschreiben[16]). Er haftet aber dennoch in gleicher Weise, wie der angebliche Machtgeber, hätte dieser Vollmacht ertheilt gehabt, gehaftet haben würde, wenn er, ohne Vollmacht dazu gehabt zu haben, unterzeichnet hat. Das gleiche gilt von Vormündern und andern Vertretern, welche mit Ueberschreitung ihrer Befugnisse Wechselerklärungen ausstellen[17]). Die Unterzeichnung des Ausstellers mit Kreuzen oder andern Zeichen schafft eine wechselkräftige Erklärung, wenn sie gerichtlich oder notariell beglaubigt wird[18]). III. Andere wesentliche Bestandtheile des Wechsels kennt das heutige Recht nicht, namentlich ist der Beisatz „an Ordre"[19]) so wenig als das Bekenntnis über Empfang der Valuta erforderlich, daher denn auch der Einwand nicht empfangener Valuta kein wechselrechtlicher Einwand mehr ist. Fehlt aber eines der gedachten wesentlichen Erfordernisse, so entsteht aus der Schrift keine wechselmäßige Verbindlichkeit und die auf eine solche Schrift gesetzten Erklärungen (Indossament, Accept, Aval) haben kein Wechselrecht[20]).

§. 621.

c) Mitverpflichtung anderer, Wechselbürgschaft.

Hetzler, de diff. juris rom. et camb. in fidejussione. Argent. 1755. — Gerken, de fidejuss. camb.; in Besecke, Thesaur., p. 886. — Riccius, Exercitat., No. VII. — Puettmann, de avallo. Lips. 1781.

I. Verpflichten sich mehrere schlechthin als Mitschuldner, so haften sie, wie gewöhnliche Correalschuldner, alle in solidum und

15) M. Wechselrecht, S. 116. Dem dritten Inhaber gegenüber genügt es, daß der Wechsel mit Wissen und Willen des Ausstellers mit dessen Namen unterschrieben (nicht falsch) ist. Daher ist der Einwand, daß der Unterzeichner außer seinem Namen nichts schreiben und auch Geschriebenes nicht lesen könne, im Wechselprocesse unzulässig. Pr. 2269, vom 6. Febr. 1851 (Entsch. Bd. XX, S. 354).

16) Z. E. Seeger und Comp. per (oder durch) Cassenhalter.

17) A. W.O. Art. 95. Die Satzung, daß Vormünder und ähnliche Vertreter nur ebenso wie der Vertretene haften, also von dem Personalarreste befreit sind, ist nicht rechtfertig. S. m. Wechselrecht, S. 347.

18) A. W.O. Art. 94. Die Beglaubigungsverhandlung muß aber nicht in Ausfertigung, sondern in Urschrift angehängt sein. Erk. des Obertrib. vom 7. Februar 1857 (J.M.Bl. S. 151, Nr. 174). Ueber andere mangelhafte Unterschriften m. Wechselrecht, S. 345.

19) Es muß umgekehrt „nicht an Ordre" lauten, wenn die Uebertragung unstatthaft sein soll. A. W.O. Art. 9.

20) A. W.O. Art. 7. Ein gezogener Wechsel kann dann als Anweisung dienen, wenn er den Anforderungen einer solchen entspricht. M. Wechselrecht, S. 130.

unter ihnen selbst kommen die allgemeinen civilrechtlichen Grundsätze zur Anwendung; der Zahler erlangt kein Wechselrecht gegen die Mitschuldner[1]). Die Correalverpflichtung geschieht: 1) dadurch, daß mehrere einen Wechsel ohne Beifügung einer Bestimmung unterschreiben[2]); 2) dadurch, daß der Disponent einer Societätshandlung unter deren Firma den Wechsel ausstellt[3]); 3) dadurch, daß ein Factor in einem, unter der Firma seiner Handlung ausgestellten Wechsel sich persönlich mit verpflichtet; oder seinen Auftrag überschreitet[4]). II. Die Verbürgung für einen Wechsel kann im Wechsel selbst übernommen werden (aval), oder auch mittelst besonderer Handlung. Das Avallum geschieht dadurch, daß man unter einem Wechsel seiner Unterschrift die Eigenschaft als Bürge beifügt[5]). Ein solcher Bürge haftet, wenn er wechselfähig ist, wechselmäßig und solidarisch, doch nur nach Inhalt seiner Erklärung, dergestalt daß, wenn er seiner Unterschrift nichts beifügt, die unterzeichnete Erklärung unbedingt maßgebend ist, wenn er aber Bedingungen und Einschränkungen macht, diese seine Verbindlichkeit bestimmen[6]). Wer sich besonders verbürgt, haftet wie ein gemeiner Bürge. In der Art der Haftung ist zwischen einem Wechselbürgen und einem gemeinen der Unterschied, daß jener als Solidarschuldner wechselmäßig haftet; hinsichtlich der Regreßnahme aber an denjenigen, für welchen er sich verbürgte, ist jetzt kein Unterschied mehr: beide haben nur die Civilklage aus dem zwischen ihnen und dem Hauptschuldner gegründeten Rechtsverhältnisse; denn dieses Rechtsverhältnis liegt außer dem Gebiete des Wechselrechts, es ist rein civilrechtlich und kann nur auf diesem Wege zur Auflösung gebracht werden[7]). Hat er sich den Wechsel giriren lassen und ist sein Bürgschaftsverhältnis aus dem Wechsel selbst ersichtlich, so kann er als Wechselinhaber gegen jeden Wechselverpflichteten wechselmäßig verfahren, und — wenn er den Geber, dem er als Bürge zur Seite gestanden hat, angreift — sein Aval aus-

1) A. W.O. Art. 81. A. L.R. I, 5, §§. 443 ff. M. Wechselrecht, S. 303. — Pr. 1343 c, vom 30. September 1843 (Entsch. Bd. IX, S. 336).

2) A. W.O. Art. 81. Frauen machen eine Ausnahme nach Art. 1, verb. mit A. L.R. I, 14, §§. 232, 233. Ein bloßer Name quer durch den Wechseltext geschrieben ist keine Unterschrift.

3) A. L.R. II, 8, §§. 647 ff., 633, 514.

4) Ebend. §. 545. A. W.O. Art. 95.

5) Z. B. N. N. als Bürge, oder per aval N. N.

6) A. W.O. Art. 81. Wenn daher die Bürgschaft unter einer nicht eingetretenen Bedingung übernommen ist, so ist nicht allein keine Wechselbürgschaft, sondern überhaupt gar keine Bürgschaft eingetreten. Entsch. des Obertrib. Bd. IX, S. 354.

7) A. W.O. Art. 81. M. Wechselrecht, S. 304.

streichen[8]). Durch die bloße Auslieferung des quittirten Wechsels, des Protestes und einer quittirten Retourrechnung erwirbt er gegen dessen Person kein Wechselrecht, weil derselbe weder ein Vormann von ihm noch sein Wechselaussteller ist[9]).

B. Verhältnis zwischen Trassanten und Remittenten.

§. 622.

1. Verbindlichkeit des Trassanten.

Der Trassant ist verbunden, dafür zu sorgen, daß der Wechsel, seinem Inhalte gemäß, angenommen und pünktlich bezahlt werde; er haftet, wenn das unterbleibt, wechselmäßig für das ganze Interesse und alle nicht von dem Gläubiger verschuldete Kosten, wenngleich er ohne Schuld dabei ist. Doch ist diese Wechselverbindlichkeit dadurch bedingt, daß der Remittent in der übernommenen Bemühung, die Zahlung an dem angewiesenen Orte und bei der bestimmten Person rechtzeitig zu erheben, nichts versäume; sonst ist jeder Anspruch aus dem Wechsel gegen den Wechselgeber erloschen und nur noch die Civilklage aus der Bereicherung zulässig[1]). Der Remittent ist aber befugt, seinen Wechsel auf einen andern zu übertragen (eigentliches Indossament), oder durch einen Stellvertreter einziehen zu lassen (Indossament pro cura), ohne Unterschied, ob der Wechsel auf Ordre lautet oder nicht, und selbst die Worte: „nicht an Ordre" oder ein gleichbedeutender Ausdruck verhindern nicht das Indossament, sondern nur den wechselmäßigen Regreß[2]).

§. 623.

2. Eigentliches Indossament.

Grolmann, de cessione litterar. camb. Giess. 1711. — Gries, de indossamento lit. camb. Gott. 1795. — Riccius, de cessione camb. extra camb.; in Exercitt. no. VI. — Wolf, über die rechtliche Natur der Indossamente; in der Jurist. Wochenschrift, 1842, S. 537 fg. — Dr. J. Jolly, von dem Indossamente, in: Siebenhaar, Archiv, Bd. IV, S. 374 ff. und Bd. V, S. 37 ff.

Eigentliches Indossament, auch Giro, heißt die Uebertragung der Wechselforderung auf einen andern. I. Die Erfordernisse eines

8) A. W.O. Artt. 48, 49 und 55.

9) Darum fehlen die Voraussetzungen des Art. 51, daher derselbe auf dieses Verhältnis nicht anwendbar ist.

1) A. W.O. Artt. 8 u. 83. — M. Wechselrecht, S. 132, und Siebenhaar, II, S. 32 ff.

2) A. W.O. Artt. 9 u. 15. — M. Wechselrecht, S. 135.

Indossaments sind: 1) Es muß auf den Wechsel oder eine Copie desselben geschrieben werden, sonst hat es nur die Wirkungen einer Cession[2a]) und, wenn der Wechsel hinterdrein auf einen Dritten gehörig indossirt worden ist, ist dieser zur Weiterbegebung wie zur Einziehung des Wechsels vollständig legitimirt, wenn er auch die Cession gekannt hat[3]). Kann das Papier, wegen Mangels an Raum, nicht alle Indossamente aufnehmen, so darf ein Blatt (Allonge) angeklebt und darauf die Fortsetzung geschrieben werden[4]), doch so, daß der Schriftsatz unvollständig wird und es dadurch erkennbar macht, wenn der Verlängerungszettel später wieder entfernt worden. 2) Es muß von dem Indossanten eben so unterzeichnet werden wie ein Wechsel. Weiter ist nichts erforderlich, namentlich kann die Ausfüllung eines bloß durch Namensunterschrift vollzogenen Indossaments (Blanco-Indossaments) jedem spätern Inhaber überlassen bleiben; so lange die Ausfüllung nicht geschehen ist, kann der Wechselbrief durch bloße Uebergabe weiter girirt werden[5]). II. Die wechselmäßigen Wirkungen eines gehörigen Indossaments sind: 1) Der Indossatar tritt in alle Rechte des Indossanten aus dem Wechsel, ohne daß ihm Einwendungen aus der Person entgegengesetzt werden können; er kann den Wechsel auch weiter indossiren und zwar selbst an den Aussteller, Bezogenen, Acceptanten oder einen früheren Indossanten; und auch ein solcher Indossatar kann denselben weiter indossiren[6]). 2) Zwischen dem Indossanten und dem Indossatar tritt dasselbe Verhältnis ein wie zwischen Trassanten und Remittenten: der wechselfähige Indossant haftet dem selbst nicht wechselfähigen Indossatar und jedem spätern Inhaber des Wechsels wegen dessen Annahme und Zahlung wechselmäßig, in allen Fällen, wenn auch der Wechsel oder ein früheres Indossament falsch ist, für ebendasselbe, wofür der Trassant dem Remittenten aufkommen muß (§. 622); es steht ihm jedoch frei, diese Verbindlichkeit auszuschließen, welches dadurch ge-

---

2a) (3. A.) Dem Cessionar können, wenngleich er wechselmäßig zu klagen legitimirt ist, alle Einwendungen aus der Person des Cedenten entgegengesetzt werden.

3) A. W.O. Art. 11. Der Cessionar hat kein Interventionsrecht.

4) Ebenda. Die Verbindungsweise ist gleichgiltig.

5) Ebend. Artt. 11, 94 u. 13. (3. A.) Ein Blanco-Indossament muß aber nothwendig auf die Rückseite geschrieben werden, sonst gilt die Namensschrift für eine Mitunterschrift des Wechsels, weil eine andere Erklärung nicht darüber steht. Art. 81. Vergl. das Erk. des Obertrib. vom 13. Februar 1854 (Entscheid. Bd. XXVII, S. 439).

6) A. W.O. Art. 10. Hierdurch wird der Wechsel ein umlaufendes Geldpapier, welches in die Hände dessen, der es schon einmal ausgegeben hat, wieder zurückkommen kann.

schieht, daß er seinem Indossamente die Bemerkung „ohne Gewährleistung" oder „ohne Obligo" oder einen gleichbedeutenden Vorbehalt hinzufügt[7]). Uebernimmt er gegen den Indossatar zwar die Wechselverbindlichkeit, so kann er diese doch in Beziehung auf alle spätere Inhaber dadurch ausschließen, daß er unter dem Beding „nicht an Ordre" indossirt[8]). 3) Der Anspruch eines Indossatars gegen einen Vormann ist in der Regel durch eben die Sorgfalt in dem Versuche der Einziehung und Verfolgung der Forderung bedingt, wie der des Remittenten an den Trassanten. Nichtwechselfähige Indossanten haften nicht nach den Grundsätzen des Handlungsrechts, sondern nach Beschaffenheit des dem Indossamente zum Grunde liegenden Rechtsgeschäfts, folglich nicht für die im Wechselverkehr vorkommenden Besorgungs- (Provision) und Protestkosten[9]). Der in Anspruch genommene Vormann hat wegen dessen, was er geleistet hat, nebst 6 Procent jährlicher Zinsen, der ihm entstandenen Kosten und einer Provision von $\frac{1}{3}$ Procent, den Regreß an seine Vormänner und den Aussteller, und kann dazu gegen Zahlung der Wechselsumme nebst Zinsen und Kosten die Aushändigung des quittirten Wechsels, auf welchem der befriedigte Inhaber sein Giro und alle folgenden ausstreichen darf, und des, Mangels Zahlung erhobenen Protestes verlangen[10]), oder vielmehr, er ist nur schuldig, gegen Aushändigung des Wechsels und aller übrigen zur Begründung der Regreßklage erforderlichen Urkunden zu zahlen. III. Diese Wirkungen treten nur dann ein, wenn der Wechsel vor dem Verfall oder noch vor Ablauf der Zeit zur Erhebung des Protestes Mangels Zahlung indossirt worden ist. Wird ein Wechsel indossirt, nachdem diese Frist abgelaufen ist[10a]), so erlangt der Indossatar nur die Rechte aus dem Accepte gegen den Bezogenen und Regreßrechte gegen diejenigen, welche den Wechsel nach Ablauf dieser Frist indossirt haben; denn gegen den Aussteller und die übrigen Vormänner ist der Regreß durch Versäumung des Protestes erloschen. Ist aber der Wechsel vor der Indossirung bereits Mangels Zahlung protestirt worden, so hat der Indossatar

7) A. W.O. Artt. 14 u. 75. M. Wechselrecht, S. 144 u. 291.

8) A. W.O. Art. 15. (3. A.) Ein gleichbedeutender Ausdruck ist wegen der möglichen verschiedenen Auslegung nicht anzurathen. Vergl. den Rechtsfall in: Siebenhaar, Archiv, Bd. I, S. 204.

9) Simon und v. Strampff, Rechtssprüche, Bd. I, S. 216.

10) A. W.O. Artt. 39, 48, 51, 54, 55.

10a) (3. A.) Mittermaier, das Indossament nach dem Verfalltage; im Archiv von Siebenhaar, Bd. I, S. 10 ff. — Dr. T. Brackenhoeft, die Wechselung des Wechselbriefes und ihre Begrenzung, mit Berücksichtigung des Art. 16 der deutschen Wechselordnung; ebend. S. 243 ff.

nur die Rechte seines Indossanten gegen den Acceptanten, sowie gegen den Aussteller und diejenigen, welche den Wechsel bis zur Protesterhebung indossirt haben, welche wechselrechtliche sind oder nicht, je nachdem der Indossant bei der Protesterhebung die Vorschriften beobachtet hat; gegen den Indossanten selbst aber erlangt der Indossatar keinen wechselmäßigen Anspruch, denn er wußte ja, daß der Wechsel wegen Nichtzahlung aufgehört hatte, als Geldpapier umzulaufen. War der Protest zu spät oder fehlerhaft erhoben, so ist es wie in dem vorgedachten Falle, wo er ganz unterblieben[11]). IV. Das Theil-Indossament ist unverboten, folglich zulässig. Es kann so geschehen, daß der Indossant einen Theil für sich behält, oder so, daß er den Wechsel nach bestimmten Theilen an mehrere Indossatare girirt. Man bedient sich zur Ausführung des Theil-Indossaments einer Abschrift des Wechsels[12]).

§. 624.

3. Indossament in Procura.

Grattenauer, über Wechselprocura. Berlin 1800.

I. Dieses Indossament gründet sich auf ein Mandat und stellt die Vollmacht des Beauftragten vor; es gelten dabei zwischen Indossanten und Indossatar unbedingt[1]), und zwischen dem letztern und den weitern Indossataren, sofern diese dessen Verhältnis gekannt haben, die Grundsätze von Vollmachtsaufträgen[2]). Man unterscheidet noch das Indossament pro cura a) bloß zum Einziehen der Forderung, und b) das zur Veräußerung. Nur das zweite ermächtigt zur weitern Begebung. Das Procura-Indossament aber kann auf einen andern übertragen werden[3]). II. Das Procura-Indossament muß sich als solches durch den Wortlaut ankündigen, sonst gilt es im Verkehr für ein eigentliches Indossament. Man bedient sich dazu der Formel: „in Procura", oder „zur Encassirung", oder „zur Weiterbegebung", oder einer andern, die Bevollmächtigung ausdrückenden Formel. Es ermächtigt zur Einziehung der Wechselforderung, zur Protesterhebung und Benachrichtigung des Vormannes des Machtgebers, zur Einklagung und zur Erhebung der deponirten Wechselschuld[4]).

11) A. W.O. Art. 16. Sonst waren die Wechselordnungen über den Endtermin für die Indossirung in ihren Bestimmungen sehr verschieden. S. auch Simon, Rechtsspr., Bd. I, S. 268.

12) Das nähere s. m. Wechselrecht, S. 137.

1) A. W.O. Art. 17. — Treitschke, Encyklopädie, Bd. I, S. 469.

2) A. L.R. I, 13, §§. 150 u. fg. — Bender, I, S. 602.

3) A. W.O. Art. 17, Satz 2. Dadurch scheidet der Indossant ganz aus.

4) Ebend. Satz 1. Es besteht zwar nur ein Mandatsverhältnis, doch unter-

§. 625.

4. Präsentation des Wechsels.

I. Der Wechselinhaber muß den Wechsel dem Bezogenen zur gehörigen Zeit vorzeigen oder vorzeigen lassen; der dazu Abgesandte bedarf zu seiner Legitimation keiner schriftlichen Vollmacht[1]). In der Regel ist der Inhaber berechtigt aber nicht verpflichtet, den Wechsel noch vor der Verfallzeit zur Annahme zu präsentiren. Davon gelten drei Ausnahmen: 1) Meß- und Marktwechsel dürfen nicht vor der an dem Meß- oder Marktorte gesetzlich bestimmten Präsentationszeit zur Annahme präsentirt werden[2]); 2) Wechsel, welche auf eine bestimmte Zeit nach Sicht (Vorzeigung) lauten; sie müssen, wenn die Wechselerklärung keine Vorschrift darüber enthält, binnen 2 Jahren nach der Ausstellung zur Annahme präsentirt werden, bei Verlust des Wechselregresses gegen die Indossanten und den Aussteller[3]); 3) Domicilwechsel, wenn in denselben die Präsentation vorgeschrieben ist, müssen, bei gleichem Verluste, zur Annahme vorgezeigt werden[4]). II. Die Präsentation muß dem Bezogenen selbst oder dessen Procuristen[5]), in dem Geschäftslocale oder, in Ermangelung eines solchen, in dessen Wohnung, an einem Werkeltage, und zwar, wenn der Wechsel an einem Sonntage oder allgemeinen (öffentlichen) Feiertage verfällt, am nächsten Werktage, zwischen 9 Uhr Morgens und 6 Uhr Abends[6]), geschehen; wenn keine Erklärung darauf erfolgt, so ist zu verfahren, als wenn die Annahme verweigert worden. Ist der Bezogene verstorben, so präsentirt man dem Geschäftsführer oder Erben im Geschäftslocale oder, wenn ein solches nicht vorhanden, im Sterbehause, auch bei domiciliirten Wechseln. Wird dort niemand angetroffen, so ist Protest zu erheben, wie auch in dem Falle, wenn das Geschäftslocal oder die Wohnung selbst durch Nachfrage bei der Ortspolizei-

---

scheidet sich dasselbe von dem Civilmandate darin, daß der Indossatar in Procura in seinem Namen auftritt und auch den Proceß auf seinen Namen führt, folglich auch als Selbstschuldner für die Proceßkosten einsteht.

1) A. W.O. Art. 18, Satz 3.

2) Ebend. Satz 1 u. 2. Die Präsentationszeit an den verschiedenen deutschen Meßorten s. m. Wechselrecht, S. 155 ff.

3) A. W.O. Art. 19. Diese Verpflichtung bezweckt die Sicherheit des Wechselbegebers, daher jeder Indossant eine Präsentationsfrist vorschreiben kann.

4) Ebend. Art. 24. Hierbei ist das Interesse des Bezogenen berücksichtigt.

5) Die Ueberlieferung des Wechsels an einen nicht mit Procura versehenen Commis des Bezogenen und die Vorzeigung durch diesen genügt nicht zur Protesterhebung. Entsch. des Obertrib. Bd. VIII, S. 342, und Plenarbeschluß vom 29. Februar 1844 (Entsch. Bd. IX, S. 59).

6) A. W.O. Art. 91. Einf.Ges. vom 15. Februar 1850, §. 4.

behörde seitens des protestaufnehmenden Beamten nicht zu ermitteln, welches im Proteste vermerkt werden muß [7]).

§. 626.

5. Acceptation.

Gries, de acceptatione liter. camb. Jenae 1800. Deutsch von Zentsch. Quedlinburg 1802.

I. Acceptation heißt die Erklärung (die Handlung) des Bezogenen, daß er als solcher die Zahlung des Wechsels nach dessen Vorschrift leisten wolle; das Product dieser Handlung heißt Accept. Sie begründet, selbst wenn der Wechsel falsch ist [1]), zwischen ihm und dem Remittenten oder dessen Rechtsnachfolger eine selbständige Wechselverbindlichkeit auf Leistung dessen, was der Wechsel besagt, wenn der Acceptant wechselfähig ist, obgleich dem Aussteller die Wechselfähigkeit fehlt [2]); befreiet aber nicht den Trassanten von seiner Verbindlichkeit gegen den Remittenten. Welches Rechtsverhältnis dadurch zwischen dem Acceptanten zu dem Trassanten entsteht, hängt von dem Geschäfte ab, welches den Acceptanten zur Annahme veranlaßt [3]). II. Die Acceptation kann in willkürlich gewählten Worten, sogar durch den bloßen Namen oder die Firma ausgedrückt, muß aber nothwendig auf den Wechsel selbst gesetzt und von dem Acceptanten oder dessen Procuristen eigenhändig mit seinem Namen oder seiner Firma unterschrieben [4]) werden; die in einer besondern Urkunde erklärte Acceptation begründet nur einen civilrechtlichen Anspruch. Das Datum der Annahme ist kein wesentliches Erforderniß und kann, wenn es, wie bei Sichtwechseln, darauf oder auf das davon etwa verschiedene Datum der Präsentation ankommt, durch Protest festgestellt werden [5]). Durch mündliche oder stillschweigende Acceptation entsteht kein Wechselrecht. Die Annahme kann giltig auch noch nach dem Verfalltage, selbst nach bereits erklärter Weigerung geschehen [6]), doch darf der Präsentant sich nur bei einer unbe-

7) A. W.O. Art. 91, Satz 2. Diesen Protest nennt man Perquisitionsprotest.

1) Ebend. Art. 75. Nur ope exceptionis doli kann die Verbindlichkeit unwirksam werden, wenn der Kläger in dolo ist.

2) Aus demselben Grunde wie bei einem falschen Wechsel, nemlich weil der Acceptant ein selbständiger und ursprünglicher Wechselverpflichteter ist. A. W.O. Art. 23.

3) Darüber s. m. Wechselrecht, S. 160. Der Bezogene erlangt kein Wechselrecht gegen den Zieher. A. W.O. Art. 23, Satz 3.

4) Ebend. Art. 21. Ueber die Unterzeichnung mit der Firma s. Entsch. des Obertrib. Bd. VIII, S. 342.

5) A. W.O. Art. 20. Nach dem frühern Rechte konnte es auf jede andere Art bewiesen werden. A. L.R. II, 8, §. 1004.

6) Vergl. G.O. vom 24. März 1831, Satz zu §. 28 a. E. (G.S. S. 7).

dingten beruhigen. Es gilt aber jeder Ausdruck für eine unbeschränkte Annahme, sofern dadurch nicht ausdrücklich ausgesprochen ist, daß der Bezogene entweder überhaupt nicht oder nur unter gewissen Einschränkungen annehmen wolle[7]). Ist der Wechsel ein domiciliirter, so muß in der Annahme der Zahler (die Adresse) bestimmt angegeben werden; ist dies unterblieben, so wird angenommen, daß der Bezogene selbst die Zahlung am Zahlungsorte leisten wolle[8]). In keinem Falle ist der Bezogene schuldig, das Accept noch auf andere Exemplare, als das ihm zuerst präsentirte, zu setzen. Die Annahme muß unbedingt und ohne Einschränkung sein, mit der einzigen Ausnahme, daß sie auf einen Theil der im Wechsel vorgeschriebenen Summe beschränkt werden darf. Werden andere Einschränkungen beigefügt, so gilt die Annahme, in Beziehung auf die Regreßnahme, für gänzlich verweigert; der Acceptant haftet aber dem Inhaber, wenn dieser solches der Regreßnahme vorzieht, nach dem Inhalte seines Accepts wechselmäßig[9]). III. Durch die Vollziehung der Acceptation ist die hierdurch begründete neue Wechselverbindlichkeit geschlossen (perfect), und da ein Schuldner sich nicht einseitig befreien kann, so hat das eigenmächtige Durchstreichen seiner Annahme durch ihn, sei es vor oder nach der Zurückgabe, gar keine rechtliche Wirkung, selbst wenn die Schrift unleserlich gemacht worden wäre; weil der formelle Vertrag vollzogen war[10]) und die Beweiskraft kein Erfordernis der Form ist[11]). Erhält der Präsentant den Wechsel mit einem durchstrichenen Accept zurück, so muß er dagegen protestiren, nicht zur Sicherung des Regresses, sondern um den Mangel seiner Einwilligung dazu außer Zweifel zu setzen. IV. Wird die unbedingte Annahme oder nachher die Zahlung verweigert, so muß der Inhaber, nachdem er Protest erhoben, sich an die etwa gegebene Nothadresse, d. i. ein von dem Trassanten oder

---

7) A. W.O. Art. 21, Satz 2. Die gewöhnliche Formel ist: „angenommen," oder „acceptirt." Ein vorsichtiger Acceptant fügt bei: „für so und so viel, zahlbar in NN." — Das letztere deshalb, weil es vorkommt, daß der Inhaber, nach der Acceptation, noch ein Domicil auf den Wechsel setzt, was dann schwer erweislich ist.

8) A. W.O. Art. 24. Nach altem Rechte mußte in diesem Falle Protest erhoben werden. Den Domiciliaten kann nur der Acceptant ernennen.

9) A. W.O. Art. 22. Ueber die älteren Meinungen: m. Wechselrecht, S. 169 ff.

10) A. W.O. Art. 21, Satz 4. Die Zustimmung des Inhabers allein genügt nicht, wegen des Interesses der übrigen Wechselverbundenen; der Inhaber würde den Regreß verlieren. Die Zurückgabe gehört nicht mehr zur Form, daher ist die Durchstreichung vor der Rückgabe nicht, wie Treitschke, Encyklopädie, I, S. 35, meint, in der Willkür des Acceptanten.

11) S. oben §. 549. Daher findet selbst aus einem verlorenen Wechsel die Wechselklage statt. A. W.O. Art. 73.

einem Indossanten auf dem Wechsel bezeichneter Dritter, welcher für den gedachten Fall die Zahlung leisten soll, wenden. Sind mehrere Adressen, so muß, wenn der erste oder die ersten nicht unbedingt acceptiren und zahlen, die Meldung nach und nach, immer mit Protesterhebung, bei allen geschehen und demjenigen der Vorzug gegeben werden, welcher zu Ehren des Trassanten oder eines frühern Indossanten acceptiren will[12]). Nimmt der Adressat an, so entsteht zwischen ihm und dem Wechselgläubiger die eben gedachte Wechselverbindlichkeit (III), gegen den Adressanten erhält der Adressat die Rechte des Bezogenen, nicht die eines Ehrenacceptanten. V. Will auch kein Adressat sich einlassen oder bezahlen, doch zur Ehre eines Wechselverbundenen sich zur Acceptation verstehen (Acceptation per honor oder sopra prosteto)[13]): so muß der Inhaber solches gestatten, wobei dann der Bezogene vor dem Adressaten den Vorzug hat; einen nicht auf dem Wechsel benannten Dritten aber braucht der Inhaber nur dann zuzulassen, wenn ihm sogleich baare Zahlung (Zahlung par honneur) geleistet wird, außerdem ist er berechtigt, aber zur Erhaltung seines Regresses nicht verpflichtet, die Intervention (eigentliche Acceptation par honneur) abzulehnen[14]). 1) Jeder, der als Intervenient (per honor) acceptiren will, muß dieses deutlich mit Worten und in der vorgeschriebenen Form, d. i. in einem Anhange zu dem Proteste Mangels Annahme, ausdrücken, sonst erwirbt er nur die Rechte des Bezogenen, nicht die des Wechselinhabers, gegen den Verpflichteten; desgleichen gehört als wesentliches Erfordernis dazu, daß er vor der Intervention den Protest erheben und sich gegen Erstattung der Kosten aushändigen lasse[15]). 2) Der Intervenient darf bestimmen, zu Ehren wessen von mehreren Wechselverbundenen er eintritt, nur kann er nicht für den Bezogenen eintreten; er muß die Person des Honorirten in dem Accept bezeichnen, sonst wird angenommen, daß er für den Trassanten eingetreten

12) Ebend. Art. 56. Nicht überall will man den Indossanten die Bezeichnung von Nothadressen gestatten, z. E. in Frankreich. Vergl. über die Rangordnung Bender, II, S. 629; W. Brauer, die Präsentation zur Annahme bei concurrirenden Nothadressen; in Siebenhaar, Archiv, Bd. IV, S. 316 ff.

13) Mothes, de interventione cambial. Lips. 1822. — Heidenreich, de interventione camb. Lips. 1826. — Gelpke, die Intervention durch Einlösung des Ehrenaccepts ohne Protest; in Siebenhaar, Archiv, Bd. II, S. 60 ff.

14) Der gegen diese Berechtigung sonst erhobene Zweifel hatte keinen juristisch gültigen Grund und ist jetzt durch Artt. 57 und 62, Satz 3 beseitigt.

15) A. W.O. Art. 58. Die hier vorgeschriebene Form kannten schon viele W.O.; dem A. L.R. war sie fremd. Anders bei der Ehrenzahlung. Art. 63.

sei[16]). 3) Melden sich mehrere Intervenienten, so muß derjenige vorgezogen werden, welcher die wenigsten Vormänner in der Verbindlichkeit lassen will, der Intervenient für den Aussteller ist mithin der vorzüglichste[17]). 4) Gestattet der Inhaber eine eigentliche Acceptation per honor (im Gegensatze von der Zahlung per honor), so wird der Ehrenacceptant den sämtlichen Nachmännern des Honoraten durch die Annahme wechselmäßig verpflichtet; die Verpflichtung erlischt, wenn der Wechsel nicht spätestens am zweiten Werktage nach dem Zahltage zur Zahlung vorgelegt wird[18]). 5) Durch die Befriedigung des Wechselinhabers tritt der Intervenient in dessen Rechte und Pflichten gegen den Acceptanten, gegen den Honorirten und dessen Vormänner[19]), gegen diese aus dem Rechte des Honorirten. Dieses setzt aber voraus, daß er ausdrücklich zu Ehren eines Wechselverpflichteten eingetreten sei und gezahlt habe. Ist dies nicht der Fall und die Zahlung auch nicht als eine Ehrenzahlung geleistet worden, so erwirbt der Dritte durch die Zahlung allein, und wenn er sich von dem Inhaber weder ein Giro noch eine Cession, sondern nur eine Quittung hat geben lassen, gegen die Vormänner des durch ihn befriedigten Wechselinhabers kein Wechselrecht, vielmehr nur eine gewöhnliche Forderung ohne Vorrechte[20]).

6. Zahlung.

§. 627.

a) Bei verlornen Wechseln.

Dr. J. Jolly, von verlorenen Wechseln; in: Siebenhaar, Archiv, Bd. IV, S. 1 ff.

I. Ohne nochmalige Präsentation und Aushändigung des Wechsels braucht in der Regel nicht gezahlt zu werden. Meldet jemand sich am Zahltage zur Empfangnahme der Zahlung, oder schon vorher mit der Behauptung, daß er der Gläubiger sei, der Wechsel aber verloren gegangen: so muß der Acceptant, mag sich zugleich ein Inhaber melden oder nicht, die Zahlung gegen Sicherheitsleistung bis zur Amortisation des Wechsels, oder ad depositum leisten, und kann

16) A. W.O. Art. 59. — Treitschke, Encyklopädie, I, S. 523, 524 und 552.

17) A. W.O. Art. 56, Satz 2 und Art. 64.

18) Ebend. Art. 60. — Treitschke a. a. O. S. 581.

19) A. W.O. Art. 63. — Gutachten der Berliner Börsenvorsteher; in Mathis, Bd. III, S. 499. — Bender, Grundsätze des deutschen Wechselrechts, Bd. I, S. 652.

20) A. L.R. I, 16, §§. 46, 47. — Präjud. des Obertrib. 1858, vom 30. April 1847 (Entsch. Bd. XIV, S. 458.

dazu von dem Verlierer wechselmäßig gezwungen werden, wenn der Wechselkläger die Acceptation (den Grund der Wechselverbindlichkeit) zu beweisen vermag[1]). Meldet sich kein Inhaber, so muß der Verlierer bei dem Handelsgerichte oder, wo es daran fehlt, bei dem ordentlichen Gerichte des Zahlungsortes ein Aufgebot ausbringen, und wenn darauf niemand sich meldet, der Wechsel mortificirt werden[2]). Derjenige, welcher die Amortisation ausgebracht hat, ist alsdann zum Empfange der Zahlung berechtigt[3]). Meldet sich vor oder nach dem Aufgebote ein Inhaber, so wird er für den rechten Gläubiger gehalten, wenn er den Wechsel nicht unredlich erworben hat, oder ihm bei der Erwerbung des Wechsels nicht eine grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt, ohne Unterschied, ob das Giro falsch oder nicht; der letzte rechtmäßige Inhaber kann von ihm den Wechsel nicht vindiciren und hat auch keinerlei Forderungsrecht gegen den Aussteller, er kann sich nur an den unredlichen Finder und Giranten halten[4]). Meldet sich niemand zur Empfangnahme der Zahlung, so ist der Acceptant am dritten Tage nach der Verfallzeit zu deponiren berechtigt; der Vorladung des muthmaßlichen letzten Inhabers bedarf es dazu nicht[5]). II. Ist der Wechsel nach Verweigerung der Zahlung und Erhebung des Protestes verloren gegangen, so wird ebenso mit dem Aufgebot u. s. w. verfahren, und derjenige, welcher in dem über den Protest aufgenommenen Protokolle als rechtmäßiger Inhaber genannt, ist den Trassanten auf Zahlung gegen Sicherstellung oder Niederlegung der zu zahlenden Summe schon vor dem Austrage des Aufgebots- und etwaigen Legitimations- (Interventions-) Verfahrens, wechselmäßig anzuhalten berechtigt[6]). III. Geht ein Wechsel vor der

---

1) A. W.O. Art. 73. — Treitschke, Bd. II, S. 595. — Die Wechselklage findet allerdings statt. (3. A.) Aber die Beweisführung kann schwierig werden.

2) A. W.O. Art. 73. Das Verfahren ist im §. 2 des Einführungsgesetzes vom 15. Februar 1850 vorgeschrieben. (3. A.) Dr. Leonhard Wächter, Erörterungen über die Amortisation von Wechseln, zum Art. 73 der deutschen Wechselordnung; in: Siebenhaar, Archiv, Bd. IV, S. 241 ff.

3) A. W.O. Art. 73. Der Ablauf der Wechselverjährung gibt dem Präsentanten keine Berechtigung, wenn auch keine Ansprüche Dritter zum Vorschein gekommen sind.

4) A. W.O. Art. 74. Anders nach G. R., welches der bona fides nicht die Wirkungen einräumt, welche sie nach Pr. R. hat. Durch den Art. 74 ist die particularrechtliche Satzung des Preuß. Rechts zu einem für das deutsche Wechselrecht allgemeinen Rechtssatze gemacht worden.

5) A. W.O. Artt. 40 und 41. Das landrechtliche Depositionsverfahren fällt also weg.

6) Irrig bestreiten Crelinger und Gräff, S. 359, den wechselmäßigen Anspruch, behauptend, daß das Wechselrecht durch den Verlust des Wechselbriefs erloschen sei. Nichts weniger. Der Mangel des Originals berührt nur den

Acceptation verloren, so muß der Verlierer davon den Aussteller und den Bezogenen in Kenntnis setzen, sonst verliert er sein ganzes Recht auch gegen den Aussteller, wenn der Bezogene an einen unverdächtigen Inhaber den Wechsel bezahlt. In jedem Falle muß die Verfallzeit und damit abgewartet werden, ob der Wechsel zur Präsentation kommt. Geschieht dieses, und acceptirt der Bezogene, so wird es mit der Zahlung gehalten, wie in dem ersten Falle. Acceptirt er nicht, so darf er, wenn der Inhaber unverdächtig ist, den Wechsel nicht, wie nach dem alten Rechte erlaubt war, zurückhalten und dem Richter ausliefern. Der Präsentant muß dann, wegen Nichtacceptation, Protest erheben, worauf er von demjenigen der Vormänner, auf welchen er zurückgehen will, noch vor ausgemachter Sache Sicherheitsbestellung wechselmäßig fordern kann[7]). Meldet sich niemand mit dem Wechsel bis zum Verfalltage, so kann der Verlierer dem Bezogenen ein Duplicat des Wechsels, welches der Aussteller zu geben verpflichtet ist[8]), zur Annahme präsentiren.

§. 628.

b) Bei Verfälschungen.

Bondt, de periculo damni ex falso in literis camb. commiss. Lugd. 1788. — van Hall, Proeve van en Onderzoeck wegens de Gevolgen van gepleedge Valschheid. Amst. 1828; im Auszuge in der Zeitschrift für ausländische Rechtswissenschaft, Bd. I, Nr. 22. — Die ältere gemeinrechtliche Literatur ist mit Vorsicht zu benutzen, wegen der ganz veränderten Folgen der Redlichkeit im Erwerbe.

I. Der Umstand, daß die Wechselverbindlichkeiten formelle sind, verbunden mit dem Grundsatze, daß der redliche Erwerber wegen seiner Redlichkeit geschützt wird, ergeben in Bezug auf die bei Wechseln vorkommenden Unrichtigkeiten folgende Grundsätze: 1) Das Falsche begründet für denjenigen, welcher sich nicht verbindlich machte, keine Verbindlichkeit, mithin kann eine solche auch nicht auf einen redlichen Dritten übertragen werden. 2) Wer auf Grund einer wirklichen oder vermeintlichen Verbindlichkeit für sich eine Wechselverbindlichkeit eingeht, ist in der That wechselrechtlich verbunden, wenn auch die vorausgesetzte Verbindlichkeit nicht vorhanden war. 3) Diese nach strengem Rechte giltige Verbindlichkeit wird aber durch

---

Beweis, nicht das Recht (s. oben §. 626, Note 11) und hat ebenfalls nur auf das Verfahren Einfluß.

7) A. W.O. Art. 25. Auf den Verlierer wird im Wechselverkehr keine Rücksicht genommen, bis etwa der Richter auf Grund einer begründeten Interventionsklage (Art. 74) Arrest legt.

8) A. W.O. Art. 66. Vergl. Art. 41.

die exceptio doli unwirksam. II. Anwendungen: 1) Wer einen falschen Wechsel acceptirt, muß ihn, kraft seiner eigenen Verbindlichkeit, wechselmäßig bezahlen, wenn der Inhaber redlich ist, und nicht mit der exceptio doli zurückgewiesen werden kann; der Acceptant hat keinen Anspruch an den vermeintlichen Aussteller, weil eine Verbindlichkeit desselben nicht besteht[1]). Bis zur ausgemachten Sache kann er von dem Inhaber gegen Zahlung Cautionsbestellung fordern oder ad depositum zahlen, und der Inhaber ist nicht befugt, dieserhalb an die Vormänner zu gehen[2]); wohl aber kann er das, wenn der Acceptant überhaupt nicht zahlt. 2) Ist in einem echten Wechsel die Summe verfälscht, so gilt in Absicht des falschen Theils dieselbe Regel: der Aussteller ist nicht schuldig und der Indossant wie der Acceptant in dem Falle, daß die Verfälschung erst nach dem Giro und nach der Acceptation geschah, auch nicht, weil darauf die Verbindlichkeit selbst nicht formell eingegangen ist; wogegen solches allerdings in dem Falle geschehen, wenn die Wechselverbindlichkeit erst nach der Fälschung durch Indossament oder Accept übernommen ist ([1]). Der Bezogene aber, welcher gegen den Inhalt des Avisbriefes unvorsichtig acceptirte und deshalb zahlen mußte, hat keinen Anspruch an den Aussteller[3]). 3) Ein falsches Indossament erzeugt zwar keine Verbindlichkeit des angeblichen Giranten, überträgt jedoch gleichwohl auf die folgenden redlichen Hintermänner die Verbindlichkeit aus dem Wechsel[4]), auch begründen alle folgenden echten Indossamente und die Acceptation die persönliche Wechselverbindlichkeit der Aussteller (Nr. 1). Der Bezogene ist nicht berechtigt, dem letzten redlichen Indossatar, wegen der von ihm entdeckten Unechtheit eines frühern Indossaments, die Acceptation oder gar nach der Acceptation die Zahlung zu verweigern oder zu deponiren, vielmehr kann der Inhaber dieserhalb Protest erheben und an den Trassanten oder die wirklichen Vormänner seinen Regreß nehmen[5]). Ist das letzte Indossament unecht, und zahlt der Bezogene aus grobem Ver-

1) A. W.O. Artt. 75, 76. Der Irrthum entkräftet die Wechselerklärung also nicht.

2) Wenn auch die Falschheit bewiesen wird, so hat der Acceptant doch nicht die condictio indebiti, wie man vor der A. W.O. nach G. R. wohl mit Grund behauptet. Treitschke, I, S. 413.

3) Bender, II, S. 231. — Treitschke, I, S. 420. S. auch das A. L.R. II, 8, §§. 1150—1152.

4) A. W.O. Art. 76. Hierdurch ist der landrechtliche Grundsatz aufgenommen. A. L.R. a. a. O. §. 1156. Darin liegt eine erhebliche Abweichung von dem G. R. Gründler, Polemik, II, S. 290.

5) Schon nach A.L.R. a. a. O. §§. 1153, 1156, 1157. Daher irrig Crelinger ꝛc. S. 290 u. 332.

sehen an einen unredlichen Inhaber, so gilt die Zahlung nicht, und er kann nur von dem Fälscher Schadenersatz fordern [6]).

§. 629.

c) Zahlungsleistung.

Die Zahlung kann vor der Verfallzeit weder gefordert noch geleistet werden [1]), der Acceptant ist, wegen des Interesses anderer Wechselberechtigten, selbst mit Einwilligung des Wechselinhabers nicht befugt, früher zu zahlen, ohne Gefahr zu laufen, daß die Zahlung in Beziehung auf jene (gegen den Zahlungsnehmer und dessen Gläubiger niemals) ungiltig [2]). I. Die Zahlzeit und die Verfallzeit fallen in der Regel zusammen, denn Discretions- (Respit-, Respect-) Tage finden nicht mehr statt [3]). Die Verfallzeit tritt ein [4]): a) bei den Wechseln mit einem bestimmten Zahlungstage noch an demselben Tage; b) bei Sichtwechseln und zwar auf Sicht bei der Vorzeigung; und nach Sicht mit dem letzten der bestimmten Tage, welche von dem Tage nach der Präsentation an gezählt werden [5]); ist die Frist nach Wochen, Monaten oder einem, mehrere Monate umfassenden Zeitraume (Jahr, halbes Jahr, Vierteljahr) bestimmt, an demjenigen Tage der Zahlwoche, oder des Zahlungsmonats, der durch seine Benennung oder Zahl dem Tage der Ausstellung oder Präsentation entspricht; fehlt dieser Tag in dem Zahlungsmonate, so tritt die Verfallzeit an dem letzten Tage des Zahlungsmonats ein. Ein halber Monat gilt für 15 Tage und wird zuletzt gezählt, wenn der Wechsel auf ganze und einen halben Monat lautet. Bei allen Wechseln, deren Verfalltag nach der Vorzeigung berechnet wird, wird von der Präsentation an gezählt, wenngleich das Accept von einem spätern Dato ist (§. 626, Note 5). c) Bei Meß- und Marktwechseln bestimmen die Ortsgewohnheiten oder Gesetze den Verfalltag, in Ermangelung solcher Bestimmungen wird der Wechsel am Tage vor dem gesetzlichen Schlusse der Messe oder des Markts fällig; bei eintägigen Messen

6) Die Echtheit zu prüfen ist er nicht schuldig (A. W.O. Art. 36, Satz 3), daher haftet er nur für Dolus und grobes Versehen.

1) Bender, Bd. I, S. 452. — Pöhls, S. 381. — M. Wechselrecht, S. 213. Vergl. A. L.R. II, 8, §§. 845, 847, 1084.

2) Z. E. bei verloren gegangenen Wechseln. A. L.R. a. a. O. §. 1161. S. oben §. 627.

3) A. W.O. Artt. 30 u. 33. Bei Meßwechseln kommen noch mehrere Zahltage, nach Ortsgesetzen, vor. Art. 35.

4) Ebend. Artt. 30 — 32.

5) Ebend. Art. 32, Nr. 1. C.O. vom 22. Mai 1815 (G.S. S. 125). Also nach der Regel, der Tag nach der Präsentation fängt die Zählung mit eins an. S. oben §. 221.

und Märkten aber an diesem Tage selbst[6]). Trifft der Zahltag bei den Wechseln a bis c auf einen Sonn-, oder allgemeinen Feiertag, so muß, ohne Unterschied der Religion des Schuldners, der nächste Werktag abgewartet werden[7]). An dem Zahltage selbst kann erst von 9 Uhr Vormittags bis 6 Uhr Abends Zahlung gefordert werden[8]). Der Schuldner ist jedoch bei Meß- und Marktwechseln berechtigt, schon am ersten Zahltage zu zahlen, ohne daß ein Wechselinteressent die Zahlung als zu früh geleistet anfechten kann[9]). II. In Ansehung der Zahlmittel gelten die allgemeinen Grundsätze[10]), nur für Naumburg findet hinsichtlich der Münzsorten eine Ausnahme statt[11]). Zur vollständigen Erfüllung gehört die gleichzeitige Zahlung der seit dem Verfalltage laufenden Verzugszinsen, sowie der bereits entstandenen Kosten, wenn erst nach erhobenem Proteste Zahlung geleistet wird, die dem Acceptanten noch immer freisteht, oder wenn auf genommenen Regreß gezahlt wird[12]). III. Nur an den unverdächtigen Wechselinhaber oder dessen gehörig legitimirte Erben darf gezahlt werden; ist die Legitimation dem Schuldner nicht zweifelsfrei vorgelegt, so kann derselbe auf Kosten der Erben deponiren, ist dazu aber auch auf Verlangen schuldig[13]). Auch Theilzahlung muß der Inhaber des Wechsels in allen Fällen annehmen[14]). IV. Gegen richtige Zahlung muß der Zahlungs-

6) A. W.O. Art. 35. Für Naumburg: V. v. 4. Juni 1819, §§. 25—27; C.O. vom 24. März 1831. Für Breslau: C.O. vom 10. Decbr. 1840 (G.S. 1841, S. 15). Für Frankfurt: Rev. Meßordn. vom 31. März 1832, §. 7 (G.S. S. 149). — Verlegung oder Wegfall der Messe ändert die im Wechsel beziehlich bestimmte Zeit nicht; denn es ist ebenso, als wären die Kalendertage, auf welche die Messe nach der zur Zeit der Wechselausstellung bekannt gemachten Bestimmung fallen sollte, als Verfallzeit bestimmt. Simon, Rechtsspr., Bd. I, S. 33. Für den Fall der Verlegung anderer Meinung sind Crelinger und Gräff, S. 111, nach Pöhls und Treitschke. Was aber für den Fall des gänzlichen Ausfalls wahr, ist auch für den der Verlegung Thatsache.

7) A. W.O. Art. 92.

8) Ebend. Art. 92 und Einführungsgesetz vom 15. Februar 1850, §. 4.

9) M. Wechselrecht, S. 214. Die mehreren Zahltage gelten für Einen Tag.

10) S. oben §§. 576, 456 und 457. Bei alternativen Zahlorten wird die unbestimmt gebliebene Münzsorte nach dem Orte der Ausstellung angenommen. A. L.R. II, 8, §. 885. Am Zahlorte nicht umlaufende Münzsorten und Rechnungswährungen werden nach ihrem Werth zur Verfallzeit in der Landesmünze gezahlt. A. W.O. Art. 37.

11) Meßordnung vom 4. Juni 1819, §§. 21, 22 (G.S. S. 144).

12) A. W.O. Artt. 50—52.

13) Nach civilrechtlichen Grundsätzen. Die landrechtliche W.O. bestimmte es in den §§. 1137, 1153, 893—895 a. a. O. ausdrücklich. (3. A.) Nach den Grundsätzen der A. O. W.O. läßt sich die Berechtigung und Verpflichtung zur Deposition nicht für alle Fälle einer verdächtig scheinenden Legitimation behaupten; es kommt auf die besonderen Umstände jedes einzelnen Falles an. Vergl. m. Anm. 71 zu Art. 36 der A. W.O.

14) A. W.O. Art. 38. Die Abweichung von dem civilrechtlichen Grundsatze gründet sich im Interesse der übrigen Wechselverbundenen außer dem Inhaber.

nehmer auf dem Wechsel quittiren und hiernächst denselben dem Zahler aushändigen; sind mehrere Exemplare des Wechsels vorhanden, so müssen diejenigen, worauf das Accept steht und worauf die ganze Reihe der Indossamente befindlich, ausgeliefert werden, sonst muß der Schuldner deponiren; der Mangel der übrigen Exemplare ist kein giltiger Grund, die Zahlung zurückzuhalten oder ad depositum zu leisten[15]). Der Ehrenzahler hat auch das Recht, aber zur Erhaltung seines Wechselrechts nicht die Pflicht, die Aushändigung des Protestes Mangels Zahlung zu fordern[16]); denn zum Regreß kann er selbst Protest erheben, wenn dazu noch Zeit ist, und zur directen Klage bedarf es dessen nicht. Ist nur eine Theilzahlung geleistet, so genügt die Abschreibung auf dem Wechsel und eine auf eine von dem Wechsel genommene Abschrift gesetzte Quittung ([14]). V. Meldet sich bis zum zweiten Werktage nach der Verfallzeit niemand bei dem Acceptanten oder beziehlich am sonstwo bestimmten Zahlorte, so ist das ein Depositionsgrund[17]). Die zur Verfallzeit und mit gehöriger Vorsicht in gutem Glauben geleistete Zahlung befreit den Acceptanten gegen den wahren Wechselgläubiger, und begründet ein civilrechtliches Verhältnis zwischen ihm und dem Aussteller oder dessen Committenten[18]).

§. 630.

7. Wechselprotest.

Hufeland, primae lineae de protestat. camb. Jen. 1799; deutsch übersetzt von Zimmerl. Wien 1801. — Luebeck, de protest. in camb. Regiom. 1741. — Riccius, Exercit., No. X.

I. Wird von dem Bezogenen oder einem andern Wechselverbundenen die wechselmäßige Verbindlichkeit gar nicht oder nicht vollständig oder unbedingt übernommen, oder wird die übernommene Verbindlichkeit gar nicht oder nicht genügend erfüllt, und beabsichtigt der Wechselgläubiger dieserhalb seinen Regreß an jemand zu nehmen, so muß er die Weigerung der Genügeleistung und seine eigene Sorgfalt in seiner Bemühung behufs Einziehung der Forderung, als Erfordernisse des Regreßanspruchs, sogleich unzweifelhaft darthun. Das dazu vorgeschriebene Beweismittel, welches in der Regel durch ein anderes so wenig ersetzlich ist, daß davon die Annahme

15) Simon, Rechtssprüche, Bd. III, S. 19.
16) A. W.O. Art. 63. Vergl. Hamburger Einführungsordnung, §. 8.
17) A. W.O. Art. 40. S. oben §. 579.
18) Cropp, Gutachten, S. 90 ff. Darüber läßt sich im allgemeinen nichts bestimmen.

der Klage abhängt, ist der Protest, d. i. eine öffentliche Urkunde über die Thatsachen: was der Wechselinhaber auf den Wechselbrief von jemand verlangt hat und zu welcher Zeit, was dieser darauf gethan, und daß jener sich damit unzufrieden erklärt [1]) habe. II. Der Protest ist in allen Fällen nothwendig, wo in dem Stillschweigen des Wechselgläubigers zu einem der strengen Verbindlichkeit nicht genügend entsprechenden Thun oder Lassen des Bezogenen oder eines angegangenen Wechselverbundenen irgend eine Genehmigung, Nachsicht oder Säumnis liegen würde, namentlich: 1) wenn der Verwahrer des zur Acceptation versandten Wechselduplicats nicht zu treffen ist oder die Herausgabe des Duplicats verweigert; 2) wenn der Bezogene die Annahme des Wechsels nach der Vorschrift verweigert, und der Inhaber Regreß auf Sicherstellung nehmen will, oder der Wechsel nach Sicht lautet; 3) wenn der Acceptant bei einem Sichtwechsel sein Accept nicht datirt; 4) wenn bei einem Domicilwechsel der Domiciliat [2]) im Domicil nicht angetroffen wird, oder nicht zahlt; 5) wenn der Bezogene oder sein Disponent an dem Orte, wo er sonst seine Geschäfte treibt, nicht angetroffen wird, oder nicht zahlt; 6) wenn er bei Meßwechseln die Messe weder selbst noch durch Procura besucht, oder sich vor Ablauf der üblichen Präsentationsfristen wieder entfernt hat; 7) wenn der Bezogene verstorben ist und im Comptoir oder Sterbehause niemand sich findet, der zur Annahme befugt und willig ist; 8) wenn die Erben von der Ueberlegungsfrist Gebrauch machen wollen; 9) wenn der Wechselinhaber wegen Unsicherheit des Acceptanten Regreß auf Sicherstellung zu nehmen beabsichtigt und der Acceptant die geforderte Sicherstellung nicht leistet (Securitätsprotest); 10) wenn in diesem Falle die Nothadressen die Annahme verweigern; 11) wenn der Bezogene nur per honor acceptiren will; 12) wenn von der Nothadresse oder dem Bürgen die Annahme verweigert wird; 13) wenn nach der Acceptation noch vor der Verfallzeit dem Inhaber bekannt wird, daß über das Vermögen des Acceptanten Concurs eröffnet worden; 14) wenn der Acceptant oder dessen Erben gar nicht, oder nicht zur bestimmten Zeit, oder nicht am bestimmten Orte, oder

1) Der Beweis dieses Umstandes ist eine Hauptsache. Danach hat die Handlung den Namen. (3. A.) Zum Beweise dieser Unzufriedenheit braucht jedoch in der Protesturkunde die Redensart, daß man protestire u. dergl., nicht niedergeschrieben zu werden; das gestellte „Begehren" und die Feststellung der Erfolglosigkeit geben diesen Beweis schon.

2) Gegen den Acceptanten, wenn dieser keinen Domiciliaten benannt hat, bedarf es der Protesterhebung nicht. Art. 43. Pr. 2240, vom 8. October 1850 (XX, 346).

sonst nicht genügende Zahlung leisten, oder wenn der Acceptant oder dessen Erben zur Zahlungszeit nicht anzutreffen, oder beziehlich nicht bekannt oder ungewiß sind, auch kein Factor vorhanden ist, selbst alsdann, wenn schon Mangels Annahme Protest erhoben worden[2a]); 15) wenn die Nothadresse oder der Bürge in gleicher Weise nicht zahlt; 16) wenn ein Intervenient, nach der Acceptation, nicht zahlt; 17) wenn der Inhaber Abschlagszahlungen annimmt, wegen des Ueberrestes; 18) wenn nach Erhebung des Protestes der Bezogene noch acceptirt oder der Acceptant noch zahlt, jedoch die Erstattung der Protestkosten verweigert, wegen dieser Kosten; 19) wenn ein Intervenient zu Ehren acceptirt hat, oder zu Ehren zahlen will (Interventionsprotest); 20) wenn ein Intervenient vollständige Ehrenzahlung anbietet und damit von dem Inhaber zurückgewiesen wird[3]). III. Erhoben werden muß der Protest: 1) an dem Orte der Handlung oder Begebenheit, gegen welche protestirt wird[4]); 2) wegen Mangels Zahlung spätestens am zweiten Werktage nach dem Zahlungstage; er darf aber auch schon am Zahlungstage erhoben werden, allemal aber zwischen 9 Uhr Morgens und 6 Uhr Abends[5]); 3) durch eine dazu öffentlich bestellte Person. Zur Protestaufnahme befähigt sind: die Gerichte, die dazu ein Mitglied, oder einen Secretär, Referendarius, Auscultator oder einen Actuarius ohne Protokollführer deputiren können, und die Notarien ohne Zuziehung von Zeugen, im Bezirke des Kölner Appellationsgerichts auch die Gerichtsvollzieher[6]). IV. Der instrumentirende Beamte muß sich zu der Person, gegen deren Handlung oder Erklärung protestirt werden soll, verfügen, ihr den Wechsel vorzeigen und den Zweck davon (behufs Annahme, Zahlung u. s. w.) mit dem entsprechenden Begehren kundgeben, ihre Erklärung darüber fordern und gegen die Unwillfährigkeit protestiren. Diesen Hergang bezeugt er, mit Einschaltung oder Anhängung einer genauen Abschrift des Wechsels und aller Indossamente, unter seiner Unterschrift und Beidrückung seines Amtssiegels. Wesentliche Erfordernisse des Protestes sind: 1) die wörtliche Aufnahme des Wechsels oder der Copie und aller darauf befindlichen

2a) A. W.O. Art. 41. Nach dem landrechtlichen Regreßsystem war er nicht nothwendig. §. 1073 a. a. O.

3) Es können noch andere Fälle vorkommen; das Princip muß in jedem einzelnen Falle leiten. S. m. Wechselrecht, S. 332 ff.

4) A. W.O. Art. 91.

5) Ebend. Art. 41. Einführungsgesetz vom 15. Februar 1850, §. 4. Danach gereicht die Frist nur zum Vortheile des Wechselinhabers.

6) A. W.O. Art. 87. Einführungsgesetz vom 15. Februar 1850, §. 3.

Indossamente und Bemerkungen, auch die etwa durchstrichenen; 2) die Namen oder die Firma der Personen, für welche und gegen welche der Protest erhoben wird; 3) das an die Person, gegen welche protestirt wird, gestellte Begehren, ihre Antwort oder die Bemerkung, daß sie keine gegeben habe oder nicht anzutreffen gewesen sei; 4) die Angabe des Ortes, Kalendertages, Monats und Jahres, wo diese Aufforderung geschehen oder ohne Erfolg versucht worden ist; 5) im Falle einer Ehrenannahme oder einer Ehrenzahlung die Erwähnung, von wem, für wen und wie sie angeboten und geleistet wird; 6) die Unterschrift des instrumentirenden Notars oder des Gerichtsbeamten, mit Beifügung des Amtssiegels, unter Beobachtung der Vorschriften der Notariatsordnung hierüber; die Unterschrift des Protestaten ist nicht nöthig. Muß gegen mehrere protestirt werden, so kann über die mehrfache Aufforderung Eine Urkunde ausgefertigt werden [7]); 7) die Ausfertigung muß an demselben Tage geschehen, an welchem das Begehren gestellt worden ist [7a]). V. Der Inhaber eines Mangels Zahlung protestirten Wechsels muß seinen unmittelbaren Vormann von der Nichtzahlung brieflich benachrichtigen; der Brief muß innerhalb zweier Tage nach der Protesterhebung zur Post gegeben werden, worüber ein Postattest vollständigen Beweis gibt; jeder benachrichtigte Vormann muß binnen derselben, vom Empfange der Nachricht laufenden, Frist seinen nächsten Vormann in gleicher Weise benachrichtigen. Wer diese Benachrichtigung unterläßt, wird den sämtlichen oder den übersprungenen Vormännern wegen des ihnen aus der Unterlassung entstandenen Schadens civilrechtlich verantwortlich und verliert gegen sie den Anspruch auf Zinsen und Kosten, nicht aber den auf die Wechselsumme [8]).

8. Wechselregreßklage.

Dr. Liebe, Ueber die Regreß- oder Entschädigungsklage des Inhabers eines präjudicirten Wechsels; im Jur. Magazin, neue Folge, von Scholz III. ꝛc. Bd. I, H. 2 (Braunschweig 1836), Nr. I.

§. 631.

a) Regreß auf Sicherstellung.

I. Der Wechselinhaber kann vor der Verfallzeit in keinem

7) A. W.O. Artt. 88 u. 89. (3. A.) Von der Meinung, daß die Abschrift des Wechsels oder der Wechsel nothwendig in den Contexte der Proceßurkunde aufgenommen werden müsse und nicht auf die Rückseite derselben geschrieben oder besonders angehängt werden dürfe (Entsch. Bd. VIII, S. 368), ist das Obertrib. zurückgekommen, nach dem Erk. vom 15. März 1853 (Siebenhaar, Archiv, Bd. III, S. 354).

7a) Erk. des Obertrib. vom 2. Mai 1854 (Entsch. Bd. XXVII, S. 444.)

8) A. W.O. Art. 45. Wer den Wechsel ohne Ortsbezeichnung weiter indossirt hat, wird bei der Benachrichtigung übergangen. Art. 47.

Falle das Wechselverhältnis auf dem Wege des Regresses auflösen, aber er ist aus zwei Gründen Sicherstellung im Wechselprocesse zu fordern berechtigt, nemlich: wegen nicht erhaltener Annahme, und wegen Unsicherheit des Acceptanten. 1) Wird der rechtzeitig zur Annahme präsentirte Wechsel überhaupt nicht, oder nur unter Einschränkungen, oder nur auf eine geringere Summe angenommen, so sind die Indossanten und der Aussteller wechselmäßig verpflichtet, gegen Aushändigung des Protestes Mangels Annahme Sicherheit dafür zu bestellen, daß die Bezahlung der verschriebenen Wechselsumme oder des nicht angenommenen Betrages sowie die Erstattung der durch die Nichtannahme veranlaßten Kosten am Verfalltage erfolgen werde; doch dürfen sie auch die schuldige Summe auf ihre Kosten deponiren. Der Wechselinhaber ist befugt aber nicht verpflichtet, diesen Regreß sogleich zu nehmen; denn er kann auch ohne Schaden an seinem Rechte die Verfallzeit abwarten und dann nach den Umständen den Regreß Mangels Zahlung nehmen. Nimmt er Regreß auf Sicherstellung, so kann er unter den Verpflichteten wählen, auch von der getroffenen Wahl wieder abgehen und einen Uebersprungenen angehen[1]). Zur Begründung der Regreßklage ist ein rechtzeitig erhobener Protest erforderlich; dieser muß dem Sicherheitsbesteller gegen[2]) Leistung der Sicherheit ausgehändigt werden. Die Sicherheit muß eine genügende (cautio idonea) sein, mithin durch Bürgschaft oder Pfand bestellt werden[3]), woraus dann, wenn daraus Befriedigung gesucht wird, ein Civilanspruch entsteht. Muß die Sicherstellung durch Execution erzwungen werden, so kommt die Form des Arrestes, sowohl gegen die Person als gegen das Vermögen, zur Anwendung. In dieser Lage bleibt dann die Sache bis zur Zurückgabe der Caution oder bis zur Verwendung derselben behufs Befriedigung des Wechselinhabers. 2) Ist ein präsentirter Wechsel ganz oder theilweise angenommen worden, so kann in Betreff der acceptirten Summe vor der Verfallzeit in zwei Fällen Sicherheit gefordert werden: a) wenn der Acceptant in Concurs verfällt oder auch nur seine Zahlungen einstellt; b) wenn nach Ausstellung des Wechsels eine Realexecution gegen den Acceptanten fruchtlos versucht oder wegen einer Geldzahlung der Schuldarrest verfügt worden ist. Zunächst ist der

1) A. W.O. Artt. 25 u. 26, Satz 2.

2) Zug um Zug. Siehe über das Nähere und Zweifelhafte m. Wechselrecht, S. 181.

3) A. L.R. I, 14, §§. 183—186. — L. 59, §. 6 D. mandati (XVII, 1); L. 4, §. 8 D. de fideicommissariis (XL, 5).

Acceptant die Sicherheit zu leisten schuldig; wird er dazu vergeblich aufgefordert, so ist Protest (Sicherheits- oder Securitätsprotest) zu erheben; sodann ist der Wechsel den etwa benannten Nothadressen zur Annahme zu präsentiren, und, wenn die Annahme abgelehnt wird, Protest Mangels Annahme zu erheben; und nun kann der Wechselinhaber, in gleicher Weise wie in dem vorigen Falle, von seinen Vormännern, gegen Auslieferung des Protestes, Sicherstellung fordern[4]). II. Die Sicherheit muß zurückgegeben werden, sobald der Grund der Bestellung wegfällt, mithin: 1) im ersten Falle (I, 1), sobald die vollständige Annahme des Wechsels nachträglich erfolgt; 2) in dem zweiten Falle (I, 2), wenn der Acceptant wieder Zahlung leistet; ferner: 3) wenn der Wechsel bezahlt oder durch Verjährung erloschen ist; und außerdem nach positiver Vorschrift: 4) wenn gegen den Regreßpflichtigen, welcher die Sicherheit bestellt hat, binnen Jahresfrist, vom Verfalltage des Wechsels an gerechnet, auf Zahlung aus dem Wechsel nicht geklagt worden ist[5]).

§. 631[a].

b) Regreß Mangels Zahlung.

I. Der Wechselinhaber, welcher zur Verfallzeit keine Zahlung erhält und sich an den Acceptanten nicht halten will oder kann, ist befugt, den Aussteller und die Indossanten wechselmäßig zu belangen. Zur Begründung der Regreßklage ist erforderlich: 1) daß der Wechsel zur Zahlung präsentirt worden; 2) daß sowohl diese Präsentation, als die Nichterlangung der Zahlung durch einen rechtzeitig darüber aufgenommenen Protest dargethan wird[1]). Der Protest, nicht aber die gehörige Präsentation, kann im Wechsel oder Indossament erlassen werden; als ein solcher Erlaß gilt die Aufforderung, keinen Protest erheben zu lassen („ohne Protest", „ohne Kosten"); er bewirkt, daß die bloße Behauptung des Regreßklägers gegen denjenigen, welcher den Protest erlassen hat, als wahr gilt und daß dieser Beklagte den Gegenbeweis führen muß, wenn er die gehörige Präsentation bestreitet. Der Wechselinhaber kann,

4) A. W.O. Art. 29. Ueber die Einzelheiten und die dabei vorkommenden Bedenken s. m. Wechselrecht, S. 193 ff. Es versteht sich, daß auch der Zieher als Wechselinhaber von dem Acceptanten Sicherstellung im Wechselprocesse fordern kann. Pr. vom 6. April 1850 (Entsch. XX, 343).

5) A. W.O. Artt. 28 u. 29. Wegen des Erlöschungsgrundes 2 s. m. Wechselrecht, S. 196.

1) A. W.O. Art. 41. Auch der Trassant und Indossant für fremde Rechnung haftet in der Regel persönlich.

um sich hiergegen zu sichern, dennoch den Protest aufnehmen lassen und den Kostenersatz dafür fordern[2]). Andere Erfordernisse hat die Regreßklage nicht, insbesondere ist dieselbe nicht durch die Benachrichtigung von der Nichtzahlung bedingt; die unterlassene Benachrichtigung macht nur wegen des daraus entstehenden Schadens verantwortlich und nimmt den Anspruch auf Zinsen und Kosten[3]). Die Regreßklage kann gegen mehrere oder alle Wechselverpflichtete zugleich, oder auch nur gegen einen beliebig Ausgewählten angestellt werden (regressus per saltum), ohne daß dadurch der Anspruch gegen die übergangenen Verpflichteten verloren geht[4]). II. Der Regreßkläger hat zu fordern: 1) die nicht bezahlte Wechselsumme nebst 6 Procent jährlicher Zinsen, seit dem Verfalltage; 2) die Protestkosten und andere Auslagen; 3) eine Provision von $\frac{1}{3}$ Procent [a]). Wohnt der Beklagte nicht am Zahlungsorte und bestimmt der Wechsel keinen Cours, so müssen diese Beträge zu demjenigen Course gezahlt werden, welchen ein vom Zahlungsorte auf den Wohnort des Belangten, oder, wenn ein solcher Cours nicht besteht, zu dem Course nach demjenigen Platze, welcher dem Wohnorte des Belangten am nächsten liegt, gezogener Wechsel auf Sicht hat, worüber eine ordentliche Retourrechnung aufzumachen und mit einem unter öffentlicher Autorität bescheinigten Courszettel, oder dem Atteste eines vereideten Mäklers oder, in deren Ermangelung, zweier Kaufleute zu belegen ist[5]). Der Indossant, welcher den Wechsel eingelöst oder als Rimesse erhalten hat, kann von einem frühern Indossanten oder dem Aussteller 1) die gezahlte oder durch Rimesse berichtigte Summe nebst 6 Procent Zinsen seit dem Tage der Zahlung; 2) die ihm entstandenen Kosten; 3) eine Provision

2) Ebend. Art. 42. Die Formel „ohne Protest," „ohne Kosten," „sans frais," d. h. zurück ohne Kosten, ist alter Gebrauch.

3) Ebend. Art. 45. Nach altem R. war der ganze Wechselregreß durch die gehörige Erhebung und pünktliche Versendung des Protestes bedingt.

4) Ebend. Art. 49. Hinsichtlich des Forums hat der Kläger die Wahl zwischen dem Zahlungsorte und dem Wohnorte des Beklagten oder eines von mehreren Beklagten. Einführungsgesetz vom 15. Februar 1850, §. 6. Die directe Wechselklage kann, wegen der verschiedenen Begründung und wegen der Verschiedenheit der Personen, ohne Aufhebung der nöthigen Einfachheit und Klarheit des Verfahrens, nicht mit der Regreßklage cumulirt werden. Die Gründe im Wechselrechte, S. 237. Auch nach altem Rechte nicht. A. L.R. II, 8, §§. 1122—1125. Das Obertrib. ist aber anderer Meinung. Pr. 2284, vom 15. April 1851. (Entsch. XX, 544.)

4a) (3. A.) Außer dem Falle einer Regreßnahme muß die Provisionsforderung besonders gerechtfertigt werden. Erk. des Obertrib. vom 8. September 1853 (Archiv f. Rechtsf. Bd. XI, S. 4).

5) Art. 50 der A. W.O. Das Princip ist das der Contractserfüllung, nicht das der vollständigen Entschädigung. Die C.O. vom 16. Mai 1816 (G.S. S. 153) hatte dem Wechselinhaber zwischen beiden die Wahl gelassen; das A. L.R. war ganz unbestimmt.

von $\frac{1}{3}$ Procent, nach denselben Grundsätzen berechnet, fordern[6]). III. Die Regreßklage des Inhabers gegen die Vormänner und den Aussteller verjährt: 1) in 3 Monaten, wenn der Wechsel in Europa, mit Ausnahme von Island und den Faröern, zahlbar war; 2) in 6 Monaten, wenn der Wechsel in den Küstenländern von Asien und Afrika, längs des mittelländischen Meeres, oder in den dazu gehörigen Inseln dieser Meere, zahlbar war; 3) in 18 Monaten, wenn der Wechsel in einem andern außereuropäischen Lande oder in Island oder den Faröern zahlbar war, und zwar von dem Tage des erhobenen Protestes an gerechnet; die Regreßansprüche des eingelöst habenden Indossanten gegen den Aussteller und die übrigen Vormänner verjähren in denselben Fristen, und zwar, wenn er vor Anstellung der Klage gegen ihn gezahlt hat, vom Tage der Zahlung, in allen übrigen Fällen aber vom Tage der ihm geschehenen Behändigung der Klage[7]). Die Verjährung wird unterbrochen nur durch Behändigung der Klage, sowie durch Behändigung der Litisdenunciation, jedoch nur in Beziehung auf denjenigen, gegen welchen die Klage oder die Litisdenunciation gerichtet ist[8]); andere civilrechtliche Unterbrechungen gelten, wegen der formellen Natur des Wechsels, nicht, namentlich unterbricht das Moratorium, auch das Generalmoratorium, die Verjährung nicht mehr[9]). Ist der Wechselanspruch verjährt oder durch Versäumung erloschen (präjudicirt), so findet gegen die Indossanten gar kein Civilanspruch mehr, und gegen den Aussteller nur noch der Anspruch wegen Bereicherung statt[10]). IV. Gegen die Klage finden nur solche Einreden statt, welche aus dem Wechselrechte selbst hervorgehen, d. h. solche, die in der rechtlichen Natur des Wechsels ihren Grund haben und entweder die Erfordernisse desselben und der wechselrechtlichen Handlungen, oder die durch Begebung, Indossirung, Acceptation, Einlösung des Papiers, und durch den Rücklauf des Wechsels in Ansehung der einzelnen Wechselverbundenen entstehenden wechselrechtlichen Wirkungen betreffen, oder dem Beklagten un-

---

6) A. W.O. Art. 51. Der Zahlort ist in diesem Falle der Wohnort des weitern Regredienten zur Zeit der Wechselerklärung.

7) Ebend. Artt. 78 u. 79. Diese Vorschriften sind dem franz. R. nachgebildet. Code de commerce Art. 166.

8) A. W.O. Art. 80. Die landrechtliche Gesetzgebung hierüber war verwickelt. Die Klaganmeldung unterbricht nicht mehr.

9) Die Vorschrift der A.G.O. I, 47, §§. 66 u. 97, Nr. 9 muß als durch den Art. 80 aufgehoben angesehen werden.

10) A. W.O. Art. 83. M. Aufsatz zum Art. 83, in Siebenhaar, Archiv des deutschen Wechselrechts, Bd. II, S. 32 ff.

mittelbar gegen den jedesmaligen Kläger zustehen[11]), wozu insbesondere die exceptio doli gehört. Der Einwand nicht empfangener Valuta, der Simulation[11a]), einer civilrechtlichen Tilgung der Schuld ꝛc. sind keine wechselrechtlichen Einreden; ob sie dem Kläger für seine Person entgegen gesetzt werden können, hängt von den Umständen und den persönlichen Beziehungen ab[11b]). V. Zur Beweisführung sind in dem Wechselverfahren nur Urkunden, Eideszuschiebung und Production schon zur Stelle gebrachter Zeugen zulässig. Mitgebrachte Zeugenaussagen haben nur dann Beweiskraft, wenn das Verhör mit Zuziehung der Gegenpartei abgehalten worden ist. Vergleichung der Handschriften ist gestattet gegen den Beklagten, nur wenn er mehrere Worte oder Zeilen seiner Unterschrift eigenhändig beigefügt hat; gegen seine Erben schon, doch nur zur Unterstützung anderer Beweise, wenn der Erblasser außer seinem Vor- und Zunamen auch seinen Charakter oder Wohnort beigesetzt hat[12]). Die eidliche Diffession eines von einem vereideten Mäkler attestirten Wechsels ist unzulässig[13]). Fehlt es dem Beklagten an diesen Beweismitteln, so berechtigen doch die gegen die Klage an sich zulässigen Einwendungen, wenn sie zur Begründung eines Arrestgesuchs geeignet sind, bis zum Austrage der Sache im ordentlichen Processe, zu deponiren, wenn der Kläger nicht genügende Caution bestellt[14]).

§. 632.

9. Rückwechsel.

Statt der Regreßklage kann der Wechselinhaber sich durch Ziehung eines Rückwechsels auf den Regreßpflichtigen bezahlt machen, indem er auf den Betrag der Summe, die ihm von dem Bezogenen am Zahlungsorte hätte gezahlt werden sollen (§. 361[b], II), welcher noch die Mäklergebühren für Negociirung des Rückwechsels und die Stempelgebühren hinzutreten, eine Tratte ausstellt und

---

11) A. W.O. Art. 82. Das Nähere darüber s. im Wechselrecht, S. 309 ff.

11a) Auch das Obertrib. meint dies. Pr. 2284[b], vom 15. April 1851 (XX, 544).

11b) Es ist z. B. ein dem bekl. Acceptanten gegen den kl. Aussteller unmittelbar zustehender, im Wechselprocesse zulässiger Einwand, daß er nur unter dem Versprechen des Ziehers, daß er vor Verfall Deckung erhalten solle, acceptirt. Pr. 2282, vom 10. April 1850 (XX, 358). Exceptio doli.

12) Einführungsgesetz vom 15. Februar 1850, §. 7. — A.G.O. I, 10, §. 149[b]. — Entsch. des Obertrib. Bd. VII, S. 34.

13) A. L.R. II, 8, §. 1378.

14) A. L.R. I, 27, §. 51. Die Verhandlungen über solche Einwendungen müssen in einem Separato sogleich fortgesetzt werden. §§. 52—54 a. a. O.

verhandelt[1]). Dabei entscheidet, nach allgemeinen Grundsätzen, der Cours des Tages, an welchem der Rückwechsel, ohne verschuldete Zögerung des Gläubigers, begeben wird[2]); denn der Retourwechsel muß soviel einbringen, daß der Wechselgläubiger vollständig befriedigt wird; derselbe darf daher auf den Belauf einer solchen Summe gezogen werden, als zur Bezahlung erforderlich. Der Gläubiger muß dabei wie ein guter Geschäftsbesorger verfahren, und deshalb verlangt man, zur Vermeidung unnöthiger Kostenhäufung, daß der Wechsel unmittelbar (a drittura) auf den Wohnort des Bezogenen gestellt werde[3]). Den Rückwechsel muß die bescheinigte und quittirte Retourrechnung (§. 631[b], II), der Wechsel und der Protest Mangels Zahlung begleiten, denn nur gegen Auslieferung dieser Schriftstücke ist der Regreßpflichtige Zahlung zu leisten verbunden[4]). Ist der Bezogene des Rückwechsels ein Indossant, so ist er befugt, auf den Betrag der von ihm bezahlten Summe, mit Hinzurechnung seiner eigenen Kosten, Zinsen, Provision und Mäklergebühren, wieder einen Rückwechsel auf einen seiner Vormänner zu ziehen, bis der Regreß zuletzt auf den Aussteller kommt, der die Rückwechselunkosten aller Zwischenmänner tragen muß[5]). Der Remittent bei dem Rückwechsel erhält durch Nehmung desselben die Rechte des Ausstellers gegen den Trassanten des protestirten Wechsels, so wie gegen die übrigen Vormänner des Rückwechselziehers, und darf auch den Rückwechsel indossiren; außerdem erwirbt er gegen den Aussteller des Rückwechsels die gewöhnlichen Wechselrechte des Remittenten gegen den Trassanten.

§. 633.

C. Verhältnis zwischen Remittenten und Trassaten.

Vor der Acceptation besteht zwischen dem Wechselinhaber und dem Bezogenen gar kein Verhältnis, der Inhaber hat kein Recht gegen den Bezogenen, die Acceptation zu fordern[1]). Hat er ac-

1) A. W.O. Art. 53. — Treitschke, Encyklopädie, II, S. 417.

2) Ueber den Tag des Courses ist man nicht einverstanden; einige wollen den Cours des Zahltages. Das A. L.R. und auch die A. W.O. hat keine besondere Bestimmung.

3) A. W.O. Art. 53, Satz 3. — Bender, Grundsätze, II, S. 180.

4) A. W.O. Art. 54. Rückwechsel werden, um die Mäklergebühren zu gewinnen, bisweilen zum Schein gezogen; der Rückwechselzieher muß deshalb die Wahrheit der Begebung durch einen Mäkler beweisen, wenn solche bestritten wird.

5) Darüber sind nicht alle Wechselrechte gleichlautend. Für das Pr. R. bestimmt dies die Decl. vom 16. Mai 1816 a. E.

1) Nur dem gegenüber, welchem der Bezogene die Acceptation voraus versprochen hat, ist er dazu verbunden. Hat der Wechselinhaber ein solches Versprechen erhalten, so begründet dieses eine Civilklage.

ceptirt, so ist damit eine selbständige Wechselschuld desselben gegen den Inhaber begründet (§. 626). I. Die Art und der Umfang der Schuld bestimmt sich nach dem Inhalte des Accepts. Lautet die Annahme unbedingt, so muß der Acceptant ohne Einrede die verschriebene Summe am Zahltage zahlen (§. 629). Sind Bedingungen oder Einschränkungen beigefügt[2]), so wird dadurch die Wechselverbindlichkeit des Acceptanten begrenzt und der Inhaber kann von ihm nicht mehr fordern. Es steht aber, mit Ausnahme der auf eine geringere Summe beschränkten Annahme, die der Inhaber sich gefallen lassen muß, bei ihm: ob er eine dergleichen Verbindlichmachung annehmen, oder ob er sie ganz zurückweisen und Regreß nehmen will[3]). Wählt er das erste, so trifft ihn deshalb kein Vorwurf, er ist auch verpflichtet, eine Theilzahlung anzunehmen[4]). II. Der Acceptant kann nur durch gehörige Zahlung frei werden; weder einseitiger Rücktritt aus irgend einem besondern Grunde ist möglich[5]), noch ein Contremandat, d. i. die Aufforderung des Trassanten oder eines Indossanten, nicht zu acceptiren oder nicht zu zahlen[6]), hebt die Wechselverbindlichkeit auf[7]). III. Der Wechselinhaber hat gegen den Acceptanten die directe Wechselklage, welche 1) nach Verlauf des Zahltages auf vollständige Leistung (§. 629), und 2) schon vor der Verfallzeit, wenn Zahlungsunfähigkeit des Acceptanten eintritt, auf Sicherheitsbestellung geht (§. 631), und, wie sich versteht, wegen beider Ansprüche wechselrechtlich geltend gemacht werden kann[8]). IV. Die directe Wechselklage verjährt binnen drei Jahren vom Verfalltage des Wechsels angerechnet[9]). Dabei gelten nur die Besonder-

2) Manche Wechselrechte erklären die Bedingungen für nicht beigefügt, andere erklären die bedingte Annahme für nichtig.

3) A. W.O. Art. 22. Ueber das frühere Recht: Breuning, de protestatione contra acceptationem conditionalem. Lips. 1764. — Treitschke, Encyklopädie, I, S. 90, 96.

4) A. W.O. Art. 38. Nach einigen Wechselrechten mußte sie schon früher angenommen werden, aus Rücksicht auf das Interesse der Vormänner.

5) Ebend. Art. 21, Satz 4. Vernichtung des Accepts wider den Willen des Präsentanten hebt die Verbindlichkeit nicht auf. S. oben §. 626, III.

6) Bender, Grundsätze, I, S. 317. — Treitschke, a. a. O. I, S. 300.

7) Es macht keinen Unterschied, ob der Wechsel auf Ordre lautet oder nicht. Die A. W.O. schweigt über die Contreordre, nach ihren Grundsätzen aber ist sie unzulässig. M. Wechselrecht, S. 168.

8) A. W.O. Art. 29. War früher hinsichtlich des Anspruchs auf Sicherheitsbestellung streitig. Pr. des Obertrib. 1844, vom 12. März 1844 (Entscheid. Bd. XIV, S. 455). Auch der Wechselzieher hat als Wechselinhaber dieses Recht. Pr. vom 6. April 1850 (Entsch. Bd. XX, S. 343).

9) A. W.O. Art. 77. Auf Kündigung kann ein Wechsel nicht mehr lauten. Art. 4, Nr. 4; Art. 96, Nr. 4. Pr. 2259, vom 19. December 1850 (Entsch. XX, 540).

heiten: daß nicht durch ausdrückliche Abschlagszahlungen, oder durch Anerkenntnis der Schuld, oder durch Fristbewilligung, außer der Form einer Prolongation, nicht durch Anmeldung der Wechselklage, auch nicht durch Liquidation im Concurse, oder durch ein Moratorium, sondern nur durch die wirkliche Insinuation der Wechselklage und auch nur in Beziehung auf den, gegen welchen die Klage gerichtet ist, also nicht auch gegen die Correalschuldner die Verjährung unterbrochen wird (§. 631ª, III). Die Prolongation unterbricht nicht sowohl die Verjährung, als sie vielmehr den Anfang derselben verschiebt, indem sie die Zahlungszeit verlängert. Bei Tratten ist sie mit rechtlicher Wirkung nur unter Zustimmung aller Wechselverbundenen möglich, sonst verliert der Inhaber, der sie zuläßt, den Regreß; daher ist sie hier ungebräuchlich. Sie muß durch einen auf den Wechsel oder eine Abschrift desselben gesetzten, von dem Schuldner unterschriebenen Vermerk vollzogen werden; von Seiten des Inhabers genügt stillschweigende Einwilligung; ein von demselben allein, und nicht auch von dem Schuldner, unterschriebener Prolongationsvermerk ist wirkungslos. Ist die Prolongationszeit nicht ausgedrückt, so wird sie auf so lange, als der Wechsel laufen oder die vorige Prolongationszeit dauern sollte, von dem zuletzt bestimmten Verfalltage an gerechnet, angenommen, mag sie vor oder nach diesem Tage geschehen sein; sie muß aber nothwendig vor Ablauf der Verjährung stattgefunden haben. Sind mehrere Wechselverpflichtete vorhanden, so wirkt die Prolongation in Beziehung auf diejenigen, welche nicht mit unterzeichnet haben, nicht [10]). Ein verjährter Wechsel gestattet auch gegen den Acceptanten keinen andern Anspruch weiter als den aus der Bereicherung (§. 631ª, Note 10). V. Hinsichtlich der zulässigen Einwendungen gilt auch hier das vorhin (§. 631ª, IV.) Vorgetragene.

§. 634.

D. Verhältnis zwischen Trassanten und Trassaten.

Gelpke, Ueber das Rechtsverhältnis zwischen dem Aussteller eines gezogenen Wechsels und dem Bezogenen; in der Jur. Wochenschrift, 1843, Sp. 545 fg.

I. Der Bezogene ist, außer dem Falle eines besondern Versprechens [1]), auch dem Aussteller gegenüber, nicht schuldig zu ac-

10) Die A. W.O. schweigt über die Prolongation. S. darüber m. Wechselrecht, S. 206 ff.; W. Brauer, von der Prolongation der Wechsel, in: Siebenhaar, Archiv, Bd. V, S. 13 ff.; St... über Wechselprolongation, in der allg. österr. Gerichtszeitung von 1852, Nr. 95.

1) Scherer, Handbuch, Th. I, S. 58.

ceptiren, selbst wenn er Deckung hat oder dessen Schuldner ist[2]); daher er ihm auch zu keiner Art von Entschädigung für die ihn in Folge der versagten Acceptation treffenden Nachtheile verhaftet ist[3]). Dieses gilt selbst im Falle eines dem Aussteller gegebenen Versprechens, wenn hinterdrein der Aussteller in Vermögensverfall kommt oder gar fallirt[4]). II. Aus der Acceptation haftet der Bezogene auch dem Aussteller wechselmäßig[5]). Er kann daher den durch Giro an ihn gelangten Wechsel, gleich jedem anderen Inhaber, von neuem weiter giriren[6]). III. Zahlt der Acceptant in der Absicht, den Aussteller zu verbinden, so hat er an ihn eine Forderung auf Schadloshaltung, nach Beschaffenheit des zwischen ihnen bestehenden Rechtsgeschäfts, daher er sich an ihn nicht halten kann, wenn er wußte, daß jener im Auftrage eines Dritten trassirte; Wechselrecht erwirbt er außer dem Falle der Annahme per honor nicht[7]). Auf die angewiesene Deckung (Provision) hat er schon durch die Acceptation ein Recht erworben[8]). Hat er ohne Deckung bloß in Folge Auftrags acceptirt, so kann er von dem Aussteller auch noch vor geleisteter Zahlung Befreiung von der durch das Accept gegen den Wechselinhaber übernommenen Verbindlichkeit, und eventuell Deckung verlangen[9]). Die der Schadloshaltungsklage des Bezogenen, von Seiten des beklagten Ausstellers, entgegengesetzte Behauptung, daß und wie weit der Kläger Deckung habe, muß der Aussteller beweisen[10]).

---

2) Von Assignationen, welche in diesem Falle acceptirt werden müssen (A. L.R. I, 16, §§. 256, 257), darf kein Schluß auf Wechsel gemacht werden, weil durch die Wechselacceptation eine eigene selbständige Wechselschuld übernommen wird.

3) Manche Wechselrechte verpflichten im Falle der Deckung zur Acceptation oder zur Entschädigung. Zeitschr. für ausländische Rechtswissenschaft, IX, S. 65.

4) A. L.R. I, 11, §. 657. — Heise und Cropp, Abhandl., Bd. II, S. 398.

5) A. W.O. Art. 23. Nach früherem Rechte nicht. A. L.R. II, 8, §§. 1134 — 1136. Vergl. oben die Note 11b zu §. 631a.

6) War nach früherem Rechte nicht zulässig. Plenarbeschl. des Obertrib. vom 26. Juni 1843 (Entsch. Bd. IX, S. 71).

7) A. W.O. Art. 23, Satz 3. Vergl. A. L.R. a. a. O. §§. 1004 — 1006.

8) A. L.R. a. a. O. §. 1105. — Asser, de pecunia quae provisionis nomine camb. debit. solutioni destinata. Amstelod. 1834. Pr. des Obertrib. 1912, vom 6. September 1847 (Entscheid. Bd. XV, S. 354); A. L.R. I, 13, §. 70.

9) A. L.R. I, 13, §§. 70, 82. Pr. des Obertrib. 1912, vom 6. Septbr. 1847 (Entsch. XV, 354). Daraus entspringt ihm eine Exception gegen die Wechselklage des Ziehers. Vergl. Note 11b zu §. 631a.

10) War streitig. S. Plenarbeschl. des Obertrib. vom 21. Mai 1846 (Just.-Min.Bl. 1846, S. 171 und Entsch. Bd. XIII, S. 75).

§. 635.

E. Ausdehnung des Wechselrechts.

Der Vortheil der Wechselbriefe für den Credit und Geldverkehr veranlaßte die Anwendung der Form derselben auch auf andere Geldobligationen, namentlich aus Darlehen, anfänglich unter Kaufleuten, später allgemeiner; und die Gerichtspraxis, in der Folge von Particulargesetzgebungen bestätigt, dehnte darauf mit der Zeit die Vorrechte und Strenge des Wechselrechts aus. Am vollständigsten ist diese Ausdehnung bei den eigenen oder trockenen Wechseln, weniger vollkommen bei den s. g. Handelsbillets, kaufmännischen Assignationen, und am unvollkommensten bei den wechselförmlichen Schuldscheinen nicht wechselfähiger Personen. A. Eigene oder trockene[1]) Wechsel sind solche, worin der Aussteller sich selbst die Zahlung aufgibt (§. 618). I. Sie unterscheiden sich von eigentlichen Wechseln nicht mehr, wie früher, darin, daß sie nur als privilegirte Schuldscheine (§. 615), die nicht bloß an sich, vermöge ihrer Form, eine Verbindlichkeit begründen, angesehen werden, vielmehr stehen sie, nach neuem Rechte, den trassirten Wechseln wesentlich gleich. Man unterscheidet unter den eigenen Wechseln: 1) domiciliirte, welche am Verfalltage im Domicil zur Zahlung vorgezeigt und Mangels Zahlung, oder wenn der Domiciliat nicht anzutreffen ist, protestirt werden müssen; widrigenfalls das Wechselrecht gegen den Aussteller und die Indossanten verloren geht[2]); 2) trassirteigene, welche durchaus als Tratten gelten und behandelt werden (§. 618, I, 1)[2a]); 3) gewöhnliche trockene Wechsel, welche keiner Protestation Mangels Zahlung bedürfen[3]), aber jedenfalls zur Zahlung präsentirt werden müssen, bevor die Klage begründet ist. II. Die wesentlichen Erfordernisse eines eigenen (trockenen) Wechsels sind: 1) die Bezeichnung als Wechsel im Texte;

1) Ueber den Namen und dessen Entstehung ist Streit. Martens, Versuch einer Entwickelung des Wechselrechts, §. 13. — Treitschke, Encyklop., I, S. 368.

2) A. W.O. Art. 99. Ist kein Domiciliat benannt, so muß der Aussteller selbst im Domicil aufgesucht werden. Gegen ihn bedarf es, wenn er nicht getroffen wird, keines Protestes. Art. 43. Vergl. Pr. 2240, vom 8. October 1850 (Entsch. XX, 346).

2a) (3. A.) Einert, über das Wesen der in der deutschen Wechselordnung Art. 6 erwähnten trassirt-eigenen Wechsel, in: Siebenhaar, Archiv, Bd. II, S. 369 ff.; Emanuel Stern, über die trassirt-eigenen Wechsel, ebend. Bd. III, S. 325 ff.; Pöschmann, Bemerkungen zu dem Aufsatze des Herrn Emanuel Stern über die trassirt-eigenen Wechsel, ebend. Bd. III, S. 391.

3) A. W.O. Art. 44. An Stelle des Acceptanten tritt bei trockenen Wechseln der Aussteller.

2) die Angabe der zu zahlenden Geldsumme; 3) der Name der Person oder der Firma, an welche oder an deren Ordre der Aussteller zahlen will; 4) die Bestimmung der Zahlzeit, ganz wie bei trassirten Wechseln, daher Kündigung keine zulässige Bestimmungsart ist; 5) Unterschrift des Ausstellers mit seinem Namen oder seiner Firma; 6) Ort, Monatstag und Jahr der Ausstellung[4]). III. Für eigene Wechsel gelten die für gezogene Wechsel gegebenen Vorschriften so weit, als sie nach Beschaffenheit der eigenen Wechsel auf sie angewendet werden können; insbesondere gelten für dieselben: 1) die Bestimmungen über die Abweichungen in der Wechselsumme, wenn diese mehrmals im Wechsel ausgedrückt ist; 2) der Grundsatz, daß, wenn die Schrift wegen eines Formmangels kein Wechsel ist, auch aus den darauf gesetzten Erklärungen (Indossament, Accept, Aval) kein Wechselrecht entsteht; 3) die Bestimmungen über das Indossament; 4) die Vorschriften über die Präsentation der auf eine Zeit nach Sicht lautenden Wechsel mit der Maßgabe, daß die Präsentation hier dem Aussteller geschehen muß; 5) die Vorschrift über den Sicherheitsregreß wegen Unsicherheit des Acceptanten mit der Maßgabe, daß derselbe im Falle der Unsicherheit des Ausstellers stattfindet; 6) die Vorschriften über die Zahlung und die Befugnis zur Deposition der fälligen Wechselsumme mit der Maßgabe, daß letztere durch den Aussteller geschehen kann. Ferner die Vorschriften 7) über den Regreß Mangels Zahlung gegen die Indossanten; 8) über die Ehrenzahlung; 9) über die Copien; 10) über abhanden gekommene und falsche Wechsel mit der Maßgabe, daß es hier der Aussteller ist, der nach Einleitung des Amortisationsverfahrens die Zahlung zu leisten hat; 11) über die allgemeinen Grundsätze der Wechselverjährung, die Verjährung der Regreßansprüche gegen die Indossanten, das Klagrecht des Wechselgläubigers, die ausländischen Wechselgesetze, den Protest, den Ort und die Zeit für die Präsentation und andere im Wechselverkehr vorkommende Handlungen, sowie über mangelhafte Unterschriften[5]); endlich 12) verjährt der wechselmäßige Anspruch gegen den Aussteller in drei Jahren vom Verfalltage des Wechsels an gerechnet und es bleibt nur der Anspruch aus der Bereicherung übrig[6]). B. Handelsbillets waren

4) Ebend. Art. 96. Der Ort der Ausstellung gilt, wenn kein besonderes Domicil angegeben ist, als Zahlort. Art. 97.

5) Ebend. Art. 98. Hierdurch ist der trockene Wechsel dem gezogenen wesentlich gleichgestellt, auch hinsichtlich der Wirkung des Präjudizes und der Verjährung.

6) Ebend. Artt. 99 u. 98, Nr. 10.

Schuldscheine von Wechsel- und Waarenkaufleuten (§. 404) über nicht bezahltes Kaufgeld für erkaufte Waaren. Dieses Creditpapier und die kaufmännischen Anweisungen sind abgeschafft[7]). C. Schuldscheine nicht wechselfähiger Personen, in Wechselform ausgestellt, begründeten sonst binnen einem Jahre nach dem Verfalltage den abgekürzten Proceß und das Vorrecht der sechsten Classe im Concurse des Ausstellers; sie haben jedoch bei der ganz veränderten Gesetzgebung über das Wechselrecht ihre Bedeutung und durch die neue Concursordnung (v. 1855) auch das Vorrecht verloren, und sind als abgeschafft anzusehen, da, wenn der Aussteller vertragsfähig war, die Schrift ein Wechsel ist. Mit andern Instrumenten oder Verträgen kann durch die ihnen einverleibte Wechselclausel kein derartiges Recht verbunden werden[8]).

V. Die Fälle der condictio sine causa.

§. 636.

1. Das Allgemeine.

I. Die Condiction ist eine der Vindicationsklage analoge persönliche Klage auf Herausgabe oder Erstattung einer bestimmten Sache*) oder einer Menge vertretbarer Sachen, die wegen Mangels der Unterscheidbarkeit, oder überhaupt aus irgend einem Grunde nicht vindicirt werden können. 1) Die Grundlage ist irgend eine schätzbare Leistung wegen eines Rechtszwecks (causa), welcher nicht eingetreten, oder wieder weggefallen, oder gar nicht vorhanden gewesen ist. Nur die condictio furtiva beruhet auf andern Gründen und ist überhaupt anomal. Gegenstand der Leistung können auch fungible Handlungen sein. Der Rechtszweck als Anlaß der Leistung kann gedacht werden entweder als künftig (ob causam futuram), oder als vergangen (ob causam praeteritam), oder als gegenwärtig (ob causam praesentem). Es kann ebenso animo obligandi als animo solvendi gegeben oder geleistet werden, denn auch in dem ersten Falle ist der animus solvendi sehr wohl denkbar, nemlich in der

---

7) Einführungsgesetz vom 15. Februar 1850, §. 9.

8) Anders nach manchen andern Ortsrechten. Neubert, de clausula cambial. Lips. 1821. — Rivinus, de clausula camb.; in Besecke, Thes., p. 275.

*) L. 15 pr. D. de cond. ind. (XII, 6). Pr. des Obertrib. 831a, vom 29. Februar und 21. März 1840: nicht bloß Geld oder geldgleiche, auf jeden Inhaber lautende Papiere, sondern auch Sachen können mit der condictio indebiti, sofern deren gesetzliche Erfordernisse vorhanden sind, zurückgefordert werden. (Entsch. Bd. VI, S. 8.)

Voraussetzung, daß die Obligation, auf welche voraus gezahlt wird, noch entstehen soll, z. E. in der Voraussetzung, daß der Geber mit einem Legate für den Empfänger onerirt werden wird. Trifft die Voraussetzung nicht zu, so kann das solchergestalt bedingt Gegebene condictione causa data causa non secuta zurückgefordert werden. In dem zweiten Falle wird eine Obligation als vorhanden gedacht; diese kann wirklich da sein, doch später, ihrem Grunde nach, wieder wegfallen**); sie kann aber auch nur scheinbar sein: für beide Fälle ist die condictio sine causa gegeben; endlich kann sie ganz in der irrigen Vorstellung des Gebers beruhen: dann heißt die Klage condictio indebiti. Unter die dritte Classe gehören die Fälle, wo das vom Geber beabsichtigte Geschäft, wegen Mangels des Consenses, deshalb nicht zu Stande kommt, weil der Empfänger aus Irrthum etwas anderes im Sinne hatte, oder weil der Geber mit einer ganz andern Person zu thun zu haben glaubte (s. o. §. 614 a. E.); so wie die Fälle, wo der Geber gar keine bestimmte Absicht, oder die Absicht zu schenken hatte. In diesen beiden Fällen kann nach Rechtsgrundsätzen nie eine Condiction zustehen; nur positive Vorschriften machen Ausnahmen, wie bei dem Widerrufe von Schenkungen. Ein Fall wird, ohne Rücksicht auf den Unterschied der verschiedenen Absichten und der Zeit der Ursache, nach eigenthümlichen Regeln behandelt, nemlich wenn das Geben oder Leisten eine rechtlich oder sittlich unerlaubte Beziehung hat: hier hat die condictio den Beisatz: ob turpem causam. 2) Die allgemeinen Erfordernisse sind nach Analogie der Eigenthumsklage: a) in der Person des Klägers ein Vermögensinteresse an dem ursprünglich geleisteten Gegenstande, b) in der Person des Beklagten Haben des Gegenstandes oder des daraus erwachsenen Vermögensvortheils. 3) Gegenstand der Forderung ist, wie bei den dinglichen Klagen, nur der Gegenstand der Leistung und zwar wenn er nicht mehr vorhanden oder nicht zu unterscheiden ist, in genere [1]) oder dessen Werth, nebst den daraus erwachsenen Früchten und Zuwüchsen [1a]); künstliche Erweiterungen gehören nach der Natur des Klagrechts nicht zum Inhalte, daher ursprünglich keine Verzugszinsen gefordert werden konnten. Hierin hat das Recht durch die von der Gesetzgebung

**) Ein Beispiel ist, wenn ein Kaufgeschäft, auf welches der Käufer schon Zahlung geleistet hat, vor der Uebergabe wieder aufgehoben wird. Entscheid. des Obertrib. Bd. XIV, S. 198.

1) Daß auch Sachen in genere condicirt werden können, darüber s. Entsch. des Obertrib. Bd. VI, S. 8.

1a) L. 7; L. 15 pr. D. de condictione indebiti (XII, 6).

bestätigte gemeinrechtliche Praxis eine Umbildung erfahren (§. 615, I), so daß alle Condictionen, auch in Beziehung auf die processualische Geltendmachung, wie bonae fidei judicia behandelt werden [1b]). II. Das Rechtsinstitut der Condictionen findet sich in seinen allgemeinen Grundsätzen und auch in einzelnen Anwendungen im Pr. R. wieder, wenngleich dasselbe nicht in dem hier vorgeführten Zusammenhange aufgefaßt und dargestellt worden ist. Denn das Princip und die Voraussetzungen davon sind ausdrücklich dahin anerkannt, daß dasjenige, was jemand aus dem Vermögen eines andern in einer bestimmten Absicht erhalten hat, entweder in Natur oder seinem Werthe nach, soweit es in dem Vermögen des Empfängers noch vorhanden [2]), zurückgegeben werden muß, wenn der Rechtsgrund wegfällt, oder irrig vorausgesetzt wurde, oder die Voraussetzung nicht zutrifft [3]). 1) Auch fungible Handlungen oder Unterlassungen sind als Gegenstand der Condiction anerkannt [4]); es wird aber unterschieden: ob, außer dem Falle des irrthümlichen animus solvendi, der der Leistung zum Grunde liegende Irrthum oder Mangel der Voraussetzung sich auf den Beweggrund, oder auf die Person des Empfängers bezieht. In dem zweiten Falle ist die Condiction immer zulässig, in dem ersten nur dann, wenn der Empfänger wußte, daß ihm diese Leistung nicht zustand [5]). 2) Außer dem Gegenstande der Leistung beziehlich deren Werth, soweit er noch vorhanden, gehören auch noch Zinsen zum Inhalte der Forde-

1b) Ausführlicher über den Gegenstand: Recht der Forderungen, §. 258.

2) A. L.R. I, 13, §§. 262—264. Eine unwissenschaftliche Praxis spricht hier gewöhnlich von der in rem versio, was keinen sachlichen Sinn hat. S. oben §. 573.

3) A. L.R. a. a. O. §§. 277—280. — Daß der Ausdruck unklar ist, liegt darin, daß das Institut nicht als Ganzes aufgefaßt ist. Es ist Sache der Wissenschaft, den Zusammenhang zu finden. Der §. 278 bezieht sich auf den Fall, wo die Voraussetzung nicht zutrifft (causa non secuta, datum ob causam sc. futuram); der §. 279 bezieht sich 1) darauf, wo der Geber arglistig veranlaßt worden ist, animo obligandi zu leisten, L. 20 pr. D. de dolo malo (IV, 3); 2) darauf, wo er durch täuschende Vorspiegelungen vermocht worden ist zu schenken, A. L.R. I, 4, §§. 148, 150, welcher Fall nach R. R. keine Condiction zuläßt, L. 35, §. 2 D. de mort. c. donat. (XXXIX, 5); L. 65, §. 2 D. de cond. ind. (XII, 6); L. 82 D. de reg. jur. (L, 17); 3) darauf, wo auf eine betrüglich veranlaßte und darum ungiltige Verbindlichkeit animo solvendi geleistet worden ist, A. L.R. I, 4, §§. 84—86; L. 2, §. 3 D. de donat. (XXXIX, 6); L. 36 D. de verb. obl. (XLV, 1); L. 1, §. 5 D. de dolo malo (IV, 3); L. 7 D. ob turp. caus. (XII, 5); L. 26, §. 3 D. de cond. ind. (XII, 6); L. 5, 10 C. de rescind. vend. (IV, 44).

4) A. L.R. I, 11, §. 879; I, 16, §. 196; I, 5, §§. 364, 365, verb. mit I, 16, §. 199. Vergl. Pr. des Obertrib. 1882, vom 4. Juni 1847 (Entsch. Bd. XV, S. 206). An was bei I, 16, §. 197 gedacht worden, ist unklar. S. darüber Recht der Ford. §. 258, Bd. III, S. 310.

5) Dieses folgt aus der Bestimmung A. L.R. I, 16, §. 199. Die Unterscheidung ist weder praktisch noch geschichtlich.

rung, und zwar a) Verzugszinsen, welche im Falle des unredlichen Empfanges vom Tage der Leistung, sonst aber, wie bei dem redlichen Besitzer, erst vom Tage der insinuirten Klage[5a]), anfangen[6]); b) Zinsen, welche der Empfänger als Früchte von dem Gegebenen, z. E. von zinstragenden Geldpapieren, erhoben hat, bei unredlichem Besitze alle, bei stattgefundener Redlichkeit nur soweit als der Empfänger dadurch noch wirklich reicher ist[7]).

2. Condictio indebiti.

A. L.R. I, 16, §§. 166—199. — Duesberg, über die Rückforderung einer aus Irrthum geleisteten Zahlung; in Simon's Zeitschrift, Bd. I, S. 256 ff. — Schweikart, die condictio indebiti, insbesondere die Auslegung von A. L.R. I, 16, §§. 180, 185—188, 176 u. 184; in Bobrik's Zeitschrift, Bd. I, S. 141 ff. — Geyert, über die condictio indebiti, in Hinschius, jur. Wochenschrift, 1836, S. 213 ff.

§. 637.

a) Erfordernisse.

Die Zahlung einer irrthümlich vermeinten Schuld begründet die Forderung auf Zurückzahlung, welche mittelst der condictio indebiti durchgesetzt wird[1]). Die Erfordernisse sind: I. Mangel einer Schuld (Nichtschuld, indebitum), sei es, daß die vermeintliche Schuld gar nicht vorhanden, oder daß nur zwischen dem Zahler und Empfänger keine Schuld besteht, oder daß die Verbindlichkeit einen ganz andern Gegenstand hat. 1) Als gar nicht vorhanden

5a) (3. A.) Hinsichtlich des Fiscus gilt in Kriegszeiten die Ausnahme, daß die Zögerungszinsen erst von dem Tage, an welchem das Erkenntnis über die Forderung rechtskräftig wird, zu laufen anfangen. Ges. vom 7. März 1845 (G.S. S. 158).

6) A. L.R. I, 16, §§. 194, 195. Ist die Leyser'sche Meinung. Leyser, Med. ad Pand., sp. 147, m. 4; sp. 148, m. 10. Vergl. Stryck, Us. mod., XII, 16, §§. 2, 16. — Pr. des Obertrib. 898 (Plenarbeschl.), vom 24. August 1840, verb. mit 2258, vom 22. Oct. 1850. (Entsch. Bd. V, S. 283 und XX, 539.) Das jüngere Pr. 1799 (auch Plenarbeschl.), vom 20. November 1846, bezüglich auf die Unredlichkeit, sagt: „Wer einem andern die Zahlung einer Geldsumme widerrechtlich, d. h. ohne einen rechtlich begründeten Anspruch auf die Zahlung zu haben, abnöthigt, muß dieselbe mit den höchsten erlaubten Zinsen vom Tage des Empfanges an, erstatten, sollte er sich auch in Ansehung seines Rechts auf die Forderung in einem Irrthume befunden haben." In dem letzten Falle würde der Empfänger nicht ein unredlicher, sondern ein unrechtfertiger Besitzer geworden sein, und deshalb verstößt dieser Plenarbeschl. gegen den Satz des §. 232, Tit. 7, Th. I A. L.R., es müßte denn eine in der Form widerrechtliche Abnöthigung stattgefunden haben, wo die Klage nicht eine condictio ist.

7) A. L.R. I, 16, §§. 189, 190, verb. mit I, 5, §§. 366—368. Ebenfalls nach Leyser, sp. 148, m. 10. Unrichtig sehen manche gemeinrechtliche Civilisten darauf: ob der Empfänger mit dem Empfangenen eine Zinsobligation erworben habe.

1) A. L.R. I, 16, §. 166. — L. 1, 7, 54 D. de cond. ind. (XII, 6); §. 1 J. quib. mod. re (III, 15); §. 6 J. de obl. quae quasi ex contr. (III, 28).

gilt eine vermeintliche Schuld nicht allein dann, wenn gar kein Rechtsgeschäft oder gar keine verbindende Handlung vorgekommen ist, sondern auch dann, wenn das eingegangene Rechtsverhältnis ipso jure, oder auch nur ope exceptionis ungiltig ist[2]). Nicht aber gilt für eine Nichtschuld in dieser Beziehung: a) wenn wegen einer wahren Nichtschuld ein Vergleich geschlossen worden ist[3]); b) eine Naturalobligation, soweit solche im Pr. R. anerkannt ist. Unter dieser s. g. „moralischen Verbindlichkeit" oder „unvollkommenen Pflicht" wird jedoch, auch im Pr. R., nicht die sittliche Pflicht zur Wohlthätigkeit und Dankbarkeit, sondern eine aus einem Rechtsverhältnisse entspringende Verbindlichkeit, welche an sich giltig sein würde, aber wegen positiver Vorschriften ungiltig ist[4]), verstanden. Die Regel von der Nichtschuld hat zweierlei Ausnahmen: a) eine solche, wo eine ope exceptionis ungiltige Schuld hier doch für ein giltiges Debitum gilt. Nach R. R. gehörte dahin die verjährte Klage, womit es, im Pr. R., sich anders verhält (§§. 151 und 453); die res judicata, die nach Pr. R. ebenfalls anders wirkt (§. 197), und der Fall des S. C. Macedoniani. Davon findet sich eine in das Pr. R. nicht passende[5]) Anwendung, indem dasjenige, was ein großjähriges Kind in väterlicher Gewalt auf seine Schulden zahlt, niemals condicirt werden kann[6]), welches eine Ausnahme von der Regel[7]), bezüglich auf die Rechtsgeschäfte handlungsunfähiger Personen, ist. Die andere Ausnahme ist b) eine solche, wo eine Nichtschuld wie eine Schuld angesehen wird. Von den Fällen des R. R. findet sich im Pr. R. nur noch der eine, wenn

2) Ein Beispiel war schon oben §. 636, Note 3, Nr. 3, wo jedoch die Rückforderung auch ohne Irrthum schon wegen des Betrugs zulässig ist. — Vergl. Fragm. Vat. §. 266. — L. 26, §§. 3 et 7; L. 40 pr. D. de cond. ind. (XII, 6); L. 34, §. 11 D. de solut. (XLVI, 3).

3) L. 65, §. 1 D. de cond. ind. (XII, 6). Der Satz hat wegen der möglichen Wechselfälle des Processes auch im Pr. R. Geltung.

4) A. L.R. I, 16, §§. 176, 178, 179, 182—184. — Suarez, amtl. Vorträge; in den Jahrb. Bd. XLI, S. 53 u. 51. Wegen der verschiedenen Auslegungen der §§. 176, 182 u. 184 s. Recht der Forder. §. 259. Diese Bestimmungen widersprechen sich nicht. Die §§. 176, 182 beziehen sich auf das Erfordernis des Irrthums, nicht auf die Nichtschuld; der §. 184 hingegen auf die natürliche Verbindlichkeit, folglich betreffen beide Bestimmungen nicht ebendenselben Gegenstand.

5) S. oben §. 572, Note 6. Das S. C. Maced. setzt geschäftsfähige Personen voraus, nach Pr. R. aber sind die großjährigen Kinder in väterlicher Gewalt handlungsunfähig, wie Bevormundete, wenn sie mit andern als dem Vater contrahiren.

6) A. L.R. II, 2, §. 138. S. die vorige und die folgende Note.

7) Ebend. I, 16, §. 170. Die Vereinigung beider Stellen ist nicht möglich; die Bestimmung II, 2, §. 138 betrachtet, indem der entsprechende Satz, bezüglich auf jenes S. C., beibehalten wird, hier die großjährigen Kinder als handlungsfähig; denn darauf beruhet derselbe. Der Satz ist eine Anomalie.

eine betagte Schuld zu früh gezahlt worden ist: hier kann weder die Rückzahlung noch das Interusurium gefordert werden[8]). Bei bedingten Schulden aber, zu welchen hier, gegen die Regel[9]) und abweichend vom R. R.[10]), auch Schulden mit einem Termine, der nur der Zeit nach ungewiß ist, gerechnet werden, ist die Condiction gestattet[11]). 2) Der Mangel des Schuldverhältnisses zwischen dem Zahler und Empfänger kann sich so, daß der Zahler eine andere Person für seinen Gläubiger, und auch so, daß er sich irrig für den Schuldner der fraglichen Obligation hielt, gestalten; die Condiction ist in beiden Fällen zulässig[12]). 3) Zu dem Falle der irrigen Verwechselung gehört auch: a) wenn eine alternative Obligation irrig für eine einfache gehalten worden ist[13]), b) wenn bei einer alternativen Obligation beide Gegenstände gegeben werden; doch hat in diesem Falle nicht, wie nach R. R., der Geber, sondern der Empfänger die Wahl[14]). II. Zahlung, welche alle zur Giltigkeit gehörigen Erfordernisse (§. 576) haben muß. Auch hier stehen ihr gleich die Angabe an Zahlungsstatt und die Novation[15]). Ist die Zahlung ungiltig, so gelten andere Grundsätze, die condictio indebiti ist dann nicht begründet und auch entbehrlich. Die Zahlung eines Unfähigen auf eine giltige Schuld ist nur insoweit widerruflich, als der Gläubiger mehr als das Seinige erhielt; war die Schuld noch nicht fällig, so muß er das Interusurium erstatten, die Klage ist aber hier die condictio sine causa[16]). Zahlungen Unfähiger auf ungiltige Schulden müssen immer an den Zahler zurückgegeben werden, wenn auch die Schuld aus einem verbotenen Geschäfte herrührt[17]). Was außer dem Falle eines uner-

8) A. L.R. I, 16, §. 168. — L. 10, 17, 18 D. de cond. ind. (XII, 6); L. 9, §. 1 D. de novat. (XLVI, 2); §. 2 J. de verb. obl. (III, 16). Die übrigen Fälle des R. R. sind: der streitige Fall der Zahlung nicht schuldiger Zinsen; und der, wo lis inficiando crescit in duplum.

9) A. L.R. I, 4, §§. 126, 127. S. oben §. 121, Bd. I, S. 254.

10) L. 16, §. 1; L. 17, 18 D. de cond. ind. (XII, 6).

11) A. L.R. I, 16, §. 169. — L. 16, 18 D. eodem.

12) A. L.R. a. a. O. §. 185, in dem Worte „wissentlich." Der Satz wird bezweifelt, weil die §§. 178 und 180 entgegenstehen sollen, was nicht der Fall ist. Recht der Ford. §. 259, Bd. III, S. 323.

13) L. 32, §. 3 D. eod.; L. un. C. de errore calculi (II, 5).

14) A. L.R. a. a. O. §. 192; I, 5, §. 274. Der Grundsatz ist also beibehalten, nur für diesen zweiten Fall ist das Wahlrecht anders bestimmt. L. 10 C. de cond. ind. (IV, 5); L. 26, §. 13 D. eod.

15) A. L.R. a. a. O. §. 191. — L. 40, §. 2; L. 31 D. eod.; L. 3 C. eod.; L. 1 pr. D. ut in poss. legator. (XXXVI, 4). Nicht der Vergleich. S. oben Note 3.

16) A. L.R. a. a. O. §§. 170, 171. — L. 29 D. de cond. ind. (XII, 6).

17) In der Regel tritt dann der Fiscus ein. A. L.R. a. a. O. §§. 170, 172—174.

laubten Geschäfts ein Handlungsfähiger wissentlich auf eine ungiltige Schuld zahlt, kann nicht condicirt werden[18]). III. Irrthum in der Voraussetzung bei der Zahlung[19]). Er kann sich auch auf einen Rechtssatz beziehen (error juris)[20]); denn das wesentliche ist, daß die Condiction sich auf Irrthum als Thatsache gründet, vermöge welcher das Geschäft der Zahlung wegen mangelnden Consenses nichtig wird (Bd. I, S. 100). Ob man sich in jure irre, ist nach der zur Zeit der Zahlung herrschenden Rechtsansicht zu beurtheilen; denn das spätere Aufgeben jener Ansicht begründet noch nicht die Condiction der früher für rechtmäßig gehaltenen Zahlungen, gleich wenig wie die im Verlaufe der Zeit eintretende Abänderung von Gesetzen.

§. 638.

b) Wirkung der Zahlung.

Die unter diesen Voraussetzungen geleistete Zahlung begründet eine nach den Grundsätzen vom Darlehn[1]) sich richtende Forderung. I. Gläubiger ist der, in dessen Namen gezahlt worden ist; der Stellvertreter kann nicht condiciren, wenngleich er mit eigenen Mitteln gezahlt hat[2]), vorausgesetzt daß die Stellvertretung in einem Auftrage beruhet oder genehmigt worden ist; ein bloßer Geschäftsführer kann, wenn die Zahlung nicht genehmigt wird, condictione ob causam (nicht indebiti) von dem Empfänger zurückfordern[3]). Ist eine Delegation vorgegangen, so sind drei Fälle denkbar: 1) Die Schuld des Deleganten an den Delegatar ist eine vermeintliche. Hier hat der Delegat keine Klage gegen den Delegatar, sondern der

18) Auch dergleichen Zahlungen auf Studentenschulden nicht, wenn nichts Unerlaubtes darin liegt. A. L.R. II, 12, §§. 99, 104, 107; Anh. §. 143, vergl. mit §§. 108, 109.

19) A. L.R. a. a. O. §§. 166, 178. — L. 1, §. 1; L. 26, §. 2 D. de cond. ind. (XII, 6). Wissentliche Zahlung einer Nichtschuld wird wie Schenkung behandelt. A. L.R. a. a. O. §§. 181, 185. — L. 53 D. de reg. jur. (L, 17); §. 1 J. quib. mod. re (III, 15). Aber schon Zweifel gilt für Irrthum. L. 11 C. de cond. ind. (IV, 5).

20) A. L.R. a. a. O. §§. 167, 179, vergl. mit §§. 176 u. 182. Pr. 37, vom J. 1833. Plenarbeschl. des Obertrib. vom 19. Octbr. 1840 (Entsch. Bd. VI, S. 399). Nach R. R. streitet man darüber.

1) A. L.R. a. a. O. §. 193. — L. 5, §. 3 D. de obl. et act. (XLIV, 7); §. 1 J. quib. mod. re (III, 15); §. 6 J. de obl. quae quasi ex contr. (III, 28).

2) L. 6, §. 3 D. de cond. ind. (XII, 6); L. 6 C. eod. (IV, 5).

3) Hierauf beziehen sich die §§. 187 u. 188 A. L.R. a. a. O. Die Vorschrift des §. 187 findet nicht bloß auf den Fall Anwendung, wo die Zahlung für einen zu contrahiren Unfähigen geleistet ist, sondern überhaupt da, wo die Zahlung für einen Dritten geleistet worden, und der Vertrag, in Beziehung auf den die Zahlung erfolgt ist, demnächst aufgehoben wird. Pr. 365, vom 3. Novbr. 1837. — Vergl. L. 6 pr. D. eod.; L. 14 D. de cond. causa data (XII, 4).

Delegant kann von diesem das Gezahlte oder die Befreiung des Delegaten condiciren (§. 543). 2) Die Schuld des Deleganten an den Delegatar ist richtig, aber der Delegat hält sich irrthümlich für den Schuldner des Deleganten und läßt sich deshalb delegiren. In diesem Falle kann der Delegat von dem Delegatar weder das Gezahlte condiciren noch Entlassung aus der Verbindlichkeit fordern, weil der Delegatar nur das Seine erhält[4]; er kann aber von dem Deleganten condictione indebiti Ersatz des Gezahlten und vor der Zahlung Freimachung fordern[5]. 3) Beides trifft zusammen. Hier kann der Delegat sich gegen die Klage des Delegatar mit der exceptio doli schützen und auch gegen ihn mit dieser Condiction auf Freilassung und beziehlich auf Rückgabe des Gezahlten klagen[6]. Bei der Zahlung durch Stellvertreter kommt es bloß auf dessen Irrthum an, wenn nicht ein besonderer Auftrag just auf die fragliche Zahlung erging. Aus diesem Grunde steht auch den bevorzugten Gläubigern die Condiction gegen die Nachstehenden zu, wenn diese im Concurse und Liquidationsprocesse durch den Richter aus Versehen befriedigt worden und deshalb die Vorgehenden leer ausgegangen sind[7]. Die Regel, daß nur dem Zahler die Condiction zusteht, hat folgende Ausnahmen: 1) Die von dem redlichen Besitzer einer Erbschaft auf nichtige Legate oder nichtige Schulden geleisteten Zahlungen kann der Erbe condiciren[8]. 2) Wenn mit fremden Sachen gezahlt worden ist, so kann der Eigenthümer vindiciren und beziehlich condiciren, ohne Unterschied, ob irrthümlich[9] oder wissentlich[10] gezahlt worden. 3) Was auf ein unerlaubtes Geschäft von einem Handlungsfähigen gezahlt worden, kann der Fiscus condiciren[11]. II. Schuldner ist der Empfänger im eigenen Namen[12], ohne Unterschied, ob er handlungsfähig ist oder nicht[13]; niemals

4) Darauf bezieht sich der oft misverstandene §. 180 des A. L.R. a. a. O. und die ihm zum Grunde liegende L. 44 D. de cond. ind. (XII, 6).

5) L. 78, §. 5 D. de jure dot. (XXIII, 3); L. 12, 13 D. de novat. (XLVI, 2).

6) L. 7 D. de doli mali except. (XLIV, 4).

7) Präjud. des Obertrib. vom 11. Septbr. 1835 und vom 14. Novbr. 1834 (Jur. Wochenschr. 1836, S. 165 u. 188). — Plenarbeschl. des Obertrib. vom 19. October 1840 (Entsch. Bd. VI, S. 399).

8) A. L.R. I, 9, §. 496. — L. 2, §. 1; L. 3, 5 D. de cond. ind. (XII, 6).

9) A. L.R. I, 16, §. 193, verb. mit I, 11, §§. 662, 665—667. — L. 15 pr. D. eod.

10) L. 1, §. 3 D. de cond. sine causa (XII, 7); L. 53 D. de reg. jur. (L, 17).

11) A. L.R. a. a. O. §§. 172—175; II, 12, §. 109.

12) A. L.R. I, 16, §. 193. — L. 6, §. 2 D. de cond. ind. (XII, 6).

13) A. L.R. I, 13, §. 274. — L. 14 D. eod.; L. 3, §. 4; L. 6 pr. D. de negot. gest. (III, 5).

ein Dritter[14]). III. Hinsichtlich des Gegenstandes (§. 636, II) und des Beweises gilt hier nichts besonderes[15]). IV. Diese Forderung kann nicht durch Renuntiation[16]), sondern nur durch Erlaß (§. 585) erlöschen.

§. 639.

3. Condictio ob causam datorum.

A. L.R. I, 16, §§. 199—204; — I, 5, §§. 155 fg., 364—368; I, 11, §§. 655, 1137—1139; I, 12, §§. 509 ff.; I, 11, §. 1048, verb. mit I, 4, §. 154; I, 13, §§. 150, 151.

I. Die mit dieser Klage verfolgte Forderung gründet sich in einer Zahlung auf einen künftigen Erfolg (causa futura). Die Erfordernisse sind: 1) Es muß etwas geleistet oder erlassen worden sein; der Gegenstand oder die Art der Leistung kann eben so verschieden sein wie in dem vorigen Falle; 2) dieses muß mit Rücksicht auf einen erwarteten Erfolg geschehen sein, 3) welcher ehrbar (causa honesta), und 4) nicht eingetreten ist (causa non secuta)[1]). II. Fälle der Anwendung sind: 1) ein von dem andern Theile unerfüllt bleibender Vertrag[2]); 2) die Schenkung von Todes wegen, wenn die Voraussetzung nicht eintritt[3]); 3) die Schenkung zu einem bestimmten Zwecke (§. 611, III); 4) die in Erwartung eines Darlehns geschehene Aushändigung des Schuldscheins[4]); 5) die vorausbezahlte Aussteuer, wenn die Ehe nicht erfolgt[5]); 6) wenn jemand an einen Geschäftsführer etwas leistet und der Geschäftsherr die

---

14) L. 49 D. de cond. indebiti (XII, 6).

15) Anders nach R. R. hinsichtlich des Beweises. L. 25 D. de probat. et praesumt. (XXII, 3). Diese Beweisregel kennt das Pr. R. nicht. Der Kläger muß außer der Nichtschuld auch seinen Irrthum beweisen. Die aus dem Umstande, daß eine Zahlung auf den Grund einer vermeinten, aber nicht wirklich vorhandenen Verbindlichkeit erfolgt ist, entspringende Vermuthung für einen dabei vorgewalteten Irrthum reicht zur Begründung der Rückforderung einer irrthümlich gezahlten Nichtschuld, d. h. zum Beweise des Irrthums bei der Zahlung, nicht hin, sondern es muß die Existenz eines solchen Irrthums besonders erwiesen werden. Pr. 1121, vom 22. April 1842.

16) Darüber streiten die gemeinrechtlichen Civilisten. Wunderlich, de condictionis indebiti renunciatione. Jenae 1757.

1) A. L.R. a. a. O. §. 200. — L. 1 pr., 3, §. 7; L. 4, 10 D. de cond. causa data (XII, 4); L. 7 C. eod. (IV, 6); L. 52 D. de cond. ind. (XII, 6).

2) A. L.R. I, 16, §. 199; I, 5, §§. 155 fg., 364—368.

3) A. L.R. I, 11, §§. 1137—1139. — L. 12 D. de cond. causa data (XII, 4); L. 35, §. 3 D. de donat. m. c. (XXXIX, 6).

4) A. L.R. I, 11, §. 655. — L. 7 C. de except. non num. pec. (IV, 30).

5) A. L.R. I, 11, §. 1048, verb. mit I, 4, §. 154. — L. 7, §. 1; L. 9 pr. D. de cond. causa data (XII, 4); L. 1 C. eod. (IV, 6).

Besorgung nicht genehmigt[6]). III. Hinsichtlich des Inhalts der Obligation ist hier das besondere, daß bei Bestimmung der Nebenleistungen die Ursache, aus welcher der Erfolg ausgeblieben, Einfluß hat. Hat der Empfänger Schuld, so haftet er von der Zeit seiner Schuld an wie ein unredlicher Besitzer; ist er außer Schuld und der Geber gleichfalls, so geht es nach der allgemeinen Regel (§. 636, II); liegt es an dem Geber, so haftet der Empfänger nur soweit, als er zur Zeit der Klage noch reicher ist: doch muß er alles Empfangene sich auf sein Interesse anrechnen lassen, wenn ihm ein solches zusteht[7]).

§. 640.

4. Condictio ob turpem causam.

A. L.R. I, 16, §§. 205—212. — Roßhirt, Zeitschrift für Civil- und Criminalrecht, H. 2, S. 137 fg.

Die durch das Leisten oder Erlassen zu einem schändlichen, unsittlichen Zwecke begründete Forderung auf Zurückgabe unterscheidet sich in ihrer Begründung von den übrigen Condictionen dadurch, daß es bei ihr nicht auf Irrthum oder Selbsttäuschung, sondern darauf ankommt, auf welcher Seite das Unsittliche liegt. Trifft der Vorwurf den Empfänger allein, so kann der Geber zurückfordern[8]); trifft er beide, so steht nur dem Fiscus die Rückforderung zu[9]); trifft er den Geber allein, so findet die Rückforderung nicht statt.

§. 641.

5. Condictio sine causa.

Die condictio sine causa bezieht sich auf die Fälle, wo die Rückforderung sich auf ein Leisten oder Erlassen wegen einer als gegenwärtig oder vergangen gedachten, aber in Wahrheit nicht vorhandenen oder hinterdrein wieder weggefallenen rechtlichen Ursach gründet. Das wesentliche dabei ist auch hier eine irrige Voraussetzung, sei es, daß der rechtliche Grund gar nicht vorhanden war[10]), oder

6) A. L.R. I, 13, §§. 150, 151. — L. 14 D. eod.; L. 58 pr. D. de solut. (XLVI, 3).

7) A. L.R. I, 16, §§. 201—204. Kommt nicht aus dem R. R.

8) Ebend. §§. 207 u. 212. — L. 1, §. 2; L. 4, §. 2 D. de cond. ob turp. (XII, 5).

9) A. L.R. a. a. O. §§. 210, 211. — L. 2, §. 2; L. 3 D. eod.; L. 1, §. 3 D. de calumniat. (III, 6). Anwendungen: A. L.R. I, 11, §§. 714 fg., 744, 746, 1071; I, 16, §§. 172, 173; II, 12, §. 108 u. Anh. §. 143. Der Satz ist durch das Juristenrecht aufgebracht; im R. R. ist er nicht begründet.

10) Z. E. L. 5 D. de cond. sine causa (XII, 7); L. 29 D. de cond. ind. (XII, 6).

daß die vorausgesetzte Fortdauer desselben zufällig oder durch die ordentliche Tilgung aufhörte [11]). Hinsichtlich des Gegenstandes gelten die allgemeinen Regeln.

§. 642.

6. Actio in factum wegen Bereicherung.

I. Die condictio sine causa ist über ihre Grenze ausgedehnt worden auf einige Fälle, wo jemand etwas umsonst haben würde, was seinem Eigenthümer ohne Vergütung und ohne rechtsgiltigen Grund oder doch ohne daß der ursprünglich vorhanden gewesene Grund fortwirkt, entzogen wird. Die hier als eine actio in factum gegebene Klage auf Zurückerstattung steht den Condictionen und sogar der Vindicationsklage in Fällen, wo jene und diese nach ihren besondern Voraussetzungen nicht anwendbar sind, als ergänzendes Rechtsmittel zur Seite und kann also unter Umständen, wo sie die Vindicationsklage ergänzt, selbst gegen einen Dritten gebraucht werden [1]). Die Erfordernisse der Klage wegen Bereicherung sind: 1) Der Beklagte muß bereichert sein. Bereicherung ist eine solche Vermehrung des Vermögens einer Person, welche nicht eine rechtliche oder erwartete Folge eines von ihr eingegangenen Rechtsgeschäfts, vielmehr durch einen ohne ihr Zuthun eingetretenen, den Rechtsgrund factisch aufhebenden Umstand entstanden ist. Hat der Bereicherte den Umstand durch seine freie Handlung verursacht, so hat der Beschädigte ein anderes Klagrecht von größerem Inhalte. 2) Der Kläger muß dadurch Schaden leiden. Schaden in dem hier gemeinten Sinne ist Verminderung des Vermögens einer Person in Folge eines eingetretenen Umstandes. Dasjenige, wodurch das Vermögen des Beklagten in jener Form vermehrt worden ist, muß aus dem Vermögen des Klägers herausgegangen sein, und die Absicht, in welcher diese Veränderung der beiderseitigen Vermögensmassen bewerkstelligt worden ist, muß durch den dazwischen getretenen Umstand factisch vereitelt werden. II. Der Grund der Verpflichtung zur Erstattung des Vortheils ist nicht das vorgefallene

11) Wie A. L.R. I, 21, §. 254; L. 2 D. de cond. sine causa (XII, 7); und A. L.R. I, 16, §. 125; Plenarbeschl. des G. Obertrib. vom 24. Februar 1840 (Entsch. Bd. V, S. 274); L. 25 C. de solution. (VIII, 43). Das Princip findet sich in den §§. 262—264, 277, 278, Tit. 13, und §§. 156 ff., 221, Tit. 5, Th. I. A. L.R. Zu vergl. das Pr. des Obertrib. vom 13. Decbr. 1847 (Entsch. Bd. XVI, S. 172). Nicht hierher gehört der verjährte oder präjudicirte Wechsel. S. den folg. §. 642, No. III, 6.

1) A. L.R. I, 15, §§. 28—32. Vergl. L. 3 i. f. D. de cond. ind. (XII, 6), und L. 23 D. de rebus creditis (XII, 1).

Rechtsgeschäft, sondern die Redlichkeit des rechtschaffenen Mannes[2]). Verweigert der Empfänger die Zurückgabe dessen, was ihm auf solche Weise zufällig durch den Verlust des Gebers zum unverhofften, keineswegs als Folge des Rechtsgeschäfts anzusehenden Gewinn geworden, dem dadurch Beschädigten, so handelt er unredlich und kann auf Grund seines Dolus zur Herausgabe gezwungen werden[3]). Die Klage wegen Bereicherung gründet sich also auf den Dolus des Beklagten. Dieser Grund des Anspruchs bestimmt zugleich dessen Gegenstand. Der Kläger kann nicht mehr verlangen, als der Beklagte zur Zeit des erhobenen Anspruchs, d. i. nach dem A. L.R. die Zeit der insinuirten Klage[4]), von dem Vortheile bei redlichem Verhalten noch wirklich hat; dieser ist nicht schuldig, aus *seinem* Vermögen etwas herzugeben, sondern er soll nur das nicht behalten dürfen, was aus dem fremden Vermögen ohne Grund, oder was von dem wegen einer übernommenen, aber factisch weggefallenen Leistung Empfangenen noch wirklich vorhanden[5]). Danach liegt dem Kläger, wie bei der Vindication hinsichtlich des Besitzes, in der Regel der Beweis ob[6]). Hat aber der Beklagte den ursprünglich empfangenen Gegenstand gegen Geld oder eine andere Sache umgesetzt, so ist diese Thatsache zur Begründung der Klage genügend und der Beklagte hat zu excipiren, daß der nemliche Werth oder Erlös ohne seine Schuld ihm wieder entgangen[7]). III. Einzelne Anwendungen dieser Klage kommen in folgenden Fällen vor, die jedoch nicht die einzigen sind: 1) Wenn ein handlungsunfähiger Geschäftsführer etwas aus dem Vermögen des Geschäftsherrn durch die Geschäftsbesorgung erhalten hat, wodurch er bereichert werden würde[8]). 2) Wenn ein Handlungsunfähiger einem andern Unfähigen etwas gegeben hat, wodurch dieser reicher geworden[9]). 3) Wenn der unredliche Besitzer einer nutzbaren Sache Früchte consu-

2) L. 10, §. 1 D. mandati (XVII, 1); L. 6, §. 2 D. de jure dotium (XXIII, 3).

3) L. 17, §. 4 D. de institoria actione (XIV, 3).

4) Pr.D. I, 7, §. 48; A. L.R. I, 7, §§. 222, 188, 219.

5) A. L.R. I, 13, §. 274; I, 15, §. 32. — L. 37 pr. D. de negotiis gestis (III, 5); L. 34 pr. D. de minoribus (IV, 4).

6) A. L.R. I, 13, §. 274; I, 15, §. 32. Vergl. L. 5 pr. §. 1 D. de auctoritate et consensu tutoris (XXVI, 8). Eine Ausnahme machen die §§. 28, 31, I, 15 A. L.R.

7) L. 18 D. quod metus causa (IV, 2). Nach der Fassung des A. L.R., welches überhaupt keine allgemeinen Bestimmungen über die Erfordernisse dieses Anspruchs hat, kann darüber gestritten werden.

8) A. L.R. I, 13, §. 230. — L. 3, §. 4 D. de negotiis gestis (III, 5).

9) S. oben §. 637, Note 16, und L. 34 pr. D. de minoribus (IV, 4).

mirt[10]). 4) Wenn jemand Sachen eines Dritten ohne dessen Willen bona fide erwirbt und in gutem Glauben weiter veräußert oder verbraucht, somit die Vindication nicht möglich ist, auch der Eigenthümer von dem Geber nicht entschädigt werden kann[11]). 5) Wenn die Mittel zu einer nützlichen Verwendung aus dem Vermögen eines Dritten ohne dessen Zustimmung genommen werden und dieser seine Entschädigung nicht von dem Verwender erlangen kann, auch der Empfänger dafür noch nichts wieder erstattet hat (§. 573, IV, 2). 6) Wenn ein Wechsel präjudicirt oder verjährt ist und der gewesene Wechselschuldner sich mit dem Schaden des ehemaligen Gläubigers bereichern würde[12]). 7) Wenn versprochene Handlungen nur theilweise geleistet worden sind und aus eigener Schuld nicht vollständig geleistet werden können (§. 708, I, 2, c). 8) Wenn jemand mit einem Cridar ungiltig contrahirt hat und dadurch die Masse reicher geworden ist (§. 492, A. 5 u. 6). 9) Wenn der unrechtfertige Besitzer einer fremden Sache Verbesserungen bewirkt hat (§. 169, III, b). 10) Wenn der Grundeigenthümer, auf dessen Boden ohne Erlaubnis ein anderer gebaut hat, das Gebäude behält (§. 249, II, 1). 11) Wenn einer, von der einen Seite bereits erfüllten, obligatio faciendi von der andern Seite zufällig nicht genügt werden kann (§. 466, III, 2, d)[13]).

Zweites Capitel.

Zufällig zweiseitige Forderungen (Rechtsverhältnisse mit contrariae actiones).

§. 643.

Gemeinsame Grundsätze.

Die Rechtsverhältnisse dieser Art beruhen auf einer Wohlthat des einen gegen den andern und erzeugen daher nicht nothwendig eine Gegenforderung, sowie derjenige Theil, welcher wohlthätig ist, in der Regel nur für Dolus und grobes Versehen haftet (§§. 468

10) Werden diese nicht als Accessorien mit der Vindicationsklage gefordert und hat auch der Richter nicht ex officio darauf erkannt, so können sie mit dieser Condiction nachgefordert werden. A.G.O. I, 23, §§. 63 u. 64. — L. 4 C. de condict. sine causa (IV, 9).

11) A. L.R. I, 15, §§. 28—32. — L. 3 D. de cond. ind. (XII, 6); L. 20, §. 6 D. de negot. gest. (III, 5).

12) A. W.O. Art. 83. — M. Aufsatz in Siebenhaar, Archiv für deutsches Wechselrecht, Bd. II, S. 32 ff.

13) (Z. A.) Noch andere Anwendungen sind: A. L.R. II, 18, §. 850; I, 9, §. 496; I, 5, §§. 367, 368; I, 7, §. 37; I, 16, §. 14; II, 1, §§. 313, 598—600; II, 8, §. 561; I, 9, §. 498.

und 469). Entstehen zufällig Gegenansprüche, welche nicht durch Vorenthaltung und Exception ihre Erledigung finden, so wird dem Schuldner gestattet, die eine aus dem Verhältnisse entspringende Hauptklage umgekehrt auch für sich anzuwenden, wodurch dann die actio eine s. g. contraria wird, von welcher die Klage in ihrer eigentlichen Bestimmung durch die Benennung directa unterschieden wird. Die hierher gehörigen Rechtsverhältnisse bilden zwei Gruppen: solche, welche durch Hingabe einer bestimmten Sache unter dem Bedinge der Rückgabe der nemlichen Sache entstehen, als: Commodat, Precarium, Depositum, Pignus; und solche, in welchen ein unentgeltliches Handeln oder Dienstleisten stattfindet, als: Mandat, Geschäftsbesorgung ohne Auftrag, Verwaltung fremder Sachen.

I. Forderungen auf Rückgabe einer bestimmten Sache.

1. Commodat, Leihcontract.

A. L.R. I, 21, §§. 229—257. — Schmidt (von Ilmenau), das Commodat und Precarium. Eine Revision der Grundlehren beider. gr. 8. Leipzig 1841.

§. 644.

a) Begriff und Erfordernisse.

I. Commodat (commodatum), Leihcontract heißt das unentgeltliche Hingeben einer wieder zurückzugebenden bestimmten (individuellen) Sache zum sachgemäßen Gebrauche[1]). Der Geber heißt Verleiher (commodans, commodator)[2]), der Empfänger Leiher (commodatarius, commodatum rogans, is cui commodatur)[3]). Das Geschäft ist ein Realcontract[4]), mit der dem Pr. R. eigenthümlichen Ausnahme, wenn der Gegenstand eine unbewegliche Sache ist: in diesem Falle ist der Verleiher, in Ermangelung eines schriftlichen Vertrages, an die Verabredung nicht gebunden, vielmehr kann er ganz nach Willkür den Gegenstand zurückfordern[5]). II. Die Erfordernisse sind: 1) Der Zweck der Hin-

1) A. L.R. I, 21, §. 229. — L. 1, §. 1 D. commodati (XIII, 6); L. 20 D. de acquir. poss. (XLI, 3).

2) A. L.R. a. a. O. §§. 235, 236. — L. 7, §. 1 D. commodati (XIII, 6).

3) A. L.R. a. a. O. §§. 237, 238. — L. 3, §. 3; L. 5, §§. 2, 4, 7, 10, 13; L. 10, 13 D. eod.

4) A. L.R. a. a. O. §. 229. — L. 5, §. 12 D. eod.; §. 2 J. quib. mod. re (III, 15); L. 3 C. commodati (IV, 23).

5) A. L.R. a. a. O. §. 233. — Ueber die Auslegung dieses §. ist kein Einverständnis. Viele beziehen die Bestimmung auf alle Arten von Verträgen, über Grundstücke. S. Recht der Ford. §. 267, Bd. III, S. 352. Das Obertrib. hat bereits durch das Pr. 891, vom 27. Juli 1840, ausgesprochen, daß die Vorschrift sich nicht auf Verträge über eigenthümliche Ueberlassungen von

gabe muß sein, dem Empfänger den Gebrauch zu verschaffen[6]; der Empfänger wird unvollständiger Besitzer[7]). 2) Für den Gebrauch muß nichts geleistet werden sollen, sonst ist es Miethe oder ein unbenannter Contract[8]). Ein Naturale ist es, daß der Gebrauch nach Art oder Zweck der Sache angemessen sei; soll er eingeschränkt oder in anderer Weise abweichend sein, so muß der Verleiher solches bestimmen[9]). 3) Die Dauer des Gebrauchs muß entweder durch die Art oder den Zweck oder durch ausdrückliche Zeitbestimmung verabredet sein, sonst ist das Geschäft Precarium, d. h. der Verleiher kann die Sache zu jeder Zeit zurückfordern[10]). Vor der bestimmten Zeit darf der Verleiher zurücktreten, wegen eigenen Bedürfnisses oder wegen Misbrauchs, wozu auch Afterverleihung gehört[11]). 4) Eben dieselbe bestimmte Sache muß zurückgegeben werden sollen[12]), sonst wird das Geschäft Darlehn, Tausch oder ein unbenanntes Geschäft; unter dieser Bedingung kann eine jede Sache, selbst eine vertretbare, ja eine verzehrbare Sache Gegenstand des Contracts sein[13]), doch würde der Gebrauch von dieser ein anderer als der gewöhnliche, sachgemäße sein müssen. Die eigene Sache des Commodatars kann, wenn der Verleiher ein redlicher Besitzer ist, nach Pr. R. unzweifelhaft Gegenstand sein[14]), weil das Besitzrecht als ein selbständiges Vermögensrecht angesehen

---

Grundstücken beziehe, und der Mangel der schriftlichen Form eines solchen Vertrages nicht die Erwerbung des Eigenthums eines Grundstückes durch dreißigjährigen Besitz hindere. In der am 6. Februar 1849 entschiedenen Sache Lüsse w. Topp hat das Obertrib. weiter ausgesprochen, daß die Vorschrift des §. 233 nicht auf lästige Verträge und auf Eigenthumsübertragungen zu beziehen, sondern auf den Leihcontract zu beschränken sei. (Entsch. Bd. XVII, S. 276.) Die Bestimmung ist müßig, da Grundstücke in der Wirklichkeit selten geliehen werden. Doch kommt es wohl bisweilen vor, z. B. bei Böden und Speichern, Wegen, Triften, Wohnungen u. dergl. Die ältern röm. Juristen waren verschiedener Meinung darüber: ob Immobilien Gegenstand des Commodats sein könnten? L. 1, §. 1 D. commodati (XIII, 6).

6) A. L.R. a. a. O. §§. 229, 238—240. — L. 8, 9 D. eod.

7) A. L.R. a. a. O. §. 229, verb. mit §§. 231, 248. Nach R. R. ist er bloßer Inhaber. L. 20 D. de acquir. vel amitt. poss. (XLI, 2).

8) A. L.R. a. a. O. §. 229. — L. 5, 12 D. commodati; L. 5 D. de praescr. verb. (XIX, 5).

9) L. 17, §. 3; L. 5, §§. 7, 8; L. 10 pr.; L. 23 D. commodati.

10) A. L.R. a. a. O. §§. 230, 231. Nach R. R. folgt in diesem Fall die Zurückforderung zur beliebigen Zeit aus den Grundsätzen von der Fälligkeit; ein Precarium ist darum das Geschäft nicht.

11) A. L.R. a. a. O. §§. 234—237. Ist nach G. R. streitig. Die landrechtliche Meinung gründet sich auf L. 3 C. de locat. (IV, 65).

12) A. L.R. a. a. O. §. 229. — L. 2 pr. D. de rebus cred. (XII, 1).

13) A. L.R. a. a. O. §§. 229, 233. — L. 1, §. 1; L. 3, §. 6; L. 4 D. commod.

14) A. L.R. §. 247 d. T.; I, 14, §. 79. Nach G. R. ist darüber Streit. Vergl. L. 14—16 D. eod.; L. 15 D. depositi (XVI, 3).

wird (§. 167, Bd. I, S. 319). Handlungen können nicht geliehen werden; das Versprechen unentgeltlicher Dienstleistungen ist kein Rechtsgeschäft[15]).

§. 645.

b) Verbindlichkeiten.

I. Der Leiher hat 1) die Sache nach davon gemachtem Gebrauche unversehrt zurückzugeben[1]); Verschlechterungen werden nach Maßgabe des begangenen Versehens (§§. 468, 469) ersetzt. 2) Ist die Sache untergegangen oder abhanden gekommen, so muß der Werth erstattet werden, wenn dem Leiher eine zurechnungsbare Schuld zur Last fällt. Kommt die Sache später wieder zum Vorscheine, so hat der Verleiher die Wahl: ob er die Sache wiedernehmen und den erstattet erhaltenen Werth zurückgeben, oder diesen behalten und die Sache dem Leiher überlassen will; in dem letztern Falle hat der Leiher weder für die Nutzung des bezahlten Werths, noch für die inmittelst entbehrten Nutzungen Ersatz zu fordern. Die Findungskosten trägt der, welcher die Sache behält[2]). 3) Die gewöhnlichen Erhaltungskosten und Lasten während des Commodats trägt der Leiher[3]). 4) Zur Geltendmachung dieser Forderungen hat der Verleiher die actio commodati directa. Zulässige Gegenforderungen sind nur solche, welche aus demselben Geschäfte entsprungen sind, namentlich Verwendungen auf die Sache, sofern solche nicht von dem Leiher getragen werden müssen. Wegen derselben steht ihm die exceptio doli mit dem Retentionsrechte zu[4]). Der Einwand, daß ein Dritter ein besseres Recht als der Verleiher an der Sache habe, ist unstatthaft[5]); kommen

15) A. L.R. I, 11, §. 872. Dienstleute leihet man nicht; man erweiset sich durch Hilfsleistungen bloß Gefälligkeiten. Manche gemeinrechtliche Juristen behaupten aber ein commodatum personarum. v. Eichmann, rechtliche und historische Bemerkungen von dem Leihen der Personen; in Oeffen Sammlung kl. Abhandl. (Halle 1782), No. XIV; Just. H. Boehmer, jus eccl. Protest., III, 15, §. 8; Mueller, ad Struv. Synt. jur. Exercit., XIX, th. 4, not. β.

1) A. L.R. a. a. O. §§. 234—238, 246.

2) Ebend. §§. 254—256. — Die Satzung in Betreff des Wahlrechts ist unpraktisch. Nach R. R. wird der Fall schlechthin als Kauf behandelt. L. 5, §. 1; L. 13 pr.; L. 17, §. 5 D. commodati (XIII, 6); L. 3 D. pro emtore (XLI, 4).

3) A. L.R. a. a. O. §. 241. — L. 18, §. 2 D. commodati (XIII, 6). Bei Thieren gehören dazu Curkosten, und bei Sachen die durch den üblichen Gebrauch nöthig werdenden Reparaturkosten.

4) A. L.R. a. a. O. §. 247; I, 14, §§. 76—78. War streitig. L. ult. C. commodati (IV, 23); L. 18, §. 4 D. eod.; L. 15, §. 2; L. 59 D. de furtis (XLVII, 2).

5) A. L.R. §. 247 d. T.; I, 14, §. 69. — L. 15, 16 D. commodati (XIII, 6).

Ansprüche eines Dritten, so kann der Leiher wegen streitiger Legitimation deponiren, und wenn die Sache als corpus delicti von dem Untersuchungsrichter gefordert wird, muß sie aus staatsrechtlichen Gründen an ihn ausgeliefert werden[6]). Auch der Einwand des Eigenthums findet, außer dem Falle der Unredlichkeit des Verleihers, nicht statt[7]). Der Grund ist, weil das Eigenthum des Verleihers kein Erfordernis zur Eingehung eines rechtsgiltigen Commodats ist, vielmehr sogar von beiden Seiten mit Bewußtsein über eine fremde Sache dieser Contract geschlossen werden kann (5). Die Klage auf Rückgabe aber, und eventuell auf Werthserstattung, gründet sich lediglich in diesem Contract, nicht auf das Eigenthum der Sache[8]). 5) Mehrere Leiher oder mehrere Erben des Leihers haften wegen des Werths der abhanden gekommenen Sache, sowie für die Verschlechterungen, solidarisch, wegen der noch vorhandenen Sache selbst aber muß unter ihnen der Inhaber hauptsächlich in Anspruch genommen werden[9]). II. Der Verleiher hat 1) die Sache zu allen Zeiten wiederzunehmen, sobald sie der Leiher zurückzugeben gut findet, wenn nicht seinetwegen die Zeit ausdrücklich verabredet worden ist[10]); 2) dem Leiher alle ihn nicht treffenden Kosten und Verwendungen zu erstatten[11]); 3) für den Schaden einzustehen, der durch seinen Vorsatz oder sein grobes Versehen bei dem Geschäfte, namentlich aus der ihm wohlbekannten Unbrauchbarkeit oder Schädlichkeit der Sache, dem Leiher verursacht worden ist[12]), oder durch die unzeitige und nicht gerechtfertigte Zurücknahme der Sache entsteht[13]). Wegen dieser zufälligen Gegenfor-

6) A. L.R. §. 247 d. T. und I, 14, §. 70. — Cocceji, jur. controv. XIII, 6, qu. 2.

7) S. oben §. 644, II, 4. Anders nach R. R., wonach die Sache überhaupt einen andern Stand hat. L. 15 D. depositi (XVI, 3); L. 45 D. de reg. jur. (L, 17). — Unter den juristischen Schriftstellern war darüber kein Einverständnis.

8) A. L.R. §§. 245—248 d. T. Daher ist es nicht zu finden, auf was für einen Rechtssatz das Pr. des Obertrib., 1359, vom 8. November 1843: „Der Werth der im Besitze des Leihers verloren gegangenen Sache kann von dem Verleiher nur dann eingeklagt werden, wenn er Eigenthümer der Sache war," fußt. (3. A.) Wenn das wahr wäre, so könnte der Verleiher auch die Sache selbst nicht zurückfordern; denn die Klage und deren Begründung ist immer dieselbe actio commodati, mag die Sache selbst oder deren Werth der Gegenstand sein.

9) A. L.R. §. 247 d. T., verbunden mit I, 14, §§. 59—61. — Vergl. L. 3, §. 3 D. commodati. Die Meinungen der gemeinrechtlichen Rechtsgelehrten differiren.

10) A. L.R. §. 245 d. T. — L. 5, §. 10 D. commodati (XIII, 6).

11) A. L.R. a. a. O. §§. 242—244. — L. 18, §. 2 D. eod.; L. 15, §§. 2 et 59 D. de furtis (XLVII, 2).

12) A. L.R. a. a. O. §. 257. — L. 18, §. 3; L. 22 D. commodati; L. 61, §. 6 D. de furtis (XLVII, 2).

13) A. L.R. a. a. O. §. 236. — L. 17, §. 3; L. 22 D. commodati.

derungen hat der Leiher die actio commodati contraria. 4) Ist das Rechtsverhältnis durch Zahlung des Werths der Sache aufgelöst worden und kommt später dieselbe, ohne besonderen Titel, in die Gewahrsam des Verleihers, so entsteht dadurch eine neue Obligation auf Herausgabe der Sache oder Zurückzahlung des empfangenen Werths an den Leiher, nach der Wahl des Verleihers (Note 2); und der Leiher hat dieserhalb die condictio sine causa mit einem alternativen Petitum[14]).

§. 646.

2. Precarium.

A. L.R. I, 7, §. 147; I, 21, §§. 231, 232. — Georg Eduard Schmidt, das Commodatum und Precarium (s. §. 644).

Das römische Precarium war muthmaßlich die einem andern ohne Vertrag gestattete Ausübung eines dinglichen Rechts an einer unbeweglichen Sache[1]); eine Zeitbestimmung war nicht, wie viele als einen Unterschied vom Commodate angenommen haben, unzulässig, vielmehr sogar nicht ungewöhnlich[2]). Ueber die rechtliche Natur und Bedeutung ist mehrfache Meinungsverschiedenheit[3]); jedenfalls fehlen die Voraussetzungen und das Bedürfnis des Instituts in den heutigen Rechtszuständen. Wie man sich dasselbe bei der Abfassung des A. L.R. gedacht habe, ist unbekannt; es hätte ohne Nachtheil ganz übergangen werden können. Nach Pr. R. begründet das Precarium, außer der possessorischen Klage wegen bittweiser Entziehung der Gewahrsam (§. 185, Bd. I, S. 349), ein obligatorisches Verhältnis, gleich dem des Commodats, nur mit dem Unterschiede, daß der Verleiher, weil er durch keine Zeitbestimmung gebunden ist, ganz nach Gutbefinden die Sache zurückfordern darf. Der Mangel einer Bestimmung über Art, Zweck und Zeit des Gebrauchs wird als unterscheidendes Kennzeichen des Precariums von dem Commodate angesehen, auch wird der Precarist, zum Unterschiede von dem Leiher, für einen bloßen Inhaber erklärt[4]).

---

14) Gemeinrechtlich schreibt man dem Leiher, je nachdem er die Sache, oder deren Werth haben will, oder es ihm gleichviel gilt, ob er die eine oder die andere erhält, drei verschiedene Klagrechte zu. Voet., Commentar. XIII, 6, §. 8.

1) v. Savigny, Recht des Besitzes, §§. 12a und 42.

2) L. 4, §. 4; L. 12 pr. D. de precario (XLIII, 26).

3) Recht der Forderungen, §. 270.

4) A. L.R. I, 21, §§. 231, 232. — Aus dem Mangel einer besondern Bestimmung über die Art des Gebrauchs darf nicht geschlossen werden, daß der Precarist einen ungewöhnlichen und sachwidrigen Gebrauch machen dürfe. Dieser

3. Depositum.

A. L.R. I, 14, §§. 9—108.

§. 647.

a) Begriff und Erfordernisse.

I. Depositum, Verwahrungs- oder Hinterlegungscontract ist nach R. R. das Hingeben einer beweglichen Sache in eines andern Gewahrsam, zur unentgeltlichen Aufbewahrung bis zur beliebigen Wiederabholung[1]; nach Pr. R. aber kann die Sache auch eine unbewegliche sein und für die Aufbehaltung kann eine Vergeltung verabredet werden. II. Die Erfordernisse sind: 1) Ueberlieferung der Sache; das Geschäft ist mithin ein Realcontract[2]. Die Sache kann eine bewegliche oder unbewegliche[3], eine eigene des Niederlegers oder eine fremde[4], selbst ein Eigenthum des Verwahrers[5] sein. 2) Der Empfänger muß die Sache bloß aufbehalten, d. h. in seinem Gewahrsam, wo sie hinterlegt worden, dulden und zu seiner Zeit wieder zurücknehmen lassen sollen; seine Verbindlichkeit muß mithin wesentlich negativ sein. Soll er zu handeln verpflichtet sein, so ist das Geschäft ein Mandat, wenn auch die Verwahrung Hauptzweck ist[6]. 3) Es muß dieselbe individuelle Sache zurückgegeben werden sollen. Werden vertretbare Sachen mit der Abrede niedergelegt, daß dieselben nur der Gattung nach zurückzugeben, so liegt darin die Erlaubnis zum Gebrauche, und das Rechtsverhältnis wird von da an, wo die Sachen in Gebrauch genommen werden, ein Darlehn[7]. 4) Wird Belohnung versprochen, so soll zwar das Geschäft gleichwohl ein Depositum bleiben, doch aber sollen nicht die Regeln des Depositums hinsicht-

---

Mangel unterscheidet mithin das Precarium nicht von dem Commodate. Dasselbe läßt sich von dem Zwecke sagen.

1) L. 24, 26 D. depositi (XVI, 3); L. 6, 9 C. eod. (IV, 34); L. 186 D. de verb. sign. (L, 16).

2) A. L.R. I, 14, §§. 9 und 10. — §. 3 J. quib. mod. re (III, 14); L. 26, §. 2 D. depositi.

3) A. L.R. a. a. O. §§. 90, 91. War unter den Civilisten streitig.

4) Ebend. §§. 68, 69. — L. 1, §. 39; L. 31, §. 1 D. eod.; L. 9 C. de pignor. act. (IV, 26).

5) A. L.R. a. a. O. §. 79. Anders nach G. R. L. 15; L. 31, §. 1 D. depositi (XVI, 3); L. 45 pr. D. de reg. juris (L, 17).

6) A. L.R. a. a. O. §. 9 im Worte: aufbehalten. L. 1, §§. 11—13 D. depositi. — Eine unrichtige Auffassung liegt der Entscheidung des Rechtsfalles in Simon's Rechtsspr., Bd. I, S. 434 zu Grunde.

7) A. L.R. §§. 82—84 d. T. — Nach R. R. wird noch unterschieden, ob nur Rückgabe in genere ausbedungen oder gleich bei der Niederlegung der Gebrauch ausdrücklich erlaubt worden. Im heutigen R. fällt der Grund davon weg. Recht der Ford. §. 271, Nr. 4.

lich der Haftung für Versehen gelten, vielmehr sollen die Grundsätze von zweiseitigen Verträgen zur Anwendung kommen[8]), die Natur des Rechtsverhältnisses wird also in der That doch verändert, und es gibt dann ein Miethsverhältnis, welches nur den Namen vom Depositum hat. — Kommt neben dem Realcontract eine Schrift (Depositalschein) vor, so hat sie bloß die Bedeutung eines Beweismittels, und die bei der Niederlegung getroffene mündliche Verabredung bleibt giltig, ohne daß dagegen der Einwand der mündlichen Nebenabrede stattfindet[9]); nur die später getroffenen mündlichen Abreden gelten nicht.

§. 648.

b) Verbindlichkeiten.

I. Der Verwahrer *ist verbunden*: 1) die Sache bei sich durch die bestimmte Zeit aufzubehalten, aber auf Verlangen des Niederlegers auch schon früher zu jeder Zeit zurückzugeben[1]), wenn nicht ausdrücklich zu Gunsten des Verwahrers die Zeitbestimmung verabredet ist[2]). Der Ort der Niederlegung ist auch der der Zurücknahme, ausgenommen wenn der Verwahrer seinen Aufenthaltsort verändert und der Niederleger vorher, auf die ihm gewordene Benachrichtigung, die Sache nicht abgeholt hat; nimmt in diesem Falle der Verwahrer die Sache zur Sicherheit mit, was er, außer dem Falle der Noth (4), zu thun nicht schuldig ist, indem er wegen veränderter Umstände schon vor der Zeit sich durch gerichtliche Deposition befreien kann: so muß der Verwahrer die Fortschaffungskosten tragen und die Sache an dem neuen Orte zurücknehmen[3]). Einem Dritten darf, wenngleich er Eigenthümer ist, die Sache ohne Genehmigung des Niederlegers nicht herausgegeben werden[4]). 2) Die Sache ungebraucht liegen zu lassen[5]). Weil der Verwahrer die Sache nicht zu seinem Vortheile haben will, so ist er bloßer Inha-

---

8) A. L.R. a. a. O. §§. 9, 17, 48. Nach R. R. ist das Geschäft schlechthin Miethe. L. 1, §. 8; L. 10 D. depositi.

9) A. L.R. a. a. O. §. 10. Ebenso nach L. 26, §. 2 D. eod.

1) A. L.R. §. 54 d. T. — L. 1, §§. 22, 45, 46 D. eod.; L. 11 C. eod.

2) A. L.R. a. a. O. §. 55. — L. 1, §§. 45, 46 D. eod.

3) A. L.R. a. a. O. §§. 73—75. — L. 12 pr. §. 1 D. eod.

4) A. L.R. a. a. O. §§. 24, 25. — L. 26 pr.; L. 1, §. 39; L. 31, §. 1 D. eod.; L. 8 C. ad exhib. (III, 42).

5) A. L.R. §§. 80, 89 d. T. Nach R. R. wird dadurch ein furtum usus begangen. §. 6 J. de obl. quae ex delicto (IV, 1). Das neue Strafgesetzbuch §. 255 bestraft den Verbrauch als Unterschlagung; der Gebrauch ist nicht mehr strafbar, wenn er nicht als Versuch des Verbrauchs angesehen werden kann.

ber[6]). 3) Den ihm nach Maßgabe der Verabredung obliegenden Grad von Fleiß in der Aufbewahrung (§§. 468, 469) anzuwenden und den durch Vernachlässigung desselben entstandenen Schaden zu ersetzen. In dieser Beziehung kommen einige besondere Beweisregeln (§. 470) zur Anwendung. 4) Wenn es die Noth erfordert, ist er befugt und schuldig, die Art und den Ort der Aufbewahrung zu verändern, wenn es ohne eigene Gefahr für Person und Vermögen geschehen kann; ist gleichwohl die niedergelegte Sache mit Verlust oder Schaden an eigenen Sachen gerettet, so hat der Verwahrer dafür Ersatz bis auf den Belauf der geretteten Sache zu fordern[7]). II. Wegen dieser Forderungen hat der Niederleger die actio depositi directa. 1) Die Regel, daß ein Dritter aus einem Rechtsverhältnisse, zu welchem er nicht als Interessent zugezogen worden, nicht klagen kann (§. 570), hat auch bei dieser Klage, nach Pr. R., keine Ausnahme[8]). 2) Auch gegen einen dritten Inhaber außer den Erben des Verwahrers, namentlich gegen einen Afterverwahrer, kann der Niederleger, als solcher, nach Pr. R., nicht klagen[9]). 3) Inhalt der Forderung ist: a) die niedergelegte Sache nebst Zuwüchsen und Früchten[10]) oder Ersatz des Werths[10a]), b) das Interesse wegen Verschlechterungen, und c) bei vertretbaren Sachen im Falle der Mora Zögerungszinsen[11]), im Falle des unerlaubten Gebrauchs Strafzinsen, von der Niederlegung an, nach dem, dem Niederleger erlaubten, höchsten Satze[12]). Die mit der auf Dolus gegründeten Verurtheilung des Beklagten auf diese Klage nach R. R. verknüpften nachtheiligen Folgen, bezüglich auf die bürgerliche Ehre, fallen heutzutage weg; an deren Stelle treten, nach Be-

6) Der §. 35 d. T. bedient sich des Ausdrucks „Besitz" aus Ungenauigkeit; es soll Gewahrsam heißen. Vergl. L. 17, §. 1 D. depositi (XVI, 3).

7) A. L.R. a. a. O. §§. 15, 81, 20—23. — Nach G. R. ist hierin große Meinungsverschiedenheit.

8) Nach R. R. wird eine solche Ausnahme von vielen behauptet, wegen L. 1, §. 11; L. 26 pr. D. eod., und L. 8 C. ad exhib. (III, 42). S. jedoch Recht der Ford. §. 272, II.

9) Auch dieses behauptet man nach R. R., wegen L. 16 D. depositi und Paul. Sent. rec. II, 12, §. 8 in Coll. LL. Mos. et Rom., X, §. 7.

10) A. L.R. §. 41 d. T. — L. 1, §§. 23, 24; L. 28 D. depositi; L. 38, §. 10 D. de usuris (XXII, 1).

10a) Dieser kann, wenn die Sachen verschlossen oder versiegelt niedergelegt und Schloß oder Siegel bei dem Verwahrer eröffnet oder verletzt worden sind, in Ermangelung anderer Beweismittel, durch das s. g. juramentum quasi Zenonianum des Niederlegers bewiesen werden (s. oben §. 473 a. E.), wenn der Verwahrer nicht einen Zufall beweisen kann (§. 470).

11) A. L.R. a. a. O. §. 72; I, 7, §. 232. — L. 2 C. depositi (IV, 34).

12) A. L.R. I, 14, §. 87. — L. 3, 4 C. eod.; L. 28 D. eod.

wandtnis der Sache, öffentliche Strafen[13]). 4) Ein handlungsunfähiger Depositarius kann nicht mit dieser Klage, sondern nur mit der condictio sine causa, oder im Falle des Betrugs mit der actio doli, oder, wenn die Sache noch in Natur und unterscheidbar vorhanden ist, mit der Eigenthumsklage belangt werden[14]). 5) Einwendungen gegen die directe Depositalklage sind nicht zulässig, als allein die exceptio doli (das Retentionsrecht) wegen der rechtlich begründeten Gegenforderungen des Depositarius für Verwendungen und durch die Sache erlittenen Schaden[15]), welche Forderungen auch in Form der Gegenklage, mittelst der actio contraria, geltend gemacht werden können, doch nicht müssen. Die Compensation, wenn auch der Werth der Sache gefordert wird, ist schlechthin unstatthaft (§. 583, 1); desgleichen die Einrede, daß der Niederleger kein Recht an der Sache habe[16]); sowie die, daß der Verwahrer selbst Eigenthümer sei[17]), nur muß man diese Frage nicht, wie die Verfasser des A. L. R. gethan haben, von dem Standpunkte des Zurückbehaltungsrechts auffassen. III. Der Niederleger ist schuldig: 1) dem Verwahrer die Sache zur bestimmten Zeit, in Ermangelung einer Zeitbestimmung sogleich auf Verlangen des Verwahrers, und noch vor der bestimmten Zeit auf dessen Verlangen, wenn derselbe unverschuldet außer Stand kommt, die Sache mit Sicherheit oder ohne eigenen Nachtheil zu behalten, abzunehmen; ist Belohnung ausbedungen, so ist der Niederleger nur wegen solcher Veränderung in den Umständen, die bei der Niederlegung nicht vorauszusehen waren, die Sache vor der Zeit zurückzunehmen schuldig und die durch die anderweite Niederlegung entstehenden Kosten auf die Belohnung anzurechnen berechtigt[18]); 2) den durch sein auch nur geringstes Versehen dem Verwahrer verursachten Schaden und die von ihm gemachten nothwendigen oder genehmigten Verwendungen zu erstatten[19]); 3) demselben die Belohnung zu zahlen, welche ihm gebührt: a) wenn sie ausbedungen, b) wenn ein

13) Strafgesetzbuch §. 225. — L. 10 C. eod.; L. 1, 6, §. 6 D. de his qui not. (III, 2).

14) A. L. R. a. a. O. §§. 56, 57. — S. oben §. 642, Nr. 1.

15) A. L. R. a. a. O. §§. 76 u. 77. Ist nach G. R. bestritten, aber nach Pr. R. noch um einen Grund mehr richtig, weil der Depositar im Falle der Noth gezwungen ist, Verwendungen zu machen.

16) A. L. R. a. a. O. §§. 68, 69. — L. 31, §. 1 D. depositi (XVI, 3).

17) Ebend. §§. 78, 79. — Die Besorgnis eines Verlustes ist Grund zur gerichtlichen Niederlegung (Arrest).

18) Ebend. §§. 46—49. — Wird die Sache nicht abgenommen, so kann der Verwahrer, wie gewöhnlich, gerichtlich deponiren. §§. 50—53.

19) Ebend. §. 42. — L. 23, 12 pr. D. depositi (XVI, 3). Siehe oben §§. 468, 469.

Preis gesetzlich bestimmt ist, wie bei der gerichtlichen Deposition, c) wenn der Verwahrer dergleichen Geschäfte gewerblich betreibt[20]). Wegen dieser zufälligen Forderungen hat der Verwahrer, außer der exceptio doli, die actio contraria. IV. Kommen auf einer Seite mehrere Interessenten oder mehrere Erben der ursprünglichen Partei vor, so werden die allgemeinen Regeln von der Correalität (§§. 517—519) angewendet. Auf der Seite des Deponenten ist dabei nichts besonderes; nach getheilter Erbschaft legitimirt auch hier der Depositalschein den innehabenden Miterben[21]). Bei mehreren Verwahrern haften für die durch den Contract begründeten Verbindlichkeiten gleichfalls alle in solidum; jeder aber besonders für die Folgen seines Dolus[22]). Bei mehreren Erben des Verwahrers ist die vererbte Verbindlichkeit wohl zu unterscheiden von der eigenen, welche die Erben durch Fortsetzung der Verwahrung persönlich contrahiren. Hinsichtlich der erstern gelten durchgehends die Grundsätze über Nachlaßschulden (§§. 521, 522); bezüglich auf die andere hingegen haftet hauptsächlich derjenige, welcher das Depositum zur fernern Aufbewahrung an sich genommen hat; die übrigen Miterben sind nach Maßgabe ihres bei der Auswahl des Substituten begangenen Versehens subsidiarisch verantwortlich[23]), so daß sie, wenn jener eigenmächtig gehandelt hat, für dessen Dolus nicht einstehen. Veräußert der Erbe die Sache redlicher Weise, so soll der Niederleger sich mit dem gelösten Kaufgelde nicht begnügen, sondern den Werth der Sache zur Zeit der Niederlegung fordern dürfen[24]).

§. 649.

c) Besondere Arten des Depositums.

I. Das s. g. depositum miserabile oder necessarium, d. i. ein solches Depositum, welches durch plötzlich entstandene dringende Gefahr, z. E. Feuers-, Wassers- oder Kriegsgefahr, veranlaßt ist, findet sich zwar erwähnt, doch ist dabei weiter nichts besonderes, als daß der Deponent nur für ein mäßiges Versehen haften soll[1]), und

20) A. L.R. a. a. O. §. 76; I, 13, §. 74. Ist dem R. R. unter dem Titel des Depositums fremd.

21) A. L.R. §§. 63—66 d. T. und I, 17, §. 152. S. oben §. 523.

22) A. L.R. I, 5, §§. 435, 438. — L. 1, §. 43 D. eod. — S. oben §. 518.

23) A. L.R. I, 14, §§. 60, 61. Die Bestimmung ist ganz folgerecht.

24) Ebend. §. 62. — Anders nach L. 1, §. 47; L. 2, 3 D. eodem.

1) A. L.R. I, 14, §. 43. — Vergl. L. 1, §§. 1—4; L. 18 D. eod. Im R. R. bestand der Unterschied darin, daß der Depositar, wenn er ableugnete, das Doppelte bezahlen mußte. §. 26 J. de act. (IV, 6); L. 2, §. 1 D. depositi.

daß ein Unfähiger auch außer dem Falle des Dolus (§. 648, II, 4) auf Erstattung des Werths condictione sine causa belangt werden kann, wenn er die Sache verzehrt oder veräußert hat[2]). II. Das s. g. depositum irregulare ist im Pr. R. angemessen vereinfacht, denn es findet sich als ein eigenthümliches Geschäft nur in dem einen Falle noch, wo der Niederleger dem Verwahrer erlaubt, die deponirte Sache, wenn ihm solches beliebt, zu gebrauchen. In dem Augenblicke, wo der Verwahrer davon Gebrauch macht, geht eine Verwandlung des Rechtsverhältnisses vor: aus dem Depositum wird Commodat und beziehlich Darlehn[3]). III. Die Sequestration (sequestrum, sequestre), d. h. Verwahrung eines streitigen Gegenstandes durch einen von den Streitenden oder in deren Namen durch den Richter bestellten Dritten, ist eine Art Arrest, und verbindet den Verwahrer, den Gegenstand im Namen desjenigen, der von ihnen als der wahre Berechtigte durch eine bestimmte Begebenheit bezeichnet werden wird, bis dahin aufzubewahren und dann an ihn herauszugeben[4]). Der Streit muß eben nicht ein Proceß sein[5]); ist dieses, so kann der Richter selbst Sequester werden. Die besondere Natur der Sequestration bestimmt sich nach Beschaffenheit des Vertrags: es kann reines Depositum, es kann Mandat, es kann Verwaltung, es kann Miethe sein. Gegenstand können Personen wie Sachen, bewegliche und unbewegliche Sachen sein[6]). Man unterscheidet seq. voluntaria, wenn sie auf freier Uebereinkunft der Parteien beruhet (Note 5), und seq. necessaria, wenn sie der Richter anordnet[7]); der Unterschied ist nur nominell. Der Fall einer als Arrest gerichtlich angeordneten Sequestration setzt einen Anspruch auf den Besitz der Sache voraus[8]). Die aus dem mit dem Sequester geschlossenen Contracte entspringende Klage

2) A. L.R. a. a. O. §. 58. Die actio depositi findet nie statt, weil der Contract als solcher nicht giltig zu Stande gekommen ist. (3. A.) Eigentlich ist nur die Bereicherungsklage anwendbar, wenn die niedergelegte Sache nicht mehr vorhanden ist.

3) A. L.R. a. a. O. §§. 82—84. Ueber das R. R.: Recht der Forder. §. 276. Wenn die nach der G.O. vom 11. Februar 1832 (G.S. S. 61) baar zu erlegenden Amtscautionen der Staatsbeamten in der That unvermischt mit andern Staatsgeldern bleiben, so sind sie wirkliche Depositа. Ulrich, Arch., 1838, S. 336 ff.

4) A. L.R. a. a. O. §. 92. — L. 110 D. de verb. signif. (L, 16); L. 6, 17 D. depositi.

5) M. s. A. L.R. I, 11, §. 579. Auch als Executionsmittel wird die Sequestration angewendet. S. oben §. 202, Bd. I, S. 375.

6) A. L.R. I, 14, §§. 103, 104.

7) Ein Beispiel: A. L.R. I, 7, §. 160, und A.G.O. I, 46, §. 30 a. E.

8) A. L.R. I, 14, §§. 92, 94. — A.G.O. I, 29, §. 49, Nr. 2.

erhält den Beinamen „sequestraria“ [9]). Die Parteien gelten für die eigentlichen Contrahenten, wenn auch der Richter den Sequester bestellt.

4. Pfandcontract.

A. L.R. I, 20. — Streit, de contractu pigneratitio. Erf. 1703.

§. 650.

a) Begriff und Erfordernisse.

I. Der Pfandcontract (pignus, contractus pigneratitius) besteht in der Uebergabe einer Sache in der Absicht, den Empfänger dadurch wegen einer Forderung an den Geber oder einen Dritten zu sichern und nach dessen Befriedigung dieselbe Sache wieder zurückzuempfangen. Er ist ein Realcontract und bedarf keiner schriftlichen Form zu seiner Giltigkeit, ohne Unterschied des Gegenstandes; ist dieser eine unbewegliche Sache, so ist nur zur Beglaubigung bei dem Grundbuche die Schrift mit beglaubigter Unterschrift erforderlich [1]). Kommt neben dem Realcontract nicht noch eine schriftliche Urkunde über die Verabredung vor, so kann der Pfandnehmer kein dingliches Recht an der unbeweglichen Sache erwerben. II. Zur Begründung der Obligation aus dem Pfandcontracte ist lediglich die Hingabe der Sache in der Absicht, sie zu verpfänden, erforderlich. Die Uebergabe ist die Form der Eingehung des Contracts und zugleich die Erwerbungsart für das dingliche Recht. Deshalb wird durch die bloße Verabredung, wenn die Sache in der Gewahrsam des Pfandbestellers gelassen wird, um sie im Namen des Gläubigers zu besitzen, nichts gewirkt, wie auch sofort die Aufhebung des Rechtsverhältnisses eintritt, wenn die Sache in die Gewahrsam des Pfandgebers, damit er sie im Namen des Gläubigers besitzen solle, zurückgegeben wird [2]). 1) Der Geber kann nicht bloß der Schuldner der sicherzustellenden Forderung, sondern auch ein

9) L. 12 D. depositi (XVI, 3).

1) A. L.R. I, 20, §§. 93, 94. Die Bestimmungen der §§. 99, 100, 103, welche für Immobilien die schriftliche Form vorschreiben, beziehen sich auf die Erwerbung des jus in re (Pfandrechts), nicht auf die Obligation aus dem Realcontract. S. den folg. §. 651.

2) A. L.R. a. a. O. §§. 104 u. 105. Das Pr. des Obertrib. 1487, vom 18. Sept. 1844, ist merkwürdig. Es lautet: „Der §. 105 findet keine Anwendung, und die nach §. 104 erforderliche Uebergabe ist als geschehen zu betrachten, wenn auch der Eigenthümer des Pfandobjects, welcher solches dem Schuldner der Forderung, für welche dasselbe als Pfand dienen sollte, zu diesem Zwecke ausgehändigt hatte, in der Eigenschaft eines Vertreters des eigentlichen Gläubigers der Forderung dasselbe in Empfang genommen und besessen hat.“ Der darin enthaltene einfache Satz heißt: ein Vormund kann Namens des Mündels mit sich selbst contrahiren, oder eine Person kann mit sich selbst einen Contract schließen.

anderer sein, ohne daß hierdurch eine Aenderung in der rechtlichen Natur des durch den Contract gegründeten Rechtsverhältnisses zwischen den Parteien entsteht, namentlich ist in keiner Beziehung die Verpfändung wegen der Schuld eines Dritten für den Pfandnehmer eine Freigebigkeit[3]). 2) Die Sache muß nicht nothwendig im Eigenthume des Gebers, sie kann auch eine fremde sein, sie kann selbst dem Pfandnehmer gehören, wenn nur der Geber Besitzrechte daran hat[4]), weil dann diese der Gegenstand der Verpfändung sind. 3) Das Dasein einer Forderung, welche durch die Verpfändung gesichert werden soll, ist kein wesentliches Erfordernis, der Contract ist mithin nicht null, wenn die Forderung zur Zeit der Contractsschließung fehlt, oder hinterdrein wegfällt[5]); sie kann auch als künftig gedacht werden. Die Folge des Mangels der vorausgesetzten Forderung ist im Gegentheil, daß die actio pignoratitia in Wirksamkeit tritt. Das pactum de pignore dando hat gar keine Besonderheiten.

§. 651.

b) Verbindlichkeiten.

Bei dem Pfandcontracte ist das durch die Verpfändung unter den gehörigen Voraussetzungen entstehende dingliche Recht (Pfandrecht) des Pfandnehmers an der Sache wohl zu trennen von dem obligatorischen Verhältnisse, welches zwischen dem Pfandgeber und dem Pfandnehmer aus dem Contracte entspringt. Die dadurch begründete Hauptobligation steht dem Pfandgeber als Gläubiger zu, verbindet den Pfandnehmer zur Zurückgabe der Sache, ist nicht accessorisch, vielmehr von dem Dasein oder der Giltigkeit einer andern Forderung ganz unabhängig, und wird mit der actio pignoratitia directa geltend gemacht. Die möglichen Gegenforderungen des Pfandnehmers aus diesem Verhältnisse, nicht zu verwechseln mit der Forderung, zu deren Sicherheit das Pfand bestellt worden ist und welche nothwendig einen andern Grund hat, sind zufällig und werden mit der actio p. contraria eingefordert, wenn sie nicht durch Exception (exc. doli, Retentionsrecht) geltend gemacht worden sind. Für diese Gegenforderungen haftet das Pfand (das jus

3) A. L.R. a. a. O. §. 122. — L. 2 D. quae res pignori (XX, 3); L. 11 C. de distract. pignor. (VIII, 28).

4) Nach L. 33, §. 5 D. de usurpat. (XLI, 3); L. 45 D. de reg. jur. (L, 17) ist es anders, weil das R. R. den bloßen redlichen Besitz nicht für ein Vermögensrecht hält.

5) L. 11, §. 2 D. de pignor. act. (XIII, 7). Nur das Pfandrecht ist durch die Forderung bedingt.

in re) in der Regel nicht ohne ganz ausdrückliche besondere Verpfändung[1]). I. Der Pfandnehmer hat folgende Verbindlichkeiten: 1) Er muß die Sache aufbewahren und, wenn nöthig, verwalten, wobei er für ein mäßiges Versehen haftet[2]). In dieser Beziehung macht es keinen Unterschied, wenn ein anderer als der Schuldner das Pfand bestellt[3]). 2) Er muß sich des Gebrauchs und der Benutzung der Sache enthalten oder den dadurch genossenen Vortheil, nach richterlichem Ermessen, erstatten und selbst für den Zufall, der sonst die Sache nicht betroffen haben würde, einstehen[4]). 3) Er darf das Pfandstück nicht weiter versetzen[5]). 4) Er muß die zum Pfande angenommene fruchttragende Sache verwalten und die nach Abzug der Verwaltungskosten verbleibenden Ueberschüsse zuerst auf die vorbedungenen Zinsen und dann auf den Hauptstuhl seiner Forderung abrechnen. Für die Verwaltung hat er keinen Lohn zu fordern und durch die Annahme des nutzbaren Pfandes willigt er in jährliche Theilzahlungen, soweit die Ueberschüsse reichen[6]). Daher können Verzugszinsen in der Regel nicht vorkommen. Sind Zinsen nicht ausbedungen, so liegt in der Verpfändung einer nutzbaren Sache kein Grund, landübliche Zinsen anzurechnen[7]), weil der Pfandcontract diejenige Forderung, welche gesichert werden soll, nicht berührt, mithin weder einschränkt noch erweitert. Die Abrechnung muß jährlich, anzufangen mit dem Anfangstermine des Zinsenlaufs, bei unverzinslicher Schuld mit dem Empfange der Sache, abgeschlossen werden, wenngleich der Pfandgeber erst am Ende der Verwaltung Rechnungslegung fordern kann; er kann sie aber jährlich fordern, wenn die Sache ein Haus, ein Landgut, ein Inbegriff nutzbarer Sachen, ein Grundstück oder eine Gerechtigkeit von nicht ganz geringem Ertrage ist[8]). Sobald die Schuld getilgt

1) A. L.R. I, 20, §§. 80, 81, 488, 489. Ausnahme §. 169.

2) Ebend. §§. 121, 122. — L. 3, §. 1; L. 15 D. de act. pignorat. (XIII, 7); L. 5, 8 C. eod. (IV, 24); L. 19 C. de pignorib. (VIII, 14).

3) A. L.R. a. a. O. §§. 121, 122. Die gemeinrechtlichen Civilisten streiten darüber. Madihn, Commentat. creditorem in pignore media diligentia non semper liberari. Hal. 1764.

4) A. L.R. a. a. O. §§. 124, 131; I, 3, §. 13. Vergl. I, 14, §. 85; I, 21, §. 251. S. oben §. 466. L. 30 D. de act. pign. (XIII, 7); L. 6, 9 C. eod. (IV, 24); L. 54 pr. D. de furtis (XLVII, 2); §. 6 J. de obl. quae ex delicto (IV, 1).

5) A. L.R. a. a. O. §§. 127, 131, 136—138. Anders nach L. 1 C. si pignus pignori (VIII, 24).

6) A. L.R. a. a. O. §§. 139, 140, 142, 151.

7) Ist nach G. R. streitig, wegen L. 8 D. in quibus causis pignus (XX, 2).

8) A. L.R. a. a. O. §§. 144—146. Man nennt dergleichen Rechnung Staffelrechnung.

ist, muß der Pfandinhaber solches dem Pfandgeber anzeigen[9]). 5) Er muß, wenn die Hauptschuld mit Zinsen getilgt und er wegen seiner Gegenforderungen befriedigt ist, die Sache mit den Zuwüchsen und Früchten[10]) zurückgeben[11]), die sich angemaßten Vortheile vergüten[12]) und die durch sein Versehen (Note 4) verursachten Verschlimmerungen ersetzen[13]). Sind mehrere einzelne Sachen, jede zu einem bestimmten Werthe, für eine Schuld verpfändet und der Pfandnehmer muß auf richterliche Anordnung Theilzahlungen annehmen, so ist er schuldig, einen verhältnismäßigen Theil, welchen er auszuwählen hat, von den Pfandstücken zurückzugeben[14]). 6) Er muß, wenn das Pfand verkauft worden ist, den Ueberschuß (hyperrocha) mit den etwa davon gewonnenen Zinsen, und beziehlich mit Verzugszinsen vom Tage des Empfanges des Kaufgeldes, an den Pfandgeber ausliefern[15]). II. Gegen die dieserhalb dem Pfandgeber zustehende actio pigneratitia directa findet nur die exceptio doli (das Retentionsrecht) wegen der dem Pfandnehmer aus demselben Pfandgeschäfte zustehenden Gegenforderungen statt; wegen anderer Forderungen, wofür das Pfand nicht gegeben worden, ist sie nicht zulässig[16]). Unzulässig ist ferner der Einwand, daß die Sache einem Dritten oder dem Pfandnehmer[17]) gehöre, gleichwie bei dem Commodate und dem Depositum. Gegen den Pfandnehmer selbst verjährt das Rückforderungsrecht gar nicht; aber dessen Erbe kann titulo pro herede das Eigenthum der Sache ersitzen[18]), womit denn auch die auf ihn

9) Ebend. §. 147. Gemeinrechtlich kennt man nur den Fruchtgenuß statt der Zinsen.

10) Ebend. §§. 147—149, 191. — L. 18, §. 1; L. 22, §. 2 D. de act. pignorat. (XIII, 7); L. 13 pr.; L. 29, §. 1 D. de pignor. (XX, 1); Tit. C. de partu pignor. (VIII, 25).

11) A. L.R. a. a. O. §. 159. Nicht der Schuldner, wie es dort heißt, sondern der Verpfänder hat die Rückgabe zu fordern.

12) Ebend. §. 124. — L. 22 pr. §. 1 D. de act. pign. (XIII, 7); L. 21, §. 3 D. de pignor. (XX, 1).

13) A. L.R. a. a. O. §§. 188, 189, 184—186. — L. 24, §. 3 D. de act. pignorat. (XIII, 7); L. 3, §. 7 C. eod. (IV, 24); §. 4 J. quib. mod. re (III, 15).

14) A. L.R. a. a. O. §§. 174—176. Nicht so nach R. R. L. 19 D. de act. pign. (XIII, 7); L. 16 C. de distract. pignor. (VIII, 28); L. 1 C. de luit. pignor. (VIII, 31); L. 1, 2 C. si unus ex plurib. hered. (VIII, 32).

15) A. L.R. a. a. O. §§. 212, 219, 220. — L. 6, §. 1; L. 7, 24, §. 2; L. 42 D. de act. pignorat. (XIII, 7). — Richter, de hyperrocha etc. Jenae 1757.

16) A. L.R. §§. 171, 173 d. T. Erhebliche Abänderung des R. R. L. un. C. etiam ob chirographariam (VIII, 27).

17) A. L.R. a. a. O. §. 187. — L. 9, §. 4; L. 20 pr.; L. 22, §. 2 D. de act. pign. (XIII, 7); L. 45 pr. D. de reg. jur. (L, 17).

18) A. L.R. a. a. O. §§. 250, 251. — Vergl. zur Erklärung dieser Stel-

vererbte Contractsschuld erlischt. Die Klage geht nicht gegen Dritte[19]). III. Die zufälligen Verbindlichkeiten des Pfandgebers sind: 1) Erstattung der auf die Sache verwendeten nothwendigen Kosten, sowie der Kosten für die Herbeischaffung des vor der Zeit zurückgeforderten Pfandes; wegen bloß nützlicher Verwendungen hat der Pfandinhaber nur die Rechte eines Verwalters fremder Güter[20]); 2) Ersatz des Schadens, welcher durch die Fehlerhaftigkeit der Sache dem Pfandnehmer verursacht worden ist und durch gewöhnliche Aufmerksamkeit des Verpfänders hätte vermieden werden können[21]); 3) Hergabe einer andern tauglichen, die beabsichtigte Sicherheit gewährenden Sache, wenn die übergebene Sache sich als untauglich oder fehlerhaft ausweist, oder von einem Dritten entwährt wird[22]); 4) Zurückgabe des Pfandstücks, wenn er dasselbe ohne Wissen und Willen des Pfandnehmers wieder an sich genommen, oder von demselben bittweise unter Vorbehalt der Zurückstellung erhalten hat[23]); 5) Erstattung dessen, was der Pfandgläubiger nach dem Verkaufe der Sache dem Käufer zur Gewährleistung für die ihm entwährte Sache hat zahlen müssen[24]), wenn der Gläubiger dieserhalb nicht seine Klage wegen der Hauptschuld, welche insoweit noch ungetilgt ist, gegen den Hauptschuldner gebrauchen will[25]), was ganz von ihm abhängt. — Wegen dieser Forderungen hat der Pfandnehmer die actio pignoratitia contraria.

c) Nebenverträge.

§. 652.

α) Verbotene.

Die Regel, daß die Naturalien eines Rechtsgeschäfts beliebig modificirt werden dürfen, versteht sich überhaupt nur unter der Voraussetzung, daß nicht das öffentliche Interesse (ein Verbotsge-

len das Ostpr. Prov.R., Zus. 73. Die Verjährbarkeit dieser Klage ist nach G. R. streitig.

19) A. L.R. a. a. O. §§. 185, 186. — Ist ebenfalls streitig nach G. R., indem manche die Klage für in rem scripta halten. Recht der Ford. §. 279, III.

20) A. L.R. a. a. O. §§. 166—168. — L. 8 pr., 25 D. de act. pign. (XIII, 7); L. 7 C. eod. (IV, 24). — Leyser, Med., sp. 156, m. 4. — Der §. 166 spricht von inpensis necessariis, und §. 167 bezieht sich auf inp. utiles.

21) A. L.R. a. a. O. §§. 169, 170. — L. 31, 16, §. 1 i. f. D. eodem.

22) A. L.R. §. 23 d. T. — L. 16, §. 1; L. 36 pr. §. 1; L. 1, §. 1; L. 9 pr., 31, 32 D. eod.

23) A. L.R. a. a. O. §§. 118, 120. — L. 22, §. 3 D. eod.; L. 4, §. 21 D. de usurpat. (XLI, 3).

24) A. L.R. a. a. O. §. 216. — L. 22, §. 4; L. 23 D. eodem.

25) L. 12, §. 1 D. de distract. pignorum (XX, 5).

setz) dadurch verletzt wird. Aus diesem Gesichtspunkte sind folgende Grundsätze zu betrachten: 1) Das Uebereinkommen, daß der Pfandgeber sein Recht aus dem Contracte verliere, wenn der Schuldner nicht prompt bezahle (lex commissoria), ist verboten [1]). Auch ein, für solchen Fall im voraus verabredeter Kaufcontract zwischen dem Pfandgeber und dem Pfandnehmer ist unerlaubt [2]), so wie die Verabredung zwischen Pfandgeber und Bürgen, daß der Bürge, wenn er für den Schuldner zahle, das Pfandstück für einen voraus bestimmten Preis käuflich erhalten solle [3]). 2) Der Nebenvertrag, daß der Pfandgeber den Gegenstand nicht veräußern oder noch andern zum Unterpfande verschreiben dürfe, ist unwirksam [4]). 3) Die Verabredung, daß der Pfandnehmer das Pfandstück nicht solle verkaufen dürfen, wird so ausgelegt, daß die Befriedigung desselben aus den Früchten und Nutzungen erfolgen solle; oder, wenn dieses nach den Umständen nicht die Absicht gewesen sein kann, daß der Verkauf erst im Falle eines Concurses über das Vermögen des Schuldners stattfinden dürfe [5]), was jedoch die persönliche Klage gegen den Schuldner nicht hindert.

§. 653.

β) Pfandnutzungsvertrag (Antichresis).

Der Vertrag, wonach einem Gläubiger eine nutzbare Sache mit der Bestimmung übergeben wird, sich aus den Nutzungen ohne Rechnungslegung, aber auch ohne Nachforderung bezahlt zu machen (pactum antichreticum, §. 373), ist ein erlaubtes Rechtsgeschäft [6]). Daß die Sache selbst, ihrer Substanz nach, verpfändet werde, ist nicht erforderlich [7]); wesentlich aber ist, wenn nicht bloß auf die Zinsen die Nutzungen gerechnet werden, vielmehr zugleich das Ca-

---

1) A. L.R. §§. 33, 213 d. T. — Nach altem R. R. war das pactum erlaubt, nach neuerem und nach G. R. nicht. Recht der Ford. §. 281, Note 1.

2) A. L.R. §§. 33, 34 d. T. — S. Rechtsfall in: Klein's Annal., Bd. XVIII, S. 266 ff. — Ist nach G. R. streitig.

3) A. L.R. §§. 33, 35 d. T. — Auch hierüber ist man nach G. R. nicht einig.

4) Ebend. §§. 24, 438, 439. — L. 61 D. de pactis (II, 14); L. 135, §. 3 D. de verb. obl. (XLV, 1). — Ist nach G. R. streitig und auch nach Pr. R. bestritten worden. S. Reser. des Justizministers vom 20. Aug. 1841 (Min.-Bl. S. 280). Dagegen m. Abh. in dem Schles. Arch. Bd. IV, S. 371.

5) A. L.R. a. a. O. §§. 26, 225, 27. — Nach R. R. ungiltig. L. 4, 5 D. de act. pignor. (XIII, 7).

6) A. L.R. a. a. O. §. 227. — L. 11, §. 1 D. de pignor. (XX, 1); L. 3 C. quod cum eo (IV, 26); L. 14 C. de usuris (IV, 32).

7) A. L.R. a. a. O. §. 225. — L. 11, §. 1 D. de pignor. et hypoth. (XX, 1).

pital getilgt wird, eine Zeitbestimmung[8]). Gewöhnlich ist dieser Vertrag eine Art des Pfandcontracts, von welcher Voraussetzung auch die Bestimmungen des A. L.R. ausgehen; doch kann er auch ohne irgend welche Verpfändung geschlossen werden (Note 7)[8a]). I. Erfordernisse zur Giltigkeit sind: 1) eine durch Worte ausgedrückte Uebereinkunft, daß der Gläubiger sich aus den Nutzungen der Sache bezahlt machen und zur Rechnungslegung nicht verpflichtet sein solle[9]); 2) richterliche Bestätigung[10]), welche durch den Richter der Sache, oder durch den persönlichen Richter des Pfandgebers, oder durch den Richter des Orts, wo der Vertrag geschlossen wird, mit gleicher Wirkung ertheilt werden kann[11]). Diese Formalitäten fallen von selbst da weg, wo die ganze Verbindlichkeit auf Freigebigkeit (Schenkung) beruht, weil dabei von Wucher oder Uebermaß in dem Gebührnis des Beschenkten gar keine Rede sein kann (Note 8[a]). Dagegen wird das Erfordernis der richterlichen Mitwirkung und Bestätigung dadurch allein, daß zwei verschiedene Urkunden unter denselben Contrahenten, z. B. ein Darlehnscontract und ein Pachtcontract, wobei der Darlehnsgeber zugleich der Anpächter des Grundstücks ist, noch nicht überflüssig. Vielmehr muß nach den Umständen beurtheilt werden, ob nicht dennoch ein bloßer antichretischer Vertrag bezweckt worden sei; und wenn aus diesen, z. B. der Uebereinstimmung des Zinsenbetrages mit dem Pachtgelde, der Gleichheit der Kündigungsfrist ꝛc. geschlossen werden kann, daß nichts anderes bezweckt worden, als daß die unberechneten Nutzungen des Grundstückes die Stelle der Zinsen des dargeliehenen Capitals vertreten sollen: so müssen beide Verträge als ein Ganzes betrachtet und als eine Antichresis behandelt wer-

8) A. L.R. a. a. O. §. 242. Sonst muß Rechnung gelegt werden.

8a) A. M. ist ein Senat des Obertrib., nach der Senatsentscheidung Nr. 17, Bd. XIII, S. 237; doch tritt der Zweck des Gesetzes — Verhütung des Wuchers — so *ohne* als *mit* einer Pfandbestellung ein. — Nach G. R. ist darüber kein Zweifel. Das A. L.R. enthält nichts neues.

9) A. L.R. a. a. O. §§. 139—141, 226, 227. — Nach G. R. nehmen manche eine stillschweigende Eingehung an. Man beruft sich dafür auf L. 8 D. in quib. caus. pignus (XX, 2).

10) Ebend. §§. 227, 235, 236, 238. — Ges. vom 23. April 1821, §. 4 (G.S. S. 43). Dadurch sind die verschiedenen Meinungen über die anzuwendenden Grundsätze zur Verhütung des Wuchers beseitigt.

11) Ebend. §§. 233, 234. — Die andern Richter außer dem der Sache müssen sich durch Vorlegung der erforderlichen Nachrichten in den Stand setzen lassen, die Sache zu beurtheilen. Diese Vorschrift hat jedoch nur die Natur der Geschäftsinstruction. Uebersteigt, nach dem vorgelegten Ertragsanschlage, der reine Ertrag die erlaubten Zinsen um mehr als ein Drittel derselben, so soll der Richter die Bestätigung versagen; hängt aber der Ertrag von Zufälligkeiten ab, so ist das Geschäft für ein gewagtes anzusehen und der Vertrag zu bestätigen. §§. 228—232.

den[12]). II. Hinsichtlich der Erhaltungs- und Verbesserungskosten, sowie der Verschlimmerungen, gelten die Grundsätze des Pachtverhältnisses, welchem die Pfandnutzung sehr ähnlich ist; soll der Pfandnutzer Verbesserungen bewirken, so kann er sich von der Verbindlichkeit durch Aufgebung seines Nutzungsrechts nicht befreien[13]), wenn er sich auch für bezahlt erklären wollte. III. Das Klagrecht ist die Pfandcontractsklage, wenn aber die Sache nicht verpfändet, die Klage aus einem unbenannten Contracte (do ut facias)[14]).

§. 654.

d) Pfandleih-Gewerbe.

A. L.R. I, 20, §§. 263—270. — Pfand- und Leihreglement für die sämtlichen preuß. Staaten, vom 13. März 1787 (N. C. C. de 1787, S. 781; Rabe, Sammlung, Bd. I, Abth. 7, S. 560). — Reglement vom 18. Juli 1801 (N. C. C. Tom. XI, S. 393; Rabe, Bd. VI, S. 554). — Declaration vom 4. April 1803 (N. C. C. Tom. XI, S. 1679; Rabe, Bd. VII, S. 417). — Rescr. vom 17. Octbr. 1791 (N. C. C. Tom. XI, S. 227; Rabe, Bd. II, S. 194). — Cab.Ordre vom 28. Juni 1826, betr. die Grundsätze für die öffentlichen städtischen Leihanstalten (G.S. S. 81). — C.D. vom 25. Februar 1834, betr. die Bestätigung eines königl. Leihamts für Berlin, nebst Reglement für dasselbe (G.S. S. 23). — Salmasius, de montibus pietatis. 1640. — Marperger, montes pietatis oder Leihassistenz- oder Hilfshäuser. 1760. — v. Berg, Handbuch des Polizeirechts, S. 379 ff.

Das Gewerbe des Geldverleihens auf Pfänder darf nicht ohne ausdrückliche und besondere Erlaubnis der Ortspolizeiobrigkeit unternommen werden. Wer mehr als dreimal im Jahre Geld gegen Pfand verleihet, oder wer auch nur bei einem einmal gemachten Darlehne die den öffentlichen Pfandleihern erlaubten Zinsen verlangt oder angenommen hat, gilt für einen gewerbsmäßigen Geldverleiher auf Versatz[15]). Die obrigkeitliche Erlaubnis zum Betriebe dieses Gewerbes gibt die Befugnis, höhere als die landüblichen Zinsen, nach Verschiedenheit der Summen und der Zeit, zu nehmen, und sich ohne processualische Weitläuftigkeiten, durch gerichtlichen Verkauf der Pfänder bezahlt zu machen[16]). Den Ueber-

12) Pr. des Obertrib. 1218, vom 5. November 1842.

13) A. L.R. a. a. O. §§. 238, 239. — Manche gemeinrechtliche Civilisten wollten die Grundsätze vom Nießbrauche analog anwenden, z. E. Leyser, sp. 157, m. 7—9.

14) L. 33 D. de act. pignorat. (XIII, 7); L. 11, §. 1 D. de pignoribus (XX, 1).

15) A. L.R. I, 20, §§. 263—267. Zu seinem Nachtheile nemlich, die Vortheile erwirbt er dadurch nicht.

16) Die Zinssätze und das Verkaufsverfahren sind in den Reglements ausführlich vorgeschrieben.

schuß erhält, wenn der Versetzer sich binnen einer bestimmten Zeit nicht meldet, die Ortsarmencasse. Dieses Verkaufsverfahren ohne vorherige Pfandklage ist jedoch bedingt durch genaue und richtige Führung des Pfandbuchs nach einem vorgeschriebenen Schema, und Ertheilung eines Extracts daraus als Pfandschein an den Versetzer. Ist dabei Unregelmäßigkeit, oder ein Geschäft nicht vorschriftsmäßig eingetragen, so findet gegen die betroffenen Verpfänder nur der gewöhnliche Rechtsweg statt, auch wird dem Verleiher, nach Umständen, die Concession entzogen oder auch derselbe in Ordnungsstrafe genommen.

II. Forderungen aus Führung fremder Geschäfte oder aus unentgeltlichem Handeln für andere.

1. Bevollmächtigungsvertrag.

A. L.R. I, 13, §§. 5—227. — Buchner, Versuch einer Theorie des Vollmachtsvertrags nach Röm. Rechte. Landshut 1809.

§. 655.

a) Begriff und Erfordernisse.

I. Die dem R. R. zum Grunde liegende Ansicht, daß gewisse Geschäfte nicht gegen Belohnung übernommen werden könnten, ohne dem Besorger an seiner Würde zu schaden, und daß mithin selbst in der spätern Zeit, wo es üblich geworden war, eine Belohnung unter dem Titel eines Ehrenlohns (Honorar) für die Geschäftsverrichtung zu geben, dieselbe doch nicht mit der aus dem Mandatsverhältnisse entspringenden Gegenklage eingefordert werden konnte, vielmehr durch ein besonderes außergewöhnliches Mittel (persecutio extra ordinem) verfolgt werden mußte [1]), — diese Rechtsansicht hat in der neuern Vergesellschaftung keine Geltung und paßt auch nicht zu den heutigen Rechtseinrichtungen und Zuständen. Die Gesetzgebungen konnten auf zwei Wegen diesen modernen Ansichten und Zuständen den aus dem R. R. aufgenommenen Mandatscontract anpassen: entweder behielten sie die Grundsätze des R. R., wonach das Mandat wesentlich eine unentgeltliche Geschäftsübernahme enthält, unverändert bei, und überwiesen mithin alle Geschäftsbesorgungen gegen ausdrücklich oder nach dem Stande des Geschäftsträgers stillschweigend ausbedungene Belohnung den wesentlich zweiseitigen Verträgen (Miethe oder unbenann-

1) L. 7 D. mandati (XVII, 1); L. 1 C. eod. (IV, 35).

ter Contract)[2]; oder sie veränderten das Wesen des Contracts dahin, daß derselbe auch Belohnung als zufällige Gegenforderung zuließ und folglich mit der actio mandati contraria auf Gegenleistung geklagt werden konnte. Diesen Weg ist die Pr. Gesetzgebung gegangen[3], doch nur in Beziehung auf die Verrichtung oder Schließung von Rechtsgeschäften, unter dem Titel von Vollmachtsaufträgen[4], wogegen andere Aufträge, wonach der Uebernehmer nicht mit einem Dritten in einen den Auftraggeber verbindenden Verkehr zu treten, also zu seiner Legitimation eine Vollmacht nicht nöthig hat, entweder als Mandate oder als zweiseitige Verträge über Handlungen (unbenannter Contract) gelten, je nachdem sie unentgeltlich übernommen, oder für die Ausrichtung eine Belohnung, sei es ausdrücklich oder nach dem Stande des Uebernehmers auch nur stillschweigend, ausbedungen wird[5]. Sonach versteht das Pr. R. unter dem Mandatscontracte zweierlei, nemlich: 1) den Bevollmächtigungscontract, d. i. ein Vertrag, wonach jemand übernimmt, umsonst oder gegen Belohnung, für den andern und in dessen Namen mit einem Dritten ein Rechtsgeschäft zu machen; 2) jeden andern zur unentgeltlichen Ausrichtung übernommenen Auftrag. II. Die wesentlichen Erfordernisse sind: 1) Die Absicht des Auftragenden, in ein Rechtsverhältnis zu treten. Das Geben eines Raths, oder die Empfehlung eines Dritten sind mithin keine Art von Mandat und machen nicht verbindlich, wenn nicht ein anderer Verpflichtungsgrund, wie Arglist, Versehen ꝛc., dazu tritt[6]. Befehl (jussus) ist die Form des Mandats an eine dem Auftragenden unterworfene Person, die durch die Ausrichtung des Befehls, den sie nicht ablehnen kann, in kein obligatorisches Verhältnis tritt[7]. 2) Der Uebernehmer muß versprechen, das

2) Diesen Weg hat das österreichische Civilgesetzbuch genommen. §. 1004. Er ist derjenige, welchen die römischen Juristen selbst einzuschlagen angefangen hatten.

3) Auch der Code civil, Art. 1986. Nach der Lehre vieler, z. E. Boehmer, Doctrina de action., Sect. II, c. VIII, §. 132; Schmidt, Lehrbuch von gerichtlichen Klagen, §. 1039; Entsch. der Ges.C. vom 26. März 1793 (Klein, XII, 23).

4) A. L.R. §§. 1—6 d. T. — Recht der Forder. §. 285, IV, Bd. III, S. 449 ff.

5) A. L.R. I, 11, §§. 873, 874. — §. 13 i. f. J. de mand. (III, 26 [27]). Danach ergibt sich die Beziehung der dem §. 874 scheinbar widersprechenden Bestimmung I, 13, §. 74 von selbst: sie bezieht sich auf Vollmachtsaufträge.

6) A. L.R. a. a. O. §§. 217—221. — L. 2, §. 6; L. 10, §. 7; L. 12, §. 12 D. mandati (XVII, 1); L. 2 D. de proxenet. (L, 14); L. 47 D. de reg. jur. (L, 17); L. 2 D. quod quisque juris (II, 2). — Neustetel, über die Verbindlichkeit des Rathgebers ꝛc. (Archiv für civil. Praxis, Bd. II, No. 4).

7) A. L.R. a. a. O. §§. 324 fg. — S. oben §. 572, No. II.

Geschäft eines andern zu besorgen, mag dasselbe den Auftraggeber allein, oder ihn und einen Dritten gemeinschaftlich, oder den Auftraggeber und den Beauftragten selbst gemeinschaftlich [8]), oder einen Dritten und den Beauftragten gemeinschaftlich angehen [9]). Geht das Geschäft den Beauftragten allein an, so gilt der Auftrag in der Regel als ein Rath [10]). 3) Das Geschäft muß ehrbar und erlaubt [11]), auch ein solches sein, welches nicht in Person zu verrichten ist [12]). 4) Die Geschäftsbesorgung muß unentgeltlich übernommen werden, wenn kein Vollmachtsauftrag gegeben ist (Note 5). — Daß der Auftrag die Ursache der Geschäftsbesorgung sei, ist nach Pr. R. nicht erforderlich, die nachfolgende Genehmigung (§. 130) stellt ein Mandatsverhältnis von Anfang her [13]).

§. 656.

b) Eingehung und Arten.

I. Zur Eingehung ist gemeinrechtlich nur die beiderseitige Einwilligung nothwendig, da das Mandat ein Consensualcontract ist [1]); nach Pr. R. ist jedoch zwischen dem Mandatscontracte überhaupt und dem Vollmachtsauftrage zu unterscheiden. 1) Der erstere ist ganz den allgemeinen Regeln von der Form unterworfen und muß mithin, je nach dem Gegenstande und den Eigenschaften des Auftragnehmers — denn dieser ist der Versprechende; der andere hat bloß zu acceptiren — schriftlich oder gerichtlich geschlossen werden (§§. 550, 554). Der andere — der Vollmachtsauftrag — macht davon eine eigenthümliche Ausnahme: er wird selbst durch stillschweigende Annahme oder Gebrauch des dem Beauftragten von dem Auftragenden mitgegebenen schriftlichen Ausweises bei dem Dritten (der Vollmacht) rechtsgiltig abgeschlossen [2]). Der Beauftragte, welcher den mündlich erhaltenen Auftrag vollzogen hat, ist mithin seinerseits verbun-

8) Einen solchen Fall s. Schles. Archiv, Bd. V, S. 434.

9) Hierbei kann der Auftraggeber ein eigenes Interesse haben. L. 6, §. 4; L. 8, §. 6 D. mandati (XVII, 1); L. 28 D. de negot. gestis (III, 5).

10) A. L.R. §. 217 d. T. — L. 2 pr. §. 6 D. mandati.

11) A. L.R. a. a. O. §. 20; I, 6, §§. 51 ff. — L. 6, §. 3; L. 22, §. 6 D. eodem.

12) A. L.R. I, 13, §§. 18, 19, 31, 41—45; II, 1, §§. 66, 67, 167; A.G.O. I, 10, §. 314.

13) A. L.R. I, 13, §. 239. War gemeinrechtliche Lehre. Anders nach R. R. L. 9; L. 6, §. 9 D. de negot. gest. (III, 5); L. 9 C. eod. (II, 19); L. 12, §. 14; L. 20, §. 1 D. mandati (XVII, 1). Nur was noch nach ertheilter Genehmigung in Folge derselben geschieht, ist Ausrichtung eines Mandats. L. 60 D. de reg. jur. (L, 17).

1) L. 1 pr. §. 1 D. mandati.

2) A. L.R. a. a. O. §§. 7, 11—17, nach cl. 1 de procurat. (I, 10), welche jedoch auf der Voraussetzung beruhet, daß mündliche Verträge giltig sind.

den, die in Folge dieses Auftrags erworbenen Sachen dem Machtgeber zu überlassen und kann diesem nicht den Einwand machen, daß der Gegenstand des von ihm ausgeführten Geschäfts einen schriftlichen Contract erfordert habe, und daß ihm eine schriftliche Vollmacht nicht ertheilt worden[2a]); so wie anderseits berechtigt, auch dann, wenn er zur Ausrichtung des Auftrags bezüglich auf einen Gegenstand von mehr als 50 Thlr. an Werth bloß einen mündlichen Auftrag hatte, von dem Auftraggeber Erstattung der Auslagen, und als Kaufmann Provision zu fordern[3]). 2) Bezüglich auf das Verhältnis zwischen dem Vollmachtgeber und dem Dritten genügt schon ein Blanquet, wenngleich dasselbe ohne Wissen und Willen des erstern ausgefüllt worden ist, nur muß der Dritte in gutem Glauben sein[3a]). 3) Gerichtlich muß die Vollmacht ertheilt werden, wenn der Beauftragte ein gerichtlich niedergelegtes Testament oder Codicill im Empfang nehmen, einen Eid leisten oder eine eidesstattliche Versicherung geben[4]), oder den Bräutigam bei Eingehung des Verlöbnisses vertreten soll (§. 747, Note 6); zu Processen genügt eine außergerichtliche, wenn der Mandant schreiben kann[5]), und zu andern Rechtsgeschäften ist diejenige Form, welche für das Geschäft selbst bestimmt ist, erforderlich; Collegia und Anstalten, welche Beamte mit öffentlichem Glauben haben, ertheilen ihre Vollmachten unter Beglaubigung dieser Beamten[6]). 4) Wenn die Frage von der Form einer Vollmacht zwischen Eheleuten ist, so sind die verschiedenen Beziehungen zu unterscheiden. a) Ist der Mann der Auftraggeber und ist von dem Verhältnisse desselben zu dem Dritten Rede, so genügt die eben gedachte Form: das von der solchergestalt bevollmächtigten Ehefrau mit dem Dritten geschlossene Rechtsgeschäft ist vollkommen rechtsgiltig. Soll aber die Ehefrau persönlich aus dem Mandate ihrem Ehemanne verbindlich gemacht werden, so ist die für Verträge zwischen Eheleuten vorgeschriebene Form[7]) zu beobachten. Die Vernachlässigung derselben hat mithin keine andern Folgen, als daß die Ehefrau für die unterlassene oder

2a) Pr. des Obertrib. 1333, vom 8. September 1843.

3) Pr. des Obertrib. 1569, vom 3. Mai 1845 (Entsch. Bd. XI, S. 375).

3a) A. L.R. a. a. O. §§. 112, 113. Nach R. R. kann der Fall nicht vorkommen, weil der Dritte keine directe Klage hat.

4) A. L.R. I, 12, §. 571. — R. vom 4. Febr. 1835 (Jahrb. Bd. XLV, S. 181). Der §. 116, Tit. 13 ist durch das Gesetz vom 11. Juli 1845, §. 2, lit. b aufgehoben.

5) A.G.O. I, 3, §. 36. Doch müssen die Proceßvollmachten der Dorfgemeinden gerichtlich sein. §. 40 das.

6) Anh. z. A. L.R. §. 45 (zu I, 13, §. 115).

7) A. L.R. II, 1, §§. 198—201.

fehlerhafte Besorgung des Auftrags rechtlich nicht verantwortlich ist. b) Ist die Frau der Auftraggeber, so genügt überhaupt die gewöhnliche Form (Nr. 3) [7a]), weil der Ehemann die Angelegenheiten der Frau mit deren Zustimmung zu besorgen berechtigt, und zu der bloßen Genehmigung eines Geschäfts der Ehefrau mit einem Dritten eben bloß die Zusammenstimmung der Eheleute erforderlich ist. Die Ehefrau wird durch die Ertheilung einer Vollmacht auf ihren Ehemann zur Abschließung eines solchen Geschäfts nicht weiter verbindlich gemacht, es steht ihr jeder Zeit frei die Vollmacht zu widerrufen. 5) Handlungsunfähige können zwar nur mit Zustimmung ihrer Autoritäten, Ehefrauen mithin nur mit Genehmigung des Mannes, von andern Vollmachtsaufträge mit rechtlicher Wirkung für sich selbst annehmen; und der Dritte braucht sich mit einer unfähigen Person nicht einzulassen; wenn aber ein Unfähiger auf Grund einer ohne Genehmigung seines Rechtsvertreters angenommenen Vollmacht das aufgetragene Geschäft abgeschlossen hat und die Vollziehung desselben durch einen solchen nicht besonders gesetzlich verboten ist, so ist dasselbe zwischen den Parteien rechtsverbindlich [8]). 6) Ist die Form nicht beobachtet, jedoch in Folge des mündlichen Auftrags etwas gethan oder gegeben worden, so gelten zwischen den beiden Contrahenten die allgemeinen Grundsätze von den Folgen des Mangels der Form (§. 553) [8a]), die übrigens hier ebenfalls durch ein schriftliches Anerkenntnis ersetzt wird [9]); aber bei Vollmachtsaufträgen wird, in Ermangelung einer schriftlichen Vollmacht oder nachgefolgter Genehmigung, ohne Unterschied des Gegenstandes, kein directes Klagrecht des Dritten gegen den Machtgeber begründet, vielmehr muß, wie nach R. R. in allen Fällen, der

---

7a) Das Pr. des Obertrib. vom 27. Juli 1838, Nr. 508, spricht aus: „Bei Ausstellung einer Proceßvollmacht, zur Wahrnehmung der Rechte einer Ehefrau auf ihren Ehemann, bedarf es nicht der Zuziehung eines Beistandes, wenn auch der Proceß die eingebrachten Grundstücke, Gerechtigkeiten oder auf den Namen der Ehefrau, ihrer Erblasser oder Geschenkgeber geschriebenen Capitalien betrifft." Die specielle Beziehung auf Proceßvollmachten ist keine Verneinung des Satzes in Beziehung auf andere Vollmachten, erklärt sich vielmehr daraus, daß die Aussprüche sich in der Regel genau auf die Frage beschränken, und der Gegenstand des Streites eine Proceßvollmacht war.

8) A. L.R. I, 13, §§. 32—36. — L. 31 pr. D. de negot. gest. (III, 5); §. 5 i. f. J. qui et ex quibus causis manumitt. (I, 6).

8a) Geleistete Zahlungen gelten mithin unbedingt. Entscheid. des Obertrib. Bd. IX, S. 233. Ein durch einen mündlich beauftragten Vertreter schriftlich geschlossener Miethcontract gilt hinsichtlich des Vertretenen nur als ein mündlicher. Angenommen (durch 4 gegen 3) von dem III. S. des Obertrib. am 30. März 1849, in Sachen Baak c. Ruft, $^{803}/_{3181}$ III, 48. Vergl. die Note 10a. S. aber unten die Anm. 23 zu §. 657.

9) Schles. Archiv, Bd. IV, S. 501. S. oben §. 550, I, 6.

Dritte sich an den Beauftragten wegen Schadloshaltung für Schäden und Kosten, welche ihm aus dem Rückgehen des Geschäfts erwachsen, oder Abtretung der Klage halten; der Machtgeber hingegen kann auch in diesem Falle gegen den Dritten unmittelbar klagen[10]). Hat jedoch der mündlich Beauftragte in der gesetzlichen Form gehandelt, so kann nicht nur durch eine schriftlich, sondern auch durch eine mündlich oder stillschweigend erklärte Genehmigung des Machtgebers eine vertragsmäßige Verbindlichkeit aus dem von dem Bevollmächtigten abgeschlossenen Geschäfte, dem Dritten gegenüber, entstehen[10a]). Der Dritte ist an einen solchen in giltiger Form geschlossenen Vertrag bis zur erfolgten Erklärung des Machtgebers jedenfalls gebunden[11]). II. Bei den Vollmachtsaufträgen unterscheidet man: a) nach dem Umfange General- (mandatum generale) und Specialvollmacht (m. speciale). Die erstere trägt eine ganze Classe von Rechtsgeschäften, die andere ein einzelnes Geschäft oder auch nur eine einzelne Handlung auf. Da eine Generalvollmacht eine Reihe von Geschäften aufträgt, und auch ein durch Specialvollmacht übertragenes einzelnes Geschäft mehrere Handlungen erfordern kann; so besteht das Praktische dabei in der Auslegung: was für Geschäfte oder Handlungen als mit aufgetragen anzusehen sind. In dieser Hinsicht gilt der Grundsatz: der Bevollmächtigte ist zu allen Handlungen befugt, welche zur gehörigen Verrichtung der ihm aufgetragenen Geschäfte und zur Erreichung der ausgedrückten Absicht des Machtgebers nothwendig sind[11a]). Danach ist ein mit Worten besonders ausgedrückter Auftrag (Specialvollmacht, die in jeder Generalvollmacht, insofern die Geschäfte namentlich genannt sind, enthalten ist) z. B. erforderlich: 1) wenn Parteien- oder Zeugeneide erlassen oder für geschworen angenommen werden sollen; 2) wenn der Bevollmächtigte einen Eid[12]) in die Seele des Machtge-

10) A. L.R. I, 13, §§. 8—10, 128. Vergl. Note 23 zu §. 657. Der mündlich Bevollmächtigte kann von dem Dritten nicht mehr in Anspruch genommen werden, wenn der Dritte den Machtgeber selbst, sei es wegen hinzugetretener Genehmigung oder aus sonstigen Gründen, auf Erfüllung des mit jenem eingegangenen Vertrages, hat in Anspruch nehmen können. Pr. 1152, vom 11. Juni 1842.

10a) Pr. 2196 (Plenarbeschl.), vom 22. April 1850 (J.M.Bl. S. 205 und Entsch. Bd. XIX, S. 29). Das ist jedoch nicht auf eine mündlich genehmigte Geschäftsführung ohne Auftrag anzuwenden, weil hier die Folgen eines mündlich gegebenen und von dem Beauftragten wirklich vollzogenen Auftrags nicht eintreten können. S. unten §. 657, Note 23.

11) Pr. 1240, vom 17. December 1842. Vergl. unten §. 657, Note 23.

11a) A. L.R. a. a. O. §§. 53, 104, 108, 130, 134—139. — L. 56; L. 62 D. de procurat. (III, 3).

12) Dieser muß, wenn nicht die Norm allgemein vorgeschrieben ist, seinem Inhalte nach wörtlich vorgeschrieben sein, weil sonst nicht der Machtgeber wegen Meineides verantwortlich sein würde.

bers schwören soll; 3) wenn auf Schiedsrichter compromittirt werden soll; 4) wenn ein Rechtsstreit verglichen werden soll; der Auftrag zur Abschließung eines Vergleichs enthält nicht den Auftrag zu compromittiren, und umgekehrt; 5) wenn Rechte übertragen oder durch Verzichtleistung aufgegeben werden sollen; 6) wenn Zahlung an Geldern oder Sachen erhoben werden soll; ausgenommen die Proceßkosten, zu deren Empfangnahme von dem Gegner die Proceßvollmacht befähigt; 7) wenn Grundstücke veräußert oder gekauft; 8) wenn Eintragungen oder Löschungen bewilligt werden sollen, falls der Auftrag nicht auf Empfangnahme der Zahlung geht; 9) wenn geschenkt werden soll; 10) wenn im Falle eines Specialauftrags zum Verkaufe das Kaufgeld creditirt oder in Empfang genommen [13]), oder eine Conventionalstrafe verabredet werden soll [13a]). b) Nach der Art des Ausweises *ausdrückliche* Vollmacht (mandatum verum) und *vermuthete* (m. praesumtum). *Ausdrücklicher* Auftrag wird, außer dem Falle, wo der Beauftragte eine förmliche Vollmacht vorlegt, auch angenommen, wenn der Machtgeber dem Dritten die Ertheilung des fraglichen Auftrags schriftlich oder mündlich anzeigt; bei bloß mündlichen Aufträgen und Benachrichtigungen werden jedoch die Grundsätze von mündlichen Verträgen angewendet [14]). Die Vermuthung für einen Auftrag beruhet auf der Familien- oder Geschäftsgemeinschaft, in welcher der vermuthliche Machtgeber und Beauftragte stehen, und auf der Dringlichkeit des Geschäfts, welche die Herbeischaffung einer förmlichen Vollmacht verhindert haben kann. Daher genügt eine *vermuthete* Vollmacht nur in Fällen, welche keinen Aufschub leiden und keine Specialvollmacht erfordern [15]), und auch nur vor der Hand; denn wer auf Grund einer vermutheten Vollmacht etwas verhandelt hat, muß unverzüglich eine ausdrückliche Vollmacht nachbringen, und der Dritte kann ihn dazu anhalten oder auch den vermuthlichen Machtgeber unmittelbar befragen. Dieser muß darauf innerhalb der für die An-

13) A. L.R. I, 13, §§. 53, 99—109, 134—139.

13a) Die Vollmacht zum Abschlusse des Kaufs schließt die Ermächtigung zur Verabredung von Conventionalstrafen nicht in sich. Pr. 1450, vom 11. Mai 1844.

14) A. L.R. a. a. O. §§. 147—149. Angenommen von dem Obertrib. nach dem Präjud. vom 27. Mai 1842 (Entsch. Bd. VII, S. 378). — S. oben Note 8a.

15) A. L.R. a. a. O. §§. 119, 123. — L. 26, 27 pr. D. de minor. (IV, 4). Wenn daher z. B. eine Ehefrau einen im Namen des Mannes geschlossenen Miethcontract für ihn unterschreibt, so ist das kein Fall des mandatum praesumtum. Angenommen von dem III. Senate des Obertrib. am 30. März 1849 in Sachen Baak c. Ruft, $^{803}/_{3181}$ III, 48 (Entsch. Bd. XVIII, S. 207). Die Meinungen waren getheilt. S. unten Note 11a zu §. 651.

nahme bei Verträgen bestimmten Zeit (§. 548) sich erklären; wo nicht, wird er für genehmigend angesehen und kann später nicht mehr absagen; misbilligt er rechtzeitig das Geschäft, so geht dasselbe zurück und der vermuthete Bevollmächtigte muß den Dritten wegen Schäden und Kosten entschädigen[16]). Als vermuthlich Bevollmächtigte werden unter den gedachten Voraussetzungen angenommen: 1) Natürliche wie angenommene Verwandte in gerader Linie; 2) Eheleute; 3) Geschwister; 4) Geschwisterkinder ersten Grades; 5) Schwiegereltern und Schwiegerkinder; 6) Schwäger und Schwägerinnen, so lange die Ehe dauert; 7) Miteigenthümer und Litisconsorten in Beziehung auf die gemeinschaftliche Sache; 8) Verwalter, Buchhalter und Hausofficianten in den ihnen von dem Herrn anvertrauten Geschäften[17]). Das Pr. R. weicht hierbei von dem G. R. in Hinsicht der Ausdehnung und in der dem mandatum praesumtum zum Grunde liegenden Ansicht erheblich ab. Das gemeinrechtliche m. praesumtum bezieht sich nur auf Sachwalter[18]) und das A. L.R. generalisirt dasselbe; nach R. R. beruhet es auf der rechtlichen Befugnis, für gewisse Personen in einem anhängigen Processe einzelne Handlungen zu verrichten, ohne dazu ausdrückliche Vollmacht beibringen zu müssen[19]), die Verfasser des A. L.R. gehen davon aus, daß ein Auftrag wirklich ertheilt worden sei, und nur noch nicht nachgewiesen werden könne[20]).

§. 657.

c) Verbindlichkeiten.

I. Die Hauptverbindlichkeit ist auf der Seite des Beauftragten und besteht darin, den Auftrag treu und auf das vortheilhafteste für den Machtgeber zu besorgen[1]), und zwar in der Regel persönlich, ausgenommen wenn das Geschäft nicht ohne Beihilfe anderer vollzogen werden kann, oder wenn dasselbe keinen Aufschub leidet und der Beauftragte persönlich verhindert ist, oder wenn der Machtgeber ausdrücklich Erlaubnis zu substituiren gegeben hat; sonst haftet er für die Handlungen des Substituten, wie für seine eigenen[2]);

16) A. L.R. a. a. O. §§. 124—128. — L. 40, §. 3 D. de procurat. (III, 3).

17) A. L.R. a. a. O. §§. 119—123.

18) L. 3, §. 3 D. judicatum solvi (XLVI, 7).

19) L. 3, §. 3 D. eod.; L. 40, §. 4 D. de procurat. (III, 3).

20) Nach der Ansicht mancher Schriftsteller, z. E. Stryck, Us. mod., XLVII, 8, §. 4 u. a. Vergl. Klein, Halle'sche Rechtssprüche, I, S. 332.

1) A. L.R. a. a. O. §§. 59, 60. — L. 21 C. mand. (IV, 35).

2) A. L.R. a. a. O. §§. 37, 38, 46—48. Nach G. R. ist man über den Grundsatz nicht einig.

im Falle einer Ausnahme haftet er nur für ein grobes oder mäßiges Versehen in der Auswahl und sofern er den Substituten zum Schadenersatz anzuhalten vernachlässigt [3]). 1) Das Verhältnis des Substituten zu dem Substituirenden ist das eines Mandatars [4]); zu dem Machtgeber steht der Substitut in keinem Rechtsverhältnisse und, wenn der Beauftragte die Erlaubnis zur Bestellung eines Substituten ausdrücklich hatte, steht er in dem eines Mandatars, er kann mithin von dem Machtgeber nur in diesem Falle unmittelbar belangt werden [5]). 2) Ueberschreitet der Beauftragte die Grenzen des Auftrags, und der Machtgeber genehmigt es, so wird das Ganze nach den Regeln vom Mandate beurtheilt [6]), wiewohl die Abweichung eigentlich negotiorum gestio ist; genehmigt er es nicht, so muß er doch die Geschäftsbesorgung, soweit der Auftrag reicht, gegen sich gelten lassen, und darf also nicht das Ganze ablehnen [7]). 3) Nach Vollziehung des Auftrags muß der Mandatar vor allem Rechnung legen [8]), und nach derselben alles an den Machtgeber überliefern, was er in Folge des Auftrags erhalten oder erworben hat, ohne Unterschied, ob es ausdrücklich auf des Machtgebers Namen [9]), oder auf den eigenen Namen des Mandatars [10]) erworben worden ist; aber die bei Gelegenheit der Vollziehung des Auftrags, durch Besorgung eigener, mit dem Auftrage nicht in Verbindung

3) Ebend. §§. 39, 46, 47. — L. 21, §. 3 D. de negot. gest. (III, 5); L. 2, §. 1 D. si mensor fals. mod. (XI, 6); L. 8, §. 3 D. mandati (XVII, 1).

4) L. 28 D. de negotiis gest. (III, 5).

5) A. L.R. a. a. O. §. 40. Der Generalbevollmächtigte, dessen Vollmacht mit auf Wahrnehmung der Gerechtsame des Mandanten in Processen gerichtet ist, ist auch dann, wenn die Vollmacht die Befugnis zu substituiren nicht ausdrücklich enthält, zur Substitution eines der bei dem Obertrib. angestellten Rechtsanwalte zur Wahrnehmung der Gerechtsame seines Mandanten in den bei dem Obertrib. schwebenden Processen befugt, weil zu einer solchen Substitution keine Specialvollmacht erforderlich ist und der Generalmandatar das Geschäft nicht in Person verrichten kann. Pr. 2033, vom 26. Juli 1848.

6) A. L.R. a. a. O. §§. 142, 143, 51, 67. — Vergl. L. 7 pr. C. ad S. C. Maced. (IV, 28). Nach Ablauf der Erklärungsfrist (A. L.R. I, 5, §. 90) kann es nicht mehr genehmigt werden. Vergl. Entsch. des Obertrib. Bd. XVIII, S. 220.

7) A. L.R. a. a. O. §. 90. War nach altem R. R. streitig. §. 8 J. de mand. (III, 26 [27]); L. 3, 4, 5, §. 3 D. eod. (XVII, 1).

8) A. L.R. a. a. O. §. 61. — L. 56, §. 2 D. eod.; L. 46, §. 2 D. de procurat. (III, 3). Diese Verbindlichkeit verjährt nicht schon in fünf Jahren, wie man hat behaupten wollen, sondern erst mit der actio mandati directa. Entsch. des Obertrib. Bd. IV, S. 343 und Präj. 1892, vom 11. Juni 1847 (Entscheid. Bd. XIV, S. 470).

9) A. L.R. a. a. O. §§. 62, 63. — Schles. Archiv, Bd. IV, S. 501; Simon, Rechtsspr., Bd. I, S. 303. — L. 20 pr. D. mandati (XVII, 1).

10) Entscheid. des Obertrib. Bd. VII, S. 376. Vergl. den Rechtsfall im Schles. Archiv, Bd. V, S. 434, und Bd. IV, S. 501.

stehender Geschäfte, erworbenen Vortheile bleiben ihm[11]). Die Herausgabe der auf den eigenen Namen erworbenen Gegenstände geschieht, neben der Auslieferung der Urkunden und Sachen, durch das Anerkenntnis der Thatsache, daß er diese Rechte oder Sachen für den Machtgeber in Folge des Auftrags erworben habe[12]). Von erhobenen Geldern muß er im Falle der Mora Verzugszinsen und, wenn er Gelder in Gebrauch genommen hat, Strafzinsen nach den höchsten Sätzen zahlen[13]). 4) Die von dem Mandatar als solchem, vermöge der Eigenthümlichkeit des Mandats, zu leistende besondere Aufmerksamkeit (§§. 468, 469) erstreckt sich nur auf die Handlungen zur Ausrichtung des Auftrags, nicht aber auf die in Folge des Auftrags eintretenden Verrichtungen, z. B. Aufbewahrung der ihm anvertrauten Sachen: in dieser Hinsicht haftet er nur nach den Grundsätzen vom Depositum[14]). 5) Mehrere, welche gemeinschaftlich einen Auftrag übernehmen, haften wegen der Untheilbarkeit solidarisch, wenn nicht jeder einen bestimmten Theil übernommen hat[15]); für die Arglist und das Versehen des einen haften jedoch die andern nicht, ausgenommen subsidiarisch soweit, als sie daran hätten hindern können; in welchem Falle ihnen der Schuldige zum Ersatze verpflichtet bleibt[16]). Ob sie dem Dritten gegenüber nur alle zusammen oder einzeln zu handeln legitimirt sind, hängt davon ab: ob die Vollmacht auf alle zugleich (samt und sonders) oder auf die einzelnen (samt oder sonders) lautet[17]). 6) Wegen dieser Forderungen hat der Machtgeber die actio mandati directa[18]).

II. Der Beauftragte soll durch seine freundwillige Geschäftsbesorgung nicht in Schaden kommen; der Machtgeber ist deshalb schuldig: 1) dem Beauftragten alle in guter Absicht zum Zwecke der Vollziehung des Auftrags gemachten Auslagen und Kosten zu erse-

11) A. L.R. a. a. O. §. 64. Die Nebenbesorgung darf dem aufgetragenen Geschäfte nicht nachtheilig werden.

12) Das genügt auch bei unbeweglichen Sachen, selbst wenn davon der Besitztitel auf den Namen des Mandatars berichtigt worden. Entsch. des Obertrib. Bd. VII, S. 379. Bis zu dieser Uebertragung des Eigenthums ist der Bevollmächtigte, nicht der Machtgeber Eigenthümer. Pr. 2052 (Plenarbeschl.), vom 2. October 1848 (Entsch. Bd. XVII, S. 19). Das kann bei Immobilien, wegen des Werthstempels, theuer zu stehen kommen.

13) A. L.R. I, 14, §. 87; I, 7, §. 232; I, 16, §. 194. — L. 10, §. 3; L. 8 D. eod.

14) A. L.R. a. a. O. §. 55. Worte: „Bei Vollziehung des Auftrags." — L. 5, §. 4 D. de praescr. verb. (XIX, 5); L. 1, §. 12 D. depositi (XVI, 3).

15) A. L.R. a. a. O. §§. 201—204. — L. 60, §. 2 D. mandati (XVII, 1).

16) A. L.R. a. a. O. §. 205. Durch denselben wird die Regel nicht abgeändert.

17) A. L.R. a. a. O. §§. 206—209. — C. 6 de procurator. in 6.

18) L. 8 pr., §. 8; L. 27, §. 2 D. mandati (XVII, 1).

tzen[19]); 2) ihm auf Verlangen zur Bestreitung der Kosten einen Vorschuß zu geben oder die Verläge zu verzinsen[20]); 3) ihm den bei der Vollziehung des Auftrags selbst zufällig erlittenen Schaden, insofern der Beauftragte genöthigt war, sich der Gefahr einer Beschädigung auszusetzen, zu erstatten[21]); 4) ihn von den übernommenen Verbindlichkeiten zu befreien[22]), welches besonders wichtig ist in dem Falle eines mündlichen Auftrags, wo der Beauftragte, dem Dritten gegenüber, persönlich haftet[23]); 5) ihm den ausdrücklich oder stillschweigend bedungenen Lohn zu zahlen, wenn auch der gehoffte Erfolg nicht eingetreten ist[24]). — Diese Forderungen kann der Beauftragte mittelst der exceptio doli durch Vorenthaltung seiner Leistungen, oder auch klagend mittelst der actio mandati contraria geltend machen[25]).

§. 658.

d) Verhältnis der Parteien zu Dritten.

Aus dem Grundsatze des modernen Rechts, daß freie Stellver-

---

19) A. L.R. a. a. O. §§. 65, 66, 68, 69. — L. 10, §. 9, 10; L. 27, §. 3, 4; L. 56, §. 4 D. eod.; L. 1, §. 4 C. eod.

20) A. L.R. a. a. O. §§. 70—73. — L. 12, §§. 9, 17 i. f. D. eod.

21) A. L.R. a. a. O. §§. 80—82. — L. 26, §§. 1, 6, 7 D. eod.; L. 61, §. 5 D. de furtis (XLVII, 2). Den Schaden und Verlust an solchen Sachen, die bei der Geschäftsbesorgung nicht nöthig waren, hat der Machtgeber nicht zu ersetzen.

22) A. L.R. a. a. O. §. 82. — L. 45 pr., §. 2, 3, 5; L. 38, §. 1 D. mandati.

23) A. L.R. a. a. O. §§. 8 u. 9. Die Meinungen sind über die Folgen verschieden. Das richtige ist, daß nicht schlechthin der Rücktritt dem Machtgeber erlaubt ist, wie bei zweiseitigen mündlichen Verträgen, weil das Mandat einseitig ist und nicht von der Rückforderung oder Unterlassung der Gegenleistung Rede sein kann, wenn der eine zurücktritt. Hat der mündlich Beauftragte im eigenen Namen contrahirt, weil sonst der Dritte sich vielleicht mit ihm nicht eingelassen hätte: so muß der Machtgeber jenen unzweifelhaft befreien. Ist im Namen des Machtgebers contrahirt, so steht es bei ihm, ob er das Geschäft genehmigen will; der Beauftragte haftet in diesem Falle nicht als Contrahent. Vergl. Schles. Archiv, Bd. IV, S. 463; Entsch. Bd. IX, S. 229. Vergl. o. Note 10 zu §. 656. (3. A.) Das Obertrib. hat jedoch durch Plen.Beschl. vom 22. April 1850 (Pr. 2096) den Satz ausgesprochen, daß der Machtgeber auch durch bloß mündlich gegebenen Auftrag an den in seinem Namen durch den Beauftragten mit dem Dritten geschlossenen Vertrag gebunden sei. (Entsch. Bd. XIX, S. 29.)

24) A. L.R. a. a. O. §§. 74—79. — Wird der Auftrag nach begonnener Vollziehung zurückgenommen, oder aus Gründen nicht ausgeführt, so kommen wegen der Belohnung die Regeln von Verträgen über Handlungen zur Anwendung.

25) Ebend. §. 83. Unter dem Ausdruck „derjenigen Sachen" in diesem §. 83 sind auch baares Geld und geldwerthe au porteur lautende öffentliche Papiere zu verstehen. Pr. 96, I, v. J. 1835. Daß dergleichen Präjudize für wichtig gehalten und aufgezeichnet werden, kommt von der der preuß. Jurisprudenz eigenen Wortinterpretation. Eine sachliche Auffassung kann in den Fall eines solchen Zweifels nicht kommen. — L. 10, §. 9; L. 20 pr. D. mandati; L. 11 C. eod.

tretung zulässig ist[1]), folgt in dem Verhältnisse zu dem Dritten eine Personeneinheit zwischen dem Beauftragten und dem Machtgeber, wodurch eine unmittelbare Beziehung zwischen dem letztern und dem Dritten hergestellt und der Stellvertreter, als ein bloßes Mittel, ausgeschieden wird. I. Der Dritte kann und muß daher unmittelbar gegen den Auftraggeber klagen und von diesem verklagt werden, selbst wenn der Stellvertreter die Grenzen seines Auftrags überschritten hat, vorausgesetzt daß der Dritte in gutem Glauben gehandelt und kein Versehen begangen hat; auf den guten Glauben des Mandatars kommt, auch im Falle der Ueberschreitung in der Zeit (wenn die Vollmacht erloschen ist), in dieser Beziehung nichts an[2]). Der Dritte ist außer Schuld, wenn er sich bei Abschließung des Geschäfts die Originalvollmacht vorlegen läßt[3]). Alsdann ist das mit Ueberschreitung der Grenzen des Auftrags abgeschlossene Geschäft für den Machtgeber verbindend: 1) wenn aus der Vollmacht der Umfang nicht bestimmt zu ersehen ist[4]); 2) wenn bei Widerrufung des Auftrags dem Beauftragten die Vollmacht nicht abgenommen, oder, wenn sie dem Gerichte überliefert, dort der Widerruf nicht angezeigt, und wenn der Dritte, mit welchem unterhandelt werden soll, nicht benachrichtigt worden ist[5]). Eine Ausnahme soll gelten, wenn dem Machtgeber nicht bekannt ist, mit wem der Bevollmächtigte in Verhandlungen getreten ist[6]). 3) Wenn das Mandat durch den Tod des Machtgebers erloschen ist. II. Der Beauftragte kann von dem Dritten ausnahmsweise in vier Fällen belangt werden: 1) Wenn er in seinem eigenen Namen contrahirt hat, wobei darauf nichts ankommt, daß dem Dritten das Verhältnis bekannt gewesen; jedoch kann der Dritte auch Abtretung der Rechte fordern[7]). 2) Wenn wegen mangelnder schriftlicher Vollmacht und Genehmigung, und auch wegen Mangels jeden andern

1) A. L.R. a. a. O. §§. 1—4. — Recht der Ford. §. 289.

2) A. L.R. a. a. O. §. 200. — Unter den gemeinrechtlichen Civilisten ist der Satz streitig wegen L. 10 C. de procurat. (II, 13); L. 22 C. de fidejuss. (VIII, 41); L. 15, §. 1 D. qui et a quibus (XL, 9); L. 4 pr. D. de manumissis (XL, 1); L. 25, §. 14 D. de acquir. hered. (XXIX, 2); L. 7 D. de divort. (XXIV, 2); L. 41 D. de rebus cred. (XII, 1). Vergl. o. Note 10 zu §. 656.

3) A. L.R. a. a. O. §§. 96, 91, 92. Bei einem Rechtsstreite wird die Vollmacht dem Richter überliefert und die Zurücknahme muß angezeigt werden. Ebend. §§. 94, 95.

4) Einzelne Fälle: Ebend. §§. 93, 97, 140, 141.

5) Ebend. §§. 162, 163, 167—170, 91, 92.

6) Ebend. §. 170. Diese Bestimmung ist, ohne Würdigung des Princips und dessen Folgen, bei der Umarbeitung des Entwurfs unversehens dazwischen gefallen, und nicht passend. S. Recht der Ford. a. a. O. Bd. III, S. 483 ff.

7) A. L.R. a. a. O. §§. 153—156 u. 9.

Grundes, eine Klage des Dritten gegen den Machtgeber nicht zulässig ist (§. 656, Note 10). 3) Wenn er seinen Auftrag überschritten hat und der Machtgeber nicht verhaftet ist (Note 6); in welchem Falle aber nicht das Geschäft selbst giltig, sondern nur Ersatz des Geleisteten und des Interesses, nach Bewandtnis der Umstände mit der actio doli oder mit der condictio ob causam, zu fordern ist [8]). 4) Wenn der Machtgeber abwesend und der Mandatar mit der fraglichen Handlung oder Leistung beauftragt ist; doch haftet er hier nur mit den ihm überwiesenen Mitteln des Machtgebers; hat er sich persönlich verpflichtet, so ist solches eine Intercession [9]). III. Ist das nemliche Geschäft von dem Beauftragten und auch von dem Machtgeber geschlossen worden, und können nicht beide nebeneinander erfüllt werden, so hat, wenn der letztere dem erstern von seiner Unternehmung nicht Nachricht gegeben (Note 6), der von dem Beauftragten geschlossene Vertrag, hinsichtlich der Erfüllung, den Vorzug; andernfalls muß der ältere erfüllt werden und der Machtgeber muß in beiden Fällen den nachstehenden Dritten entschädigen [10]).

§. 659.

e) Beendigung.

I. Das Mandatsverhältnis, nicht die daraus entsprungenen Forderungsrechte, die allemal auf die Erben übergehen [1]), nimmt ein Ende: 1) durch wechselseitige Einwilligung, wobei nicht, wie bei andern Consensualverträgen (§. 567), die Vernichtung oder Zurückgabe der Urkunde erforderlich ist [2]); 2) durch einseitigen Widerruf (revocatio) [3]), welcher auch stillschweigend durch solche Verfügungen des Machtgebers, neben welchen die Vollziehung des Auftrags nicht bestehen kann, geschieht [4]); 3) durch einseitige Aufkün-

8) Ebend. §§. 150, 151, 171. — Schles. Arch. Bd. IV, S. 463.

9) A. L.R. a. a. O. §§. 157, 158, 151. Das Urtel kann auch gegen den Machtgeber unmittelbar vollstreckt werden.

10) Ebend. §§. 86—89. — Auch hiermit steht der §. 170 in Widerspruch. Note 6.

1) Hierauf beziehen sich L. 27, §. 3 D. mandati, und §. 7 J. eod. — Vergl. L. 14 pr., §. 1 D. eod.

2) A. L.R. a. a. O. §§. 159—161. Die Zurückgabe der Vollmacht bezweckt nur die Sicherheit des Machtgebers.

3) §§. 159, 160, 163—165 das. — L. 12, §. 16; L. 15, 30 D. eod.; §. 10 J. eod.

4) A. L.R. a. a. O. §§. 185, 86, 88. — L. 31 i. f. D. de procurat. (III, 3). Auch der Substitut fällt durch den Widerruf weg. A. L.R. a. a. O. §§. 86, 88. Durch den Widerruf allein wird jedoch der Machtgeber zugleich von der Gegenleistung, welche er dem andern für die Annahme und Ausrichtung des Auftrags, welches er demselben für die ganze Dauer des Geschäfts oder für eine bestimmt

digung seitens des Mandatars (renuntiatio), die jedoch, zur Unzeit geschehen, den Mandatar für den aus der Unterbrechung des angefangenen Geschäfts entstehenden Nachtheil verantwortlich macht[5]), und überhaupt auch mit einer Zeitbestimmung geschehen kann[6]); 4) durch den Tod des Machtgebers[7]), wenn nicht das Gegentheil beabsichtigt ist. Dieses wird angenommen: a) wenn das Geschäft, nach seiner Beschaffenheit, erst nach dem Tode des Machtgebers ausgeführt werden kann[8]); b) bei Proceßvollmachten[9]); c) bei kaufmännischen Geschäften[10]); d) bei bereits angefangenen Geschäften, deren Unterbrechung schädlich ist[11]). Eine im Auftrage des Machtgebers bewirkte Substitution erlischt nicht durch den Tod des Mandatars, desgleichen die von öffentlichen Beamten und Vormündern als solchen gegebenen Aufträge nicht durch den Tod oder den Austritt des Beamten, sondern nur durch die Aufhebung der Amtsstelle und der Vormundschaft (Tod der juristischen Person)[12]). 5) Durch den Tod des Mandatars[13]); 6) durch Eintritt der Geschäftsunfähigkeit einer der Parteien[14]); 7) durch den Ausbruch des Concurses über das Vermögen einer Partei und, wenn der Mandatar ein

---

bezeichnete Zeit versprochen hat, noch nicht befreit; vielmehr muß er seinerseits leisten, wenn er auch nicht gezwungen werden kann, die Leistungen des andern anzunehmen. Pr. 1991, v. 11. Februar 1848 (Entsch. Bd. XVI, S. 166). Ist eben Miethscontract!

5) A. L.R. a. a. O. §§. 159, 172—175. — L. 22, §. 11; L. 23—25 D. eod.; §. 11 J. eod. — Ueber das Verfahren bei gerichtlichen Geschäften: A. L.R. a. a. O. §. 176—178.

6) A. L.R. a. a. O. §§. 179, 180. Die Kosten der gerichtlichen Kündigung in außergerichtlichen Angelegenheiten trägt, weil sie unnöthig, der Mandatar. §. 179 daf.

7) Ebend. §. 186. — L. 26 pr., §. 1; L. 58 D. eod.; §. 10 J. eod.

8) A. L.R. a. a. O. §. 190. — Anwendung I, 12, §. 557.

9) A. L.R. a. a. O. §. 192. — R.Absch. v. 1654, §. 99.

10) A. L.R. a. a. O. §. 191. S. unten die Note 13.

11) §§. 188, 187 daf. — §. 10 J. de mandato; L. 15 C. eod. (IV, 35).

12) A. L.R. a. a. O. §§. 193—195. A. G.O. I, 3, §. 61. Nach G. R. ist man über die Fortdauer des Mandats nach dem Tode des Mandanten uneinig. Vergl. über den Grund des Satzes m. Proceßrecht, §. 110, Note 9.

13) A. L.R. a. a. O. §§. 186, 187, 189. — L. 27, §. 3; L. 57 D. eod. Eine in Handelssachen einem Kaufmanne, als Vorsteher einer Handlung, für diese übertragene Verkaufscommission wird durch den Tod des ersteren in der Regel nicht aufgehoben. P. 2022, vom 22. Mai 1848. Dabei liegt die Idee der juristischen Persönlichkeit des s. g. Handlungshauses (der Handlungsanstalt) zum Grunde, indem die Handlung (die Geschäftsanstalt) und nicht die Person (der Herr des Geschäfts) als Mandatarius angesehen wird. Die Sache ist jedoch auch aufzufassen als eine sich stillschweigend verstehende Substitution für die Handlungsbedienten des Kaufmannes, indem dieser nicht immer persönlich die Verkaufsgeschäfte besorgt, weshalb sein Tod nicht sogleich einen Stillstand derselben verursacht.

14) A. L.R. a. a. O. §. 196. Weil mit dem Willen auch das Mandat aufhört. L. 12, §. 16 D. eod. Doch unter der Voraussetzung wie bei dem Tode. Note 11.

Kaufmann ist, schon durch die öffentliche Erklärung der Zahlungsunfähigkeit[15]). II. Haben mehrere gemeinschaftlich ein Mandat gegeben, so erlischt das Verhältnis nicht durch einen nur den einen davon treffenden Grund, daher muß auch die Aufkündigung an alle geschehen[16]).

2. Geschäftsführung ohne Auftrag (negotiorum gestio).

A. L.R. I, 13, §§. 228—261. — M. Aufsatz über das Wesen der actio negotiorum gestorum und der actio de in rem verso, und über das Verhältnis beider Klagen zu einander, nach den Grundsätzen des A. L.R. und des gemeinen Rechts; im Schles. Archiv, Bd. IV, S. 128 flg.

§. 660.

a) Begriff und Erfordernisse.

I. Geschäftsbesorgung ohne Auftrag verhält sich zu dem Mandate wie ein Realcontract zu einem Consensualcontracte: erst durch die wirkliche Leistung einerseits und deren Annahme anderseits wird ein Rechtsverhältnis begründet, welches dem Mandatsverhältnisse nach der Vollziehung des Auftrags ganz ähnlich ist, so daß selbst ein unmittelbares Verhältnis zwischen dem Geschäftsherrn und dem Dritten, mit welchem der Geschäftsbesorger abgeschlossen hat, mittelst der versio in rem hergestellt wird (§. 573), und der Geschäftsführer, unter den sonstigen Voraussetzungen, selbst Belohnung zu fordern hat[1]). II. Die Begründung des Rechtsverhältnisses erfordert: 1) ein Geschäft, sei es ein juristisches oder ein bloß thatsächliches[2]); 2) welches in irgend einer Beziehung (§. 655, II, 2) einen andern angeht[3]); hat der Geschäftsführer selbst daran Theil, so gehört das Geschäft in die Theilung, wobei aber die Grundsätze der negotiorum gestio gelten[4]). 3) Das Geschäft muß verrichtet sein, 4) ohne vorhergegangenen Auftrag[5]) und 5) in der Absicht, den

15) A. L.R. a. a. O. §§. 197—199.

16) §§. 214, 215 das. Jeder hat den Auftrag ganz gegeben.

1) A. L.R. a. a. O. §§. 238, 239. Dieses Rechtsinstitut ist im A. L.R. nicht rein und klar aufgefaßt. S. oben §. 573, u. m. Aufsatz im Schles. Arch. Bd. IV, S. 128.

2) A. L.R. a. a. O. §§. 228, 234. — L. 21, 41, 43, 46, §. 1 D. de neg. gest. (III, 5). (3. A.) Bloß factischer Art ist z. B. die Verpflegung eines Thiers, Bergung einer verunglückten Sache, Abwehr einer drohenden Gefahr von einer Sache. Die in der L. 41 l. c. erwähnte Vertheidigung ist technischer Art, gehört also auch hierher.

3) A. L.R. a. a. O. §. 258. — L. 3, §. 3; L. 6, §. 4; L. 31, §. 7 D. eod.; L. 3 C. eod. (II, 19).

4) A. L.R. a. a. O. §. 259. — L. 40 D. eod.; L. 18, §. 6, 7; L. 25, §. 16 D. fam. erc. (X, 2); L. 6, §. 2 D. comm. div. (X, 3).

5) Die irrige Meinung, daß ein Mandat vorhanden sei, ändert nichts. L. 5 pr.; L. 19, §. 2 D. de negot. gest. (III, 5).

Geschäftsherrn verbindlich zu machen (animo obligandi)[6]. Wer um wohlzuthun fremde Geschäfte besorgt, erwirbt keine Forderung, und wer in der irrigen Meinung, fremde Geschäfte zu führen, seine eigenen besorgt, oder wer wissentlich fremde Geschäfte, aber um eigenen Nutzen zu fördern, verrichtet, hat wegen seiner Verwendungen die condictio sine causa[7].

§. 661.

b) Verbindlichkeiten.

I. Die Verbindlichkeiten des Geschäftsführers sind je nach dem Verhalten des Geschäftsherrn verschieden: 1) Hat der letztere die Einmischung untersagt, so haftet der Geschäftsführer wie aus einer unerlaubten Handlung, und hat wegen der eigenen Kosten keine Klage, sondern kann sich wegen der Verwendungen nur durch Compensation auf die Schädenforderung des Herrn helfen[8]; er muß auch für den Schaden haften, welcher daraus entsteht, daß seine Einmischung einen Beauftragten von der Vollziehung des Auftrags abgehalten hat[9]. 2) Verweigert der Geschäftsherr ohne vorausgegangenes Verbot die Genehmigung, so muß der Besorger die Sache in den vorigen Stand setzen oder, falls das Uebergewicht des Vortheils nicht klar ist, das Ganze behalten und den Herrn entschädigen[10]. 3) Genehmigt der Herr die Unternehmung förmlich, oder eignet er sich die Vortheile aus dem Geschäfte zu, so entsteht, im ersten Falle auch für die Zukunft, ein Schuldverhältnis wie aus einem Auftrage[11]; die Genehmigung erfordert bei einem Rechtsgeschäfte dieselbe Form, welche für das durch den Geschäftsführer eingegangene Rechtsgeschäft selbst vorgeschrieben ist[11a]. Der Ge-

6) L. 4, 27, §. 1; L. 44 D. eod. — L. 11, 12, 15 C. eod.

7) Ueber die in diesem Falle anwendbare Klage ist mehrfache Meinungsverschiedenheit, und in der L. 49 D. eod. wird die act. negot. gest. muthmaßlich aus einem Fehlgriffe genannt. Recht der Ford. §. 291.

8) A. L.R. §§. 249, 250, 253 d. T. — L. 8, §. 3 D. eodem.

9) A. L.R. §. 252 d. T. — Vergl. L. 6, §. 12 D. eod.; L. 17, §. 3 D. commodati (XIII, 6).

10) A. L.R. a. a. O. §§. 242—244. Ist der Vortheil überwiegend, so muß der Eigenthümer sich das Geschäft gefallen lassen. §. 243 das. Vergl. Pr. des Obertrib. v. 30. März 1849, Nr. IV (Entsch. XVIII, 207).

11) A. L.R. a. a. O. §§. 239, 241, 251, 247. — L. 2 D. de neg. gest. (III, 5).

11a) Wenn daher z. B. jemand einen für ihn durch seine Ehefrau schriftlich geschlossenen oder in seinem Namen unterschriebenen Miethscontract mündlich genehmigt, so bindet ihn dies nicht weiter als er durch einen von ihm selbst mündlich geschlossenen Contract gebunden sein würde. Ang. durch 4 gegen 3 von dem III. Senat des Obertribunals am 30. März 1849 (Entsch. Bd. XVIII, S. 207). Das Bedenken der 3 Dissentirenden war, daß die Genehmigung sich auf den ganzen Contract beziehe, eine Spaltung finde nicht statt. Aber aus diesem Grunde

schäftsbesorger wird von der sich selbst gemachten Auflage durch den Tod des Geschäftsherrn nicht entbunden, er darf mithin die einmal angefangene Besorgung nicht unvollendet lassen [12]); nach Vollbringung des Geschäfts muß er Rechnung legen [13]) und alles leisten, wozu ein Beauftragter verpflichtet ist [14]), ausgenommen: a) wenn er gezwungen fremde Geschäfte besorgt [15]); oder aus Menschenliebe, um von dem Eigenthümer einen drohenden Schaden abzuwenden, wo er nur für ein grobes Versehen haftet [16]); b) wenn er ein für den Eigenthümer ungewöhnliches Geschäft unternimmt, oder verbotswidrig handelt, wo er bis zur Genehmigung selbst für den Zufall einsteht [17]) 4) Die actio negotiorum gestorum erlischt in diesem Falle (Nr. 3) erst durch die gewöhnliche Verjährung; in den beiden ersten Fällen dauert die Entschädigungsklage nur 3 Jahre [18]). II. Der Geschäftsherr ist schuldig, den Besorger für Schaden und Kosten zu entschädigen, jedoch nur alsdann und insoweit, als die Geschäftsführung einen günstigen Erfolg hat [19]). Diejenigen Verwendungen, wofür hiernach nichts geleistet wird, können, soweit es ohne Schaden möglich ist, zurückgenommen werden [20]). Hat der Besorger zugleich seine eigene Angelegenheit besorgt, so muß er zu den Kosten verhältnismäßig beitragen [21]).

3. Verwaltung fremder Sachen.

A. L.R. I, 14, §§. 109—171.

§. 662.

a) Begriff und Verbindlichkeiten.

I. Die Verwaltung fremder Sachen und Güter ist nach den

müßte jeder mündliche Miethscontract auf die verabredete Anzahl von Jahren gelten, wenn die Uebergabe geschehen. Die mündliche Genehmigung kann nicht mehr wirken, als wenn der Principal selbst den ganzen Contract mündlich geschlossen hätte.

12) A. L.R. a. a. O. §. 257. — L. 15, 16, 21, §. 2 D. eod.

13) A. L.R. a. a. O. §. 256. — L. 2 D. eod.; §. 1 J. eod. (III, 27 [28]).

14) A. L.R. a. a. O. §. 245. — L. 21, §. 2, 3; L. 32 pr. D. eod.; L. 20, 22 C. eod.; L. 23 D. de reg. jur.

15) L. 3, §. 8 D. de negot. gestis (III, 5).

16) A. L.R. a. a. O. §. 237. — L. 3, §. 9 D. eodem.

17) A. L.R. a. a. O. §§. 249—253, 241, 247. — L. 11, 8, §. 3; L. 9 D. eod.

18) Nach A. L.R. I, 6, §. 54. Decl. v. 31. März 1838 (G.S. S. 252). M. s. jedoch Schles. Arch. Bd. IV, S. 452, No. II; Erk. des Oberstrib. vom 31. October 1837 (Jur. Wochenschr. 1839, S. 5).

19) A. L.R. a. a. O. §§. 231, 232, 236, 241, 248, 251. Anders nach L. 10, §. 1; L. 12, §. 2; L. 22 D. eod.; L. 10 C. eod., wonach bloß auf die Absicht und die Umsicht gesehen wird.

20) A. L.R. a. a. O. §. 242. — L. 27 pr. D. eodem.

21) A. L.R. a. a. O. §§. 254, 255. — S. hierüber Recht der Ford. §. 294.

Grundsätzen des Pr. R. ein eigenthümliches Rechtsverhältnis, welches wesentlich aus Mandat und Depositum zusammengesetzt und meistentheils auch noch mit Dienstmiethe vermischt ist[1]). Sie ist ein Consensualvertrag, wonach jemand eine ihm dazu anvertraute fremde Sache aufzubehalten und die zu deren wirthschaftsmäßiger Erhaltung und Benutzung erforderlichen Geschäfte aller Art[1a]) zu besorgen übernimmt. Es scheint zwar, als wenn das Gegenversprechen einer Belohnung ein wesentliches Erfordernis wäre[2]), indes ist es doch nur für etwas zufälliges anzusehen, weil das Mandat und das Depositum wesentlich vereinigt sind (Note 1). Kommt das Versprechen einer Belohnung hinzu, so ist das Geschäft ein zweiseitiger unbenannter Contract. II. Der Verwalter hat folgende Verbindlichkeiten: 1) Er muß die Sache mit Bedacht erhalten, ordentlich bewirthschaften, vortheilhaft nutzen, von der üblichen Art des Geschäftsbetriebes nicht ohne erhebliche Ursachen abweichen und sich auf ungewöhnliche Unternehmungen nicht einlassen[3]); keine Rückstände an den Einnahmen dulden, nur den nach der Art des Verkehrs üblichen Credit bewilligen, in den Verwaltungskosten sparen, in den nothwendigen Ausgaben prompt sein, und mit den baaren Geldern ohne besondere Vorschrift keinen Verkehr treiben, noch weniger solche für sich benutzen[4]); nothwendig werdende Klagen, soweit er damit als Inhaber der Sache oder als vermutheter Bevollmächtigter zugelassen wird, rechtzeitig anbringen[5]). 2) Er muß über das Ganze genau Buch und Rechnung führen und sogleich nach beendigter Verwaltung oder, wenn sie so lange dauert, sogleich nach Ablauf eines jeden Rechnungsjahres, Rechnung legen, den Cassenbestand und am Ende der Verwaltung das ihm anvertraute Gut nebst An- und Zuwüchsen, sowie nach empfangener Quittung auch die geführten Bücher und Schriften ausliefern[6]), auch jederzeit

1) A. L.R. I, 14, §. 109. — Entscheid. des Obertrib. Bd. IV, S. 352. (3. A.) Das Verhältnis ist dem des römischen Institors verwandt.

1a) (3. A.) Nicht bloß mechanische und technische, sondern auch juristische. Wer bloß jene verrichten soll, wie z. B. ein Vogt (Meier, villicus), oder Wirthschaftsschreiber, ist kein Verwalter (institor). Vergl. L. 11, §. 6 D. de instit. act. (XIV, 3).

2) A. L.R. I, 11, §. 872. Diese Vorschrift wird freilich dann Anwendung finden, wenn noch besondere mechanische oder technische Verrichtungen übernommen werden; das Mandat bleibt jedoch vorherrschend. S. u. §. 663.

3) A. L.R. I, 14, §§. 110, 111, 113—115.

4) Ebend. §§. 116—120, 128 u. 162.

5) Ebend. §§. 123—125. Proceßvollmacht muß er in allen Fällen nachbringen.

6) Ebend. §§. 135—139, 160.

während des Jahreslaufs die Richtigkeit seiner Verwaltung und die Vollständigkeit der Bestände auf Grund der von ihm abzuschließenden Bücher dem Principal nachweisen, und die dabei sich ergebenden Defecte vertreten [6a]). 3) Er muß Verzugszinsen zahlen: a) von den Einnahmeresten, deren Beitreibung er versäumt hat; b) von den zum Geschäftsbetriebe nicht erforderlich gewesenen Cassenbeständen, wenn er die Rechnungslegung versäumt, und zwar nach Verlauf von 6 Wochen nach dem Jahresschlusse an [7]). 4) Er haftet für Versehen nach der Regel (§§. 468, 469); für ein geringes Versehen steht er ein, wenn er ohne erhebliche Ursachen von der bisherigen Art des Geschäftsbetriebes abweicht [8]); den Zufall trägt er von Einnahmeresten, und zwar von solchen, welche durch unbefugtes Creditiren entstanden sind, in der Art, daß er sie bei der Auslieferung des Guts bezahlen und für sich nehmen muß [9]), von den übrigen insofern, als er unnöthigen Credit gegeben hat, sowie von den Cassenbeständen, wenn er mit der Rechnungslegung säumt [10]). III. Der Herr muß, wenn ein Inbegriff von Sachen zur Verwaltung übergeben wird, nach einem Verzeichnisse die Uebergabe leisten, sonst muß er künftig wegen jedes bestrittenen Stücks in gewöhnlicher Art den Beweis führen [11]); er muß dem Verwalter über richtig gelegte und abgenommene Rechnung quittiren und, so lange die Rechnung noch angefochten werden kann, ihm die Einsicht der Bücher gestatten [12]); ferner ihm die übernommenen Verbindlichkeiten gegen Dritte abnehmen, Vorschüsse und Kosten, wie einem Mandatar, erstatten und beziehlich verzinsen, und den bedungenen Lohn bezahlen [13]); er muß auch die aus der Verdunkelung der Geschäfte in Folge der verzögerten Rechnungsabnahme entstehenden Nachtheile und die Kosten der gerichtlichen Abnahme der Rechnung, wenn er

---

6a) Pr. des Obertrib. 1756, v. 29. Mai 1846 (Entsch. Bd. XIII, S. 210).

7) A. L.R. a. a. O. §§. 116, 140. — L. 10, §. 2 D. mandati (XVII, 1); L. 31, §. 3; L. 37, §. 1 D. de neg. gestis (III, 5). Ist, bezüglich auf Privatverwalter, nach G. R. streitig.

8) A. L.R. a. a. O. §. 112. Die Bestimmung ist nicht consequent.

9) Ebend. §§. 117, 162, 163. — Nach G. R. will man darauf sehen: ob die Reste durch die Nachsicht uneinziehbar geworden.

10) Ebend. §§. 141, 162 und 163.

11) Ebend. §§. 133, 134. Ist eine bloße Anwendung der Regel über die Beweislast.

12) Ebend. §§. 145, 161. Wenn nemlich der Principal die Bücher aufbewahrt hat. Eine Verbindlichkeit dazu hat er nicht.

13) Ebend. §§. 149, 165. Ist kein Lohn bedungen, so kann die in der Gegend übliche Besoldung, nach I, 11, §. 873 das. gefordert werden; das Retentionsrecht steht aber nur wegen der vorbedungenen Besoldung zu. A. L.R. §. 165 d. T.

mit der außergerichtlichen Abnahme gesäumt hat, tragen[14]). Wegen der Verwendungen, Kosten und vorbedungenen Besoldung, nicht wegen anderer Gegenforderungen aus der Verwaltung, hat der Verwalter das Retentionsrecht auf die verwaltete Sache[15]). IV. Das Verhältnis gegen dritte Personen ist wie bei dem Vollmachtsauftrage; die unmittelbare Beziehung zwischen dem Herrn und dem Dritten tritt hier auch dann ein, wenn zwar der Verwalter auf seinen eigenen Namen abgeschlossen hat, doch aus den Umständen erhellet, daß er als Verwalter gehandelt hat[16]). Zu Geschäften, welche nicht zur laufenden Verwaltung gehören, z. B. zur Vorauserhebung noch nicht fälliger Einkünfte, ist er nicht ermächtigt[17]).

§. 663.

b) Beendigung.

I. Die Verwaltung hat den eigenthümlichen Aufhebungsgrund, daß die Herrschaft den Verwalter, der sich eines Betruges, einer groben Fahrlässigkeit, oder eines feindseligen Betragens gegen sie schuldig macht, sofort ohne alle Entschädigung seines Amts entsetzen kann, ohne daß das ihm sonst zustehende Retentionsrecht weiter berücksichtigt wird[1]). Außerdem kann dieses Rechtsverhältnis in jedem Falle, von Seiten des Principals, einseitig nach Willkür, gleich einem Mandate auch mündlich gekündigt werden; es erwächst daraus nur eine Pflicht des Principals zur Entschädigung des Verwalters[2]). II. Folgende aus dem Rechtsverhältnisse entsprungene Verbindlichkeiten haben eigenthümliche Erlöschungsgründe: 1) Die Rechnungslegung gilt für stillschweigend erlassen, wenn der Principal dem Verwalter eine Rechnung durch fünf Jahre, von da an gerechnet, wo solche hätte übergeben werden müssen, nicht abfordert[3]). Ist die

14) Ebendas. §§. 143, 144. Abnahme ist Erklärung über die abgelegte Rechnung.

15) Ebend. §. 165. Wegen der übrigen Forderungen kann es auf die andern Gegenstände (Bücher, Cassenbestände ꝛc.) ausgeübt werden.

16) Ebend. §§. 126, 127, 129—131.

17) Pr. des Obertrib. v. 6. Septbr. 1849 (Entsch. Bd. XVIII, S. 214).

1) A. L.R. II, 20, §. 1348. Der Titel 20 ist zwar aufgehoben, dieser civilrechtliche Grundsatz folgt aber auch aus der Natur des auf Vertrauen gegründeten Rechtsverhältnisses und aus der damit in Widerspruch stehenden Treulosigkeit. S. die folg. Note.

2) Pr. des Obertrib. 1708, v. 24. Jan. 1846. Vergl. o. Note 4 zu §. 659.

3) A. L.R. I, 14, §§. 157—159. Diese Frist ist keine Verjährung, sondern eine Erklärungsfrist. S. o. §. 149, Note 12, No. I, 10, Bd. I, S. 290. Das Obertrib. ist anderer Meinung (Entsch. Bd. IV, S. 346). Es fehlen jedoch ganz entschieden, außer dem Zeitverlaufe, fast alle Erfordernisse einer Verjährung. S. Recht der Ford. §. 299 und bes. meine Beurtheilung der Entsch., S. 277 ff.

Rechnung wenn auch nur außergerichtlich gefordert worden, so läuft von da an die fünfjährige Frist von neuem[4]). 2) Eine gelegte Rechnung gilt für stillschweigend quittirt, wenn der Rechnungsnehmer sie unterschreibt, oder wenn er die gehörig gelegte, d. h. mit Belegen versehene, und in Empfang genommene Rechnung fünf Jahre hindurch, vom Tage der Zustellung an gerechnet, abzunehmen versäumt[5]). Die Wirkungen der Quittirung sind immer dieselben, mag die Quittungsleistung durch Worte oder durch die gedachte omissive Handlung ausgedrückt sein: es finden fortan keine Ausstellungen gegen die einzelnen Sätze und Belege mehr statt, wenngleich der Abschluß einen Vorschuß für den Rechnungsleger (Verwalter) ergibt[6]). Nur ausnahmsweise finden noch Ausstellungen oder Nachforderungen statt: a) wegen unredlicher Handlungen; b) wegen später entdeckter Rechnungsfehler; c) wegen solcher Geschäfte, die in der Rechnung nicht vorkommen[7]). Die Nachforderungen verjähren binnen 10 Jahren nach der Quittirung, mit Ausnahme der Forderungen aus Rechnungsfehlern und wegen Betrugs, welche gegen den Rechnungsleger selbst, nicht auch gegen dessen Erben, in der gewöhnlichen Verjährungszeit noch geltend gemacht werden können[8]).

---

4) Schles. Archiv, Bd. V, S. 409. Pr. 606 b, v. 5. Febr. 1839 (Entsch. Bd. IV, S. 341, Nr. II).

5) A. L.R. I, 14, §§. 154, 155. Pr. 617, v. 25. Februar 1839. Auch dies ist keine Verjährung. Die unmonirt gebliebenen Posten bei monirten Rechnungen gelten gleichfalls für stillschweigend quittirt. Pr. 1557, v. 22. Mai 1845 (Entsch. Bd. XI, S. 290). Darauf kann der Rechnungsleger sich berufen, wenngleich er selbst auf gerichtliche Abnahme und Dechargirung klagt. Pr. 1560 b, vom 22. März 1845.

6) Der Grundsatz findet nicht bloß auf Privatverwalter, sondern auch auf die Verwalter öffentlicher Cassen und Anstalten, und auf die Rechnungen der Rendanten und Verwalter des Vermögens von Corporationen und Pflegebefohlenen Anwendung. Pr. 676, v. 17. Mai 1839; 1560, v. 22. März 1845; u. Erk. v. 11. Juli 1856 (Entsch. Bd. XXXIII, S. 364).

7) A. L.R. a. a. O. §§. 146—148. (3. A.) Nachforderungen können nur durch Führung des Beweises, daß der gewesene Verwalter noch etwas vom Vermögen des Principals hinter sich habe, gemacht werden; der Nachweis, daß er während seiner Verwaltung eine gewisse Summe für den Principal eingenommen habe, genügt hierzu nicht ohne weiteres; sonst müßte der Verwalter, wenn er dadurch allein genöthigt werden könnte, seinerseits die Verwendung des Empfangenen für den Principal nachzuweisen, auf diesem Wege nach 5 Jahren noch Rechnung legen, wozu er doch nicht verpflichtet sein soll. Erk. des Obertrib. v. 11. Juli 1856 (Entsch. Bd. XXXIII, S. 364).

8) A. L.R. a. a. O. §§. 150, 151. — Rechnungsfehler ist Verstoß gegen die mathematische Wahrheit, oder Mangel der Stimmung des herausgebrachten Resultats mit der Aufgabe, wovon der Grund sowohl in unrichtigem Ansatz als in unrichtiger Behandlung der richtigen Ansätze liegen kann. Brinkmann, wissenschaftlich-praktische Rechtskunde, Bd. I (Kiel 1831), Nr. 26.

Drittes Capitel.

Wesentlich zweiseitige Verträge (Rechtsverhältnisse mit directae actiones).

§. 664.

Uebersicht.

Zweiseitige Verträge sind solche, in welchen jeder Theil Verbindlichkeiten gegen den andern übernimmt, wovon der Grund in der anderseitigen Verbindlichkeit liegt; jeder Theil hat daher eine directe Klage gegen den andern. Die Wesenheit besteht mithin darin, daß jeder Theil gegen den andern eine einseitige Forderung hat, die jedoch durch die Gegenleistung bedingt ist: die beiderseitigen Forderungen bedingen sich mithin wechselseitig. Diese wechselseitigen Rechtsverhältnisse fallen nach ihren unterscheidenden Eigenthümlichkeiten in zwei Classen. Die eine Classe begründet unter den Parteien eine Gemeinschaft und hat folgende Eigenheiten: 1) die Leistungen lassen sich nicht im voraus bestimmen, sondern erhalten erst bei der Auflösung, nach den angenommenen Grundsätzen mit Rücksicht auf den Erfolg, ihre schließliche Bestimmung; 2) alle Theile haben der Art nach gleiche Rechte, nach der Größe oder dem Umfange können die Rechte ungleich sein; 3) keiner kann ausschließlich nur seinem Vortheile dienen, vielmehr muß jeder zugleich im Interesse der andern handeln. Das ist der Grund, warum hier in der Regel jeder nur denjenigen Grad von Aufmerksamkeit anzuwenden schuldig ist, welcher in seiner Gewohnheit liegt (diligentia quam suis rebus adhibere solet)*). Die hierher gehörigen Rechtsverhältnisse sind: der Gesellschaftsvertrag (Societät); die zufällige Gemeinschaft (communio incidens) mit den zwei Specien, nemlich: der Grenzregulirung und der in das fünfte Buch (§. 876 flg.) gehörigen Erbschaftsgemeinschaft; und die Gemeinschaft einer schädlich gewordenen Gefahr. Die zweite Classe besteht aus solchen Rechtsverhältnissen, in welchen jede Partei nur ihren eigenen Vortheil wahrnimmt und die wechselseitigen Leistungen, im voraus bestimmt, gegenseitig ausgetauscht werden.

---

*) L. 25, §. 16 D. fam. ercisc. (X, 2). — A. L.R. I, 17, §§. 211, 212. S. o. §§. 468, 469.

Erste Ordnung.

Forderungen aus einer Gemeinschaft.

I. Gesellschaftsvertrag (Societät, societas).

A. L.R. I, 17, §§. 169—310. — George Karl Treitschke, die Lehre von der Erwerbsgesellschaft (Societätsvertrag) und von Commanditen. Nach Röm., Oesterreich., Preuß., Sächs. u. Französischen Rechten. Leipzig 1825; 2. Aufl. 1844.

§. 665.

1. Begriff, Arten und Form.

I. Der Gesellschaftsvertrag ist die Vereinigung mehrerer zur Erstrebung eines gemeinsamen Zweckes mit gemeinschaftlichen Mitteln und Kräften [1]). Wesentliche Erfordernisse sind mithin: 1) Gemeinschaft in Mitteln und Kräften, wenngleich die Theilnehmungsrechte nach Art und Größe (in quali et quanto) ungleich sind; 2) Gemeinschaftlichkeit im Endzwecke [2]); 3) Begründung dieser Gemeinschaft durch vorausgegangenen Vertrag, welcher die Errichtung der beabsichtigten Gesellschaft ausdrücklich zum Gegenstande hat [3]). II. Man unterscheidet: 1) nach dem Zwecke societas quaestuaria oder negotiatoria (Erwerbsgesellschaft), wenn Vermögensvortheile erworben werden sollen, und s. non quaestuaria oder simplex, wenn etwas anderes beabsichtigt wird. Von der letztern Art Gesellschaften gelten die besonderen, dem A. L.R. eigenthümlichen, Grundsätze, daß, wenn die Gesellschaft eine erlaubte ist, die Gesellschafter unter sich die inneren Rechte der Corporationen und Gemeinden haben (§. 56), in Verhältnis zu andern hingegen nur für Gemeinschafter gelten und nach den von Gemeinschaften geltenden Grundsätzen beurtheilt werden [4]); wenn aber die Gesellschaft unerlaubt ist, die Gesellschafter

---

1) A. L.R. §. 169 d. T. u. II, 6, §. 1. — L. 5, §. 1 u. 2 D. pro socio (XVII, 2); L. 1 C. eodem (IV, 37). — L. 35, §. 5 D. de mortis c. donat. (XXXIX, 6); L. 16, §. 1 D. de minor. (IV, 4).

2) Für den, welcher bloß zu den Mitteln beiträgt und nicht an dem Erfolge Theil nimmt (societas leonina), ist das Verhältnis keine Societät. A. L.R. a. a. O. §§. 245, 246; L. 29, §. 2; L. 5, §. 2 pro socio (XVII, 2); L. 16, §. 1 D. de minor. (IV, 4); L. 32, §. 24 D. de donat. inter vir. (XXIV, 1). Aber daß Einer an dem Verluste nicht Theil nehme, ändert die Sache nicht. L. 29, §. 1 D. pro socio. Auch können die Antheile am Gewinne und die Antheile am Verluste verschieden bestimmt werden. L. 30 D. eodem.

3) Gemeinschaftliche Erwerbung durch Vertrag begründet keine Societät unter den gemeinschaftlichen Erwerbern. A. L.R. §§. 172, 173 d. T.; L. 31 D. pro socio.

4) A. L.R. II, 6, §§. 12—15, 21. Pr. des Obertrib. 2268, v. 13 Januar 1851 (Entsch. Bd. XX, S. 328).

wie Theilnehmer an einer unerlaubten Handlung, sowohl unter sich als gegen andere, behandelt werden[5]). Die Erwerbsgesellschaft, von welcher allein in diesem Capitel gehandelt wird, nennt man 2) nach den Mitteln societas operarum, wenn der Zweck mit gemeinschaftlichen Handlungen und Kraftanstrengungen erstrebt werden soll, und s. rerum, wenn schon erworbene Vermögensgegenstände zusammengeschossen werden; es können auch beide Arten von Mitteln sich vereinigen. Die societas rerum zerfällt noch, ohne daß diese weitere Eintheilung praktische Wichtigkeit hätte, in die s. sortis s. quoad dominium, wenn das Eigenthum, und in die s. usus s. quoad usum, wenn bloß der Gebrauch und die Nutzung gemeinschaftlich wird[6]). Im Zweifel wird die letztere vermuthet[6a]). 3) Nach der Ausdehnung ist die Erwerbsgesellschaft eine s. universalis seu omnium bonorum[6b]), wenn sie die ganze gegenwärtige und künftige Habe umfaßt, und s. particularis seu unius rei, wenn solches nicht der Fall ist. Die letztere theilt man wieder in s. generalis, wenn sie den gesamten Erwerb umfaßt, s. specialis, wenn sie sich auf einen gewissen Erwerbszweig bezieht, und s. singularis, wenn sie auf eine einzelne Unternehmung geht. Die allgemeine Gütergemeinschaft, hinsichtlich des Eigenthums, ist nur unter Eheleuten zulässig; andern Personen ist die allgemeine Gesellschaft nur in Ansehung des Erwerbes erlaubt[6c]). III. Der Vertrag muß: 1) wenn eine allgemeine Gesellschaft in Beziehung auf den Erwerb errichtet werden soll, gerichtlich abgeschlossen und öffentlich bekannt gemacht; 2) in allen andern Fällen schriftlich abgefaßt werden[6d]). Ist die Form vernachlässigt, so besteht keine Gesellschaft, sondern durch die gemeinschaftlichen Verwendungen und Erwerbungen entsteht eine zufällige Gemeinschaft[6e]).

2. Verbindlichkeiten.

§. 666.

a) Der Gesellschafter unter sich.

I. Jeder kann von jedem Gesellschafter mittelst der actio pro

5) A. L.R. a. a. O. §§. 6—10. Vergl. L. 57 D. pro socio; L. 70, §. ult. D. de fidejussor. (XLVI, 1); L. 1, §. 14 D. de tutelae et rat. distrah. (XXVII, 3).

6) Vergl. den Fall der L. 58 pr. D. pro socio.

6a) A. L.R. §§. 202, 256, 257 d. T. Nach G. R. ist man darüber uneinig.

6b) Röm.: „universarum fortunarum." L. 73 D. eodem.

6c) A. L.R. §§. 176—178 d. T. Die allgemeine eheliche Gütergemeinschaft ist dabei mit der davon sehr verschiedenen societas omnium bonorum verwechselt.

6d) A. L.R. §§. 170, 171, 178—180 d. T.; II, 8, §. 616. — S. o. §. 550.

6e) A. L.R. §. 171 d. T. Nach G. R. ist die Societät ein Consensualcontract.

socio angehalten werden, seinen Theil zu leisten; dieses Recht hat jeder für sich und die Klage ist nicht gemeinschaftlich. Die Theile müssen auf die Weise bestimmt werden, daß vor allem Gewinn und Verlust mit einander verglichen und dann der Saldo, gleichviel ob er Gewinn oder Verlust darstellt, getheilt wird, welche Operation bei langdauernden Gesellschaften alljährlich, sonst in der Regel am Ende, gefordert werden kann[7]). Fehlt die Bestimmung des Grundsatzes über die Theile[8]), und sind die Beiträge aller nicht Geldbeiträge oder nicht nach einem bestimmten Geldwerthe geschätzt worden, so gelten gleiche Theile nach der Personenzahl; bestehen die Beiträge einiger in Gelde, anderer in Diensten, so erhält der Dienste Leistende einen solchen Antheil wie derjenige, welcher den kleinsten Beitrag gibt; geben alle Geld, so bestimmt der Betrag der einzelnen Beiträge die Antheile nach Verhältnis zum Ganzen[9]). Ist die Gesellschaft eine societas sortis, so sind die Gesellschafter, welche bloß Dienste leisten, nicht Miteigenthümer, und tragen mithin auch nicht zu dem Verluste bei[10]), d. h. sie sind, wenn das Gesellschaftsvermögen, woran sie ohnehin keinen Theil haben, zur Deckung der Schulden nicht hinreicht, in dem Verhältnisse zu den Gesellschaftern, nicht schuldig, die Mittel aufbringen zu helfen[11]). II. Die Grundsätze des G. R. in Ansehung der wechselseitigen Mittheilung des Eigenthums bei der societas universorum bonorum haben, weil diese Art von Societät nicht anerkannt ist, keine Geltung; kommt ein solcher Vertrag thatsächlich vor, so ist in Ansehung der noch unverwendeten Vermögensstücke nichts gewirkt, und wegen der neuen Erwerbungen

---

7) A. L.R. a. a. O. §§. 241, 242, 261, 262. — L. 30 D. pro socio; §. 2 J. eod. (III, 26).

8) Dieses wird auch angenommen, wenn der eine schenken will und der Vertrag als Schenkung nicht bestehen kann. A. L.R. a. a. O. §§. 245, 246.

9) A. L.R. a. a. O. §§. 189, 190, 205, 251—255. — L. 29 pr. D. eod.; §. 1, 3 J. eod. (III, 26).

10) A. L.R. a. a. O. §§. 198, 201, 256, 257. — Recht der Ford. §. 303. — Die Frage ist nach G. R. bestritten. Guyet, Abh.: ob man annehmen soll, daß die eingeworfenen Sachen zum Eigenthume oder nur zum Gebrauche der andern Gesellschafter mitgetheilt wurden; in den Abh. aus dem Gebiete des Civilrechts, S. 227 flg. — Eingebildet sind die widersinnigen praktischen Ergebnisse, die aus der entgegengesetzten Annahme folgen sollen, indem der dienende Theilnehmer durch sofortigen Antrag auf Theilung ohne weiteres das Vermögen des Socius zur Hälfte erwerben würde. Das geht nicht so ohne weiteres vor Erreichung des gesetzten Zwecks. Dagegen führt gerade der gesetzlich angenommene Grundsatz bei redlicher Ausdauer und Pflichterfüllung zur Absurdität. Recht der Ford. a. a. O. S. 529.

11) Der Begriff des Verlustes ist im A. L.R. §. 242 eigenthümlich als dasjenige bestimmt, was aus dem gemeinschaftlichen Vermögen nicht gedeckt werden kann.

ist eine zufällige Gemeinschaft entstanden. Bei der allgemeinen Erwerbsgesellschaft (societas usus) sollen wegen Eingehung des Vertrags und hinsichtlich dessen, was im Zweifel zur Gemeinschaft zu rechnen ist, die Grundsätze von der Gemeinschaft des Erwerbes unter Eheleuten angewendet werden, und hinsichtlich der Rechte und Pflichten der Gesellschafter bei dem Besitze, der Verwaltung und Benutzung des Societätsvermögens, sollen die Regeln der zufälligen Gemeinschaft gelten[12]). III. Bei der particularen Erwerbsgesellschaft[13]), welche nach ihrer Ausdehnung in sehr verschiedenen Abstufungen vorkommt, wird nur dasjenige communicirt, was als Fonds zusammengeschossen und was durch die gesellschaftlichen Unternehmungen erworben wird. Die hauptsächlichsten Gesellschaften dieser Art sind die Handelsgesellschaften. (S. o. §. 416, Bd. I, S. 721.) IV. Die Klage (actio pro socio), welche eben so während der Dauer als nach der Auflösung der Societät stattfindet, hat zum Gegenstande: 1) Zweckentsprechende Bestrebung, ohne Belohnung für Bemühungen, und Leistung des Interesses für Unterlassungen[14]), wobei die Vortheile eines sonst angewendeten besondern Fleißes nicht compensirt werden dürfen[15]). 2) Communication des Gewinnes und Verlustes, welche sich sowohl auf die Form als auf den Inhalt bezieht. Der Form nach muß sie geschehen, wenn ein Gesellschafter als solcher Rechtsverhältnisse eingegangen ist, wozu er keine ausdrückliche Vollmacht hatte, in welchem Falle der dritte Contrahent sich nur an ihn halten kann, indem ein Gesellschafter als solcher die übrigen nicht vertritt[16]), insofern keine versio in rem dabei vorgekommen ist[17]). Der Inhalt betrifft: 1) die Vortheile. Dazu gehört alles, was einzubringen versprochen worden ist und was bei Erstrebung des Gesellschaftszwecks erworben wird[18]), ohne Unterschied, mit wessen Mitteln die Erwerbung gemacht worden[19]); ferner die aus der Verwaltung gewonnenen Früchte und Zinsen[20]), Verzugszinsen oder Scha-

12) A. L.R. a. a. O. §§. 182, 183. Der Grund, warum hierin die Grundsätze von der Societät nicht gelten sollen, ist nicht bekannt.

13) Societas quaestus causa contracta. L. 7 — 13 D. eod.

14) A. L.R. a. a. O. §§. 206, 228, 229. — §. 9 J. eodem.

15) A. L.R. a. a. O. §. 215. — L. 25, 26 D. eod.

16) A. L.R. a. a. O. §§. 231, 210, 233. — L. 74; L. 52 pr., §. 13 D. eod.; L. 2 C. eod.

17) A. L.R. a. a. O. §. 236. — L. 3 pr.; L. 28, 82 D. eod. — S. oben §. 573.

18) A. L.R. a. a. O. §. 233. — L. 52, §§. 5, 6; L. 71, §. 1 D. eod.; L. 3 C. eodem.

19) A. L.R. a. a. O. §§. 233, 219. — L. 4 C. communia utriusque jud. (III, 38); L. 8 C. si quis alteri et sibi (IV, 50).

20) A. L.R. a. a. O. §. 219. — L. 67, §. 1 D. pro socio (XVII, 2).

denersatz wegen eigenmächtigen Gebrauchs der Mittel aus Eigennutz[21]), und wegen verzögerter Auslieferung nach allgemeinen Grundsätzen, und endlich Ersatz des Interesses für Vernachlässigungen, nach Maßgabe des hier zuzurechnenden Versehens (§. 664, 3). 2) Der Nachtheil. Dazu gehören: a) wirklicher Schaden, wovon der Socius bei Verrichtung eines gemeinschaftlichen Geschäfts betroffen worden ist, wenn er das ihm obgelegene Geschäft nicht hat verrichten können, ohne sich der Gefahr auszusetzen[22]); b) Schulden, welche ein Theil für die Gesellschaft übernommen hat; c) Kosten und Auslagen mit Zinsen für die aus eigenen Mitteln gemachten Vorschüsse[23]). V. Wegen dieser Forderungen eines Gesellschafters findet die Klage während der Dauer des Verhältnisses nur gegen alle auf Leistung aus den gemeinschaftlichen Mitteln, nach der Auflösung gegen jeden nur für seinen Theil statt, und über jedes einzelne Geschäft muß jeder Gesellschafter den Genossen Rechnung legen[24]). Nur die Handelsgesellschafter haben das beneficium competentiae[25]).

§. 667.

b) Bezüglich auf dritte Personen.

In dem Verhältnisse zu dritten Personen kommen die Gesellschafter als einzelne in Betracht. I. Ist ein Dritter Schuldner der Gesellschaft, so wird die Forderung wie eine gemeinschaftliche behandelt[26]). II. Ist der Dritte Gläubiger, so haften die Gesellschafter alle solidarisch und zwar, wenn sie selbst contrahirt haben, ohne Einschränkung[27]); wenn sie dabei vertreten worden sind, mit der Maß-

---

21) A. L.R. a. a. O. §. 224. — Nach R. R. müssen 12 Procent Strafzinsen gezahlt werden. L. 60 pr. D. eod.; L. 38 D. de negot. gest. (III, 5); L. 1, §. 1 D. de usur. (XXII, 1).

22) A. L.R. a. a. O. §. 227; I, 13, §. 81. Anders nach R. R., wonach alles ersetzt werden muß, was ein Socius im Dienste der Gesellschaft durch Zufall (vis major) einbüßt. L. 52, §. 4; L. 60, §. 1; L. 61 D. eod. — Das Pr. R. stellt den Socius hierin dem Mandatar gleich, was darum nicht gerechtfertigt ist, weil in dem Mandatsverhältnisse nichts, mithin auch nicht der Zufall, gemeinschaftlich ist, vielmehr eine Liberalität zum Grunde liegt. Zum Schaden gehört auch der Verlust, welcher durch die Insolvenz eines Socius entsteht. §. 238 a. a. O. L. 63, §. 5; L. 67 pr. D. eod.

23) A. L.R. a. a. O. §§. 225, 226. — L. 38, §. 1; L. 52, §. 15; L. 60, §. 1; L. 61; L. 67, §. 2 D. eod.

24) A. L.R. a. a. O. §§. 219—223.

25) A.G.O. I, 49, §. 16, Nr. 5. Anders nach L. 63 pr. D. eod. — L. 16 D. de re jud. (XLII, 1). S. oben §. 489.

26) A. L.R. a. a. O. §§. 233, 234. Nach R. R. kann jeder pro rata klagen. L. 11, §. 1 D. duobus reis (XLV, 2); L. 9 C. si certum pet. (IV, 2).

27) A. L.R. a. a. O. §. 239; I, 5, §. 424. Anders nach L. 82 pr. D pro socio (XVII, 2).

gabe, daß die Personalexecution nur gegen den als Stellvertreter der übrigen aufgetretenen Gesellschafter, wenngleich er dazu bevollmächtigt war, stattfindet[28]). Hat jemand als Stellvertreter ohne Vollmacht für die Gesellschafter contrahirt und ihnen in rem vertirt, so haften die Gesellschafter nur pro rata, und jeder für den Theil des andern subsidiarisch[29]). In dem Falle, daß das Publicum Grund hat, das Dasein einer Societät anzunehmen, wie z. E. wenn eine öffentliche Bekanntmachung erlassen worden ist (§. 665, III), haften die Gesellschafter solidarisch auch dann, wenn unter ihnen selbst, wegen Mangels der Form, keine Societät besteht[30]); sie haften selbst wechselmäßig, wenn unter der Firma eine Wechselverpflichtung übernommen worden ist[31]).

§. 668.

3. Beendigung des Verhältnisses.

I. Die Societät nimmt ein Ende: 1) durch Dissens[1]); 2) durch Erreichung des Zwecks[2]); 3) durch Eintritt der natürlichen oder rechtlichen Unmöglichkeit des Zwecks[3]); 4) durch Ablauf der Zeit[4]); 5) durch Eintritt gewisser Veränderungen in der Person eines Socius. Dahin gehört: a) der Tod, doch nur dann, wenn der Verstorbene Handlungen zu leisten hatte und nicht ausdrücklich verabredet worden ist, daß die Erben in dessen Stelle treten sollen; und auch in diesem Falle ist der Tod nicht selbst der Beendigungsgrund, sondern berechtigt nur die Erben, wenn ihnen der Erblasser nicht die Fortsetzung zur Pflicht gemacht hat, sowie die übrigen Gesellschafter zum Rücktritte; außer diesem Falle hingegen ändert der Tod das Rechtsverhältnis nicht[5]). b) Einziehung eines Mitgliedes zur Bestrafung wegen Verbrechen; c) Erklärung für einen Verschwender oder sonstige Bevormundung wegen Geisteskrankheit[6]); d) Con-

28) A. L.R. a. a. O. §§. 239, 240. Nach R. R. tritt hier ebenfalls Solidarität ein, weil jeder den Auftrag ganz gegeben hat. L. 1, §. ult.; L. 2—4, §. 1 D. de exercit. act. (XIV, 1); L. 13, §. 2 D. de instit. act. (XIV, 3).

29) A. L.R. a. a. O. §§. 236—238. Die Satzung wegen der subsidiarischen Haftung ist aus L. 63, §. 5; L. 67 pr. D. pro socio zu erklären, aber doch folgewidrig.

30) Plenarbeschluß des Obertrib. vom 23. Januar 1843 (J.M.Bl. S. 75).

31) Pr. des Obertrib. vom 7. September 1849 (Entsch. Bd. XIX, S. 247).

1) L. 65, §. 3 D. pro socio (XVII, 2). — S. oben §. 567.

2) A. L.R. a. a. O. §. 277. — §. 6 J. eod. (III, 25 [26]).

3) A. L.R. a. a. O. §. 277. — L. 58 pr.; L. 63, §. 10 i. f. D. eodem.

4) A. L.R. a. a. O. §. 277. — L. 65, §§. 6, 10 D. eodem.

5) A. L.R. a. a. O. §§. 278—287. Ganz anders nach R. R., wonach der Tod eine Societät dergestalt auflöst, daß durch den Eintritt der Erben eine neue entsteht. L. 59 pr.; L. 58, §. 2; L. 4, §. 1; L. 35, 37, 65, §. 9 D. eod.

6) A. L.R. a. a. O. §. 274. Die Bevormundung ist nicht genannt; der

curs[7]), jedoch nur in Ansehung des Gemeinschuldners und bei Handelsgesellschaften[8]); bei andern ist er nur ein Grund zum Austritte für jeden Theil[9]). 6) Durch einseitige Aufkündigung (Renuntiation), welche zu jeder Zeit formlos geschehen kann[10]), ausgenommen: a) wenn das Verhältnis auf eine bestimmte Zeit eingegangen ist[11]); b) wenn die verabredete und begonnene Unternehmung noch nicht ausgeführt ist[12]). Aber auch in diesen beiden Fällen findet der Austritt statt, wenn die Fortsetzung nicht ohne neue Beiträge möglich[13]). In allen Fällen kann der wirkliche Austritt erst am Schlusse des Jahres oder einem andern zum Abschlusse paßlichen Zeitpunkt nach der Kündigung geschehen[14]). Der Austritt des einen beendigt zwar das Verhältnis nicht zugleich auch für die übrigen, wenn deren noch mehrere sind, berechtigt jedoch jedes andere Mitglied zum Austritt alsdann, wenn von dem Ausgeschiedenen und dessen Einsichten der Betrieb der Geschäfte oder eines Zweiges derselben hauptsächlich abgehangen hat[15]). 7) Durch Ausstoßung, welche zulässig ist: a) wegen beharrlicher[15a]) Nichterfüllung der Gesellschaftspflichten; b) wegen Betrugs gegen die Gesellschaft; c) wegen zu erleidender Bestrafung für Verbrechen; d) wegen Prodigalitätserklärung[16]). II. Die von der Einfachheit des R. R. bedeutend

---

Grund, nemlich die Handlungsunfähigkeit, trifft jedoch auch außer dem Falle der Verschwendung zu.

7) Unbedingt nach L. 65, §. 1 D. eodem und §. 8 J. eodem.

8) A. L.R. II, 8, §. 667. Hat der Cridar bloß Dienste zu leisten, so nimmt man gemeinrechtlich an, daß die Societät fortdauere. Voet., Comment., XVII, 2, §. 26. Der §. 667 d. T. bezieht sich gleichfalls nur auf die Auseinandersetzung mit der Concursmasse, also auf das Vermögen. Hat der Cridar an dem Fonds einen Theil durch seine Dienste erworben, so muß dieser an die Masse herausgegeben werden, und alsdann hört die Societät auch in diesem Falle auf.

9) A.G.O. I, 50, §. 291; Concursordnung vom 8. Mai 1855, §§. 16, 19, 20.

10) A. L.R. I, 17, §§. 269, 289. — L. 70, 14, 65, §§. 3, 4, 6 D. eod. — Romann, über den einseitigen Rücktritt von einem Gesellschaftsvertrage und dessen rechtliche Folgen. Heilbronn 1825.

11) A. L.R. a. a. O. §. 270. — L. 14—16 pr.; L. 1 pr.; L. 65, §. 6 D. eodem.

12) A. L.R. a. a. O. §§. 270, 304. — L. 65, §. 5; L. 17, §. 2 D. eod.

13) A. L.R. a. a. O. §§. 271, 272. Das G. R. kennt diese Ausnahme nicht.

14) Ebend. §§. 291—295. Darüber befindet der Richter.

15) Ebend. §. 290. Nach G. R. nimmt die ganze Societät sogleich ein Ende.

15a) (3. A.) Darunter wird eine noch nach Anstellung der Klage oder Einschreitung der competenten Behörde fortgesetzte Nichterfüllung der Pflichten verstanden. Vergl. A. L.R. II, 1, §. 112; Gesindeordn. vom 8. Novbr. 1810, §. 161; Erk. des Obertrib. vom 30. Juni 1852 (Entsch. Bd. XXIII, S. 173).

16) A. L.R. a. a. O. §§. 273, 274. Diese Satzungen sind unhistorisch und unpraktisch; man scheint dabei an Corporationen gedacht zu haben. Es versteht sich, daß der Ausgeschlossene rechtliches Gehör fordern kann; die Wirkung tritt

abweichende landrechtliche Auffassung des Societätsverhältnisses macht auch die Auseinandersetzung verwickelt und schwierig; es kommen so viel verschiedene Abfindungen vor, als einzelne Mitglieder ausscheiden, und die Ausgeschiedenen bleiben in Ansehung der bei der Ankündigung des Austritts bereits angefangenen Geschäfte bis zu deren völliger Beendigung noch Gesellschafter, auch hängt es von dem richterlichen Ermessen ab, wann die Abfindung des ausgeschiedenen Gesellschafters erfolgen soll[17]). 1) Bei der Beendigung der Gesellschaft und Auseinandersetzung der Genossen tritt nicht der einfache römische Grundsatz ein, daß Activ- und Passivobligationen ipso jure getheilt sind und die dinglichen Rechte und Sachen nach den Regeln der actio communi dividundo getheilt werden; sondern es muß eine künstliche Rechnung aufgemacht werden, in welcher alles Vermögen zusammengerechnet, davon der Belauf der Schulden, der Betriebskosten, der Einlagen und Beiträge, sowie der Abnutzung der Werkzeuge, Geräthschaften ꝛc. vorweg abgezogen und der Saldo, sei er Gewinn oder Verlust, getheilt wird[18]). 2) Die Grundansicht ist auch nicht ohne Einfluß auf das Verhältnis der Gesellschafter zu den Gläubigern geblieben. Zwar sollte dasselbe nach der Ansicht der Verfasser des A. L.R. durch die Auflösung der Gesellschaft und die Auseinandersetzung der Mitglieder nicht verändert werden[19]); allein die Berechnungsart und die Vorwegnahme der Fonds zur Bezahlung der Schulden, in Verbindung mit dem Umstande, daß diese Mittel, soweit sie nicht sogleich verwendet werden können, einzelnen überlassen werden, macht zur Sicherung der übrigen Gesellschafter, die davon ihren Antheil zu ihrer Deckung nicht mitnehmen, gewisse Maßregeln nothwendig. Die austretenden Gesellschafter, welche ihren Antheil zur Deckung der Schulden in der Gesellschaft zurücklassen müssen, ohne gleichwohl dadurch, den Gläubigern gegenüber, befreit zu werden, haben gegen die die Gesellschaft fortsetzenden Mitglieder die actio pro socio auf Befriedigung der Gläubiger oder auf ihre Freimachung von den Schulden, und auf Sicherstellung gegen die

---

aber vom Tage der Ankündigung an ein, wenn der Grund für giltig erkannt wird. §. 276 ebend.

17) A. L.R. a. a. O. §§. 294, 295. Vergl. über den Fall der unzeitigen Kündigung: L. 65, §§. 3 et 4 D. h. t.; §. 4 J. eodem.

18) A. L.R. a. a. O. §§. 241, 243, 305. Diese Ansicht hatten schon mehrere ältere gemeinrechtliche Schriftsteller und Praktiker. S. Gail, Obs., II, obs. 24, n. 6, u. a.

19) A. L.R. a. a. O. §§. 307, 300, 301, 288. — Suarez, amtliche Vorträge, Jahrb. Bd. XLI, S. 57. — Vergl. L. 27, 28 D. pro socio (XVII, 2).

Ansprüche der Gläubiger[20]). Wird die Gesellschaft ganz aufgelöst, so haben die Gesellschafter die einseitige Befugnis, sich von ihren Correalverbindlichkeiten einseitig dergestalt zu befreien, daß ein jeder nur pro rata den Gläubigern verhaftet bleibt. Wenn sie nemlich die Gläubiger von der Aufhebung der Gesellschaft ausdrücklich benachrichtigen, so haben dieselben nur noch ein Jahr lang nach der Bekanntmachung oder Fälligkeit der Forderung das Recht, die Gesellschafter solidarisch in Anspruch zu nehmen, später müssen sie sich an jeden pro rata halten[21]).

II. Gemeinschaft (communio incidens).

A. L.R. I, 17, §§. 1—114.

§. 669.

1. Das Allgemeine.

I. Gemeinschaft in der hier gemeinten Bedeutung ist der Zustand, wo mehrere Personen an dem nemlichen Gegenstande gleichartige oder auch ungleichartige Rechte haben. Hinsichtlich des Gegenstandes findet sich zwischen dem Pr. R. und dem R. R. der erhebliche Unterschied, daß nach dem letztern nur eine Sache oder ein dingliches Recht, nicht aber persönliche oder Forderungsrechte, die von selbst getheilt sind, gemeinschaftlich sein können, während nach Pr. R. dieses allerdings der Fall ist (§. 517). Der Entstehungsgrund der Gemeinschaft ist bezüglich auf die daraus entstehenden Rechtsverhältnisse nach R. R. ganz gleichgiltig, nicht aber nach Pr. R. Durch die Gemeinschaft als solche ist nemlich ein obligatorisches Verhältnis zwischen den Theilhabern quasi ex contractu begründet, woraus zwei Forderungsrechte entspringen: auf Theilung und auf gewisse persönliche Leistungen, wie Herausgabe der Früchte, Ausgleichung des Gewinnes oder Schadens, und Schadenersatz. Nach R. R. hat dabei jeder Theilnehmer nur eben dieselbe Aufmerksamkeit zu leisten, welche er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt (§. 664); die preußische Gesetzgebung hat jedoch hierin die Aenderung getroffen, daß, insoweit die Gemeinschaft nicht aus einem Societätsverhältnisse entstanden, schlechthin für die Folgen der culpa levis eingestanden werden soll[1]). II. Die Theilung einer jeden Gemeinschaft hat, je nach-

20) A. L.R. a. a. O. §§. 302, 303, 149, 288.

21) Ebend. §§. 308—310. Das alles tritt nach G. R. vermöge des Grundsatzes, daß Forderungen und Schulden ipso jure getheilt sind, von selbst ein.

1) A. L.R. I, 17, §. 58. — Dabei hat man an den im §. 9 J. de societate angegebenen unzureichenden Grund gedacht, ohne sich des innerlichen Grun-

dem sie mit Hilfe des Richters in Folge der entsprechenden Klage, oder durch gütliche Vereinbarung erfolgt, andere Folgen und Wirkungen. Die außergerichtliche Theilung (Privattheilung) ist ein vergleichsähnlicher, eigenthümlicher Innominatcontract, welcher nach den Regeln der dabei zum Grunde liegenden Geschäfte, also ganz oder theilweise nach den Grundsätzen bald des Kaufs bald des Tausches ꝛc. beurtheilt wird[2]), dabei aber doch nicht für sich eine Uebertragung des Eigenthums von dem einen auf den andern Gemeinschafter in dem Sinne, daß eine Singularsuccession stattfindet, ist[3]). Wesentlich geht ein Austritt der Abgefundenen vor sich, wodurch bewirkt wird, daß der Uebrigbleibende, welcher bisher vom Ganzen pro indiviso Miteigenthümer war, Alleineigenthümer bleibt[4]). Die Privattheilung, d. i. eine solche, welche, wenn auch gerichtlich, ohne das bei dem ordentlichen Richter anhängig zu machende Theilungsverfahren zu Stande gekommen ist[5]), wird nach den Regeln von Vergleichen außer einem Processe beurtheilt, und kann nur aus solchen Gründen angefochten werden, aus welchen ein solcher Vergleich anfechtbar ist[6]).

2. Gerichtliche Theilung.

§. 670.

a) Allgemeine Theilungsklage (actio communi dividundo).

Das Rechtsmittel, durch welches die Theilung der Gemeinschaft wider den Willen einzelner Theilnehmer durchgesetzt werden kann, ist

---

des, welchen Paulus L. 25, §. 16 D. de fam. ercisc. (X, 2) gibt, bewußt zu sein. S. Entwurf eines A. Ges.B., Th. II, Abth. 3, Tit. 14, §. 37, und Suarez in der revisio monitorum. (Ges.Rev., Motive z. Entw. des Tit. 17, Th. I, S. 5.)

2) A. L.R. I, 17, §§. 97, 98. — L. 1 C. communia utriusque (III, 38).

3) Schles. Arch. Bd. II, S. 2 fg. u. 25 ff. — Entsch. des Obertrib. Bd. VII, S. 285. — S. unten §§. 876 fg. — Nov. 112, c. 1. — Die Ansichten darüber sind verschieden. Bei den meisten ist die Bedeutung des Miteigenthums auf das Ganze (Note 4) nicht im Bewußtsein.

4) Deshalb bedürfte es nicht der mittelbaren Erwerbungsart der Uebergabe, denn diese ist nur bei dem eigenthümlichen Besitz bestimmter Theile einer Sache denkbar; der §. 103 d. T., wonach Eigenthum und Gefahr in Ansehung des Ganzen bei Theilungen nur ebenso wie bei Kaufverträgen in Ansehung körperlicher Sachen, und bei Cessionen in Ansehung der Rechte auf den Uebernehmer des Ganzen übergeht, würde daher, insofern damit eine Uebergabe als die eigentliche Uebertragungsart gemeint sein sollte, nicht entsprechend sein; indes läßt sich die Bestimmung auch bloß von der Wirkung der Ausscheidung der übrigen Theilnehmer, bezüglich auf das Ganze, verstehen. Alsdann steht die Bestimmung auch mit A. L.R. I, 11, §. 573 im Einklange. S. Recht der Ford. §. 327, I.

5) Recht der Forderungen, §. 310, Bd. III, S. 556 ff.

6) A. L.R. I, 17, §§. 111 u. 112. Nach G. R. ist die Frage: in wiefern ein Theilungsvertrag anfechtbar sei, wegen L. 3 C. communia utriusque judicii (III, 37) bestritten.

die Theilungsklage, welche ihren Grund in der aus der Gemeinschaft entspringenden Obligation hat (§. 669, I). Die allgemeine Theilungsklage (actio communi dividundo) paßt für alle Fälle, ist aber jüngern Ursprungs als die beiden speciellen Klagen: die a. familiae erciscundae (§. 877), der sie nachgebildet worden ist, und die a. finium regundorum (§. 671). Bedingung der Klage ist ein Theilnehmungsrecht, welches mithin, wenn es bestritten wird, durch die geeignete dingliche Klage vorweg festgestellt werden muß[7]; denn die Theilungsklage ist nur eine persönliche[8]. Jeder Theilnehmer kann als Kläger auftreten und ist Kläger und Beklagter zugleich (judicium duplex)[9]. I. Der Hauptgegenstand ist die Theilung, welche in der Regel zu allen Zeiten in Antrag zu bringen ist, und nur ausnahmsweise, wegen Anordnung des Stifters der Gemeinschaft, oder wegen vertragsmäßiger Verpflichtung zur Fortsetzung, oder wegen Unpaßlichkeit der Zeit verschoben werden muß[10]. Das richterliche Ermessen und die Adjudication kommen bei dem Verfahren nach Pr. R. nicht vor. Kommt keine gütliche Vereinigung zu Stande, so wird nach folgenden Anweisungen verfahren: 1) Was theilbar ist, ohne durch die Theilung an Werth zu verlieren, soll in Natur getheilt werden. 2) Was nicht getheilt werden kann und auch nicht einzelnen für einen bestimmten Preis vergleichsweise überwiesen wird, soll in Theile gelegt und die Theile sollen unter den Theilnehmern verlooset werden. 3) Kann man sich über die Legung der Theile nicht einigen, so findet auf den Antrag auch nur Eines Interessenten der öffentliche Verkauf statt. 4) Dieser hat auch statt in allen Fällen, wo die Naturaltheilung unanwendbar ist[11], und zwar der öffentliche Verkauf unbeweglicher Sachen auf den Antrag eines jeden Interessenten gegen die Miteigenthümer und deren Sondergläubiger, nicht gegen die gemeinschaftlichen Realgläubiger, Pächter, Miether ꝛc.[12], mit den Wirkungen der nothwendigen Subhastation, wobei der Widerspruch eines Theilhabers gegen den Zuschlag

7) L. 1, §. 1 D. fam. erciscundae (X, 2). — A.G.O. I, 46, §. 3.

8) L. 1 D. finium regundorum (X, 1); L. 1 D. communi divid. (X, 3).

9) L. 10 D. fin. reg. (X, 1); L. 44, §. 4 D. fam. ercisc. (X, 2); L. 37, §. 1 D. de oblig. (XLIV, 7).

10) A. L.R. a. a. O. §§. 78—80, 83—86.

11) Ebend. §§. 87—90; I, 11, §. 572. Ausnahmen finden sich bei manchen Verhältnissen in den Provinzialgesetzen, z. B. in dem märkischen bei der Auseinandersetzung der Erben mit dem nachgebliebenen Ehegatten, der nicht verlangen kann, daß wegen seiner statutarischen Portion das Nachlaßgrundstück subhastirt werde (Pr. 2047, vom 2. September 1848); im Lande Siegen bei der Theilung eines gemeinschaftlichen Hütten- oder Hammerwerks. Pr. 762, vom 6. December 1839.

12) Verordnung vom 11. April 1843 (G.S. S. 323).

nur alsdann berücksichtigt wird, wenn der Widersprechende zugleich auf Ansetzung eines neuen Termins anträgt, für das geschehene Gebot sowie für allen aus der Verzögerung des Zuschlags entstehenden Nachtheil und für die Kosten zu haften sich verpflichtet und dafür eine bestimmte Caution sogleich niederlegt[13]). II. Nebenverbindlichkeiten sind: 1) die Zahlung der von dem Uebernehmer an die Ausscheidenden zu zahlenden Abfindung und die von diesen dem Uebernehmer zu leistende Gewähr[14]); 2) Schadenersatz (§. 669, I). III. Als Kläger oder, nach der preußischen Rechtssprache als Extrahent der Theilung, können nicht bloß die Theilhaber selbst, sondern auch deren Rechtsnachfolger, namentlich deren Realgläubiger sowie diejenigen Gläubiger, welche sich im Wege der Execution das Forderungsrecht ihres Schuldners aus der Gemeinschaft (die actio communi dividundo) haben richterlich überweisen lassen, auftreten[15]). IV. Ueber das Verhältnis der Theilnehmer zu einander und über die Ausführung der Theilung läßt sich im allgemeinen etwas näheres nicht bestimmen; nur bezüglich auf die Gemeinheitstheilungen sind besondere Grundsätze vorgeschrieben[16]).

§. 671.

b) Grenzregulirung (actio finium regundorum).

A. L.R. I, 17, §§. 362—388. — A.G.O. I, 42, §§. 1—33.

Auf die Feststellung und Sicherung der Grenzen zwischen anstoßenden ländlichen Grundstücken beziehen sich zwei Einrichtungen: die Grenzerneuerung und die Wiederherstellung verdunkelter und ungewiß gewordener Grenzen. I. Die Grenzerneuerung setzt eine unstreitige und noch wahrnehmbare Grenzlinie vor-

13) V. II, vom 4. März 1834, §§. 2 u. 13 (G.S. S. 39).

14) A. L.R. a. a. O. §§. 97, 98. — L. 14 C. fam. ercisc. (III, 36); L. 1 C. communia utriusque (III, 38).

15) Recht der Ford. §. 312. Andere meinen, es könne nur der ideelle Antheil des Schuldners verkauft werden. Das würde nur zufällig ausführbar sein, wenn nemlich der Gegenstand gerade ein einzelnes Grundstück wäre, nicht aber bei einem Inbegriffe. Daß bei der Erbtheilung der Gläubiger eines Miterben eintreten kann auf Grund einer richterlichen Ueberweisung, erkennt das Obertrib. ausdrücklich an. Entsch. des Obertrib. Bd. VII, S. 283. Was bei der Erbtheilung gilt, gilt auch bei der Theilung einer andern Gemeinschaft, beide Verhältnisse sind wesentlich ebendieselben. Die V. vom 11. April 1843, §. 2 (G.S. S. 323) scheint auf dieser Anschauung zu beruhen; Gegenstand ihrer Bestimmung ist freilich das umgekehrte Verhältnis eines Miteigenthümers gegen die Sondergläubiger des andern Miteigenthümers.

16) A. L.R. I, 17, §§. 311—361, und Gemeinheitstheilungs-Ordnung vom 7. Juni 1821. — Weichsel, Commentar zur königl. preuß. Gemeinheitstheilungs-Ordnung vom 7. Juni 1821. 1. Th., Magdeburg 1824. — Zusätze dazu, Magdeburg 1827. — Vorzüglich: Meyer, über die Gemeinheitstheilung. 3 Bde. Celle 1801—1805.

aus, auf welcher die Grenzmale und Raine erneuert werden sollen. Jeder Besitzer ist befugt, dazu seine Nachbarn aufzufordern. Das Geschäft muß durch den Realrichter vollzogen, und die Kosten müssen von allen Interessenten verhältnismäßig getragen werden[1]). Liegen die zusammenstoßenden Grundstücke unter verschiedenen Gerichtsbarkeiten, so ist der Richter über das dem Provocanten gehörige Grundstück der zuständige. Weil die Grenzerneuerung wesentlich nur eine Feststellung des Befundes ist, so bedarf es dabei nur der Zuziehung des titulirten Besitzers und, bei getheiltem Eigenthume, nur des Nutzungseigenthümers, und die Erhebung und Feststellung des Thatbestandes gilt auch gegen den Ausgebliebenen, welcher gehörig vorgeladen worden ist[2]). Die bei der Grenzerneuerung zweifelhaft werdenden Strecken scheiden aus und bleiben der Wiederherstellung der Grenze vorbehalten. II. Verdunkelte Grenzen können, wie jede Theilung, durch gütliche Einigung wieder hergestellt werden; in diesem Falle hat das Geschäft die Natur eines außergerichtlichen Vergleichs, wenngleich eine Gerichtsperson dabei zugezogen worden ist (§. 669, II). Will sich ein Interessent darauf nicht einlassen oder ist man nicht einig, so tritt das richterliche Grenzregulirungsverfahren ein. An sich wäre dazu die Reivindication ausreichend; wegen der thatsächlichen Schwierigkeit jedoch, eine bestimmte Grenzlinie bei verdunkelten Grenzen für die Beweisführung wahrnehmbar zu machen, ist zur leichtern Beseitigung der Ungewißheit für solche Fälle die Theilungsklage mit der Grenzscheidungsklage verbunden[3]). Die Grenzscheidungsklage (actio finium regundorum) hat somit, nach den Umständen, zwei verschiedene Eigenschaften: hauptsächlich ist sie die Vindicationsklage; wenn aber der Gegenstand durch Verdunkelung sich der Beweisführung entzieht, nimmt sie die Natur der Theilungsklage an. Als solche ist sie eine actio personalis und ein judicium duplex[4]). 1) Als Parteien treten die titulirten Besitzer und die Nutzungseigenthümer der zusammenstoßenden Grundstücke auf; andere dinglich Berechtigte sind nicht legitimirt[5]). Obereigenthümer,

1) A. L.R. a. a. O. §§. 383—388. Auch außergerichtlich kann die Erneuerung alter, oder Bestimmung neuer Grenzen, wenn nur in schriftlicher Form und mit gehöriger Angabe des Grenzducts, rechtsgiltig vollzogen werden. Pr. des Obertrib. 1033, vom 7. August 1841.

2) A. L.R. a. a. O. §§. 387, 386. Die Insinuation muß nach Vorschrift der Pr.O. Tit. 7 geschehen.

3) Schon in den XII. T. war diese zusammengesetzte Klage als eine besondere für die Grenzscheidungen vorgeschrieben und das Bedürfnis hat die unveränderte Beibehaltung bis auf die heutige Zeit nothwendig gemacht.

4) L. 1 D. finium regundorum (X, 1).

5) A. L.R. a. a. O. §. 372. Anders nach L. 4, §. 9 D. eod. — S. oben §. 200, Note 20.

Lehnsherren, Lehnsfolger und Wiederkaufsberechtigte müssen zu dem Verfahren monitorisch vorgeladen, und wenn sie sich melden, dabei zugelassen werden[6]). 2) Hauptgegenstand der Klage ist Ausmittelung und Wiederherstellung der richtigen Grenzen. Als Beweismittel dienen von Urkunden besonders die Flur-, Lager- und Grenzbücher, Steuer- und Zinsregister, alte Grenzrecesse und Grenzziehungsprotokolle[7]); dann die Aufsuchung alter Grenzzeichen[8]); endlich die gewöhnlichen Beweismittel, als Zeugenbeweis[9]), Eidesdelation ꝛc. Ist ein Grenzgraben, Rain oder Scheidling vorhanden und das gemeinschaftliche Eigenthum daran unstreitig, so gilt die Vermuthung, daß die Mitte davon die eigentliche Grenzlinie sei; ist das Eigenthum daran streitig, so wird vermuthet, daß derjenige, auf dessen Seite sich der Aufwurf befindet, der Eigenthümer sei[10]). Findet sich keine Spur der alten Grenzlinie, so tritt nun der Grundsatz der Theilungsklage ein, daß der Richter durch Theilung des streitigen Stücks den Streit entscheidet, wobei denn insofern, als der eine und der andere dadurch ein Stück Boden, was ihm in Wahrheit nicht gehört, erhalten kann, noch jetzt im Pr. R. eine wahre Adjudication vorkommt (§. 257, Bd. I, S. 466). Dabei hat jedoch der Richter nicht so, wie im R. R.[11]), ein freies Ermessen, sondern nach bestimmt vorgeschriebenen Regeln zu verfahren, und zwar: a) Hauptsächlich ist das streitige Stück nach Maßgabe des bisherigen ruhigen Besitzstandes zu theilen. b) Fehlt es an einem ungestörten Besitzstande, so wird von dem letzten unstreitigen Grenzzeichen bis zum nächsten eine gerade Linie gezogen. c) Weicht bei dem letzten Grenzzeichen der Grenzzug von der geraden Linie ab, und ist nur der wahre Punkt, bis wohin die Abweichung gegangen, unerweis-

6) A. L.R. a. a. O. §§. 323—332. — Gemeinheitstheilungs-Ordnung vom 7. Juni 1821, §§. 6, 7. Das Obereigenthum kommt nicht mehr in Betracht. Verordn. vom 2. März 1850.

7) A. L.R. I, 17, §. 377. — L. 11 D. eod. — Engau, Tr. de liberorum, quos Grenz-, Lagerbücher ꝛc. dicere solemus, forma, continuatione, renovatione, fideque varia. Francof. et Lips. 1756.

8) A. L.R. a. a. O. §§. 367, 368, 378. — L. 8, §. 1 D. eod.; L. 3 C. eod. (III, 39). — Ueber die Merkmale echter Grenzzeichen: Hock, Abhandlungen von Versteinungen, Beschreibungen, Verzeichnungen und Beziehungen der Grenzen ꝛc. Mainz 1789. — Strube, rechtliche Bedenken, Bd. V, Nr. 81.

9) A. L.R. §. 378 d. T. — L. 10 D. de probationibus (XXII, 3). — (3. A.) Wenn eine Partei im unstreitigen Besitze eines Stückes Landes sich befindet, so kann der andere Nachbar, welcher dasselbe erlangen will, durch den bloßen Antrag auf Grenzerneuerung weder sich vom Beweise seines Eigenthums befreien, noch den Besitzer seiner Einwendungen aus dem redlichen Besitze verlustig machen. Pr. des Obertrib. 2642, vom 20. Septbr. 1855 (Entsch. Bd. XXXI, S. 25).

10) A. L.R. a. a. O. §. 366; I, 8, §§. 188, 118. Zwischen s. g. Ober- und Unteräckern pflegt der Rain nicht gemeinschaftlich zu sein.

11) L. 2, §. 1; L. 3, 4, §. 5 D. eod.; §. 6 J. de officio jud. (IV, 17).

lich, so geschieht eine gleiche Theilung[12]). 3) Die Nebenpunkte sind zwar dieselben wie bei der Vindicationsklage[13]), müssen jedoch nach Pr. R. in einem besondern Processe verfolgt werden[14]). Insofern aber die Grenzklage die Natur einer Theilungsklage hat, kommen dabei, nach Pr. R., keine Nebenpunkte vor[15]). 4) Nach der zwiefach verschiedenen Natur der Grenzregulirungsklage bestimmt sich auch die Verjährung: in der Eigenschaft als Vindicationsklage, d. h. wenn ein wahrnehmbarer (falscher oder wahrer) Grenzzug vorhanden und das dadurch eingeschlossene Stück Boden ruhig besessen wird, so verjährt die Klage in dreißig Jahren; in der Eigenschaft als Theilungsklage hingegen, d. i. wenn gar keine Grenzlinie wahrzunehmen ist, verjährt sie gar nicht[16]). 5) Die Klage wird analogisch (utiliter) angewendet auf solche Gerechtigkeiten, welche geographisch begrenzt sind, namentlich auf Zehntrechte, Jagdgerechtigkeiten, Bannrechte, Gerichtsbarkeiten[17]).

§. 672.

III. Gemeinschaft einer schädlich gewordenen Gefahr.

Der Hauptfall ist die Seegefahr, wovon schon in einem andern Zusammenhange gesprochen worden ist (§. 440 flg. Bd. I, S. 764 ff.). Neuere[18]) haben die davon geltenden Grundsätze auch auf Landschäden, namentlich auf Kriegs-[19]) und Brandschäden[20]) analog anwenden wollen. Diese unrichtige Lehre hat auf die Pr. Gesetzgebung keinen Einfluß gehabt und dem Pr. R. ist eine solche analoge Anwendung fremd. Bei Wassersgefahren kann die Regel auf die Aufopferung eines Grundstücks zur Ableitung der Wasser, behufs Abwendung einer allgemeinen Ueberschwemmung, wohl angewendet werden[21]).

---

12) A. L.R. I, 17, §§. 379—382. — Leyser, Med., sp. 114, m. 1.

13) L. 3, 4 D. finium regundorum (X, 1).

14) Der Grenzproceß hat es bloß mit Ausmittelung und Wiederherstellung der Grenze zu thun. A.G.O. I, 42.

15) Anders nach L. 2, §. 1 D. eod.; §. 6 J. de off. jud. (IV, 17).

16) A. L.R. a. a. O. §§. 373, 374. — Ebenso nach Justinian. R. L. 5, 6 C. eod. (III, 39); L. 1, §. 1 C. de ann. except. (VII, 40).

17) C. 3, 13 X. de praebendis (II, 19).

18) Leyser, Med., sp. 160, m. 3. — Lauterbach, de aequitate et extensione legis Rhodiae. Tub. 1671.

19) Platner, de usu legis Rhodiae de jactu in bello terrestri. Lips. 1762. — Strube, rechtl. Bed., Th. I, Bed. 45, und Th. III, Bed. 21.

20) Lauterbach, Collg. th. pract., X, 1, §§. 7, 8 u. a.

21) S. den in der Note 6 zu §. 216 angegebenen Rechtsfall.

Zweite Ordnung.

Forderungen auf wechselseitige Leistung bestimmter Gegenstände.

§. 673.

Allgemeine Grundsätze.

Die Verträge der zweiten Classe (§. 664) haben folgende gemeinsame Eigenthümlichkeiten: 1) Jeder Theil sucht ausschließlich seinen eigenen Vortheil; 2) die wechselseitigen Leistungen werden bei Eingehung des Vertrags bestimmt und 3) als Vergeltung eine gegen die andere ausgetauscht[1]). I. Daraus fließen folgende allen diesen Verträgen gemeinsame Grundsätze: 1) Jeder Theil muß in der Regel für ein mäßiges Versehen (nach der zweigliedrigen Eintheilung für omnis culpa) haften (§§. 468, 469); 2) er muß für seine Leistung dem andern Gewähr leisten (§. 560), weil er sonst für das Empfangene nicht den schuldigen Ersatz gibt; 3) er muß in soweit, als seine Leistung das Empfangene nicht aufwiegt und das Misverhältnis nach Gelde schätzbar ist, auch seinen Grund in einem Irrthume oder in Bedrängnis des andern hat, nachleisten, oder das Empfangene gegen Zurücknahme seiner Leistung zurückgeben[2]), weil die causa efficiens für jede der beiden Obligationen nur die Gegenleistung ist (Note 1). Neuere nennen dieses Misverhältnis die laesio enormis. Dieser Folgesatz ist jedoch durch positive Gesetzgebung[3]) mannigfach modificirt[4]); durchaus willkürlich behandelt, und kaum wieder zu erkennen, ist er im Pr. R. Man hat folgendes bestimmt: a) Die Anfechtung eines Vertrages wegen des Misverhältnisses zwischen den wechselseitigen Leistungen findet in der Regel nicht statt. b) Ausnahmsweise soll sie bei Käufen nur dem Käufer, wenn der Preis den doppelten Werth der Sache, und bei Tauschcontracten jedem Theile, wenn der Werth der einen Sache den doppelten Werth der andern übersteigt, auf Grund einer Vermuthung, daß der Käu-

1) Gajus, III, §. 137. „Item in his contractibus (qui consensu fiunt) alter alteri obligatur de eo, quod alterum alteri ex bono et aequo praestare oportet: cum alioquin in verborum obligationibus alius stipuletur, alius promittat, et in nominibus alius expensum ferendo obliget, alius obligetur."

2) Anwendung: L. 2 C. de rescindenda venditione (IV, 44).

3) Ueber das R. R. und die verschiedenen Meinungen der gemeinrechtlichen Schriftsteller s. Recht der Ford. §. 318, Bd. III, S. 589 ff.

4) Am verständigsten aufgefaßt und naturgemäßesten anerkannt ist der Satz von der österreichischen Gesetzgebung, im Civilgesetzb. §§. 934, 935, wie denn dieses Gesetzbuch in sachgemäßer und tiefgehender Behandlung der Rechtsinstitute sich vor allen auszeichnet.

fer und beziehlich der Tauscher sich im Wesentlichen des Geschäfts oder in dem Hauptgegenstande geirrt habe, innerhalb der für die Ansprüche wegen Gewährsmängel bestimmten Verjährungsfrist (§. 563, VI) zustehen[5]). Doch ist auch bei diesen beiden Verträgen der Anspruch und der Einwand wegen enormer Verletzung unstatthaft: aa) wenn der Verkauf im Wege der Subhastation geschehen ist[6]); bb) bei Erbschaftskäufen[7]); cc) wenn dem Einwande ausdrücklich entsagt; dd) wenn bei Bestimmung des Kaufgeldes auf den außerordentlichen Werth der Sache gesehen worden ist; ee) wenn der Käufer die Sache nicht mehr zurückgeben kann[8]); ff) wenn der Werth, wie er zur Zeit des Abschlusses gewesen, nicht mehr durch Schätzung Sachverständiger festgestellt werden kann[9]); gg) wenn der Preis durch einen Dritten vertragsmäßig bestimmt worden ist[10]). II. Nach einigen andern Eigenthümlichkeiten sind unter den Verträgen dieser Classe wieder zwei Gruppen zu unterscheiden: diejenige, welche auf beiden Seiten durch eine einmalige Leistung erfüllt werden können, und diejenigen, welche auf der einen oder der andern Seite eine Fortsetzung der Leistung durch eine bestimmte Zeit zur Erfüllung fordern. 1) Die Verträge der ersten Art haben das eigene: a) daß die beiderseitigen Forderungen, nach den Grundsätzen des R. R., an sich unbedingt sind und auf jeder Seite mit der directen Klage, unabhängig von der Gegenleistung, geltend gemacht, daß sie aber, wenn der Kläger mit der eigenen schuldigen Leistung im Rückstande ist, mit der exceptio doli zur Zeit zurückgewiesen werden können[11]), welches den praktischen Erfolg hatte, daß, wer die Erfüllung erzwingen wollte, mit der Leistung anfangen oder dieselbe bei Nachsuchung (Anbringung) der Klage anbieten mußte[12]).

5) Die Satzung ist also etwas ganz anderes als die Folge aus der Wesenheit der wechselseitigen Verträge. A. L.R. I, 11, §§. 59, 60, 68, 69, 365, 876, 926 ff. — Der Aufsatz: de laesione enormi, von der Verletzung über die Hälfte beim Kaufvertrage, nach R. R. und dem Pr. R., in den Jahrbüchern Bd. XLI, S. 339 ff. berührt die Wesenheit nicht.

6) A. L.R. I, 11, §. 343. Das muß auch von öffentlichen Auctionen gelten.

7) Ebend. §. 486. Eine universitas juris ist nicht genau schätzbar.

8) Ebend. §§. 65—67. Die Auflösung ist im letztern Falle factisch unmöglich, und bei dem außerordentlichen Werthe fehlt ein allgemeiner Werthmesser.

9) Ebend. §§. 61, 366. Ebenfalls ein factisches Hindernis.

10) Ebend. §. 48. Der Dolus des Dritten würde dessen Preisbestimmung in jedem Falle ungiltig machen; das Angriffsmittel würde aber dann ein anderes sein.

11) L. 21 C. de pactis (II, 3). Auf der Seite des Käufers, welcher auf Bezahlung des Preises belangt wurde, ohne daß ihm die Sache übergeben worden war, hieß dieselbe exceptio doli exc. mercia non traditae. L. 25 D. de act. emti (XIX, 1); L. 4, §. 5 D. de doli mali exc. (XLIV, 4).

12) L. 13, §. 8; L. 11, §. 2; L. 25 D. de act. emti (XIX, 1). Ebenso ausgedrückt in A. L.R. I, 11, §. 92.

Damit war zugleich gegeben, daß, was auch noch im heutigen Pr. R. praktische Geltung hat[13]), die Exception nicht weiter gehen kann als das Interesse des Excipienten, d. h., daß, wenn er weniger von dem Kläger als der Kläger von ihm zu empfangen hat, mit der Exception nicht die Klage ganz sondern nur zum Theil (in tantum) abgewehrt werden kann. Diese Exceptionen sind die von den Neueren sogenannte exceptio non adimpleti contractus. Es erhellet daraus, daß das fragliche Vorbringen des Beklagten eine wahre Exception (§. 193, Bd. I, S. 359) ist und nicht eine verneinende Klagebeantwortung enthält, mithin die Behauptung der dieselbe ausschließenden Thatumstände nicht zur Begründung der Klage gehört[14]). Das Pr. Recht aber erklärt diese Umstände und deren Behauptung für ein Erfordernis zur Begründung der Klage[15]) und verwandelt somit die unbedingten Forderungen aus den gedachten Verträgen auf beiden Seiten in bedingte[16]). Bedingt ist jedoch die Forderung eines jeden Contrahenten nur so lange, als von seiner Seite die Erfüllung noch geschehen soll, im Falle der andere vorzuleisten nicht schuldig ist. Ist aber der Vertrag seinem Hauptinhalte nach erfüllt, und es werden nur wechselseitige und fällige, von einander unabhängige Nebenleistungen oder fortlaufende Verbindlichkeiten gefordert, oder Ansprüche wegen Gewährsmängel geltend gemacht; so kann damit die Klage nicht abgewiesen werden, vielmehr ist der andere bei gleichartigen Leistungen nur zur Compensation, bei ungleichartigen zur Erfüllung derselben Zug um Zug, folglich nicht zu einer gänzlichen Verweigerung zur Zeit, sondern nur zur Zurückhaltung eines verhältnismäßigen, bestimmten Theils der eingeklagten Leistung berechtigt[17]). Ist zwar noch nicht erfüllt, es

13) Anerkannt und angewendet von dem Obertrib., Entsch. Bd. VI, S. 57; Pr. 857, vom 14. März 1840 und Pr. 978, vom 6. Februar 1841. Danach muß, wenn der Vertrag von Seiten des Klägers der Hauptsache nach erfüllt ist, der Beklagte einen bestimmten Betrag seines aus der mangelhaften Erfüllung ihm entstandenen Nachtheils angeben und nachweisen.

14) Die gemeinrechtlichen Schriftsteller sind darüber nicht einig.

15) A. L.R. I, 5, §. 271. Dadurch ist die in der vor. Note gedachte Controverse entschieden. Recht der Ford. §. 118. — Schles. Arch. Bd. IV, S. 259 ff.

16) Darin liegt eine sehr erhebliche und folgenreiche Abweichung des Pr. R. von dem R. R., welche noch viel zu wenig in dem Bewußtsein der Praxis ist.

17) Pr. des Obertrib. 857, vom 14. März 1840. In dem letztern Falle, wo der Hauptsache nach erfüllt worden, darf mithin der Kläger nicht zur Zeit abgewiesen, vielmehr muß der Streit im Urtel entschieden und bestimmt werden, was der Kläger noch zu erfüllen und der Beklagte noch zu leisten hat. Pr. 1174, vom 5. August 1842 (Entsch. Bd. VIII, S. 229). Wenn also der Beklagte die Erfüllung in der Hauptsache angenommen hat und dem Anspruche auf Gegenleistung die Behauptung entgegensetzt, daß der übergebenen Sache die vorbedungene Eigenschaft gefehlt habe, so kann er darauf nicht den Antrag auf Abweisung der Klage,

liegt aber an dem andern, weil er die Annahme verweigert, so gilt die Bedingung für erfüllt und die Klage wird durch das Erbieten zur Erfüllung begründet[18]), vorausgesetzt daß der Beklagte ohne rechtlichen Grund die Annahme verweigert. In dieser Beziehung gilt der Grundsatz, daß wahrgenommene Gewährsmängel oder andere Nebenleistungen des Klägers, welche, nach geschehener Uebergabe, nur die Zurückhaltung eines verhältnismäßigen Theils der Gegenleistung — nicht die Zurückweisung der ganzen Klage — begründen würden, zur Zurückweisung der Leistung und damit zur Verhinderung der Klage auf Gegenleistung berechtigen[19]). Gegen die Klage auf Errichtung eines förmlichen Instruments über den Vertrag findet diese Einrede gar nicht statt[20]). b) Eine andere Eigenheit dieser Verträge ist nach R. R. die Regel, daß bei ihnen die objective Unmöglichkeit für Erfüllung gilt[21]), was bei der andern Art der Verträge mit einer sich fortsetzenden Leistung nicht der Fall ist[22]).

---

sondern nur den aus dem Mangel vorbedungener Eigenschaft abgeleiteten Entschädigungsanspruch gründen. Pr. 978, vom 6. Februar 1841. — Ob eine stattgefundene Erfüllung dem Hauptinhalte entspreche oder nicht, ist Thatsachenfrage, wobei der Umstand entscheidet: ob der Empfänger in die Lage gesetzt ist, über die Sache rechtlich und factisch, nach dem Inhalte des Vertrages, zu verfügen. Hindernisse also, welche der Umschreibung des Besitztitels entgegenstehen, machen die körperliche Uebergabe bei dem Verkaufe eines Grundstücks ungenügend zur Erfüllung nach dem Hauptinhalte des Contracts. A. L.R. I, 11, §§. 124—126. Daher gehört z. B. beim Verkauf eines Lehnguts die Hinwegräumung der der Umschreibung des Besitztitels für den Käufer entgegenstehenden Rechte vorhandener Lehnsinteressenten nicht zur Evictionsleistung des Verkäufers, sondern zur Vollständigkeit der ihm obliegenden Uebergabe, daher derselbe auch nach geleisteter Naturaltradition, vor Beseitigung der Rechte jener Interessenten, weder die Zahlung noch die Deposition des rückständigen pretii fordern kann. Pr. 659, vom 3. Mai 1839. Und bei Verkäufen über Grundstücke überhaupt kann der Käufer die Bezahlung des Kaufgeldes verweigern, wenn der Verkäufer unterlassen, die Berichtigung des Besitztitels auf seinen Namen zu bewirken. Pr. 2002, vom 18. April 1848.

18) A. L.R. I, 5, §. 271, verb. mit I, 4, §. 105.

19) Pr. 1442, vom 11. Mai 1844, welches den Satz in Beziehung auf wahrgenommene fehlerhafte Eigenschaften vor der Uebergabe ausspricht; und Pr. 1051, vom 23. October 1841, verb. mit dem nachträglichen Pr. 1592, vom 5. August 1845, thut dasselbe in einem Falle, wo ein verkauftes Gut dem Käufer frei von Hypotheken übergeben werden sollte. Nur muß nicht die Bezahlung des Kaufgeldes in einem früheren Termine ausbedungen worden sein, weil dadurch der Einwand überhaupt ausgeschlossen wird. Pr. 1771, vom 15. August 1846. S. unten §. 675.

20) Pr. 2069, vom 3. October 1848. Die Beglaubigung des Contractsschlusses ist nicht bedingt durch eine Leistung. (3. A.) So lange die bedungene oder für bedungen zu erachtende Form nicht hergestellt worden, ist der Vertrag gewissermaßen noch ein vorbereitender Vertrag, der durch die Anwendung der Form erst in Ausführung gebracht wird.

21) L. 34, §. 6 D. de contrahenda emt. (XVIII, 1); L. 7 pr.; L. 8 pr. D. de periculo (XVIII, 6); L. 15 D. de jure dot. (XXIII, 3); L. 6 C. de peric. (IV, 48); §. 3 J. de emt. (III, 23); L. 5, §. 1 D. de praescr. verb. (XIX, 5).

22) L. 27 pr. i. f. D. locati conducti (XIX, 2).

Dieser organische Zusammenhang zwischen der rechtlichen Natur der Verträge und den Folgen des Zufalls ist durch erdachte Satzungen im Pr. R. zerrissen (§. 466). — Zu dieser Gruppe von Verträgen gehören: die verschiedenen Arten des Kaufs; der Tausch; die Leibrentenverträge, wobei die Begründung des Rentenrechts (Auszugs) als einmalige Leistung anzusehen ist, durch welche der Vertrag von dieser Seite vollständig erfüllt wird[23]); der Verlagsvertrag, wenn nicht eine Bestellung des Verlegers zum Grunde liegt, da in diesem Falle der Vertrag zu der andern Gruppe gehört; die Assecuranzverträge, bei welchen die Uebernahme der Gefahr als die einmalige Leistung auf der Seite des Versicherers erscheint. 2) Den Verträgen der andern Gruppe ist das Eigene gemeinsam: a) daß sie auf der Seite dessen, dem die fortgesetzte Leistung durch eine bestimmte Zeit zukommen soll, eine unbedingte Forderung darauf begründen, während die Forderung auf der andern Seite eben durch die vollständige Vorleistung bedingt ist; b) daß kein Theil von der s. g. exceptio non impleti contractus Gebrauch machen kann, der eine nicht, weil er zur Vorleistung schuldig ist, der andere nicht, weil er nur bedingt schuldig ist, und den Klaggrund ganz oder zum Theil zu leugnen hat, wenn ihm gar nicht oder nicht gehörig vorgeleistet worden ist. Hierher gehören: die verschiedenen Miethe- und Pachtverträge; miethsähnliche Innominatcontracte; das Receptum der Wirthe und Schiffer; der Trödelcontract; der Lieferungsvertrag; die Ausbietung von Prämien, und alle der Miethe sonst nachgebildete Verträge.

Erste Classe.

Verträge, welche auf beiden Seiten mit einer einmaligen Leistung erfüllt werden.

I. Der Kaufcontract.

A. L.R. I, 11, §§. 1—362. — G. Edler v. Scheidlein, Abhandlung über den Kaufvertrag nach dem österreichischen bürgerlichen Gesetzbuche, in Vergleichung mit dem römischen Civilrechte, dem preußischen Landrechte und dem französischen Civilcodex. 2 Theile. Wien 1819. — G. E. Treitschke, der Kaufcontract in besonderer Beziehung auf den Waarenhandel nach römischem Rechte und den wichtigsten neuern Gesetzgebungen dargestellt. Leipzig 1838. Dazu: Kritz, Recension, in Richter und Schneider kritischen Jahrbüchern für deutsche Rechtswissenschaft, Jahrg. 1839, S. 882 flg.

23) Schles. Archiv, Bd. I, S. 212 flg.

§. 674.

1. Begriff und Erfordernisse.

A. Kauf und beziehlich Verkauf (emtio, venditio) heißt der Vertrag, wodurch der eine (Verkäufer, venditor) dem andern (Käufer, emtor) ein Recht zu übereignen, und dieser jenem dafür eine Summe Geldes (pretium) zu zahlen verspricht[1]). B. Zur Abschließung dieses Consensualcontracts ist die Uebereinstimmung kauffähiger Personen über Gegenstand und Preis erforderlich[2]). I. Bezüglich auf die Uebereinstimmung findet sich die Ausnahme, daß jemand entweder aus einem besondern Rechtstitel (§. 612), oder aus Gründen des Gemeinwohls (§. 216, Bd. I, S. 393) zum Verkaufe seiner Sache gezwungen werden kann, welches die Bedeutung hat, daß, wenn er sich weigert, ihm die Sache durch die Staatsgewalt ohne richterliche Mitwirkung gegen Zahlung des endgiltig durch den Richter zu bestimmenden Preises genommen und dem andern überliefert wird (Expropriation), auf welche Handlung dann die Grundsätze des Kaufs angewendet werden. II. Die Person der Parteien muß hier ebenso wie bei jedem andern Vertrage (§. 557) gewiß und genügend bestimmt[3]); und dem Käufer muß der bestimmte Kauf nicht durch positive Bestimmung untersagt sein[4]). In einigen Fällen dieser Art ist das Geschäft null und nichtig, in andern ist die Erwerbung zwar giltig, aber der Erwerber wird, weil er besitzunfähig ist, zur Wiederveräußerung gezwungen. 1) Zu den Fällen der ersten Art gehören folgende Bestimmungen: a) Dorfgemeinden, oder einzelne Mitglieder derselben in Gemeinschaft, können ohne Genehmigung der Provinzialregierung kein Rittergut kaufen[5]); und andere unbewegliche Güter können Dorfgemeinden, so lange die Gemeindeordnung bei ihnen noch nicht eingeführt ist, nicht ohne Genehmigung ihres gewesenen Gerichtsherrn[6]) durch einen lästigen

---

1) A. L.R. I, 11, §§. 1, 381, 445. — §. 2 J. de emt. (III, 23 [24]); Gajus III, §. 139; L. 1 pr. §. 1 D. de contrah. emt. (XVIII, 1).

2) A. L.R. a. a. O. §. 12. — L. 1, §. ult.; L. 8 pr. D. eod.; Pr. J. eod.

3) Die von Suarez ausgedachten Bestimmungen in den §§. 13—18 a. a. O., wonach die Bezeichnung des Käufers von einer Person oder einer Begebenheit soll abhängen können, haben gar keine Bedeutung; denn wenn diese Bestimmung eintritt und die dadurch bezeichnete Person nicht will, so ist ein Kauf doch nicht vorhanden; will sie aber, so ist sie eben erst die Partei, die den Contract schließt.

4) Darauf bezieht sich der zweite Satz des A. L.R. §. 19 d. T.; der erste Satz bezieht sich auf res extra commercium. S. unten Note 23.

5) C.O. vom 25. Januar 1831 (G.S. S. 5).

6) Eigentlich müßte wohl jetzt, nachdem die obrigkeitlichen Rechte entzogen sind, die Regierung die Genehmigung ertheilen; doch beruft man sich für die Fort-

Vertrag erwerben[7]). b) Verwalter fremder Güter können von den ihnen anvertrauten Gütern, während der Verwaltung, nichts kaufen[8]); insbesondere ist verboten: aa) den Mitgliedern der Provinzialdomänenverwaltungen die Erwerbung von Domänengrundstücken in ihrem Geschäftsbezirke, ohne vorgängige Dispensation des obern Chefs der Domänenverwaltung[9]); bb) den königl. Forstbedienten, ohne Unterschied des Ranges, der Erwerb von Grundstücken, welche in ihrem Amtsrevier ein Holzungs-, Hütungs- oder sonstiges Recht haben, oder damit grenzen, ohne Genehmigung des zuständigen Ministeriums[10]); cc) den Subhastations- und Auctionscommissarien, deren Protokollführern und Ausrufern die Erstehung von den von ihnen versteigerten Sachen ohne ausdrückliche Genehmigung sämtlicher Interessenten, sei es in Person oder durch oder für einen andern[11]); dd) Vormündern die Erstehung der Güter ihrer Mündel aus öffentlichen Versteigerungen ohne obervormundschaftliche Genehmigung[12]). 2) Ohne Einfluß auf die Giltigkeit des Vertrags, aber den Besitz hindernd, sind folgende Bestimmungen: a) Unterofficiere und Gemeine sollen ohne Genehmigung des Regiments- und beziehlich Bataillonscommandeurs keine Grundstücke übernehmen und die Gerichte sollen den Besitztitel nicht berichtigen, noch jene Militärs bei den Licitationen zum Mitbieten zulassen[13]). Wenn gleichwohl contrahirt worden ist, so sind dadurch diese Personen, ebenso wie jeder andere Handlungsfähige, verbindlich gemacht, denn geschäftsunfähig sind die Unterofficiere und Gemeinen als solche nicht; nur der Uebergang des Eigenthums wird verhindert und der Vertrag enthält stillschweigend die Verabredung, daß die Erfüllung bis zur Entlassung des Käufers aus dem Dienste ausgesetzt bleiben soll, wenn die Genehmigung zur Uebernahme nicht ertheilt wird. b) Ausländer müssen zur Erwerbung eines adlichen Guts oder eines

---

dauer des Alten bis zur Einführung einer neuen Ordnung auf Art. 110 des St. Gr.G., der von Behörden, nicht von Obrigkeiten aus eigenem Rechte spricht, die eben durch Art. 42 aufgehoben sind.

7) A. L.R. II, 7, §. 33. Gilt auch von freien Gemeinden.

8) Ebend. I, 11, §. 20. — L. 46 D. eod.; L. 18 C. de rescind. vend. (IV, 44).

9) C.O. vom 29. Februar 1812 (G.S. S. 16).

10) C.O. vom 5. September 1821 (G.S. S. 158).

11) A. L.R. I, 11, §§. 21—25, 348, No. 6, und 349, No. 2.

12) A. L.R. II, 18, §. 254. — R. v. 6. Septbr. 1802 (Rabe, Bd. VII, S. 237). — Vergl. L. 5 D. de contrah. emt. (IV, 38); L. 5, §§. 2—5 D. de auct. tut. (XXVI, 8). Dieser Fall versteht sich schon deshalb, weil der Vormund Stellvertreter des Verkäufers ist und nicht mit sich selbst contrahiren kann.

13) A. L.R. II, 10, §§. 27, 28. — V. vom 18. März 1811, §. 2 (G.S. S. 5).

Domänenvorwerks eine Concession des Ministers des Innern haben[14]). c) Personen, welche nicht als Apotheker approbirt sind (§. 400), sollen nicht Apotheken erwerben[15]). Die Beschränkungen der Mennoniten, Quäker oder s. g. Separatisten, und Juden sind aufgehoben[16]). III. Gegenstand kann nicht bloß Eigenthum, sondern auch jedes andere Vermögensrecht sein[17]); ist es Eigenthum, so nennt man den Kauf Sachkauf. 1) Der Gegenstand (res vendita) muß wirklich vorhanden sein. Ist das nicht, so wird unterschieden: a) Wissen davon beide Theile nichts, so ist der Vertrag nichtig; b) ist der Käufer allein unwissend, so gilt der Vertrag, d. h. der Käufer fordert sein Interesse; c) ist nur der Verkäufer allein im Irrthume, so wird das Geschäft, hinsichtlich des versprochenen Preises, als Schenkung angesehen[18]); d) wissen beide, daß die als seiend gedachte Sache nicht vorhanden, so ist das Geschäft null[19]). Fehlt nur ein vorausgesetzter Theil, gleichviel wie groß oder klein, so wird in derselben Art unterschieden. In dem Falle a. ist der Vertrag unverbindlich; in dem Falle b. kann der Käufer wählen: ob er von dem Vertrage abgehen oder die Sache, wie sie ist, nehmen und für das Fehlende Ersatz fordern will; in dem Falle c. besteht der Vertrag und der Käufer muß das ganze Kaufgeld zahlen[20]); in dem Falle d. ist das Geschäft unbedingt giltig. 2) Wird die nicht vorhandene Sache als künftig gedacht (§. 677), so ist sie ein geschickter Gegenstand des Kaufs. Ist die künftige Sache selbst Gegenstand des Kaufs (emtio rei speratae), so ist der Kauf ein bedingter; soll nichts darauf ankommen: ob sie entsteht oder nicht, so ist das Geschäft ein Hoffnungskauf (emtio spei)[21]). Ist

14) C.D. vom 28. März 1809 (Rabe, Bd. X, S. 77). — R. vom 13. Juni 1834 (Jahrb. Bd. XLIII, S. 583).

15) Apothekerordnung vom 11. October 1801, Tit. 1, §. 1, vergl. mit §. 2 (Rabe, Bd. VI, S. 610). Das R. vom 2. Decbr. 1822 (Jahrb. Bd. XX, S. 266) ist nicht maßgebend.

16) Verfassungsurkunde vom 31. Januar 1850, Art. 12. Der Minister v. d. Heydt hat 1852 das Gegentheil behauptet.

17) A. L.R. I, 11, §§. 28, 381, 445. — L. 34, §§. 1—4; L. 80, §. 1 D. de contrah. emt. (XVIII, 1); L. 8, §. 2 D. de periculo (XVIII, 6); L. 11, §. 3; L. 12 D. de pignoribus (XX, 1).

18) A. L.R. a. a. O. §§. 39—41. Die §§. 52—55, I, 5 setzen eine bedingte Unmöglichkeit voraus und haben zu der hier vorliegenden Frage keine Beziehung, wie man hat finden wollen. — Vergl. L. 15 pr.; L. 8 pr. D. de contrah. emt. (XVIII, 1).

19) L. 57, §. 3 D. eod. — Präj. des III. S. vom 20. Februar 1849 in Sachen Zillmann w. Burchardt, $^{819}/_{3255}$ III, 48.

20) A. L.R. I, 11, §§. 42—45. — Rechtsfall bei Stengel, Beiträge, Bd. XVI, S. 168 ff. — Anders nach L. 57 pr.; L. 58 D. eod.

21) A. L.R. a. a. O. §§. 528—531, 587. — L. 8 pr. §. 1 D. eod.;

die Absicht der Parteien unklar ausgedrückt, so wird ein Kauf der gehofften Sache (emtio rei speratae) angenommen[22]). 3) Die Sache muß in Beziehung auf die Parteien im Verkehr sein, sonst gelten dieselben Regeln, wie wenn der Gegenstand als vorhanden gedacht, aber nicht wirklich vorhanden ist[23]). Wird die Sache, nach Abschluß des Contracts, vor der Uebergabe, ohne Zuthun des Verkäufers, dem Verkehre entzogen, so ist dadurch, wie durch zufällige Unmöglichkeit der Erfüllung, der Vertrag aufgehoben[24]). 4) Der Gegenstand darf nicht schon dem Käufer gehören; kauft jemand wissentlich sein eigenes Recht und bezahlt, so wird das Geschäft als Schenkung angesehen[25]). Ein giltiger Kauf aber ist es, wenn jemand seine Sache wegen eines dem Verkäufer daran zustehenden Anspruchs oder Besitz- oder sonstigen dinglichen Rechts kauft[26]). 5) Der Gegenstand kann einem Dritten gehören, ohne daß der Contract ungiltig ist, doch ist zu unterscheiden: a) Beide Theile contrahiren wissentlich aa) in guter Absicht, was angenommen wird, wenn mit ausdrücklichen Worten über eine fremde Sache contrahirt worden ist: dann ist der Vertrag immer giltig[27]); bb) in böser Absicht: dann ist der Vertrag nichtig[28]); handelte der Käufer bloß unvorsichtig, so daß er ein unrechtfertiger Besitzer geworden sein würde oder geworden ist, so hat er von dem Verkäufer das Kaufgeld wieder zu fordern[28a]). b) Beide Theile sind in Unwissenheit: dann gilt der Contract und der Verkäufer hat Gewähr zu leisten[29]).

L. 11, §. 18 D. de act. emti (XIX, 1). — Westphal, Abh. von dem Handel über künftigen ungewissen Gewinn. Halle 1783.

22) A. L.R. a. a. O. §. 531. Der Vertrag fällt mithin als ein bedingter weg, wenn die Sache nicht entsteht.

23) Ebend. §§. 28, 29. S. oben §. 82, Bd. I, S. 203. Auf die hierbei in Betracht kommende Dispositionsfähigkeit des Verkäufers, besonders bei Lehen und Fideicommissen, bezieht sich der §. 19 a. a. O. — Die Erklärungen anderer s. Recht der Forderungen, §. 320, Bd. III, S. 608 ff. — Vergl. über R. R.: L. 33, §§. 1, 2; L. 22, 23; L. 6 pr.; L. 70; L. 4, 5, 62, §. 1 D. de contr. emt. (XVIII, 1); L. 6 C. de pactis (II, 3); L. 39, §. 3 D. de evict. (XXI, 2); §. 5 J. de emt. (III, 23).

24) A. L.R. a. a. O. §. 29; I, 5, §. 364. — Leyser, sp. 190, m. 4.

25) A. L.R. I, 11, §. 41. — L. 16 D. de contrah. emt. (XVIII, 1); L. 45 pr. D. de reg. jur. (L, 17); L. 4, 10 C. de contrah. emt. (IV, 38).

26) Vergl. A. L.R. I, 20, §. 42. — L. 61; L. 34, §. 4 D. eod.; L. 28 D. de acquir. poss. (XLI, 2).

27) A. L.R. I, 11, §. 139; I, 5, §§. 40 fg. Die bloße Wissenschaft, daß die Sache einem Dritten gehöre, ohne ausdrückliche Erwähnung, daß die Sache eine fremde sei, genügt nicht. Pr. 526, von 1838. Vergl. L. 28 D. de contrah. emt. (XVIII, 1).

28) A. L.R. I, 11, §§. 159, 160; I, 5, §. 50. — L. 34, §. 3 D. eod.

28a) A. L.R. I, 11, §. 161. Diese Bestimmung ist nicht über das obligatorische Verhältnis auszudehnen, es kann nicht daraus entnommen werden, daß Unrechtfertigkeit des Besitzes auch den Anfang der Verjährung hindert.

29) A. L.R. I, 5, §. 326; L. 11, §§. 7—9; L. 30, §. 1 D. de act.

c) Ebendasselbe gilt, wenn der Verkäufer allein die Eigenschaft der Sache kannte[30]). d) War nur der Käufer allein damit bekannt, so ist der Contract nur für ihn verbindlich: er muß die Sache nehmen und das Kaufgeld zahlen, kann aber nicht auf Erfüllung klagen und auch nicht Gewährleistung fordern[31]). 6) Der Gegenstand muß durch gehörige Bezeichnung hinlänglich bestimmt sein; ist eine Species nicht nach unterscheidenden Kennzeichen bestimmt, so ist es ein Gattungskauf; und werden fungible Sachen gekauft, so ist Güte, Maß und Gewicht zu bestimmen, sonst wird Mittelgüte und das marktübliche Maß und Gewicht des Ablieferungsorts angenommen[32]). IV. Der Preis muß eine bestimmte und ernstlich gemeinte Geldsumme sein. 1) Soll die Gegenleistung in etwas anderem als Gelde bestehen, so ist das Geschäft kein Kauf, sondern Tausch oder ein unbenannter Contract[33]); wird später zur Bezahlung des in Gelde bestimmten Preises etwas anderes gegeben (datio in solutum), so ändert das nichts[34]). Wird eine aus Gelde und andern Gegenständen vermischte Gegenleistung versprochen, so wird das Geschäft nach Pr. R. als Tausch angesehen[35]). 2) Ist die Bestimmung des Preises nicht ernstlich gemeint, so ist der Kauf kein wahrer, und es kommt darauf an, was die Parteien eigentlich gewollt haben (Simulation, §. 114, Bd. I, S. 239). 3) Die Bestimmung des Preises ist in der Regel der Uebereinkunft der Parteien überlassen; bei erzwungenen Käufen tritt öfter die Werthschätzung durch Sachverständige ein (No. I), die Ausnahme aber, daß gemeine Landleute ihre noch nicht geernteten Früchte nur nach Zahl, Maß und Gewicht verkaufen sollten, ist in der neuesten Zeit allgemein aufgehoben[36]). 4) Die Bestimmung kann auch durch Bezugnahme auf eine sonst schon feststehende Summe, auf einen gewissen

---

emti (XIX, 1). — A. L.R. I, 11, §. 222; L. 18, §. 1 D. de peric. (XVIII, 6.)

30) L. 34, §. 3 D. de contrah. emt. (XVIII, 1).

31) A. L.R. I, 11, §. 139. — L. 34, §. 3 D. eod.

32) A. L.R. a. a. O. §§. 30, 32; I, 5, §§. 256, 275.

33) A. L.R. I, 11, §§. 1, 46, 363, 869. — L. 1, §. 1; L. 2, §. 1 D. eod.; §. 2 J. eod.; L. 1 pr. D. de rerum permut. (XIX, 4); L. 7 C. eod. (IV, 64).

34) L. 21, §. 4 D. de act. emti (XIX, 1); L. 9 C. de rescind. vend. (IV, 44).

35) Eine Bestimmung darüber fehlt, die Verf. des A. L.R. haben aber diese Absicht gehabt. Gesetzrevis. Motive zu I, 11, S. 21. Die Geringfügigkeit der neben der Geldsumme versprochenen Sache kann zur Absurdität führen. Nach L. 79 D. de contrah. emt., und L. 6, §. 1 D. de act. emti kommt es auf die Absicht der Parteien an.

36) A. L.R. I, 11, §. 594; II, 7, §. 12. — V. v. 9. November 1843 (G.S. S. 347).

Marktpreis, auf den Ausspruch eines oder mehrerer Dritten, welche bestimmt bezeichnet werden müssen, oder auf ein künftiges Ereignis[37]) geschehen[38]), selbst stillschweigend z. E. dadurch, daß man öffentlich feilgebotene, einen bekannten Preis habende Sachen verlangt und erhält, ohne über den Preis zu sprechen[39]). 5) Der Kauf, bei welchem ein Dritter den Preis bestimmen soll, ist ein bedingter und fällt mithin weg, wenn der Dritte, oder von mehreren zusammen Ernannten auch nur einer sich nicht aussprechen kann oder will[40]); der Besitztitel kann vor Erfüllung der Bedingung nicht berichtigt werden, wenn auch die Uebergabe im voraus geschehen wäre. Gegen den erfolgten Ausspruch findet keine Berufung statt, ausgenommen wenn bei der Bestimmung eine betrügliche Collusion der einen Partei mit dem Dritten, oder bei dem bestimmenden Ereignisse eine solche Collusion der Mitwirkenden, wie z. B. bei der Subhastation eine gewinnsüchtige Verabredung der Bieter, sich nicht zu überbieten[41]), stattgefunden hat[42]). 6) Bei fungiblen Sachen hängt die Preisbestimmung mit der Bestimmung der Güte und Menge zusammen (Kauf ad mensuram); doch können dergleichen Sachen auch als nicht fungible verkauft werden (Kauf per aversionem[43]), ad corpus, Kauf in Bausch und Bogen). Der erstere ist bedingt und wird erst durch die Zumessung perfect[44]). Für einen Kauf in Bausch und Bogen gilt auch der Kauf eines Inbegriffs von Sachen, wenngleich die Zahl der Stücke, aber nur der Beschreibung wegen, beigefügt ist[45]). 7) Die Regel, daß die Bestimmung des Gegenstandes der Leistung nicht der Willkür des Versprechenden überlassen sein kann, wenn der Vertrag als giltig angesehen werden soll, findet gewissermaßen eine Ausnahme bei dem

37) So bei der nothwendigen Subhastation. Schles. Archiv, Bd. V, S. 147.

38) A. L.R. I, 11, §§. 47, 48, 52. — L. 7, §§. 1, 2; L. 37 D. de contrah. emt. (XVIII, 1); L. 15 C. eod.

39) Simon und v. Strampff, Rechtssprüche, Bd. III, S. 225.

40) A. L.R. a. a. O. §§. 50, 51. — L. ult. C. de contrah. emt. (IV, 38); L. 25 pr. D. locati (XIX, 2). Vor Justinian waren die Meinungen verschieden. L. 7 D. de contrah. emt. (XVIII, 1); L. 22, §. 1 D. de reg. jur. (L, 17); L. 75 D. pro socio (XVII, 2); L. 25 D. locati (XIX, 2).

41) M. s. den Rechtsfall im Schles. Arch. Bd. V, S. 147 ff. Das Obertrib. hat seine Meinung durch den Plenarbeschl. vom 16. August 1841 abgeändert. M. s. aber dagegen m. Beurtheilung der Entsch. S. 484 fg.

42) A. L.R. a. a. O. §§. 48, 49. — Gemeinrechtlich wird von einigen die Zulässigkeit der Berufung (reductio ad arbitrium boni viri) behauptet.

43) L. 62, §. 2 D. de contrah. emt. (XVIII, 1); L. 4, §. 1 D. de periculo (XVIII, 6).

44) L. 35, §§. 5—7 D. de contrah. emt.; L. 5, 10, §. 1 D. de periculo.

45) A. L.R. a. a. O. §§. 121—123, 213, 214. Was als Zubehör dabei anzusehen, bestimmen §§. 83—91 das.

Kaufe, indem derselbe in der Art giltig abgeschlossen werden mag, daß es in die Willkür des Käufers gestellt wird, die ihm verkaufte und übergebene Sache wieder zurückzugeben, wenn sie für den bestimmten Preis nicht seinen Beifall hat. Dies ist der s. g. Kauf auf Probe (emtio ad gustum)[46]. Dabei gelten folgende Grundsätze: a) der Verkäufer ist durch den Abschluß des Contracts unwiderruflich gebunden und wird erst durch die ausdrückliche oder stillschweigende[47] Erklärung des Käufers, daß ihm die Sache nicht anstehe, befreit. b) Der Käufer seinerseits macht sich erst durch die formlose Erklärung, daß er die Sache behalten wolle oder daß er damit zufrieden sei, aus dem abgeschlossenen Contracte verbindlich. c) Als stillschweigende Zufriedenheitserklärung wird es genommen: aa) wenn er nach Uebergabe des ganzen Gegenstandes das Kaufgeld ohne Vorbehalt bezahlt; bb) wenn er den Tag, bis wohin er sich erklären sollte, stillschweigend und ohne Zurückgabe der Sache vergehen läßt[48]. Ist keine Erklärungsfrist bestimmt, so kann der Verkäufer nicht die Sache, im Falle einer ihm auf seine Anfrage vorenthaltenen Erklärung, zurückfordern, sondern nur durch den Richter eine Zeit bestimmen lassen[49], weil er wegen Mangels der Erfüllung von der andern Seite nicht sogleich zurücktreten darf, sondern auf Erfüllung klagen muß (§. 568, IV).

§. 675.

2. Verbindlichkeiten.

Die zur Erfüllung des Vertrags auf beiden Seiten zustehenden directen Klagen werden im R. R. nach der Person des Klägers (actio emti, venditi) bezeichnet und dienen auch zur Aufhebung des Verhältnisses aus einem bei der Eingehung gegebenen Grunde[1]. I. Der Verkäufer hat das verkaufte Recht auf den Käufer, gegen Empfang des Kaufgeldes, so zu übertragen, daß derselbe über den Gegenstand des Kaufs wie ein Eigenthümer zu verfügen im Stande ist[2]. 1) Bei

46) Ebend. §. 335. — L. 34, §. 5 D. de contrah. emt. (XVIII, 1).

47) Dafür gilt das Stillschweigen über die Zeit bei nicht erfolgter Uebergabe. A. L.R. I, 5, §. 103 und I, 11, §. 337.

48) A. L.R. a. a. O. §§. 334, 336. — L. 4, §. 1 D. de periculo (XVIII, 6).

49) A. L.R. a. a. O. §. 335. — L. 4, §§. 1 et 2 D. eod. Wird auch nach G. R. angenommen. Glück, Commentar, Bd. XVII, S. 163.

1) L. 11 pr. §. 6; L. 69 D. de act. emt. (XIX, 1); L. 6, §. 1 D. de contrah. emt. (XVIII, 1); L. 4 pr. D. de lege commiss. (XVIII, 3).

2) A. L.R. I, 11, §. 135. — Entspricht den modernen Rechtsansichten, welche von dem R. R. darin abweichen, daß danach der Verkäufer nicht schuldig war, das Eigenthum zu verschaffen, was einen historischen Grund hatte. L. 25

dem Sachkaufe muß der Gegenstand körperlich übergeben werden und von Immobilien muß der Verkäufer auch seinen eigenen Besitztitel berichtigen lassen, sowie dem Käufer alle die Sache und deren Gerechtsame betreffende Urkunden überliefern[3]). Kommen bis zur Uebergabe Gewährsmängel zum Vorschein, wodurch der freie vertragsmäßige Gebrauch der Sache verhindert oder erschwert wird, wie z. B. Beschränkungen der Disposition oder Belastung mit nicht angezeigten Hypotheken und Privatdienstbarkeiten[3a]) oder dergleichen Abgaben[3b]), so ist der Käufer berechtigt, die Uebernahme der Sache zu verweigern, bis der Mangel gehoben ist[3c]). Bestehen die Gewährsmängel nur in, den Gebrauch nicht erschwerenden, Ansprüchen Dritter, so muß der Käufer wegen der zu befürchtenden Ansprüche noch vor der Uebernahme sichergestellt werden; hat er noch nicht den Preis bezahlt, so darf er davon soviel als nöthig zu seiner Sicherheit zurückbehalten, muß aber, da er mehr als Sicherheit nicht zu fordern und der andere einen gleichberechtigten Anspruch hat, auf Verlangen des andern deponiren[4]). Ergeben sich die Mängel erst

---

pr. §. 1 D. de contrah. emt. (XVIII, 1); L. 11, §§. 2, 13 D. de act. emti (XIX, 1); L. 1 pr. D. de permut. (XIX, 4). — Vergl. L. 16 D. de cond. c. data (XII, 4); L. 75, §. 10 D. de verb. obl. (XLV, 1).

3) A. L.R. a. a. O. §§. 124—127. — L. 11, §§. 2 et 13; L. 30, §. 1; L. 2, §. 1 D. de act. emti (XIX, 1). — Pr. des Obertrib. 2002, vom 18. April 1848.

3a) (3. A.) Darunter sind auch Wohnungsrechte zu subsumiren. Vergl. Entsch. des Obertrib. Bd. XXVIII, S. 29.

3b) (3. A.) Dadurch allein, daß die Privatdienstbarkeiten, Lasten und Abgaben im Hypothekenbuche eingetragen stehen, wird der Verkäufer von der Pflicht zur Anzeige oder Vertretung nicht befreit. Plenarbeschl. des Obertrib. v. 18. Mai 1857 (J.M.Bl. S. 239). Ist jedoch der Käufer mit der Belastung gehörig bekannt gewesen, so kann er wegen der vor Abschließung des Kaufs ihm nicht noch besonders gemachten formellen Anzeige keinen Anspruch an den Verkäufer erheben. Pr. des Obertrib. 807, vom 25. Januar 1840 (Entsch. Bd. VI, S. 183).

3c) A. L.R. a. a. O. §§. 124, 192 u. 215. — Angen. von dem III. S. des Obertrib. in Sachen v. Below w. Müller, $^{747}/_{2983}$ III, 48, am 16. Jan. 1849. S. oben §. 673, Note 19.

4) A. L.R. a. a. O. §§. 215, 222, 223. S. oben §. 563. — S. das Präj. in den Jahrb. Bd. XXXI, S. 12. — Entscheid. des Obertrib. Bd. X, S. 367 fg. Auch angen. vom III. S. am 2. März 1849 in Sachen Menzel w. Heinrich, $^{685}/_{2738}$ III, 48. Zu den im §. 222 bezeichneten Gewährsmängeln gehören nicht bloß diejenigen, welche sich an bereits übergebenen Gegenständen, sondern auch diejenigen, die sich in dem Nichtübergeben versprochener Gegenstände äußern. Präj. 1147b, vom 5. Aug. 1842. Das spätere Pr. 2236, vom 18. Sept. 1850: daß der §. 222 nur die Befugnis des Käufers zur Deposition ausspreche, und es also in die Willkür des Käufers stelle, ob er einfach zurückbehalten, oder zugleich deponiren will, — ist nur in dem Falle, wenn der Käufer ein sicherer Mann ist, rechtfertig. (3. A.) Das Plenum des Obertrib. hat auch dieses Pr. verworfen und den Satz festgestellt, daß der Käufer nur in der Form der gleichzeitigen gerichtlichen Deposition zu retiniren befugt sei. Plenarbeschl. Pr. 2527, vom 3. Juli 1854 (Entsch. Bd. XXVIII, 1). Es versteht sich, daß, wenn der Vertrag über das Retentionsrecht eine Bestimmung enthält, diese hauptsächlich maß-

nach der Uebergabe und nach Bezahlung des Kaufgeldes, so muß der Verkäufer dafür besondere Sicherheit bestellen (§. 563). Als zum Vorschein gekommene Gewährsmängel oder Ansprüche Dritter, welche solchergestalt Sicherheit zu fordern berechtigen, werden nur solche angesehen, wegen welcher entweder die Klage schon angestellt ist, oder welche doch soweit, als zur Anstellung der Klage hinreichend wäre, bescheinigt sind[4a]). 2) Mit der Hauptsache müssen alle zur Zeit des geschlossenen Kaufs vorhandenen und auch die gesetzlichen Zubehörungen (§. 95, Bd. I, S. 215) überliefert werden[5]). Ist der Kauf nach einem Verzeichnisse über das Zubehör geschlossen, so sind die verzeichneten Gegenstände zu überliefern, wenn auch mehr oder weniger als das gesetzliche Zubehör darunter begriffen ist[6]). Ist „in Bausch und Bogen", oder „wie die Sache steht und liegt" verkauft, so werden als Zubehör betrachtet: a) bei einem Landgute alles, was von den bei Abschluß des Contracts vorhandenen Stücken zum Nutzen oder zur Bequemlichkeit im Betriebe der Wirthschaft dient oder dazu gebraucht worden ist, auch die Vorräthe; b) bei einem Hause, außer dem vorhandenen gesetzlich dafür erklärten Zubehör, auch alle bei Abschluß des Kaufs im Hause befindlichen Möbel, insofern sie zur bequemen Wohnung dienen; c) bei einer Werkstätte und Fabrik die vorhandenen Vorräthe und in Arbeit befindlichen Stoffe, nicht die fertigen Waaren; d) bei einem Kramladen die Utensilien, nicht die Waarenvorräthe; e) bei einer Bibliothek, Münz-, Kunst- und Naturaliensammlung auch die zur Verzierung vorhandenen Sachen[7]). 3) Nebenverpflichtungen sind: a) Leistung

---

gebend ist. Erk. des Obertrib. vom 19. Januar 1855 (Entscheid. Bd. XXIX, S. 355).

4a) Pr. 1507, vom 16. Nov. 1844 (Entsch. Bd. X, S. 366).

5) A. L.R. a. a. O. §§. 78—81. — L. 67 D. de contrah. emt. (XVIII, 1). — Auch bei nothwendigen Subhastationen alle Zubehörungen, welche am Tage der Licitation (nicht erst des Zuschlags) vorhanden waren. Schles. Archiv, Bd. V, S. 329 ff.

6) A. L.R. a. a. O. §. 82. — Ist einem ausdrücklich in Bausch und Bogen geschlossenen Kaufcontracte dennoch ein Verzeichnis von Beilaßstücken beigefügt, so hat dies den Sinn, daß der Verkäufer für diese Stücke jedenfalls Gewähr leisten solle, daß aber außerdem noch vorhandene Stücke doch auch zurückgelassen werden müssen.

7) A. L.R. a. a. O. §§. 83—91, 213. Bei einem Verkauf in Bausch und Bogen ist, der Fall der nothwendigen Subhastation ausgenommen, der Verkäufer für die Existenz sämtlicher, als Gegenstand des Verkaufs ausdrücklich angegebener Rubriken auch in dem Falle Gewähr zu leisten verbunden, wenn kein besonderer Anschlag gegeben, oder die im Contracte angegebenen Rubriken in dem bloß zur Information des Käufers gegebenen Anschlage nicht mit veranschlagt worden sind. Dagegen kann bei einer nothwendigen Subhastation der Käufer für die Existenz solcher Rubriken nur dann Gewähr fordern, wenn dieselben bei Aufnahme der Taxe mit veranschlagt worden sind; Pr. 583, vom 16. Nov. 1838.

des Interesses wegen Nichterfüllung, nach Maßgabe der dem Verkäufer zur Last fallenden Verschuldung (§§. 468, 469). Den Zufall trägt nach der landrechtlichen Regel (§. 466) der Verkäufer. Eine Ausnahme macht der Kauf „in Bausch und Bogen" darin, daß der Käufer, weil er das Commodum (§. 467) hat, vom Abschlusse des Contracts an die zufälligen Verschlechterungen und theilweisen Verluste, nicht aber den gänzlichen Untergang der Sache trägt[8]). b) Früchte und Zuwüchse, soweit sie dem Käufer gebühren. Dieses ist der Fall aa) bei Käufen in Bausch und Bogen vom Abschlusse des Contracts an (Note 8); bb) wenn der Käufer das Kaufgeld bezahlt hat und der Verkäufer mit der Uebergabe aus Vorsatz oder grobem Versehen zögert: hier soll der Käufer die Wahl zwischen den Zinsen von dem Kaufgelde nach den ihm erlaubten höchsten Sätzen, oder den gezogenen Nutzungen nach einer zu legenden Rechnung haben. Außerdem gebühren die Nutzungen dem Verkäufer bis zur Uebergabe; Pachtgelder und Miethzinsen werden, nach diesem Grundsatze, als Surrogate der natürlichen Früchte im Verhältnisse der Besitzzeit getheilt; Geldzinsen aber, Kornrenten, Zehnten, Dienstgelder, Laudemien und dergleichen Hebungen gehören dem einen oder dem andern ganz, je nachdem sie vor oder nach der zur Uebergabe bestimmten Zeit fällig sind, gleichwie die natürlichen An- und Zuwüchse, welche bis zu dieser Zeit nach dem gewöhnlichen Nutzungsrechte und nach einer vernünftigen Wirthschaftsart[9]) noch nicht haben abgesondert werden mögen, dem Käufer gehören[10]). cc) Ist das Kaufgeld vor der Uebergabe auf Verlangen des Verkäufers, oder aus

8) A. L.R. a. a. O. §§. 95, 117, 120. — Nach R. R. macht der Kauf per aversionem keine Ausnahme von der Regel, daß der Käufer überhaupt die Gefahr trägt. L. 62, §. 2; L. 35, §§. 5—7 de contrah. emt. (XVIII, 1); L. 5, 10, §. 1 D. de periculo (XVIII, 6); L. 2 C. eod. (IV, 48). Die landrechtlichen Bestimmungen lenken in diesen Weg hier ein, doch nur halbwegs, indem die Gefahr des Untergangs doch dem Verkäufer zur Last bleibt. Die Satzungen sind rein positiv und folgen nicht aus der Natur des Rechtsverhältnisses. — Das Eigenthum geht dennoch erst mit der Tradition auf den Käufer über. Pr. 533, vom 28. Sept. 1838.

9) Es kommt oft auf einen einzigen Tag bessere oder schlechtere Witterung an: ob nach wirthschaftlicher Art eine Frucht abzusondern ist, wenn die Uebergabe in die kritische Zeit fällt, z. E. in die Zeit des Anfangs der Rapsernte.

10) A. L.R. a. a. O. §§. 105—108. — Vergl. L. 7, §. 13 D. communi divid. (X, 3). — Die röm. Rechtsregel ist, daß alles, was durch die Sache oder in Beziehung auf dieselbe nach Abschluß des Contracts erworben wird, dem Käufer überliefert werden muß. L. 35, §. 4 D. de contrah. emt. (XVIII, 1); §. 1 J. de emt. (III, 23); L. 14 pr. D. de furtis (XLVII, 2); L. 13, §. 10 D. de act. emti (XIX, 1); L. 13, 16 C. eod. — Fragm. Vat. §§. 2, 15; Paul. Sent. rec. II, 17, §. 7. — Pacht- und Miethgelder machen eine Ausnahme, wenn sie aus vor dem Kaufe abgeschlossenen Verträgen herrühren; der Käufer ist dadurch nicht gefährdet, weil ihn jene Verträge nicht angehen. L. 13, §. 11 D. de act. emti.

eigenem Antriebe des Käufers, doch mit Vorbehalt, gezahlt, ohne daß der Käufer dazu verpflichtet gewesen wäre, so muß der Verkäufer davon gesetzliche Zinsen zahlen (§. 460). c) Die ordentlichen Lasten und Abgaben müssen nach demselben Verhältnisse der Zeit, und die außerordentlichen Lasten, z. E. Kriegscontributionen, Feuercassengelder ꝛc., insoweit sie vor der bestimmten Zeit der Uebergabe ausgeschrieben sind, von dem Verkäufer getragen werden[11]). II. Der Käufer ist schuldig: 1) das Kaufgeld bei der Uebergabe, folglich an dem Orte, wo ihm die Sache übergeben werden muß, zu zahlen[12]); der Uebergang des Eigenthums ist davon nicht abhängig, wenn die Uebergabe ohne Vorbehalt geleistet ist[13]). Uebernimmt der Käufer Schulden des Verkäufers auf Abrechnung des Kaufgeldes, so wird der Käufer dadurch persönlich verpflichtet, die übernommenen Posten an die Gläubiger zu bezahlen oder die Befreiung des Verkäufers von seiner Verbindlichkeit zu bewirken, doch erst sobald die Zahlung fällig wird[13a]). 2) Entschädigung für Dolus, grobes und mäßiges Versehen (§§. 468, 469). Im Falle der mora accipiendi darf der Verkäufer, bei der ihm wie jedem andern Schuldner freistehenden Deposition, zugleich soviel gerichtlich versteigern lassen, als zur Bezahlung des Kaufpreises und der Niederlegungskosten erforderlich ist; was durch den Verkauf der Sache nicht gedeckt wird, muß der Käufer nachzahlen[14]). 3) Erstattung der Erhaltungskosten in den Fällen, wo ihm die Früchte und Nutzungen zukommen[15]). 4) Verzinsung des Kaufgeldes: a) wenn Zinsen ausbedungen worden sind, b) im Falle des Verzugs[16]), c) wenn die Sache übergeben und das Kaufgeld bei dem Abschlusse des Contracts nicht gestundet worden ist, also wider den Willen des Verkäufers zugleich mit der Sache genutzt wird; denn dieser Grund ist von der Mora unabhängig[17]).

11) A. L.R. a. a. O. §§. 180, 181.

12) Ebend. §§. 221, 93. — L. 13, §. 20 D. de act. emti (XIX, 1).

13) Darin ist also das G. R. abgeändert. L. 19, 53 D. de contrah. emt. (XVIII, 1); L. 5, §. 18 D. de tribut. act. (XIV, 4); §. 41 J. de rer. divis. (II, 1).

13a) Plenarbeschl. (Pr. 1096) des Obertrib. vom 14. Februar 1842 (Entsch. Bd. VII, S. 298) und Pr. 2157, vom 8. November 1849 (Entsch. Bd. XIX, S. 203).

14) A. L.R. a. a. O. §§. 217—220.

15) Ebend. §§. 95, 105. — L. 13, §. 22 D. de act. emti (XIX, 1).

16) Dieser Fall tritt z. E. ein, wenn die Vorausbezahlung des Kaufgeldes vor der Uebergabe bedungen worden ist. Vergl. L. 19 D. de periculo et commodo (XVIII, 6).

17) A. L.R. a. a. O. §§. 109, 227, 228. — S. oben §. 460, Note 7a, und Recht der Ford. §. 322, Bd. III, S. 640 fg. Die §§. 224, 226 d. T. des A. L.R. beziehen sich nicht auf die Zinsenobligation, sondern auf die Befugnis zum

§. 676.

3. Besondere Aufhebungsgründe.

Der Kauf kann durch einseitigen Rücktritt aufgehoben werden: I. Von Seiten des Verkäufers, 1) wenn der Käufer das ihm nicht gestundete Kaufgeld bei der Uebergabe nicht zahlen kann oder will[1]; 2) wenn bei Käufen über bewegliche Sachen unter 50 Thlrn. der Gegenstand zur bestimmten Zeit nicht abgeholt wird[2]. II. Von Seiten des Käufers: 1) wenn bei einem nach Maß oder Gewicht über eine bestimmte Menge geschlossenen Kaufe die bedungene Menge bei der Uebergabe nicht vorhanden ist, auch bis zum Verlaufe der zur Uebergabe bestimmten Zeit nicht herbeigeschafft wird, und der Käufer noch keine Theillieferung angenommen hat[3]; 2) wegen enormer Verletzung vor und nach der Uebergabe, wenn kein Ausnahmefall vorhanden (§. 673, I, 3). Geschieht der Aufruf nach der Uebergabe, so muß alles wieder in seinen frühern Zustand versetzt werden. Der Käufer hat dabei, wegen der Verwendungen und Verschlimmerungen, bezüglich auf die zurückzugebende Sache, die Rechte und Pflichten eines redlichen Besitzers, mit dem Unterschiede, daß er sogar für ein geringes Versehen haftet[4]; die Früchte und Nutzungen während der Besitzzeit werden mit den Zinsen des Kaufgeldes com-

---

Rücktritte von dem Contracte bei ausbleibender Zahlung. Von und zur Mühlen, in Simon's Zeitschrift, Bd. I, S. 21 fg. — Vergl. Fragm. Vat. §. 2; L. 13, §§. 20, 21 D. de act. emti (XIX, 1); L. 5 C. eod. (IV, 49).

1) A. L.R. a. a. O. §. 230. Auch bei Käufen auf Theillieferungen beweglicher Sachen, hinsichtlich der künftigen Lieferungen, wenn schon einzelne Lieferungen gegen Zahlung stattgefunden haben und die letztstattgefundene Lieferung ohne Zahlung, aber in Voraussetzung alsbaldiger Zahlung, stattgefunden hat. Pr. des Obertrib. 2188, vom 21. Decbr. 1849 (Entsch. Bd. XIX, S. 144). Nach der Auslegung einiger soll dieser Satz sich nur auf bewegliche Sachen beziehen. S. jedoch das Pr. des Obertrib. 484 (Jur. Wochenschr. 1838, S. 794). Angen. von dem damaligen II. S. in Sachen Glauer c. v. Montbach, $^{226}/_{84}$, am 25. Mai 1838, und wieder in der Sache Nobbe c. Dinse, $^{301}/_{708}$ 41, am 23. October 1841. Zu dem Rücktritte in solchem Falle bedarf es auch keiner schriftlichen Erklärung; es genügt jede stillschweigende Erklärung, z. B. der weitere Verkauf der Sache; der Verkäufer kann dann den Käufer nicht mehr in Anspruch nehmen. Pr. 1840, vom 2. Februar 1847. Der Rücktritt gilt auch bei einem pactum de cedendo, wenn die ausbedungene Zahlung nicht geleistet wird. Pr. 2087, vom 13. Nov. 1848. — Die §§. 224 und 226 passen nicht zu §. 230, weil sie aus Versehen unverändert aus dem Entwurfe aufgenommen sind, während man das Princip im §. 230 bei der Umarbeitung dahin abgeändert hat, daß der Rücktritt nur vor der Uebergabe zulässig sein solle.

2) A. L.R. a. a. O. §. 229. Ist auf den Handelsverkehr berechnet. Meldet sich in diesem und dem vorigen Falle der Käufer später, so kann der Verkäufer den Contract aufheben und die Uebergabe verweigern. Pr. 1951, vom 29. November 1847.

3) A. L.R. a. a. O. §§. 207, 209, 210, 589. Geht auch auf Bodenflächen. Eine Ausnahme gilt bei Verkäufen der Landwirthe von ihrem künftigen Zuwachse. §. 590 a. a. O.

4) Ebend. §§. 251—253. Das geringe Versehen ist eine Anomalie.

pensirt und, insoweit der Käufer mit der Zahlung rückständig geblieben, müssen dem Verkäufer davon Zinsen gezahlt werden; bei Landgütern aber wird der Ertrag, welcher nach einem Anschlage hätte gezogen werden können, mit den Zinsen verglichen und die überschießende Summe von dem einen dem andern gezahlt[5]).

4. Einzelne Arten des Kaufs.

A. In Ansehung des Gegenstandes.

a) Hoffnungskauf.

§. 677.

aa) Das Allgemeine.

Der Hoffnungskauf hat künftige oder doch ungewisse Rechte zum Gegenstande (§. 674, III, 2) und bezieht sich entweder auf die künftige Sache selbst oder auf die Hoffnung zu derselben. I. Ist die künftige Sache selbst in der Art Gegenstand des Kaufs, daß der Käufer nur unter Voraussetzung der wirklichen Entstehung und Ueberlieferung der Sache das Kaufgeld bezahlen soll (emtio rei speratae), so unterscheidet sich der Handel von einem gewöhnlichen Kaufe wesentlich nur dadurch, daß er ein bedingter ist. Tritt die Bedingung nicht ein, so fällt der Vertrag von Anfang weg und das vorausbezahlte Kaufgeld wird condictione causa data ohne Zinsen zurückgefordert[1]). 1) Erfordernis dieses Kaufs ist, daß der Gegenstand, aus welchem die verkaufte Sache hervorgehen soll, individuell bestimmt sei[2]), sonst ist der Vertrag ein Lieferungscontract[3]). 2) Die Uebergabe muß sogleich nach der Entstehung der verkauften Sache geleistet werden; kann aber auch so geschehen, daß schon vorher der Gegenstand, aus welchem sie entstehen soll, der eigenen Obhut des Käufers überliefert wird: in diesem Falle geht von da an die Gefahr des Unterganges während der Entstehung auf den Käufer über[4]). II. Der Hoffnungskauf, d. h. der Vertrag, wodurch je-

---

5) Ebend. §§. 254—256. Schles. Arch. Bd. V, S. 381. Nach G. R. ist die Methode der Ausgleichung streitig.

1) A. L.R. a. a. O. §§. 529, 530, 543, 544. — L. 8 pr.; L. 7 pr. D. de contrah. emt. (XVIII, 1).

2) A. L.R. a. a. O. §. 591. — Bei gemeinen Landleuten, die sich mit Lieferungsgeschäften sonst nicht befassen, wird im Zweifel das eigene Grundstück des Verkäufers verstanden. §§. 592, 593. (3. A.) Unter den „gemeinen Landleuten" wird man sich Besitzer von bäuerlichen Grundstücken zu denken haben, wenn sie auch nach ihrer Erziehung und Bildung nicht dem Stande der gemeinen Landleute angehören.

3) Der §. 583 a. a. O., welcher das besondere Erfordernis der gerichtlichen Form vorschrieb, ist aufgehoben; es genügt die für Verträge im allgemeinen vorgeschriebene Form. Ges. vom 11. Juli 1845, §. 1.

4) A. L.R. a. a. O. §§. 585, 586. Z. B. bei den s. g. Obstpachtungen,

mand gegen ein unbedingt versprochenes baares Kaufgeld von dem andern die Zusicherung erhält, daß er den Gegenstand, welcher aus einer bestimmten Sache oder in Folge einer gewissen Begebenheit entstehen möchte, erhalten solle, ohne Unterschied des Werths (emtio spei), ist ein unbedingtes Geschäft[5]), hat dieselbe Form wie der vorige und wird, wie jener, von dem A. L.R. zu den gewagten Verträgen — ein unjuristischer Begriff, als dessen Merkmal der Umstand angegeben wird, daß von der einen Seite eine gewisse Sache oder ein bestimmter Preis, und von der andern die Hoffnung auf einen künftigen Vortheil oder auch künftig erwartete aber noch unbestimmte Vortheile überlassen werden[6]) — gerechnet. Der Hoffnungskauf setzt voraus, daß entweder die bestimmte Begebenheit noch bevorsteht oder, wenn sie schon geschehen, doch der Erfolg noch beiden Theilen unbekannt ist[7]); und verpflichtet jeden Theil, dem andern unaufgefordert alle ihm bekannte Umstände, wovon der Erfolg der Begebenheit, oder die Beschaffenheit des davon erwarteten Vortheils abhängen kann, vor dem Abschlusse treulich anzugeben; Zurückhaltung berechtigt den andern zum Rücktritt und zur Interessenforderung[8]). Vereitelt der Verkäufer die Hoffnung, so hat er nach Maßgabe seiner Verschuldung den Käufer schadlos zu halten; der Betrag wird, wenn das Interesse auf andere Art nicht auszumitteln ist, auf das Doppelte des Kaufgeldes angenommen[9]).

§. 678.

bb) Lotterievertrag.

A. L.R. I, 11, §§. 547—568. — Bender, die Lotterie. Heidelberg 1832, und als Beilage zum Archiv für civil. Praxis, Bd. XV. Als zweite Auflage unter dem Titel: Das Lotterierecht. Gießen 1841. — Hagemann, praktische Erörterungen, Bd. V (Hannover 1809), S. 129 fg.

Der Lotterievertrag ist die Species des Hoffnungskaufs, wodurch der Verkäufer (der oder die Unternehmer)[1]) dem Käufer (Einsetzer)

wie man die Verkäufe des noch hangenden Obstes einer bestimmten Baumpflanzung in Bausch und Bogen im gemeinen Leben zu benennen pflegt.

5) Ebend. §. 528. — L. 8, §. 1 D. eod.; L. 11, §. ult.; L. 12 D. de act. emti (XIX, 1).

6) A. L.R. a. a. O. §. 527. — Auf jeden Pacht- und Verdingungscontract, ja auf viele Sachkäufe paßt die Begriffsbestimmung.

7) Ebend. §§. 537, 538, 532—536.

8) Ebend. §§. 539—541. — Ueber das Verschweigen bei gewagten Geschäften, Mathis, VI, S. 175.

9) A. L.R. a. a. O. §. 545. — L. 12 D. de act. emti (XIX, 1).

1) Bei der jetzt in Preußen bestehenden Lotterie ist der Staat selbst der Unternehmer; früher, vor 1794, hatten Privatpersonen eine widerrufliche Concession gegen eine jährliche Abgabe, Publ. vom 23. August 1782. Ueber die heutige Staatslotterie, deren Einrichtung mehrmals gewechselt hat, verhalten sich: Edict

die Hoffnung, einen Gewinn nach Maßgabe des vorgelegten Plans und der Einrichtung der Lotterie zu machen, verkauft und den auf die genommene Ziffer wirklich treffenden Gewinn zu zahlen verspricht. I. Erfordernisse: 1) Erlaubnis des Staats zur Unternehmung[2]); 2) ein dem Unternehmen zum Grunde gelegter, von der Staatsbehörde genehmigter und öffentlich bekannt gemachter Plan; 3) Abschließung des Contracts zwischen den Parteien mit Bezugnahme auf den Plan; 4) Aushändigung der Bescheinigung über die genommene Ziffer (Billet, Loos). Dieses kann auf den Inhaber lauten und alsdann berechtigt der bloße Besitz zur Erhebung des Gewinnes[3]). Durch Zusendung des Looses ohne alle Vorgänge, und Liegenbleiben desselben bei dem Adressaten kommt der Vertrag nicht zu Stande, der Empfänger wird durch das Unterlassen der Rücksendung Verwahrer[4]); eine stillschweigende Uebereinkunft kann darin liegen, wenn beide Theile schon vorher in diesem Verkehr stehen und der Empfänger bisher die ihm zugesendeten Loose behalten und bezahlt hat: in diesem Falle darf der Zusender die Rücksendung erwarten, wenn der andere seine Gesinnung geändert hat[5]). II. Der Unternehmer ist schuldig: 1) bis zum Ziehungstermine jedem Loose abzulassen, so lange deren vorhanden; 2) an dem bestimmten oder mit Genehmigung der Interessenten verlegten Tage die Ziehung zu bewirken, wenngleich noch Loose unabgesetzt sind, die er jedoch für eigene Rechnung spielen darf; für stillschweigend bewilligt gilt die Verlängerung des Termins, wenn auf die öffentliche Bekanntmachung bis zum Verlaufe der Hälfte des zugesetzten Zeitraums der Einsatz nicht zurückgefordert wird; 3) den auf das Loos treffenden Gewinn an den Inhaber planmäßig zu zahlen. Werden die Loose bis zum Ziehungstermine nicht abgesetzt, so kann der Unternehmer zurücktreten, muß aber den Einsatz mit den höchsten erlaubten Zinsen zurückzahlen[6]). III. Der Käufer ist nur naturaliter verpflichtet, das Kaufgeld (den Einsatz) zu zahlen; der Unternehmer hat nur ein Compensationsrecht aus diesem Geschäfte selbst, d. h. wenn auf das unbezahlt gebliebene Loos ein Gewinn fällt; eine Klage steht ihm

---

vom 20. Juni 1794 (Rabe, II, S. 643); Edict vom 28. Mai 1810 (Rabe, X, S. 350); E.O. vom 21. Juli 1841 (G.S. S. 131).

2) A. L.R. a. a. O. §. 547. — Vergl. Berg, Handbuch des deutschen Pol.R., Bd. II, S. 254.

3) A. L.R. a. a. O. §§. 554—556. — Bender a. a. O. S. 80.

4) Die Frage ist streitig. S. Bender, S. 55, 62, und Hagemann, Erört., Bd. II, Nr. 46.

5) Vergl. den Rechtsfall in Ullrich's Archiv, Bd. V, S. 495.

6) A. L.R. a. a. O. §§. 550—553, 555, 556.

nicht zu[7]). Mehrere Käufer Eines Looses oder Loostheiles stehen entweder in einer Gesellschaft oder in einer zufälligen Gemeinschaft[8]); die einzelnen Käufer verschiedener Loose oder Loostheile stehen zu einander in gar keinem Rechtsverhältnisse. IV. Die von den Unternehmern angestellten Collecteurs stehen im allgemeinen in einem Mandatsverhältnisse[9]). V. Die nach Art ordentlicher Handlungsbücher geführten Bücher der Unternehmer und der Collecteurs haben unter ihnen, nicht in Beziehung auf andere, die Beweiskraft der Handlungsbücher[10]).

§. 679.

cc) Ausspielvertrag.

Grollmann, Versuch einer Entwickelung der rechtlichen Natur des Ausspielgeschäfts. Gießen 1797. — Lange, die Rechtstheorie von dem Ausspielgeschäfte. Erlangen 1818. — Der Ausspiel- und Lotterievertrag, dargestellt von einem praktischen Juristen. Leipzig 1833.

Unter diesem Namen kommen zwei wesentlich verschiedene Geschäfte vor. I. Die Verloosung einer gemeinschaftlichen Sache unter den Theilhabern, welche ein Theilungsmodus ist[1]). Sie kann auf dreierlei Weise geschehen: entweder a) soll den gemeinschaftlichen Gegenstand einer ganz erhalten und den übrigen bestimmte Abfindungen geben; oder b) die Gegenstände werden in so viel Portionen, als Theilnehmer sind, gelegt; oder c) den Gegenstand soll einer ganz erhalten, ohne die übrigen abzufinden. Die letzte Methode ist ein Spiel. II. Der eigentliche Ausspielvertrag ist ein solcher Hoffnungskauf, wodurch der Verkäufer jedem Käufer die Hoffnung, eine bestimmte Sache zu gewinnen, verkauft, und wenn dieser Gewinn auf dessen Ziffer trifft, die Sache zu übergeben. Zwischen dem Gewinner und dem Ausspieler geht das Verhältnis durch das Treffen in einen bestimmten und unbedingten Sachkauf über[2]). Dieses Geschäft ist verboten und erfordert jedesmalige Erlaubnis der Staats-

7) Die Gesetzgebung hat hierüber gewechselt. §§. 557, 558 a. a. O., Anh. zum A. L.R. §. 18. — G.O. vom 21. Juli 1841, §. 1 (G.S. S. 131).

8) Schles. Arch. Bd. IV, S. 32; Entsch. des Obertrib. Bd. II, S. 133.

9) A. L.R. a. a. O. §§. 559—567. Das Verhältnis zwischen ihnen und den Unternehmern ist bisweilen mit dem Trödelcontract vermischt, insofern sie die unabgesetzten und nicht zurückgegebenen Loose für sich behalten müssen. Hagemann a. a. O. §. 3.

10) A. L.R. a. a. O. §. 568. Ist nach G. R. streitig. Lindner, über die Glaubwürdigkeit der Handlungsbücher und eines Hauptbuchs der Lotteriecollecteurs. Helmst. 1818.

1) A. L.R. a. a. O. §§. 569—576. — G.O. vom 20. März 1827, §. 4 (G.S. S. 27).

2) Andere Vorstellungen s. bei Mittermaier, Grundsätze, §. 299; Lange, S. 41; Weiske, Rechtslexikon, Bd. I, S. 472 u. a.

obrigkeit; ausgenommen sind Ausspielungen beweglicher Sachen in Privatzirkeln zum Zweck eines geselligen Vergnügens oder der Mildthätigkeit[3]). Die ertheilte Erlaubnis enthält zugleich die Bestimmungen des Verhältnisses; übrigens gelten in dem vor der Ziehung bestehenden Rechtsverhältnisse die Grundsätze von dem Lotterievertrage, und nach der Ziehung kommen zwischen dem Gewinner und dem Ausspieler die Regeln vom Kaufe in allen Beziehungen zur Anwendung.

§. 680.

b) Kauf von Forderungen.

Nur der Handel mit den umlaufenden Geldpapieren au porteur payables[4]) hat manches besondere. I. Die Ansichten darüber: was dabei als der eigentliche Gegenstand des Kaufs anzusehen sei, widerstreiten sich; manche halten diesen Kauf für einen Sachkauf, wobei das Papier die Sache sei. Die Folge davon wäre, daß mit der Vernichtung des Papiers die Schuld, worüber es lautet, getilgt wäre. Nach der richtigen Meinung sind dergleichen Papiere bloße Schuldscheine, d. h. Beweisstücke über eine Forderung des Inhabers an den Aussteller. Auf dieser Ansicht beruhet wesentlich auch die preußische Gesetzgebung, indem die Schuld fortbesteht, wenn auch das Papier untergeht[5]). Zwar deutet die Bestimmung, daß dergleichen Papiere als Zahlmittel für baares Geld gelten sollen[6]), auf

3) V. vom 31. März 1812 (G.S. S. 31); Berichtigung vom 12. Mai 1812 (G.S. S. 48); V. vom 7. December 1816, §. 4 (G.S. 1817, S. 4); C.O. vom 26. März 1825 (G.S. S. 22); C.O. vom 20. März 1827 (G.S. S. 29).

4) Bender, über den Verkehr mit Staatspapieren in seinen Hauptrichtungen. Heidelberg 1830. — Souchay, über die auf jeden Inhaber lautenden Verschreibungen; im Archiv für civil. Praxis, Bd. X (1827), Nr. 5. — Souchay, über Obligationen und Coupons au porteur; in Linde's Zeitschrift, Bd. V (1832), Nr. 4. — Thöl, der Verkehr mit Staatspapieren, Göttingen 1835. — Vierjahn, Handbuch der Staatspapiere. Leipzig 1836. — Dunker, über Staatspapiere auf den Inhaber; in Reyscher und Wilda, Zeitschrift, Bd. V, S. 30 fg. — v. Savigny, Obligationenrecht, Bd. II, S. 93 ff.

5) V. vom 16. Juni 1819, betreffend die Amortisation verlorner Staatspapiere (G.S. S. 157); C.O. vom 3. Mai 1828 (G.S. S. 61).

6) A. L.R. I, 16, §. 28; I, 11, §. 653. Den praktischen Unterschied zwischen diesen Papieren und dem baaren Gelde s. m. oben §. 89, Note 2, S. 211. Dem ist beizufügen, daß die wesentliche Verschiedenheit zwischen beiden in der verschiedenen Bestimmung derselben und in der Natur des Geldes als dem absoluten Werthmesser für alle Vermögensrechte liegt, wonach der Werth der in Rede stehenden Papiere selbst bestimmt wird (Cours). Der Einwand, daß der Werth des Papiergeldes der gleichen Schwankung unterliege, berührt nicht die Natur des Geldes. Wenn außer den einzelnen Fällen, wo eine gewisse Geldsorte als Waare eingewechselt wird, ein erheblicher Unterschied zwischen dem Papier- und Metallgelde eintritt, so liegt das in einem krankhaften Zustande der Papier-Geldverhältnisse. — Daß die in Rede stehenden Geldpapiere wie körperliche Sachen als Gegenstand der

die andere Ansicht, und auch in der Praxis des höchsten Gerichtshofes ist dieselbe geltend gemacht worden [6a]). Allein jene Gestaltung der Verwendbarkeit dieser Papiere als Zahlmittel ist der damals noch herrschenden Unklarheit über die Natur dieser Papiere, worüber ja im A. L.R. keine Bestimmung anzutreffen ist, beizumessen und entscheidet über die rechtliche Beschaffenheit gar nichts; und die in der Praxis ([6a]) vorgeführten Argumente berühren gar nicht die Natur dieser Geldpapiere, sondern betreffen nur die eigenthümliche Uebertragungsart. Bei der Meinung, welche hier als die richtige vertreten wird und wonach diese Papiere nichts anderes als Schuldscheine über Geldforderungen sind, bleibt nur zu erklären: wie die Contrahirung der Obligation des bestimmten Schuldners mit einem ganz unbekannt scheinenden Gläubiger zu denken sei. Das ist nicht so schwierig. Das Geschäft ist meistens [6b]) ein Gelddarlehn. Der ursprüngliche Nehmer einer solchen Verschreibung ist der Darlehnsgeber und bestimmte Gläubiger; der Schuldner contrahirt also nicht mit einer unbekannten und unbestimmten Person [6c]). Daß die Bescheinigung über das fertige Rechtsgeschäft der Person des Gläubigers nicht Erwähnung thut, kann das bereits vollzogene Geschäft nicht beeinträchtigen; der Schuldschein gehört überhaupt nicht zur Eingehung des Darlehns. Das Eigenthümliche, was uns bei diesen Verschreibungen entgegentritt, ist die Form der Uebertragung (Cession): diese soll durch körperliche Uebertragung des Schuldscheins vollzogen werden, d. h. sie soll mündlich giltig geschehen und die Vorlegung des Schuldscheins soll als Beweis dafür gelten. So ist es zwischen den Contrahenten ausgemacht und dieses ist verbrieft durch die Schuldverschreibung in dem Ausdruck: „zahlbar an den Inhaber

---

Reivindication betrachtet werden (A. L.R. I, 15, §§. 45 — 47; Declar. v. 23. Mai 1785, Rabe XII, 231), gilt nicht als Grund für diese Ansicht; denn jeder gewöhnliche Schuldschein ist eine körperliche Sache und als solche Gegenstand der Vindicationsklage.

6a) Erk. des Obertrib. vom 7. April 1848 (Entsch. Bd. XVII, S. 156 ff.).

6b) Ich sage meistens, denn es ist nicht immer der Fall. Die Staatsschuldscheine z. B. waren größtentheils Anerkenntnisse über Schulden für Lieferungen und Einquartierungsvergütigungen aus dem Kriege.

6c) Damit ist selbst den Erfordernissen nach den Grundsätzen des römischen Rechts über die Eingehung einer Obligation zwischen zwei bestimmten Personen entsprochen und die Meinung, daß Schuldverschreibungen au porteur nach dem R. R. für giltig nicht zu halten seien (welcher Meinung auch v. Savigny, Obligationenrecht, Bd. II, S. 101 beitritt), entbehrt daher einer zulänglichen Begründung. Die Rechtsbeständigkeit einer zwischen zwei bestimmten Personen eingegangenen Darlehnsobligation ist nicht bedingt durch die Vollständigkeit des darüber ausgefertigten Schuldscheins; was aus demselben nicht erhellet, kann durch andere Mittel bewiesen werden. Was als Mangel in der Eingehung der Obligation bezeichnet wird, betrifft nur die Uebertragung und die Legitimation des Cessionars.

(Vorzeiger)", oder einen gleichbedeutenden Ausdruck. Das Bedenken, daß auf diese Weise jeder Dieb als rechtmäßiger Eigenthümer der Verschreibung, also als der wahre Gläubiger angesehen werden müßte, ist grundlos. Daß ein solcher Inhaber über die Forderung verfügen könne, ist factisch möglich; dadurch aber entsteht keine Verschiedenheit zwischen einer Verschreibung auf den Inhaber und einem auf die Person eines bestimmten Gläubigers lautenden Schuldschein, da ja auf einen gestohlenen Schuldschein der letzteren Art eine falsche Cession gesetzt werden kann. Diese Vergleichung zeigt, auf was es eben letztendlich ankommt: auf den Beweis der Echtheit des Titels, wenn dagegen Einspruch erhoben wird. Und so ist es in der Wirklichkeit: wird der Staatsschulden-Verwaltungsbehörde Anzeige von dem Verluste einer Schuldverschreibung gemacht, so zahlt sie nicht an den Vorzeiger und verschafft durch Anhaltung des Papiers und Feststellung der Person des Inhabers die Möglichkeit, die Sache zum rechtlichen Austrage zwischen dem Verlierer und dem Inhaber zu bringen, gerade so wie bei dem gewöhnlichen Schuldscheine, wenn die Echtheit der Cession angegriffen wird. II. Der einfache Kauf dieser Papiere unterscheidet sich von dem Kaufe fungibler Sachen durch nichts; denn diese Papiere sind wahre Quantitäten. Die meisten Geschäfte darin sind jedoch anderer Art, sie bezwecken gewöhnlich nicht die Erwerbung der Papiere, sondern die Gewinnung des Unterschiedes zwischen dem verabredeten Preise und dem Course des Lieferungstages, und werden daher durch die Zahlung der Differenz erledigt (Stockjobberei). Deshalb werden diese Geschäfte auf Zeit geschlossen und erscheinen als Lieferungsverträge unter mannigfachen Modalitäten[7]). Die gewöhnlichsten sind: 1) Lieferung auf Zeit, entweder auf Zeit täglich, so daß der Abnehmer innerhalb des bestimmten Zeitraums an jedem ihm beliebigen Tage die Ablieferung fordern kann; oder auf Zeit fix, wo Lieferung und Abnahme an dem bestimmten Tage geschehen muß; oder fix und täglich, wo die beiden vorigen Weisen vereinigt sind. 2) Rothgeschäfte, wonach dem Abnehmer freisteht, bis zu einer gewissen Grenze so viel zu fordern, wie er will. 3) Geschäfte auf Vor- und Rückprämie, wo jeder Theil gegen Zahlung einer bestimmten Summe zurücktreten kann. 4) Stellgeschäfte, wo jeder Theil vor dem Lieferungstage erklären (sich stellen) darf, ob die Lieferung gesche-

7) v. Speckner, über das Recht der Verkaufsselbsthilfe, oder Differenzwesen im Verkehr mit Staatspapieren. München 1822. — Ehrmann, rechtliche Ansichten über den Handel mit Staatspapieren. Frankfurt 1820. — Woyna, Antwort auf die Stockjobberei. Wien 1822.

hen, oder die Prämie gezahlt werden soll. 5) Schluß fest und offen, d. i. das umgekehrte Nothgeschäft. III. Die Klagbarkeit dieser Geschäfte ist vielfach bestritten. Die preußische Gesetzgebung hat, nach vielerlei Vorschlägen[8]), die Geschäfte dieser Art zuerst über spanische, sodann über ausländische Communal- und Staatspapiere überhaupt und weiterhin auch über Actienpromessen, Interimsscheine, Quittungsbogen oder sonstige die Betheiligung bei einer Eisenbahnunternehmung bekundende, aber vor Berichtigung des vollen Betrages ausgegebene Papiere, untersagt, so daß nur wirkliche, sofort vollzogene Käufe (Zug um Zug) erlaubt sind[9]); in Beziehung auf andere Papiere werden die Geschäfte der gedachten Art von der Praxis in Schutz genommen[10]).

§. 681.

c) Gülten- oder Rentenkauf.

A. L.R. I, 11, §§. 329—330. — de Lynker, de reditibus annuis, quos vocant redimibiles. 1697. 4. — J. H. Boehmer, Jus eccl. Protest., L. V, Tit. 19, §§. 47—69. — Pufendorf, Obs. I, n. 19. — Schröter, Abhandl., I, S. 351 ff.

Gülten, Renten, wiederkäufliche Zinsen (annui reditus, census) sind immerwährende, jährlich oder zu andern bestimmten Zeiten, aus einem Grundstücke zu entrichtende Leistungen in fungiblen Sachen, über deren rechtliche Natur die Gelehrten nicht einverstanden sind. Nach der für richtig zu haltenden Ansicht sind sie eine Reallast, zu deren Wirksamkeit gegen dritte Besitzer die Eintragung in das Hypothekenbuch erforderlich ist[11]). Das Rentenrecht ist ursprünglich nicht als ein Forderungsrecht mit einer Hypothek, sondern als ein selbständiges dingliches Recht aufzufassen, und geht folglich bei der nothwendigen Subhastation auf den Adjudicatar über[12]). Diesem dinglichen Rechte ist jedoch ein obligatorisches Element beigemischt[13]), welches nach der heutigen Rechtsanschauung vorwiegend ist; und nach der neuesten Gesetzgebung hat es auch die Eigenschaft der Unkündbarkeit und Unablöslichkeit nach Verlauf einer gewissen Zahl der Jahre nach seiner Begründung verloren[14]), so

8) Darüber: Recht der Forderungen, §. 328, Bd. III, S. 663.
9) Verordnung vom 19. Januar 1836 (G.S. S. 9); Verordnung vom 13. Mai 1840 (G.S. S. 123); Verordnung vom 24. Mai 1844 (G.S. S. 117).
10) Simon's Rechtssprüche, Bd. I, S. 244 ff. u. 253 ff.
11) Hypothekenordnung, Tit. I, §. 49.
12) Ebend. und A. L.R. I, 11, §. 342. Vergl. m. Anm. 42 dazu.
13) Albrecht, die Gewere, §. 18, S. 157 ff.
14) Gesetz vom 2. März 1855, §§. 6 u. 91 (G.S. S. 77).

daß es sich von einem Forderungsrechte mit einer nach den Grundsätzen des Hypothekenrechts (also namentlich mit Herausgabe der Hyperocha) zur Verwirklichung zu bringenden Realsicherheit nicht mehr wesentlich unterscheidet. Dieses aus der deutschen Rechtsgewohnheit entstandene Rechtsinstitut ist im Pr. R. dem Namen nach noch vorhanden, aber so gut wie ganz außer Gebrauch und völlig entbehrlich. 1) Gegenstand des Kaufs ist dabei das Rentenrecht, als Ganzes und Untheilbares, vermöge dessen der Käufer zu den einzelnen Hebungen berechtigt ist, und welches mit einem Grundstücke durch Eintragung in Verbindung gebracht wird. 2) Das Kaufgeld darf nicht weniger betragen als das Capital, welches erforderlich wäre, um Zinsen nach dem höchsten erlaubten Satze zu dem Belaufe der Renten aufzubringen[15]). 3) Der Verkäufer (Rentenzahler) darf die Renten wieder ablösen. Der Käufer (Berechtigte, Gläubiger) konnte sonst nicht willkürlich kündigen, sondern nur dann, wenn die Rente drei Jahre hintereinander rückständig geblieben[16]) und unterdes der Besitzer des Grundstücks derselbe geblieben war. Nach neuem Rechte steht auch dem Berechtigten eine sechsmonatliche Kündigung zu[17]).

§. 682.

d) Erbschaftskauf.

A. L.R. I, 11, §§. 445—510.

Gegenstand eines Erbschaftskaufs muß die Erbschaft selbst, als Inbegriff von Sachen und Rechten (universitas juris), ganz oder zu einem bestimmten Antheile, sein; sind Erbschaftsstücke, gleichviel ob einzeln oder als Begriffsganzes (universitas rerum), verkauft, so ist ein Sachkauf vor. Als Auslegungsregel ist angenommen, daß, wenn bei einem Erbschaftskaufe ein Inventarium zum Grunde gelegt wird, und aus dem Vertrage nicht erhellet, daß dasselbe nur zur nähern Bestimmung und Beschreibung dienen solle, der Kauf ein Sachkauf sei[1]). I. Erfordernisse sind: 1) die Erbschaft muß schlechterdings bereits angefallen sein, die künftige Verlassenschaft eines noch Lebenden kann auch nicht als eine künftige Sache oder als eine Hoffnung verkauft werden: ein solches Geschäft ist, als unsittlich, nichtig[2]). 2) Beide Theile müssen an sich fähig sein, eine Erbschaft zu erwer-

15) A. L.R. II, 20, §§. 1271 fg. — Reichspol.Ordn. von 1577, XIX, §. 3.
16) A. L.R. I, 11, §§. 329, 330. — R.A. von 1500, §. 32; R.P.O. von 1530, Art. 26; von 1577, Tit. 17, §. 9; R.Dep.Abschl. von 1600, §. 35.
17) Ges. vom 2. März 1850, §§. 6, 91, 94 (G.S. S. 77).
1) A. L.R. I, 11, §§. 447—450.
2) Ebend. §§. 445, 446, 505. — L. 1, 7 D. de hered. vend. (XVII, 4).

ben; der Verkäufer zur Zeit des Anfalls[3]). 3) Der Vertrag mußte bis auf die neuere Zeit in allen Fällen gerichtlich geschlossen werden; jetzt genügt die für Verträge im allgemeinen vorgeschriebene Form[4]). II. Mit der Vollziehung der schriftlichen Urkunde über den Vertrag geht, da der Gegenstand ein Recht ist, die Erbschaft auf den Käufer über, dergestalt daß der Käufer, jedem Dritten gegenüber, so angesehen wird, als wäre er schon von Anfang (vom Anfalle an) Erbe gewesen[5]); dem Verkäufer gegenüber aber muß er die Erbschaft in dem Zustande nehmen, in welchem sie sich dermalen befindet; was also der Verkäufer von seinem Eigenthume bereits verbracht oder vernichtet hat, darüber hat niemand Rechenschaft zu fordern[6]), wenn nur alles offen und rechtschaffen verhandelt worden ist. 1) Das Anwachsrecht steht dem Käufer zu, nicht aber das, was dem Verkäufer aus einer Pupillar- oder fideicommissarischen Substitution, oder aus Vermächtnissen, die einem Miterben aufgelegt sind, oder aus einer Schenkung des Erblassers von Todes wegen, sowie das, was ihm nicht von dem Erblasser, sondern nur in Folge dessen Todes von anderswoher zufällt[7]). 2) Für ausgenommen vom Verkaufe gelten im Zweifel Familienurkunden und Familiengemälde, die ohne erheblichen Geldwerth für den Käufer sind[8]), gleichwie unschätzbare persönliche Leistungen des Erben nicht auf den Käufer übergehen[9]). 3) Der Verkäufer hat dem Käufer nur für das Erbrecht, nicht für einzelne Erbschaftsstücke, Gewähr zu leisten[10]), und haftet für die Folgen seines groben und mäßigen Versehens in der Erfüllung seiner Verbindlichkeit[11]). 4) Der Käufer haftet in gleicher Weise für

3) A. L.R. a. a. O. §§. 451—453.

4) Ebend. §. 473. A.G.O. II, 1, §. 9, Nr. 2. — Ges. vom 11. Juli 1845, §. 1, lit. c (G.S. S. 495). Diese Form ist hier die schriftliche. A. L.R. I, 5, §. 135.

5) A. L.R. I, 11, §. 456. Anders nach R. R., wonach der Erbe Erbe bleibt und nur die einzelnen dazu gehörigen Gegenstände überliefern muß. L. 13 pr.; L. 14, §. 1; L. 17 i. f.; L. 18, 22 D. de acquir. hered. (XXIX, 2); L. 151 D. de verb. sign. (L, 16).

6) A. L.R. a. a. O. §§. 474, 476, 477, 480—483. Die Fassung dieser Bestimmungen ist so, daß man denken könnte, es solle wegen Verschlimmerungen dem Erbschaftskäufer eine Forderung an den Verkäufer zustehen. Man hat nicht die Grundsätze, sondern nur einzelne Folgen ausgedrückt.

7) A. L.R. a. a. O. §§. 457—461. Nach G. R. ist über das Anwachsrecht Streit.

8) Ebend. §. 479. Gesuchte Werke berühmter Meister nicht.

9) Ebend. §. 468.

10) Ebend. §§. 484, 485, 487—491, 495. — L. 14, §. 1; L. 15, 16 D. de hered. vend. (XVIII, 4). Inconsequent sind die Bestimmungen §§. 489—491, da das Geschäft nichtig sein soll, mithin nur die Condiction oder die Entschädigungsklage wegen aquilischer Schuld anwendbar ist.

11) A. L.R. a. a. O. §§. 503, 504. Vergl. oben §§. 468, 469.

Entschädigung und muß den Verkäufer von den Schulden und Lasten, wozu auch die noch unbezahlten Begräbniskosten und der Erbschaftsstempel[11a]) gehören, befreien[12]), hat aber für bereits vor dem Kauf bezahlte Schulden keinen Ersatz zu geben[13]), weil er die Erbschaft, dem Verkäufer gegenüber, in ihrem dermaligen Zustande erwirbt. 5) Dem Käufer steht frei, entweder von dem Kaufe zurückzutreten, oder Entschädigung, beziehlich Minderung des Preises zu fordern: a) wenn vorher nicht bekannte Miterben auftreten, b) wenn der Verkäufer unter einer Bedingung Erbe ist und dem Käufer solches verschwiegen hat[14]). III. Den Gläubigern und Legatarien gegenüber wird der Verkäufer nicht frei, und da auch die Schulden und Legate als obligationes rei, welche auf der Erbschaft haften, mit derselben auf jeden Besitzer übergehen[15]), so haben die Gläubiger und Legatare zwei solidarische Schuldner, unter welchen sie wählen können; doch müssen sie, wenn sie zuerst den Käufer angreifen und später an den Erben zu gehen gedenken, sich solches bei Anbringung der Klage vorbehalten und den Vorbehalt dem Erben gerichtlich bekannt machen lassen[16]).

B. In Ansehung der Eingehung.

§. 683.

Oeffentliche Versteigerung (Subhastation und Auction).

A. L.R. I, 11, §§. 340—362. — A.G.O. I, 52. — Verordnung II, vom 4. März 1834 (G.S. S. 39). — Löwenberg, die Verordnung vom 4. März 1834, über die Execution in Civilsachen und über den Subhastations- und Kaufgelder-Liquidationsproceß, nebst sämtlichen gesetzlichen und ministeriellen Abänderungen ꝛc. Berlin 1836. — Heinemann, die Subhastation nach rationalen und politischen Grundsätzen, nach gemeinen deutschen Rechten und nach großherzoglich sächsischen Gesetzen, im Zusammenhalte mit den königl. sächsischen, preuß. und französischen Proceßordnungen dargestellt. Weimar 1832.

Die öffentliche Versteigerung ist Vermittelung eines zweisei-

---

11a) Der Verkäufer kann, wenn er nach Abschluß des Vertrages den Erbschaftsstempel dem Fiscus hat entrichten müssen, von dem Käufer die Erstattung fordern. Pr. des Obertrib. 1873, vom 7. Juni 1847 (Entscheid. Bd. XIV, S. 464).

12) A. L.R. a. a. O. §§. 469, 470, 466.

13) Ebend. §§. 480, 481. S. oben Note 6. — Anders nach R. R. L. 2, §§. 10, 11, 15, 16, 18, 19; L. 18, 24 D. eod.

14) A. L.R. a. a. O. §§. 492—494, 496—502.

15) Ebend. §. 510. — Schles. Archiv, Bd. IV, S. 397.

16) A. L.R. a. a. O. §§. 462—465. Vergl. L. 2 C. de pactis (II, 3); L. 2 C. de hered. vend. (IV, 39); L. 2, §§. 13, 20 D. eod. (XVIII, 4); L. 2 C. de leg. (VI, 37).

tigen Vertrags jeder Art. Soll sie das Mittel zu einem Verkaufe sein, so heißt sie bei beweglichen Sachen Auction, und bei Grundstücken und Schiffen Subhastation. Je nachdem die Subhastation auf freier Willkür des Verkäufers oder auf einer rechtlichen Nothwendigkeit beruhet, ist sie eine freiwillige oder eine nothwendige. I. Eine freiwillige Subhastation kann auch außergerichtlich sein[1]; wenn sie aber auch gerichtlich geschieht, so hat sie keine anderen Folgen, als jeder willkürliche Kauf, und das Licitationsprotokoll stellt, wenn ein Gebot angenommen wird, die Urkunde über den Vertrag vor[2]). II. Die nothwendige Subhastation kann nur gerichtlich und nach bestimmten Proceßregeln vorgehen. Sie ist in einer Hinsicht die Art und Weise der Vermittelung, in anderer Hinsicht aber wegen des nothwendig folgenden Zuschlags ein Verkauf, bei welchem die Bestimmung des Kaufpreises von einem künftigen Ereignisse oder dem Ausspruche eines Dritten abhängig gemacht ist. Das Ereignis ist die Licitation und deren Erfolg, und die Entscheidung des Dritten (Richters) tritt ein, wenn es zweifelhaft oder streitig wird, wer unter mehreren vergleichungsweise das Bestgebot gethan hat. 1) Zur Giltigkeit eines durch nothwendige Subhastation vermittelten Verkaufs ist erforderlich: a) Es müssen dabei alle wesentlichen Erfordernisse eines Kaufcontracts anzutreffen sein[3]); mehr aber ist nicht nöthig, namentlich ist der Adjudicationsbescheid (addictio) nicht zur Vollendung des Kaufs als solchen, wenn nicht die Entscheidung über das Bestgebot nothwendig wird, sondern nur als Ursache der Wirkungen einer nothwendigen Subhastation erforderlich[4]), und gibt dem Käufer auch kein Eigenthum,

1) R. vom 20. Juli 1795 (Rabe, Bd. III, S. 120); R. vom 9. Jan. 1802 und vom 27. October 1804 (Rabe, Bd. VIII, S. 205). — Nach manchen Particulargesetzen kann sie nur gerichtlich geschehen. Curtius, Sächs. Civilrecht, Bd. IV, S. 27.

2) A. L.R. a. a. O. §§. 360—362. V. vom 6. April 1839 (G.S. S. 125).

3) A. L.R. §§. 340, 341 d. T. — Schles. Archiv, Bd. V, S. 147 fg. Die Vorschriften der §§. 192—196 d. T., betreffend die Gewährleistung wegen fehlender Eigenschaften, finden auch bei nothwendigen Subhastationen Anwendung. Der Adjudicatar erlangt daher, beim Mangel anderweitiger Verabredungen, auf die erstandene Sache nur in dem Zustande, in welchem sich dieselbe bei Abgabe seines Gebotes befunden hat, ein noch durch die Vorschrift §. 213 d. T. beschränktes Recht, und die Zahlung des Meistgebotes befreit ihn insbesondere nicht von Ansprüchen wegen nützlicher Verwendungen, die in das Grundstück vor Publication der Adjudicatoria gemacht worden, in so weit diese nach den allgemeinen Grundsätzen über die versio in rem begründet werden können. Pr. 532, vom 28. September 1838.

4) Der Richter handelt dabei so wenig wie in jedem andern Processe als Partei; er verkauft nicht, sondern dirigirt nur das Verfahren und thut seinen Ausspruch. — Das Obertrib. hat das gleiche in dem Pr. 535, vom 28. Sep-

wenn der, gegen welchen das Verfahren geht, nicht Eigenthümer war (§. 253, I, 2, Bd. I, S. 460). b) Auf das Ereignis darf nicht betrüglich, z. B. durch gewinnsüchtige Vereinbarung der Bieter, sich einander nicht zu überbieten, eingewirkt werden; sonst ist der durch die irrige Meinung: es stehe kein höheres Gebot zu erwarten, veranlaßte Consens nichtig[5]). c) Die wesentlichen Förmlichkeiten müssen beobachtet worden sein. Diese sind: aa) Taxation vor der Licitation; bb) Bekanntmachung des Termins in der vorgeschriebenen Art; doch tritt nur dann Nichtigkeit ein, wenn eine von den vorgeschriebenen Arten der Bekanntmachung ganz unterblieben ist, welches nicht bloß auf die öffentlichen Bekanntmachungen zu beschränken, sondern auch dann zur Anwendung kommt, wenn einer der Hypothekengläubiger zum Licitationstermine nicht vorgeladen worden ist[5a]); cc) Abwartung der gesetzlichen Frist vor[5b]) dem Termine, welche von der ersten Bekanntmachung an gerechnet wird; doch soll ein Fehler um 14 Tage an der Zeit, bei Anschlagung oder Abnahme der Patente oder bei der Einrückung in die öffentlichen Blätter[5c]), nicht schaden; dd) Einwilligung aller Interessenten, wenn der Gerichtsdeputirte oder dessen Protokollführer Meistbietender ist[6]). Die Verletzung einer dieser Förmlichkeiten gibt jedem Interessenten von der Seite der Verkäufer, niemals dem Käufer, einen Grund zur Nichtigkeitsbeschwerde gegen den Zuschlag[7]). Die Vernichtung eines mit der Nichtigkeitsbeschwerde angegriffenen Zuschlagserkenntnisses begründet für den Adjudicatar nicht schon mit der Insinuation der Nichtigkeitsbeschwerde die Verpflichtung eines unredlichen Besitzers; derselbe ist vielmehr bis zu dem die Vernichtung

tember 1838 ausgesprochen: „Wenngleich das Eigenthum der subhastirten Sache erst durch die Adjudication auf den Käufer übergeht, so ist doch der Kaufcontract selbst, bei der nothwendigen Subhastation, mit Ablauf des ordnungsmäßig abgehaltenen Bietungstermins, wenn auf diesen der Zuschlag erfolgt ist, für geschlossen (perfect) zu achten."

5) A. L.R. I, 4, §§. 49, 75, 84, 87; I, 11, §. 17. — Schles. Archiv, Bd. V, S. 147. A. M. ist das Obertrib. nach dem Plenarbeschl. vom 16. August 1841 (Entsch. Bd. VII, S. 115). Vergl. Erk. vom 17. April 1848 (Rechtsf. Bd. IV, S. 39). Dagegen m. Beurtheilung der ersten zehn Bände, S. 484 ff.

5a) A. L.R. I, 11, §. 348, Nr. 2. — Pr. des Obertrib. 52, von 1834.

5b) Die Vorschrift bezieht sich also nicht auf die Zeit, welche der Abhaltung des Licitationstermins selbst gewidmet wird; es ist mithin keine Nichtigkeit, wenn statt des ganzen Tages, gegen die Vorschrift der Pr.O. Tit. 52, §. 37, nur der Nachmittag dazu verwendet wird. Pr. 641, vom 16. März 1839.

5c) Nemlich in die Amtsblätter, in welche die Einrückung nothwendig geschehen muß; bei den facultativen Einrückungen in andere öffentliche Blätter mag um so viel gefehlt werden als da will; die Einrückung hätte ja ganz unterbleiben können. Vergl. das Pr. 2058, vom 22. September 1848.

6) A. L.R. I, 11, §. 348; Anh. z. A. L.R. §. 15.

7) Declarat. vom 6. April 1839, Art. 2, Buchst. c. (G.S. S. 126.)

aussprechenden Urtel für einen redlichen Besitzer zu achten, weil das Zuschlagserkenntnis, so lange die Nullität desselben noch nicht rechtskräftig feststeht, die Wirkungen eines giltigen Judicats haben soll, und, der Nichtigkeitsbeschwerde ungeachtet, gegen den Adjudicatar auf Belegung der Kaufgelder vollstreckt wird[7a]), folglich eine Mora in der Herausgabe der Sache[7b]), wegen Mangels der wesentlichen Erfordernisse derselben (§. 475, I, 2), nicht begründet werden und von einer thatsächlichen Unredlichkeit des Adjudicatars bei dem gerichtlichen Zuschlage und dessen Vollstreckung gegen ihn, selbst wider seinen Willen, gar nicht Rede sein kann, zumal er jedenfalls die Sache nur gegen Rückempfang des Kaufgeldes herauszugeben hat. 2) Ein Bieter, welcher sein Gebot rechtsverbindlich gegeben (unterschrieben) hat, wird durch das Uebergebot eines andern noch nicht entbunden, vielmehr muß er die für die Annahme eines Anerbietens vorgeschriebene Zeit abwarten[8]). 3) Die Wirkungen des Zuschlags sind: a) Das Eigenthum, Nutzungen, Gefahr und Lasten gehen mit der Publication des Adjudicationsbescheides auf den Käufer über (§. 226, Note 9, Bd. I, S. 409); b) alle eingetragenen Hypothekenrechte sind löschungsfähig (§. 372, IV, Bd. I, S. 626). 4) Eigenthümlichkeiten eines solchen Verkaufs sind: a) Er gilt für einen Verkauf in Bausch und Bogen, jedoch nur in Ansehung der Gewährleistung wegen fehlender Quantität (§. 675, Note 7), nicht auch hinsichtlich der Gefahr, Lasten, Nutzungen und des Ueberganges des Eigenthums[9]); b) die Zahlung der Kaufgelder muß da, wo der Zuschlag ertheilt wird (nicht an dem Orte, wo die Sache übergeben wird) geschehen[10]); c) die Bedingung, daß, wenn das Kaufgeld zur bestimmten Zeit nicht bezahlt wird, die selbst schon im Besitze eines Dritten befindliche Sache auf Gefahr und Kosten des Käufers

---

7a) A. L.R. I, 11, §. 353; A.G.O. I, 16, §. 10; V. v. 14. Dec. 1833, §. 10; Decl. vom 6. April 1839, Art. 5. Nicht entgegen ist die Instruction vom 7. April 1839, Nr. 39, wo zwar die Sache für litigiös erklärt, nicht aber bestimmt ist, daß durch die Behändigung der Nichtigkeitsbeschwerde die Mora mit ihren Folgen eintrete, weshalb auch im §. 17 der V. vom 14. Decbr. 1833 nur die Erstattung des Geleisteten (hier also des Grundstücks) angeordnet, aber von Herausgabe der Früchte und Nutzungen nichts erwähnt wird. Pr. 2274, vom 14. Februar 1851 (Entsch. Bd. XX, S. 106).

7b) A.G.O. I, 7, §. 48, lit. d; A. L.R. I, 7, §. 222.

8) Entsch. des Obertrib. Bd. I, S. 265 ff. — Ist nach G. R. streitig.

9) A. L.R. a. a. O. §§. 344, 213 und 342. — Pr. 536, vom 28. Sept. 1838. Unter den Lasten, welche mit übergehen, werden nicht bloß die im §. 49, sondern auch die §. 48, Tit. 1 der G.O. gedachten verstanden. Plenarbeschl. vom 22. April 1844.

10) A. L.R. a. a. O. §. 345. D. h. wo die Adjudicatoria publicirt worden ist, was bei der Gerichtseinrichtung mit Commissionen erheblich werden kann.

von neuem ausgeboten werden kann, versteht sich stillschweigend[11]). III. Bei gerichtlichen Auctionen wird das Eigenthum durch den mittelst mechanischen Aufschlagens ausgedrückten Zuschlag übertragen; der Zuschlag ist aber nichtig: a) wenn der Termin gar nicht öffentlich bekannt gemacht worden; b) wenn der Zuschlag ohne ausdrückliche Genehmigung sämtlicher Interessenten dem Commissarius oder dem Ausrufer ertheilt ist; c) wenn Sachen, welche hätten subhastirt werden müssen, durch Auction veräußert worden sind. In jedem dieser Fälle kann die Sache binnen sechs Wochen nach dem Zuschlage vindicirt werden[12]).

§. 684.

II. Der Tauschcontract.

A. L.R. I, 11, §§. 363—375.

Der Tauschcontract ist nach heutigem Rechte ein Consensualcontract[1]) und unterscheidet sich vom Kaufe nur noch darin, daß von beiden Seiten Sachen gegeben werden, wenn auch nur als ein verhältnismäßig geringer Theil der Leistung (§. 674, IV, 1); doch kann auch Geld als Waare behandelt und ausgetauscht werden (Geldwechsel)[2]). Ein innerer Grund zu eigenthümlichen Regeln für den Tausch besteht nicht mehr, die vom Kaufe geltenden Grundsätze könnten daher unverändert zur Anwendung kommen, bis auf den von der enormen Verletzung, wegen welcher hier angemessen jedem Theile ein Angriff und ein Einwand gestattet ist (§. 673, I, 1, b). Indes hat man für den Fall der Entwährung bestimmt: 1) Wenn dem einen die Sache ganz entzogen wird, so muß der andere, wenn er zur Gewährleistung verpflichtet ist, die empfangene Sache zurückgeben; hat dieser aber betrüglich gehandelt, so kann jener wählen: ob er seine Sache zurücknehmen, oder ihm solche lassen und vollständige

11) Ebend. §. 346. — A.G.O. a. a. O. §§. 62, 63. — Nach neuem Recht ist dieser Satz nicht bedeutungslos, wenngleich der Zuschlagsbescheid ein executorischer Titel ist. V. vom 4. März 1834, §. 20. Denn wenn die Execution daraus vollstreckt werden soll, so muß der gewöhnliche Zahlungsbefehl mit der vorgeschriebenen Frist vorausgehen. Dessen bedarf es nicht, wenn von jener Bedingung Gebrauch gemacht wird. Ebensowenig ist die Resubhastation, eben weil sie auf einem Vorbehalte und nicht auf einem rechtskräftigen Urtel beruhet, an die einjährige Dauer der executorischen Kraft gebunden. Pr. des Obertrib. 1948 und 1949, vom 3. Decbr. 1847. (Entsch. Bd. XVII, S. 490.)

12) A. L.R. a. a. O. §§. 347, 352.

1) Anders nach L. 1, §. 2 D. de rer. permut. (XIX, 4); L. 2 D. de contrah. emt. (XVIII, 1).

2) A. L.R. a. a. O. §§. 363, 374, 375. — L. 1 pr. §§. 1, 2 D. de permut. (XIX, 4); L. 26 D. de praescr. verb. (XIX, 5).

Genugthuung fordern will[3]). 2) Ist nur ein Theil der Leistung entwährt worden, so sollen beide vertauschte Sachen abgeschätzt und dann der Werth des entzogenen Theils bestimmt und ersetzt werden[4]). Es findet mithin bei dem Tausche nur die actio quanti minoris statt, während bei dem Kaufe dem Käufer die Wahl zwischen dem Rücktritt und der Schadloshaltung freisteht[5]). Die Würdigung muß übrigens mit Rücksicht auf den Zustand zur Zeit des geschlossenen Vertrags geschehen, da beiderseitige Sachen zugleich der Preis für die andere sind und die Werthschätzung zu jeder andern Zeit, wegen der inmittelst eingetretenen Verbesserungen und beziehlich Verschlimmerungen, ein unrichtiges Ergebnis haben würde.

III. Der Kauf wiederkehrender Leistungen.

§. 685.

1. Das Allgemeine.

Eine Art von Verträgen aus der deutschen Rechtsgewohnheit bezweckt, einer Person Mittel ihres Unterhalts zu sichern. Die mannigfache Gestaltung gibt die verschiedenen Species, deren gemeinsames darin besteht, daß die Leistungen durch die Lebenszeit eines oder mehrerer Menschen dauern. Die Verfasser des A. L.R. haben zwei Species: den eigentlichen Leibrentencontract und den Altentheil- oder Auszugscontract ausgezeichnet, und daneben der Gattung unter dem Namen: Ankauf fortdauernder Prästationen, erwähnt. Die beiden genannten Species unterscheiden sich dadurch, daß bei dem Leibrentencontracte von beiden Seiten Geld gegeben wird, wogegen bei dem Altentheil die jährlichen Leistungen aus verschiedenen Arten zusammengesetzt sind und durch die Uebertragung einer ländlichen Wirthschaft aufgewogen werden.

---

3) A. L.R. a. a. O. §§. 368, 369. Diese Bestimmung beruht auf der Lehre einiger Rechtsgelehrten, daß bei dem Tausche in dem Falle, wo eine fremde Sache gegeben worden, das Geschäft null sei, und mithin nicht die Contractsklage (actio praescriptis verbis), sondern nur die condictio sine causa oder die actio doli stattfinde. Dieser Lehrsatz ist hier aufgenommen, er hängt aber mit den Voraussetzungen des alten R. R. zusammen (L. 1, §. 3 D. de permut.), und paßt für die heutigen Grundsätze und Ansichten gar nicht.

4) A. L.R. a. a. O. §. 370. Diese Vorschrift bezieht sich nicht auf den Fall der Gewährleistung für die auf der Sache haftenden Lasten, §. 175 d. T., sondern auf den Fall der Entziehung eines Theils oder Pertinenzstücks der Sache, §§. 164 ff. d. T. Der erste Fall ist vielmehr auch bei dem Tausche nach den §§. 189, 190 zu entscheiden. Pr. 1514, vom 21. December 1844.

5) A. L.R. a. a. O. §§. 164—169, 188.

2. Einzelne Verträge.

§. 686.

a) Der Leibrentencontract.

A. L.R. I, 11, §§. 606—650. — Baumann, kurze und faßliche Darstellung der Verträge über das menschliche Leben, nach Rechtsgrundsätzen. Berlin 1828.

Der Leibrentencontract besteht in der Uebereinkunft, wonach der eine (Verkäufer) eine bestimmte, während der Lebenszeit eines oder mehrerer Menschen dauernde, jährliche Geldrente, und der andere (Käufer) eine bestimmte Summe Geldes zu geben verspricht[1]). Daß die Rente mit dem Tode der bestimmten Personen erlischt, auf Seiten des Verkäufers nicht wiederkäuflich ist, und nicht aus einem Grundstücke geleistet zu werden braucht, also kein Realrecht ist, unterscheidet das Geschäft von dem Gülten- oder Rentenkaufe (§. 681).

I. Der Vertrag muß in allen Fällen schriftlich geschlossen werden[2]). 1) Die Rente kann nicht bloß für den Käufer, sondern auch zugleich oder ausschließlich für einen Dritten gekauft werden; der Dritte erhält ein Klagrecht gegen den Verkäufer erst entweder durch Beitritt zum Vertrage mit Bewilligung beider Theile, oder durch Cession des Käufers[3]). 2) Die Dauer der Rente kann auf die Lebenszeit eines der beiden Theile, oder eines Dritten, oder mehrerer Personen bestimmt werden; ist deshalb nichts verabredet, so versteht sich die Lebenszeit des Käufers; ist die Person, auf deren Leben die Rente dauern soll, nicht mehr da, so ist der Contract wegen Mangels einer wesentlichen Bestimmung null[4]). 3) Der Preis muß in Gelde bestehen; sind Sachen ohne Werthsbestimmung, wodurch eine datio in solutum verabredet wird, versprochen, so ist das Geschäft ein unbenannter, völlig erlaubter Contract über fortdauernde Prästatio-

1) A. L.R. a. a. O. §§. 606—609. (3. A.) Das Obertrib. hat den Satz hingestellt, daß zum Wesen des Leibrentencontracts nicht nothwendig gehöre, daß die zu entrichtende „bestimmte Abgabe" eine Geldleistung sein müsse (Pr. 2598, Nr. I, vom 8. December 1854; Entsch. Bd. XXX, S. 43), gleichwie dies nach §§. 607 u. 608 auch mit dem Kaufpreise der Fall sein könne. Doch aber fordert es dabei die Vereinbarung des Werths der Leistung auf beiden Seiten in einer bestimmten Geldsumme. Alsdann hat man es aber mit einer Gebung an Zahlungsstatt zu thun, wodurch die Erfordernisse des Contracts gar nicht berührt werden. — Die allgemeine übernommene Verpflichtung zur Alimentirung eines andern genügt zum Begriffe eines Leibrentencontracts nicht. Pr. 1664, vom 20. Decbr. 1845.

2) A. L.R. I, 5, §§. 136, 138, 139.

3) A. L.R. I, 11, §§. 612, 613. Die Cessionserklärung muß dem Dritten selbst gegeben werden; die Niederschreibung in dem Contracte allein genügt nicht, wenn nicht dem Dritten eine Ausfertigung davon seitens des Cedenten gegeben wird.

4) A. L.R. a. a. O. §§. 614, 617, 606.

nen[5]). Die Bestimmung des Preises ist lediglich dem Uebereinkommen der Parteien überlassen[5a]), daher der Preis auch weniger als der Capitalsbetrag der Rente, nach dem üblichen Zinsfuß, betragen kann[6]), nur muß die Verabredung wahr und der Preis, wie bei jedem Kaufe, ernstlich gemeint sein[7]). II. Die Rente ist, wenn über die Termine keine Verabredung getroffen ist, jährlich voraus zu zahlen[8]); der erste Zahltag ist der Tag des Abschlusses; ist der Anfang auf das Ableben mehrerer Personen gesetzt, so ist der Todestag des Letztversterbenden der erste Zahlungstermin[9]). 1) Kaufen mehrere auf ihre Lebenszeit für sich gemeinschaftlich eine Rente, so ist, abweichend von der Regel (§. 517), die Rente unter ihnen nach der Kopfzahl von selbst getheilt, und der Antheil eines jeden erlischt für sich[10]). Ist die Rente auf die Lebenszeit mehrerer Verkäufer oder dritter Personen gestellt, so muß dieselbe an den Käufer und dessen Erben so lange, bis der letzte von jenen verstorben ist, ganz gezahlt werden[11]). Sind in diesem Falle mehrere gemeinschaftliche Käufer, so geht der Theil der Sterbenden nicht auf deren Erben, sondern auf die übrigen Rentenkäufer über (Tontine), wenn nicht das Gegentheil verabredet ist. 2) Der Verkäufer hat für Vorsatz, grobes und mäßiges Versehen zu haften und es gilt hinsichtlich der Entschädigung des Käufers die Regel, daß, wenn der Verkäufer die Erlöschung der Rente vorsätzlich oder aus Versehen (durch Tödtung der bestimmten Person) verursacht, das ganze Kaufgeld zurückgezahlt werden muß, mit der Modification, daß, wenn diese Person der Verkäufer selbst ist, der durch Selbstmord oder Hinrichtung um sein Le-

5) Ebend. §. 606. Daß der Erwerbspreis just nach einer Geldsumme bestimmt sein soll, liegt nicht in der Wesenheit des Geschäfts, sondern ist willkürliche (positive) Satzung. Vergl. Code civil, Art. 1986.

5a) Ueber die Berechnung: Moser, die Gesetze der Lebensdauer. Berlin 1839. — Becker, über Rentenversicherungsanstalten. Berlin 1842. — Littrow, Anleitung zur Berechnung der Lebensrenten ꝛc. Wien 1829.

6) A. L.R. a. a. O. §. 610. — E.O. vom 10. Juni 1835 (G.S. S. 100). War streitig. Recht der Ford. §. 335, Bd. III, S. 695.

7) Im andern Falle findet freilich nicht wegen einer enormen Verletzung der Rücktritt statt, wohl aber wegen Mangels eines wesentlichen Erfordernisses, wenn der Preis so enorm hoch ist, daß der Kauf der Rente nur ein Vorwand der Zuwendung ist.

8) A. L.R. a. a. O. §. 649. Vergl. I, 16, §§. 61, 62.

9) A. L.R. I, 11, §§. 650, 618. Ist der Dritte verschollen und sein natürlicher Tod nicht zu erweisen, so wird die Vermuthung aus I, 1, §. 38 zur Anwendung kommen müssen; denn die Todeserklärung ist nur die dem Pr. R. eigenthümliche Form des Verfahrens, um den nächsten Verwandten in den Besitz des zurückgelassenen Vermögens zu setzen.

10) A. L.R. a. a. O. §§. 615, 616. Gilt als Regel bei Alimenten überhaupt. Siehe auch Rheinisches Archiv, Bd. XXI, S. 127.

11) A. L.R. a. a. O. §. 617. Ist das Princip des §. 618 d. T. (Note 9) in Anwendung auf den umgekehrten Fall.

ben kommt, auf den zurückzuzahlenden Kaufpreis, nach der Staffelrechnung, alles abgerechnet wird, was mehr als landübliche Zinsen an Renten gezahlt worden ist[12]). 3) Hat der Käufer durch seine Schuld den Eintritt einer beigefügten auflösenden Bedingung verursacht, so muß er als Interesse dem Verkäufer soviel mit Zinsen zahlen, wie die Summe beträgt, um welche die gezogenen Renten den Kaufpreis übersteigen, wenn man den Mehrbetrag der Rente in Vergleich zu landüblichen Zinsen des Capitals jährlich auf den gezahlten Preis abrechnet[13]). III. Die Leibrente erlischt: 1) durch den Tod der bestimmten Person[14]); 2) durch 30jährige Verjährung von dem Verfalltage der zuletzt unbezahlt gebliebenen Rente an gerechnet[15]); die einzelnen Hebungen verjähren in vier Jahren[16]), nur die aus den letzten drei Jahren erlöschen mit dem Rechte zugleich; 3) durch Aufhebung des Vertrags, welche eintritt: a) von selbst durch Eintritt der beigefügten Resolutivbedingung, in welchem Falle von dem Kaufgelde das, was nach Abzug der über den Belauf der landüblichen Zinsen gezahlten Rente nach einer Staffelrechnung übrig bleibt, zurückzugeben ist[17]); b) durch Rücktritt des Käufers, welcher zulässig ist: α) wegen nachgeborner oder wiedergefundener verloren geglaubter Nachkommen, in welchem Falle jedoch alle bereits gezahlten Renten schlechthin auf das zurückzuzahlende Kaufgeld angerechnet werden[18]); β) wegen durch und für drei Jahre hinter einander ausgebliebener Zahlung der Rente, wo der Verkäufer das ganze Kaufgeld ohne Abzug, mit Zinsen vom Verfalltage des ältesten Rentenrückstandes, zurückzahlen muß[19]); c) durch Rücktritt des Verkäufers, wenn ein Gläubiger des Käufers gegen das Geschäft rechtzeitig protestirt, in welchem Falle auf das zurückzuzahlende Kaufgeld gleichfalls alles, was an Rente gezahlt worden, abgerechnet werden darf[20]); 4) durch *Widerruf* von Seiten der Gläubiger des Käufers: a) wenn

12) Ebend. §§. 621—630, 632. Der §. 628 fällt weg, da er durch §. 629 wieder aufgehoben ist. Recht der Ford. §. 636, Bd. III, S. 701.

13) A. L.R. a. a. O. §§. 633, 634. Ist z. B. für den Preis von 1000 eine Leibrente von 80 gekauft und gezahlt, so werden das erste Jahr 30, das zweite Jahr $31^1/_2$, das dritte Jahr $33^1/_{12}$ u. s. w. abgerechnet.

14) A. L.R. a. a. O. §§. 618—620.

15) A. L.R. I, 9, §§. 509, 510, 546. Ist bekanntlich die Meinung des *Bulgarus*.

16) Ges. vom 31. März 1838, §. 2, Nr. 5 (G.S. S. 249).

17) A. L.R. I, 11, §§. 631, 627—630. Vergl. die Note 13.

18) Ebend. §§. 635, 1140, 1142—1150, 636.

19) Ebend. §§. 647, 648. Der Rentenrückstand kann dann nicht eingefordert werden.

20) Ebend. §. 643. Statt des Rücktritts kann er sich durch Deponirung eines verhältnismäßigen Theils der Rente sichern, ohne daß eine Competenz gelassen zu werden braucht. §. 644 d. T.

die Erforderniſſe der actio Pauliana vorhanden ſind (§§. 589, 590); b) wenn außerdem innerhalb eines Jahres nach Abſchluß des Contracts dagegen proteſtirt worden und zur Befriedigung des proteſtirenden Gläubigers kein anderes Mittel vorhanden iſt[21]). 5) Nach dem Tode des Käufers ſteht noch den Pflichttheilserben eine Rückforderung des Kaufpreiſes, ſoweit es nicht durch den Mehrbetrag der gezahlten Renten über den Belauf der landüblichen Zinſen aufgegangen iſt, wenn der Nachlaß nicht die Hälfte dieſes Kaufgelderreſtes beträgt, und ſoweit derſelbe dieſe Hälfte überſteigt, zu[22]).

§. 687.

b) Aehnliche Rentencontracte.

Dem Leibrentencontracte ähnlich ſind: 1) der ſ. g. Vitalicien- oder Alimentencontract, wodurch der Verkäufer die Ernährung und Verpflegung des Käufers auf deſſen Lebenszeit gegen Empfang des ganzen dermaligen Vermögens desſelben übernimmt. Er unterſcheidet ſich von dem Leibrentencontracte durch die Vermiſchung verſchiedenartiger Leiſtungen auf beiden Seiten. Die Uebertragung des Vermögens des Käufers auf den Verkäufer verſteht ſich nur nach Abzug der darauf haftenden Schulden[1]), und der Verkäufer muß, da die Schulden bei einem Inbegriffe von Sachen und Rechten obligationes rei ſind[2]), dieſelben bezahlen, kann auch von den Gläubigern

---

21) Ebend. §§. 640—642, 645. Die Renten können von jedem Gläubiger als Befriedigungsmittel verwendet werden. §. 646 daſ. und Conc.Ordn. §. 434.

22) A. L.R. a. a. O. §§. 637—639. — Vergl. oben §. 610, II, 4. (3. A.) Die Vorſchrift des §. 639 kommt auch dann zur Anwendung, wenn der Pflichttheil des Notherben nur ein Drittheil ſeiner Inteſtatportion beträgt. Pr. des Obertrib. 2598, Nr. 2, vom 8. December 1854 (Entſch. Bd. XXX, S. 43).

1) Anh. z. A. L.R. §. 19 (zu I, 11, §. 646). Entſch. der Geſ.Commiſſ. u. Reſcr. vom 11. Januar 1796 (Rabe, Bd. III, S. 231; Stengel, Bd. II, S. 280).

2) Deswegen iſt noch nicht eine Univerſalſucceſſion in das Vermögen eines Lebenden anzunehmen, vielmehr iſt es eine Singularſucceſſion in eine universitas juris, wie bei einem Erbſchaftskaufe, daher die in dem Inbegriffe befindlichen Schulden nicht auf die Perſon des Uebernehmers übergehen; er haftet nur als Beſitzer der Maſſe. Vergl. m. Beurtheilung der Entſch. des Obertrib. S. 478 ff. Der III. Senat des Obertrib. hat auch in der Entſch. vom 20. October 1848, in Sachen Blömeke c. Blömeke, $^{504}/_{2020}$ III, 48 (Pr. 2060) angenommen, daß die in dem §. 19 des Anh. ausgeſprochene Verbindlichkeit des Uebernehmers, für die Schulden des Uebertragenden nach Höhe des überlaſſenen Vermögens aufkommen zu müſſen, nicht auf ſolche Verpflichtungen, welche durch Zahlung im eigentlichen Sinne zu löſen ſind, einzuſchränken, vielmehr, nach der bei jeder Succeſſion in eine universitas geltenden Regel, auf die Erfüllung jeglicher Art von Obligationen, ſoweit ſolche nicht lediglich an die Perſon gebunden ſind, auszudehnen iſt. In Erwägung deſſen verurtheilte der Senat den Uebernehmer, einen von dem Uebertragenden geſchloſſenen Kaufcontract über ein Grundſtück durch Uebergabe zu vollziehen.

darauf unmittelbar belangt werden [3]). 2) Die Tontinen [4]), d. i. ein eigentlicher Leibrentencontract, durch welchen mehrere für sich gemeinschaftlich eine Rente kaufen, wovon der Antheil des Ablebenden den übrigen zuwächst (§. 686, II, 1). 3) Die Annuitäten, d. i. der Kauf einer solchen Geldrente, welche nur eine gewisse Zahl von Jahren dauert. 4) Gesellschaften, welche ihren Mitgliedern Renten oder Capitalien zur Versorgung oder Unterstützung auf gewisse Fälle zusichern. Dergleichen Versicherungs- und Versorgungsgesellschaften [5]) dürfen nur mit Genehmigung der Staatsbehörde begründet werden [6]).

§. 688.

c) Gutsabtretungs- und Altentheilsvertrag.

A. L.R. I, 11, §§. 602—605; I, 18, §. 717. — Bielitz, Darstellung der Rechtsverhältnisse beim Auszuge oder Altentheile, besonders nach preuß. Rechten. Leipzig 1838. — Puchta, über die rechtliche Natur der bäuerlichen Gutsabtretung überhaupt und mit Altentheilsbestellung besonders. Gießen 1837. — Pfeiffer, von den durch die rechtliche Gutsabtretung (Güteransatz) begründeten Rechten und Verbindlichkeiten, insonderheit von dem elterlichen Auszuge oder der Leibzucht, nach gemeinrechtlichem und kurhessischem Rechte; in den praktischen Ausführungen, Bd. IV (1834), S. 119 ff. und 416 flg. — Runde, die Rechtslehre von der Leibzucht oder dem Altentheile auf deutschen Bauergütern. Oldenburg 1805.

Der Gutsabtretungs- und der Altentheilsvertrag verhalten sich so zu einander, daß der erstere stets ohne den letztern, dieser aber nur als Nebenvertrag bei jenem vorkommen kann. 1. Die rechtliche Gutsabtretung ist ein Vertrag unter Lebendigen, wodurch der Besitzer einer ländlichen Stelle mit bäuerlichen Lasten, mit Rücksicht auf das Erbrecht des Uebernehmers, abtritt, ohne daß es von Einfluß auf die rechtliche Natur des Geschäfts ist, ob der Abdankende sich oder andern künftigen Erben einen Theil des Werths vorbehält oder nicht, und von welcher Art der Vorbehalt ist [1]). Die Gegenleistung besteht, außer dem Nachfolgerecht, in der Abnahme der persönlichen Beschwerden des Wirths. Das Wesen des Geschäfts schließt

3) Pr. des Obertrib. 1008, vom 26. April 1841 (Entsch. Bd. VII, S. 67; Ullrich, Arch., Bd. IV, S. 501).

4) Nach dem Erfinder Lorenzo Tonti genannt.

5) Littrow, über Lebensversicherungen und Versorgungsanstalten. Wien 1832. — Hohler, Abh. in Wagner's Zeitschr. für österr. Rechtsgelehrsamkeit, 8. H. (1825), S. 255 flg. und 9. H. (1829), S. 97 flg.

6) A. L.R. I, 11, §. 651. C.O. vom 29. Septbr. 1833 (G.S. S. 121). Vergl. Str.G.B. §. 340, Nr. 5.

1) Schles. Arch. Bd. I, S. 54, und Bd. IV, S. 293 flg.

den Vorkauf und den Retract[2]) aus; die Anfechtung wegen enormer Verletzung ist an sich nicht unstatthaft. II. Auszug oder Altentheil heißen die vorbehaltenen Nutzungsrechte und Leistungen, welche der abgehende Wirth einer bäuerlichen Stelle sich zu seinem und der Seinigen Unterhalte bei der Gutsüberlassung ausbedingt. Das A. L.R. nennt so diejenigen Vortheile, welche der Uebernehmer einer Rusticalstelle dem vorigen Besitzer zu seiner Versorgung lebenslang anweiset, und verordnete die gerichtliche Regulirung, um die Ueberlastung der Stelle zu verhüten[3]); diese Mitwirkung der Gerichte ist aber, weil sie sowie die Begriffsbestimmung nur auf nicht eigenthümliche Besitzverhältnisse paßt und bei freiem Eigenthume ganz zweck- und bedeutungslos ist, in neuester Zeit aufgehoben und es genügt zur Giltigkeit dieser Geschäfte die für Verträge im allgemeinen vorgeschriebene Form ([3]). 1) Der Auszug als Ganzes ist eine Reallast (§. 351), keineswegs ein durch Hypothek gesichertes Forderungsrecht[3a]); doch muß es eingetragen werden, oder sonst bekannt geworden sein, wenn es gegen Dritte wirksam sein soll; aber es sind meistentheils unter den einzelnen Vorbehalten auch dingliche Rechte, namentlich Wohnungsrecht[4]) und Nießbrauch, die ihre eigenthümliche Geltung haben[4a]). 2) Er hat im allgemeinen die Natur einer Leibrente und ist daher vom Tage des Vertrages voraus zu entrichten[5]), auch, wenn er für Eheleute ausbedungen, insoweit die Gegenstände theilbar sind, dergestalt ge-

2) A. L.R. I, 20, §§. 581, 584.

3) A. L.R. I, 11, §§. 602—604. — Ges. vom 11. Juli 1845, §. 1 (G.S. S. 495). — Die Notarien waren zur Aufnahme eines solchen Vertrags nicht competent, wenngleich zur Verbindlichmachung der Parteien, abgesehen von den einzelnen, von dem Richter zu moderirenden Leistungen an Auszug, die schriftliche Form genügte. Recht der Ford. §. 339. Für diese Meinung hatte sich auch das Obertrib. entschieden. Präj. vom 28. Januar 1842 (Jur. Wochenschr. 1843, S. 404). Ein notarieller Altentheilsvertrag hatte nicht mehr Kraft als ein außergerichtlicher. A. L.R. II, 17, §. 59. In Folge des Ges. vom 11. Juli 1845 haben nunmehr die bereits in notarieller Form, auch von schreibensunkundigen Personen, geschlossenen Verträge dieser Art vollkommene Giltigkeit. S. oben §. 116 a. E., Bd. I, S. 246. Auf bäuerliche Grundstücke, welche freies Eigenthum waren, fand die gerichtliche Regulirung und Verschreibung eines solchen Altentheils überhaupt keine Anwendung. Pr. 427, vom 16. Februar 1838.

3a) (3. A.) Plenarbeschl. (Pr. 2593) des Obertrib. vom 8. Januar 1855 (Entsch. Bd. XXIX, S. 301). Die Anm. * zu §. 351 wiederholt sich hier.

4) Ueber die Frage: ob der Wirth ein abgebranntes Auszugshaus wieder aufbauen muß, s. Schles. Archiv, Bd. V, S. 371 flg. Meine dort ausgeführte Ansicht ist angenommen bei der Entsch. des Obertrib. vom 5. Juni 1847 (Rechtsfälle, I, S. 205).

4a) Vergl. Erk. des Obertrib. vom 16. Februar 1854 (Entsch. Bd. XXVII, S. 280).

5) Simon's Rechtsspr., Bd. I, S. 346.

theilt, daß die Hälfte mit dem Tode des einen wegfällt[6]). Der Vertrag nimmt die Natur eines Vertrags über Handlungen an, wenn neben den übrigen Verpflichtungen des Uebernehmers zu Zahlungen, Gewährungen ꝛc. z. B. auch dessen Verpflichtung ausgesprochen ist, den Ueberlasser stets anständig zu behandeln und mit kindlicher Liebe zu verpflegen[7]). 3) Zu den Gutslasten trägt der Auszüger nicht bei, wohl aber hat er die auf den Früchten ruhenden Lasten, welche bei der Ernte davon zu entrichten sind, wie Zehnten, von den ihm zur Nutznießung vorbehaltenen Grundstücken zu tragen; ob er auch die übrigen Lasten von zum Nießbrauche behaltenen Grundstücken tragen muß, hängt hauptsächlich von den Umständen, z. E. ob das Grundstück besonders belastet oder nur ein Bestandtheil von dem Hauptgute ist, und von der Absicht der Parteien ab[8]). 4) Der Altsitzer, welcher eine anderweitige Ehe eingeht, ist berechtigt, seine Ehefrau und demnächst die mit ihr erzeugten Kinder in den Altensitz aufzunehmen, sofern ihm eine abgesonderte Wohnung eingeräumt und zu seinem Unterhalte besondere Prästationen oder Ländereien überwiesen worden[9]). — Künftig wird diese Vertragsspecies ganz wegfallen, wenn die Ablösung der Reallasten durchgeführt sein wird.

§. 689.

d) Unbestimmte Verträge über jährliche Leistungen.

Verträge über jährliche, auf den Unterhalt eines Menschen berechnete, Leistungen, welche nicht die Kennzeichen eines Leibrentencontracts oder Auszugs haben, sind: 1) Wenn für eine Leibrente ein Grundstück ohne Werthsbestimmung gegeben wird; oder wenn die für eine Geldsumme gekaufte Leibrente aus verschiedenartigen Leistungen besteht; oder wenn Besitzer von adlichen oder sonst freien Grundstücken neben dem Kaufgelde noch Nutzungen oder Leistungen zu ihrem Unterhalte vorbedingen[10]). 2) Wenn einer Ehefrau für den Witwenstand Reichnisse zu ihrem Unterhalte von einem andern als dem Manne zugesichert werden. Diese Rente, welche uneigent-

---

6) S. oben §. 686, II, 1; und Präj. des Obertrib. 618, vom 1. Februar 1839.

7) Es findet deshalb dann der Rücktritt, nach §. 408, I, 5 A. L.R. statt. Angenommen im III. Senate des Obertrib. am 3. October 1848, in Sachen Hüsemann c. Hüsemann, $^{239}/_{915}$ III, 48. (Pr. 2066.)

8) Ueber den Beitrag der Leibzüchter zu den öffentlichen Lasten: Overbeck, Meditationen, Bd. VIII, S. 43. — Runde, Leibzucht, S. 478.

9) A. L.R. I, 19, §§. 22, 27. Pr. 519, vom 25. Mai 1838 (Entsch. IV, S. 23).

10) A. L.R. §§. 595, 596 d. T. Dieser Vertrag ist das Genus.

lich Witthum genannt wird[11]), erlischt ohne wieder aufzuleben durch anderweite Verheirathung, wenn sie umsonst zugesichert worden war, andernfalls muß sie wieder gereicht werden, wenn die Frau ohne ihr Verschulden wieder in den Witwenstand tritt, oder geschieden wird[12]).

§. 690.

IV. Der Verlagscontract.

A. L.R. I, 11, §§. 996—1036. Gesetz vom 11. Juni 1837 (G.S. S. 165). — Penzenkuffer, über das Rechtsverhältnis zwischen Schriftsteller und Verleger. Nürnberg 1823. — Duprée, Beiträge zur Revision der Theorie des Pacht- und Buchhandel-Contracts. Landshut 1810. — Kramer, die Rechte der Schriftsteller und Verleger. Heidelberg 1827.

Verlagscontract heißt der Vertrag, wodurch das Verlagsrecht (§. 407, Bd. I, S. 700) von dem ursprünglichen Erwerber veräußert wird[1]). Er hat nicht in allen Fällen dieselbe rechtliche Natur: veräußert der Verfasser sein Erzeugnis ohne vorherige Bestellung, so gehört das Geschäft zu den kaufsähnlichen Verträgen; arbeitet er auf Bestellung, so ist das Abkommen eine Verdingung (Miethe), welche entweder mit dem Verlagscontracte vermischt, oder reine Dienstmiethe ist, je nachdem der Verfasser nach eigener Idee arbeitet oder nur den Plan des Bestellers ausführt[2]). I. Die Erfordernisse des Vertrags sind: 1) Bezeichnung des Gegenstandes des Verlagsrechts. 2) Bestimmung, was der Verleger dem Verfasser für die Ueberlassung oder umgekehrt der Verfasser dem Verleger für die Uebernahme des Verlagsrechts leisten soll; denn es ist nicht wesentlich, daß die Leistung des Verlegers auch eine Zahlung an den Verfasser enthalte. 3) Die schriftliche Form. Ist in Folge mündlich geschlossenen Vertrags die Handschrift ꝛc. übergeben, und davon Gebrauch gemacht, so gilt der Vertrag als Realcontract, hinsichtlich des Honorars, nach der getroffenen Abrede[3]). II. Der Verfasser hat das Werk zur gehörigen Zeit abzuliefern, sonst steht es in der Wahl des Verlegers, zurückzutreten und wegen der Vorkehrungen

---

11) A. L.R. a. a. O. §. 598. Vergl. II, 1, §. 458 u. unten §. 841, II, 2.

12) A. L.R. I, 11, §§. 598—601. Der Satz ist von dem eigentlichen Witthum entlehnt und gilt daher auch von ihm selbst. Vergl. II, 1, §§. 766, 767, 784, und unten §. 841, II, 2. — Simon, Rechtsspr., Bd. I, S. 232.

1) A. L.R. I, 11, §. 998. Ges. vom 11. Juni 1837, §. 9.

2) A. L.R. a. a. O. §§. 1021, 1022. Auch der Societätscontract kann dem Verlagsvertrage beigemischt sein.

3) Ebend. §. 998. In allen übrigen Stücken kommen die gesetzlichen Bestimmungen zur Anwendung. §. 999 a. a. O.

Kostenersatz zu fordern, oder stehen zu bleiben und bei ausbleibender Erfüllung seitens des Verfassers sein Interesse zu fordern[4]). 1) Ist die Ablieferungszeit nicht bestimmt, so muß die Ablieferung so zeitig geschehen, daß die Druckschrift noch auf die nächste Leipziger Messe gebracht werden kann; geht das wegen Kürze der Zeit oder nach dem Umfange des Werks nicht an, so bestimmt der Verfasser die Zeit der Ablieferung; thut er das auf Verlangen nicht, so kann der Verleger zurücktreten; ist die bestimmte Zeit dem Verleger zu lang, so muß der Richter Bestimmung treffen[5]). 2) Der Verfasser kann einseitig von dem Vertrage zurücktreten, wenn er erklärt, daß er das Werk nicht herausgeben wolle. In diesem Falle muß er den Verleger wegen der Kosten für die bereits getroffenen Anstalten entschädigen, und wenn er binnen Jahresfrist dasselbe Werk, ohne Einwilligung des andern, anderswo in Verlag oder auf eigene Rechnung herausgibt, auch den entgangenen Gewinn ersetzen[6]). 3) Veränderungen in dem Umfange oder in der Einrichtung des Werks darf er ohne Genehmigung des Verlegers nicht vornehmen; geschieht es vor angefangenem Drucke, so kann der Verleger abgehen; geschieht es nachher, so muß der Verfasser auch den daraus entstehenden Nachtheil ersetzen, wobei der Verleger die Wahl hat, abzugehen oder stehen zu bleiben[7]). 4) Bevor der Verleger die Auflage nicht abgesetzt hat, darf der Verfasser nichts unternehmen, wodurch der Verkauf verhindert oder erschwert wird; jedoch ist er nicht verhindert, ein wesentlich ganz anderes Werk herauszugeben, wennschon dadurch das bereits verlegte an Werth verlieren sollte[8]). III. Der Verleger muß das versprochene Honorar zur bestimmten Zeit, oder gegen Ablieferung des Manuscripts, des Modells oder der Zeichnung, oder, wenn nach Bogenzahl abgeschlossen ist, nach Vollendung des ununterbrochen fortzusetzenden Drucks zahlen; das Verlagsrecht wirklich ausüben und das Werk zum Verkauf ausbieten, weil der Verfasser dabei mit interessirt; und darf die Auflage nicht stärker machen, als der Verfasser bewilligt hat; ist darüber nichts verabredet, so ist er darin unbeschränkt und sogar befugt, neue Auflagen zu machen[9]). Es steht

4) Ebend. §§. 1000, 1001. Das Interesse ist schwer zu schätzen und nachzuweisen; möglich, daß der Verleger durch das Unterbleiben des Unternehmens sogar Vortheil hat.

5) A. L.R. a. a. O. §§. 1002—1004; I, 5, §§. 230, 231.

6) A. L.R. I, 11, §§. 1006, 1007. Ein solcher Gewinn ist erst nach Verkauf der Auflage nachzuweisen.

7) Ebend. §§. 1008, 1009. Der Umfang ist vor Vollendung des Werks nicht genau zu bestimmen.

8) Ebend. §§. 1018, 1019. Dadurch kann es zu Maculatur gemacht werden.

9) Ebend. §. 1013. Kann durch den Verfasser leicht vereitelt werden.

jedoch auch dem Verfasser frei, nach Verkauf der ersten Auflage eine neue Ausgabe, d. h. einen Abdruck mit Veränderungen im Inhalte oder im Formate, zu veranstalten[10]). Ist die Stärke der ersten Auflage bestimmt, so darf der Verleger nur mit Einwilligung des Verfassers eine neue Auflage veranstalten; erfolgt dieselbe und ist eine Vereinigung über das Honorar nicht zu Stande gekommen, so gibt die Hälfte des für die erste Auflage gegebenen Honorars den Maßstab[11]). Veranstaltet der Verfasser eine neue Ausgabe und ist dem Verleger nicht in dem Verlagscontracte zugleich das Verlagsrecht von allen folgenden Ausgaben zugesichert, so kann der Verfasser das Verlagsrecht davon geben, wem er will[12]). IV. Außer der Uebertragung von Seiten des ursprünglichen Erwerbers erwirbt man das Verlagsrecht an der veranstalteten Ausgabe eines Werks dadurch, daß man ein Werk, welches anonym, pseudonym oder posthum herausgegeben ist oder von juristischen Personen herrührt, dreißig Jahre nach seinem Erscheinen, und ein von einem genannten Verfasser herrührendes Werk dreißig Jahre nach dem Tode des Urhebers[13]), vorausgesetzt daß sonst niemand noch ein Verlagsrecht daran hat, drucken läßt. Dadurch werden jedoch andere nicht verhindert, von dem zum Gemeingute gewordenen Werke andere Ausgaben zu veranstalten[14]).

V. Der Versicherungsvertrag.

A. L.R. II, 8, §§. 1934—2358. — Otto, de contractu assec. Gott. 1788. — E. A. Masius, Lehre der Versicherung und statistische Nachweisung aller Versicherungsanstalten in Deutschland. Nebst Beweisführung des hohen Einflusses dieser Institute auf Nationalwohlstand und Gesetzgebung darüber. Kritisch bearbeitet. Leipzig 1845.

§. 691.

1. Begriff, Eintheilung und Geschichtliches.

I. Unter Versicherung, Assecuranz, versteht man einen Ver-

10) Ebend. §§. 1011, 1012, 1016, 1017.

11) Ebend. §§. 1014, 1015. Untheilbare Vortheile müssen ganz gewährt werden.

12) Ebend. §. 1017. Ist die erste Auflage noch nicht vergriffen, so muß der Verfasser die noch vorhandenen Exemplare für den Buchhändlerpreis nehmen. §. 1019 d. T.

13) So lange ist das Verlagsrecht den Erben des Verfassers nach dessen Tode zugesichert. Ges. vom 11. Juni 1837, §. 6. Verordn. vom 5. Juli 1844 (G.S. S. 61). Publ.Pat. über den Beschl. der deutschen Bundesversammlung vom 19. Juni 1845, wegen Erweiterung des Schutzes für Werke der Literatur und Kunst gegen Nachdruck und mechanische Vervielfältigung, vom 16. Januar 1846, Nr. 1 u. 2 (G.S. S. 149).

14) A. L.R. a. a. O. §§. 1031, 1032. — Falk, Cranien, H. 3, S. 60.

trag, wodurch der eine (Assecurateur) gegen eine in Gelde oder in andern Vortheilen bestimmte Vergeltung (Prämie) verspricht, den Schaden zu ersetzen, der den andern (Assecurirten) aus einer bestimmten Gefahr treffen sollte[1]). II. Man unterscheidet die Assecuranz auf Prämie und die gegenseitige Versicherung. Bei der letztern besteht eine Gesellschaft zum Zweck der gemeinschaftlichen Tragung des den einzelnen treffenden Schadens. Dabei sind alle Versicherer und Versicherte zugleich. Wichtiger ist die zweite Art der Versicherung (auf Prämie), wo beide Parteien getrennt sind. Damit der Versicherer dabei gesichert werde, muß er mit vielen dergleichen Verträge schließen; auch ist die Bildung von Versicherungsgesellschaften für Versicherungen auf Prämie üblich. Eine andere Eintheilung nach der Art der Gefahren ist die in See- und in Landassecuranz. III. Die Römer kannten diesen Vertrag als ein besonderes Institut nicht, ihr foenus nauticum war etwas anderes[2]). Die erste Spur findet sich erst im Mittelalter; 1310 findet sich in Brügge in Flandern ein Assecuranzcomptoir[3]). Das älteste bekannte Gesetz, welches sich auf Assecuranzen bezieht, ist das Statut von Barcelona von 1433[4]). Das Institut hat sich hauptsächlich durch Gewohnheit gebildet; erst in neuerer Zeit ist die Gesetzgebung dabei thätig gewesen, durch eine Menge besonderer Gesetze und Ordnungen für einzelne Städte. In Deutschland ist die wichtigste die Hamburger Assecuranzordnung von 1731; dann die für Bremen von 1818. In Preußen erschien unterm 18. Februar 1766 eine Assecuranz- und Haverieordnung, welche den neuen Bestimmungen des A. L.R. zum Grunde liegt.

2. See- und Stromassecuranz.

Benecke, System des Assecuranz- und Bodmereiwesens. 5 Bände. Hamburg 1805—1821. — Büsch, allgemeine Uebersicht des Assecuranzwesens. Hamburg 1785. — Buchholz, Abh. über merkwürdige Gegenstände der Lehre von der Assecuranz und Bodmerei. Lübeck 1809. — Benecke, Treatise on the principles of indemnity in marine insurance, bottomry and respondentia. London 1824. Ins Franz. übersetzt mit Noten, par Dubernad. 2 Vol. Paris 1826.

§. 692.

a) Eingehung des Verhältnisses.

Dabei kommt die Person der Parteien, der Gegenstand und die

1) A. L.R. a. a. O. §§. 1934, 1935, 2107.
2) L. 63, 129 D. de verb. obl. (XLV, 1). — Hugo, civil. Mag., Bd. II, Nr. 5.
3) Martens, Handelsrecht, §. 202.
4) Hallam, geschichtliche Darstellung des Zustandes von Europa, Bd. II, S. 603.

Form in Betracht. I. Hinsichtlich der Person des Versicherers ist Regel: Jeder ist zur Zeichnung von Versicherungen befugt, welcher über das Seinige verfügen kann. Ausnahmsweise verboten ist es: Mäklern, Schiffsclarirern, öffentlich bestellten Dispacheurs, Schadentaxatoren, den Richtern in Assecuranzstreitigkeiten, Vorstehern und Bedienten der Bank und der Assecuranzcompagnie, den Beamten öffentlicher Cassen, und den Zoll- und Steuerbeamten[1]). Folge der Uebertretung ist für den Versicherer eine fiscalische Strafe, Dienstentsetzung und Nichtigkeit des Vertrags hinsichtlich seines Vortheils, wogegen der Vertrag zu seinem Schaden giltig ist, wenn der Versicherte ohne sein Verschulden die Eigenschaft des andern nicht kannte[2]). Selten geben einzelne Privatpersonen Versicherungen; gewöhnlich bilden sich dazu Gesellschaften (Compagnien). Werden sie vom Staate bestätigt, so erhalten sie Statuten und sind juristische Personen, welche unter Autorität des Staats ihre Geschäfte treiben[3]). II. Versicherung kann in der Regel jeder für eigene Rechnung nehmen; untersagt ist es den Mäklern und Schiffsclarirern bezüglich auf Schiffe, Schiffsparten, Kaufmannsgüter und Waaren, sowie den Schiffern und Schiffsleuten, hinsichtlich ihrer Heuer, bei Vermeidung einer öffentlichen Strafe und Verlust ihres Rechts und der Prämie[4]). Häufig wird die Versicherung durch einen Dritten genommen, und die Kaufleute pflegen ihre Correspondenten damit zu beauftragen, entweder durch einen allgemeinen oder durch einen besondern Auftrag[5]). Fast eben so oft aber kommt es vor, daß ohne Auftrag durch Dritte versichert wird. Eine solche Geschäftsführung wird nach den allgemeinen Regeln durch Ratihabition giltig, welche stillschweigend angenommen wird, wenn der Versicherte nicht auf die davon erhaltene Nachricht binnen der zur Acceptation bei Verträgen bestimmten Zeit gerichtlich protestirt. Allein diese Genehmigung muß vor Ausgang der Sache erfolgen, sonst ist der Vertrag null und die Prämie verfallen[6]). Dieses setzt voraus, daß die

1) A. L.R. a. a. O. §§. 1938, 1939. In einigen Ländern finden dergleichen Einschränkungen gar nicht statt.

2) Ebend. §§. 1940, 1941.

3) Ebend. §. 1944. S. oben §. 687, Note 6. Eine solche ist die Seeassecuranz-Gesellschaft zu Stettin. Statut vom 12. März 1825 (G.S. S. 41); C.O. vom 7. Nov. 1826 (G.S. S. 109); C.O. vom 12. Mai 1830 (G.S. S. 114); C.O. vom 17. Dec. 1831 (G.S. 1832, S. 6).

4) A. L.R. a. a. O. §§. 1936, 1937. Der Grund ist die Besorgnis von Unachtsamkeit und Entweichung.

5) Für die Besorgung der Assecuranz pflegen die Commissionäre eine Provision von ½ Procent zu erhalten.

6) A. L.R. a. a. O. §§. 1945—1947, 1951.

Versicherung auf den Namen des Geschäftsherrn geschlossen ist. Gewöhnlich aber wird derselbe nicht genannt; der Geschäftsführer contrahirt für sich und bedient sich dabei solcher Formeln, die es unentschieden lassen, wer der Versicherte sei[7]). In diesem Falle besteht der Contract, wenn auch der Geschäftsherr die Versicherung nicht zu der seinigen macht. III. Hinsichtlich des Gegenstandes gelten folgende Regeln: 1) Der Gegenstand muß ein solcher sein, an dem der Versicherte ein Interesse hat; der Versicherte muß einen wirklichen Schaden leiden, wenn der Zufall, gegen den er sich sichern will, eintritt[8]), sonst würde das Geschäft eine Wettassecuranz sein, die verboten ist; doch ist es nicht nöthig, daß der Versicherte Eigenthümer des Gegenstandes sei, wie z. B. der Pfandgläubiger. 2) Die Versicherung darf sich nur auf den Betrag des wirklichen Interesses belaufen, weil dieses Geschäft nur zur Sicherung gegen Verlust, nicht auf Gewinn erlaubt ist; doch ist die Versicherung auf gehofften oder s. g. imaginären Gewinn bei Waaren zulässig, wenn der Gegenstand, von welchem der Gewinn gehofft wird, bestimmt angegeben und in dem Vertrage ausgedrückt ist, daß dieser Gewinn versichert sein solle[9]). 3) Der Gegenstand muß nach Gelde schätzbar sein[10]). 4) Der Gegenstand darf nicht verboten sein[11]). 5) Kein Gegenstand darf doppelt versichert werden, ausgenommen: a) wenn eine Sache wegen verschiedener Gefahren versichert wird; b) wenn der Versicherte gegen die Zahlungsunfähigkeit des Versicherers bei einem andern Versicherung nimmt[12]); c) wenn Rückversicherung genommen wird, d. h. wenn der Versicherer die im vorausgesetzten Falle zu zahlende Summe sich anderweit versichern läßt[13]). 6) Gewöhnliche erlaubte Gegenstände sind: a) Waaren aller Art, sowohl ganze Ladungen als einzelne Stücke, und zwar auf Höhe ihres ganzen Werthes, also mit Hinzurechnung aller Kosten zu dem Einkaufspreise und

7) Z. E. für fremde Rechnung; oder für den, den es angeht. §§. 2070 bis 2072 A. L.R. a. a. O.

8) Ebend. §§. 1952, 1953, 1983, 1973, 1991, 1994.

9) Ebend. §§. 1983, 1984, 1985, 1992. Manche Gesetze verbieten auch die Versicherungen auf diese Art von Gewinn. Code de commerce, Art. 347.

10) A. L.R. a. a. O. §. 1984. Bei Lebensversicherungen wird der Schade, welcher den Hinterbliebenen durch den Tod entsteht, als Gegenstand angesehen.

11) Z. E. Contrebande. A. L.R. a. a. O. §§. 1953—1967.

12) Ebend. §§. 1999, 2000—2012. Theilweise Versicherung bei verschiedenen ist erlaubt.

13) Ebend. §§. 2016—2023. Hier und im Falle b. ist der Gegenstand ein anderer.

selbst des davon erwarteten Gewinnes[14]). b) Die Frachtgelder[15]). c) Das Schiff. (Versicherung auf das Casco, d. h. Schiffskörper). Außer dem Werthe des Schiffs werden auch die Ausrüstungskosten gerechnet, im Falle die Fracht, welche erworben sein würde, wenn das Schiff glücklich angekommen wäre, nicht schon besonders versichert worden[16]). d) Bodmereigelder, auf deren Belauf nebst kaufmännischen Zinsen und Prämie der Bodmereigeber Versicherung nehmen darf[17]). e) Die Assecuranzprämie selbst, dadurch, daß deren Belauf dem Werthe des versicherten Gegenstandes zugerechnet wird[18]), d. h. der Gegenstand darf so hoch versichert werden, daß nach Abzug der Prämie, wovon jedoch wieder Zinsen zu Gute gerechnet werden, noch ihr wahrer Werth übrig bleibt[19]). f) Die Freiheit und g) das Leben eines Menschen[20]). IV. Der Vertrag muß nothwendig schriftlich abgeschlossen werden; ist keine von beiden Theilen vollzogene Urkunde vorhanden, so wird das Geschäft von Seiten des Versicherers durch Unterzeichnung des Versicherungsbriefes, Police genannt, und von Seiten des Versicherten durch Zahlung der Prämie für giltig vollzogen erachtet[21]). Die Police muß enthalten: 1) die Namen der Parteien, doch kann sie, wenn der Versicherungsnehmer ein Kaufmann ist, auch auf den Inhaber ausgestellt werden[21a]); 2) die Bezeichnung des Gegenstandes der Versicherung. Werden Waaren versichert, so bezeichnet man sie gewöhnlich allgemein mit dem Namen „Kaufmannsgüter"; sind sie aber an sich gefährlich oder leicht verderblich, wie Pulver, Schwefel, Salze u. dergl., so müssen sie nach ihrer Beschaffenheit und Menge

14) Ebend. §§. 1987—1989, 1991—1996. Durch Versicherung des imaginären Gewinnes kann es freilich kommen, daß gegen die Regel: der Versicherte soll nicht gewinnen, thatsächlich gefehlt wird. Deshalb bestimmen manche Gesetze gewisse Procente, über welche der imaginäre Gewinn nicht versichert werden darf. In Hamburg z. B. 10 Procent. Vergl. Note 9.

15) A. L.R. a. a. O. §. 1990. D. h. solche, die der Versicherte zu bezahlen hat, wenn die Waare nicht anlangt (pro rata itineris), und von Seiten der Rheder solche, welche gezahlt worden sein würde, wenn der Unfall nicht eingetreten wäre. §§. 1982, 1986 das.

16) Der Werth des Schiffs wird nach dem Zustande, in welchem es abgesegelt, geschätzt und die Ausrüstungskosten werden dazugeschlagen. A. L.R. a. a. O. §§. 1985, 1986. Nach manchen Gesetzen werden die Abnutzungskosten wieder abgezogen.

17) A. L.R. a. a. O. §. 1980. Auch der Inhaber des Bodmereibriefes kann sein Interesse versichern lassen. §§. 1995, 1996 das.

18) Ebend. §§. 1980, 1985, 1989.

19) Man bedient sich dabei der Formel: A (Werth) mal 100, dividirt durch 100 weniger B (Prämie).

20) A. L.R. a. a. O. §§. 1975—1979, 1968—1974. S. oben Note 10.

21) Ebend. §§. 2064—2068. — Police (von polliceri) heißt die Urkunde, weil sie in Form eines Versprechens des Versicherers ausgefertigt wird.

21a) Ebend. §. 2071. Vergl. Benecke a. a. O. Bd. II, S. 6 ff.

genau angegeben werden. Zuweilen wird auch der Werth nach einer Taxe des Versicherten selbst in der Police angegeben[22]). 3) Den Namen des Schiffs und des Schiffers. Dieser Bestandtheil ist jedoch nicht wesentlich, denn er dient dazu, daß der Versicherer das Schiff und danach die Gefahr kennen lerne; oft aber ist die Angabe unmöglich, weil der Versicherte selbst das Schiff noch nicht kennt, in welchem Falle es genügt, wenn der Versicherte die Anzeige nachträglich macht, sobald er Nachricht erhält[23]); ist jedoch der Name angegeben und dieser ganz unrichtig, so ist die Versicherung ungiltig; Irrthum in Nebenbezeichnungen schadet nicht. 4) Bezeichnung der Gefahr, welche von dem Versicherer übernommen wird. 5) Bestimmung der Versicherungssumme durch Zahlen oder Bezugnahme auf den Werth ꝛc. 6) Die Bestimmung und beziehlich das Empfangsbekenntnis über die Prämie, deren Betrag ganz der Verabredung der Parteien überlassen ist. 7) Ort und Tag der Ausfertigung und Unterschrift des Versicherers, sowie unter einem Wechsel[24]).

§. 693.

b) Rechte und Pflichten der Parteien.

I. Der Versicherte ist schuldig: 1) vor allem die Prämie zu entrichten. Die Zahlung muß, wenn nichts darüber verabredet ist, gegen Aushändigung der Police geschehen; sie wird aber im Verkehr häufig gestundet, indem die Commissionäre, durch welche die Versicherungen gewöhnlich besorgt werden, mit den Versicherern in Rechnung zu stehen pflegen. Der Versicherer kann sich sowohl an den Commissionär, welcher nicht auf den Namen des Auftraggebers Versicherung genommen hat, als auch an diesen halten. Bei der gerichtlichen Einforderung der Prämie innerhalb der ersten 30 Tage nach der Zeichnung steht ihm die in der Police ertheilte Quittung nicht entgegen; klagt er später, so muß er den Gegenbeweis führen, wozu die Handlungsbücher, das Tagebuch des Mäklers und besonders der bisweilen ertheilte Gegenschein (Billet de Praeme) als Mittel dienen[1]). 2) Alle Umstände anzuzeigen, aus welchen der Ver-

22) A. L.R. a. a. O. §. 2087. Solche Policen nennt man taxirte, welchen die „offenen" Policen entgegengesetzt werden. §. 2244 das.

23) Die Folge der Unterlassung ist Zahlung der doppelten Prämie. §. 2083 daselbst.

24) Ebend. §§. 2069—2099. Häufig kommen auch noch Nebenbestimmungen vor, z. B. daß der Versicherte das Schiff unter Bedeckung abschicken wolle u. s. w. Dergleichen sind Bedingungen der Verbindlichkeit des Versicherers.

1) A. L.R. a. a. O. §§. 2104—2116. (3. A.) Das nach älterem Rechte (§. 2115 A. L.R. und A.G.O. I, 50, §. 384) der Prämie im Concurse zuge-

sicherer die Gefahr beurtheilen kann[2]). Dazu gehört: a) daß kein Umstand verschwiegen werde, der dem Versicherer nicht eben so wie dem Versicherten bekannt sein kann und muß, namentlich kein besonderer, sich auf Schiff und Ladung beziehender Umstand, z. B. ob die Waaren im Auslande der Confiscation unterworfen sein können (einheimische Contrebande fällt an sich weg); ob sie leicht verderblich oder feuergefährlich u. dergl.[3]); ferner, wenn die Versicherung nach der Abreise genommen wird, keine Nachrichten, die dem Versicherten über das schon abgesegelte Schiff bereits zugekommen sind[4]). Es gehört dazu auch: b) daß die angezeigten Umstände wahr sind oder doch wirklich eintreten. — Wird ein Umstand verschwiegen oder unrichtig angegeben, der auf den Entschluß des Versicherers hätte Einfluß haben können, was Sachkundige zu ermessen haben, so ist der Versicherer von aller Verbindlichkeit frei und die Prämie verfallen[5]); ist ein unrichtiger Umstand als Bedingung ausgedrückt, so ist der Vertrag unverbindlich, wenn auch der Umstand nicht von solcher Bedeutung sein sollte. 3) Von dem Eintritte ungünstiger Umstände während der Reise, und von dem des Unfalls, sobald er davon Nachricht erhält, bei Verlust seines Rechts dem Versicherer Anzeige zu machen und nach dessen Anweisung zu verfahren; sodann aber den durch den fraglichen Unfall entstandenen Schaden und sein Interesse an der Sache darzuthun[6]). II. Der Versicherer ist hauptsächlich den Schaden, welcher bei der übernommenen Gefahr an der versicherten Sache entstanden ist, zu vergüten verbunden. 1) Ist bei See- und Stromversicherungen die Art der Gefahr nicht bezeichnet, so begreift man unter der übernommenen Gefahr alle äußeren Unfälle, die sich während der Reise ereignen, nicht nur solche, die durch Wind und Wetter verursacht werden, sondern auch alle übrigen, als: Feuersnoth, An- und Uebersegeln, Repressalien, Embargo, Kaperei und Seeräuberei, Diebstahl u. dergl. Gleichgiltig ist dabei, ob die Entstehung der Unfälle in einer höhern Gewalt oder in der Schuld eines Dritten liegt, selbst wenn die eigenen Leute des Versicherten

---

standene Vorrecht ist in Wegfall gekommen. Conc.Ordn. vom 8. Mai 1855, §§. 65—69.

2) A. L.R. a. a. O. §§. 2024 u. flg. Dabei haftet der Versicherte für ein mäßiges Versehen. A. L.R. I, 11, §§. 539—545.

3) S. darüber die ausführlichen Vorschriften A. L.R. II, 8, §§. 2024—2052.

4) Um sich in dieser Beziehung zu sichern, pflegt der Versicherer in der Police die Clausel beizufügen: auf schlimme oder gute Nachrichten. Vergl. §. 2208 daf.

5) A. L.R. a. a. O. §§. 2026 ff. Wenn auch nur aus geringem Versehen. Arg. §§. 2028, 2029.

6) Ebend. §§. 2117 flg., 2164—2170.

an dem Schaden schuld sind (baratterie)[7]), wenn nur der Versicherte kein grobes Versehen bei der Auswahl begangen hat. Dagegen haftet der Versicherer nicht für den durch den ordentlichen Gebrauch entstehenden Schaden, sowie für den durch innern Verderb und Krankheit und für den an Waaren durch schlechte Verpackung oder durch Ungeziefer verursachten Schaden[8]). Die Verabredungen über die Art der Gefahr geschehen gewöhnlich auf allgemeine Weise durch die Pläne der Assecuranzcompagnie, worin die Gefahren, welche die Compagnie übernehmen will, aufgezählt und die s. g. Clauseln, die in der Police gebraucht werden, erklärt sind. Den Inhalt solcher Pläne nennt man die beständigen Bedingungen[8a]). Diese können durch besondere Verabredung abgeändert werden. 2) Ist über die Zeit der Gefahr nichts verabredet, so muß der Versicherer die Gefahr während der Reise tragen. a) Bei der Cascoversicherung auf die Hinreise fängt die Gefahr an mit der Ladung und hört auf mit Vollendung der Löschung[9]). Ist zugleich auch für die Rückreise die Gefahr übernommen, so muß dieselbe auch während des Aufenthalts im Bestimmungsorte bis zur beendigten Losung der Rückfracht getragen werden; ist jede Reise besonders versichert, so fängt die Gefahr der Rückreise an mit der Einnehmung von Rückladung, wenn auch die Fracht noch nicht völlig gelöscht wäre; ist bei der Cascoversicherung die Gefahr nicht ausdrücklich auf die Hinreise beschränkt, so geht die Versicherung auf die Hin- und Rückreise[10]). b) Bei Waarenversicherungen fängt die Gefahr an, wenn die Waaren vom Lande scheiden, und endet mit der Wiederanlandung, oder, wenn die Löschung Hindernisse findet, mit dem 21. Tage nach der Ankunft des Schiffes[11]). 3) Nur der erwiesene Schade ist zu vergüten, unter der

---

7) Andere Rechte, z. B. das französische und englische, lassen in diesem Falle den Versicherer nicht haften. (Z. A.) Barattaria, crimen barattariae ist ein bei den ital. Juristen später üblicher Ausdruck für Bestechung und wird seitens der einen von baractum (permutatio pecuniae cum justitia, nach Bossii tract. var. tit. de official. corrupt. nr. 2), seitens anderer von barractos (Betrug in der Sprache des Mittelalters) abgeleitet. Von der zweiten Ableitung kommt der Ausdruck im Seerechte her, wo er jedes treulose und vorsätzlich pflichtwidrige Benehmen des Schiffers (Capitäns) bedeutet.

8) A. L.R. a. a. O. §§. 2209—2234.

8a) S. das Muster in m. Formularbuche (4. Ausg.), No. LVIII, 2.

9) A. L.R. a. a. O. §§. 2179—2181. — Einige Rechte, namentlich das französische, russische und spanische, bestimmen abweichend davon, daß die Gefahr nur zwischen dem Lichten und Werfen der Anker zu tragen.

10) Ebend. §§. 2182, 2183, 2192. — Auch während des Aufenthalts in einem Nothhafen muß der Versicherer einstehen.

11) Ebend. §§. 2184—2190. — Nach englischem und russischem R. fängt die Gefahr an, wenn die Waaren am Bord des Hauptschiffs anlangen, und hört auf, sobald sie wieder über Bord gebracht sind.

Voraussetzung, daß der Versicherte die schuldige Anzeige gethan hat (Note 6). Zum Nachweise des Schadens gehört: a) Der Beweis, daß ein Schade geschehen. Dazu dienen: Urkunden (Seeprotest, Schiffsjournal); das Urtel des Prisengerichts bei der Kaperei; die Dispache und endlich gewisse Präsumtionen in dem Falle, wenn von dem Schiffe gar keine Nachrichten einlaufen[12]). b) Der Beweis, daß der Versicherte dabei interessire. Beweismittel dazu sind bei Waarenversicherungen das Connoissement, bei Cascoversicherungen der Beilbrief. In den Fällen bedarf es dieses Beweises nicht, wo nach der Verabredung der Versicherte zur Einforderung der Entschädigungssumme berechtigt sein soll. Dieses wird angenommen, wenn die Police die Clausel enthält: auf Interesse oder Nichtinteresse[13]), oder: im Schadensfalle nur die Police vorzuzeigen[13a]). c) Der Beweis, daß der Versicherer den Schaden zu tragen hat. Darüber kann nur der Inhalt der Police, nach den allgemeinen Auslegungsregeln, Auskunft geben. d) Bestimmung der Vergütigungssumme. Dabei sind die beiden Hauptfälle zu unterscheiden: ob die Sache von einem Totalschaden oder nur von einem Partialschaden (Haverie) betroffen worden. aa) Unter Totalschaden versteht man einen solchen Schaden, durch welchen die Sache ganz oder doch größtentheils verloren gegangen, und welcher von Schiff, Fracht und Ladung gemeinschaftlich getragen werden muß (Haverie grosse). Fälle dieser Art sind: α) der Schiffbruch und die Unbrauchbarwerdung des Schiffs zur Fortsetzung der Reise durch innern Verderb, wenn die Wiederherstellungskosten mehr betragen, als das Schiff, nach der Reparatur, den Werth des Wracks abgerechnet, werth sein würde[14]); β) die Nehmung und der Arrest von hoher Hand, wenn dessen Befreiung ungewiß und weitaussehend ist[15]); γ) wenn alle Nachrichten ausbleiben (präsumtiver Untergang)[16]). In diesen Fällen kann der Versicherte die volle Versicherungssumme fordern, wenn auch etwas übrig geblieben ist;

12) Ebend. §§. 2175—2178. Die Gesetze bestimmen gewisse Fristen, nach deren Verlauf das Schiff für verloren angenommen wird. Das A. L.R. setzt, nach der Größe der Reise, 3, 6 Monate, auch 1 und 3 Jahre fest. §§. 2311, 2312, 2314—2320 daf.

13) Ebend. §. 1995. Dadurch soll bloß die Beweislast dem Versicherer zugewendet werden. §. 1996 daf.

13a) Diese Clausel berechtigt nur, aber verpflichtet nicht zur Zahlung ohne Legitimation. §. 2281 daf.

14) Ebend. §§. 2304, 2306, 2307.

15) Ebend. §. 2308. Bezieht sich auf das Embargo und auf die Captur.

16) Ebend. §§. 2304, 2305. Wird durch den Eid des Versicherten festgestellt.

muß aber dagegen alle seine Rechte in Beziehung auf den versicherten Gegenstand dem Versicherer überlassen (abandonniren)[17]. Das Abandonnement muß gerichtlich, oder durch einen Notarius oder einen vereideten Mäkler angedeutet werden, unbedingt und nicht theilweise geschehen, wenngleich der Gegenstand nicht zum vollen Werthe versichert gewesen wäre[18], und ist unwiderruflich[19]. Bei Festsetzung der vollen Versicherungssumme kommt es darauf an, ob die Police eine taxirte oder eine offene ist. Im erstern Falle ergibt sich der Belauf von selbst, und wenn der Versicherer die angenommene Taxe nicht bezahlen will, muß er den Minderwerth beweisen[20]; im andern Falle wird der Gegenstand nach den bei der Haverei eintretenden Regeln ausgemittelt[21]. Uebrigens kommen bei Totalschäden dem Versicherer in der Regel gewisse Procente (gewöhnlich zwei) zu Gute[22]; und dem Versicherten steht frei, statt zu abandonniren, eine Havereirechnung zu machen. bb) Bei dem Partialschaden ist zunächst darauf zu sehen, ob der Versicherer solchen zu tragen schuldig ist. Dieses ist nicht der Fall, wenn die Police die Clausel enthält: frei von Beschädigung bei glücklicher Ankunft des Schiffs, oder: frei von Haverei[23]. Wird auch der Partialschade ersetzt, so kann gefordert werden: der Werth des Verlorenen, und alle außerordentlichen, durch den Unfall nöthig gewordenen Kosten. Ist über den Betrag bereits eine Dispache aufgemacht, so tritt der Versicherer in die Stelle des Versicherten. Der Werth des Verlorenen wird bei einer offenen Police wie bei der Haverei ausgemittelt[24]; bei einer taxirten Police findet, wenn die Taxe unter dem Werthe der Sache ist, ein anderes Verfahren statt. α) Bei Schiffen wird ein Kostenanschlag gemacht, davon der Betrag für die durch natürliche Abnutzung nöthig gewordenen Reparaturen abgezogen, und der Rest nach Verhältnis der gezeichneten Summe

17) Ebend. §§. 2242, 2304, 2309.

18) Manche Rechte gestatten hier ein theilweises Abandon.

19) A. L.R. a. a. O. §§. 2322—2329. — Das Abandon überträgt Eigenthum und Forderungen.

20) Ebend. §. 2242. Der in der taxirten Police angenommene Werth ist zugleich die Versicherungssumme als die äußerste Grenze der Verbindlichkeit des Versicherers, wenn auch der Werth höher ist; fehlt es an einer durch Zahlen ausgedrückten Versicherungssumme, so ist der Werth der Sache maßgebend.

21) Ebend. §. 2244. Anders bei Lebensversicherungen, wo die Angabe der zu zahlenden Summe ein zur Perfection des Vertrags gehöriges Erfordernis ist. §. 2089. Nicht bei Freiheitsversicherungen. §. 2291.

22) Ebend. §§. 2282, 2288. Ausnahmen: §§. 2313, 2315, 2318.

23) Ebend. §. 2103. — Haverie particulière sind solche Schäden, welche vom Schiffe oder Gute allein zu tragen sind (nicht gemeinschaftliche).

24) Ebend. §§. 2246, 2249 u. flg.

zum Werthe aus der Zeit der Versicherung von dem Versicherer vergütet[25]). β) Bei Waaren wird der Belauf des Schadens durch Vergleichung der aus dem öffentlichen Verkaufe der beschädigten Stücke gelösten Summe mit dem baaren Marktpreise des Bestimmungsorts, oder, wenn der Verkauf in einem Nothhafen geschieht, mit dem Einkaufspreise, dem die bisherigen Unkosten zugerechnet werden, ausgemittelt. Die Differenz bezahlt der Versicherer; wenn aber die gezeichnete Summe geringer ist, so wird der Schade zwischen ihm und dem Eigenthümer, nach Verhältnis der Versicherungssumme zum Werthe, getheilt[26]). γ) Bei Frachtversicherungen wird die bedungen gewesene Fracht und die kleine Haverei nachgewiesen. Was der Versicherte weniger erhält, muß ihm der Versicherer vergüten; beträgt solches mehr als die gezeichnete Summe, so zahlt er wieder nur einen verhältnismäßigen Theil[27]). Ein unbedeutender Schade, wofür bei verderblichen Waaren ein Schade von zehn Procent, und bei andern Gegenständen ein Schade unter drei Procent der Versicherungssumme gilt, wird gar nicht vergütet[28]). 4) Die Zahlung der ausgemittelten Vergütigungssumme ist in der Regel zwei Monate nach der Andeutung und, wenn bis dahin die Ausmittelung nicht vollendet ist, acht Tage nach der angelegten Dispache fällig; von da laufen Verzugszinsen[29]).

§. 694.

c) Aufhebung des Verhältnisses.

I. Besondere Gründe zur Aufhebung der rechtlichen Wirkungen des Contracts sind: 1) Unrichtigkeit der Angaben des Versicherten bei der Versicherung[1]), und Nichterfüllung der Versprechungen bezüglich auf die Anstalten und Ausführung der Reise[2]). Ist die Abweichung durch Zuthun des Versicherers oder durch Zufall verursacht, so bleibt der Vertrag wirksam, aber der Versicherer kann nach Umständen eine Erhöhung der Prämie fordern[3]). 2) Doppelte

25) Ebend. §§. 2247, 2270, 2264. Das Verfahren bestimmen die §§. 2248 ff.

26) Ebend. §§. 2249, 2254, 2265 — 2268.

27) Ebend. §§. 2271 — 2273. Der Versicherte ist in allen solchen Fällen, auf den Belauf des Mehrwerths über die Versicherungssumme, sein eigener Mitversicherer, und trägt deshalb insoweit selbst Gefahr und Schäden.

28) Ebend. §. 2274. — Diese Quote kann nicht etwa abgezogen werden, wenn der Schade mehr beträgt, wohl aber kann der Versicherer von der ganzen Vergütungssumme zwei Procent abziehen. §. 2282 d. T.

29) Ebend. §§. 2283 — 2299.

1) A. L.R. a. a. O. §§. 2002, 2026, 2030 — 2032, 2041, 2075, 2078.

2) Ebend. §§. 2031, 2043, 2044, 2117, 2118, 2121, 2122, 2127, 2135, 2139, 2145, 2152 — 2164.

3) Ebend. §§. 2124 — 2135. — Die Zulage wird eventuell durch Sach-

Versicherung des Gegenstandes. Ist die zweite Versicherung aus bösem Vorsatze geschehen, so sind beide Versicherungen für den Versicherer unverbindlich; nicht aber für den Versicherten, d. h. er muß sämtliche Prämien zahlen und wird noch als Betrüger bestraft[4]). Außer dem Falle des bösen Vorsatzes ist die zweite und folgende Versicherung, soweit als sie den Werth des Gegenstandes übersteigt, ungiltig[5]). 3) Wenn die Gefahr zufällig gar nicht eintritt, z. E. wenn die Reise ohne Schuld des Versicherten[6]) gar nicht gemacht, oder zwar gemacht wird, unterdessen aber die Gefahr, gegen welche Versicherung genommen worden ist, z. B. Kriegsgefahr, gar nicht entsteht. Dieser Grundsatz ist gegen die allgemeine Rechtsregel durch Seegebrauch eingeführt; damit aber der Versicherer darunter nicht leide, gestattet man ihm in allen Fällen, wo ohne sein Zuthun der Vertrag aufgehoben und die Prämie zurückgezahlt wird, also sowohl, wenn die Gefahr nicht eintritt, als auch im Falle der doppelten Versicherung, den Abzug eines halben Procents von dem versicherten Capitale, wenn die Prämie selbst nicht über zwei Procent beträgt, eines Viertels der Prämie, als Entschädigung, welche man Ristorno nennt, für seine Bemühungen und Geldanschaffungen[7]). Wird die Gefahr durch zufällig verhinderte Fortsetzung der Unternehmung vermindert, und ist noch kein Schade zu vergüten, so kann Herabsetzung der Prämie gefordert werden[8]). War die Gefahr zur Zeit der Versicherung schon vorüber und wußten beide Theile davon nichts, so ist der Vertrag ungiltig und die Prämie wird zurückgezahlt[9]); wußte der Versicherer oder hatte er wahrscheinliche Nachricht, daß die Sache bereits in Sicherheit, oder die Gefahr ganz überstanden sei, so wird er überdies um den doppelten Betrag der Prämie bestraft[10]). Wußte der Versicherte oder hatte er Nachricht, daß der versicherte Gegenstand schon verunglückt oder beschä-

verständige nach dem zur Zeit des Antrittes der Reise gangbaren Satze bestimmt. §. 2130 d. T.

4) Ebend. §. 2002. — Das neue Strafgesetzbuch kennt den Fall nicht; unter den neuen Begriff des Betruges fällt er auch nicht.

5) Ebend. §§. 2003—2008. In diesem Falle steht das grobe Versehen dem Vorsatze nicht gleich.

6) Hat er erhebliche Gründe, die Unternehmung einzustellen, so wird keine Schuld angenommen, wenn nicht arglistig gehandelt wird. §. 2337 daf. Nach einigen Rechten wird unbedingt der Rücktritt gestattet, wenn die Unternehmung unterbleibt.

7) A. L.R. a. a. O. §§. 2333—2345, 2202.

8) Ebend. §§. 2339—2342. Darüber sollen Schiedsrichter entscheiden.

9) Ebend. §§. 2200, 2202, 2208.

10) Ebend. §. 2025. — Wer die Strafe erhalten soll, ist nicht bestimmt; vermuthlich der Fiscus.

digt war, so ist der Vertrag für den Versicherer unverbindlich, der Versicherte aber ist daraus zur Zahlung der Prämie verbunden und wird als Betrüger bestraft[11]). Daß er Nachricht gehabt habe, wird aus gewissen Umständen nach Ablauf eines bestimmten Termins vermuthet[12]). 4) Concurs über das Vermögen des Versicherers[13]). Der Bankerot des Versicherten gibt dem wegen der Prämie noch nicht befriedigten Versicherer nicht das Recht zum Rücktritte; der Versicherer hat nur, wenn binnen den ersten 30 Tagen nach der Versicherung der Concurs ausbricht, das Vorrecht der zweiten Classe an der versicherten Sache, bei späterem Ausbruche das der vierten Classe und das Compensationsrecht[14]). II. Die aus dem Vertrage entstandenen Forderungen erlöschen durch Verjährung und zwar: 1) die des Versicherers wegen der Prämie und des Ristorno in der gewöhnlichen Zeit; 2) die des Versicherten, nach Verschiedenheit der Entfernungen des Orts, wo der Schade geschehen, in einer kürzeren Zeit von 6 Monaten bis 2 Jahren, welche Fristen anfangen, bei einem Totalschaden, vom Empfange vollständiger Nachrichten über die Hauptumstände, und wenn ein Abandonnement erfolgt, vom Tage der Andeutung desselben; in allen übrigen Fällen von da, wo der Schade soweit liquid geworden ist, daß die Klage hätte angestellt werden können[15]).

§. 695.

3. Versicherung gegen Gefahren zu Lande.

Persil, des assurances terrestres, suivi des statuts de diverses sociétés. Paris 1835.

I. Der Hauptunterschied zwischen der See- und Landassecuranz liegt in der Natur der Gefahren, gegen welche Versicherung genommen wird. Die gewöhnlichen Landversicherungen sind: 1) Versicherungen gegen Feuersgefahr[1]). Ueber die Mobiliarversiche-

11) Ebend. §§. 2200, 2026, 2028. Dieser Fall fällt unter den Begriff des neuen Strafgesetzbuchs §. 241 vom Betruge.

12) A. L.R. a. a. O. §§. 2203—2208. Die Indicien sind nicht mehr passend.

13) Ebend. §§. 2012—2015.

14) Ebend. §§. 2115, 2116. Vergl. oben §. 367, Bd. I, S. 614 u. §. 496.

15) A. L.R. a. a. O. §§. 2346—2358. Nach andern Rechten fängt die Verjährung von Zeit des geschehenen Unglücks an; überall pflegen für die Klagen des Versicherten kurze Verjährungen bestimmt zu sein. Offenbar ist dabei die Bestimmung des Anfangs vom Tage der empfangenen Nachricht angemessener.

1) A. L.R. a. a. O. §§. 2056—2063, 2235—2241. — Beurtheilung der vorzüglichsten in Deutschland gebräuchlichen Arten der Versicherung gegen Feuersgefahr. Leipzig 1821. — Dorninger, über Feuerversicherungsanstalten. Wien 1822.

rung ist ein besonderes Gesetz erlassen[2]); für die Immobiliarversicherung hat jede Provinz ihre eigenen Gesetze und Reglements[3]). 2) Lebensversicherungen[4]); 3) Versicherung gegen Viehseuche[5]); 4) gegen Hagelschlag[6]). II. Im wesentlichen gelten von den Landversicherungen eben dieselben Grundsätze, wie von der Seeassecuranz; Abweichungen davon ergeben sich entweder aus der Natur der Gefahr, gegen welche Versicherung genommen wird, oder sind durch die besondern Reglements positiv vorgeschrieben; namentlich findet sich ein Zwang zur Vieh- und Immobiliarversicherung in manchen Provinzialgesetzen angeordnet.

Zweite Classe.

Verträge, welche zur Erfüllung eine Fortsetzung oder Wiederholung der Leistung durch eine bestimmte Zeit fordern.

I. Der Mieth- und Pachtcontract.

A. L.R. I, 21, §§. 258—625. — Scheidlein, Abhandlung über den Mieth- und Pachtvertrag nach dem österreichischen bürgerlichen Gesetzbuche, in Vergleichung mit dem römischen Civilrechte, dem preußischen Landrechte und dem französischen Civilcodex. Wien 1819.

A. Das Allgemeine.

§. 696.

1. Begriff, Erfordernisse und Arten.

I. Miethe oder Pacht (locatio conductio) ist der Vertrag, wodurch der eine dem andern gegen Vergeltung eine Sache zum Gebrauche oder zur Benutzung zu übergeben, oder Dienste zu leisten verspricht[1]). II. Die Bestandtheile sind: 1) eine bestimmte Sache, deren Gebrauch oder Benutzung verschafft werden soll (Sachmiethe,

2) Gesetz über das Mobiliar-Feuerversicherungswesen, vom 8. Mai 1837 (G.S. S. 108). — Verf. des Min. des Inn. u. d. Pol., betreffend die Ausführung des Gesetzes vom 10. Juni 1837 (Annal. Bd. XXI, S. 503). — Brüggemann, die Mobiliarversicherung in Preußen, nach dem Gesetze vom 8. Mai 1837. 2. Aufl.

3) Man findet sie verzeichnet in den Ergänzungen zum A. L.R. II, 8, Abschn. XIII.

4) A. L.R. II, 8, §§. 1968—1974, 2089, 2152—2154. Benecke, Bd. IV, S. 537.

5) Gesetz über die Versicherungsgesellschaften der Provinz Schlesien zur Verhütung der durch die Rindviehseuche veranlaßten Verluste, vom 30. Juni 1841 (G.S. S. 285). — Reglem. zur Ausführung desselben, vom 23. April 1842 (Breslauer Amtsbl. 1842, S. 4).

6) Statuten für Ostpreußen, vom 9. September 1820 (v. Kamptz, Annalen, Jahrg. 1820, S. 574). — Berg, Handbuch des Pol.Rechts, Bd. III, S. 299.

1) A. L.R. I, 21, §§. 258, 259. — L. 2 D. locati cond. (XIX, 2).

locatio conductio rerum), oder ein bestimmter Dienst, dessen Leistung zugesagt wird (locatio conductio operarum, Dienstmiethe). Von der Sache und deren Eigenschaften gelten dieselben Regeln, wie bei dem Leihcontracte (§. 644), es gehört daher zu den Essentialien eines durch Uebergabe noch nicht vollzogenen Pacht- oder Miethcontracts, daß die Nutzungsperiode auf irgend eine Weise in dem Vertrage selbst bestimmt sei [1a]); und hinsichtlich der Dienste gilt im heutigen Rechte kein Unterschied nach der Natur der Handlungen, indem auch solche Dienste, welche die Römer liberale nannten, Gegenstand der Verdingung sein können [2]). 2) Ein bestimmter Preis, in der Regel in Gelde [3]), ausgenommen wenn die Nutzungen einer Sache gemiethet sind, wo der Preis in von der Sache gewonnenen Früchten bestehen kann (locatio partiaria) [4]). Er muß alle Eigenschaften des Kaufpreises haben [5]), mithin bestimmt, wahr und ernstlich gemeint sein. III. Nach dem Gegenstande unterscheidet man Sachmiethe und Dienstmiethe. 1) Die Sachmiethe zerfällt in die Miethe und in die Pacht, je nachdem der Gegenstand nur Gebrauch gestattet oder auch Früchte und Nutzungen bringt [5a]). Im Zweifel wird bei städtischen Grundstücken Miethe und bei Landgütern Pacht angenommen [6]); bei Vermischung der Gegenstände kommen die Regeln von der Miethe und von der Pacht, je nach der Beschaffenheit der fraglichen Sache, zur Anwendung, und wo damit nicht durchzukommen, wird die Frage nach Maßgabe der Sache, auf welche die Parteien bei dem Vertrage hauptsächlich gesehen haben, nach den Grundsätzen entweder der Miethe oder der Pacht entschieden [7]). 2) Die Dienstmiethe hat entweder eine

---

1a) Pr. des Obertrib. 2061, vom 29. Sept. 1848, in der Sache Effenbart w. Junius, $^{81}/_{291}$ III, 48. Ist nemlich die Uebergabe ohne solche Bestimmung geleistet, so hat dadurch der Contract aus der gesetzlichen Bestimmung §. 340 seine Ergänzung erhalten.

2) Die persecutio extraordinaria, womit das Honorar eingefordert wurde, fällt daher heutzutage weg und an deren Stelle tritt die ordentliche Contractsklage. Recht der Ford. Bd. III, S. 284.

3) A. L.R. a. a. O. §§. 258, 262. — L. 1, §. 9 D. depositi (XVI, 3).

4) A. L.R. a. a. O. §§. 264—266. — L. 21 C. locati (IV, 65).

5) A. L.R. a. a. O. §. 263. — L. 2 pr. D. locati (XIX, 2). S. oben §. 674, IV.

5a) (3. A.) Die Pacht setzt mithin eine fruchttragende Sache, welche der Uebernehmer durch Fruchtgewinnung nutzen soll, voraus. A. L.R. a. a. O. §. 260. Wenn daher z. B. ein Garten zum Betriebe eines Restaurationsgeschäftes oder Schankgewerbes ausgethan wird, so ist das Rechtsgeschäft nicht Pacht, sondern Miethe. Vergl. Erk. des Obertrib. vom 9. Mai 1855 (Entscheid. Bd. XXXI, S. 414).

6) A. L.R. a. a. O. §§. 258, 259, 261. — Klein's Annal., Bd. I, S. 119.

7) Simon's Rechtssprüche, Bd. III, S. 537 flg.

ganze Classe von Dienstleistungen ohne nähere Bestimmung der einzelnen Handlungen, oder in sich oder nach der Aufgabe bestimmte und abgeschlossene Verrichtungen zum Gegenstande. In dem erstern Falle ist schlechthin Dienstmiethe (locatio conductio operarum, locatae operae) vorhanden und der Vertrag heißt Lohn- oder Dienstcontract; in dem andern Falle aber, wo eine bestimmte Aufgabe, z. E. die Herstellung eines Baues oder die Abfassung eines literarischen Werks nach einer angegebenen Idee, vorgeschrieben ist, läßt sich das Rechtsgeschäft entweder als Dienstmiethe oder als Verdingung eines Werks (locatio conductio operis, opus locatum) abschließen, je nachdem die einzelnen Verrichtungen gemiethet und bezahlt werden oder das Werk als Ganzes der Gegenstand der Verabredung ist. In diesem Falle ist der Arbeiter Miether (redemtor operis) und der Besteller Vermiether (Verdinger) [8]), und der Vertrag heißt Verdingungscontract.

§. 697.

2. Eingehung.

I. Der Vertrag ist ein Consensualcontract und erfordert in der Regel die schriftliche Form bei einem jährlichen Miethspreise von mehr als 50 Thlrn.; ist aber bei der Sachmiethe die Uebergabe erfolgt, so gilt der bloß mündlich verabredete Contract auf eine Miethsperiode, wenn diese jedoch über ein Jahr beträgt, nur auf Ein Jahr [1]). Uebersteigt der jährliche Miethspreis die Summe von 50 Thlrn. nicht, so macht es keinen Unterschied, ob die Dauer durch eine gewisse Zahl von Jahren oder mit Beziehung auf ein Ereignis, z. B. auf die Lebenszeit eines Betheiligten, verabredet worden ist [1a]). In Fällen, wo auf die Form nichts ankommt und die Miethspreise durch eine Taxe oder durch den Gebrauch feststehen und bekannt sind, kann der Vertrag auch durch Handlungen (stillschweigend) geschlossen werden. II. Die Fortsetzung oder Erneuerung des durch Ablauf der Zeit beendigten Verhältnisses heißt Relocation. 1) Sie ist ein neuer Vertrag [2]) und kann, nach Pr. R., bei einem durch Kündigung oder Vergleich aufgehobenen Contracte

8) L. 22, §. 1 D. eod.; L. 1 pr. D. de aestimatoria (XIX, 3).

1) A. L. R. a. a. O. §§. 267—269. — Vergl. oben §. 661, I, 3 und die Note 11a.

1a) Ang. von dem III. Senat des Obertrib. am 24. April 1849 in Sachen Priebe w. Mampe, $^{862}/_{3390}$ III, 48.

2) L. 14; L. 13, §. 11 D. locati (XIX, 2).

überhaupt nicht stillschweigend[2a]), bei einem durch Ablauf des festgesetzten Termins beendeten Contracte aber nicht durchaus stillschweigend, d. h. durch stillschweigendes Behalten der Sache, abgeschlossen werden[3]), vielmehr muß noch eine Erklärung durch Worte dazu kommen; es genügt indes a) das Anbieten und das Nehmen der Zahlung eines ferneren Zinses, wobei dann die wörtliche Versagung der Verlängerung von Seiten des Zahlungsnehmers als ein Widerspruch in sich nichts ausmacht[4]); und b) bei der Pacht auch die einseitige, erst nach Ablauf der Pachtzeit gegebene Erklärung des Pächters, daß er die Pacht fortsetzen wolle, im Falle dazu der Verpächter 14 Tage stillschweigt[5]). 2) Die Dauer der solchergestalt formlos abgeschlossenen Relocation ist, im Falle der erste Contract die vorgeschriebene Form hatte: a) bei Miethen und solchen Pachtungen, deren Gegenstand nicht Landwirthschaften sind, auf Eine Miethsperiode, also: bei monatsweiser Miethe Ein Monat, bei jährlicher Miethe Ein Jahr, bei einer Miethe, welche auf mehrere Jahre für einen im ganzen bedungenen Preis geschlossen ist, wieder auf so lange; b) bei Pachtungen landwirthschaftlicher Grundstücke so lange, daß der Pächter sämtliche Felder, nach Maßgabe der Feldereintheilung, nach landüblichem Wirthschaftsbrauche nutzen kann[6]). 3) War der erste Contract nicht in der vorgeschriebenen Form geschlossen, so gibt die stillschweigende Relocation keinen länger giltigen Contract, als die mündliche Uebereinkunft in Verbindung mit der Uebergabe[7]), weil sonst das A. L.R. mit seinen Vorschriften über die Folgen des Mangels der Form in Widerspruch kommen würde.

2a) Pr. des Obertrib. 104, vom 22. Februar 1836, und Erk. vom 15. September 1856 (Entsch. Bd. XXXIV, S. 167).

3) Anders nach L. 13, §. 11 D. eod.; L. 16, 7 C. eod. (IV, 65). Ueber die Dauer bei landwirthschaftlichen Grundstücken ist Meinungsverschiedenheit.

4) A. L.R. a. a. O. §. 327. Vergl. den Rechtsfall in Jurist. Wochenschrift 1840, S. 283.

5) A. L.R. a. a. O. §. 326. Die vor Ablauf der Pachtzeit gemachte Erklärung bleibt ohne Wirkung, wenn auch der Verpächter stillschweigt. Pr. 1438, vom 10. Mai 1844.

6) A. L.R. a. a. O. §§. 329—331. — C.O. vom 9. Januar 1812 (G.S. S. 4). Die Sätze werden bezweifelt. S. Recht der Forder. §. 345, Bd. III, S. 737.

7) A. L.R. a. a. O. §§. 269, 402, 406. S. oben den Text zu Note 1. Die stillschweigende Verlängerung des Pachtverhältnisses nach dem mündlichen Vertrage wird durch die Vorschrift des §. 269 d. T. nicht ausgeschlossen. Pr. 1259, vom 10. Januar 1843.

§. 698.

3. Verbindlichkeiten der Parteien.

I. Der Vermiether muß vorleisten. 1) Die Hauptverbindlichkeit bei der Sachmiethe ist die Verschaffung des Gebrauchs und der Benutzung der bestimmten Sache (usus rei praestatio), wozu die Uebergabe der Sache[1]), die Gewährung derselben oder Gewährleistung für die Entziehung durch einen Dritten wegen Mangels an dem Rechte des Vermiethers[2]), und die vertragsmäßige[2a]) Brauchbarkeit der Sache während der Dauer der Miethszeit[3]) gehört, daher der Miether eine unbrauchbare Sache nicht anzunehmen braucht oder, wenn er sie angenommen hat, auf Kosten des Vermiethers herstellen lassen, sowie die später unbrauchbar gewordene Sache, deren Instandsetzung der Vermiether, dazu aufgefordert, unterläßt, zurückgeben und sein Interesse fordern kann[4]). Macht der Miether oder Pächter, welchem die vermiethete oder verpachtete Sache unvollständig überliefert wird, von dem Rechte des Rücktritts nicht Gebrauch, so hat er, um den Verpächter oder Vermiether zum Ersatze des Interesses anzuhalten, nicht nöthig, denselben zugleich oder vorher auf Instandsetzung zu belangen; vielmehr kann er, ohne solche Klage auf Instandsetzung und ohne Rücktrittserklärung, jenen Schaden gegen den Verpächter oder Vermiether besonders einklagen[4a]). Die Ansprüche auf Entschädigung gegen den Vermiether, weil er die vermiethete Sache nicht in brauchbarem Stande erhalten, unterliegen der kürzeren Verjährung nur insoweit, als sie außerhalb der von der Anstellung der gerichtlichen Klage zurückzurechnenden Zeit fallen[4b]). 2) Nebenleistungen sind: a) Erstattung der auf die Erhaltung der Sache, welche der Vermiether brauchbar zu erhalten schuldig ist, verwendeten nothwendigen und nützlichen Ko-

---

1) A. L.R. a. a. O. §§. 272, 418. — L. 15, §. 1; L. 19, §. 2 D. eodem.

2) A. L.R. a. a. O. §§. 355, 360, 419. — L. 7, 8, 9 pr., 15, §. 8 D. eodem.

2a) Bei der Frage: ob die Sache im brauchbaren Stande überliefert worden oder nicht, und ob also der Miether die Annahme verweigern und von dem Vertrage abgehen kann, ist auf den im Contracte ausbedungenen Zustand der vermietheten Sache zu sehen; und es kommt nicht darauf an, ob nach der Meinung Sachverständiger, ungeachtet der Zustand der Sache nicht überall dem Contracte entspricht, derselbe im allgemeinen ein brauchbarer sei. Pr. 1178, vom 29. August 1842.

3) A. L.R. a. a. O. §§. 272, 291. — L. 15, §. 1; L. 25, §. 2; L. 27 pr., §. 1; L. 58, §. 2 D. eod.

4) A. L.R. a. a. O. §§. 273, 364, 365. — L. 25, §. 2 D. eodem.

4a) Pr. des Obertrib. 1614, vom 25. September 1845.

4b) Entsch. des Obertrib. Bd. XIV, S. 282.

sten[5]), und bei Miethungen auch Ersatz der auf der Sache selbst, nicht bloß auf dem Gebrauche, haftenden Lasten und Abgaben[6]). Bei Pachtungen ohne Anschlag (in Bausch und Bogen) muß der Pächter die ordentlichen Lasten und Abgaben von der Sache tragen, die von den Früchten trägt er immer; bei Pachtungen nach einem Anschlage trägt er nur die von dem Ertrage abgezogenen Lasten[7]). Die Einquartierung gehört zu den außerordentlichen Lasten und wird im Frieden von dem Vermiether und Verpächter ganz getragen; im Kriege werden die Verpflegungskosten von beiden Theilen gemeinschaftlich getragen, jedoch bei der Landgüterpacht nur dann, wenn die Verpflegung nicht ganz unbedeutend ist, indem für geringe Einquartierung, welche nicht über drei Tage dauert, der Pächter von dem Verpächter nichts zu fordern hat[8]). b) Schadenersatz für die durch Versehen und Ungeschicklichkeit, selbst durch die Fehlerhaftigkeit der Sache zugefügten Nachtheile, nach Maßgabe der Verschuldung[9]). 3) Nur dem Miether und Pächter selbst und dessen Erben ist der Vermiether alles dieses zu leisten schuldig, nicht dem Singularsuccessor, denn die Cession des Miethsrechts (Sublocation)[9a]) ohne Einwilligung des Vermiethers ist unerlaubt, ausgenommen bei solchen Pachtungen, welche mehrere Wirthschaftsrubriken oder Vorwerke begreifen, wo der Pächter einzelne Rubriken und Vorwerke verafterpachten darf[10]). Die Sublocation ändert

5) A. L.R. a. a. O. §§. 273, 274, 287. — L. 55, §. 1; L. 58, §. ult.; L. 61 pr. D. eod.

6) A. L.R. a. a. O. §. 288. — Nach R. R. allgemein auch bei der Pacht. L. un. §. 3 D. de via publ. (XLIII, 10); L. 13 D. de impensis in res dotal. (XXV, 1); L. 2 C. de annon. (X, 16).

7) A. L.R. a. a. O. §§. 562, 292—295. — Suarez, Vorträge, Jahrb. Bd. XLI, S. 65. Jede Pachtung ohne Anschlag ist eine Pachtung in Bausch und Bogen. Pr. 310, vom 24. Juli 1837.

8) A. L.R. a. a. O. §§. 289, 290, 572. — G.O. vom 24. Juni 1808 und R. vom 2. Juli 1808 (Rabe, Bd. IX, S. 223); G.O. vom 20. Mai 1812 (G.S. S. 42). Das Princip über Tragung der Einquartierungslast ist gemeinrechtlich streitig; das A. L.R. hat die Meinung angenommen, wonach die Last getheilt werden soll. Die in Folge derselben getroffenen Bestimmungen aber, besonders die Maßgabe bei der Landgüterpacht, daß die nicht über drei Tage dauernde Einquartierung der Pächter allein tragen soll, haben vielfache Zweifel veranlaßt. Recht der Ford. §. 346, Bd. III, S. 742.

9) A. L.R. a. a. O. §§. 364, 365, 385, 273; I, 5, §. 155. — S. oben §§. 468, 469. — Vergl. L. 25, §. 7; L. 9, §. 5 D. locati (XIX, 2). Für den durch die fehlerhafte Sache verursachten Schaden haftet der Vermiether, nach L. 45, §. 1 D. eod., und L. 61, §. 5 D. de furtis (XLVII, 2), nur im Falle des Dolus und des groben Versehens.

9a) (3. A.) Eine wesentliche Verschiedenheit zwischen Cession des Miethsrechts und Sublocation ist nicht anzuerkennen.

10) A. L.R. a. a. O. §§. 309, 310, 314. S. oben §. 527 und §. 699 a. E. — Anders nach L. 60 pr. D. locati (XIX, 2); L. 6, 10 C. eod. (IV, 65). — Die Einwilligung des Vermiethers bedarf nicht der schriftlichen Form. Pr. 2029, vom 9. Juni 1848.

nichts in den wechselseitigen Verbindlichkeiten zwischen den Hauptparteien; mithin kann der Verpächter, der z. B. vermöge einer Contractsbestimmung dem Pächter für einen gewissen Fall zur Leistung einer Entschädigung (Remission) verpflichtet ist, diesem Anspruche des Pächters nicht den Einwand entgegenstellen, daß der Pächter die Sache in Unterpacht ausgethan, und daher nicht selbst den Schaden erlitten habe[10a]). 4) Schuldner zu diesen Leistungen ist nicht bloß der Vermiether und dessen Erben, sondern auch der Rechtsnachfolger aus einem besondern Titel, indem die frühere Rechtsregel: Kauf bricht Miethe, aufgehoben ist und die Verbindlichkeit des Vermiethers mit der Sache passiv und activ übergeht, ausgenommen im Falle der nothwendigen Subhastation, wo jedem Theile nach vorheriger Kündigung der Rücktritt zusteht[11]). II. Der Miether und Pächter hat 1) hauptsächlich den Preis zu entrichten und zwar vierteljährlich am Ende der Zeitperiode[12]). Für die Zwischenzeit, durch welche dem Miether ohne sein Zuthun der Gebrauch oder die Nutzung der Sache, wenn auch ohne Schuld des Vermiethers, entzogen wird, fällt der Zins weg, weil jener nur, so viel ihm gewährt wird, zu bezahlen hat; doch wird nicht jedes unbedeutende Hindernis berücksichtigt. Dieserhalb gelten folgende Regeln: a) bei Gebäuden tritt verhältnismäßiger Erlaß ein, wenn der Gebrauch ganz oder theilweise länger als einen Monat entzogen wird; b) bei Pachtungen, deren Gegenstand nicht ein Landgut ist, wird auf Verhinderung der Benutzung unter drei Monaten nicht gesehen; c) bei einem Landgute kann nur dann Nachlaß gefordert werden, wenn das Nutzungsrecht wenigstens ein ganzes Jahr ununterbrochen nicht hat ausgeübt werden können[13]). In allen andern Fällen ist die Erheblichkeit der Verhinderung von dem Richter zu ermessen[14]). 2) Er muß die Sache wie ein guter Hausvater gebrauchen und beziehlich nutzen, auch gegen Beschädigungen schützen[15]), und am Ende der Zeit unbeschädigt, soweit nicht der contractmäßige Gebrauch eine Verschlimmerung von selbst mit sich

10a) A. L.R. §§. 316, 320, 323 d. T. — Pr. 420, vom 12. Febr. 1838.

11) A. L.R. a. a. O. §§. 358, 351—353, 357.

12) Ebend. §. 297. — Nach L. 24, §. 2; L. 30, §. 2; L. 51, §. 1; L. 36 D. eodem erst am Ende der Miethszeit.

13) A. L.R. a. a. O. §§. 299—307. Das richterliche Ermessen fällt hier weg.

14) Nach R. R. ist das richterliche Ermessen in keinem Falle ausgeschlossen, weil die Umstände sich zu mannigfach gestalten. L. 27 pr.; L. 25, §§. 2, 6; L. 24, §. 4 D. eodem.

15) A. L.R. a. a. O. §§. 270, 271. — L. 11, §. 2; L. 25, §. 3; L. 13, §. 7; L. 24, §. 2 D. eodem.

bringt (Abnutzung), pünktlich zurückgeben; bei verzögerter Rückgabe wie ein Verwalter fremder Sachen, und vom Tage der Abforderung wie ein unredlicher Besitzer für Verschlimmerungen und Zuwüchse haften, auch nach Maßgabe seiner Verschuldung das Interesse vergüten, welches bei Miethen, im Falle die Sache ein ganzes Quartal und darüber zurückgehalten worden ist, ohne weiteres auf den Belauf des verabredet gewesenen Zinses angenommen wird, für kürzere Zeiten aber besonders nachzuweisen ist[16]). Das Zurückhaltungsrecht findet nur wegen Verwendungen, welche vertragsmäßig erstattet werden müssen, nicht aus Rechtsgründen, die außerhalb des Vertragsverhältnisses liegen, z. B. wegen Eigenthumsansprüchen, statt[17]). 3) Nebenleistungen sind: a) Verzugszinsen; b) Erstattung des Werths der Sache, welche nicht zurückgegeben werden kann, sowie der Verschlimmerungen, nach Maßgabe der Verschuldung[18]). Bei Feuerschäden muß dem Miether und Pächter die vertretbare Schuld bewiesen werden, weil er bei der dreigliederigen Eintheilung nicht für jedes Versehen haftet[19]). 4) Auch dem Singularsuccessor, auf welchen das Verhältnis von selbst übergeht, ist der Pächter und Miether zu diesen Leistungen verpflichtet[20]); und durch vom Feinde in Kriegszeiten erzwungene Zahlungen auf Zins wird der Miether und Pächter hinsichtlich solcher Termine, womit er nicht im Rückstande war, befreit[21]).

§. 699.

4. Auflösung des Verhältnisses.

Das Rechtsverhältnis nimmt ein Ende: I. durch Ablauf der Zeit[1]); II. durch zufällige Verhinderung des Gebrauchs oder der Benutzung (§. 466); III. durch Eintritt des ungewissen Ereignisses (Bedingung), woran die Dauer gebunden war, doch muß die gesetzliche Kündigungsfrist zur Räumung gelassen werden[2]); IV. durch

16) A. L.R. a. a. O. §§. 332—335. — L. 11, §. 2; L. 25, §§. 3—5 D. eodem.

17) A. L.R. I, 20, §§. 537, 539. — L. 55, §. 1 D. eod.; L. 25 C. eodem.

18) A. L.R. I, 21, §§. 278, 279, 453. S. oben §§. 468, 469. — Recht der Ford. §. 347, II.

19) A. L.R. I, 6, §. 63; II, 20, §§. 1558—1564. Ist eine wichtige Abweichung vom G. R. L. 3, §. 1 D. de off. praes. vigil. (I, 15); L. 11 D. de peric. (XVIII, 6).

20) A. L.R. I, 11, §. 106. S. oben Note 11.

21) A. L.R. I, 21, §§. 381, 382. Anders nach R. R. Vergleiche aber Gabke, Bauernrecht, §. 450.

1) A. L.R. a. a. O. §§. 324, 325, 336, 346, 347.

2) Ebend. §§. 337, 338. Ist das Ereignis die Großjährigkeit des Eigenthü-

einseitigen Rücktritt aus einem giltigen Grunde; doch muß in der Regel der Rücktritt die gesetzlich[2a]) bestimmte Zeit vorher, mündlich oder schriftlich, dem andern angekündigt werden, wobei keine Form weiter zu beobachten ist, nur daß die Absicht dem andern wirklich bekannt werden muß. Will der andere gegen die Kündigung Einwendungen machen, so muß er derselben binnen 8 Tagen nach der Bekanntmachung widersprechen, sonst verliert er seine Einwendungen, vorausgesetzt daß die Aufkündigung „gehörig geschehen", d. h. rechtmäßig oder aus einem dem Kündigenden zur Seite stehenden gesetzlichen oder vertragsmäßigen Grunde; ist ohne Grund gekündigt, so kann er stillschweigend die Klage erwarten und sie als unbegründet bestreiten[3]). Gesetzliche Gründe dazu sind: 1) Für jeden Theil: a) wenn der Vertrag wegen Mangels der Form nur auf ein Jahr verbindlich ist und man nicht länger daran gebunden sein will[4]); b) wenn die Dauer nicht bestimmt ist[5]); c) wenn nach allgemeinen Grundsätzen der Rücktritt wegen Mangels der gegenseitigen Erfüllung zulässig ist[6]); d) wenn der Miether oder Pächter stirbt. Bei Pachtungen ist dann der Contract nur noch Ein Jahr, nach Ablauf des Wirthschaftsjahres, in welchem der Tod erfolgt, verbindlich; bei Wohnungsmiethen müssen nur die Erben des Miethers noch ein halbes Jahr nach dem laufenden Quartal aushalten[7]), nach Verlauf dieser Zeit kann von der Kündigungsbefugnis nicht mehr Gebrauch gemacht werden[7a]); in allen übrigen Fällen ist nur die Kündigungsfrist zu beobachten. Haben mehrere gemeinschaftlich gemiethet oder gepachtet, so gibt der Tod des einen von

mers, so ist ein bestimmter Endtermin verabredet, daher die Großjährigkeitserklärung einflußlos bleibt. §. 339 d. T.

2a) An die etwa davon abweichende, im Vertrage bestimmte Frist ist man nicht gebunden (Pr. des Obertrib. vom 28. Novbr. 1856, Entsch. Bd. XXXIV, S. 166), auch der Vermiether nicht in dem Falle 2, lit. a. Pr. 1574, vom 30. Mai 1845. Eine Kündigungsfrist findet hier nicht statt. S. unten Note 9.

3) A. L.R. a. a. O. §. 349. Recht der Ford. §. 348, Bd. III, S. 757. Plenarbeschluß (Pr. 1988) vom 6. März 1848 (Entsch. Bd. XVI, S. 43).

4) A. L.R. a. a. O. §§. 269, 406. Daß auch bei der Miethe vorher gekündigt werden muß, ist bestritten, aber ohne sachlichen Grund. Recht der Ford. a. a. O. S. 756. Das Obertrib. ist aber auch der andern Meinung. Pr. 493, vom 2. Juli 1838.

5) A. L.R. a. a. O. §§. 340—345. — C.O. vom 9. Januar 1812 (G.S. S. 4).

6) A. L.R. a. a. O. §§. 391—394.

7) Ebend. §§. 371, 373. — Die nach dem Tode ihres Mannes die Wohnung benutzende Witwe ist, wenn sie nicht mit contrahirt hat und nicht Erbin ist, zur Fortzahlung der Miethe nicht verbunden. Pr. 184, vom 3. August 1837. (Entsch. des Obertrib. Bd. I, S. 360 flg.)

7a) Rechtsfälle des Obertrib. Bd. I, S. 289 und Plenarbeschl. v. 14. Juni 1847 (J.M.Bl. S. 241 und Entsch. Bd. XIV, S. 469; mit Motiven Bd. XV, S. 35).

ihnen keinen Grund zum Rücktritt, ausgenommen wenn sie Eheleute sind und der Mann stirbt[8]). 2) Für den Vermiether: a) wenn der andere für zwei Termine mit dem Zinse rückständig ist[9]); b) wenn die Sache zum nothwendigen gerichtlichen Verkaufe gebracht wird, doch ist in diesem Falle der Vermiether und Verpächter zur Schadloshaltung verpflichtet, wenn der Käufer den Contract nicht halten will[10]); c) wenn das widerruflich gewesene Recht des Vermiethers oder Verpächters erlischt, in welchem Falle derselbe den andern schadlos halten muß, falls der Berechtigte den Contract nicht fortsetzt[11]); d) wenn der andere die Sache misbraucht (§. 144, Bd. I, S. 278), und zwar in diesem Falle ohne vorherige Kündigung, wenn Grund zur Besorgnis einer erheblichen Beschädigung ist[12]); e) wenn solche Reparaturen nothwendig werden, neben welchen der Gebrauch der Sache nicht fortgesetzt werden kann, ebenfalls ohne Kündigung; der Miether hat aber, wenn die Sache schon

---

8) A. L.R. a. a. O. §§. 374, 372. Die Gründe sind alle neu.

9) Ebend. §. 298. Entscheid. der Gesetzcommission vom 15. Februar 1782 (Klein, Annal., Bd. V, S. 103). Nach L. 54, §. 1; L. 56 D. locati (XIX, 2) genügt erst ein zweijähriger Rückstand. Die Meinungen der Civilisten sind darüber aber sehr verschieden. Recht der Ford. §. 348, Bd. III, S. 761. — S. auch oben die Note 2a. Ist in einem Miethcontracte festgesetzt worden, daß, wenn die Entrichtung der Miethe zur bestimmten Zeit nicht prompt erfolge, der Miethvertrag seine Kraft verlieren und der Miether die Wohnung sofort räumen müsse, so liegt in dem eintretenden Falle dem Vermiether, wenn er von diesem Rechte Gebrauch machen will, ob: solches dem Miether sofort anzudeuten. Nimmt er Abschlagszahlungen ohne Vorbehalt an, und läßt er nach Annahme derselben den Miether den Contract noch Wochen lang fortsetzen, so ist dies als eine Verzichtleistung auf die Ausübung des bedungenen Rechts anzusehen, und die Exmissionsklage findet späterhin aus diesem Grunde nicht mehr statt. Pr. 1472, vom 27. Juli und 3. August 1844.

10) A. L.R. a. a. O. §§. 350, 355, 360. Deshalb ist der Antrag auf Räumung vor der Adjudication nicht zulässig. Pr. 648, vom 13. April 1839. — Ulrich, Archiv, Jahrg. 1839, S. 573.

11) A. L.R. a. a. O. §§. 388—390. — L. 9, §. 1 D. locati; L. 25, §. 4 D. sol. matrim. (XXIV, 3). Auch eine Ehefrau ist den von ihrem Ehemann über ihr eingebrachtes Grundstück geschlossenen Miethcontract, nach getrennter Ehe, fortzusetzen nicht verpflichtet. Pr. 770, vom 14. December 1839. (3. A.) Dieser Satz ist nur in Beziehung auf den Nutzungsberechtigten für richtig anzuerkennen, nicht in Beziehung auf den berechtigten Verwalter, weil dieser als Vertreter des Eigenthümers bei der Verpachtung handelt. Da nun der Ehemann zugleich Verwalter des Vermögens seiner Frau, und als solcher zu Verpachtungen und Vermiethungen befugt ist; so ist das Pr. 770 von zweifelhafter Rechtswahrheit, welchem das Obertrib. in dem Erk. v. 1. October 1846 (Schles. Arch. Bd. VI, S. 511) selbst widerspricht. Vergl. m. Anm. 1 zu A. L.R. §. 388 d. T. In dem Erk. v. 15. September 1856 (Entsch. Bd. XXXIII, S. 383) wird wieder eine Anwendung davon gemacht.

12) A. L.R. a. a. O. §. 387. — L. 3 C. locati (IV, 65). Die Verwendung der Sache zu einem andern als dem im Vertrage ausdrücklich bestimmten Gebrauche begründet die Entsetzung des Miethers oder Pächters, wenn auch eine Beschädigung der Substanz der Sache nicht zu besorgen ist. Pr. 1039, v. 30. Aug. 1841 (Entsch. Bd. VII, S. 147).

bei Eingehung des Vertrags der Reparatur bedurfte, oder später durch Vernachlässigung der dem Vermiether auszubessern obliegenden und ihm zeitig aber vergeblich angezeigten Mängel in solchen Zustand kam, Entschädigung zu fordern[13]); will der Miether sich behelfen und das Verhältnis nachher fortsetzen, so kann der Vermiether in dem Falle nicht widersprechen, wenn ihm eine Schuld beizumessen ist; wäre ein Zufall die Veranlassung, so würde freilich der Vertrag ganz aufgehoben sein[14]). 3) Für den Miether: a) wenn der Vermiether die Sache noch vor der Uebergabe veräußert, und wenn ihm bei nothwendigem Verkaufe gekündigt wird, wo er schon mit Ende des Quartals, in welchem der Zuschlag erfolgt, abgehen darf[15]); b) wenn die Sache zu dem bestimmten Gebrauche ganz oder größtentheils ohne Schuld des Miethers unbrauchbar wird[16]); c) wenn der Miether einer unbeweglichen Sache unfreiwillig in Umstände kommt, welche ihn an dem fernern Gebrauche hindern, doch nur gegen Zahlung einer halbjährigen Miethe nach Ablauf des Quartals, in welchem gekündigt worden ist, oder gegen Stellung eines annehmlichen Untermiethers[17]); d) wenn der Miether einer Wohnung Untermiether aufnehmen und der Vermiether ohne Nachweis eines erheblichen Grundes, nemlich daß der einzunehmende Untermiether ein unehrbares oder ein dem Hause oder der Wohnung schädliches Gewerbe treibt, nicht einwilligen will[18]). Ob dies auch dann gilt, wenn in dem Contracte ausgemacht ist, daß das Miethsrecht keinem andern abgetreten werden darf, ist zweifelhaft[19]).

---

13) A. L.R. a. a. O. §§. 363—365. L. 3 C. eod.; L. 30 pr., L. 35 pr. D. eod. — Entsch. des Obertrib. Bd. III, S. 18; Bd. XIV, S. 282.

14) A. L.R. I, 5, §. 364. S. jedoch die Entsch. des Obertrib. III, 18. Dagegen aber m. Beurtheilung der Entsch. S. 131.

15) A. L.R. I, 21, §§. 357, 361, 362, 354.

16) A. L.R. a. a. O. §. 383. Vergl. L. 25, §. 2; L. 27 pr.; L. 60 pr. D. eod.

17) A. L.R. a. a. O. §§. 376—379. Freiwillige Versetzung eines Beamten ist kein solcher Umstand.

18) Ebend. §§. 310—312. — Vergl. wegen der Form die Note 10 zu §. 698.

19) (3. A.) Der III. Senat des Obertrib. hat am 19. Januar 1849, in Sachen Louis c. Löff, $^{721}/_{2860}$ III, 48 (ungedr.), angenommen, daß es nicht gelte, und in dem Erk. v. 28. November 1856 (Entsch. Bd. XXXIV, S. 166) hat derselbe Senat ausgesprochen, daß es gelte. Die erste Meinung ist besser als die andere begründet. Denn wenn die contractliche Festsetzung weiter nichts heißen sollte als „was schon im Gesetz vorgeschrieben ist," so wäre sie völlig nutzlos. Nach einer gesunden Auslegung, welche eine Erklärung so deutet, daß sie nicht ohne Wirkung bleibe (A. L.R. I, 4, §. 74), ist einer solchen Verabredung die Bedeutung beizulegen, daß der Miether die Gestattung der Untervermiethung nicht solle fordern dürfen, daß also die gesetzlichen Folgen der Versagung der Einwilligung ausgeschlossen sein sollen.

B. Landgüterpacht.

v. Thumb, geschichtl., staats- und privatrechtliches Handbuch über Pacht- und Verpachtungsverträge. Wiesbaden 1822. — v. Honstedt, die Verpachtung der Landgüter in ihrem ganzen Umfange, oder der Pachtanschlag, der Pachtcontract und die Pachtübergabe, mit Hinweisung auf die Grundsätze des gemeinen auch Preuß. Landrechts, praktisch erörtert. Hannover 1837. Dazu Göttinger gel. Anz. 1837, S. 761. — Buddeus, die Zeitpacht größerer Landgüter. Magdeburg 1838.

§. 700.

1. Eingehung.

Pachtverträge über ganze Landgüter wie über einzelne Aecker müssen ohne Rücksicht auf den Belauf des jährlichen Pachtgeldes schriftlich, bei einem Pachtgelde von 200 Thalern an aber, wenn der Gegenstand ein ganzes Landgut ist, gerichtlich oder notariell geschlossen werden[1]). Die Form dient hier nicht bloß zur Beglaubigung, sondern ist Bedingung der Giltigkeit des Vertrags. Daher kann aus einer Pachtpunctation unter Privatunterschrift weder auf gerichtliche Vollziehung noch auf Erfüllung geklagt werden, nur die hinzugetretene Uebergabe des gepachteten Gutes macht ihn auf Ein Jahr verbindlich[2]). Gleichwohl sollen öffentliche Behörden und Anstalten, welche mit einem rechtserfahrenen, zur Justiz oder doch zum Protokollführen verpflichteten Syndicus versehen sind, die Pachtverträge, welche sie über die unter ihrer Verwaltung stehenden Landgüter eingehen, vor sich selbst mit Zuziehung des Syndicus, auch seitens des Pächters, vollziehen lassen können[3]). Durch stillschweigende Fortsetzung der Pacht wird der Contract in der Regel auf ein Jahr verlängert[4]), und dieser verlängerte Contract nimmt durch Ablauf der Zeit, ohne Kündigung, sein Ende[4a]).

---

1) A. L.R. a. a. O. §§. 401, 403, 407. — Anh. §. 57. S. o. §. 554.

2) Plen.Beschl. (Pr. 48) vom J. 1834 und Pr. 527 vom 1. October 1838 (Entsch. IV, S. 117).

3) Anh. z. A. L.R. §. 57. A. G.O. II, 2, §. 7. Die Bedeutung der Form ist bei dieser Bestimmung nicht im Bewußtsein gewesen, die Beglaubigung ist mit der Verbindlichmachung verwechselt. M. s. das, dem Anh. d. A. L.R. §. 57 zum Grunde liegende, R. vom 13. Febr. 1791 (Rabe, Bd. IV, S. 26).

4) A. L.R. §. 328 d. T. Ausnahmen: §§. 329—331 das. Auch ein ursprünglich nur mündlich eingegangener und durch die Uebergabe auf ein Jahr giltig gewordener Pachtcontract kann stillschweigend verlängert werden. S. o. Note 7 zu §. 697.

4a) Nemlich nach der Jurisprudenz des Obertrib. S. o. Note 4 zu §. 699.

§. 701.

2. Verbindlichkeiten des Verpächters.

I. Die Hauptverbindlichkeit ist die Uebergabe des Guts nebst Zubehör. Dabei sind die Pachtungen nach einem Anschlage von denen in Bausch und Bogen zu unterscheiden. 1) Bei der erstern Verpachtungsart müssen die Grundstücke und Nutzungsrechte nach dem angegebenen Maße und nach der genannten Zahl übergeben werden, oder das Pachtgeld wird nach Verhältnis des Fehlenden herabgesetzt[5]); für angegebene Beschaffenheit und Güte der Grundstücke wird nur im Falle des bösen Vorsatzes gehaftet, für den von Industrie und Zufall abhangenden Ertrag niemals[5a]). Auch die angeschlagenen nutzbaren Gerechtigkeiten müssen verschafft und das Ganze muß in einem brauchbaren und nutzbaren Zustande übergeben werden[6]). 2) Ist ohne Anschlag (in Bausch und Bogen) gepachtet, was auch dann der Fall ist, wenn zwar ein Anschlag vorkommt, aber nur der Beschreibung wegen, so hat der Verpächter nur das Gut nebst Zubehör zu übergeben, ohne daß wegen Minderzahl im Maße der Aecker u. s. w. eine Herabsetzung stattfindet; desgleichen gelten Hebungen und nutzbare Gerechtigkeiten, welche der Contract nicht ausnimmt, für mitverpachtet; aber zur Herstellung der verfallenen Gebäude und verwüsteten Aecker ꝛc. hat der Verpächter, wenn der Pächter den Zustand kannte oder kennen mußte, keine Verbindlichkeit (Note 6). 3) Die zur Bewirthschaftung bisher benutzten beweglichen Sachen (Inventarienstücke) gelten in beiden Fällen für mitverpachtet und müssen nach einem Verzeichnisse geschätzt übergeben werden; sonst wird bei der künftigen Rückgabe angenommen, daß alles zur ordentlichen Bewirthschaftung Erforderliche im mittelmäßigen Zustande vorhanden gewesen und wirklich übergeben worden sei[7]). II. Während der Dauer der Pacht hat der Verpächter dem Pächter den rechtlich und thatsächlich ungehinderten Genuß zu gewähren (frui licere praestare) und für die Entziehung den Zins verhältnismäßig nachzulassen[8]). 1) Bei der Pachtung nach einem Anschlage gehen im Falle der theilweisen rechtlichen Entziehung die dafür angeschlagenen Einkünfte von der Pacht schlechthin ab; bei der Pachtung in Bausch und Bogen wird

5) A. L.R. §§. 425—428 d. T. — Vergl. o. Note 7 zu §. 698.
5a) A. L.R. a. a. O. §§. 432, 429, 430.
6) §§. 408—412, 275, 276 das. — Vergl. L. 19, §. 1 D. locati.
7) A. L.R. a. a. O. §§. 415—417, 119, 120. — L. 19, §. 2 D. eod.
8) A. L.R. a. a. O. §. 419. — L. 9 pr.; L. 7 D. eod. — Vergl. o. §. 561, Note 10.

das Pachtgeld nach Verhältnis des geschmälerten Ertrags zu den durchschnittlichen Gesamtnutzungen der letzten 3 Jahre vor dem Ausfall ermäßigt, dabei jedoch für ausfallende fixirte Hebungen nichts ersetzt[9]). Zur Sicherung der Forderung auf Remission ist jedoch nöthig, daß der Pächter dem Verpächter den Mangel noch vor Ablauf des Jahres, in welchem derselbe sich hervorgethan hat, anzeige[10]). Ist die Anzeige in dieser Zeit gemacht, so kann der Pächter bis zum Ablaufe der ordentlichen Verjährung klagen, wann er will; ist die Anzeige bis zur Rückgewähr verschoben, so wird er nicht weiter gehört; ist sie in der Zwischenzeit gethan, so ist die Forderung an sich zulässig, der Pächter muß aber den Einwand, daß er dem Verpächter durch sein Stillschweigen die Mittel zur Beseitigung oder Minderung der Mängel entzogen habe, gelten lassen, wodurch möglicher Weise die Forderung ganz beseitigt werden kann[11]). 2) Aus der Verbindlichkeit des Verpächters, daß er auch für die thatsächliche Verhinderung des Pächters im Fruchtgenusse einzustehen hat, d. h. daß er während der ganzen Pachtzeit den Gebrauch und die Benutzung der Sache vorleisten muß, wenn er Gegenleistung fordern will, folgt die Regel, daß, wenn bei Pachtungen durch Unfälle (vis major) die Benutzung entzogen wird, der Pächter, insoweit solches geschehen, Pachtgeld zu zahlen nicht schuldig ist, gleichwie der Miether kein Miethgeld zahlt, wenn er an dem Gebrauche der Sache zufällig verhindert wird[12]). Im allgemeinen erkennt auch das A. L. A. diesen Grundsatz und dessen Folgen an[13]); allein bei der Landgüterpacht ist der innere Zusammenhang der Rechtsverhältnisse zerrissen durch den für den Fruchterwerb

---

9) A. L. R. a. a. O. §§. 420—424, 431. — Oeffentliche Abgaben, welche einem Pachtgrundstücke nach abgeschlossenem Pachtcontracte auferlegt worden, sind als Schmälerungen des Nutzungsrechts anzusehen, die dem Pächter einen Anspruch auf Vergütung geben. Pr. 311, v. 24. Juli 1837 (Entsch. II, 326).

10) A. L. R. a. a. O. §§. 623—625; Erk. des Obertrib. vom 20. Juni 1855 (Entsch. Bd. XXX, S. 446). — Ob darunter das Kalenderjahr, oder das Wirthschaftsjahr, oder das von Zeit der Entdeckung an laufende Jahr, oder das Pachtjahr zu verstehen, ist ungewiß. Das Obertrib. hat das Pachtjahr angenommen, Plenarbeschluß (Pr. 1440), vom 28. Mai 1844 (Min. Bl. 1844, S. 188 und Entsch. X, 33). Dabei kann es jedoch kommen, daß, wenn die Entdeckung erst in den letzten Tagen gemacht wird, der Pächter, weil er vor Ablaufe des Jahres die Anzeige unmöglich noch bewerkstelligen kann, um sein Recht kommt, was unvernünftig sein würde. Recht der Ford. §. 350, II.

11) Die Auslegung ist streitig; einige wollen die Forderung bei unterlassener Anzeige innerhalb des Jahres gar nicht mehr zulassen. S. jedoch Recht der Ford. Bd. III, S. 777. Auch das Obertrib. ist nach dem Plenarbeschl. vom 28. Mai 1844 meiner Meinung. (Entsch. Bd. X, S. 33).

12) L. 15, §§. 2, 3, 5, 7; L. 25, §. 6 D. locati. — L. 8, 12 C. eod.

13) A. L. R. a. a. O. §§. 299—307. S. o. §. 698, II.

beliebten Grundsatz [14]), der der rechtlichen Natur der Pacht- und Miethsverträge (§. 673) dergestalt widerstrebt, daß folgerecht die Remission des Pachtzinses wegen aller und jeder Unfälle, die nach der Aussaat eintreffen, an sich ausgeschlossen sein müßte. Indes hat man um des bloßen Princips willen die Remission für solche Fälle doch nicht absprechen, dabei aber gleichwohl das Princip selbst aufrecht erhalten wollen. Man hat daher eine Anzahl von auf vermeintlicher Billigkeit beruhenden Sätzen, ohne Zusammenhang in sich und mit den allgemeinen Rechtsregeln, zusammengestellt, wodurch dem Pächter für gewisse durch Zufall veranlaßte Verluste eine Anzahl ganz verschiedenartiger Forderungen zugesprochen wird, welche theils wirkliche Remissionsforderungen, theils Entschädigungsforderungen für verlorenes Eigenthum, theils Contractsforderungen für Kosten, Abgaben und dergleichen Verwendungen sind [15]). Hat der Pächter die Unglücksfälle übernommen, so fällt jede Remissionsforderung weg; die allgemeine Uebernahme begreift jedoch nicht die Kriegsschäden, und die Uebernahme auch der Kriegsschäden im allgemeinen bezieht sich nicht auf solche, von welchen die Sache selbst (die Substanz) betroffen wird [16]). 3) Der Verpächter hat ferner während der Pachtzeit die durch Unglücksfälle eingehenden Gebäude und Inventarienstücke wieder herzustellen [17]). III. Nach Beendigung der Pacht hat der Verpächter dem Pächter zu leisten: 1) Ersatz für alle nothwendigen Kosten und Verwendungen, soweit sie nicht dem Pächter obgelegen haben [18]); 2) Erstattung der nützlichen Verwendungen, wenn die Pacht ohne Schuld des Pächters vor der Zeit geräumt werden muß, soweit die Verbesserungen bei der Rückgabe noch vorhanden sind [19]); 3) Ersatz

14) Der Pächter hat das Nutzungsrecht. A. L.R. I, 21, §§. 1, 22, 227, 259. Der Nutzungsberechtigte wird Eigenthümer der Früchte durch deren Entstehung, also mit dem Anfang der Entwickelung der Keimkraft. Ebend. I, 9, §. 221. Den Zufall trägt der Eigenthümer (§. 466), folglich hat der Pächter als Eigenthümer den Verlust der Ernte zu tragen, d. h. er muß den ganzen Pachtzins bezahlen, wenn er auch gar keine Nutzung aus Zufall hat. Das paßt nun aber nicht auf Mieth- und Pachtverträge, wobei nicht natürliche Früchte vorkommen, und doch soll da Remission eintreten. S. die vor. Note.

15) Die positiven Einzelheiten s. m. A. L.R. a. a. O. §§. 478—508, 518 flg. 585—596. — Burchhardi, die Lehre von den Remissionen bei Pachtverträgen; in der jur. Zeitschr. 1835, Nr. 36, 37.

16) A. L.R. a. a. O. §§. 510, 511, 594. — L. 8 C. eod.

17) A. L.R. a. a. O. §§. 524, 460—466. Nicht auch das, was durch Alter und Gebrauch eingeht.

18) §§. 553—596, 282, 455—465 das.

19) Ebend. §§. 283—286. Dieser Fall tritt namentlich ein, wenn das Gut nothwendig subhastirt wird und der Pächter räumen muß. A. L.R. §§. 355, 360 d. T.

für den in Folge der versäumten Erfüllung seiner Verbindlichkeiten während der Pachtzeit dem Pächter entstandenen Nachtheile[20]).

§. 702.

3. Verbindlichkeiten des Pächters.

I. Außer der gehörigen Zahlung des Pachtzinses und der allgemeinen Verbindlichkeiten eines Pächters liegt ihm während der Pachtzeit ob: 1) das Gut ordentlich und vertragsmäßig zu bewirthschaften und gegen fremde Eingriffe zu beaufsichtigen[1]); 2) alle zufällig nöthig werdenden Reparaturen an Gebäuden, Gräben, Wegen, Brücken, Dämmen, Einhegungen u. s. w. ohne Vergeltung zu bewirken, soweit sie bloß mit den Gutsmaterialien und durch die Arbeiten des Gesindes und der Dienstleute auszuführen sind und deshalb der Wirthschaftsbetrieb nicht unterbrochen werden muß; auch in demselben Maße bei andern dem Verpächter obliegenden Reparaturen zu helfen[2]); 3) Stroh und andere Düngungsmaterialien nicht zu verkaufen, den übernommenen Viehstand zum Nachtheil der Düngung nicht zu vermindern[3]). II. Bei der Rückgewähr, welche nach eben dem Anschlage und Inventario, nach welchem die Uebergabe geleistet worden, geschehen muß, hat er 1) die Inventarienstücke in der empfangenen Sorte nach Zahl und Güte zurückzugeben, und kann nicht fordern, daß Stücke einer Sorte für fehlende Stücke einer andern Sorte zurückgenommen, noch daß mehr, als ihm übergeben worden, gegen Vergütung angenommen werden. Ist ohne Taxe übergeben worden, so genügt ein brauchbarer Zustand der Stücke; der Verpächter hat aber die Auswahl, wenn mehr vorhanden als zurückzugeben sind, daher vor Beendigung der Uebergabe keine Inventarienstücke weggeschafft werden dürfen; was fehlt, muß in Natur ersetzt werden[4]). Rohe, aus dem Gute herkommende Wirthschaftsvorräthe und den aus dem Gute gewonnenen Dünger muß der Pächter gegen bloße Erstattung der Auslagen zurücklassen[5]). 2) An Feldern müssen, wenn kein Ueber-

---

20) Ebend. §. 525. Ist nur eine Anwendung dieses Satzes.

1) A. L.R. a. a. O. §§. 433, 434—439, 445, 446, 449, 450. — L. 25, §. 3 D. eod.

2) A. L.R. a. a. O. §§. 440—447.

3) Ebend. §§. 451, 452. — Ed. v. 14. Septbr. 1811 (G.S. S. 303).

4) A. L.R. a. a. O. §§. 597, 605—609. Nach dem Grundsatze §. 597 muß auch die Zurückgabe eines Karpfenbesatzes erfolgen, und es findet darauf die Vorschrift des A. L.R. §. 610 d. T. keine Anwendung. Pr. 238, v. 17. April 1837.

5) A. L.R. a. a. O. §§. 601—604. Ungedroschenes Getreide und Bodenbestände können nicht als Wirthschaftsvorräthe dem abgehenden Pächter ohne Ver-

gabeverzeichnis vorhanden ist, nach welchem sonst zu retradiren, diejenigen Stücke, welche nach der bestehenden Feldereintheilung für das Jahr zu bestellen gewesen, in ordentlicher wirthschaftlicher Cultur zurückgeliefert und für angeblich bessere Bestellung kann nichts gefordert werden[6]). 3) Was hiernach nicht geleistet worden ist, muß der Pächter nach Maßgabe seiner Verschuldung ersetzen. Von der Regel über die Haftung für Versehen (§§. 468, 469) gelten hier zwei Ausnahmen: a) Der Pächter muß die Kosten der größeren Reparaturen tragen, die durch sein auch nur geringes Versehen erforderlich werden[7]). b) Bei dem Inventarium trägt er in Ansehung einzelner Stücke, als Nutznießer eines Begriffsganzen, den Zufall, ausgenommen die ungewöhnlichen (§§. 140 a. E. u. 466) Unglücksfälle, wie Seuchen und Brand[8]).

§. 703.

4. Besonderheiten bezüglich auf die Beendigung.

I. Die Entstehung eines Krieges ist ein besonderer Grund zum einseitigen Rücktritte für jeden Theil, mit dem Ende des Wirthschaftsjahres, nach vorheriger Aufkündigung; von dieser muß aber binnen sechs Wochen von dem Tage an, wo die Ausschreibungen in der Provinz wegen zu leistender Kriegslasten geschehen sind, Gebrauch gemacht werden[9]). II. Die unwirthschaftliche Verwaltung in solchem Grade, daß ein erheblicher Schade für die Substanz des Guts zu besorgen ist (Misbrauch), ist kein Grund zum sofortigen Rücktritt für den Verpächter, sondern berechtigt ihn nur, erst mit Ablauf des Wirthschaftsjahres zurückzutreten und bis dahin das Gut für Rechnung des Pächters gerichtlich verwalten zu lassen (Arrestschlag, Sequestration)[10]).

---

geltung vorenthalten werden. Ob davon an Körnern etwas zurückzulassen, muß aus einem andern Grunde folgen. Das Stroh muß zurückbleiben.

6) Ebend. §§. 610—621. — S. o. Note 4.

7) A. L.R. a. a. O. §. 441. Weil er ein Interesse dabei hat, die Reparaturen durch Versäumung der ihm obliegenden kleinen Ausbesserungen groß werden zu lassen. Suarez, Vorträge, Jahrb. Bd. XLI, S. 68.

8) A. L.R. a. a. O. §§. 453 flg., 471. — S. o. §. 93, Nr. 2, Bd. I, S. 214. Der juristische Grund ist, daß bei einem Begriffsganzen erst das, was nach Herstellung und Vervollständigung des Stammes vom Zuwachs übrig bleibt, Früchte sind. Recht der Ford. §. 353, Bd. III, S. 796 ff.

9) A. L.R. I, 21, §§. 553—558.

10) §§. 477, 599, 600 das. — Vergl. das Pr. des Obertrib. 1039, o. N. 12 zu §. 699.

§. 704.

C. Viehpacht.

A. L.R. I, 21, §§. 514, 515. — Malblanc, de locatione conductione pecoris. Tub. 1808. — Huck, die Viehverstellung; in Reyscher und Wilda's Zeitschrift für deutsches Recht, Bd. V, (Leipzig 1841), S. 226 flg.

I. Auf die Unterbringung und Verpflegung des Viehes bezieht sich eine Anzahl von Verträgen, welche im allgemeinen darin bestehen, daß der eine dem andern Vieh zur Wartung und Pflege gegen Vergeltung anvertraut. Der Zweck unterscheidet dieses unter dem Namen Viehverstellung bekannte Geschäft von der Vermiethung eines Thiers. Es gibt mehrere Varietäten der Viehverstellung, deren Grenze auf der einen Seite die reine Viehpacht ist und auf der andern sich der reinen Dienstmiethe anschließt. In der Mitte liegen verschiedenartig zusammengesetzte Innominatcontracte. Die bekanntesten Spielarten sind folgende: 1) Der Einsteller (Uebernehmer) erhält den Gebrauch und die Nutznießung der Thiere und gibt dafür, neben der Wartung und Pflege, noch einen Zins in Gelde und wohl auch in gewissen Naturalien. 2) Der Einsteller erhält für seine Leistungen einen bestimmten Lohn. In dieser Form ist das Geschäft ein reiner Dienstcontract, wird aber bisweilen dadurch modificirt, daß der Einsteller zugleich seine Stallung und auch seine Weide hergibt und dafür gewisse Nutzungen, z. E. den Dünger, erhält. 3) Der Einsteller nimmt Muttervieh in seine Heerde zur Befruchtung auf und erhält dafür den Dünger und noch andere Leistungen. 4) Der Einsteller erhält sämtliche Nutzungen und gibt dafür an den Versteller gewisse nach Maß und Zahl oder nach Quoten bestimmte Früchte. 5) Der Versteller (Eigenthümer) behält das Vieh in seiner Stallung, gibt das Futter für das Vieh und auch wohl noch andere Naturalien und Nutzungen zum Unterhalte des Einstellers, und überläßt ihm, außer dem Dünger, sämtliche Nutzungen, wogegen dieser, außer der Pflege, Wartung und Hütung, einen Geldzins und daneben auch wohl Naturalien in Früchten und daraus gewonnenen Producten gibt. II. Diese letzte Art ist mit der Landgüterpacht von selbst verbunden, wenn das Vieh nicht ausgenommen ist. Der Eigenthümer hat dann weiter nichts zu leisten, und die Leistungen des Pächters sind in dem Pachtgelde begriffen. In Beziehung auf den zufälligen Abgang gilt die schon für das Inventarium überhaupt vorgeschriebene Regel: der Viehstand, wenn er als ein Inbegriff von Sachen behandelt wird, muß alljährlich aus dem Zuwachs wieder erneuert und beziehlich er-

gänzt werden; Nutzungen sind erst der Ueberschuß, und der Abgang. Daraus folgt, daß der gewöhnliche Abgang, wie man gewöhnlich aber nicht richtig sagt, von dem Pächter getragen werden muß[11]; die Regel ist eine bloße Anwendung des von der Nutznießung geltenden Grundsatzes, daß die Substanz der Sache unversehrt bleiben muß. Aus der Regel folgt aber auch, daß der Nutzungsberechtigte nicht die durch höhere Gewalt veranlaßten Verheerungen und Verwüstungen an der Substanz zu tragen hat[12]. Eine Ausnahme gilt von Schafheerden bei Schafsterben: der Pächter soll hier das erste und dritte für seine Rechnung verlieren, und die Lämmer, die noch nicht eingereihet sind, verliert der Pächter allein[13]. Ist in dem der Pachtung zum Grunde liegenden Anschlage auf außerordentliches Schafsterben gerechnet, so gilt das für eine Uebernahme aller Unglücksfälle in Beziehung auf die Schafheerde, und wenn der Pächter überhaupt den Viehstand ausdrücklich als eisern übernommen hat, so trägt er die durch ungewöhnliche Unfälle verursachten Verluste ebenso, als wenn er dieselben zu tragen ausdrücklich erklärt hat[14]. III. Wird bei einer selbständigen Viehverpachtung der Pächter durch Unglücksfälle in der Benutzung ganz oder theilweise gestört, so tritt, nach der allgemeinen Regel, verhältnismäßiger Erlaß des Pachtgeldes ein, es müssen aber auch die übrigen dem Viehpächter angewiesenen Nutzungsrechte dem Verpächter zurückgegeben oder vergütet werden[15].

§. 705.

D. Mühlenpacht.

Dabei gelten, außer den Regeln von der Miethe und Pacht überhaupt, noch folgende besondere Bestimmungen: 1) Der Pächter hat für gar keine Reparaturen zu sorgen, muß aber dabei mit seinen persönlichen Diensten und technischen Kenntnissen unentgeltlich helfen[16]. 2) Er kann Nachlaß an der Pacht fordern, wenn die

11) S. o. Note 8. — Vergl. L. 68, §. 2; L. 69; L. 70, §§. 1—5; L. 18 D. de usufr. (VII, 1).

12) A. L.R. I, 21, §§. 455, 466, 468, 469.

13) §§. 456, 457 das. Die Bestimmung beziehlich auf die Lämmer ist regelrecht, im übrigen ist die Vorschrift eine Anomalie. Ueber die Rechnung in dem Falle, wenn eine unabgesonderte Ueberzahl vorhanden: §§. 472, 473 das.

14) Ebend. §§. 458, 475, 476. Die Uebernahme nach einer Taxe ist noch keine Erklärung in diesem Sinne, weil die Taxe verschiedene Zwecke haben kann. L. 10, §. 6 D. de jure dot. (XXIII, 3).

15) A. L.R. a. a. O. §§. 514, 515.

16) §. 448 das. Die Bestimmung setzt einen handwerksmäßig ausgebildeten Müller voraus, der die Müllerprofession versteht und persönlich betreibt. Das trifft bei vielen Mühlenpächtern nicht zu.

Mühle länger als 14 Tage aus Ursachen, die nicht im gewöhnlichen Laufe der Natur mit Rücksicht auf die Gegend und Beschaffenheit der dortigen Gewässer u. s. w. liegen, stillstehen muß [17]). Sind zugleich andere Realitäten und Nutzungen mit verpachtet, so wird der Ertrag davon auf den Erlaß verhältnismäßig abgerechnet; und wenn von mehreren Gängen nur ein Theil hat stillstehen müssen, so findet Erlaß nur soweit statt, als der Zins durch den arbeitenden Theil nicht hat eingebracht werden können, weshalb der Müller in diesem Falle Rechnung legen muß, wenn er Nachlaß fordert [18]).

E. Verdingungscontract.

§. 706.

1. Dienstcontract.

A. L.R. I, 11, §§. 894—924. — §§. 187—195.

Unter den Dienstverhältnissen ist eines, welches, vermischt aus obligatorischen Rechten und solchen Befugnissen, die aus Zustandsrechten folgen, den Uebergang vom Forderungenrecht zum Familienrechte bildet: das Gesindeverhältnis. Man hat die Wahl, wo man es anreihen will; jedenfalls muß aber da, wo es vorgetragen wird, vieles aus dem andern Theile des Rechtsstoffes, dem das Verhältnis vermöge seiner zusammengesetzten Natur mit angehört, herübergezogen werden. Will man es im Forderungenrechte vortragen, so ist dazu hier die Stelle; da jedoch die zustandsrechtlichen Befugnisse in manchen Beziehungen vorherrschend sind und das Gesinde auch ausdrücklich mit zur häuslichen Gesellschaft gerechnet wird *), so wird dieses Verhältnis dem folgenden Buche zugewiesen. Die Dienstverhältnisse also, wovon hier Rede ist, sind solche, wo kein Theil einer besondern Botmäßigkeit des andern unterworfen ist. I. Verträge, wodurch der eine sich verpflichtet, dem andern gewisse Dienste oder Arbeiten gegen einen bestimmten Lohn, durch eine gewisse in sich oder beziehlich bestimmte Zeit, zu verrichten, müssen schriftlich eingegangen werden [1]). II. Die Verbindlichkeit des Vermiethers ist 1) hauptsächlich die sorgfältige Verrichtung des versprochenen Dienstes nach der Vorschrift und nach dem Zwecke, und zwar in Person, wenn der Dienst nicht fungibel ist,

17) Ebend. §§. 533—539, 552, 540—546, 551. — Ed. v. 28. Octbr. 1810, §. 2.

18) A. L.R. a. a. O. §§. 547, 549. (3. A.) Die Rechnung wird nach den, in den §§. 485 ff. vorgeschriebenen Grundsätzen gelegt. §. 550 ebend.

*) A. L.R. I, 1, §. 4. Nach Analogie der unfreien Dienstpersonen des alten Rechts.

1) Ebend. I, 11, §. 877; II, 5, §. 188. — S. o. §. 550.

und mit Bestreitung der dazu erforderlichen Ausgaben [2]), und 2) nebenbei Ersatz für Versäumnisse, Vernachlässigungen und Beschädigungen aus Ungeschicklichkeit. Von der allgemeinen Regel über Haftbarkeit für Versehen (§§. 468, 469) gelten hier zwei Ausnahmen, in welchen der Arbeiter schon für ein geringes Versehen steht, nemlich: a) wenn er wider die Vorschrift handelt, und b) wenn er ein Kunstverständiger ist und ihm nicht eine gewisse Art der Verrichtung vorgeschrieben wird [3]). Im Falle der Dienstverweigerung findet persönlicher Zwang statt, wenn der Miether nicht vorzieht, sein Interesse zu fordern, oder den Dienst auf Kosten des andern durch einen Dritten verrichten zu lassen [4]). 3) Wird die Verrichtung abgebrochen a) durch Schuld des Vermiethers, so erhält er an Lohn nur soviel, wie das Gethane dem Miether nützt, und wenn für den Miether kein Nutzen bleibt, muß er ihn schadlos halten; b) durch Zufall: so erhält der Arbeiter, wenn das Geleistete zu gebrauchen ist oder die Unbrauchbarkeit in der Fehlerhaftigkeit des vom Miether gegebenen Stoffs liegt, seinen vertragsmäßigen Lohn; ist es sonst nicht zu gebrauchen, so erhält der Arbeiter nichts, weil er dem Miether nichts geleistet hat [5]). Hat der Arbeiter fungible Sachen als solche zur Verarbeitung erhalten, so trifft ihn als einen debitor generis der Zufall (locatio conductio irregularis s. anomala). III. Der Miether hat den Lohn erst nach der Verrichtung oder, wenn nach Zeitabschnitten verdungen ist, nach Ablaufe der Zeit, in diesem Falle auch dann, wenn er von dem Dienste keinen Gebrauch gemacht hat, zu zahlen; ihm kommt aber dabei zu Gute, was der Vermiether während der unbenutzten Zeit erspart oder sonst verdient hat [6]). IV. Das Verhältnis hört auf: 1) mit Ablaufe der bestimmten Zeit [7]); 2) durch einseitigen Rücktritt: a) von Seiten des Miethers, wenn es an dem Vermiether liegt, daß die Verrichtung nicht zur bestimmten Zeit beginnt oder gehörig fortgesetzt oder wenn überhaupt die Leistung verweigert wird [8]); b) von Seiten des Ver-

2) A. L.R. a. a. O. §§. 895, 922, 900, 901. — L. 35, §. 3; L. 60, §. 8 D. locati; L. 31 D. de solut. (XLVI, 3).

3) A. L.R. a. a. O. §§. 899, 898, 921—923.

4) Ebend. §. 904. V. v. 4. März 1834, §. 9. Anders nach L. 13, §. 1 D. de re jud. (XLII, 1), wegen der Regel: nemo praecise cogi potest ad faciendum.

5) A. L.R. a. a. O. §§. 913—917, 919, 959. — L. 13, §. 1 D. de re jud. (XLII, 1); L. 15, §. 6 D. locati (XIX, 2); L. 13, §. 1; L. 33 D. eod.

6) A. L.R. a. a. O. §§. 909, 910, 912, 918. — L. 38 pr.; L. 19, §§. 9, 10 D. eod.

7) A. L.R. a. a. O. §§. 905, 906. Einer Kündigung bedarf es hier nicht.

8) Ebend. §§. 907, 913, 894, 878; I, 5, §. 408.

miethers, wenn die Verrichtung durch Zuthun des Miethers unterbrochen wird[9]); 3) durch zufällige Verhinderung[10]). Wegen enormer Verletzung findet weder Anspruch noch Rücktritt statt[11]).

§. 707.

2. Verdingung eines Werks.

A. L.R. I, 11, §§. 925—980. — Willenberg, de opere conducto; in ej. select. jurisprud. civ. P. II, exercit. XLII.

Ein Vertrag, wodurch der eine, welcher nothwendig ein Kunstverständiger sein muß[1]), verspricht, ein gewisses Werk zu verfertigen und als ein Ganzes gegen Vergeltung dem andern zu überliefern, heißt Verdingungscontract. Der Unterschied zwischen ihm und der Dienstmiethe liegt wesentlich darin, daß der Unternehmer (der Werkmeister) nicht seine Dienste als solche vermiethet, so daß die Ausführung des Werks oder Baues als eine Reihe einzelner, selbständiger, in sich vollendeter Leistungen angesehen werden könnte; sondern daß er dem Besteller Plan, Gelegenheit und Mittel, ein Werk nach seiner eigenen Leitung zu verfertigen, abmiethet und ihm die neugeschaffene Sache gegen Vergeltung zu übergeben verspricht[1a]). Die Art der Preisbestimmung ist unwesentlich: es kann von Anfang eine bestimmte Summe für das Ganze ein für allemal festgesetzt werden; die Bestimmung des Preises kann auch nach gewissen Maßeinheiten (in pedes mensurasve)[2]), oder nach Tagen (in dies singulos)[3]), soviel nemlich deren zur Vollendung des Ganzen erforderlich sein werden, geschehen, so daß sich durch die Summe der Preis des Ganzen bestimmt, wobei dann die Verabredung, daß der Preis nach und nach, wie das Werk vorschreitet, bezahlt werden soll, bloß eine Zahlungsmodalität enthält und keineswegs den Verdung in eine Dienstmiethe umändert; es kann selbst die ausdrückliche Preisverabredung fehlen, was so verstanden wird, daß

9) A. L.R. a. a. O. §§. 910, 911. Schwerlich liegt hier der Rücktritt im Interesse des Arbeiters, da er auf die Zeit der Unterbrechung für die Liegetage seinen Lohn fordern kann. A. L.R. §. 910 d. T.

10) A. L.R. a. a. O. §§. 908, 909, 912, 917.

11) §§. 876, 926 das. Den leitenden Grundsatz s. o. §. 673, I, 3.

1) A. L.R. §§. 966, 967 d. T. Sonst können die Grundsätze über dieses Rechtsgeschäft nicht zur Anwendung kommen. Pr. des Obertrib. 35, v. J. 1832.

1a) Dieses will der §. 925 d. T. im A. L.R. mit dem „in Bausch und Bogen" sagen, der Ausdruck bezieht sich nicht auf die Preisbestimmung; denn diese kann sogar fehlen. §. 942 das. — Pr. 35, v. 1832.

2) L. 30, §. 3; L. 36 D. locati (XIX, 2).

3) L. 51, §. 1 D. eod. Diese Preisbestimmung ist bei Bauen sehr gewöhnlich. Der Unternehmer berechnet für jeden von ihm angestellten Arbeiter das übliche Tagelohn mit Hinzurechnung seines s. g. Meistergroschens.

der Preis durch einen Dritten (Sachverständige, Richter) festgesetzt werden soll (Note 1a). Wird dem Werkmeister zugleich die Anschaffung des Stoffs überlassen, so ist das Geschäft ein aus Verdung und Kauf oder Lieferung vermischtes. I. Der Unternehmer muß die Ausführung persönlich leiten[4]) und das Werk zur bestimmten Zeit vollendet übergeben, oder, wenn die Zeitbestimmung fehlt, sogleich anfangen und gehörig fortsetzen[5]). 1) Er haftet, wie bei der Dienstmiethe (§. 706, Note 3), in allen Fällen, wo es auf Sachkenntnis ankommt, für ein geringes Versehen, wenn ihm nicht Vorschriften gemacht sind, und für die Handlungen seiner Leute wie für seine eigenen[6]). Er trägt den Zufall, welcher das Werk vor dessen Vollendung trifft[6a]). 2) Nach der Vollendung wird bei Bauen vermuthet, daß ein Einsturz vor der Uebergabe, oder, im Falle der verzögerten Abnahme, vor dem Uebergabetermine durch Fehler (Versehen) des Uebernehmers verursacht worden sei, und der Uebernehmer muß den Zufall, oder daß die Ursache in der fehlerhaften Beschaffenheit der ihm gelieferten Materialien liege, beweisen; nach dieser Zeit muß ihm das Versehen bewiesen werden, und der Anspruch findet überhaupt, wegen fehlerhafter Arbeit nur innerhalb dreier Jahre, und wegen schlechter Beschaffenheit der Materialien während der ordentlichen Verjährung nach der gedachten Zeit statt[7]). 3) Wird das Werk vor der Uebergabe durch Zufall ruinirt, und der Besteller hat die Materialien hergegeben, so muß der Uebernehmer auf Verlangen des Bestellers, wenn ihm neuer Stoff geliefert wird, das Werk von neuem beginnen; für das Verdorbene kann er nichts fordern, weil der Besteller nur gegen Uebergabe des Werks Zahlung zu leisten hat; hatte der Werkmeister den Stoff gegeben, und kann er bis zur bestimmten Zeit ein neues Werk fertig schaffen oder war die Zeit der Ablieferung nicht bestimmt: so steht es in seinem Willen, ob er abgehen oder ein neues Werk machen will[8]). 4) Wird das Werk bei der Ablieferung für untüchtig

4) A. L.R. a. a. O. §§. 927—931. Anders nach L. 48 pr. D. eod., wenn es nicht ausbedungen. L. 31 D. de solut. (XLVI, 3).

5) A. L.R. a. a. O. §§. 933, 934. Auch nicht vor der bestimmten Zeit. §. 935 das.

6) Ebend. §§. 954, 956—959, 970, 980. — L. 13, §. 5 D. locati; L. 28 C. eod.

6a) A. L.R. a. a. O. §. 960; Pr. des Obertrib. 35, v. J. 1832. Weil er bis zur Uebergabe Eigenthümer ist.

7) A. L.R. a. a. O. §§. 966—969, 936, 939, 965. — L. 36, 62, 59, 24 pr., 37 D. eod.; L. 76—79 D. pro socio (XVII, 2).

8) A. L.R. a. a. O. §§. 960—964. — L. 15 D. de verb. obl. (XLV, 1); L. 33 D. loc.

erkannt, so muß der Werkmeister nach der Wahl des Bestellers entweder das Werk behalten und die ihm gelieferten Materialien erstatten, oder sich die Herabsetzung des Preises nach Maßgabe der Fehler gefallen lassen[9]). II. Der Besteller hat zur bestimmten Zeit das Werk abzunehmen und gegen Empfang desselben den Preis zu bezahlen[10]). 1) Weder der Besteller, noch dessen Rechtsnachfolger und Gläubiger, können die Auslieferung anders als gegen Zahlung des Preises fordern[11]); daher hat er, wenn man ihm dasselbe wider seinen Willen zur Befriedigung der Gläubiger des Bestellers abgenommen oder ohne Abnahme subhastirt hat, in den Kaufgeldern den Vorzug vor ihnen. 2) Hat er ein unbewegliches Werk freiwillig verabfolgt, so hat er wegen des rückständigen Preises einen Titel zur Hypothek und im Concurse den Vorzug der dritten (früher vierten) Classe in die Kaufgelder[12]). III. Der Besteller kann einseitig zurücktreten: 1) wenn sich findet, daß der Unternehmer die Kosten zu gering angeschlagen hat[13]), in welchem Falle der Besteller für das Geleistete aufkommen muß; 2) wenn der Uebernehmer nicht prompt erfüllen kann oder will[14]); 3) wenn das vollendete Werk untüchtig ist und bis zur Ablieferungszeit kein neues und tüchtiges geschafft wird[15]).

§. 708.

II. Miethsähnliche Innominatcontracte.

A. L.R. I, 11, §§. 869—893.

I. Die verschiedenen Innominatcontracte des R. R. werden

9) A. L.R. a. a. O. §§. 947, 949—953.

10) Ebend. §§. 932, 940, 942. — L. 51, §. 1; L. 36, 30, §. 3 D. locati. — (3. A.) Erst durch die Uebernahme wird der Besteller Eigenthümer der neuen Sache, wenn diese eine bewegliche und nichts besonderes verabredet ist. Vergl. A. L.R. §. 960 d. T. Doch kann die Absicht der Parteien auch dahin gehen, daß der Besteller unmittelbar durch die Specification Eigenthümer werden soll. In diesem Falle specificirt der Unternehmer als Beauftragter und Stellvertreter des Bestellers. — Zu späte Ablieferung ist kein Grund zum Rücktritt mehr, nachdem der Besteller dem Werkmeister einmal erklärt hat, daß er von der Befugnis zum Rücktritt nicht Gebrauch machen wolle (Entsch. Bd. XIX, S. 151).

11) A. L.R. a. a. O. §. 974. Diese Stelle bezeichnet das Recht des Meisters als Zurückbehaltungsrecht, setzt also voraus, daß der Besteller ohne Uebergabe Eigenthümer werde, was nicht allgemein anzunehmen ist. Die Conc.Ordn. v. 8. Mai 1855, §. 33, Nr. 9 gibt ihm ein Pfandrecht, wenn die Sache dem Besteller gehört.

12) A. L.R. a. a. O. §§. 972, 973. S. o. §§. 367 u. 497, IX.

13) L. 60, §. 4 D. locati. Der Grund ist auch im Pr. R. giltig.

14) A. L.R. a. a. O. §§. 878, 902, 938. S. o. Note 10. Angeblich contractswidrig geschehene Leistung ist hier kein Grund zum Rücktritt (Entsch. XIX, S. 151).

15) A. L.R. a. a. O. §. 947. Dann bleibt der Unternehmer Eigenthümer der neugeschaffenen Sache.

alle als Consensualcontracte behandelt und erzeugen, wenn die allgemeine Form beobachtet ist, eine Klage auf Erfüllung, ohne daß die nach R. R. dazu erforderliche Leistung seitens des Klägers vorausgegangen zu sein braucht, wenn das Geschäft miethsähnlich ist; es ist aber auch wegen verweigerter Erfüllung der Rücktritt gestattet[1]). 1) Ist von der einen Seite vollständig erfüllt, und der andere kann nicht gegenleisten, so hat er, wenn er schuld daran ist, nach Maßgabe seines Versehens Schadloshaltung zu leisten; sonst aber, wenn Zufall die Ursache ist, nach seiner Wahl, den gemeinen Werth der versprochenen Sache oder den gewöhnlichen Lohn der empfangenen Handlung[2]). 2) Ist eine versprochene Handlung nur theilweise geleistet, und der Rest kann nicht geleistet werden, so kann dafür, a) wenn es an einem Zufalle in der eigenen Person liegt, gewöhnliche, b) wenn es an einem Zufalle in der Person des andern liegt, contractmäßige Leistung nach Verhältnis[3]), c) wenn es an eigener Schuld liegt, nur so viel als der andere bereichert ist[4]), und d) wenn es an der Schuld des andern liegt, das Interesse nach Maßgabe des Versehens[5]) gefordert werden. 3) Ist die Leistung eine Unterlassung, welcher zuwider gehandelt wird, so kann der andere, a) wenn die Zuwiderhandlung willkürlich war, Entschädigung nach Verhältnis des Grades der Schuld[6]), b) wenn sie gezwungen (zufällig) geschah, Zurückgabe der Gegenleistung fordern; kann die Gegenleistung für die Unterlassung nicht erfolgen, so tritt Entschädigung nach der Größe des Versehens ein[7]). II. Das Rechtsverhältnis, welches zwischen Personen, die zum Dienste für das Publicum von der Staatsgewalt angestellt sind (Richter, Rechtsanwalte, Notare ꝛc.), und denjenigen, welche deren Dienst in Anspruch nehmen, dadurch entsteht, hat die rechtliche Natur dieser Art von Verträgen, wodurch sich die Erfordernisse der

1) A. L.R. I, 11, §§. 877, 878; I, 5, §. 408.

2) §§. 880—882 das. Folgerecht müßte dem, der geleistet hat, schlechthin die condictio ob causam datorum zustehen.

3) §§. 885—887 das. Auf ein verdungenes Werk, dessen Vollendung zufällig verhindert wird, finden diese Grundsätze nicht Anwendung. Pr. 35 vom J. 1832. Hierüber s. m. den vorhergehenden §. 707.

4) A. L.R. a. a. O. §§. 883, 884. Er hat nur die Bereicherungsklage (§. 642), nicht die Contractsklage.

5) A. L.R. a. a. O. §§. 888, 889.

6) Ebend. §. 890. Der §. 291, Tit. 5 setzt Vorsatz oder grobes Versehen voraus.

7) A. L.R. I, 11, §§. 891—893. Der Fall b ist folgerecht behandelt, weil nach den Grundsätzen des L.R. der Zufall den Vertrag aufhebt. S. o. §. 466, II.

Klage, wegen Ansprüche daraus, und deren Verjährung bestimmen[8]). (S. u. §. 741).

§. 709.

III. Das Receptum der Wirthe und Schiffer.

A. L.R. II, 8, §§. 444—455, 1528—1531, 1734—1738, 2452—2462. — J. Abel, die Gasthöfe und Gastwirthe, wie sie sein sollen, nebst einer Darstellung der Rechte und Pflichten der Gastwirthe und ihrer Gäste nach Preuß. Gesetzen. Berlin 1825. — Wolters, über die actio de recepto in Bezug auf Gastwirthe als Recipienten, und deren heutige Anwendung in Deutschland. Hamburg 1804.

I. Wer einen andern zur Beherbergung gegen Vergeltung aufnimmt, schließt mit ihm einen aus Sach- und Dienstmiethe vermischten miethsähnlichen Contract. Die Regeln über die Haftung aus dem Miethcontracte sind jedoch für die öffentliche Sicherheit nicht zureichend; das Bedürfnis hat deshalb eine eigenthümliche Contractsart erzeugt, wodurch solche Personen, welche die Aufnahme Fremder und Reisender gewerbsmäßig betreiben, gewissermaßen zur Bewachung des Aufgenommenen verbindlich gemacht werden, indem sie für die Gefahr der Beschädigung und des Verlustes haften. Diesen Contract, Receptum genannt, gehen diejenigen, welche öffentliche Anstalten zur Unterkunft Fremder und Reisender halten (Gasthöfe, Herbergen ꝛc. S. o. §. 397, Bd. I, S. 677), durch die Aufnahme einer Person in ihre Anstalt oder Obhut*) stillschweigend ein. Ausgedehnt ist dieser Grundsatz auf Strom- und Seeschiffer[1]) und auf öffentliche, vom Staate bestellte und besonders privilegirte Landkutscher (Postunternehmer und Eisenbahntransportberechtigte [§. 393])[2]), nicht aber auf Privatfuhrleute[2a]) und Fußboten, die zwar im allgemeinen nach den Grundsä-

8) Die Declarat. des §. 54, I, 6, v. 31. März 1838, Nr. 2 (G.S. S. 252), wonach die 3jährige Verjährung für Klagen außer dem Falle eines Contracts auch auf Entschädigungsansprüche, welche gegen öffentliche Beamte aus ihrer Amtsführung von dritten Personen erhoben werden, Anwendung finden soll, bezieht sich nicht auf diese Verhältnisse. Wer bei einem Notar oder Richter eine Urkunde bestellt, welche aus Versehen desselben fehlerhaft ausgefertigt wird und den Besteller in Schaden bringt, ist keine dritte Person.

*) S. unten Anm. 3.

1) A. L.R. II, 8, §§. 1734 flg. Bezüglich auf Fähren: II, 15, §§. 93—96. — L. 1, §. 4 D. de recepto (IV, 9).

2) A. L.R. a. a. O. §. 2453. — Conclusum der Ges.Commiss. v. 25. Febr. 1783 (Klein, Annal. Bd. I, S. 76). Der Satz ist durch die Praxis aufgebracht, aber nach G. R. streitig. Funkhänel, über die Anwendbarkeit der prätorischen de recepto actio auf die Ersatzverbindlichkeit der heutigen Postanstalten. Glaucha 1836.

2a) A. L.R. §§. 2458, 2459 d. T. Wer den Transport von Sachen gegen

ten von Miethverträgen, aber in einigen Beziehungen doch strenger beurtheilt werden (§. 414, Bd. I, S. 713). II. Die Verbindlichkeit wird gegründet: a) bezüglich auf Gastwirthe durch die Aufnahme der Person und durch das thatsächliche Einbringen der Sachen, gleichviel ob sie von jemand und von wem in Gasthause angenommen werden[3]; b) bezüglich auf Schiffer, Kahnführer und Landkutscher durch die Ueberlieferung der Sachen an den Schiffer ꝛc. oder dessen Leute, sonst gelten hier nur die Regeln vom Miethcontracte[3a]; und zwar in beiden Beziehungen nur dann, wenn dabei nicht ausdrücklich andere Bedingungen verabredet worden sind; eine einseitige Erklärung des Wirths ꝛc. nach bereits geschehener Aufnahme, oder die Anweisung eines verschließbaren Behältnisses ändert das alsdann bereits eingegangene Verhältnis nicht mehr[4]. 1) Die Verbindlichkeit besteht darin, die eingebrachten Sachen unversehrt zurückzugeben oder Schaden und Verlust zu ersetzen, ohne Unterschied: ob Versehen des Wirths ꝛc. oder seiner Leute Anlaß dazu gegeben hat oder nicht, selbst wenn ein Dritter die Sachen gestohlen hätte[5]; nur der durch höhere Gewalt und durch Unfälle von außen her, und der durch eigene Schuld des andern verursachte Schade und Verlust sind ausgenommen[6]. 2) In Beziehung auf den Beweis gelten einige Besonderheiten. (S. o. §. 470). 3) Das Verhältnis wird erst durch den schließlichen Abgang der Person mit ihren Sachen, nicht durch einstweilige Reisen unter Beibehaltung der Räumlichkeit oder Zurücklassung von Sachen, beendigt. 4) Mehrere, welche die Gastwirthschaft ge-

---

Lohn übernimmt, ist im Sinne dieser Vorschriften als Privatfuhrmann zu betrachten. Pr. 1648, v. 14. Nov. 1845.

3) A. L.R. §§. 444, 446 d. T. Zur Haftung der Gastwirthe für die Sachen der aufgenommenen Reisenden ist es nicht unbedingt erforderlich, daß dieselben innerhalb der zum Gasthause gehörenden Räumlichkeiten untergebracht worden sind; es genügt, wenn andere Umstände und Verhältnisse vorhanden sind, aus denen, des Verbleibens jener Sachen außer jenen Räumlichkeiten ungeachtet, dennoch die geschehene Aufnahme derselben sich schließen läßt. Pr. 1500, v. 2. Nov. 1844 (Entsch. XI, 367). (3. A.) Es ist auch gleichviel, ob die Einbringung der Sachen zugleich mit der Aufnahme des Reisenden, oder nachher, während des Aufenthalts desselben im Gasthause geschehen ist. Vergl. L. 4, §. 2 D. nautae, caupones (IV, 9). Auch hat der Reisende, um die Haftbarkeit des Gastwirths zu begründen, nicht nöthig, ihm anzuzeigen, was für Sachen er einbringe. Erk. des Obertrib. v. 19. Juni 1856 (Entsch. Bd. XXXIII, S. 107).

3a) A. L.R. a. a. O. §§. 1760, 1761, 2452, 2453. — L. 1, §§. 6—8; L. 4, §. 2; L. 3, §. 1; L. 6 pr. D. eod.

4) A. L.R. a. a. O. §§. 448, 450. — L. 7 pr. D. eod. — Pufendorf, Observat. Tom. IV, obs. 150, §. 5.

5) A. L.R. a. a. O. §§. 444, 1734, 1735. — L. 1, §. 8; L. 2, 3 pr., §. 1; L. 5, §. 1 D. eod.

6) A. L.R. a. a. O. §. 447. — L. 3, §. 1 D. eod.

meinschaftlich treiben, haften in allen Fällen solidarisch [7]). III. Rheder und Fuhrherren, welche nicht auf oder bei dem Fahrzeuge zugegen sind, werden zwar durch ihre Leute, und zwar die ersteren subsidiarisch, verbindlich gemacht, können sich jedoch durch Abandonniren befreien [8]).

§. 710.

IV. Der Trödelvertrag.

A. L.R. I, 11, §§. 511—526.

Im allgemeinen versteht man darunter einen Vertrag, wodurch jemand übernimmt, die bewegliche [1]) Sache eines andern zu verhandeln; die besondere rechtliche Natur des Geschäfts aber bestimmt sich erst durch die Gegenleistung und die Modalitäten. Ist dem Uebernehmer kein Vortheil zugesagt und die Besorgung des Verkaufs ohne Zeit- und Preisbestimmung überlassen, oder zwar ein Termin aber kein von ihm zu gewährender Preis bestimmt: so ist das Geschäft ein Auftrag [2]); ist ihm ein Vortheil dabei zugesichert, von ihm aber kein bestimmter Erfolg bis zu einem gewissen Termine versprochen: so ist der Vertrag Dienstmiethe, wird aber im A. L.R. auch Auftrag genannt [3]). Uebernimmt der Beauftragte mit der Sache die Ausführung des Verkaufs und die Ablieferung einer bestimmten Summe bis zu einem festgesetzten Tage: so ist das Geschäft ein unbekannter Realcontract, welchen die Neuern Trödelvertrag, nach dem vorausbestimmten Preise auch contractus aestimatorius nennen [4]). Dadurch wird für den Uebernehmer die alternative Obligation begründet: entweder die Sache mit Früchten und Zuwüchsen, oder den Preis bis zu dem bestimmten Tage zu geben, wobei er, wenn die Sache zurückgegeben wird, für die Verschlimmerungen nach Maßgabe seines Versehens einsteht, wenn er aber die Geldsumme abliefert, den erlangten Ueberschuß für sich behält [5]). Hat der Uebernehmer die Sache nicht angebracht, zahlt aber an dem bestimmten

7) A. L.R. a. a. O. §. 445. — Nach L. 7, §. 5 D. eod. und L. 4 pr., §. 1 D. de exercit. act. (XIV, 1) wird unterschieden.

8) A. L.R. a. a. O. §§. 1528—1531, 2454. (3. A.) Der Grundsatz muß analogisch auch auf Gastwirthschaftsunternehmer, die in der Anstalt nicht wohnen, anwendbar sein.

1) Betrifft das Geschäft eine unbewegliche Sache, so kann es nur Auftrag oder Mäklervertrag sein. A. L.R. I, 11, §§. 512, 525.

2) A. L.R. a. a. O. §§. 522, 523.

3) §. 524 das. Der Auftrag schließt die Belohnung nicht aus. S. oben §. 655. (3. A.) Der Beauftragte hat hier eigentlich nur die mechanische Verrichtung eines Bestellers (Boten, nuncius).

4) A. L.R. a. a. O. §. 511. — L. 1 pr. D. de aestimatoria (XIX, 3).

5) A. L.R. a. a. O. §§. 516, 518. — L. 1, §. 1 D. eod.

Tage den Preis: so geht das Eigenthum der Sache auf ihn selbst mit Vollziehung der Zahlung über; zahlt er nicht, so steht es in der Wahl des Auftraggebers: ob er die Sache zurück oder den Preis fordern will [6]). Daraus folgt, daß der Auftraggeber seine noch vorhandene Sache, wenn der andere vor der Preiszahlung in Concurs verfällt, aus der Masse vindiciren kann [7]).

§. 711.

V. Der Lieferungscontract.

A. L.R. I, 11, §§. 981—987. — Hassenpflug, über das Lieferungsgeschäft. Zur Erläuterung des eigentlichen Sinnes der §§. 981—987, Tit. 11, Th. I des Allgemeinen Landrechts. Berlin 1846. — Dr. Löwenberg, über den Lieferungsvertrag unter Berücksichtigung des Handels mit geldwerthen Papieren. Berlin 1846. Dazu die Anzeige in den kritischen Jahrbüchern für deutsche Rechtswissenschaft von Richter und Schneider, Jahrg. 1847, S. 923 ff. — v. Bülow und Hagemann, Erörterungen, Bd. IV, Nr. 15.

Der Lieferungscontract ist wesentlich der umgekehrte Trödelvertrag; er endigt wie dieser, gehörig ausgeführt, in einem Kaufcontract, und der bestimmte Ankaufspreis [1]) enthält, wie die Bestimmung des Preises bei dem Trödelcontracte, zugleich die Belohnung für die Dienste des Lieferanten [2]), daher hier der Einwand oder der

---

6) Auf diese Weise sind die §§. 513 u. 515 des A. L.R. a. a. O., der rechtlichen Natur des Verhältnisses völlig angemessen, zu vereinigen. Nach G. R. wird von einigen sachwidrig behauptet, daß der Uebernehmer schon mit der Uebergabe der Sache an ihn Eigenthümer werde. Gegenstand des Vertrags ist nicht der Verkauf, sondern die Handlung des Uebernehmers, was das A. L.R. a. a. O. §. 511 ganz richtig in die Begriffsbestimmung aufnimmt.

7) A. L.R. a. a. O. §§. 520, 521. — Der §. 521, wonach der Auftraggeber, wenn der Concurs erst nach dem Termine ausbricht, den Preis liquidiren soll, setzt voraus, daß der Uebernehmer gewählt und den Preis creditirt erhalten habe, was auch stillschweigend geschehen kann. A. L.R. a. a. O. §. 224.

1) (3. A.) Durch die Bestimmung eines „gewissen" Preises wird der Lieferungsvertrag einestheils dem Kaufcontract ähnlich, und anderntheils unterscheidet er sich von dem Mandate und namentlich von der Einkaufscommission, bei welcher ein Limitum des Einkaufspreises gesetzt ist. Vergl. Erk. des Obertrib. v. 10. Februar 1853 (J. M. Bl. S. 142).

2) Diese Begriffsbestimmung erscheine, sagt das Obertrib. in dem Plenarbeschl. vom 15. Juni 1846 (Entsch. Bd. XIII, S. 61), insofern nicht zutreffend, als ein Lieferungsübernehmer rechtlich überall nicht als der Beauftragte des Bestellers betrachtet werden könne. Der Lieferungsvertrag unterscheide sich vielmehr in rechtlicher Beziehung von dem Bevollmächtigungsvertrage wesentlich dadurch, daß bei letzterem der Bevollmächtigte nur im Namen und nach der Vorschrift des Machtgebers handele, und diesem durch seine Handlungen den Gegenstand seines Auftrags erwerbe, auch schuldig sei, alle daraus entstehenden Vortheile dem Machtgeber zu überlassen; letzterer endlich berechtigt werde, aus dem, von dem Bevollmächtigten für ihn mit einem Dritten geschlossenen Vertrage gegen den Dritten unmittelbar auf Erfüllung zu klagen. Bei Lieferungsverträgen überkomme dagegen der Lieferungsübernehmer keine andere Pflicht als die, zu bewirken, daß der Besteller den Gegenstand des Vertrages zur bestimmten Zeit erhalte; die Beschaffung desselben berühre nur sein eigenes Interesse, und der Besteller

Anspruch wegen enormer Verletzung unstatthaft ist[3]). Das Verschaffen, sagt das Obertribunal, der bestellten Sache ist ein wesentlicher Bestandtheil der Verpflichtung des Unternehmers, aber es ist zum Begriffe eines Lieferungsvertrags nicht erforderlich: 1) daß das Verschaffen ausdrücklich versprochen sei, vielmehr kann diese Verpflichtung auch aus dem Inhalte des Vertrages, aus den Verhältnissen der Parteien, und aus den sonstigen Umständen entnommen werden; 2) daß aus dem Vertrage oder aus den Umständen die Voraussetzung des Bestellers hervorgehe, daß die versprochene Sache sich noch nicht im Besitze des Versprechenden befinde. Es schließt daher 3) die Anwendung der Regeln des Lieferungsvertrages nicht aus, daß sich der Uebernehmer (Lieferant) bereits beim Abschlusse des Vertrags thatsächlich im Besitze der Sache — d. i. von Sachen solcher Art und in der Quantität, wie er zu liefern sich verpflichtet — befunden hat[4]). Der Auftraggeber kann zurücktreten, wenn bis zum Termine nicht erfüllt ist, oder wenn wegen veränderter Umstände der Zweck wegfällt; in diesem Falle jedoch muß der Lieferant wegen bereits gehabter Bemühungen und Kosten entschädigt werden[5]), so wie in jenem Falle der Lieferant den andern entschädigen muß. Wird ohne einen dieser beiden Gründe willkürlich der Vertrag aufgesagt, oder die von dem Lieferanten angebotene Sache zurückgewiesen: so kann der Lieferant, nach seiner Wahl, sein Interesse fordern, dessen er durch Privatveräußerung der ihm nicht abgenommenen Sache noch nicht verlustig wird, oder auch einfach

---

erwerbe weder gegen den Dritten, mit welchem etwa der Lieferant contrahirt hätte, noch Rechte auf die von dem Lieferungsübernehmer, wenn schon auf Veranlassung der versprochenen Lieferung angeschaffte, aber noch nicht tradirte Sache. — Diese Unterschiede zwischen dem Lieferungsvertrage und dem Bevollmächtigungsvertrage sind außer Streit, ich habe aber den Lieferungsvertrag mit einem „Bevollmächtigungsvertrage" nicht verglichen; ich habe vielmehr mit dem Trödelvertrage den Lieferungsvertrag verglichen und gesagt, daß, sowie der Trödelvertrag von einem Auftrage ausgehe, auch der Lieferungsvertrag einen Auftrag zur Verschaffung einer Sache voraussetze. Das ist gleichfalls unstreitig. Ein Auftrag aber, in der Bedeutung einer Bestellung, d. h. eine aufgetragene Besorgung, ist noch lange kein Bevollmächtigungsvertrag, denn dieser bezweckt und vermittelt die Stellvertretung des Auftraggebers bei einem Rechtsgeschäfte. Dieser Stellvertretungsvertrag ist von dem bloßen Auftrage ganz verschieden, und die Verschiedenheit ist von mir ganz ausdrücklich hervorgehoben. (S. o. §. 655.) Die Polemik des Obertrib. beruht danach auf einem Misverständnisse und ist ohne Gegenstand. Vergl. m. Recht der Forderungen, §. 285.

3) A. L.R. a. a. O. §§. 981, 987, 876.

4) Pl.Beschl. (Pr. 1755) v. 15. Juni 1846 (Entsch. Bd. XIII, S. 57).

5) A. L.R. a. a. O. §§. 984—986. S. oben §. 568, IV. Der Rücktritt steht auch noch nach der Verurtheilung des säumigen Lieferanten zur Erfüllung frei; denn der Lieferant erlangt durch dieses Urtel kein Recht, die Abnahme oder Entschädigung zu fordern. Pr. des Obertrib. vom 21. Juni 1850 (Entsch. XX, 124).

auf Zahlung des bedungenen Preises gegen Abnahme der Sache klagen [6]).

§. 712.

VI. Die Auslobung einer Prämie.

A. L.R. I, 11, §§. 988—995.

Die Ausbietung einer Prämie ist ein Versuch zur Eingehung eines Vertrags über Handlungen (Dienstmiethe oder ein Werk) [1]); wer darauf die verlangten Dienste, z. E. Ausmittelung einer abhanden gekommenen Sache oder Person, oder das aufgegebene Werk unternimmt, geht das Geschäft ein, ohne sich jedoch zur Ausführung verbindlich zu machen. Führt er es der Aufgabe entsprechend aus, so hat er die ausgesetzte Belohnung zu fordern [1a]). Die Aufgabe darf nicht verändert, wohl aber innerhalb der ersten Hälfte der festgesetzten Zeit näher bestimmt werden [2]). Verändert der Ausbietende seine Aufgabe oder nimmt er sie vor der Zeit ganz zurück, so muß er alle, welche die Lösung bereits unternommen hatten, für die aufgewendete Mühe und Kosten entschädigen [3]). Wird die Auflösung der Aufgabe von mehreren eingesendet, so hat der Ausbietende die Auswahl; ist ein Nachweis verlangt worden, so hat der erste, welcher denselben zweckentsprechend liefert, die Belohnung zu fordern.

---

6) Plenarbeschl. des Obertrib. vom 19. Septbr. 1845 (J. M. Bl. 1845, S. 197 und Entsch. des Obertrib. Bd. XI, S. 18). War vorher streitig; man wollte nur eine alternative Klage auf Abnahme oder auf öffentlichen Verkauf der Sache auf Gefahr und Kosten des Bestellers zulassen. S. die Senatsentsch. des Obertrib., vom 26. Novbr. 1842 (Entsch. Bd. VIII, S. 264).

1) A. L.R. a. a. O. §. 988, der jedoch unlogisch gefaßt ist und sich auch durch „öffentliche Belohnungen" unrichtig ausdrückt, indem es wohl heißen soll „Belohnungen öffentlich ꝛc." Die Sache ist ein Rest der öffentlichen Kampfspiele.

1a) (Z. A.) Erst dadurch, daß jemand die verlangte Dienstleistung unternimmt, kommt eine Verbindlichkeit des Auslobenden zu Stande. So lange noch niemand etwas gethan hat, kann der Auslobende seine Verheißung willkürlich zurückziehen; denn die Auslobung für sich begründet keine Obligation, weil die Person des Gläubigers unbestimmt ist. Die thatsächliche Eingehung auf das Begehren hebt die Unbestimmtheit auf. Die anfängliche Unbekanntschaft des Versprechenden mit der Person seines Gläubigers ist kein Hindernis an der Perfection des Vertrages, weil das Versprechen des Schuldners die Einwilligung enthält, daß diejenige bestimmte Person, welche zuerst acceptirt, sein gesuchter Gläubiger sein solle. Dieser Vertrag ist verwandt mit derjenigen Tradition (die Tradition ist ja auch ein Vertrag), welche durch das Auswerfen von Geschenken (Münzen) unter das Publicum geschieht. Wer das Stück aufnimmt, ist Eigenthümer, weil es der Uebergeber so will; und die anfängliche Unbekanntheit des Nehmers ist kein Hindernis.

2) A. L.R. a. a. O. §§. 990—994.

3) §. 989 das. Die Unternehmung muß allein durch die Auslobung veranlaßt sein.

Viertes Capitel.

Verträge, welche in der Eingehung zweiseitig, in der Erfüllung einseitig sind.

§. 713.

Spiel und Wette.

A. L.R. I, 11, §§. 577—581. — Gans, Abh. über Spiele und Wetten; in den Beiträgen zur Gesetzrevision, S. 164 ff. — Wilda, die Lehre von dem Spiel, aus dem deutschen Rechte neu begründet; in dessen Zeitschrift für Deutsches Recht, Bd. II, Nr. VI.

In der Eingehung sind diejenigen Glücksverträge, welche keinen Hoffnungskauf enthalten, namentlich die für den Rechtsverkehr entbehrlichen Spielverträge, zweiseitig, indem jeder Theil die Gefahr des Verlustes übernimmt, während die Ausführung weiter keine Gegenleistung erfordert. I. Der Spielvertrag ist eine Uebereinkunft zweier oder mehrerer Personen, wonach sie einander eine bestimmte Leistung versprechen, welche derjenige von ihnen an die übrigen zu fordern haben soll, für welchen sich der ungewisse Ausgang einer festgesetzten Begebenheit oder Unternehmung entscheiden wird. Welche rechtliche Wirkung ein solcher Vertrag habe, hängt von der Art der Begebenheit oder Unternehmung (Spiel), wovon die Entscheidung abhängig gemacht ist, ab. Danach gibt es erlaubte und unerlaubte Spiele. Unerlaubt sind alle Hazardspiele, wenn sie als Gewerbe betrieben werden[1]). Was in erlaubten Spielen gezahlt worden ist, kann nicht zurückgefordert werden, wegen Rückstandes aber findet keine Klage statt[2]), auch keine Compensation[3]); was aus unerlaubten Spielen gezahlt worden ist, kann der Fiscus condictione ob turpem causam abfordern (§. 640). II. Wette[4]) heißt der Vertrag, wodurch jeder Theil dem andern un-

1) Straf-G.B. §. 266. Der Begriff des Hazardspiels ist unbestimmt; es werden nur einige Spiele als dazu gehörig angegeben. A. L.R. II, 20, §. 1299. — v. Hermsdorf, über den Begriff des Hazardspiels; in Klein's Annalen, Bd. XXVI, S. 219. Das R. R. hat einen andern Unterscheidungsgrund zwischen erlaubten und unerlaubten Spielen: den der körperlichen Uebung, wodurch sich lusus von alea scheidet. L. 4, §§. 1, 2 D. de aleat. (X, 5); L. 1, 3 C. eod (III, 43).

2) A. L.R. a. a. O. §§. 577, 578. Nach R. R. entsteht aus erlaubten Spielen eine Civilobligation, L. ult. C. eod. Der Unterschied zwischen dem Pr. R. und dem R. R. ist also ein ganz anderer, als den Herr v. Rönne zu Klein, System, I, §. 294, Note 1 angibt.

3) A. L.R. Einleit. §. 86; I, 16, §. 342. S. o. §. 582, III.

4) Hymmen, Beiträge, Bd. II, S. 70 flg. — Ludovici, de natura

ter entgegengesetzter Bedingung eine bestimmte Leistung verspricht. Von der Beschaffenheit der Bedingung hängt die Giltigkeit der Wette, nach den allgemeinen Grundsätzen über die Wirkung unerlaubter Bedingungen, ab (§. 120, Nr. 4, Bd. I, S. 253). Zur Klagbarkeit der aus der Wette entstehenden Forderung ist die Niederlegung dessen, was man zu leisten von beiden Seiten versprochen hat[5]), erforderlich; die entgegengesetzten Leistungen können ungleich sein. Die Verschweigung der dem einen mit Gewißheit bekannten wahren Bewandtnis der Sache, bezüglich auf den zur Bedingung gemachten Umstand, ist Betrug[6]). III. Was ausdrücklich zum Spielen oder Wetten, oder zur Bezahlung des dabei gemachten Verlustes geliehen worden, kann nicht zurückgefordert werden, ohne daß ein Unterschied zwischen erlaubten und unerlaubten Spielen und Wetten gemacht wird[7]).

Zweiter Abschnitt.

Accessorische Forderungen.

I. Intercession.

Sintenis, über die Intercessionen überhaupt ꝛc.; in der Zeitschrift für Civilrecht und Proceß, Bd. X.

§. 714.

A. Das Allgemeine.

Intercession heißt jede freiwillige Uebernahme einer fremden Schuld. I. Die Erfordernisse sind: 1) die fremde Schuld muß giltig sein, denn sie geht mit allen aus dem Verhältnisse entspringenden Einreden auf den neuen Schuldner über[1]), ausgenommen wenn wissentlich und gerade wegen der Handlungsunfähigkeit des Schuldners intercedirt wird, um den Gläubiger zu sichern; doch muß auch in diesem Falle die Obligation nicht an sich nichtig sein[2]). Da der

et interpretatione sponsionum. Halae 1704. — Reinhardt, de sponsionibus. Erf. 1734. — Bucher, de sponsionibus. Steink. 1796.

5) A. L.R. I, 11, §. 579. Durch den Ausdruck „baar gesetzt" ist die Verabredung und der Satz nicht auf Geld beschränkt; baar heißt hier reell, oder in Natur, körperlich.

6) Ebend. §. 580. Die verschiedenen Meinungen über die Voraussetzung der Ungewißheit s. bei Glück, Bd. XI, §. 761, Nr. 1.

7) A. L.R. a. a. O. §. 581. Dazu Gans a. a. O.

1) A. L.R. I, 14, §. 310. — L. 46, 29 D. de fidejuss. (XLVI, 1); L. 1, §. 2 D. de verb. obl. (XLV, 1); L. 129, §. 1; L. 178 D. de reg. jur. (L, 17).

2) A. L.R. a. a. O. §§. 251, 252, 254—256. Nach den Grundsätzen des Pr. R. ist das ein unpassender Satz, weil es solche Obligationen Handlungsunfähiger, die nur ope exceptionis ungiltig wären, nicht gibt. Der Ausdruck ist auch sehr vage; es heißt: „entsteht die Ungiltigkeit — bloß aus der persön-

Intercedent wesentlich in die Stelle des Schuldners tritt, so entscheidet sich danach die Frage: inwiefern er für die Schuld aus einem Vertrage, welchem die vorgeschriebene Form mangelt, verbindlich wird oder nicht, von selbst. Die Intercession für eine unconsentirte Darlehnsschuld eines Officiers hat gar keine Wirkung, weil nur der Fiscus Gläubiger daraus geworden (§. 614, II, 3, b) und für diesen die Intercession ein ihm fremdes Geschäft ist. 2) Der Intercedent muß durch das Geschäft Schuldner werden; Tilgung einer fremden Schuld ist keine Intercession[3]). 3) Er muß eine fremde Verbindlichkeit auf sich nehmen; ist es bloß die Gefahr in Beziehung auf ein Verhältnis, so ist das Geschäft eine Versicherung[4]); 4) die Uebernahme muß freiwillig sein, nicht auf rechtlicher Nothwendigkeit beruhen[5]). II. Die Intercession wirkt einen Uebergang der Schuld von dem bisherigen Schuldner auf den Intercedenten, bald mit (privative Intercession) bald ohne (cumulative Intercession) Befreiung des alten Schuldners. Das Klagrecht gegen ihn ist wesentlich ebendasselbe, welches aus dem Hauptgeschäfte gegen den ursprünglichen Schuldner entsteht: das Intercessionsgeschäft erzeugt, in ähnlicher aber umgekehrter Art wie die Cession, kein eigenthümliches Rechtsverhältnis zwischen dem Gläubiger und dem neuen Schuldner, weil durch dieselbe nicht so wie nach R. R. durch die Stipulation eine neue förmliche Obligation entsteht. Das Verhältnis zwischen dem Intercedenten und dem bisherigen Schuldner läßt sich im allgemeinen nicht bestimmen; die Intercession an sich begründet kein solches; die Gründe zu einem Regresse liegen allemal außer derselben.

---

lichen Eigenschaft des Verpflichteten." §. 254. Der §. 252 bezieht sich nicht auf solche Verträge, welche bloß wegen der persönlichen Eigenschaft des Verpflichteten, sondern auf solche, welche wegen der Qualität der contrahirten Schuld selbst von den Gesetzen gemisbilligt sind. Pr. 118, vom 11. Juni 1836. — Vergl. L. 70, §. 4; L. 25 D. de fidejuss.; L. 13 pr. D. de minor. (IV, 4); L. 9, §. 3 D. de S. C. Mac. (XIV, 6); L. 95, §. 3 D. de solut. (XLVI, 3).

3) L. 4 i. f.; L. 21, §. 1 D. de fidejuss. — L. 1, 9 C. de S. C. Vellej. (IV, 29). Daher kann die Zahlung eines Bürgschaftsunfähigen aus dem Grunde, weil dessen Bürgschaft unkräftig gewesen sein würde, nicht zurückgefordert werden; nach A. L.R. §. 243 d. T. selbst dann nicht, wenn die Zahlung in Folge einer vorausgegangenen unkräftigen Bürgschaft geleistet worden ist. Anders in diesem Falle nach R. R. S. unten §. 721, Note 20.

4) L. 21, §. 2 D. de fidejussor. (XLVI, 1).

5) L. 13 pr.; L. 8, §. 2; L. 17 pr.; L. 24 pr. D. eod.; L. 2, L. 6 pr. C. eod. (VIII, 41).

B. Einzelne Arten.

1. Bürgschaft, fidejussio.

A. L.R. I, 14, §§. 200—398.

§. 715.

a) Begriff und Erfordernisse.

I. Bürge ist derjenige, welcher in eine fremde Verbindlichkeit unter der Bedingung eintritt, daß er dieselbe nur auf den Fall, wenn und in soweit der Schuldner nicht erfüllen kann, zu erfüllen habe[1]). Sowohl die Handlung der Uebernahme als die dadurch gegründete neue Verbindlichkeit oder vielmehr Verknüpfung der bestehenden Verbindlichkeit mit der Person des Bürgen heißt Bürgschaft. Diese ist an sich eine subsidiarische oder bedingte Verbindlichkeit; man kann jedoch auch unbedingt als solidarischer Correalschuldner eintreten[2]). In diesem Falle kann man, in Anspruch genommen, den Gläubiger nicht an das von dem andern Solidar- (Haupt-) Schuldner bestellte Pfand verweisen[2a]), wenn man sich solches nicht ausdrücklich ausbedungen hat[2b]). Wer für die Zahlungsfähigkeit des Bürgen dem Gläubiger Bürgschaft leistet, ist ein Afterbürge (fidejussor fidejussoris), und wer dem Bürgen für den Hauptschuldner bürgt, ein Rückbürge[3]). II. Zur Uebernahme einer Bürgschaft ist erforderlich: 1) die Fähigkeit, Darlehen aufzunehmen[4]); 2) die mit Worten ausgedrückte Erklärung, für den Schuldner einstehen

---

1) A. L.R. a. a. O. §. 200. Nach R. R. gehört das Merkmal der Eventualität nicht zum Begriff. L. 1, §§. 7, 8 D. de obl. et act. (XLIV, 8); L. 1 D. qui satisdare (II, 8). Die Bürgschaft, wodurch man nur subsidiarisch die Verbindlichkeit übernahm, war eine besondere Art und hieß fidejussio indemnitatis. L. 118 D. de verb. obl. (XLV, 1); L. 7 D. de fidejuss. et nom. (XXVII, 7); L. 1, 2 C. de conv. fisc. deb. (X, 2).

2) A. L.R. a. a. O. §. 297. Ausdrücklich oder durch Entsagung des ben. excuss.

2a) Nicht deshalb, weil — wie das Pr. 2091a des Obertrib. v. 13. November 1848 sagt — das Recht des Bürgen, den Gläubiger an das Pfand zu verweisen, gesetzlich nur aus dem, einem Bürgen zustehenden beneficio ordinis oder excussionis entspringe; denn dieses Recht ist ja das beneficium indemnitatis selbst, erklärt oder begründet mithin den Satz nicht; sondern weil der Solidarschuldner dies beneficium nicht hat und weil der Eigenthümer des Pfandes ein Dritter ist, dessen Eigenthum er nicht anbieten kann. A. L.R. I, 20, §. 46.

2b) Pr. des Obertrib. 1590, vom 4. Juni 1845 (Entsch. Bd. XII, S. 231).

3) A. L.R. a. a. O. §§. 201, 380—384. — L. 4, 8, §. 12; L. 27, §. 4 D. de fidejuss. (XLVI, 1); L. 38, §. 5 D. de solut. (XLVI, 3).

4) A. L.R. a. a. O. §§. 219, 220. S. o. §. 614, II. Deshalb gehört zur Giltigkeit der Bürgschaft eines Soldaten und Unterofficiers die schriftliche Genehmigung des Compagnie- oder Escadronchefs, und der Consens zur Uebernahme einer Bürgschaft ermächtigt nicht zur Verpflichtung als Selbstschuldner. Pr. des Obertrib. 1869, vom 10. Mai 1847 (Entsch. Bd. XIV, S. 463). — Ausnahmen nach R. R. machen Militärs, Geistliche, Frauenspersonen.

zu wollen, gleichviel, welche Worte gebraucht werden, wenn sie nur diesen Sinn haben[5]); eine stillschweigende Bürgschaft gibt es nicht[6]). Die Annahme kann, wie bei allen Verträgen, auch bei unbedingten Bürgschaften durch Handlungen ausgedrückt werden; werden aber Bedingungen oder Vorbehalte gemacht, so ist zur Perfection die durch Worte oder Schrift ausgedrückte Zustimmung des Gläubigers nothwendig[7]). 3) Beobachtung der Form. Diese ist ohne Unterschied des Gegenstandes, weil bloß das Versprechen der Verpflichtungsgrund ist (§. 550, II, 1), die Schrift; für die Bürgschaften der Frauenspersonen ist eine besondere Form vorgeschrieben[8]). 4) Die Bürgschaft kann zwar weniger aber nicht mehr oder etwas anderes enthalten als bisher die Obligation selbst[9]), sonst wird das Geschäft ein anderes; sie kann jedoch bessere Sicherheit oder eine dem Gläubiger günstigere Art der Rechtsverfolgung gewähren[10]). Bei solchen Schuldverhältnissen, wo der Belauf der Leistungen des Schuldners noch nicht bekannt ist, kann die Bürgschaft bis auf eine bestimmte Summe übernommen werden, welches die Bedeutung hat, daß der Bürge nicht über diesen Betrag, wohl aber darunter, wenn die Schuld nicht so viel beträgt, zu leisten hat[11]).

§. 716.

b) Verbindlichkeiten des Bürgen.

Da der Bürge an die Stelle des Schuldners in die bestehende Obligation tritt (rei locum obtinet)[1]), so übernimmt er dadurch weiter nichts, als was zu der Zeit der Inhalt der Obligation für sich mit sich bringt; er haftet also nicht für die durch die Verschuldung des Schuldners entstehenden Erweiterungen, wie Schadenersatz und Verzugszinsen[2]); soll er für mehr, als was aus dem In-

---

5) A. L.R. §§. 202, 206, 213 d. T. — Grattenauer, Abh. I, S. 94. — Jur. Wochenschrift, 1838, S. 330.

6) Die Bestimmungen des A. L.R. a. a. O. §§. 207—212, 253, und Anh. §. 47 beziehen sich auf einen andern Verpflichtungsgrund.

7) A. L.R. a. a. O. §§. 204, 205. S. oben §. 548. Die für eine Realschuld als Selbstschuldner, doch unter der Beschränkung, daß der Gläubiger zuvor die Hypothek angreifen müsse, übernommene Bürgschaft wird nicht für eine bedingte in diesem Sinne gehalten. Pr. 1590, vom 4. Juni 1845 (Entsch. XII, 231).

8) A. L.R. §§. 203, 219, 220 d. T. S. unten §. 721.

9) A. L.R. §§. 277, 280 d. T. — L. 8, §§. 7—9; L. 16, §§. 1, 2; L. 34, 42, 70 D. de fidejuss. (XLVI, 1); §. 6 J. eod. (III, 20).

10) A. L.R. a. a. O. §. 278. — L. 6, §. 2; L. 7, 16, §§. 3, 4 D. eod.

11) A. L.R. a. a. O. §§. 280, 281.

1) L. 4, §. 1 D. de fidejuss. (XLVI, 1).

2) A. L.R. a. a. O. §§. 266, 267. — L. 4, §. 1; L. 56 D. eod.; L. 49

halte der Obligation an sich und aus seiner eigenen Verschuldung folgt, namentlich für jene Erweiterungen haften, so muß solches in der Bürgschaft ausgedrückt sein. Darauf beziehen sich mehrere Auslegungsregeln. 1) Wer für alles, was der Schuldner aus dem Geschäfte schuldig werden möchte (in omnem causam), zu haften verspricht, oder sich als Selbstschuldner ohne Einschränkung [2a]) verpflichtet, muß auch für rückständig bleibende Zinsen, für Verzugszinsen, Früchte, Kosten, Schäden und entgangenen Gewinn, nach Maßgabe der eigenen und des Schuldners Verschuldung, aufkommen [3]). 2) Wer für eine bestimmte Forderung schlechthin Bürgschaft leistet, haftet für weiter nichts als für das Capital und für die rückständig gebliebenen Conventionalzinsen des letzten Jahres [4]). 3) Wer bloß für die Zinsen ohne Zeitbestimmung Bürgschaft leistet, wird frei, wenn und insoweit das Capital bei dem Schuldner factisch verloren geht (uneinziehbar wird); die Bürgschaft lebt nicht wieder auf, wenn der Schuldner wieder in bessere Umstände kommt; für die Rückstände haftet in diesem Falle der Bürge bis zur Eröffnung des Concurses; ist auf eine bestimmte Zeit gebürgt, so hebt der früher eintretende Verlust des Capitals die Bürgschaft nicht auf [5]). 4) Wer für die Rückgabe einer Sache sich verbürgt, d. h. wer in eine Schuld tritt, deren Gegenstand Rückgabe einer Sache ist, haftet folgerecht von selbst auch für die An- und Zuwüchse, aber nicht für die von dem Schuldner verschuldeten Verschlimmerungen [6]). 5) Die Bürgschaft für allen aus einem Geschäfte dem Gläubiger entstehenden Schaden verpflichtet nicht zur Erstattung des entgangenen Gewinnes und des Werths der besondern Vorliebe [7]). 6) Die cautio ratam

pr.; L. 91, §. 4 D. de verb. obl. (XLV, 1); L. 32 pr. D. de administr. tutor. (XXVI, 7); L. 3 D. de fid. et nom. (XXVII, 7).

2a) Der Bürge, der sich, wenngleich als Selbstschuldner, ausdrücklich nur für das Capital verbürgt hat, kann ungeachtet der Vorschrift, daß die Uebernahme einer selbstschuldnerischen Bürgschaft zugleich die Verhaftung wegen Zinsen u. s. w. mit sich bringt, über das Capital hinaus nicht in Anspruch genommen werden. Pr. 1967, vom 21. Decbr. 1847 (Entsch. Bd. XVI, S. 182).

3) A. L.R. a. a. O. §§. 269, 270. — L. 68 pr., §. 1 D. de fidejuss. (XLVI, 1); L. 54 D. locati (XIX, 2); L. 49 pr.; L. 91, §. 4 i. f. D. de verb. obl. (XLVI, 1).

4) A. L.R. a. a. O. §§. 259, 260. Eigentlich sollte für alle seit der Uebernahme der Schuld entstehenden Zinsenrückstände eingestanden werden.

5) §§. 261—264 das. — Das Forderungsrecht ist hier wie eine körperliche Sache gedacht, welche physisch untergehen kann. Der Zeitpunkt, mit welchem dieser thatsächliche Untergang anzunehmen, ist nicht bestimmt; er läßt sich auch nicht durch Ableitung aus dem Wesen der Sache bestimmen, weil die ganze Vorstellung naturwidrig ist; es ist dazu eine positive Vorschrift erforderlich. Vergl. Simon's Rechtssprüche, B. I, S. 52.

6) A. L.R. a. a. O. §. 265. Anwendung des obigen Grundsatzes zu Note 2.

7) §. 268 das. — A. G.O. I, 22, §. 15.

rem haberi macht nur zum Ersatze des aus dem Rückgange des Geschäfts wegen ausbleibender Genehmigung entstehenden Schadens, nicht auch des entgangenen Gewinnes verbindlich[8]). 7) Die Bestellung oder Uebernahme einer Amtscaution ohne nähere Bestimmung verpflichtet nur zur Erstattung der durch den bestimmten Beamten veranlaßten Defecte, nicht aber auch der Zinsen, Kosten und Strafen[9]).

§. 717.

c) Rechte des Bürgen gegen den Gläubiger.

I. Zur Begründung des Anspruchs gegen den Bürgen muß der Eintritt der Bedingung, d. i. die Zahlungsunfähigkeit des Hauptschuldners, behauptet und bewiesen werden. 1) Dieser Beweis wird für geführt angenommen: a) wenn der Schuldner einer Personalforderung zu der Zeit, da der Bürge belangt werden soll, wegen anderer Schulden verhaftet ist, oder wenn die Auspfändung erfolglos versucht worden ist[1]). Finden sich Gegenstände, so muß der Verkauf abgewartet werden; sind es ausstehende Forderungen, so muß der Gläubiger drei Monate auf die Fälligkeit und Zahlung warten; die Ausklagung zu übernehmen ist er nicht schuldig[2]); findet sich ein Grundstück, welches einen ausreichenden Ertrag gewährt, so muß der Gläubiger die Sequestration ausbringen und drei Monate warten[3]). b) Wenn der Schuldner einer Wechselforderung vergeblich zum Wechselarrest gebracht worden ist, oder wegen seiner Entweichung nicht dahin gebracht werden kann[4]). c) Ist die Bürgschaft für eine Realschuld (Pfand- oder Hypothekenforderung) geleistet, so muß zuerst noch das Hypothekenrecht verfolgt oder die Unzulänglich-

8) A. L.R. a. a. O. §§. 271, 272.

9) §§. 273—276 das. Anders bei den Cautionen der Staatscassen- und Magazinbeamten, nach dem Cabinetsbefehl v. 15. April 1837 (G.S. S. 73).

1) A. L.R. a. a. O. §§. 284, 285, 306. Der Bürge, welcher sich in einem, den Executivproceß begründenden Schuldinstrumente verpflichtet hat, muß, wenn der Hauptschuldner auf Grund desselben in executivo rechtskräftig verurtheilt und gegen denselben ohne Erfolg Execution gesucht ist, Zahlung leisten, und kann sich mit dem Einwande, daß in ordinario auf Aufhebung des Executivurtels gegen den Gläubiger Klage erhoben sei, nicht schützen. So lautet das Pr. des Obertrib. 63, vom J. 1834. Damals gab es jedoch keinen Executivproceß mehr, und es ist wohl der Mandatsproceß darunter zu verstehen, von welchem ganz das gleiche zu behaupten ist; denn es kommt nur auf die Feststellung der Zahlungsunfähigkeit an, und was der Bürge gegen die Hauptschuld einzuwenden hat, mag er ausführen.

2) A. L.R. a. a. O. §§. 286—288. Die dem Gläubiger ungünstige Meinung des Ministers in dem R. v. 18. Juli 1840 (M. Bl. S. 258), wonach der Gläubiger gehalten sein soll, die Forderungen seines Schuldners beizutreiben, hat keinen rechtlichen Grund. Die Beitreibung ist Sache des Schuldners, der Gläubiger hat nur zu warten.

3) A. L.R. a. a. O. §§. 289—291.

4) §. 296 das. Hier ist eine besondere Bürgschaft für eine Wechselschuld vorausgesetzt, nicht eine wechselmäßige Bürgschaft (Aval).

keit des Werths der Sache nachgewiesen werden[5]). 2) Der Behauptung bedarf es zur Begründung der Klage nicht: a) wenn der Hauptschuldner im Inlande nicht belangt werden kann[6]); b) wenn Concurs oder erbschaftlicher Liquidationsproceß über das Vermögen, beziehlich den Nachlaß des Schuldners eröffnet worden ist, bei welchem jedoch der Gläubiger seine Forderung, um dem Bürgen die abzutretenden Rechte zu erhalten, liquidiren muß[7]); c) wenn der Bürge sich als Selbstschuldner (unbedingt) verpflichtet hat, welches auch dann angenommen wird, wenn er dem Einwande, daß der Hauptschuldner zuerst belangt werden müsse, gehörig entsagt hat[8]), in welchem Falle auch eine Verweisung an das von dem Hauptschuldner etwa bestellte Unterpfand unstatthaft ist (§. 715, Note 2[a]); d) wenn für eine wegen der persönlichen Eigenschaft des Schuldners ungiltige Schuld Bürgschaft geleistet worden ist, wobei der Einwand der Unwissenheit von dieser Qualität unstatthaft[9]). II. Gegen die an sich begründete Klage, welche wesentlich die gegen den Hauptschuldner aus dem der Schuld zum Grunde liegenden Geschäfte entspringende Klage ist, stehen dem Bürgen alle aus dem Geschäfte an sich, nicht aber die aus persönlichen Beneficien des Schuldners, entstehenden Exceptionen zu[10]). III. Der schlechte Bürge hat gegen Zahlung der Schuld die Abtretung aller dem Gläubiger gegen den Hauptschuldner und gegen die gleichzeitigen Mitbürgen zur Zeit der Uebernahme der Bürgschaft zustehenden Rechte ungeschmälert[10a])

5) §§. 292—295 das. Vergl. oben §. 715, Note 2[a].

6) A. L.R. a. a. O. §. 298. — Nov. IV, c. 1.

7) A. L.R. a. a. O. §§. 299—305. — Entsch. des Obertrib. Bd. V, S. 339. Nach G. R. streitet man darüber: ob im Falle des Concurses der Bürge sofort in Anspruch genommen werden darf. Sell, in Linde's Zeitschrift für Civilrecht und Proceß, Bd. III, S. 243 fg. Dagegen: Chop, im Archiv für civil. Praxis, Bd. XV, S. 50 flg.

8) A. L.R. a. a. O. §§. 297, 270, 307. — Nach R. R. steht es damit anders. Die Bürgschaft begründet an sich eine unbedingte Verbindlichkeit, aber dem Bürgen ist die exceptio ordinis gegeben, deren Entsagung zulässig ist. L. 29 C. de pact. (II, 3).

9) A. L.R. a. a. O. §§. 254—256, 376. — L. 25 D. de fidejuss. (XLVI, 1). — (3. A.) Die vermeintliche Ungiltigkeit einer nicht consentirten Darlehnsschuld eines Subalternofficiers soll nach der Meinung des Obertrib. auch in der persönlichen Eigenschaft des Hauptschuldners liegen. Plenarbeschl. v. 18. Februar 1856 (Entsch. Bd. XXXII, S. 1). Allein die Hauptschuld ist nicht ungiltig; die Forderung wird nur zur Strafe des Darlehnsgebers confiscirt; der Fiscus kann sie einziehen. Vergl. m. Anm. 75 zu §. 254.

10) A. L.R. a. a. O. §§. 310, 254—256, 376. — L. 7, §. 1; L. 19 D. de except. (XLIV, 1); L. 15 pr., 32, 49 pr., 45, 46 D. de fidej. (XLVI, 1); §. 4 J. eod.; §. 4 J. de replic. (IV, 14); L. 58, §. 1 D. mand. (XVII, 1). Eine Ausnahme gilt nach Pr. R. mit dem beneficium competentiae. A. L.R. a. a. O. §§. 281, 282. — S. oben §. 488. — Anders nach L. 7 pr. D. de except. (XLIV, 1).

10[a]) Entsch. des Obertrib. Bd. V, S. 343. S. unten §. 719, Nr. 6.

zu fordern (beneficium cedendarum actionum)[11]. Dem selbstschuldnerischen Bürgen steht folgerichtig dieses Recht gegen den Gläubiger nicht zu. (§. 719, Note 5). IV. Mehrere gemeinschaftliche Mitbürgen stehen, nach der allgemeinen Regel, in einem Correalverhältnisse; mehrere Bürgen, die sich einzeln verbürgt haben, stehen in gar keinem Verhältnisse zu einander und haften solidarisch[12]. V. Die Verbindlichkeit geht auf die Erben des Bürgen über, wenn nicht der Tod desselben als das Ende bestimmt ist[13].

§. 718.

d) Rechte des Bürgen gegen den Hauptschuldner.

Der Bürge, welcher in Folge eines Auftrags oder einer Geschäftsbesorgung die Bürgschaft übernommen hat, kann mit der actio mandati oder mit der actio negotiorum gestorum contraria Ersatz für seine Verwendungen fordern[1], und außerdem steht ihm die Klage des Gläubigers gegen den Schuldner, in welche er ohne ausdrückliche Cession von selbst durch die Zahlung eintritt (§. 717, Note 11), zu Gebote, wenn nemlich die Schuld wegen der persönlichen Eigenschaft des Hauptschuldners nicht ungiltig war. 1) Die cedirte Klage des Gläubigers kann selbstredend erst nach ausdrücklich oder gesetzlich eingetretener Cession angewendet werden; aber auch die Auftragsklage oder die Geschäftsführungsklage ist in der Regel erst nach der Befriedigung des Gläubigers seitens des Bürgen begründet. 2) Die Befriedigung kann ohne vorausgegangene Klage des Gläubigers geschehen, aber der Bürge muß, wenn er nicht dazu die schriftliche Einwilligung des Schuldners erhalten, oder ihm nicht litem denuncirt hat, sich die Einwendungen entgegensetzen lassen, welche gegen die Klage des Gläubigers mit Erfolg hätten gebraucht werden können[2]; ausgenommen diejenigen, welche ihm selbst be-

11) A. L.R. a. a. O. §§. 338, 383; I, 16, §§. 46, 47; I, 11, §. 442. S. oben §. 529. — L. 17, 41, §. 1 D. de fidejuss. (XLVI, 1); L. 2, 11, 21 C. eod. (VIII, 41).

12) A. L.R. §§. 373—379 d. T. — Anders nach R. R. Recht der Forderungen, §. 369, IV.

13) A. L.R. a. a. O. §§. 334—337. — §. 2 J. de fidejuss. (III, 20). Gajus, III, §. 120. — Anders nach manchen Particularrechten.

1) A. L.R. a. a. O. §§. 334—337. — L. 4 pr. D. de fidejuss. (XLVI, 1).

2) A. L.R. a. a. O. §§. 342, 344—349. — L. 10, §§. 11, 12; L. 8, §. 8; L. 29 pr., §§. 1, 2 D. mandati (XVII, 1); L. 10 C. eod. (IV, 35); L. 47 D. de cond. ind. (XII, 6); L. 9, §. 1 D. ad S. C. Maced. (XIV, 6). — (3. A.) Meldet sich der Hauptschuldner auf die Litisdenunciation nicht und der Bürge zahlt in Folge des ihn verurtheilenden Erkenntnisses, so kann der Hauptschuldner, welcher inzwischen selbst die Schuld bezahlt hatte, ohne daß der Bürge davon etwas wußte, der Regreßklage nicht den Einwand entgegensetzen, daß er selbst, nicht aber der Bürge, die Schuld getilgt habe. Vergl. Erk. des Obertrib. vom 11. October 1853 (Entsch. Bd. XXVI, S. 283).

züglich auf die Bürgschaft zugestanden haben würden[3]). 3) Die Auftrags- oder Geschäftsführungsklage geht nur auf Erstattung der wirklichen Verwendungen auf Capital, Zinsen selbst Verzugszinsen, und der zweckmäßigen Kosten, nebst Verzugszinsen von der ganzen Summe, Schäden und Kosten, oder, wenn der Gläubiger noch unbefriedigt, der Bürge aber bereits verurtheilt ist, auf Befreiung von seiner Verbindlichkeit[4]). Ist dem Bürgen eine Belohnung (Prämie) von dem Schuldner zugesagt worden, so ist die Klage wesentlich die aus einem Innominatcontracte, denn das Geschäft ist dann miethsähnlich. Hat der Gläubiger seine Klage dem Bürgen cedirt, und macht dieser davon Gebrauch, so kommt es nicht, wie bei der Auftragsklage, auf die Verwendungen an[5]). Beide können nicht cumulirt werden. 4) Die Auftrags- oder Contractsklage findet auch auf Befreiung von der Bürgschaft gegen den Schuldner in folgenden Fällen statt: a) wenn derselbe mit der Befriedigung des Gläubigers säumt; b) wenn er in Vermögensverfall zu gerathen anfängt, wo nach der Wahl des Bürgen auf Befreiung oder auf Sicherstellung geklagt werden kann[6]), sowie c) wenn er Anstalten macht, ohne Zurücklassung von Vermögen aus dem preuß. Lande zu gehen[7]): d) wenn für fortwährende oder auf keine bestimmte Zeit (erst auf Kündigung) fällige Verbindlichkeiten unentgeltlich Bürgschaft geleistet und bereits ein Jahr vergangen ist[8]). In allen diesen Fällen wird vorausgesetzt, daß der Schuldner den Bürgen zur Uebernahme der Bürgschaft veranlaßt habe; hätte der Bürge unaufgefordert oder gar auf Verlangen des Gläubigers intercedirt, so würde ihm keine Klage gegen den Schuldner auf Befreiung zustehen.

§. 719.

e) Ende der Bürgschaft.

Die Bürgschaft erlöscht: 1) durch die Tilgung der Schuld oder Befreiung des Schuldners[1]); 2) durch Verjährung der Schuld; die Bürgschaft verjährt nicht, weil sie nur die Bedeutung einer Verknüpfung der Schuld mit der Person des Bürgen hat[2]); 3) durch

3) A. L.R. a. a. O. §§. 347, 348. — L. 10, §. 12 D. mandati (XVII, 1).
4) A. L.R. a. a. O. §§. 351—353. — L. 45 D. de fidejuss. (XLVI, 1).
5) A. L.R. a. a. O. §. 340. — L. 10, §. 13; L. 12 pr.; L. 46 D. eod.
6) A. L.R. a. a. O. §§. 356, 357. — L. 38, §. 1 D. eod.; L. 10 C. eod. (IV, 35); c. 5 X. de fidejuss. (III, 22).
7) A. L.R. a. a. O. §. 358. Daß es in Deutschland bleibt, ändert nichts.
8) Ebend. §§. 359—361, 318. Pr. des Obertrib. 2272, vom 17. Sept. 1850 (Entsch. XX, 167). Die Befreiung wird durch executio ad faciendum erzwungen. §. 361 d. T.
1) A. L.R. a. a. O. §§. 385—389. — L. 68, §. 2 D. de fidejuss. (XLVI, 1); L. 43, 5, §. 1; L. 37 D. de solut. (XLVI, 3).
2) A. L.R. a. a. O. §§. 391—394.

Entlassung des Bürgen [3]); 4) durch Confusion (§. 586, I); 5) durch vorsätzlich oder aus grobem Versehen vernachlässigte und dadurch unmöglich gewordene Einziehung der Schuld [4]); 6) insoweit der Gläubiger sich außer Stand setzt, seine Rechte, in dem Umfange zur Zeit der Bürgschaft, gegen Zahlung abzutreten, ohne beweisen zu können, daß der Mangel dem Bürgen unnachtheilig ist [5]); 7) durch Ablauf der bestimmten Zeit; in Beziehung auf die in der Vergangenheit bereits begründeten Ansprüche befreien nur die allgemeinen Gründe [6]); 8) durch richterliche Verfügung auf Antrag des Bürgen, wenn der Gläubiger die verbürgte Forderung, die an einem gewissen Tage zahlbar ist, auf gerichtliches Andringen des Bürgen nicht einklagt [7]). Der selbstschuldnerische Bürge hat dieses Recht nicht [8]).

3) Ebend. §. 390. Vergl. über das Klagrecht des Bürgen in diesem Falle L. 10, §. 13 und L. 12 pr. D. mandati (XVII, 1).

4) A. L.R. a. a. O. §§. 262, 328—330. — M. Abhandl. über subsidiarische Verbindlichkeiten; in der Jur. Wochenschrift, Jahrg. 1836, S. 317 flg. — Die Säumnis des Personalgläubigers bei Verfolgung der Execution gegen den Hauptschuldner hat nur bis zu dem Punkte diese Wirkung, bis zu welchem der Gläubiger, gegenüber dem Bürgen, nach §§. 284—292 d. T., positiv verpflichtet ist, die Execution gegen den Hauptschuldner zu verfolgen. Durch versäumte Umschreibung der im Executionswege auf die Grundstücke des Hauptschuldners protestativisch eingetragenen Personalforderung in eine wirkliche Hypothek verliert daher der Gläubiger seinen Rückgriff an den Bürgen nicht. Pr. des Obertrib. 2293, v. 13. Mai 1851 (Entsch. Bd. XX, S. 549).

5) A. L.R. a. a. O. §§. 331—333. — L. 95, §. 11 D. de solut. (XLVI, 3). Auch wenn der Bürge sich als Selbstschuldner verpflichtet hat, soll das gelten, nach der Meinung des Obertrib. Pr. 783, vom 31. December 1839 (Entsch. Bd. V, S. 336). Das ist zu bezweifeln. Denn — wie dieses selbe Obertrib. in seinem spätern Pr. 2091 b, vom 13. Novbr. 1848, auch selbst ausspricht — dieses Recht fließt aus dem beneficio cedendarum actionum, ein Solidar- und Selbstschuldner aber hat gegen den Gläubiger noch niemals ein solches Recht gehabt. Das Nähere in der Anm. 28 zu §. 304, Tit. 14, Th. I des A. L.R.

6) A. L.R. a. a. O. §§. 320—327. — L. 27 C. de fidejuss. (VIII, 41).

7) A. L.R. a. a. O. §§. 316, 317. Ist ein ganz neu erfundenes Rechtsmittel, dessen Form und rechtlicher Charakter nicht bekannt ist. Vielleicht ist ein auf Antrag des Bürgen zu erlassendes Mandat, binnen einer bestimmten Zeit gegen den Schuldner zu klagen oder die Entbindung des Bürgen zu gewärtigen, und dann eine darauf folgende Klage auf Entlassung aus der Bürgschaft, gemeint; vielleicht auch eine sogleich zulässige Klage mit einem alternativen Antrage. Das würde eine condictio ex lege sein; denn aus der Bürgschaft als solcher entspringt kein Klagrecht. Mir ist kein praktischer Fall des Gebrauchs vorgekommen. — Das Präj. des Obertrib. Nr. 1823, vom 25. Januar 1847 (Entsch. Bd. XIV, S. 257) sagt, unter dem im §. 316 gebrauchten Ausdruck „anhalten" sei nicht eine bloße Aufforderung zu verstehen, sondern die Bedingung des Paragraphen nur dann als erfüllt anzusehen, wenn das Andringen sich eventuell bis auf Anstellung der Klage erstreckt habe. Es wird also eine dem Bürgen gegen den Gläubiger zustehende Klage vorausgesetzt, durch deren Anbringung die Bedingung erfüllt, also die Erlöschung der Bürgschaft eingetreten ist. Dann hätte jedoch der Bürge kein Interesse mehr, die Sache fortzusetzen; er könnte also den Proceß wegen der Hauptsache liegen lassen und es würde nur noch über den Kostenpunkt zu entscheiden sein. (3. A.) Auch hätte man hier die sonderbare Erscheinung, daß das durch die Klage geschützte Recht nicht bereits vor dem Gebrauche der Klage vorhanden sein muß, sondern erst durch die Anbringung der Klage begründet wird.

8) Pr. des Obertrib. 2398, vom 29. September 1852.

§. 720.

2. Mandatum qualificatum.

Zimmern, über Intercession durch Mandat und Constitutum; in Dessen und Neustetel römisch-rechtlichen Untersuchungen, No. X, S. 255 flg.

I. Man kann intercediren, bevor noch die fremde Schuld, in welche man eintreten will, entstanden ist. Dies geschieht mittelst Auftrags an den künftigen Gläubiger, einem Dritten (dem künftigen Schuldner) zu creditiren[1]). Damit muß die Absicht, dafür einzustehen, verbunden sein[2]). Neuere nennen das ein qualificirtes Mandat (mandatum qualificatum). Die Absicht des Auftraggebers (mandator) kann entweder dahin gehen, als Selbstschuldner zu haften, oder auch die sein, daß er nur subsidiarischer Schuldner sein wolle; hat er sich darüber nicht deutlich ausgesprochen, so haftet er nach den Grundsätzen vom Mandate als Selbstschuldner[3]). 1) Auslegungsregeln sind: a) hat er erklärt, daß auf seine Gefahr dem Dritten Credit gegeben werden könne, so wird angenommen, er wolle subsidiarisch (als Bürge) haften; b) hat er erklärt, daß auf seine Rechnung creditirt werden solle, so haftet er als Selbstschuldner[4]). 2) In dem letztern Falle ist, wie bei dem Auftrage überhaupt, auch ein mündlicher Auftrag, gehörig vollzogen, ein giltiger Grund zur Klage; in dem ersten Falle aber soll nur bei einer Summe nicht über 50 Thaler die mündliche Form genügen, bei höhern Summen aber die Schrift erforderlich sein[5]). 3) Der Mandator hat, wenn er Selbstschuldner ist, gegen den Dritten, welchem der Credit gegeben worden, die directe Klage aus dem Creditgeschäfte, wie ein Vollmachtgeber aus dem von dem Bevollmächtigten mit dem Dritten abgeschlossenen Geschäfte[6]). II. Eine Empfehlung an sich begründet, außerhalb des kaufmännischen Verkehrs (§. 415, V), keine Verbindlichkeit; kommt Dolus hinzu, so ist dieser der Grund und die Empfehlung das Maß einer Verbindlichkeit[7]).

---

1) A. L.R. a. a. O. §§. 213—215. — L. 6, §. 4; L. 12, §. 14; L. 32 D. mandati (XVII, 1); L. 7 C. eod. (IV, 35); L. 71, §. 2 D. de fidejuss. (XLVI, 1).

2) A. L.R. a. a. O. §§. 209—212. — L. 2 D. de proxeneticis (L, 14).

3) A. L.R. a. a. O. §§. 216—218. Die exceptio doli schließt auch hier den wider besseres Wissen auf einen zweideutigen Ausdruck gestützten Anspruch aus.

4) Ebend. §§. 213—216, 218.

5) Ebend. §§. 213, 214. Vergl. über die Form oben §. 656.

6) A. L.R. a. a. O. §. 217. Er hat auch für seine Person die Einreden, die ihm zustehen würden, wenn er selbst der Creditnehmer wäre. Vergl. L. 12 u. 6 C. de non num. pec. (IV, 30).

7) A. L.R. §. 207 d. T. — L. 12, §. 12 D. mandati (XVII, 1); L. 43 pr. D. de contrah. emt. (XVIII, 1); L. 2 D. de proxeneticis (L, 14). — S. unten §. 740, II.

§. 721.

3. Intercession der Frauenspersonen.

A. L.R. I, 14, §§. 221—244, 407—412.

I. Nach der dem Pr. R. zum Grunde liegenden Ansicht sind Frauenspersonen an sich bürgschaftsunfähig, können aber die ihnen hierin mangelnde persönliche Fähigkeit in jedem einzelnen Falle dadurch erlangen, daß ihnen der Richter die rechtliche Bedeutung des bevorstehenden einzelnen Rechtsgeschäfts erklärt und sie vor den gefährlichen Folgen desselben warnt (Certioration)[1]). So vorbereitet kann eine Frauensperson giltig intercediren. Die wesentlich nothwendige Form der Intercession einer Frauensperson ist also die gerichtliche[1a]) und zwar in der Art, daß der Richter entweder mit den von ihm selbst gebrauchten Worten in die Urkunde niederschreiben läßt: wie er die Frau belehrt habe; oder so, daß die Frau sprechend aufgeführt wird: daß und wie ihr die Bedeutung und die Folgen des Rechtsgeschäfts, welches sie einzugehen begriffen ist, wohlbekannt oder erklärt worden sind[2]); oder so, daß sie sprechend auftritt: wie sie sich den von ihr selbst bestimmt ausgesprochenen Folgen der Bürgschaft ausdrücklich unterwerfe[2a]). Unter diesen Folgen aber, worüber sie belehrt worden, oder von denen aus der Verhandlung erhellen muß, daß sie ihr bei der Bürgschaftsleistung bekannt gewesen seien, sind nur diejenigen, welche der Bürgschaft eigenthümlich sind, und nicht zugleich auch diejenigen, welche dieselbe mit andern Rechtsgeschäften, wobei es keiner Certioration bedarf, gemein hat, zu verstehen. Es genügt daher die Belehrung, daß die Bürgin dem Gläu-

1) A. L.R. a. a. O. §§. 224, 226, 228. — Damit wollte man R. R. beibehalten. Vergl. Suarez, amtliche Vorträge, in den Jahrb. Bd. XLI, S. 51. — Es ist also die Ansicht derjenigen Civilisten und Praktiker für das wahre R. R. angesehen worden, welche dafür hielten, daß das Vellejische Senatsconsult ausgeschlossen werden könne. Diese Ansicht bildete schon sehr lange die Grundlage der preuß. Gerichtspraxis. Scheplitz, Consuetud. Brandenb., L. I, p. 186, n. 7; L. II, p. 67. — Hypotheken- und Conc.Ordnung vom 4. Februar 1722, §§. 47—49.

1a) Die gerichtliche Aufnahme des ganzen Verbürgungsacts selbst ist nicht unbedingt erforderlich, sondern es genügt, um anzunehmen, daß die Handlung gerichtlich erfolgt sei, wenn die Ehefrau mit Beitritt eines Assistenten, nachdem ihr vom Richter die Verwarnung vorschriftsmäßig ertheilt und das Schuld- und Verbürgungsdocument von ihr nochmals durchgelesen oder ihr vorgelesen worden, nicht bloß ihre unter solchem befindliche Namensunterschrift recognoscirt, sondern sich auch zugleich zu dessen ganzem Inhalte ausdrücklich bekannt, und der Richter darüber ein gerichtliches Protokoll aufgenommen hat. Pr. 587, vom 30. November 1837. A.G.O. I, 10, §. 125.

2) A. L.R. a. a. O. §§. 221—225; Anh. §. 48. — R. vom 29. Septbr. 1800 (Rabe, Samml., Bd. VI, S. 261).

2a) In diesem Falle ist es nicht erforderlich, daß in der Verhandlung angegeben werde: daß und wie der Richter sie mit jenen Folgen bekannt gemacht habe. Pr. 2049, vom 19. September 1848 (Entsch. Bd. XVII, S. 239).

biger die Zahlung, die dem Schuldner obgelegen, alsdann leisten müsse, wenn solche von diesem nicht erlangt werden könne, oder wenn sie sich als Selbstschuldnerin verbindlich machen soll, daß sie Zahlung leisten müsse, wenn es dem Gläubiger gefalle, mit Vorbeigehung des Hauptschuldners sofort von ihr Zahlung zu fordern; und es ist nicht erforderlich, auch die Art und Weise auseinanderzusetzen, wie diese Verbindlichkeit gegen die Bürgin zur Execution gebracht werden könne[2b]). Ehefrauen, welche während der Ehe für ihren Mann[3]) intercediren wollen, müssen dazu noch einen Beistand in der Person eines rechtsverständigen oder doch geschäftskundigen[3a]) Mannes haben, und es werden zu den Geschäften, welche in dieser Form zu vollziehen sind, alle Fälle gerechnet, wo die Frau, während[4]) der Ehe, Bürgschaft für den Mann leisten, seine Schulden übernehmen, oder zum Besten seiner Gläubiger sich ihrer Vorrechte begeben will. Sowohl in diesen Fällen als auch, wenn eine Ehefrau für einen andern als ihren Mann intercediren und dadurch das Eingebrachte oder ihre Person belasten will, ist noch die Einwilligung des Mannes erforderlich[5]). II. Eine bedeutende Abweichung des Pr. R. von dem R. R. findet sich in der Bestimmung über diejenigen Geschäfte und Rechtshandlungen, zu welchen diese Form erforderlich ist. Man hat den Begriff der Intercession verlassen und etwas ganz neues erdacht, was, in einer populären Sprache ausgedrückt, keine Rechtsbegriffe angibt. Es heißt: Die Verwarnung muß bei allen Geschäften erfolgen, wo die Frauensperson auf den Fall, wenn ein anderer seine Verbindlichkeit nicht erfüllte, zu Gunsten des Berechtigten, gewisse Nachtheile übernimmt, oder gewissen Vortheilen entsagt; dagegen ist sie nicht nöthig, wenn sie auf ein ihr zustehendes Recht gänzlich verzichtet[6]). Dieses unwissenschaftliche Princip hat eine bloße Casuistik erzeugt, womit man sich durch die zahlreichen, zum Theil grundlosen Zweifel zu helfen sucht. Die bekanntesten Sätze und Fälle sind folgende: 1) Privative Interceſſionen gehören gar nicht zu den

2b) S. dass. Pr. 2049, und Pr. 1384, vom 2. December 1843.

3) Dieses wird im §. 344, II, 1 des A. L.R. unter den Worten: „wenn sie gleich bei einer unverheiratheten Frauensperson" ꝛc., gemeint; der Ausdruck ist ungenau.

3a) Der Mangel der Rechtskundigkeit bei dem Beistande ist kein Nichtigkeitsgrund. Pr. 1223, vom 26. November 1842.

4) Entscheidet den gemeinrechtlichen Zweifel: ob eine Frau in die Schulden ihres verstorbenen oder geschiedenen Mannes eintreten könne.

5) A. L.R. II, 1, §§. 342—344; Anh. §. 75. — A.G.O. II, 3, §. 16, b.

6) A. L.R. I, 14, §§. 228, 229, 231.

Geschäften, welche die hier vorgeschriebene Form erfordern, vielmehr sind sie in der Form der Schenkungen zu vollziehen und auch, wegen Uebermaßes, wie Schenkungen widerruflich[7]). 2) Die Pfandbestellung für eine fremde Schuld erfordert die Form der Intercession ebenfalls[8]). 3) Entsagung des Vorzugsrechts von einer eingetragenen Forderung, zur Sicherung einer fremden Forderung, gehört gleichfalls zu den fraglichen Fällen[9]). 4) Gänzlicher Verzicht einer Ehefrau auf die für sie auf dem Grundstücke ihres Mannes stehenden Forderung, wenn er nicht ausdrücklich zu Gunsten eines Dritten geschieht, wird nicht für einen solchen Fall gehalten[10]). 5) Desgleichen nicht die Theilcession einer eingetragenen Forderung mit dem Vorrecht vor dem Ueberrest[11]). 6) Auch nicht die Einräumung des Vorzugs von Seiten einer Gutseigenthümerin an einen ihrer Gläubiger vor einer für sie selbst auf ihrem Grundstücke stehenden Forderung[12]). 7) Ferner nicht die Verabredung in einem Kaufcontracte, wodurch eine Frau ihr Grundstück mit der Bewilligung verkauft: daß der Käufer befugt sein solle, eine Hypothek für einen andern Gläubiger vor ihrer Kaufgeldforderung eintragen zu lassen[12a]). 8) Endlich auch nicht die unbedingte Erbschaftsantretung einer Frauensperson[13]). 9) Die Giltigkeit der Bürgschaft ꝛc. wird nach den Gesetzen des Wohnorts der Frauensperson beurtheilt, weil von einer persönlichen Fähigkeit die Frage ist. III. Zur Erleichterung des Beweises der Bemäntelung einer Intercession durch die Form eines andern eigenen Geschäfts ist von der Praxis die Vermuthung aufgebracht, daß, wenn Eheleute zusammen ein Darlehn aufnehmen, der Darlehnsnehmer eigentlich der Mann sei und die Frau nur zur Sicherung des Darlehnsgebers als Bürgin auftrete. Diese Vermuthung beruhet darauf, daß, weil der Mann die Ehestandslasten trage und

7) Ebend. §§. 407—412. — S. oben §. 544, III.

8) A. L.R. I, 20, §§. 49 flg., 72, 94. — Die Eingehung eines Pfandcontracts für eine fremde Schuld ist zwar keine eigentliche Intercession, aber doch Eingehung einer besondern accessorischen Verbindlichkeit (aus dem Pfandcontracte) wegen einer fremden Schuld. Vergl. L. 8 pr. D. ad S. C. Vellej. (XVI, 1).

9) A. L.R. I, 14, §. 230. Dadurch ist das Schwanken der Meinung hierüber vor dem A. L.R. beseitigt. Decis. der Ges.Commiss. vom 15. Mai 1787 (Stielow, Schles. Prov.R., S. 506); R. vom 29. November 1790 (Rabe, II, S. 57).

10) R. vom 19. Februar 1802 (Rabe, VII, S. 51).

11) R. vom 21. April 1823 (Jahrb. Bd. XXI, S. 245). Ein älteres R. vom 2. November 1811 meint aber das Gegentheil.

12) R. vom 16. December 1831 (Jahrb. Bd. XXXVIII, S. 289).

12a) (Z. A.) Wie könnte denn auch die Bedingung eines Kaufs unter den Begriff einer Intercession gebracht werden!

13) Schles. Arch. Bd. V, S. 335. Man sieht hieraus, auf welche Abwege und zu welchen bodenlosen Zweifeln und Streitfragen das Princip führt.

die Geschäfte führe, die Frau für ihre Person Darlehen aufzunehmen nicht nöthig habe, folglich die aufgenommenen Gelder für den Mann bestimmt seien. Das Pr. R. hat diese Vermuthung beibehalten, aber nicht bloß für Geschäfte von Eheleuten, sondern für alle Fälle, wo ein Mann und eine Frauensperson zusammen handeln, also auch für Fälle, wo der Grund der Vermuthung gänzlich fehlt; doch ist sie nicht hinsichtlich der Art der Geschäfte ausgedehnt, denn sie bezieht sich nur auf Anerkenntnisse und Verpflichtungen über einseitige Verbindlichkeiten, d. h. über bereits durch Leistungen des andern Theils begründete Verbindlichkeiten, mithin auf Verschreibungen, durch welche keine Forderung auf Gegenleistung begründet wird[14]). 1) Die Vermuthung tritt nicht ein, wenn in einem solchen gemeinschaftlichen Instrumente ausdrücklich angegeben wird, zu welchem Theile ein jeder Schuldner ist, weil hier für den Theil der Frau der Hauptschuldner fehlen würde, wenn die Frau nur als Bürgin gelten sollte[14a]). Die Vermuthung tritt auch nicht ein bei wechselseitigen Verträgen, weil da jeder in dem Maße erwirbt, als er sich zu Leistungen verpflichtet. Deshalb aber kann die Frauensperson nur für ihren Theil verbindlich werden; soll sie solidarisch haften, ohne daß sie die ganze Gegenleistung erhält, so ist das, insoweit als die Verbindlichkeit ihren Theil übersteigt, eine Intercession, mithin muß die dafür vorgeschriebene Form beobachtet werden[15]). Dagegen muß die Vermuthung in dem Falle eintreten, wenn in einem Instrumente der vorhin bezeichneten Art ein Mann und eine Frauensperson zusammen auftreten und die Frau sich als Hauptschuldner, der Mann aber als Bürge bezeichnet, weil die Vermuthung in dem Falle, wo, wie hier, beide sich für die ganze Schuld verbindlich machen (denn der Bürge ist Mitschuldner), nicht anders als auf die gesetzlich vorgeschriebene Weise ausgeschlossen werden kann. Die Vermuthung

14) A. L.R. I, 14, §§. 232, 233. Die Anwendung des Grundsatzes ist vielfach bestritten und bezweifelt, meist auf unwissenschaftliche Weise. (3. A.) Der Plenarbeschl. vom 28. Februar 1845 (Entsch. Bd. XI, S. 33) beweiset auch nicht das Gegentheil, sondern sagt nur, daß die Frau für den Theil, welchen sie mehr leisten soll, als sie aus dem wechselseitigen Vertrage für sich selbst von der Gegenleistung erwirbt, Intercedentin sei. Das aber ist gerade meine Behauptung.

14a) (3. A.) Nach der Absicht der Verf. des A. L.R. ist jedoch der Satz zweifelhaft; das richtige kommt auf den Realcontract hinaus, weil jeder nur soweit, „quatenus ad eum pervenit", haften soll. S. m. Anm. 57 zu §. 232 d. T.

15) L. 17, §. 2 D. ad S. C. Vellej. (XVI, 1). — Recht der Forder. §. 376, V, 2. Ist schließlich auch von dem Obertrib., gegen seine frühere nun verlassene Ansicht, angenommen durch den Plenarbeschl. vom 28. Februar 1845, Pr. 1545 (J.M.Bl. S. 95 und Entscheid. Bd. XI, S. 33). Auch wenn die Frauensperson eine Ehefrau ist und in ehelicher Gütergemeinschaft lebt, tritt die Vermuthung ein, insofern es sich um die persönliche Verbindlichkeit der Frau handelt. Pr. 1764, vom 29. Juni 1846.

tritt nicht ein, wenn eine Ehefrau allein als Darlehnsempfängerin im Schuldschein bezeichnet ist und der Ehemann nur als Beistand mit unterzeichnet oder seine Genehmigung ausgesprochen hat[15a]). 2) Die Wirkung der Vermuthung besteht darin, daß die Frauensperson aus einem solchen Instrumente gar nicht verbunden ist, wenn nicht die Vermuthung widerlegt, d. h. bewiesen werden kann, daß die Frau in der That ein eigenes Geschäft gemacht habe, weil sonst ein solches nicht angenommen wird und die Bürgschaft wegen Mangels der Form ungiltig ist. 3) Die Vermuthung kann beseitigt werden dadurch, daß die Frau mit dieser ihr zu Statten kommenden Rechtswohlthat und mit den Folgen der Verbindlichmachung als Selbstschuldner durch den Richter bekannt gemacht, daß die Art, wie solches geschehen, in dem gerichtlichen Acte verzeichnet wird, und daß darauf die Frau der Vermuthung entsagt[16]). Alsdann beweist die Urkunde, daß die Frau ihr eigenes Geschäft vollzogen habe. Der Gegenbeweis ist jedoch nicht ausgeschlossen: gelingt dieser und ist mithin dargethan, daß das eigentlich beabsichtigte Geschäft eine Intercession sei, so kommt es darauf an: ob die Form derselben beobachtet worden; denn die Form jenes simulirten Geschäfts gilt nun für gar nichts. Daraus folgt, daß, wenn die Frau für alle Fälle verbindlich gemacht werden soll, sie zweimal verwarnt werden muß: zuerst gegen Entsagung der Vermuthung, und dann für den eventuellen Fall vor den Folgen der Bürgschaft. IV. Aus einer nicht nach der Vorschrift eingegangenen Bürgschaft entsteht für die Frau in der Regel keine Verbindlichkeit[17]). 1) Der Einwand der Ungiltigkeit steht gegen jeden ohne Unterschied der ihm eigenen persönlichen Qualität zu[18]). 2) Er geht auch auf die Erben über[19]). 3) Was aber auf eine unkräftige Bürgschaft bezahlt worden ist, kann nicht zurückgefordert werden[20]). 4) Ausnahmsweise ist die formlose Bürgschaft giltig: a) wenn die Frau gegen Beloh-

---

15a) Pr. des Obertrib. vom 24. Septbr. 1850 (Entsch. Bd. XX, S. 246).

16) A. L.R. a. a. O. §. 232. Ueber die Form s. oben §. 721, I.

17) A. L.R. a. a. O. §§. 226, 236, 244; I, 12, §. 438. Auch nach R. R. ist hier eine obligatio inanis, weil das S. C. Vellej. die Frauen unfähig macht zu intercediren.

18) A. L.R. a. a. O. §. 234. — L. 12 D. de minoribus (IV, 4).

19) A. L.R. a. a. O. §. 235. — L. 20 C. ad S. C. Vellej. (IV, 29). Diese aus dem R. R. herübergenommenen Bestimmungen könnten ganz fehlen, weil die Bedeutung und die Beziehungen bei uns nicht vorhanden sind.

20) A. L.R. a. a. O. §. 243. Anders nach L. 8, §§. 3, 9 D. eod. (XVI, 1); L. 9 C. eod., wenn nemlich nicht mit Vorbewußt, daß die Bürgschaft ungiltig sei, gezahlt worden. Die davon abweichende Bestimmung des A. L.R. beruhet auf einem Irrthum Suarez's, welcher in der Meinung war, seine Vorschrift wiederhole nur das R. R. Jahrb. Bd. XLI, S. 51. Sie paßt nicht zu den Grundsätzen des A. L.R.

nung sich verbürgt; b) wenn sie durch das Hauptgeschäft Vortheile erhalten hat, wozu sie sonst kein Recht hatte, soweit die Vortheile reichen[21]). — Wiederholung und Beerbung des Hauptschuldners machen die Bürgschaft nicht giltig[22]).

§. 722.

II. Anerkenntnis (constitutum debiti proprii).

Das Wesen des Constitutums besteht in einer, in Beziehung auf eine schon vorhandene Verbindlichkeit getroffenen, Verabredung, ohne die Absicht zu noviren, d. i. ohne den Grund der Verbindlichkeit zu ändern oder zu verwechseln. I. Dem Namen nach ist das Geschäft dem Pr. R. nicht bekannt, aber der Sache nach kommt es vor in dem s. g. Anerkenntnisse, auch wird davon unter dem Titel von Receß, Vergleich, Abkommen ꝛc. öfter Anwendung gemacht. Dergleichen Anwendungen finden sich: 1) bei Verträgen, welche wegen mangelnder Form nicht klagbar sind[1]); 2) bei Verträgen, welche für den einen wegen seiner persönlichen Unfähigkeit unverbindlich sind[2]); 3) bei dem Darlehn unfähiger Schuldner[3]); 4) bei Cessionen, insofern der Schuldner den neuen Gläubiger (Cessionar) anerkennt[4]). II. Zur Giltigkeit ist, weil bei diesem Geschäfte der Rechtsgrund der Verbindlichkeit lediglich in der Willenserklärung liegt, ohne Unterschied des Gegenstandes die schriftliche Form erforderlich[5]); nur für das Anerkenntnis der von einem Kinde in väterlicher Gewalt ungiltig contrahirten Schulden ist die gerichtliche oder notarielle Form vorgeschrieben[6]). Ein wesentliches Erfordernis ist die Kenntnis des Anerkennenden von dem Inhalte des Rechtsgeschäfts, welches anerkannt werden soll, und die Absicht, sich durch die gegen-

---

21) A. L.R. a. a. O. §§. 240—242. In beiden Fällen ist nemlich ein eigenes lästiges Geschäft der Frau in der Mitte.

22) Ebend. §§. 244, 237. — Vergl. L. 8, §. 13 D. eod., wo jedoch vorausgesetzt wird, daß das beneficium inventarii nicht vorhanden ist.

1) A. L.R. I, 5, §. 185. S. oben §. 550, I, 6. Das Anerkenntnis solcher Verträge, welche wegen mangelhaften Consenses unverbindlich sind (A. L.R. I, 5, §§. 186—191), ist kein Constitutum, sondern Ratihabition. S. oben §. 133, Bd. I, S. 265.

2) A. L.R. I, 5, §§. 37, 38. Soll sich die Wirkung auf den Anfang zurück erstrecken, so ist das Geschäft eine Wiederholung des ersten Vertrags (pactum geminatum).

3) A. L.R. I, 11, §. 713. Da hier das Darlehn als solches (der Realcontract) ungiltig ist, so kann nur das Constitutum die verbindlich machende Kraft (causa) sein.

4) A. L.R. I, 11, §. 412. Hier ist ein Constitutum mit Veränderung in den Personen.

5) Entsch. des Obertrib. Bd. III, S. 150. S. oben §. 550, II, 1.

6) A. L.R. II, 2, §. 137.

wärtige Erklärung verbindlich zu machen[7]). Die Annahme kann, wie immer, stillschweigend geschehen.

III. Verträge, welche die Wiederaufhebung bestehender Verhältnisse bezwecken.

§. 723.

1. Das pactum reservati dominii.

A. L.R. I, 11, §§. 266—271. — Dunker, über das pactum reservati dominii; im Rheinischen Museum, Bd. V (Göttingen 1833), S. 65 flg. und die das. angegebene Literatur. — Hoffmann, noch einige Bemerkungen über die Natur und die Wirkungen des Eigenthumsvorbehalts beim Verkaufe (Archiv für civil. Praxis, Bd. XVIII, S. 254 ff.).

Dieses Pactum hat nach Pr. R. die Bedeutung einer Resolutivbedingung (§§. 117 ff., Bd. I, S. 246)[1]) und kann allen mittelbaren Eigenthumserwerbungen beigefügt werden, wird aber gewöhnlich mit dem Kaufe verbunden, wirkt jedoch nicht, wie die Resolutivbedingung, ipso jure, vielmehr ist zur Wiedererwerbung des Eigenthums eine Uebergabe erforderlich[2]). 1) Ein wesentliches Erforderniß des Pactums ist die Festsetzung eines gewissen Zahlungstermins, dessen Versäumnis als der Eintritt der Bedingung angesehen wird. Rückständige Leistungen des Verkäufers hindern den Eintritt nicht, wenn nur die Uebergabe geleistet worden ist. Gegen redliche Dritte wirkt es nur dann, wenn es eingetragen worden ist; die Eintragung muß jedoch von Amts wegen geschehen[3]). Fehlt die Bestimmung des Termins, so hat das Pactum bei beweglichen Sachen gar keine Wirkung und bei Immobilien die Kraft einer Hypothekbestellung[4]). 2) Das Recht des Verkäufers aus dem Pactum erlischt durch unbedingte Annahme einer geringern Summe im Zahlungstermine; der Vorbehalt muß aber in der Quittung ausgedrückt werden[5]). An-

---

7) A. L.R. I, 5, §. 190. Pr. 1510, vom 22. November 1844 (Entsch. Bd. X, S. 361).

1) A. L.R. I, 11, §. 266. Ueber die Bedeutung wie über die Herkunft: ob es aus dem R. R. kommt oder durch die Praxis entstanden, sind verschiedene Meinungen. Dunker und Hoffmann a. a. O.

2) A. L.R. §§. 270, 262 d. T. Ist inconsequent bei einer Resolutivbedingung.

3) A.G.O. I, 50, §. 335. — Hyp.Ordn. II, §§. 79 u. 80. Die Bedingung der Eintragung zur Wirksamkeit gegen Dritte ist nicht folgerecht.

4) A. L.R. a. a. O. §§. 268, 269. — Ist der Zahltag von einer Kündigung abhängig gemacht, so wirkt der Vorbehalt nur einen Titel zur Hypothek. §. 266 d. T.

5) A. L.R. a. a. O. §. 267. — Nach bereits empfangener Zahlung kann der Vorbehalt mit Wirkung nicht mehr gemacht werden, selbst wenn man das Gezahlte zurückgeben wollte.

nahme von Abschlagszahlungen vor dem Termine sind einflußlos, nach dem Termine enthält sie einen stillschweigenden Erlaß (Remission), der jedoch wegen Mangels der Form ohne Wirkung und auch nicht als Ausnahme von der Regel: daß Verzichte ausdrücklich erklärt werden müssen, anerkannt ist.

§. 724.

2. Die in diem addictio.

A. L.R. I, 11, §§. 272—294. — Breuning, de obligatione emtionis, cui adjectum pactum addictionis in diem sub conditione suspensiva, si melior conditio non offeratur. Lips. 1779.

I. Die Nebenabrede, daß der Vertrag zum Vortheil des Veräußerers unverbindlich sein solle, wenn ein anderer bessere Bedingungen bietet, nennt das A. L.R. Vorbehalt eines bessern Käufers, und ist eben dasselbe, was das R. R. unter der addictio in diem versteht; sie ist nicht wesentlich nur dem Kaufe eigen. Sie kann die Bedeutung einer Resolutiv-, oder auch einer Suspensivbedingung haben, was von der Absicht der Parteien abhängt. Auslegungsregeln sind: 1) Die Abrede: der Kauf solle erst alsdann, wenn sich bis zu einer gewissen Zeit kein besserer Käufer meldet, giltig sein, wird für eine Suspensivbedingung genommen; 2) der Vorbehalt des Rücktritts für den Verkäufer, im Falle sich ein besserer Käufer meldet, gilt für eine Resolutivbedingung; 3) im Zweifel wird für eine Suspensivbedingung vermuthet [1]). II. Das Recht aus dieser Abrede kann nur bis zur Uebergabe ausgeübt werden, wenn keine Zeit bestimmt ist: mit der Uebergabe ohne Zeitbestimmung für die Ausübung ist es erloschen [2]). III. Ob ein sich meldender Käufer ein besserer sei, steht lediglich in der Beurtheilung des Verkäufers [3]); denn er ist befugt aber nicht verpflichtet, von seinem Rechte Gebrauch zu machen, wenn nicht das Gegentheil verabredet worden ist [4]). Handelt er bei der Aufstellung eines angeblich bessern Käufers arglistig, so kann der Käufer die Festhaltung seines Contracts fordern [5]). In allen Fällen hat der alte Käufer den Vorkauf [6]). Erfordernisse zur Ausübung des Rechts sind: 1) daß das zweite bessere Geschäft ein reiner Kauf sei;

1) A. L.R. a. a. O. §§. 272—274.
2) Ebend. §§. 275, 276. Ist willkürliche Abänderung des G. R.
3) Ebend. §. 279. Anders nach L. 4, §. 6; L. 5, 14, §§. 1, 5 D. de in diem (XVIII, 2).
4) L. 9, 10 D. eod.
5) A. L.R. a. a. O. §. 288. — L. 4, §. 5; L. 14 pr. D. eod.
6) A. L.R. a. a. O. §§. 286—289. — L. 7, 8 D. eod.

2) daß, wenn mehrere Sachen zusammen für Eine Summe verkauft sind oder der Gegenstand ein Inbegriff von Sachen ist, der zweite Kauf sich auf das Ganze erstrecken muß[7]; 3) daß der neue Käufer nicht bei dem ersten Vertrage Mitkäufer oder Mitverkäufer sei[8], vorausgesetzt daß die mehreren in Gemeinschaft stehen, was der Fall ist, wenn nicht die Antheile der einzelnen bestimmt sind. IV. Wird das Recht ausgeübt, so geschieht die Auseinandersetzung des ersten Käufers mit dem Verkäufer wegen Früchte und Zinsen ꝛc. nach den allgemeinen Grundsätzen[9]. V. Das Recht ist vererblich und cessibel[10].

§. 725.

3. Das pactum commissorium (lex commissoria).

Albert, über den commissorischen Vertrag im allgemeinen, und insbesondere bei Zeitpachtcontracten über Landgüter. Halle 1822.

Darunter wird die Nebenabrede verstanden, daß, wenn die Gegenleistung ganz oder theilweise bis zur bestimmten Zeit nicht erfolgt, die betroffene Partei ihr Recht aus dem Vertrage verloren haben solle[1]. Die Pr. Gesetzgebung gedenkt derselben sonst nicht, als daß sie solche bei dem Pfandcontracte verboten hat[2]. Bei andern Geschäften wirkt sie wie eine Resolutivbedingung, nur mit dem Unterschiede, daß der davon betroffene Theil gar kein Forderungsrecht hat. Der Fall dieser Abrede ist jedoch, da die Forderung daraus die Natur einer Privatstrafe hat, nur alsdann vorhanden, wenn das Ausbleiben der Leistung ungerechtfertigt ist[3]; auch muß der Berechtigte den Fehler sogleich nach Ablaufe des Termins rügen und keine Leistung mehr annehmen[4]. Die Klage des Verkäufers auf Rückgabe ist gegen den Käufer die Kaufsklage[5], gegen einen Dritten die Eigenthumsklage[6].

---

7) A. L.R. a. a. O. §§. 294, 283—286. Anders nach andern Rechten.

8) Ebend. §. 282. Nach L. 13, §. 1; L. 18 D. eod. ist es anders, aber bei vorausgesetzter Getheiltheit.

9) A. L.R. a. a. O. §§. 290—293. — S. oben §. 676, II.

10) A. L.R. §§. 277, 278 d. T. — S. oben §. 526.

1) L. 4 pr.; L. 5 D. de lege commissoria (XVIII, 3).

2) A. L.R. I, 20, §§. 33, 35. Ebenso nach L. 3 C. de lege commissoria (VIII, 35).

3) L. 4, §. 4; L. 8 D. eod.

4) L. 4, §. 2; L. 6, §. 2; L. 7 D. eod. — L. 4 C. de pact. inter emt. (IV, 54). Die Meinungen sind über die Bedeutung des „statim" verschieden.

5) L. 4 pr. D. h. t. Die ältern röm. Juristen stritten darüber.

6) L. ult. D. h. t.; L. 4 C. de pact. inter emt. (IV, 54). Nach Pr. R. müssen jedoch in jedem einzelnen Falle die Modificationen berücksichtigt werden, welche das Grundbuchwesen zur Folge hat.

§. 726.

4. Der Reuvertrag (pactum displicentiae).

A. L.R. I, 11, §§. 331, 332.

Dieser abnorme Nebenvertrag, darin bestehend, daß der eine Theil willkürlich solle von dem Contracte zurücktreten dürfen, ist nur ausnahmsweise bei dem Kaufe zulässig. Im allgemeinen verhindert eine solche Abrede den Abschluß (die Perfection) eines Vertrags (§. 547, I, u. §. 559); aber bei dem Kaufe soll sie die Bedeutung einer Resolutivbedingung haben[7]). Dazu ist jedoch erforderlich, daß eine bestimmte Zeit, bis wohin der Rücktritt zulässig sein soll, verabredet werde und daß der Vertrag noch nicht von beiden Seiten, wenn auch nur theilweise, erfüllt worden sei. Ist die Zeitbestimmung verabredet, aber der Vertrag wechselseitig durch Uebergabe und durch Zahlung oder Sicherstellung des Kaufgeldes vor der Zeit erfüllt worden: so ist dadurch der Reuvertrag in ein pactum de retrovendendo übergegangen[8]). Das Recht zum Rücktritte aus dem Reuvertrage ist wegen der dabei wirksamen individuellen Gemüthsempfindungen nicht vererblich und nicht cessibel.

IV. Vergleiche.

§. 727.

1. Vergleich im engern Sinne.

A. L.R. I, 16, §§. 405—449. — Renthe, Versuch einer systematischen Erläuterung der Lehre von den Transacten. Rostock und Leipzig 1789.

Vergleich (transactio) heißt der wechselseitige Vertrag, wodurch ungewisse Rechte bestimmt werden[1]). I. Erfordernisse: 1) Ein ungewisses Recht, mit oder ohne Rechtsstreit[2]); ist schon ein rechtskräftiges Urtel vorhanden, so ist nur noch über die Aus-

---

7) A. L.R. a. a. O. §. 331. — L. 3 D. de contrah. emt. (XVIII, 1); L. 2, §. 5 D. pro emtore (XLI, 4).

8) A. L.R. a. a. O. §. 332. Anders nach R. R. L. 31, §. 22 D. de aedil. edicto (XXI, 1).

1) A. L.R. I, 16, §. 405. — L. 1 D. de transact. (II, 15); L. 12 et 32 C. eod. (II, 4). So, und nicht durch den Begriff der Streitigkeit ist der Begriff zu bestimmen, denn auch die Zweifelhaftigkeit des Rechts genügt nach §. 405 d. T. Dennoch ist durch das Merkmal des „wechselseitigen Nachgebens" der landrechtliche Begriff enger als der römische. Ein Recht kann nach seinem Inhalte und Umfange so ungewiß sein, daß keiner von beiden Theilen weiß, ob er etwas nachgibt, wenn es gütlich bestimmt und begrenzt wird, vielleicht gibt in Wahrheit der eine gar nichts nach. Gleichwohl würde das nach R. R. ein wahrer Vergleich sein. Ob ihn pr. Richter dafür halten würden, stände dahin. Die Wechselseitigkeit muß in der beiderseitigen Gewißheit und Sicherheit gegen Streitigkeiten gefunden werden.

2) L. 2, 11 C. eodem. S. die vorige Note.

führung ein Vergleich möglich[3]). 2) Wechselseitige Leistung, welche im beiderseitigen Nachgeben hinsichtlich des Hauptgegenstandes oder auch der Nebenbestimmungen und der Modalitäten, aber auch in einer besondern selbständigen Leistung bestehen kann; einseitiges Zugeständnis ist Anerkenntnis, Erlaß oder Schenkung[4]). 3) Die für Verträge im allgemeinen vorgeschriebene Form[5]). II. Hinsichtlich des Gegenstandes gelten folgende Bestimmungen: 1) Ueber das Privatinteresse aus unerlaubten Handlungen ist der Vergleich zulässig, mithin kann man auch über Vergehen, die nur auf Antrag des Verletzten gerügt werden, mit der Wirkung einen Vergleich schließen, daß keine Untersuchung eintritt und das bereits anhängige Verfahren oder die Vollziehung der bereits erkannten Strafe auf sich beruhen bleibt[5a]); auf Verfolgungen aber, welche von Amts wegen eintreten, hat ein Vergleich gar keinen Einfluß[6]). 2) Künftige Alimente aus einer gesetzlichen Verbindlichkeit (§. 593) konnten sonst, aus publicistischen Gründen, nur mit Zustimmung des persönlichen Richters des Alimentarius Gegenstand eines für diesen verbindlichen Vergleichs sein[7]); diese Mitwirkung ist nach neuem Rechte nicht mehr erforderlich, es genügt die für Verträge im allgemeinen vorgeschriebene Form[8]). 3) Die Trennung einer Ehe, selbst die bloß factische, ist kein Gegenstand eines Vergleichs[9]).

3) A. L.R. a. a. O. §§. 408, 409. — L. 23, §. 1 D. de cond. ind. (XII, 6); L. 32 C. eod. (IV, 5).

4) A. L.R. a. a. O. §§. 410, 411. — L. 38 C. eod.; L. 1 D. de transact. (II, 15); L. 3 C. de repudianda (VI, 31). — Simon, Rechtsspr., Bd. III, S. 286. — Der §. 395 a. a. O. des A. L.R. muß, damit er paßt, auf die Unwiderruflichkeit bezogen werden. (3. A.) Dann ist die wechselseitige Sicherstellung gegen weitere Streitigkeiten der beiderseitige Vortheil, wodurch ein Vergleich begründet wird.

5) A. L.R. a. a. O. §§. 406, 407. Die Vorschrift, daß, wenn ein Vertrag über bewegliche Sachen (und diesen gleichstehende Rechte) von beiden Theilen sogleich erfüllt wird, zur Anfechtung des solchergestalt abgemachten Geschäfts der Mangel eines schriftlichen Vertrages nicht vorgeschützt werden könne, findet auch auf Vergleiche Anwendung. Ist von den Contrahenten das vollständig geleistet worden, was in dem Vergleiche unter Aufhebung der Rechte aus dem streitigen Rechtsverhältnisse vereinbar war, so bedarf es, auch bei einem an sich schriftliche Abfassung erfordernden Objecte, keiner schriftlichen Entsagung jener Rechte, worüber transigirt worden, um deren Wegfall herbeizuführen. Pr. 1853, vom 19. Februar 1847 (Entsch. Bd. XV, S. 83).

5a) Eine Ausnahme macht der Nachdruck. Ges. vom 11. Juni 1837, §. 16.

6) A. L.R. a. a. O. §§. 415, 416. Strafgesetzbuch §. 160. Einf.Ges. vom 14. April 1851, Art. XVII. Das R. R. hat hier andere Grundsätze, in Folge der eigenthümlichen Verfassung.

7) A. L.R. a. a. O. §§. 412—414; Anh. §. 51; A.G.O. II, 1, §. 6, Nr. 6. — Simon, Rechtsspr., Bd. III, S. 285. Nach L. 8 D. eod. und L. 8 C. eod. ist dies nur bei testamentarischen und geschenkten Alimenten der Fall.

8) Ges. vom 11. Juli 1845, §. 1, Buchstabe b (G.S. S. 495).

9) A. L.R. II, 1, §. 175. — Pufendorf, Obs., Tom. III, obs. 45, §. 1.

4) Ueber Erbschaften aus Testamenten kann vor der Publication des Testaments kein Vergleich geschlossen werden[10]). 5) Ueber rechtskräftig entschiedene Sachen findet kein Vergleich mehr statt (Note 3). III. Die Wirkung des Vergleichs bezieht sich 1) hinsichtlich der Personen nur auf die Parteien. Daraus folgt: a) daß ein Vergleich über testamentarische Erbrechte den Legataren und Gläubigern unnachtheilig ist, d. h. daß sie sich an den wahren Erben, wenn sie den Beweis dazu erbringen können, zu halten befugt sind, jedoch auch denjenigen, welcher auf Grund des Vergleichs zur Erbschaft gelangt ist, in Anspruch nehmen dürfen, ebenso wie bei dem Erbschaftskaufe (§. 682, III). Hierin findet sich jedoch bei dem Vergleiche die regelwidrige Bestimmung, daß die Legatarien und Gläubiger an den dem Intestaterben abgetretenen Theil der Erbschaft sich nur *subsidiarisch* halten dürfen[11]). b) Bürgen und Pfandbesteller werden nicht befreiet, denn der Vergleich ist keine Novation[11a]), sie verlieren aber auch nicht ihre Einwendungen, und werden in ihrer Verbindlichkeit nicht verschlimmert[12]). 2) Hinsichtlich des Gegenstandes versteht es sich nach der Natur des Consenses, daß Generalvergleiche nur auf diejenigen Ansprüche, welche die Partei kannte[13]), und Vergleiche über Forderungen einer gewissen Gattung oder aus einem gewissen Verhältnisse nicht auf Ansprüche von einer andern Gattung oder Entstehung bezogen werden können[14]). Bei Vergleichen über Begriffsganze oder Theilungen findet aus dem Grunde, daß etwas übergangen worden, keine Nachforderung statt[15]), wenn nicht nach einem Inventarium getheilt und einzelne Stücke außer Acht gelassen sind[16]), oder wenn nicht betrogen (etwas verheimlicht) worden ist[17]). 3) Gerichtliche

10) A. L.R. a. a. O. §§. 442, 443. Ist die eine aber irrige Meinung von den verschiedenen Meinungen über die Auslegung der L. 6 D. eod. S. Recht der Ford. §. 383, I, 4.

11) A. L.R. a. a. O. §§. 440, 441. — Vergl. L. 14 D. eod., deren Auslegung und Lesart streitig ist.

11a) S. auch Entsch. des Obertrib. Bd. XVIII, S. 172 ff.

12) A. L.R. a. a. O. §§. 445—449. Die gemeinrechtlichen Civilisten sind über die Wirkungen in dieser Hinsicht nicht einig. Weil der Vergleich ein selbständig begründendes Rechtsgeschäft ist, so sollte regelrecht das ihm zum Grunde liegende durch ihn *völlig* erloschen sein. Vergl. L. 7, §. 1 D. eod.

13) A. L.R. a. a. O. §§. 426—428. — L. 5, 9, §§. 1, 3 D. de transact. (II, 15); L. 31 C. eod. (II, 4).

14) A. L.R. a. a. O. §. 426. — L. 3, §. 1; L. 12 i. f.; L. 9 pr. D. eodem.

15) A. L.R. a. a. O. §. 438. — V. vom 20. Juni 1817, §. 170 (G.S. S. 189).

16) A. L.R. a. a. O. §. 436. Die verglichenen Theilungsgrundsätze müssen aber auch bei der Nachtheilung angewendet werden. §. 437 d. T.

17) L. 35 D. de pactis (II, 14).

Vergleiche, wodurch ein processualisches Verfahren beendigt wird, sind executorisch, wenn sie auch nicht vor dem Proceßrichter abgeschlossen sind[18]). IV. Die Anfechtung des Vergleichs als ungiltig findet aus allgemeinen Nichtigkeitsgründen statt, namentlich: 1) wegen Betrugs, Zwanges und Furcht[19]); 2) wegen Irrthums. Der Irrthum muß sich jedoch nicht auf solche Punkte beziehen, welche der eigentliche Gegenstand des Vergleichs sind und deren Ungewißheit eben Anlaß und Grund des Vergleichs war; er muß vielmehr in einem solchen Punkte stattfinden, den man bei dem Vergleiche als völlig unzweifelhaft annahm, und dieser Punkt muß einen wesentlichen Bestandtheil des Vertrags (die Person, den Gegenstand ꝛc.) betreffen[20]). Eine Ausnahme soll in Beziehung auf den verglichenen Punkt gelten, wenn Urkunden neu aufgefunden werden, aus welchen der gänzliche Mangel alles Rechts auf der Seite des Gegentheils in diesem Punkte klar hervorgeht[21]). Bezieht der Vergleich sich auf eine Rechnung, so ist, nach der eben angegebenen Regel, die Nachforderung in dem Falle, daß man über die Berechnung selbst stritt und diesen Streit verglich, wegen später in der Rechnung entdeckter Irrthümer, die nicht bloße Rechnungsfehler sind (§. 663, II, 2), unzulässig; in dem Falle hingegen, wo dem Vergleiche eine unrichtige Rechnung als unzweifelhaft richtig zum Grunde gelegt worden, innerhalb der ordentlichen Verjährung des verglichenen Klagrechts statthaft; dem andern soll jedoch, wenn er die Nachforderung nicht bewilligen will, der Rücktritt von dem Vergleiche freistehen[22]), wodurch die Sache wieder in den Zustand, welchen sie vor dem Vergleiche hatte, versetzt wird.

---

18) A. L.R. a. a. O. §. 444. — A.G.O. I, 11, §. 13; I, 24, §. 4. — V. I, vom 4. März 1834, §. 1 (G.S. S. 31). — S. oben §. 670. — A. L.R. I, 17, §. 111. — Recht der Ford. §. 310 a. E. — Gemeinh.Theil. Ordn. vom 20. Juni 1817, §. 169.

19) A. L.R. a. a. O. §§. 419, 430. — L. 9, §. 2 D. de transact. (II, 15); L. 13 C. eod. (II, 4). S. oben §§. 104, 105, Bd. I, S. 226.

20) A. L.R. a. a. O. §§. 417, 418. — L. 65, §. 1 D. de condictione ind. (XII, 6).

21) A. L.R. a. a. O. §§. 420, 421. Darüber ist eine Meinungsverschiedenheit unter den gemeinrechtlichen Civilisten. — Die Restitution ex capite noviter repertorum gegen einen Vergleich findet nur dann statt, wenn der Restitutionssucher die betreffende Urkunde während der Vergleichsunterhandlungen *nicht producirt hat*. Die hinsichtlich einer früher vom Restitutionssucher zurückgehaltenen Urkunde (nach Pr.O. Tit. 16, §§. 17, 21, 22) unter Vorbehalt des Kosten- und Schadenersatzes nachgelassene Restitution ist also auf eine bereits früher vorgelegte Urkunde *nicht* auszudehnen. Pr. 1999, vom 14. März 1848.

22) A. L.R. a. a. O. §§. 429, 431—435.

§. 728.

2. Compromiß.

A.G.O. I, 2, §§. 167—176. — Puchta, das Institut der Schiedsrichter. Erlangen 1823.

Compromiß[1]) heißt der Vertrag, wodurch zwei streitende Parteien sich vereinigen, ihren Rechtsstreit[1a]), statt des ordentlichen Richters, von einer geradezu oder beziehungsweise bestimmten andern Person (Schiedsrichter, arbiter, judex compromissarius) oder auch von mehreren entscheiden[1b]) zu lassen[2]). I. Die Erfordernisse sind: 1) Handlungsfähigkeit und Verfügungsfreiheit in Beziehung auf den Gegenstand; 2) bestimmte Bezeichnung der Schiedsrichter, entweder geradezu oder durch Bestimmung der Ernennungsart; 3) ein erlaubter Gegenstand, wofür jede Sache gilt, bei welcher nicht das Gemeinwesen betheiligt ist, mithin nicht öffentliche Strafsachen, Statusfragen, Ehesachen, fiscalische Sachen[3]); 4) die schriftliche Form, weil jedes Proceßverfahren schriftlich sein muß und das Compromiß die Grundlage des Ausspruchs (Laudum)[4]) ist. II. Das Compromiß ist aber unwirksam, wenn die Person, auf welche compromittirt worden, nicht Schiedsrichter sein will oder wegen Unfähigkeit nicht sein kann. Unfähig sind nur solche Personen, welche nicht die zur Entscheidung erforderlichen

---

1) Der Name kommt von der röm. Form, nemlich Stipulation einer Strafe, compromissum oder compromissa pecunia genannt. L. 11, §. 2; L. 3, §. 2; L. 13, §. 1 D. de arbitris (IV, 8).

1a) (3. A.) Den Rechtsstreit nemlich, worüber das Compromiß geschlossen worden ist. Gerathen die Parteien über die Giltigkeit des Compromisses in Streit, so ist der Schiedsrichter zur Entscheidung über die daraus hergenommene Einwendung nicht competent, vielmehr gehört dieser Streit vor den ordentlichen Richter. Pr. des Obertrib. 2668, vom 17. Juni 1856 (Entsch. Bd. XXXIII, S. 168).

1b) Entscheiden, einen Rechtsstreit muß er entscheiden sollen. Wenn Parteien übereingekommen sind, einen Punkt ihres Vertrages durch einen Dritten näher bestimmen zu lassen, so ist dieser Dritte kein Schiedsrichter (arbiter), sondern ein arbitrator, ein bonus vir. Vergl. L. 67 D. pro socio (XVII, 2) und Erk. des Obertrib. vom 7. Februar 1854 (Entsch. Bd. XXVII, S. 450).

2) A.G.O. I, 2, §. 167. — L. 1, 3, §. 1; L. 11, §. 1 D. eod.

3) A. L.R. a. a. O. §. 168. — L. 32, §§. 6, 7 D. eod.; L. 6 C. ubi causa status (II, 23); c. 9 X. de in integrum rest. (I, 41).

4) A. L.R. a. a. O. §. 173. Der Ausdruck kommt von den Glossatoren. — Die in den bestätigten Statuten einer Corporation ausgesprochene, von den Mitgliedern der Gesellschaft durch den Beitritt zu derselben gegen die Societät übernommene Verpflichtung: „sich für den Fall einer förmlichen Klage der Entscheidung des competenten Gerichts erster Instanz unbedingt zu unterwerfen," und die Entsagung aller ordentlichen und außerordentlichen Rechtsmittel mit der Wirkung, daß jene Entscheidung zu Gunsten der Gesellschaft gegen ein Mitglied ohne weiteres als ein rechtskräftiges Urtel vollstreckbar wird, ist als eine vertragsmäßige Festsetzung nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen für giltig zu achten. Pr. 1549, vom 1. Februar 1845.

Eigenschaften haben und im Auslande wohnen[5]). Schreibunfähige sind nicht absolut unfähig. Die Minderjährigkeit an sich macht nicht unfähig zur Entscheidung, eben so wenig wie ein minderjähriger Beamter unfähig ist zur Verrichtung seines Amts; wohl aber kann er, was davon zu unterscheiden, sich nicht selbständig dazu verbindlich machen (das Receptum abschließen). Nimmt die bezeichnete und fähige Person den Antrag der Parteien an, so ist ein zweiter Vertrag zwischen den Parteien einerseits und dem Schiedsrichter anderseits geschlossen, wodurch die Privatrichteranstalt[6]) erst vollendet wird. Dieser zweite Vertrag, Receptum genannt, ist ein miethsähnlicher Innominatcontract und muß, als ein Vertrag über wiederkehrende Handlungen, schriftlich geschlossen werden (§. 550), auch ist eine ausdrücklich verabredete oder stillschweigend vorausgesetzte Vergeltung ein Erfordernis der Verbindlichkeit[7]). III. Die Wirkungen sind: 1) Der Richter kann durch Execution gezwungen werden, den Ausspruch zu thun[8]). Giltige Weigerungsgründe sind: a) wenn unter den Parteien selbst kein verbindliches Compromiß geschlossen ist[9]); b) wenn ihn Alter, Krankheit, eigene Geschäfte oder Streit mit den Parteien hindern[10]). Bei der Entscheidung muß er sich nach den Proceßgesetzen und dem geltenden Landesrechte richten[11]). Mehrere Schiedsrichter müssen ihre Beschlüsse nach Stimmenmehrheit fassen; für den Fall der Stimmengleichheit müssen die Parteien oder wenn diese nicht einig werden, die Schiedsrichter selbst einen Obmann (superarbiter) er-

5) A.G.O. a. a. O. §. 169. Nach R. R.: Frauenspersonen, Personen unter 20 Jahren; geisteskranke oder gebrechliche Personen; der bereits ernannte judex, nicht gleichbedeutend mit dem competenten Richter in der heutigen Bedeutung. L. 41, 9, §§. 1, 2 D. eod.

6) Schiedsrichter sind durchaus keine Behörde. Wer von den Parteien den Anordnungen des Schiedsrichters nicht Folge leistet, begeht keinen strafbaren Ungehorsam gegen eine Behörde, sondern erfüllt bloß seinen Vertrag nicht. Irrig das R. vom 27. Juli 1832 (Jahrb. Bd. XL, S. 167). Deshalb entsteht auch nach R. R. keine Litispendenz durch den Anfang der Verhandlungen vor dem Schiedsrichter, sondern die Strafe ist verfallen, wenn die eine Partei nachher zum Richter geht. L. 30 D. eodem. Nach Pr. R. steht es anders, wenn nicht etwa nur, wie nach R. R. immer nur geschehen konnte, eine Strafe hauptsächlich verabredet worden ist.

7) A. L.R. I, 11, §§. 870—872. Vergl. das soeben angeführte Rescript.

8) A. L.R. a. a. O. §. 877. — V. I, vom 4. März 1834, §. 9. — Vergl. L. 3, 32, §. 12 D. eod. Eine Klage scheint es dazu nach R. R. nicht gegeben zu haben. (3. A.) Der Prätor nöthigte den Schiedsrichter zur Entscheidung durch Strafen. L. 3, 15 D. eodem.

9) L. 9, §. 3; L. 11, §. 1 D. eodem.

10) L. 15, 16 D. eodem; L. 9, §§. 4 et 5; L. 10 et 11 pr.; L. 17, §. 1 D. h. t.

11) A.G.O. a. a. O. §. 171. Soweit das Compromiß nichts vorschreibt. L. 7, 32, §. 17 et ult. D. eodem; c. 2 X. de arbitris.

nennen, der den Ausschlag gibt[12]). 2) Die Parteien müssen den Ausspruch als ein richterliches Urtel unter sich gelten lassen. Als nichtig angefochten werden kann es nur: a) wenn eine oder andere Partei gar nicht gehört worden, oder offenbar erhebliche Thatsachen unberücksichtigt gelassen sind; b) wenn gegen ein ganz klares Landesgesetz erkannt worden ist[13]). Der Schiedsrichter selbst, dessen Auftrag mit dem insinuirten Ausspruche ein Ende hat, kann aus diesem Grunde sein Urtheil in keinem Falle ändern[14]). Die Appellation an den ordentlichen Richter der zweiten Instanz findet nur bei einem einfachen Compromiß, d. h. wenn darin nicht besonders die Verpflichtung, daß man das Laudum ohne Widerrede gelten lassen wolle, ausgedrückt ist, statt[15]). Die Execution wird, auf Ansuchen der Partei, von dem ordentlichen Richter vollstreckt[16]). IV. Das Compromiß nimmt sein Ende: 1) wenn die bestimmte Person die Sache nicht übernehmen will; 2) wenn der Schiedsrichter nach geschlossenem Receptum nicht zum Spruch vermocht werden kann[17]); 3) wenn der Ausspruch gethan ist (Note 14); 4) wenn die Parteien dasselbe aufheben[18]); 5) wenn eine Partei stirbt und der Uebergang auf die Erben nicht verabredet worden ist[19]); 6) wenn eine Partei bankerot wird[20]).

Zweite Unterabtheilung.

Forderungen aus unerlaubten Handlungen.

§. 729.

Uebersicht.

Die Forderungen aus unerlaubten Handlungen gehen auf Wie-

12) A.G.O. a. a. O. §. 170. — L. 32, §. 13; L. 17, §§. 4—7 D. eod.
13) A.G.O. a. a. O. §. 172. — Vergl. L. 27, §§. 4—7 D. eod.
14) L. 19, §. 2; L. 20 D. eodem.
15) A.G.O. a. a. O. §. 172. S. oben Note 4. Ist nicht R. R., sondern durch die Praxis aufgebracht. Gail, Obs., I, 150, No. 8 sqq. — Leyser, Med., sp. 65, m. 2, 3.
16) A.G.O. a. a. O. §. 176. Der Antrag ist nicht die gewöhnliche Judicatklage, sondern gründet sich auf den Vertrag zwischen den Parteien (actio ex compromisso). (3. A.) Nach R. R. konnte nur die im Compromiß festgesetzte Strafe gefordert werden. L. 1 C. de receptis arbitris (II, 56). Fehlte es an einer Strafbestimmung und war nur einfach versprochen, daß dem Ausspruche Folge geleistet werden solle, so fand actio incerti statt. L. 27 §. ult. D. eodem.
17) Arg. A. L.R. I, 11, §. 51. Einen solchen Rechtsfall s. Entsch. des Obertrib. Bd. XIX, S. 96.
18) L. 32, §. 3 i. f., §. 5 D. eod. S. oben §. 567.
19) L. 32, §. 3; L. 27, §. 1 D. eod. Aus denselben Gründen, aus welchen das Mandat durch den Tod erlischt.
20) L. 17 pr. D. eod. Der Grund ist derselbe. S. oben §. 659, I, 7.

derausgleichung der dadurch verursachten Verletzung und sind streng einseitig. Die Aufzählung wird hier nach dem Gegenstande der Verletzung geordnet. Danach lassen sie sich in drei Classen theilen. Die *eine* Classe besteht in den Forderungen aus Handlungen, welche nothwendig die Persönlichkeit verletzen, als: Ehrenkränkung, Beleidigung der Freiheit, Körperbeschädigung. Die *andere* Classe begreift die Forderungen aus solchen Handlungen, welche nothwendig das Vermögen beeinträchtigen, und zwar entweder den Besitz, wie durch Entwendung, Beschädigung an Sachen, Anmaßung fremder Gewerbsberechtigungen, unerlaubte Selbsthilfe; oder den Verkehr, wie durch Betrug und Zwang geschieht. Die *dritte* Classe umfaßt die Forderungen aus solchen Handlungen, die zufällig bald die Persönlichkeit bald das Vermögen verletzen. Die Strafsache und die Civilsache präjudiciren einander nicht und sind auch einander nicht präjudiciell*), weil nach Pr. R. der Verletzte bei der Strafsache nicht als Partei zugezogen wird, mithin für ihn der Strafproceß eine zwischen andern Parteien verhandelte Sache ist**).

I. Forderungen aus Verletzungen der Persönlichkeit.

§. 730.

1. Ehrenkränkung (Injurie).

Strafgesetzbuch §§. 152—163. — Einführungsgesetz vom 14. April 1851, Artt. XVI—XVIII (G.S. S. 93). — A.G.O. I, 34. — Jarke, die Lehre von den Injurien; in Hitzig, Zeitschrift, Bd. XVII, S. 285 flg., und Bd. XVIII, S. 1 flg. — Weber, über Injurien und Schmähschriften. 4te Aufl. Leipzig 1820.

Unter der *Injurie* versteht das Pr. R. ebendasselbe, was im R. R. mit der Contumelia bezeichnet wird, d. i. eine unerlaubte Verletzung der *innern* oder *geistigen* Persönlichkeit eines Men-

*) Str.G.B. §. 6. Nach G. R. wird darüber gestritten; doch hat auch danach der Streit wenig Bedeutung, weil der Anklageproceß so gut wie abgethan ist. (3. A.) Es ist jedoch auch bei preußischen Gerichten, selbst bei dem Obertribunal, Meinungsverschiedenheit über die Frage: ob das Urtheil des Strafgerichts für den Richter in der Civilsache wegen der Entschädigung bindend sei, hervorgetreten. Darüber vergleiche man die Erkk. des Obertrib. vom 9. November 1853 (Entsch. Bd. XXVII, S. 234), wo die Frage bei verurtheilenden Erkenntnissen bejahet ist, und vom 7. Mai 1856 (Entsch. Bd. XXXIII, S. 175), wo der entgegengesetzte Satz ausgeführt wird. Dieser Meinungsstreit ist durch den Plenarbeschluß (Pr. 2676) vom 15. December 1856 im Sinne des hier vertretenen Grundsatzes entschieden. (J.M.Bl. 1857, S. 59 und Entsch. Bd. XXXIV, S. 19.) Dagegen ist die Entscheidung des Civilgerichts auf Präjudicialklagen über Statusfragen für die Strafsache maßgebend. Vergl. Erk. des Obertrib. vom 8. Februar 1856 (J.M.Bl. S. 96); L. 25 D. de statu hominum (I, 5); L. 1, §. 16; L. 2, 3 D. de agn. et alend. lib. (XXV, 3).

**) Eine Ausnahme s. m. unten §. 738, Note 10.

schen[1]). Ehrenkränkung ist keine erschöpfende Bezeichnung: der Gegenstand der Verletzung ist nicht bloß das Ehrgefühl, sondern das ganze Gefühlsvermögen, d. i. die innere Persönlichkeit, die ebenso gewiß geschützt werden muß, wenn der Staat die Selbsthilfe verbieten will, als die äußere Persönlichkeit, der Leib. I. Zum Thatbestande der Injurie gehört dreierlei: 1) Eine physische Person; bei einer juristischen Person fehlt gerade der Gegenstand der Verletzung, daher nur die physischen Personen, durch welche die juristische Persönlichkeit vorgestellt wird, als die beleidigten Subjecte angesehen werden[2]). Wird durch die gegen eine bestimmte Person gerichtete Handlung zugleich noch eine andere mittelst der zwischen beiden bestehenden Verbindung berührt: so wird dieser Person eine mittelbare Injurie zugefügt; ist dergleichen Verbindung ein Schutzverhältnis (Ehe, väterliche Gewalt), so gestattet die römische und deutsche Auffassung aus einer solchen Verletzung die Klage nur denjenigen, welche ein Schutzrecht über die unmittelbar betroffene Person haben[3]). Das neue Recht aber sagt: Es haben sowohl die beleidigten Ehefrauen oder unter väterlicher Gewalt stehende Kinder, als deren Ehemänner oder Väter das Recht, auf Bestrafung des Beleidigers anzutragen[4]). 2) Eine unerlaubte verletzende Handlung oder Unterlassung[5]). Die sonstige Unterscheidung nach der Art der verletzenden Handlung ist aufgegeben. Eine andere von der alten Gesetzgebung nicht beachtete aber für die Wissenschaft wichtige und von der neuen Gesetzgebung beachtete Unterscheidung ist die zwischen subjectiven oder formellen, und objectiven oder materiellen Injurien. Die subjectiven Injurien werden durch die in äußere Handlungen ausgebrochene verachtende Gesinnung des Beleidigers zugefügt, daher die Handlung an sich unschuldig und gleichgiltig sein kann; die objective Injurie besteht in der Kund-

1) Das Strafgesetzbuch hat keine Begriffsbestimmung. — L. 1 pr. D. de injur. (XLVII, 10). Ueber den weitern Begriff der Injurie nach R. R.: L. 5, §. 1 D. ad leg. Aquil. (IX, 2); Pr. J. de inj. (IV, 4); §. 2 J. de leg. Aquil. (IV, 3).

2) Nach G. R. streitet man darüber. Aus dem ganzen Titel des Strafgesetzbuches von Verletzungen der Ehre (13) ist nicht zu merken, ob der Verfasser sich unter dem Beleidigten nur einen Menschen oder auch eine juristische Person gedacht hat.

3) A. L.R. II, 20, §§. 565—568. — L. 1, §. 3 D. de inj. (XLVII, 10).

4) Strafgesetzbuch §. 162. Damit hätten wir die Beimischung von einem Stückchen französischen Rechts, welches bezüglich auf die facultas standi in judicio, sowie auf das eheliche und väterliche Schutzverhältnis der Gegensatz des deutschen Rechts ist. Dem Verfasser ist die französische Auffassung der Dinge geläufiger gewesen als die ernste Anschauungsweise der Deutschen.

5) Leyser, Med., sp. 549. Durch erlaubte kann aber doch eine formelle Injurie begangen werden. Strafgesetzbuch §. 154.

gebung einer ihren Urheber verächtlichmachenden Thatsache, mit welcher Kundgebung aber zugleich eine subjective Injurie verbunden sein muß, um eine Forderung wegen Verletzung zu begründen, weshalb die auf eine objective Injurie gegründete Klage durch die exceptio veritatis ausgeschlossen wird [6]), wozu jedoch auch die Rechtfertigung des Orts, der Ausdrucksweise und der Umstände, an welchem und unter welchen die an sich wahre Thatsache ausgesprochen worden ist, gehört, sonst würde die Vermuthung der subjectiven (formellen) Injurie nicht widerlegt werden [7]). 3) Die Absicht zu beleidigen (animus injuriandi), d. i. der Vorsatz zu einer Handlung oder Unterlassung, von welcher der Handelnde sich bewußt ist, daß sie den andern verletzt [8]). Bei zweideutigen oder an sich erlaubten Handlungen muß die Absicht bewiesen werden; bei objectiven Injurien liegt der Beweis dafür in dem beleidigenden Ausdrucke selbst, und der Handelnde muß sich reinigen [9]). II. Die Injurie begründet eine Privatklage auf Entschädigung und auf öffentliche Bestrafung; die Strafe kann jedoch, wenn nicht der öffentliche Ankläger aufgetreten ist, bis zum Anfange der Vollstreckung des Erkenntnisses erlassen werden [10]). Die sonstige Ungleichheit zwischen Geringen und Vornehmen vor der Gerechtigkeit bei der Rechtsverfolgung wegen Injurien ist nun endlich aufgehoben. Eine andere Lücke in der Gesetzgebung findet sich noch jetzt in Beziehung auf die Entschädigungsforderung. Es gibt da kein Arbitrium, und der Beleidigte hat, wenn er nicht just den positiven und sichtbaren Schaden beweisen kann, nichts zu fordern, wie sehr auch die Verleumdung sein Gewerbe ruiniren mag.

§. 731.

2. Beleidigung der Willensfreiheit.

Die Willensfreiheit wird verletzt: 1) durch widerrechtliches Festhalten der Person; 2) durch Menschenraub. Jede dieser Verletzungen begründet die actio injuriarum auf vollständige Schadloshaltung, wozu auch die Befreiungskosten und standesmäßige Ver-

6) Strafgesetzbuch §§. 156 und 157. — L. 10 pr., 5 C. eod. (IX, 35); L. 18 pr. D. eod.

7) Strafgesetzbuch §§. 154, 158.

8) Kleinschrodt, im Archiv, Bd. I, St. IV, S. 13.

9) Strafgesetzbuch §§. 154, 156—158. — L. 3, §§. 1, 2; L. 4, 44 D. eod.; L. 5 C. eod.; L. 1, §. 38 D. depositi (XVI, 3); L. 5, §. 3 D. ad leg. Aquil. (IX, 2).

10) Strafgesetzbuch §. 160. A. L.R. I, 6, §. 131. S. oben §. 727, II. Ganz anders nach G. R. Recht der Ford. §. 390, II.

pflegung, Erziehung und Ausstattung für die Ehefrau und Kinder des Beleidigten gehören [11]). 3) Durch Entführung einer Frauensperson (crimen raptus); 4) Gebrauch einer solchen zur Befriedigung des Geschlechtstriebes ohne ihren Willen (Nothzucht mit Gewalt oder im Zustande der Bewußtlosigkeit). Durch jede der beiden Verletzungen entsteht eine alternative Forderung der Frauensperson, nach ihrer Wahl, auf Heirath oder Entschädigung. Die erstere fällt weg, wenn Ehehindernisse sind oder der Beleidiger sich weigert. Die Entschädigung besteht in der Ehescheidungsstrafe nach dem höchsten Satze, und Beilegung der Rechte einer geschiedenen unschuldigen Ehefrau [12]). Der mit Zustimmung der Frauensperson verübte Beischlaf enthält keine Verletzung, sondern einen Vertrag, der in das Eherecht gehört (§. 747, II, 2, b, u. §. 767, III).

§. 732.

3. Körperbeschädigung.

Die rechtswidrige Verletzung eines Menschen an seinem Leibe gibt dem Verletzten eine Forderung auf Ersatz der ihm dadurch verursachten Vermögensnachtheile, gegen den Beschädiger, nach dem Grade des ihm zur Last fallenden Versehens [1]). I. Ist der Beschädigte eine unverheirathete Frauensperson und besteht die Beschädigung in einer solchen Verunstaltung, daß der Person dadurch die Gelegenheit sich zu verheirathen erschwert wird, was der Richter nach den Umständen, dem Stande und den Vermögensverhältnissen der Frauensperson zu befinden hat: so kann sie von dem Beschädiger im Falle des Vorsatzes, groben oder mäßigen Versehens, standesmäßige Ausstattung; im Falle eines geringen Versehens aber nichts fordern. Andere verunstaltete Personen haben nur dann eine angemessene Entschädigung zu fordern, wenn die Verunstaltung aus Vorsatz oder grobem Versehen zugefügt und das Fortkommen der Person, beispielsweise beim Militär, dadurch erschwert worden ist [2]). II. Wegen anderer Verletzungen steht nur Personen vom Bauer- oder gemeinen Bürgerstande unter dem Namen Schmer-

11) A. L.R. I, 6, §§. 132—136.

12) A. L.R. II, 1, §§. 1115, 1116 (1127, 1128). — L. 1, §. 2; L. 9, §. 4 D. de injur. (XLVII, 10).

1) Nach R. R. findet nur die actio injuriarum oder legis Aquiliae auf Erstattung der durch die Verletzung veranlaßten Verwendungen oder Verluste am Vermögen statt. L. 15 pr., §. 1; L. 7, §. 8; L. 35, 45 D. de injur. (XLVII, 10); §§. 1, 8—10 J. eod.; L. 7 pr., §. 4; L. 5, §. 3; L. 13 pr. D. ad leg. Aquil. (IX, 2).

2) A. L.R. I, 6, §§. 123—128. Boehmer ad Carpzov., Qu. XCIX, obs. 1.

zengeld eine Entschädigung zu, welche zwischen der Hälfte und dem Doppelten der erforderlichen Curkosten richterlich bestimmt wird; sind dergleichen Kosten nicht entstanden, so fällt die Entschädigung, wegen Geringfügigkeit der Beschädigung, weg; liegt der Beschädigung nur ein geringes Versehen zum Grunde, so hat der Beschädiger nur die Cur-, Heilungs- und Verpflegungskosten zu ersetzen [3]). III. Ist der Verletzte durch die Beschädigung dienst- oder arbeitsunfähig geworden, so kann er fordern: 1) im Falle unheilbarer Unfähigkeit, a) bei Beschädigung aus Vorsatz oder grobem Versehen, auch entgehende künftige Vortheile; b) aus mäßigem Versehen, nur Entschädigung nach der Lage, in welcher der Beschädigte sich zu der Zeit befand; c) aus geringem Versehen, nur die Cur- und Heilungskosten; 2) im Falle zeitweiser Unfähigkeit Versäumniskosten, nach denselben Grundsätzen; 3) im Falle bloßer Erschwerung oder Vertheuerung des Geschäftsbetriebes Vergütung nach richterlichem Ermessen [4]). IV. Ist jemand widerrechtlich getödtet, so geht die Forderung der Erben auf Ersatz aller dadurch verursachten Kosten und Vermögensnachtheile, ohne Rücksicht auf den Grad der Verschuldung [5]), und der armen Witwe so wie den unversorgten Kindern des Entleibten ist eine Forderung auf Alimente und beziehlich Ausstattung, im Falle des Vorsatzes, groben oder mäßigen Versehens, gegeben [6]). Die Entschädigungsforderung steht bei einer

---

3) A. L.R. a. a. O. §§. 111—114. Ueber die Statthaftigkeit des Schmerzengeldes, nach G. R., wird gestritten; aus dem Gesichtspunkte der Entschädigung für verlorne Arbeitszeit ist es nicht zu bestreiten, in dieser Bedeutung aber erkennt es das L.R. nicht zu, denn die Entschädigung für Versäumnis und dergl. soll der Verletzte noch überdies zu fordern haben. Das Schmerzengeld im Sinne des L.R. ist eine Taxe der Schmerzen als solcher; das L.R. taxirt also die Gliedmaßen des gemeinen Mannes wie das R. R. die des Sklaven, dessen Herr sich für die durch jede Mishandlung entstehende Verschlimmerung seiner lebendigen Sache bezahlen lassen konnte. Der vornehme Mann hingegen ist darin unschätzbar, daher er nichts fordern kann, wofür aber „auf eine etwas geschärftere Strafe erkannt zu werden pflegt." Quistorp, Grundsätze, I, S. 505. Diejenigen, welche in solcher Weise die menschlichen Gliedmaßen zu geldwerthen Vermögensstücken ihres Trägers machen, fußen auf C. C. C. Art. 20, wonach „oberkeit oder richter — dem so also wider recht — gemartert (gefoltert) war, seiner schmach, schmerzen, kosten und schaden, der gebüre ergetzung zu thun schuldig sein sollen." Eine zweifelhafte Quelle, und wenn eine Quelle, doch nicht eine solche, welche die Menschen in zwei Classen, in schätzbare und unschätzbare, scheidet. Das Unpassende des Instituts in dieser Bedeutung zeigt sich selbst. (3. A.) Einen Sinn erhält das Schmerzengeld, wenn man es als einen Ueberrest der alten Compositionen ansieht.

4) A. L.R. a. a. O. §§. 115—122. — L. 3 D. si quadrupes (IX, 1); L. ult. D. de his, qui effud. vel dejec. (IX, 3).

5) A. L.R. a. a. O. §. 98. — L. 5 pr. §. 3; L. 6, 7 pr., §. 4; L. 13 pr. D. ad leg. Aquil. (IX, 2). Irrig ist Suarez's Vortrag hierüber aus dem R. R., Jahrb. Bd. XLI, S. 7.

6) A. L.R. a. a. O. §§. 98—108, 110. Nach G. R. ist darüber Streit.

aus Vorsatz, grobem oder mäßigem Versehen verübten Tödtung, auch allen andern Personen zu, welche von dem Entleibten gesetzliche Alimente erhielten [7]).

II. Forderungen aus solchen unerlaubten Handlungen, welche nothwendig das Vermögen verletzen.

1. Forderungen aus Verletzungen am Besitze.

§. 733.

a) Diebstahl (furtum), Raub (rapina, bona vi rapta) und Concussion.

Die Entwendungen haben, mit einer einzelnen Ausnahme bei dem Holzdiebstahle, außer dem Schadenersatze keine privatrechtliche Beziehung im heutigen Rechte; alle sich auf Strafe beziehenden Einrichtungen, Klagen und Rechtsmittel des R. R. sind durch die neuern öffentlichen Strafen und Polizeieinrichtungen beseitigt. Auch die die Entschädigung bezweckenden Rechtsmittel hat man durch allgemeine Grundsätze über Schadenersatz absorbiren wollen, die Anwendung hat aber gelehrt, daß damit nicht auszukommen, und die Gesetzgebung hat sich herbeilassen müssen, wieder zu unterscheiden. Diese Unterscheidung bezieht sich auf die Dauer und die Erfordernisse der Klagen für die verschiedenen Fälle. I. Aus der Entwendung entspringen zwei wesentlich verschiedene Klagrechte des Bestohlenen, je nachdem die Urheber der Entwendung die entwendete Sache in ihr Vermögen gebracht haben, oder nicht. In dem erstern Falle gründet der Anspruch sich in dem Eigenthume und in dem Rechte zu dessen Verfolgung. Darauf beruhet die condictio furtiva, daher dieselbe nur gegen den Entwender, der sich die Sache so oder so zu Nutze gemacht hat, geht [1]), aber gegen den Helfer (cujus ope consiliove furtum factum est) ihren Zweck verfehlt, insofern er nicht an der Sache selbst Theil genommen hat [2]); denn in diesem Falle der Theilnahme an den Vortheilen geht die Condiction gegen alle Theilnehmer, und zwar wegen der unerlaubten Erwerbung, nach R. R. solidarisch [3]). Auch kann diese Klage, als eine Species der Eigenthumsklage, nicht wie eine bloße Delictsklage in kurzer Zeit

---

Die einzelnen Bestimmungen des A. L.R. sind nicht folgerichtig. Recht der Ford. §. 392, IV.

7) A. L.R. a. a. O. §. 109. Der Schade ist hier nur ein mittelbarer, daher fällt der Ersatz im Falle eines geringen Versehens weg. §. 15 das.

1) L. 8 pr. D. de cond. furt. (XIII, 1); §. 19 J. de obl. quae ex del. (IV, 1).

2) L. 5, 6 D. de cond. furtiva (XIII, 1).

3) L. 1; L. 9 C. eod. (IV, 8).

verjähren. In dem andern Falle aber sind der Entwender[4]) und dessen Gehilfen nur als Beschädiger zur Entschädigung verbunden. Die darauf gehende Klage, die actio furti, ist eine Klage ex maleficio und der kurzen Verjährung unterworfen. Diesen Unterschied hat die neuere Pr. Gesetzgebung unter Abänderung ihrer frühern generellen Satzung anerkannt, doch mit der Bestimmung, daß die im Eigenthume gegründete Klage (die Condiction) nur auf den Belauf des Vortheils, den der Beschädiger (der Dieb) sich durch sein Verbrechen verschafft hat, geht, d. h., daß im übrigen nur die der kurzen Verjährung unterworfene Entschädigungsklage anwendbar ist[4a]) und mehrere Diebe mit der Condiction nicht solidarisch belangt werden können[5]). Eine Anwendung der actio furti als Pönalklage auf Schadenersatz und Privatstrafe wird noch bei dem Holzdiebstahle gemacht. Darunter versteht man die Entwendung an solchen stehenden Bäumen, welche bloß zum Zwecke der Holznutzung gezogen werden, ohne Unterschied, ob sie in Wäldern oder einzeln auf Feldern stehen. Wegen einfachen, d. i. ersten, zweiten und dritten Holzdiebstahls hat der Beschädigte einen privatrechtlichen Anspruch auf Ersatz des taxmäßigen Werths des entwendeten Holzes, Zahlung des Pfandgeldes und auf eine Privatstrafe des vier-, sechs- und beziehlich achtfachen Werths, oder im Unvermögensfalle verhältnismäßige Forstarbeit, eventuell Gefängnisstrafe[6]); der vierte und fernere Holzdiebstahl wird mit einer öffentlichen Strafe belegt und der Beschädigte hat nur die gewöhnlichen Rechtsmittel[7]).

II. Der Raub, d. i. Diebstahl ausgeführt mittelst Gewalt an der Person, fällt in privatrechtlicher Hinsicht, nach Pr. R., theils unter die Entwendungen, theils unter die Körperbeschädigung, und die röm. actio vi bonorum raptorum hat keine Geltung mehr. Aber in Beziehung auf die mit dem Raube in Verbindung gebrachte Be-

4) Z. E. wenn die Sache, noch ehe er sie mit seinem Eigenthume vermischen oder vollständig in seine Gewalt bringen kann, untergeht. Verschenkt oder vernichtet er sie nach der Besitznahme, so disponirt er darüber wie ein Eigenthümer, verwendet sie mithin nach seiner Laune, nachdem er sie seinem Vermögen einverleibt hat. Er hat sie dadurch zu seinem Vortheil oder Vergnügen verwendet.

4a) Daß die kurze (dreijährige) Verjährung den Mangel einer andern Klage, außer der Delictsklage, wegen Ersatz einer Vermögensverschlimmerung durch die Handlung eines andern voraussetze und auch nicht auf Condictionen anzuwenden sei, hat das Obertrib. anerkannt durch das Pr. 1883, vom 7. Mai 1847 (Entsch. Bd. XV, S. 97).

5) Declaration vom 31. März 1838 a. E. (G.S. S. 252).

6) Wer bezahlt hier subsidiarisch die Haftkosten? Der öffentliche Fonds, weil das öffentliche Interesse die Bestrafung des Diebes, so oder so, fordert.

7) Ges. vom 7. Juni 1821 (G.S. S. 89). — Hahn, das Holzdiebstahlsgesetz vom 7. Juni 1821, mit Commentar, Ergänzungen und Beilagen. Handbuch für Forstrichter, Forstbeamte und Waldeigenthümer. 2. Aufl. Breslau 1836.

schädigung bei Gelegenheit eines Volksauflaufs (Tumult, turba) sind die Grundsätze des R. R. durch die neuere Gesetzgebung wieder hergestellt, mit der Abweichung, daß die Klage nicht auf eine Privatstrafe, sondern nur auf einfachen Schadenersatz geht. Sie findet in solidum statt gegen jeden, welcher irgendwie, wenn auch nur als Zuschauer, an dem schädlich gewordenen Auflaufe Theil genommen hat[8]). III. Concussion, Erpressung, ist die widerrechtliche Erzwingung einer Uebergabe von Sachen, oder einer dem Zwingenden vermögensrechtlich vortheilhaften Willenserklärung oder Unterlassung durch Erregung von Furcht[9]). Der Genöthigte hat, zur Wiederherstellung des früheren Zustandes, eine Klage und eine Einrede[10]). Die anwendbare Klage ist die actio quod metus causa, welche im preußischen Rechte nach den Grundsätzen der allgemeinen Schädenklage behandelt wird, jedoch aus dem R. R. die Eigenthümlichkeit beibehalten hat, daß sie, obgleich eine persönliche Klage, doch gegen einen Dritten gerichtet werden kann (actio in rem scripta)[11]). Diese Klage geht auf Herausgabe der abgenöthigten Sache, wie auch auf Vernichtung der erzwungenen Willenserklärung[12]); zur Herausgabe der erpreßten Sache, samt Accessorien, kann jedoch auch die Eigenthumsklage gebraucht werden, da die Sache im Eigenthume des Gezwungenen bleibt[13]).

§. 734.

b) Besitzstörungen.

Die unerlaubten Besitzstörungen erzeugen für den Verletzten eine, nach ihrer rechtlichen Natur hier einzureihende, Forderung auf Wiederherstellung des ruhigen Besitzes und auf Schadloshaltung,

8) V. vom 17. August 1835, §. 11 (G.S. S. 170). — L. 4 D. de vi (XLVII, 8). Vergl. Erk. des Obertrib. vom 12. December 1851 (Entscheid. Bd. XXII, S. 126).

9) (3. A.) A. L.R. I, 4, §§. 33 ff.; Strafgesetzbuch §. 234. — Vergl. L. 3; L. 9, §§. 3, 5; L. 14, §. 3 D. quod metus causa (IV, 2). Nur wenn die Furcht durch Androhung eines Verbrechens oder Vergehens erregt wird, ist die Concussion nach neuem preuß. R. strafbar. Str.G.B. §. 234. In Beziehung auf den Civilanspruch ist der Inhalt der Drohung gleichgiltig, wenn sie nur von der Art ist, daß sie nach der Leibes- und Gemüthsbeschaffenheit des Bedrohten wirklich Furcht bei ihm erregen konnte. A. L.R. I, 4, §. 37. Das R. R. war strenger hierin. L. 4, 5 D. ib.

10) (3. A.) A. L.R. I, 4, §. 47. — L. 9, §. 3 i. f. D. eodem.

11) (3. A.) A. L.R. I, 4, §. 42. Ist streitig. Vergl. Bornemann, Rechtsgeschäfte, S. 111. Allein m. vergl. die L. 14, §§. 3 u. 5 D. l. c., wo die Fassung, in welcher der actio metus causa die Eigenschaft der actio in rem scripta (L. 9, §. 8 D. ib.) zugeschrieben wird, wesentlich dieselbe wie die des §. 42 d. T. ist.

12) (3. A.) A. L.R. I, 4, §. 47. Vergl. L. 9, §. 3 D. eodem.

13) (3. A.) L. 9, §§. 4, 6 D. eodem.

wovon jedoch schon in einem andern Zusammenhange Rede gewesen ist (§§. 183 — 185).

c) Beschädigung an Sachen.

§. 735.

aa) Damnum injuria datum.

Die zur Ausgleichung der widerrechtlichen Beschädigung an Sachen dienende actio legis Aquiliae des R. R.[1]) ist durch die pr. Rechtsgesetzgebung wesentlich modificirt. I. Die allgemeine Entschädigungsklage setzt voraus: 1) objectiv einen Schaden (§. 465), wozu ein bloß persönliches Recht, überhaupt jedes Vermögensinteresse in Beziehung auf den Gegenstand, genügt[2]); 2) subjectiv a) eine Handlung, die jedoch auch ein für sich bestehendes Unterlassen[3]) sein kann (§. 137, Bd. I, S. 270); b) einen ursachlichen Zusammenhang zwischen Schaden und Handlung (§. 139); c) Zurechnung, doch mit der erheblichen Modification, daß das Vermögen des Unzurechnungsfähigen subsidiarisch haftet (§. 140, Bd. I, S. 272); d) Rechtswidrigkeit (injuria, culpa) (§. 144, Bd. I, S. 278). II. Die Klage geht lediglich auf Ersatz des Schadens und Interesses, ohne Beimischung von Privatstrafe, ist also hierin und in dem was daraus folgt von der actio legis Aquiliae sehr verschieden[4]); der Belauf (Inhalt) der Forderung aber wird nach dem Grade der Verschuldung des Beschädigers und nach Maßgabe des eigenen Versehens des Beschädigten, nach Beschaffenheit der Fälle, verschieden bestimmt (§. 143 u. §. 465). III. Die Klage vererbt sich activ und passiv[5]), und verjährt in drei Jahren, in Beziehung auf das ganze Recht auch in den Fällen, wo der aus einer Handlung entstehende, dem Beschädigten bekannt gewordene Schade so beschaffen ist, daß er, obwohl in wechselndem Umfange, sich auch in der Zukunft erneuert[5a]); doch insoweit der Vortheil des Beschädigers reicht (in id quod ad eum

1) Tit. D. ad leg. Aquil. (IX, 2).

2) A. L.R. I, 6, §§. 1, 10 — 16. Anders nach R. R., welches ein dingliches Recht erfordert. L. 11, §§. 7, 9 D. eod.; L. 13, §. 12 D. de act. emti (XIX, 1). Auch ein Nutzungsberechtigter kann z. B. vom Bergbauenden Entschädigung für Beeinträchtigung seiner Nutzungen fordern. A. L.R. II, 16, §. 112 und Pr. 2055, vom 20. October 1848. Doch gehört dieser Fall eigentlich nicht unter diesen Titel, sondern unter den von unfreiwilligen Ueberlassungen. §. 216.

3) Anders nach L. 13, §. 2 D. de usufr. (VII, 1); L. 8 pr. §. 1; L. 27, §. 9; L. 30, §. 3 D. ad leg. Aquil. (IX, 2).

4) L. 2 pr.; L. 23, §§. 2 — 8; L. 27, §. 5; L. 29, §. 8 D. eod.

5) A. L.R. I, 6, §. 28. Anders nach L. 23, §. 8 D. eod.

5a) Pr. 1717 (Plenarbeschl.), vom 20. März 1846 (Entscheid. Bd. XIII, S. 19).

pervenit) erst in 30 Jahren[6]); mit andern gleichzeitig begründeten Klagen concurrirt sie elective[7]).

§. 736.

bb) Beschädigung durch Thiere.

Das Pr. R. kennt nicht die Grundsätze der actio de pauperie und der actio de pastu, sondern wendet die ihm eigenthümlichen Grundsätze der lex Aquilia auf den durch Thiere angerichteten Schaden an. I. In dem Falle der Beschädigung durch Thiere überhaupt wird in ähnlicher Art wie bei der actio de pauperie unterschieden; ob das Thier seiner Natur gemäß oder wider seine Natur geschadet hat, aber nur um danach die Art der Aufmerksamkeit und den Umfang der Verbindlichkeit dessen zu bestimmen, der wegen seiner Nachlässigkeit für den Schaden aufkommen muß. 1) Hat ein unschädliches und zugleich in der Haushaltung gebrauchtes Thier geschadet, so haftet der Besitzer bloß für einen solchen positiven Schaden, welcher aus der versäumten Aufsicht entsteht; 2) ist das schädlich gewordene Thier wider die Natur seiner Art gefährlich und dieses dem Besitzer bekannt, so muß derselbe vollständige Genugthuung leisten, wenn er die gehörigen Vorkehrungen verabsäumt hat[8]). Daher muß der Besitzer eines bissigen Hundes, wenn er ihn nicht an eine Kette legt oder wenn die Befestigung derartig ist, daß der Hund sich losreißen kann, für den durch den Hund angerichteten Schaden aufkommen, es wäre denn, daß der Beschädigte selbst das Thier gereizt, oder sich ihm unvorsichtig genähert oder sich unberufen zur Nachtzeit in den von dem losgelassenen Hunde zu bewachenden Bereich gewagt hätte[9]). 3) Wer ein von Natur unschädliches, oder ein mit obrigkeitlicher Erlaubnis gehaltenes schädliches Thier reizt oder sonst zur Beschädigung veranlaßt, macht sich für den Schaden anderer verantwortlich und für eigenen Schaden jedes Anspruchs verlustig; der Besitzer haftet, wenn sein Versehen dabei concurrirt, als Mitschuldner[10]). II. Für

6) A. L.R. a. a. O. §. 54. Decl. vom 31. März 1838 a. E. (G.S. S. 252). — Streit über die Rechtmäßigkeit der beschädigenden Handlung hindert den Anfang der Verjährung nicht. Plenarbeschl. (Pr. 2197) des Obertrib. vom 22. April 1850 (Entsch. XX, S. 3).

7) L. 18, §. 1 D. commodati (XIII, 6).

8) A. L.R. a. a. O. §§. 73, 74, 78. Der Ausdruck „Eigenthümer" ist ungenau.

9) L. 2, §. 1 D. si quadrup. (IX, 1); L. 11, §. 5 D. ad leg. Aquil. (IX, 2). — Hagemann, Landwirthsch.R. §. 287, S. 548. Ein Kettenhund ist ein bissiges Thier und der Besitzer weiß dies, denn er hat eben deshalb den Hund festgemacht. Allein die Bissigkeit ist nicht wider die Natur eines Kettenhundes. Die Unterscheidung ist unpraktisch.

10) A. L.R. a. a. O. §§. 75—77.

den Schaden, welchen Thiere durch Abfressen, Niedertreten und dergl. in Feldern ꝛc. verursachen, haftet der Besitzer, sowie der Hirte oder Aufseher, dem das Vieh übergeben und beziehlich vorgetrieben worden ist, solidarisch [11]). Der Beschädigte darf, um sich wegen der Entschädigung zu sichern, das Pfändungsrecht ausüben (§. 208, Bd. I, S. 384), aber nicht die flüchtigen oder uneinbringlichen Thiere beschädigen, Enten ausgenommen, welche sich auf Privatgewässern zum Schaden der Fischerei einfinden [12]). Die Ausmittelung des Schadens geschieht, wenn nicht durch Provinzialverordnungen eine gesetzliche Taxe [13]) oder sonst [14]) etwas besonderes vorgeschrieben ist, nach den allgemeinen Regeln. III. Wilde Thiere zu halten, ist aus polizeilichen Gründen verboten [15]). 1) Wer solches ohne obrigkeitliche Erlaubnis thut, hat allen durch wilde oder andere, von Natur schädliche und in den Häusern oder auf dem Lande gewöhnlich nicht gehaltene, Thiere verursachten Schaden unbedingt zu ersetzen; wer die obrigkeitliche Erlaubnis hat, haftet nur wegen Verabsäumung der gehörigen Vorkehrungen; wer Thiere, die von Natur unschädlich, aber in der Haushaltung ungebräuchlich sind, hält, haftet unbedingt [16]) für den unmittelbaren Schaden, der durch dieselben ohne eigene Unvorsichtigkeit oder Veranlassung des Beschädigten verursacht worden ist [17]). 2) In Ansehung der jagdbaren wilden Thiere, welche in ihrer natürlichen Freiheit leben, ist eine Rechtsveränderung eingetreten. Ein gesetzlicher Anspruch auf Ersatz des durch das Wild verursachten Schadens findet nicht statt; es kann aber in den Jagdpachtcontracten darüber vorsorgliche Bestimmung getroffen werden; auch darf ein jeder das Wild von seinen Besitzungen abhalten und, wenn dennoch erhebliche Wildschäden entstehen, so ist

11) Ebend. §. 73. — Ed. vom 11. Sept. 1811, §§. 33, 34. — Feldpol. Ordn. vom 1. Septbr. 1847, §. 17 (G.S. S. 379). Nur nach den Provinzial-Verordn. vom 1. Mai 1830 und vom 8. April 1806, §§. 6, 7, 11, und nach A. L.R. I, 22, §. 185 bei Schonungen haftet der Hirte hauptsächlich. Pr. 1300, vom 20. Mai 1843.

12) A. L.R. I, 9, §. 189. Sachsenſp. B. II, Art. 40, §. 5. (3. A.) Auch von Hühnern müßte die Ausnahme gelten; denn diese richten in Gärten und Feldern großen Schaden an und sind nicht einzufangen, verdienen mithin ebensowenig Schutz wie Tauben, die dem Thierfange preisgegeben sind. A. L.R. I, 9, §. 111.

13) Dieses ist der Fall in den Provinzen Preußen, Pommern und Brandenburg. §§. 3, 4, 7, 10, 11 der Note 11 gedachten Verordnungen. M. Aufsatz: über die actio de pastu pecoris nach Pr. R.; in der Jur. Zeitschr. 1832, Sp. 1116 flg.

14) Vergl. Feldpol.Ordn. vom 1. Sept. 1847, §. 11.

15) Schon durch die Peinl. G.O. Art. 136.

16) Diese Satzung ist durchaus positiv; sie hat keinen Rechtsgrund.

17) A. L.R. I, 6, §§. 70—72, 75.

der Landrath, auf Antrag der beschädigten Grundbesitzer, befugt, den erforderlichen Abschuß des Wildes zu veranlassen'[18]).

d) Eingriffe in gewerbliche Exclusivberechtigungen.

§. 737.

α) Das Allgemeine.

Jedes besondere Vermögensrecht ist ausschließlich und der Rechtsschutz muß sich auf alles erstrecken, was einer Person besonders angehört. Daraus folgt die rechtliche Abwehr gegen Eingriffe in besondere Gewerbsberechtigungen, und die Verbindlichkeit des unbefugt Eingreifenden zum Ersatze der durch die unbefugte Anmaßung dem Berechtigten entstehenden Nachtheile. Ein solcher unerlaubter Eingriff in Gewerbe oder Handel, zu welchen nur gewisse Personen berechtigt sind, hat eine öffentliche Strafe zur Folge und begründet für den Verletzten die allgemeine Schädenklage auf Vergütung des zugefügten Schadens und entgangenen Gewinnes[1]).

§. 738.

β) Büchernachdruck und Kunstnachbildung.

A. L.R. I, 11, §§. 1034 – 1836. — C.O. vom 16. Aug. 1827 (G.S. S. 123). — V. vom 12. Februar 1833 (G.S. S. 26). — Gesetz vom 11. Juni 1837, zum Schutze des Eigenthums an Werken der Wissenschaft und Kunst gegen Nachdruck und Nachbildung (G.S. S. 165). — Instruction des königl. Staatsministeriums vom 15. Mai 1838, zur Bildung der im Gesetze vom 11. Juni 1837 erwähnten Vereine von Sachverständigen (G.S. S. 277). — V., betr. den Schutz gegen den Nachdruck für die vor Publication des Ges. vom 11. Juni 1837 erschienenen Werke, vom 5. Juli 1844 (G.S. S. 261). — Bundesbeschlüsse vom 6. Septbr. 1832, vom 2. April 1835, vom 9. Novbr. 1837 (G.S. 1837, S. 161). — Patent über die Publ. des Bundestagsbeschlusses vom 22. April 1841 wegen des den Verfassern musikalischer Compositionen und dramatischer Werke zu gewährenden Schutzes, vom 6. November 1841 (G.S. S. 385). — Publicationspatent über den Beschluß der deutschen Bundesversammlung vom 19. Jan. 1845, wegen Erweiterung des Schutzes für Werke der Literatur und Kunst gegen Nachdruck und mechanische Vervielfältigung. Vom 16. Jan. 1846 (G.S. S. 149). — Gesetz, betr. die Abänderung einiger Bestimmungen des Gesetzes vom 11. Juni 1837, über den Schutz des Eigenthums an Werken der Wissenschaft und Kunst gegen Nachdruck und Nachbildung, vom 20. Februar 1854 (G.S. S. 93). — Publicationspatent über den Beschluß der deutschen Bundesversammlung vom 6. November 1856 zur Erweiterung der Bestimmungen der Bundesbeschlüsse vom 9. November 1837 und

18) Jagdpol.Ges. vom 7. März 1850, §§. 21, 23 – 25 (G.S. S. 165). Ueber die Ansichten nach G. R. s. Recht der Ford. §. 398, II.

1) Nicht der Eigennutz des Anmaßers, sondern die unerlaubte Beschädigung des andern ist der Rechtsgrund der Strafe und der Obligation.

19. Juni 1845 wegen gleichförmiger Grundsätze zum Schutze des schriftstellerischen und künstlerischen Eigenthums gegen Nachdruck und unbefugte Nachbildung, vom 26. Januar 1857 (G.S. S. 93). — Publicationspatent über den Beschluß der deutschen Bundesversammlung vom 12. März 1857 zur Erweiterung der Bestimmungen des Bundesbeschlusses vom 22. April 1841 zum Schutze der inländischen Verfasser dramatischer und musikalischer Werke gegen unbefugte Aufführung und Darstellung derselben, vom 4. Mai 1857 (GS. S. 426). — Bundesacte Art. 18. — Hitzig, über das königl. preuß. Edict vom 11. Juni 1837 ꝛc. Berlin 1838. — Froriep, Schutz vor Nachbildung der Kunstwerke. Nach dem königl. preuß. Edict vom 11. Juni 1837. Berlin 1838. — Die Preßzeitung, von Hitzig. — Aus der gemeinrechtlichen Literatur: Klüber, Uebersicht der diplomatischen Verhandlungen des Wiener Congresses, S. 153, 249, 251, 261, 562. — Commissionsbericht und Entwurf zu einer Verordnung, vom 11. Februar 1819. — Klüber, Acten des Wiener Congresses, Bd. IV, S. 21 flg. — Pütter, Abhandl. vom Büchernachdruck. Göttingen 1774. — Griesinger, der Büchernachdruck aus dem Gesichtspunkte des Rechts und der Moral. Stuttgart 1822. — Neustetel, der Büchernachdruck nach römischem Rechte. Heidelberg 1824.

Nachdruck und Nachbildung ist Anmaßung eines fremden Verlagsrechts (§. 407, Bd. I, S. 700), mithin eine rechtswidrige Beschädigung eines andern an seinem Vermögen, wobei Mangel der Absicht der eigenen Bereicherung (Eigennutz) nichts ändert, weil die Beschädigung an sich das Unerlaubte ist[2]). Es hat lange Zeit und viel Kampf gekostet, ehe man das Verlagsrecht für ein besonderes Vermögensrecht hat anerkennen und schützen wollen, und selbst noch die neuere Gesetzgebung huldigt wesentlich dem Communismus, indem sie das Verlagsrecht nicht für ein absolut vererbliches Recht wie jedes andere Vermögensrecht, sondern für ein Privilegium auf eine Anzahl Jahre, nach deren Ablauf das Recht wieder als Gemeingut in das Freie fällt, erklärt (§. 690, IV). Auch der Nachdruck zieht eine öffentliche Strafe nach sich und gibt dem Berechtigten eine Entschädigungsforderung[3]). I. Der Nachdruck ist schon mit dem Abdrucke und beziehlich der Abbildung vollendet; auf die Verbreitung (den Vertrieb) der Abdrücke und Nachbildungen kommt nichts an[4]). Außer dem Abdrucke von ganzen Büchern, Karten, Zeichnungen ꝛc.

2) Man streitet darüber. S. Gutachten des Obertribunals vom 13. Febr. 1844, Beilage zum Justizministerialblatt von 1844, Nr. 16. — Die Behauptung, daß nur der Nachdruck aus Eigennutz unerlaubt sei, ist just so verständig wie die, daß der Diebstahl in der Absicht, die gestohlenen Sachen zu verschenken, erlaubt sei.

3) Ges. vom 11. Juni 1837, §§. 10, 15. S. unten Note 10. (3. A.) Der Einwand des Druckers und Verlegers, wie er nicht gewußt, daß das ihm von dem angeblichen Autor zum Verlage überlassene Werk einen Nachdruck enthalte, befreit nicht von der Entschädigung. Pr. des Obertrib. 2453, vom 29. Juni 1853.

4) Ges. vom 11. Juni 1837, §§. 2 u. 14. — Ob die beabsichtigte Zahl der Abdrücke ganz oder erst zum Theil vollendet ist, gilt gleichviel.

ist noch Nachdruck: 1) der Abdruck von Manuscripten aller Art ohne Genehmigung des Verfassers oder dessen Rechtsnachfolgers; 2) der Abdruck von nachgeschriebenen Predigten und mündlichen Lehrvorträgen ohne Genehmigung des Autors[5]); 3) der theil- oder stellenweise Abdruck in Sammelwerken, Ergänzungen und dergl., ausgenommen: a) die wörtliche Wiederholung einzelner Stellen eines gedruckten Werkes als Beweise oder als Gegenstände der Kritik; b) die wörtliche Aufnahme einzelner Aufsätze, Gedichte ꝛc. in kritische und literar-historische Werke, und in Sammlungen zum Schulgebrauche[6]); 4) die Herausgabe von Uebersetzungen bereits gedruckter Werke: a) wenn ein in einer todten Sprache erschienenes Werk ohne Genehmigung des Verfassers deutsch übersetzt herausgegeben wird; b) wenn der Verfasser sein Buch gleichzeitig in verschiedenen lebenden Sprachen herausgegeben hat und in einer dieser Sprachen eine neue Uebersetzung ohne seine Genehmigung veranstaltet wird[7]). II. Die Forderung geht: 1) auf vollständige Schadloshaltung nach Ermessen des Richters, welches, wenn von dem Verletzten nicht ein größerer Schade nachgewiesen worden ist, bei vorher schon herausgegebenen Werken zwischen dem Verkaufswerthe von 50 bis 1000 Exemplaren der rechtmäßigen Ausgabe sich bewegen darf, und bei ungedruckten Werken durch Schätzung von Sachverständigen bestimmt wird; 2) auf Ueberlassung der confiscirten nachgedruckten Exemplare auf Abrechnung seiner Schädenforderung, oder, wenn er sie nicht nehmen mag, auf Vernichtung[8]). Für diese Entschädigungsklage ist ein ganz besonderes Verfahren vorgeschrieben[9]), sie ist mit dem Strafverfahren verbunden. Daher befreit die von dem Strafrichter erfolgte Freisprechung von der Anschuldigung unerlaubten Nachdrucks oder unerlaubter Vervielfältigung, wenn sie deshalb erfolgt ist, weil der objective Thatbestand des Vergehens nicht feststeht, den Angeschuldigten auch von dem Entschädigungsanspruche, und der Civilrichter ist nicht befugt, diese als rechtskräftig entschieden zu betrachtende Frage vor sein Forum zu ziehen[10]). III. Der Unternehmer

5) Ebend. §. 3. Aber nicht anderer öffentlicher Reden.

6) Ebend. §§. 1 u. 4. — Aber nicht der stellenweise Abdruck in Sammelwerken, welche bezwecken, den Gebrauch der Originalwerke zu ersetzen.

7) Ebend. §. 4, Nr. 3.

8) Ebend. §§. 11 u. 12. Bundesbeschluß vom 19. Januar 1845, Nr. 5 (G.S. 1846, S. 150).

9) Ges. vom 11. Juni 1837, §§. 15—17.

10) Aus dem Grunde, weil der Denunciant gewissermaßen als Civilpartei an dem Verfahren Theil nimmt, ist dieser von dem Obertribunal in dem Nichtigkeitsurtel vom 11. September 1846 (Entsch. Bd. XIII, S. 134) ausgesprochene und in dem Plenarbeschl. vom 15. December 1856 gutgeheißene Satz wohl zu rechtfer-

des Nachdrucks und wer das nachgedruckte Werk zum Verkauf hält, haftet solidarisch[11]).

§. 739.

e) Unerlaubte Selbsthilfe.

Die unerlaubte Selbsthilfe (§. 206, Bd. I, S. 381) begründet für den Angegriffenen eine Forderung auf Entschädigung, doch unter der Voraussetzung, daß ihm durch die Selbsthilfe materiell ein Unrecht zugefügt worden ist; denn hat der Selbsthelfer nur das genommen, was ihm die richterliche Hilfe hätte verschaffen müssen, so ist dem andern nichts zu ersetzen.

§. 740.

2. Forderungen aus Verletzungen im Verkehr.

I. *Betrug* oder *Dolus* heißt im allgemeinen die mit Bewußtsein unternommene Verletzung einer obligatorischen Pflicht, dann der Vorsatz bei einer Beschädigung, im eigentlichen Sinne aber die arglistige Erregung eines Irrthums bei einem andern, in der Absicht, ihm mittelst desselben zu schaden (fraus). Nur der Betrug in diesem Sinne (§. 105) erzeugt ein selbständiges Klagrecht auf Schadloshaltung. Sowohl diese Klage (actio doli) als die aus der Anwendung von Furcht und Zwang (§. 104) entspringende Entschädigungsforderung (actio quod metus causa) werden nach den von der allgemeinen Schädenklage (§. 735) geltenden Grundsätzen beurtheilt. Mit dieser Klage kann auch dasjenige vom Fiscus zurückgefordert werden, was dessen Verwaltungsbehörden durch Anwendung des ihnen beigelegten Executionsrechts ohne rechtlichen Grund abgenöthigt haben, woraus folgt, daß der Fiscus auch Zinsen nach dem höchsten erlaubten Satze, vom Tage des Empfanges an, zahlen muß*).

II. In Verbindung mit der Empfehlung zum Creditgeben ist die letztere maßgebend für den Inhalt der durch den Dolus erzeugten Verbindlichkeit. Diese erstreckt sich auf soweit, als der Creditgebende aus der Empfehlung oder aus der die Empfehlung bezweckenden Simulation einen Beweggrund, sich mit dem Schuldner einzulassen, vernünftigerweise hat entnehmen können und hat die Natur

tigen; aber das vorgeführte Beispiel von der Untersuchung wegen Ueberschreitung der Nothwehr paßt nicht, weil ein Criminalurtel gegen einen, nicht als Partei zugezogenen Damnificaten nie rechtskräftig werden kann.

11) Ges. vom 11. Juni 1837, §. 13. Bundesbeschl. vom 19. Januar 1845, Nr. 4.

*) A. L.R. I, 16, §§. 207, 208; Ges. vom 7. Juli 1833, §. 2; Ges. vom 7. März 1845 (G.S. S. 158). — Plenarbeschl. des Obertrib. vom 20. Novbr. 1846 (Entsch. Bd. XIV, S. 12). Pr. 2258, vom 22. October 1850 (Entsch. XX, 539).

einer Bürgschaft in den Fällen: 1) wenn man dem Creditsuchenden wider besseres Wissen wahrheitswidrig bezeugt, daß er ein ehrlicher Mann und bei gutem Vermögen sei, oder aus grobem Versehen ein unrichtiges Zeugnis dieser Art in bestimmten Ausdrücken, z. B. daß derselbe ein schuldenfreies Grundstück besitze, gibt**); 2) wenn man in der Absicht, einem andern Credit zu verschaffen, mit ihm verstellte Verträge schließt oder andere simulirte Handlungen vollzieht***). III. Die betrügliche Verleitung eines andern zum Creditgeben macht den Betrüger für allen daraus dem Betrogenen entstandenen Schaden subsidiarisch verantwortlich†).

III. Forderungen aus Handlungen, welche zufällig bald die Person bald das Vermögen verletzen.

§. 741.

1. Verletzungen durch Staatsbeamte bei Ausübung ihres Amts.

Der Grund, warum ein Staatsbeamter wegen einer, außer dem Falle des Dolus, durch seine Amtshandlung aus Versehen zugefügten Verletzung nach R. R. nicht in Anspruch genommen werden konnte, weil nemlich kein obligatorisches Verhältnis zwischen dem Beamten und der verletzten Privatperson bestand oder durch Auftrag und Bestellung, wegen der Unzulässigkeit eines Vertrags über s. g. liberale Dienste, entstehen konnte, — dieser Grund fällt nach den heutigen Rechtsansichten weg und die beiden Hauptsätze des R. R., wovon der eine den Fall eines fahrlässigen Richters (judex, qui litem suam facit)[1]) betraf und die Grundlage der unter dem neuern Namen der actio syndicatus bekannten actio in factum war, der andere aber sich auf eine ungerechte obrigkeitliche Person bezog[2]), sind entbehrlich und im Pr. R. ohne Geltung. Dieses

**) A. L.R. I, 14, §§. 207, 209—211. — L. 7, §. 10; L. 8 D. de dolo malo (IV, 3).

***) A. L.R. a. a. O. §§. 210, 211; Anh. §. 47. Die subsidiarische Verpflichtung tritt auch in dem Falle ein, wenn ein Schuldschein mit dem simulirten Bekenntnisse des Empfangs der Valuta in der Absicht ausgestellt worden, daß der angebliche Gläubiger darauf erst Geld negociire und an den Aussteller abliefere, diese Ablieferung aber unterblieben ist, und der Cessionar daher mit seinem principalen Anspruche aus dem Schulddocumente und der Cession an den Aussteller, wegen Mangels der berichtigten Valuta, nicht hat durchdringen können. Pr. 1515, vom 6. November 1844.

†) A. L.R. a. a. O. §. 212. — Nach der Regel sollte der Betrüger als Correalschuldner haften.

1) L. 15, §. 1 D. de judiciis (V, 1); Pr. J. de obl. quae quasi ex del. (IV, 5).

2) Tit. D. quod quisque juris in alterum statuerit, ut ipse eodem jure utatur (II, 2).

wendet die allgemeine Regel von der Haftbarkeit für Versehen auch auf die Beamten an, denn sie sollen, als Sachverständige, die genaueste Aufmerksamkeit anwenden und jedes dabei begangene Versehen vertreten; nur bei Vormundschaftsverwaltungen ist in der Regel bloß für ein mäßiges Versehen einzustehen[3]). Es ist aber, um die rechtliche Natur des Forderungsrechtes und danach die Erfordernisse und Eigenschaften der Klage zu bestimmen, zwischen den Amtshandlungen zu unterscheiden. Die Verhältnisse, womit eine Verwaltung verbunden ist, z. E. die Vormundschaft, das Depositalwesen ꝛc., scheiden hier ganz aus: die daraus entstehenden Forderungen verändern ihre rechtliche Beschaffenheit dadurch nicht, daß gewisse Personen vom Staate dazu angestellt sind, diese Verhältnisse mit Privatpersonen einzugehen. Die übrigen Amtshandlungen fallen nach der Veranlassung in zwei Classen: in solche, wobei der Verletzte Auftrag oder Bestellung gegeben hat, und in solche, wobei das nicht der Fall ist. Die Handlungen der erstern Art beruhen auf einem vertragsmäßigen Verhältnisse und die daraus entspringenden Forderungen der Parteien müssen folgerecht nach den Grundsätzen von miethsähnlichen Innominatcontracten beurtheilt werden[4]); auf die andern Handlungen hingegen und die dadurch verursachten Rechtsverletzungen finden die Grundsätze der actio in factum (Syndicatsklage) und die kurze Verjährung Anwendung[5]). Die Syndicatsklage gegen einen Richter, der ein rechtswidriges Urtel fällt, ist nach den Grundsätzen des Preußischen Rechts nicht unstatthaft, auch wird sie, wie nach R. R., nur durch bösen Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit, nicht aber durch ein bloßes Versehen begründet[6]). In allen Fällen ist die Entschädigungsverbindlichkeit eines Beamten subsidiarisch, dergestalt daß die Vertretung nur alsdann stattfindet,

3) A. L.R. II, 10, §§. 88, 89; II, 18, §§. 301, 464, 465, 474, 514.

4) S. oben §. 708, II, und die Note 8 das. — Die gewöhnlichen Vorstellungen der preuß. Rechtsgelehrten über das Verhältnis der Beamten zu Privatpersonen, mit welchen sie im Amte zu thun haben, sind schwierig und unbestimmt. Auch hierin bewährt es sich, daß die Gesetze wissenschaftliche Producte der Verfasser sind.

5) S. Note 8 zu §. 708. Eine und dieselbe Handlung kann nach den verschiedenen Seiten verschiedenartige Forderungen hervorbringen, z. E. die Amtshandlung eines Executors: die Executionsvollstreckung ist in Beziehung auf den Ansucher Vollziehung eines Auftrags, und in Beziehung auf den Exequendus eine Handlung außerhalb dem Falle eines Vertrags. A. L.R. I, 6, §. 54. Dieses Parteienverhältnis wird in der pr. Rechtsverfassung durch den Mittelsmann (den Richter) verdunkelt, aber nicht umgewandelt; in der rheinischen (franz.) Verfassung ist es unmittelbar anzuschauen.

6) Pr. des Obertrib. 443, vom 6. März 1838 (Entsch. Bd. III, S. 251 flg.), vergl. mit m. Beurtheilung der ersten zehn Bände der Entscheidungen ꝛc. S. 184. — A.G.O. Th. III, Tit. 1, §§. 12, 13, 22, 23.

wenn kein anderes gesetzliches Mittel, den Folgen des Versehens abzuhelfen, mehr übrig ist, selbst wenn sich der Beamte eines groben Versehens (culpa lata) schuldig gemacht hat[7]). Eine Klage auf vorläufige Feststellung der Vertretungsverbindlichkeit eines Beamten, bevor die übrigen Mittel zur Befriedigung des Beschädigten angewendet worden sind und der Betrag des Schadens feststeht, findet nicht statt, auch ist die Uebergehung des Hauptschuldners, wenn er nicht mehr im Inlande belangt werden kann, wie bei Bürgschaften, nicht zulässig[8]). Die Klage gegen einen Beamten wegen Ueberschreitung seiner Amtsbefugnisse ist jedoch in ihrer Begründung der Beurtheilung der Gerichte entzogen; denn über die Frage: ob eine Ueberschreitung stattgefunden habe, soll die Dienstbehörde Conflict (nicht Competenzconflict) erheben dürfen und alsdann soll der Competenzgerichtshof über die Vorfrage: ob eine Ueberschreitung stattgefunden habe und also der Rechtsweg zulässig sei, entscheiden[9]).

§. 742.

2. Actio de effusis et dejectis.

Die Verbindlichkeit zum Ersatze des durch Ausgießen, Auswerfen oder Herabfallen von ausgestellten oder angehängten Sachen aus einem Hause verursachten Schadens, welche den Hauswirthen aufgelegt ist, wenn sie den Urheber nicht nachweisen können (§. 574, Nr. 5), ist eine Anwendung der actio de effusis et dejectis, mit der Abänderung, daß der Wirth durch den gedachten Nachweis befreit wird, — eine Abänderung, die für die Anwendung sehr unbequem ist. Die Ausführung, die man sich wohl schwerlich vorgestellt hat bei dieser ausgedachten Verbesserung, stellt sich schwierig; denn wenn der belangte Wirth den Thäter auch nominirt, so kann er doch wohl unmöglich ausscheiden, weil er sonst nicht den Nachweis würde führen können, wozu man im Processe Partei sein muß; und der Nominirte kann wieder in diesen schon vorgeschrittenen Proceß nicht füglich als Partei hineingebracht werden, man müßte ihn denn als Adcitaten zuziehen, wobei jedoch wieder die Abnormität vorkäme, daß beide Parteien als dessen Gegner auftreten, ohne aufzuhören, unter sich Gegner zu sein, indem der Kläger ein Interesse dabei haben kann, daß dem Wirthe der Nachweis mislingt.

7) A. L.R. II, 10, §§. 89, 91. Pr. des Obertrib. 8, ohne Datum. Die Versäumung der vorhanden gewesenen Mittel befreit von der Verbindlichkeit.
8) Pr. 504, v. 13. Aug. 1838 u. Pr. 1381, v. 27. Nov. 1843.
9) (3. A.) Gesetz v. 13. Februar 1854, §. 3 (G.S. S. 86). Das auf Zulässigkeit des Rechtsweges ausfallende Urtheil präjudicirt nicht.

Viertes Buch.

Familienrecht.

A. L.R. II, 1—5 und 18. — L. C. W. Schmidt, das Preuß. Familienrecht, nach dem A. L.R., mit Rücksicht auf das gemeine und deutsche Recht, dogmatisch-kritisch dargestellt. Leipzig 1843. — Paulsen, de antiqui populorum juris hereditarii nexu cum eorum statu civili speciatim juris Scandinavici germanici. Havniae 1822. — Klenze, das Familienrecht der Cognaten und Affinen. Berlin 1822.

§. 743.

Begriff und Inhalt.

1. Familie heißt im allgemeinen der Inbegriff aller durch Blutsverwandtschaft und durch Ehe miteinander verbundenen Personen. In diesem ausgedehnten Sinne genommen hat die rechtliche Bedeutung der Familienverbindung, in Folge der Entwickelung der heutigen Staatsgewalt, so gut wie ganz aufgehört. In engerer Bedeutung versteht man unter Familie den Inbegriff derjenigen, natürlich durch Blutsverwandtschaft oder juristisch durch Vertrag, miteinander verbundenen Personen, welche unter der Gewalt des Hausvaters vereinigt leben, d. h. einen Hausstand bilden. Diese Personen unter dem Hausvater sind seine Ehefrau, die Kinder und das Hausgesinde. Daraus ergeben sich drei Verhältnisse des Familienrechts: die ehelichen Verhältnisse, die Verhältnisse zwischen Eltern und Kindern, und das Gesindeverhältnis, wovon die beiden ersten natürliche Verhältnisse sind, das dritte aber künstlich nachgebildet ist. Ein viertes, ebenfalls künstlich der väterlichen Gewalt nachgebildetes Verhältnis, die Vormundschaft, gehört nur noch in manchen untergeordneten Beziehungen zum Familienrecht, indem sie, zufolge der Idee einer Obervormundschaft des Staats, wesentlich der Familie entzogen und dem Staatsrechte einverleibt ist, so daß sie heutzutage als eine von Staats wegen aufgetragene Verwaltung fremder Geschäfte, gleich einem Communalamte, sich darstellt. Wegen

der noch vorhandenen Beziehungen zur Familie gehört sie aber gewissermaßen dem Familien- und dem Staatsrechte zugleich an, und deshalb wird sie in einem Systeme des Privatrechts angemessen dem Familienrechte angehängt. II. Auch die dem Hausvater zustehende Gewalt ist in Folge jener Idee im heutigen Rechte durch die aufsehende Obervormundschaft des Staats nicht bloß überhaupt sehr eingeschränkt, sondern auch in ihrem heutigen Umfange unter die Aufsicht der Obrigkeit gestellt[1]). III. Von großer Wichtigkeit ist die Beurkundung der Handlungen und Begebenheiten, wodurch die natürlichen Familienverhältnisse begründet und aufgelöst werden (Civilstandsregister). Die Einrichtung dazu ist in Preußen, mit Ausnahme der Rheinlande, noch sehr mangelhaft. Für die katholischen und evangelischen Glaubensverwandten ist die Führung dieser Register den Pfarrern übertragen, für andere Einwohner[2]) theils den evangelischen Pfarrern, theils den Gerichtsbehörden. Um bis dahin, daß anderweite allgemeine Einrichtungen getroffen sein können, die Uebelstände und Belästigungen zu beseitigen, welche für die Betheiligten aus der häufigen Entfernung des Sitzes des Gerichts entstehen, sind die Obergerichte ermächtigt, an Orten, wo sich das Bedürfnis herausstellt, die Ortspolizeibehörden oder Polizeibeamten mit der Aufnahme der Handlungen (Civilstandsacten) zu beauftragen[3]). Rücksichtlich der Genauigkeit und Zuverlässigkeit ist dabei überall viel zu wünschen, und zur authentischen Beseitigung der nicht selten vorfallenden Irrthümer, so wie zur Berichtigung der Unrichtigkeiten, ist kein bestimmtes Verfahren vorgeschrieben.

Erstes Capitel.

Eheliche Verhältnisse.

A. L.R. II, 1. — Altes Recht: Visitation und Consistorialordnung, v. 1573, Cap. Vom Ehestande, bis zum Cap. Vom Aufbieten und Hochzeiten ꝛc. (C. C. M. Tom. I, Abth. 1, S. 273; Rabe, Bd. I, Abth. 3, S. 591 flg.) — Constitution von Verlöbnis- und Ehesachen, v. 15. Decbr. 1694 (C. C. M. Tom. I, Abth. 2, S. 117; Rabe, XIII, S. 7). — Gitzler, Handbuch des gemeinen und Preuß. Kirchen- und Eherechts der Katholiken und Evangelischen. Abth. II. Eherecht. Breslau 1840. — v. Hartitzsch, Handbuch des in Deutschland geltenden Eherechts. Mit besonderer Angabe des Sächsischen und Preußischen Rechts. Leipzig 1828. — Schott, Einleitung in das Eherecht. Neue Ausg. Nürnberg 1802. — Hoffmann, Handbuch des deut-

1) A. L.R. II, 2, §§. 72, 87, 90, 112.
2) V. v. 30. März 1847 u. Ges. v. 23. Juli 1847.
3) Kön. Erlaß v. 29. April 1848 (G.S. S. 129).

schen Eherechts, nach den allgemeinen Grundsätzen des Rechts sowohl, als den besondern Landes-, Stadt- und Ortsrechten. Jena 1788. — Grupen, de uxore theotisca, oder Abhandlung von der deutschen Frau. Hannover 1748.

§. 744.
Einleitung.

Die Ehe ist eine dauernde ausschließliche Gemeinschaft aller Lebensverhältnisse zweier Personen verschiedenen Geschlechts [1]). Die Verfasser des A. L.R. geben zwar zwei Zwecke der Ehe an, nemlich als Hauptzweck die Erzeugung und Erziehung der Kinder, und als Nebenzweck wechselseitige Unterstützung, diesen in der Absicht, damit auch zeugungsunfähige Personen eine giltige Ehe möchten schließen können [2]); allein die Ehe hat außer sich keinen Zweck, sie selbst ist ihr Zweck und die Kinderzeugung und Erziehung, wie die wechselseitige Unterstützung, sind Folgen derselben (§. 452 a. E.). Weil durch die Ehe eine Familie gegründet wird, so interessirt dabei zugleich das Gemeinwesen, weshalb von jeher und überall die Schließung der Ehen mit einer gewissen Oeffentlichkeit und Feierlichkeit vollzogen wurde, bei den alten Deutschen vor der Volksgemeinde oder dem Gerichte (mallum, daher Vermählung, Gemahl) [3]), nach Annahme des Christenthums vor der Religionsgenossenschaft (kirchliche Trauung). Dadurch und durch die nach den Gebräuchen der Kirche eingeführte vorherige Bekanntmachung in der gottesdienstlichen Versammlung (Aufgebot, professio matrimonii in ecclesia) kamen die Ehesachen an die geistliche Gerichtsbarkeit, die Ehe, durch die christliche Religion unverändert in ihrem Begriffe aber fester und tiefer begründet, wurde eine Kirchensache und der weltlichen Gewalt entzogen, so daß die bürgerliche Giltigkeit der Ehe von der Anerkennung der Kirche abhing [4]), wiewohl man nicht jeder nach dem Kirchenrechte giltigen Ehe alle bürgerlichen Wirkungen beilegte [5]). Die durch den Einfluß der Kirche veranlaßte Lücke im bürgerlichen Rechtsstande hatte die Folge, daß die Nichtchristen für ihre Ehen kein Landrecht hat-

1) Im wesentlichen dasselbe besagt die Definition des R. R. §. 1 J. de pat. pot. (I, 9); L. 1 D. de ritu nupt. (XXIII, 2).

2) A. L.R. II, 1, §§. 1, 2. Man huldigte damit der damaligen Sitte, in den Lehrbüchern auch einen Zweck der Ehe anzugeben.

3) Grimm, deutsche Rechtsalterthümer, S. 433 lit. h. — Lex Sal. Tit. XLVI (Pact. XLVII), §. 1. Der deutsche Freibauer hat so gut eine „Gemahlin" wie sein Häuptling.

4) Glosse zum Sachsenspr. Bd. III, Art. 28, u. Schw.Sp. Art. 375 verweisen auf das canon. R.

5) L. Longob. I, 30, §. 2; II, 2, §. 1; II F. 29. — Eichhorn, deutsche Rechtsgeschichte, §. 351.

ten und sich ebenfalls nach ihren religiösen Meinungen und Grundsätzen richteten. Dieser Mangel erhielt durch die Kirchenspaltungen eine große Wichtigkeit, indem die zahlreichen Anhänger der Reformation den päbstlichen Satzungen keine Autorität zugestehen. Zwar die Augsburgischen Confessionsverwandten schufen durch ihre Kirchenordnungen ein eigenes Eherecht, allein sowohl für die verschiedenen christlichen Secten wie für Nichtchristen fehlte in dieser Beziehung ein bürgerliches Recht. Das war der Zustand, welchen die landrechtliche Gesetzgebung vorfand. Sie hatte die Wahl, entweder die Eingehung und Trennung der Ehe mit Stillschweigen zu übergehen, d. h. jede Religionspartei bei ihrem eigenen Kirchenrechte und beziehlich bei ihren Religionsgebräuchen zu belassen, und jede danach giltig geschlossene und geschiedene Ehe anzuerkennen, oder ein allgemeines bürgerliches Eherecht vorzuschreiben. Geschah das erste, so waren zwei Uebelstände die Folge: die Ehesachen blieben der weltlichen Gerichtsbarkeit entzogen, und die gemischten Ehen waren entweder gehindert oder veranlaßten Wirren und Verlegenheiten; geschah das andere, so verlor die Ehe ihre religiöse Bedeutung und damit ihre Heiligkeit, ohne welche die Ehe zu einer bloßen Geschlechtsgemeinschaft sinkt. Die Gesetzgebung hat einen principlosen Mittelweg genommen: hinsichtlich der Scheidung gilt bloß bürgerliches Recht; hinsichtlich der Eingehung ist zwar auch ein bürgerliches Recht vorgeschrieben, aber die Gesetzgebung und Verfassung ist hierbei unvollendet, denn bei der Eingehung einer Ehe muß die Kirche mitwirken und es fehlt die Einrichtung, wodurch es möglich ist, eine nach bürgerlichem Rechte zulässige Ehe zu vollziehen, wenn die Kirchengewalt ihre Mitwirkung versagt[6]). Die Vormundschaft des Mannes, unter welche die wahre Ehe, nach deutscher Ansicht, die Frau brachte[7]), ist im A. L.R. vorausgesetzt, mithin gegen den Grundsatz des R. R. wieder angenommen[8]). Auch die nach deutschem Rechte neben der wahren Ehe vorkommende lare Ehe, bei welcher nicht, wie bei jener, vor der Eingehung eine feierliche Verlobung (desponsatio) vorging[9]) und auch nicht alle civilrechtlichen Wirkungen der Ehe eintraten (Note 5), ist unter dem Namen der Ehe zur linken Hand[10]) beibehalten.

6) Daher die bekannten Schwierigkeiten, auf welche geschiedene Personen bei Eingehung einer neuen Ehe stoßen, selbst in der evangelischen Kirche.

7) L. Alemann. Tit. 54; L. Long. II, 10, c. 1; L. Burg. Addit. I, c. 13. — Sachs. Sp. III, 45. — Kraut, Vormundschaft, S. 171.

8) S. u. §. 749 u. o. §. 112, Note 10.

9) Du Chesne, Tom. II, p. 404. — Gaupp, Recht und Verfassung der Sachsen, S. 191. — Eichhorn, deutsche Rechtsgeschichte, §. 54.

10) A. L.R. II, 1, §§. 835—932. Diese ist das s. g. matrimonium ad morganaticam s. ad legem Salicam, das alte Concubinat. S. u. §. 764.

Erster Abschnitt.

Rechte oder wahre Ehe*).

I. Gründung der Ehe.

1. Erfordernisse.

§. 745.

a) Das Allgemeine.

Die Ehe ist ein von Staat und Kirche geheiligter Vertrag, aber kein obligatorischer. Im allgemeinen werden mithin die Erfordernisse zur Eingehung eines Vertrags vorausgesetzt; doch befähigt die Handlungsfähigkeit oder deren juristische Ergänzung allein noch nicht, eine bestimmte Ehe zu schließen. Die Gründe, aus welchen eine Ehe für unzulässig gehalten wird, heißen Ehehinderniſſe (impedimenta matrimonii). Sie sind entweder absolute (impedimenta dirimentia), wenn sie die Ehe ungiltig machen, oder relative (imp. impedientia), wenn sie nur den Handlungen, wodurch die Ehe gegründet wird, hinderlich sind, die wirklich geschlossene Ehe aber doch bestehen lassen. Das Pr. R. nähert sich hierin dem R. R., indem die impedimenta alle dirimentia sind, bis auf zwei, nemlich die Trauerzeit, welche ein impedimentum impediens ist[1]), und ein Fall des mangelnden väterlichen Consenses (§. 746, III); nur darin weicht es wieder vom R. R. ab, daß die impedimenta dirimentia in zwei Classen geschieden werden, wonach sie entweder imp. publica oder privata sind. Danach kann die Ehe nichtig, oder nur ungiltig sein. I. Die Nichtigkeit hat den Sinn, daß, wo dieselbe ausgesprochen ist, der Staatsanwalt von Amts wegen eine solche Ehe anfechten muß[2]). Die Klage des Staatsanwalts verjährt nicht, weil eine solche Ehe nur ein thatsächliches Verhältnis ist, welches zu allen Zeiten im Interesse des Gemeinwesens und der guten Sitten beseitigt werden kann. Aus diesem Verhältnisse entstehen keine Rechte und Pflichten unter den Parteien, doch aber gegen einen unwissenden Dritten[3]). Eine nichtige Ehe kann auch nicht convaleſciren, es kann allenfalls nach

*) A. L.R. II, 1, §§. 1—834, 933—1014. Diese Lehre ist von den Verfassern des A. L.R. sehr gut und folgerichtig bearbeitet.

1) Ebend. §§. 19—24, 1001.

2) Ebend. §§. 950, 951. V. vom 28. Juni 1844, §. 5 (G.S. S. 184).

3) A. L.R. a. a. O. §§. 952, 960, 961. Vergl. in Betreff der Kinder Tit. 2, §§. 50—57.

Beseitigung des Hindernisses nur eine Ehe von neuem geschlossen werden[4]). II. Ungiltig ist eine solche Ehe, in Beziehung auf welche nur eine bestimmte Person das Recht hat, dieselbe anzufechten; nur auf Antrag des Berechtigten soll sie für nichtig erklärt werden. Geschieht das, so ist die Ehe von Anfang an nichtig[5]). Wenn vorher das Hindernis gehoben wird, oder wenn die Ungiltigkeitserklärungsklage verjährt ist, so ist die Ehe von Anfang an giltig[6]). Die Klage verjährt binnen 6 Monaten, die jedoch nach Verschiedenheit der Fälle verschieden anfangen[7]); wenn aber der Ungiltigkeitsgrund Zwang, Betrug oder Irrthum ist, binnen sechs Wochen nach der Entdeckung[8]). III. In beiden Fällen soll eine öffentliche Geldstrafe von 10 bis 300 Thlr. oder verhältnismäßiges Gefängnis eintreten, und zwar bei einer nichtigen Ehe unbedingt, bei einer ungiltigen nur dann, wenn auf Ungiltigkeitserklärung geklagt wird oder noch geklagt werden kann, doch in den Fällen, wo die Ungiltigkeit sich im Mangel einer Einwilligung gründet, nur dann, wenn wirklich geklagt wird[9]).

§. 746.

b) Ehehindernisse.

I. Trennende Hindernisse und zwar Fälle der Nichtigkeit sind: 1) Blutsverwandtschaft und zwar a) in gerader Linie, b) in der Seitenlinie nur im zweiten Grade, d. h. zwischen Geschwistern, und zwar ohne Unterschied: ob die Verwandtschaft ehelich oder unehelich[1]); 2) Schwägerschaft in gerader Linie[2]), ebenfalls ohne

4) A. L.R. a. a. O. §§. 941, 945—947. Ist die ordentliche Folge jeder Nichtigkeit.

5) Ebend. §§. 973, 974. (3. A.) Die Vermuthung, daß die entsprossenen Kinder von dem Manne erzeugt sind, ist dann ausgeschlossen. Vergl. Pr. des Obertrib. 1232, v. 28. Novbr. 1842.

6) A. L.R. a. a. O. §§. 975, 976. In diesem Falle kommt auch den Kindern, welche in der Ehe geboren, aber nicht erzeugt worden sind, die Vermuthung der Zeugung durch den Ehemann zu Statten, nicht aber im Falle der Auflösung. Pr. 1232, vom 28. Novbr. 1842.

7) A. L.R. a. a. O. §§. 984, 986, 990, 994.

8) Ebend. §§. 941—944. Wenn auch die Eheleute getrennt von einander leben. Pr. des Obertrib. vom 8. Juli 1850 (Entsch. Bd. XX, S. 239).

9) A. L.R. a. a. O. §§. 1009—1012. Hierin ist durch das Str.G.B. nichts geändert.

1) §§. 3 und 4 das. Daß die uneheliche Verwandtschaft väterlicherseits durch Anerkenntnis seitens des Vaters festgestellt werde, läßt sich mit giltigem Grunde nicht bezweifeln. Schles. Arch. Bd. V, S. 185. — L. 17 C. de nupt. (V, 4); §§. 1, 2 J. eod. (I, 10); L. 17 pr. de ritu nupt. (XXIII, 2).

2) A. L.R. a. a. O. §§. 5 und 6. Die Bedeutung des §. 6 zeigt sich in den weitern Graden; für den ersten Grad hat diese Vorschrift schon wegen der verbotenen Bigamie keine Bedeutung.

Unterschied: ob das Verhältnis des einen frühern Ehegatten zu den Ascendenten oder Descendenten des andern auf einer ehelichen oder unehelichen Zeugung beruhet[3]). Eine Dispensation von diesen Verboten findet nicht statt[4]). In allen übrigen Fällen der Verwandtschaft ist die Ehe erlaubt, ohne Rücksicht auf ein kirchliches Verbot[5]). 3) Bestehende Ehe. Die zweite in der Regel nichtige Ehe ist jedoch in dem Falle ausnahmsweise nur ungiltig, wenn beide Theile über die Fortdauer der ersten Ehe in schuldloser Unwissenheit sind: in diesem Falle steht bloß dem ersten Ehegatten die Anfechtung der zweiten Ehe zu[6]). 4) Ehebruch, oder verdächtiger Umgang, oder Stiftung von Mishelligkeiten, wenn deswegen die Scheidung erkannt worden ist, und auch ohne Scheidung im Falle der Auflösung der Ehe durch den Tod des unschuldigen Ehegatten, wenn mit dem Ehebruche oder verdächtigen Umgange Nachstellungen nach dem Leben des Verstorbenen verbunden gewesen[7]). Hiervon ist Dispensation durch die Staatsbehörde möglich[8]). Das thatsächliche Zusammenleben solcher Personen, welche sich wegen dieses Verbots nicht heirathen dürfen, soll die Polizei hindern[9]). 5) Standesungleichheit ist nach neuem Rechte kein Ehehindernis mehr[10]); doch herrscht darüber Meinungsverschiedenheit[11]). 6)

3) V. vom 22. Decbr. 1843 (G.S. 1844, S. 47). Dadurch ist der §. 62 des Anh. zum A. L.R. aufgehoben. Quelle ist das can. Recht c. 3 X. de sponsal.; c. 1—6, 9, 10, 35, C. 27, qu. 2.

4) A. L.R. II, 1, §§. 10, 935, 947. — V. vom 22. Decbr. 1843.

5) A. L.R. a. a. O. §§. 7, 12; Anh. §. 63. Die zur Heirath einer Mannsperson mit ihrer Tante nach §. 8 d. T. erforderliche Dispensation haben die Consistorien zu ertheilen. R. vom 22. Februar 1846 (J. M. Bl. S. 99). Wer ertheilt sie bei Juden und freien Gemeinden? S. Note 8.

6) A. L.R. a. a. O. §§. 16, 936, 942—945. — §§. 6, 7 J. de nuptiis (I, 10).

7) A. L.R. a. a. O. §§. 25—29, 937. Suarez, Vorträge, in den Jahrb. Bd. XLI, S. 105. Nov. 134, c. 12.

8) Die Consistorien sind damit nach der C.O. vom 15. März 1803 (N. A. Bd. III, S. 24; Rabe, Bd. VII, S. 323), und R. v. 17. Decbr. 1811 und vom 19. März 1841 (J. M. Bl. 1841, S. 140) beauftragt, das gilt aber nur für Katholiken und Evangelische. Bei Juden, Christkatholiken und freien Gemeinden ist eine Behörde dafür nicht bestimmt. Die Polizeibehörde würde nach der rechtlichen Natur des Ehehindernisses (es ist nicht kirchlich) zuständig sein.

9) C.O. vom 4., und R. vom 27. October 1810 (v. Kamptz, Annal., Bd. XVIII, S. 785; Mathis, Bd. X, S. 1; Rabe, Bd. X, S. 440). — R. des Pol.M. vom 21. Novbr. 1821 (v. Kamptz, Annal., Bd. VI, S. 141); und vom 20. Juli 1840 (Min.Bl. der inn. V. 1840, S. 259); Circ. des J.M. vom 2. November 1838 (Jahrb. Bd. LII, S. 470).

10) Verf.Urkunde vom 31. Januar 1851, Art. 4.

11) (3. A.) Auch die Entscheidungen der Gerichte sind widersprechend ausgefallen. Das Obertribunal hat in zwei zu seiner letztendlichen Entscheidung gekommenen Fällen behauptet, daß die §§. 30—33 d. T., wonach Mannspersonen von Adel mit Weibspersonen aus dem Bauer- oder geringeren Bürgerstande keine Ehe zur rechten Hand schließen können, durch das Grundgesetz im Art. 4 der Verf.Ur-

Der active Militärstand. Officiere, auch solche, welche zur Disposition oder auf Wartegeld gestellt sind, müssen die Einwilligung des Regenten, und Unterofficiere und Soldaten die des Chefs oder Commandeurs von ihrem Regimente, Bataillon oder Corps haben[12]). Eine scheinbare ähnliche Bestimmung ist für die unmittelbaren Staatsbeamten gegeben, doch hängt bei ihnen nicht die Giltigkeit der Ehe von der Erlaubnis ab[13]). Ehemals auch Ungleichheit der Religion. Die Ehe zwischen Christen und Nichtchristen, wenn sie nicht nach den christlichen Kirchengebräuchen eingegangen war[14]), sollte nichtig sein. Dieses Ehehindernis fällt nach Art. 12. der V.U. weg[14a]). II. Fälle der Ungiltigkeit. 1) Die Ehe eines Mannes mit seiner Tante oder Großtante, welche an Jahren älter als der Mann ist, wenn dazu nicht die Erlaubnis des Staats nach-

---

kunde: „Alle Preußen sind vor dem Gesetze gleich. Standesvorrechte finden nicht statt" nicht außer Wirksamkeit gesetzt worden seien, weil der §. 30 kein Standesvorrecht, sondern eine Einschränkung des Adelsstandes enthalte. M. s. darüber die beiden Rechtsfälle in den Entsch. des Obertr. Bd. XXVI, S. 347 u. Bd. XXXIV, S. 177. Dagegen s. m. meine Anm. 35 zu §. 33 d. T.

12) A. L.R. a. a. O. §§. 34, 35, 938. — V. vom 1. September 1798 (N. C. C. Tom. X, S. 1701; Rabe, Bd. V, S. 192). — C.O. vom 29. November 1802 (Rabe, Bd. VII, S. 275). — Kriegsart. 29, von 1808. Die neuen Kriegsartikel von 1844 befassen sich nicht mehr mit der civilrechtlichen Bestimmung. Art. 51.

13) C.O. vom 18. Octbr. 1800; vom 17. Juli 1816 (G.S. 1816, S. 214); vom 3. September 1817 (G.S. S. 301). — Mil.Kirchenordn. vom 12. Februar 1832, §. 33. — Anh. z. A. L.R. §. 70.

14) So muß wohl die Bestimmung der §§. 36, 939 verstanden werden, so daß z. B. die Ehe zwischen Juden und Christen nicht an sich, sondern nur dann nichtig ist, wenn sie nach jüdischem Ritus geschlossen worden. Anders nach L. 6 C. de judaeis (I, 9), und c. 2 C. 28, qu. 1, in deren Sinn die Königsberger Gerichte auch in der Dr. Falkson'schen Ehesache die Vorschrift verstanden und angewendet haben. Der Dr. Falkson, ein Jude, hatte sich nemlich mit einer Christin zu Hull von einem Prediger in der Dreieinigkeitskirche nach den Formen des anglicanischen Ritus trauen lassen. Der Staatsanwalt zu Königsberg klagte gegen die Eheleute auf Nichtigkeit der Ehe, im Jahre 1847, und die Gerichte I. und II. Instanz erkannten nach dem Antrage. Die Eheleute revidirten. Inzwischen erschien die V.U. vom 5. November 1848 mit ihrem Art. 11. In Folge dessen nahm der Staatsanwalt die Klage zurück, das Fundament der Klage für erledigt anerkennend. Das Obertrib. setzte demgemäß die Erkk. I. und II. Instanz, so weit sie die Nichtigkeit der Ehe aussprachen, außer Kraft, verurtheilte aber die Eheleute in die Kosten der Revisionsinstanz. Danach hielt denn auch das Obertrib. den Klaggrund für richtig.

14a) (3. A.) Auch damit hat sich das Obertrib. in Widerspruch gesetzt. Die Frage: ob die Ehe zwischen Christen und Juden stattfinde oder nicht? berührt es gar nicht, sondern es hat eine solche Ehe für unstatthaft erklärt, weil „die Zulässigkeit der Ehe eines Christen mit einer Person verschiedenen Glaubens im §. 36 d. T. nicht von den individuellen religiösen Ansichten der letzteren, sondern davon abhängig gemacht ist, ob die Grundsätze der Religion dieses anderen Theils, ihrem objectiven Inhalte zufolge, denselben verhindern, sich den christlichen Ehegesetzen zu unterwerfen." Pr. 2586, vom 18. December 1854 (Entsch. Bd. XXIX, S. 364). Die Beweisführung für diesen sehr untergeordneten Satz ist sehr unklar. Darüber m. Anm. 39 zu §. 36 d. T.

gesucht und erlangt ist[15]). In Beziehung auf diesen Fall ist die Gesetzgebung inconsequent; denn wenn die Dispensation nicht gesucht oder erlangt worden ist, fehlt es an der Möglichkeit, die dennoch geschlossene Ehe anzufechten, da der Staat nur nichtige Ehen aufheben lassen kann und von den beiden Ehegatten und deren Verwandten keiner an seinem Rechte verletzt ist[16]). 2) Die Ehe mit einer an Kindesstatt angenommenen Person während der Dauer des Verhältnisses. Die Anfechtung der Ehe steht dem Kinde oder dessen Vormunde, dem erstern binnen 6 Monaten nach der Vollziehung, oder wenn es minorenn ist, nach der Volljährigkeit zu[17]). 3) Unfreiheit bei der Einwilligung in Folge von Zwang, Betrug, oder Irrthum in der Person oder in den gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften der Person. Die Anfechtung ist dem Verletzten binnen 6 Wochen nach gehobenem Zwange oder Entdeckung des Betruges oder Irrthumes gestattet; die Erben sollen diese Befugnis nicht haben, ausgenommen wenn keine Kinder vorhanden sind, und dann wird die noch übrige Zeit vom Todestage an verdoppelt[18]). 4) Mangelnde Einwilligung des Vaters[19]), oder der Mutter und der Vormundschaft, oder der Großeltern und der Vormundschaft, oder, wenn keine Ascendenten sind, der Vormundschaft allein. Wird der Consens ohne giltigen Grund versagt, so kann er durch das Gericht ergänzt werden. Gründe zur Versagung der Einwilligung sind überhaupt alle die Umstände, aus welchen eine unglückliche oder misvergnügte Ehe wahrscheinlich zu besorgen ist, besonders aber Mangel an dem nöthigen Auskommen; Verurtheilung des andern zu einer schimpflichen Criminalstrafe, Hang zur Verschwendung, zum Trunk, zur Liederlichkeit oder zu sonst einem groben Laster; früher schon einmal verschuldete Scheidung; epileptische oder ansteckende Krankheit und Schwindsucht; grobe wörtliche oder thätliche Beleidigung der Eltern und Großeltern seitens des andern Theils; Versuch des Kindes, die nicht erbetene oder die verweigerte Einwilligung durch heimliche Ehegelöbnisse, d. h. solche

15) A. L.R. a. a. O. §§. 8, 9, 948. Wer die Dispensation ertheilen soll, ist nur in Beziehung auf die evangelische Staatskirche bestimmt. S. oben Note 5 und 8.

16) Der Fall ist wohl nur uneigentlich zu den ungiltigen Ehen gerechnet; abgehandelt wird er in der Lehre von den nichtigen. A. L.R. a. a. O. §§. 948 und 968.

17) A. L.R. a. a. O. §§. 13, 969, 985—989.

18) Ebend. §§. 38—44, 971. — Vergl. L. 21, 22, 30 D. de ritu nupt. (XXIII, 2). Im §. 39 ist aus Versehen der Ausdruck „nichtig" gebraucht.

19) Nach G. R. entsteht hieraus, bei Kindern in väterlicher Gewalt, Nichtigkeit. Pr. 272, vom 16. Mai 1837 (Entsch. III, 1).

förmliche oder unförmliche Eheversprechen, welche ohne Zuziehung oder Genehmigung der Eltern und Großeltern eingegangen, aber deshalb doch nicht ungiltig oder rechtlich unwirksam sind[20]), oder durch Entführung, oder durch andere unerlaubte Mittel zu erzwingen[21]). Die ohne solche Einwilligung vollzogene Ehe kann nur von dem Vater in dem Falle, wenn der Sohn noch in seiner Gewalt oder die Tochter noch nicht 24 Jahr alt war, binnen 6 Monaten nach erhaltener Nachricht von der vollzogenen Ehe, von den übrigen aber nur wegen eines Vortheils des Bevormundeten angefochten werden[22]). 5) Mangel der Einwilligung des Vormundschaftsgerichts bei der Ehe Bevormundeter mit ihrem Vormunde oder dessen Kindern. Der zu bestellende neue Vormund kann die Ehe wegen Abneigung oder Nachtheil des Mündels und, wenn solches unterblieben, der gewesene Mündel selbst noch binnen 6 Monaten nach der Majorennität anfechten[23]). 6) Unmannbarkeit, welche angenommen wird, wenn der Mann noch nicht 18, und die Frau noch nicht 14 Jahre alt ist. Der Ehegatte, welchem das vorgeschriebene Alter fehlt, kann binnen 6 Monaten nach Zurücklegung desselben die Ehe anfechten[24]). 7) Die schuldlose Bigamie (Note 6). III. Die bloß hindernden Hindernisse sind: 1) Die Wartezeit nach Auflösung einer Ehe. Eine Witwe und eine geschiedene Ehefrau soll 9 Monate, oder bis zur Entbindung warten, ausgenommen wenn sie geständlich nach der Ehetrennung geschwängert worden, oder wenn die Scheidung wegen böslicher Verlassung geschehen ist. Nach Ablauf von 5 Manaten kann, wenn nachgewiesen wird, daß keine Schwangerschaft vorhanden, Dispensation,

---

20) Der Begriff ist streitig. Pr. 428, vom 13. März 1838 (Entscheid. Bd. III, S. 360).

21) A. L.R. a. a. O. §§. 59—67. — Boehmer, de necessar. parent. et curat. consensu in nupt. Halae 1740. — Ludwig, Diff. juris romani et germanici in connubial. consensu parentum. Halae 1721. — Hennig, über Rechte und Befugnisse der Eltern bei Verheirathungen ihrer Kinder. Wittenberg 1797. — Die heutige elterliche Einwilligung ist ein Ueberrest der altdeutschen Uebertragung des Mundiums über die Frau an den Mann. Grimm, Rechtsalterth., S. 448.

22) A. L.R. a. a. O. §§. 45—72, 972, 994—1000. Vergl. Pr. J. de nupt. (I, 10); L. 25, 19 D. de ritu nupt. (XXIII, 2), wonach die väterliche Einwilligung nur wegen der väterlichen Gewalt nöthig war. Jetzt hat der Consens eine andere Bedeutung. S. die vorige Note a. E. und die Note 19.

23) A. L.R. a. a. O. §§. 14, 968, 977—984. — L. 6 C. de interd. matrim. (V, 6); L. 66 D. de ritu nupt. (XXIII, 2); L. 28, §. 3 D. de liberis (XXVIII, 2).

24) A. L.R. a. a. O. §§. 37, 970, 990. Dieser Fall scheint, nach §§. 991, 992 a. a. O., mit dem vorigen verwechselt zu sein. — Dem R. R. liegt hierbei eine andere Ansicht zum Grunde. Pr. J. de nupt. (I, 10); L. 4 D. de ritu nupt. (XXIII, 2).

die von dem persönlichen Richter ertheilt wird, erfolgen. Ein Witwer soll 6 Wochen warten[25]). 2) Der Mangel der väterlichen Einwilligung bei einem nicht mehr in väterlicher Gewalt stehenden Sohne, und bei einer 24 Jahre alten Tochter, wenngleich sie schon verheirathet gewesen sind[26]).

§. 747.

2. Eheverlöbnisse.

A. L.R. II, 1, §§. 75—135. — J. H. Boehmer, Exercit. ad Pand., P. IV, exerc. 69. — Gregel, von Eheverlöbnissen. Würzburg 1801.

Ehegelöbnis (desponsatio) heißt die Verabredung einer künftigen Ehe[1]). I. Die wesentlichen Erfordernisse sind: 1) Die Voraussetzungen einer giltigen Ehe zur Zeit des Verlöbnisses; später erfolgende Dispensation von dem Ehehindernisse macht das Verlöbnis nicht giltig; Mangel der erforderlichen Consense auf der einen Seite macht das pactum nur claudicans[2]). Die bloß hindernden Ehehindernisse (§. 746, III) machen das Ehegelöbnis nicht ungiltig, weil die Voraussetzungen einer rechtsbeständigen Ehe genügen[3]). 2) Keiner der Verlobten darf bereits giltig verlobt sein[4]). II. Nach der Eingehung unterscheidet man förmliche und formlose wirksame Ehegelöbnisse. 1) Die förmlichen Ehegelöbnisse erfordern zu ihrer Rechtsgiltigkeit: a) Beurkundung durch ein Gericht, oder vor Notar und Zeugen, oder, wenn die Verlobten gemeine Landleute sind, vor dem vollständig besetzten Dorfgerichte, und zwar immer an dem Aufenthaltsorte der Braut[5]).

25) A. L.R. a. a. O. §§. 19—24, 1006, 1007; Anh. §. 64. — R. vom 10. Decbr. 1819 (Jahrb. Bd. XIX, S. 173). — Suarez, Vorträge, ebend. Bd. XLI, S. 104.

26) A. L.R. a. a. O. §§. 46, 997; C.O. vom 22. März 1844 (Jahrb. Bd. LXIII, S. 460). — Entsch. des Obertrib. Bd. III, S. 360. Die Folge der Verheirathung ohne Consens ist, daß der Vater das Kind, wenn er Grund zur Versagung des Consenses gehabt hat, bis auf die Hälfte des Pflichttheils enterben kann; und es findet keine Klage gegen den Vater, auf Ertheilung oder Supplirung des Consenses unter Vorbehalt dieser Enterbung oder mit dem Antrage: zu erkennen, daß es des Consenses zur Copulation nicht bedürfe, statt. Pr. 1632, vom 6. November 1845 (Entsch. XII, 299). Wenn also die Brautleute keinen Civilstandesbeamten finden, welcher ohne diesen Consens traut, so kann die Ehe nicht zu Stande kommen. Man hilft sich in solchen Fällen gewöhnlich mit Reisen ins Ausland.

1) A. L.R. a. a. O. §. 75. — L. 1 et 2 D. de sponsalibus (XXIII, 1).

2) A. L.R. a. a. O. §§. 76—79. — L. 7, §. 1 D. de sponsal.

3) Dieses hat Suarez bei seiner Bemerkung zum §. 76 in seinen Vorträgen, Jahrb. Bd. XLI, S. 108, ad 2 nicht berücksichtigt.

4) A. L.R. a. a. O. §§. 80, 133, 134.

5) Ebend. §§. 82—84, 86. — Schrift war schon nach dem Ed. v. 8. Februar 1770 erforderlich. Nach G. R. genügt die mündliche Abrede. Entsch. des Obertrib. Bd. II, S. 368.

b) Persönliche Gegenwart. Nur der Bräutigam, welcher sich nicht an dem Aufenthaltsorte der Braut befindet, kann sich durch einen gerichtlich bestellten Bevollmächtigten vertreten lassen[6]). c) Die Braut muß, wenngleich sie selbständig ist, doch einen von ihr selbst gewählten männlichen Beistand haben[7]). 2) Formlose Ehegelöbnisse wurden nach älterem Rechte auf zweierlei Weise rechtlich wirksam: a) wenn in Folge mündlicher Verlobung mit beider Theile Bewilligung das Aufgebot, wenn auch nur zum erstenmale, erfolgt ist, vorausgesetzt daß die Erfordernisse (I.) vorhanden sind[8]); b) wenn nach gegebenem Eheversprechen der Versprechende die Frauensperson, wenngleich zum wiederholtenmale, schwängerte und ein lebendiges Kind geboren wurde, wobei sich gleichfalls verstand, daß solche Mängel, welche selbst ein förmliches Verlöbnis unwirksam machen, durch die Schwängerung nicht gehoben wurden; der Beischlaf ohne Schwängerung ersetzte die Form gar nicht[9]), auch wirkte dieses Verlöbnis nur eine einseitige Verbindlichkeit des Mannes zum Vortheil des Weibes. Waren trennende Ehehindernisse vorhanden, welche die Geschwächte nicht gekannt hatte, so fand zwar keine Klage auf Vollziehung der Ehe, wohl aber auf die Ehescheidungsstrafe zur Abfindung statt[10]). War kein lebendiges Kind zur Welt gekommen oder war dasselbe binnen 24 Stunden nach der Geburt verstorben, oder hatte die Geschwächte die trennenden Hindernisse gekannt, so wie, wenn gar kein ausdrückliches Versprechen gegeben worden war, in welchem Falle die Hingebung von Seiten eines bisher ehrbaren ledigen Weibes auf das

6) A. L.R. a. a. O. §§. 85—87. Es ist nicht consequent, daß, wenn der Vertrag notariell aufgenommen werden kann, doch eine notarielle Vollmacht nicht genügen soll. Das hätte ebenfalls durch das Gesetz über die Form einiger Rechtsgeschäfte, vom 11. Juli 1845, geändert werden mögen.

7) A. L.R. a. a. O. §§. 88, 91. Eines Beistandes bedarf es nicht bei solchen Eheverträgen, die nicht ein Ehegelöbnis enthalten, sondern selbiges als schon bestehend voraussetzen und nur Vermögensbestimmungen betreffen. Pr. 1021, vom 21. Juni 1841.

8) A. L.R. a. a. O. §. 92; Anh. §. 67, aus einer Entsch. der Gesetzcommiss. vom 29. September 1795 (Rabe, Bd. III, S. 109).

9) A. L.R. a. a. O. §§. 93, 94, 1035—1047, 1062, 1063. — Entsch. des Obertrib. Bd. X, S. 382. Vergl. Bd. IV, S. 103, und Simon, Rechtssprüche, Bd. I, S. 422. — Die Wissenschaft der Geschwächten, daß der Schwängerer, welcher großjährig war und nicht mehr unter väterlicher Gewalt stand, zur Eingehung der Ehe des väterlichen Consenses bedurfte, schloß den Anspruch der Geschwächten auf Ehevollziehung, Ausstattung und sonst nach §§. 1048—1052 d. T. nicht aus. Pr. 1536, vom 21. Februar 1845. Denn in diesem Falle war der Mangel dieses Consenses nur ein hinderndes, kein trennendes Ehehindernis. S. oben §. 746, III, 2.

10) A. L.R. a. a. O. §§. 1041—1059. Vergl. die vorhergehende Note.

Begehren des Mannes[11]), ohne einen schändlichen Zweck, z. E. des Erwerbes, ein stillschweigendes Ehegelöbnis enthielt: so wirkte die Uebereinkunft doch die Verbindlichkeit des Mannes, entweder die Frauensperson mit Beseitigung der etwa in seiner Person vorhandenen Hindernisse zu heirathen, oder ihr eine Abfindung zu geben[12]), wenn sie sich nach der Schwängerung nicht so betragen hatte, daß eine Scheidung gegen sie begründet gewesen sein würde, wenn dieser Mann mit ihr verheirathet gewesen wäre[12a]). Diese zweite formlose Verlöbnisart (b) ist ganz abgeschafft[12b]). III. Aus einem solchergestalt (1. u. 2. a) zu Stande gekommenen Ehegelöbnisse kann, mit der eben gedachten Ausnahme der alternativen Verbindlichkeit, auf Vollziehung der Ehe geklagt werden[13]), und zwar, wenn keine Zeit bestimmt ist, sogleich nach fruchtloser Aufforderung. Die Klage verjährt binnen einem Jahre nach der letzten fruchtlos gebliebenen Aufforderung; die Aufforderung aber muß geschehen binnen einem Jahre nach der bestimmten Zeit, und wenn keine Zeit bestimmt ist, binnen zwei Jahren nach Abschluß des Ehegelöbnisses, d. h. die Verjährungsfrist ist ein Jahr nach der bestimmten Zeit oder, wenn eine Zeitbestimmung fehlt, zwei Jahre vom Tage der Eingehung; die Verjährung wird aber ausnahmsweise durch außergerichtliche Mahnung unterbrochen und es fängt von da eine neue einjährige Verjährung an[14]). Eine zweijährige Verjährung tritt auch bei dem formlosen, durch Aufgebot bekräftigten Verlöbnisse ein, sie fängt hier mit dem Tage des ersten Aufgebots an[15]). IV. Wirkung der Klage ist in der Regel nicht Zwang auf Vollziehung der Ehe, sondern die Folge für den, welcher auch auf die Verurtheilung das Verlöbnis ohne giltigen Grund nicht erfül-

11) War umgekehrt die Weibsperson der Verführer, so wurde eine unehrenhafte Absicht von ihrer Seite angenommen, welche ein rechtlich wirksames Pactum ausschloß. A. L.R. a. a. O. §§. 1064, 1028.

12) A. L.R. a. a. O. §§. 1060—1063. — Recht der Ford. §. 391, Nr. 5. S. unten §. 767, III. Vergl. die Note 9. Das A. L.R. I, 3, §. 37 hat die nun verschollene Ansicht von einer unerlaubten Handlung und muß deshalb, um nicht gegen den Grundsatz, daß aus gemeinschaftlichen unerlaubten Handlungen keine Ansprüche des einen an den andern entstehen (§. 36 das.), zu einer Ausnahme greifen.

12a) A. L.R. §. 1079 d. T. — Vergl. Ges. vom 24. April 1854, §. 4, Nr. 1.

12b) (3. A.) Gesetz vom 24. April 1854 (G.S. S. 193).

13) A. L.R. a. a. O. §§. 82, 99. Anders nach R. R. (Gellius, IV, 4) und nach c. 17, 22 X. de sponsalibus (IV, 1).

14) A. L.R. a. a. O. §§. 97, 128—130. Die Auslegung ist streitig.

15) (3. A.) Mit einem einmaligen Aufgebote ist nemlich das Verlöbnis rechtskräftig geworden (Anh. §. 67), folglich beginnt von da an die im §. 129 vorgeschriebene Verjährung.

len will, so wie für den, der durch sein Betragen dem andern rechtliche Ursache zum Rücktritte gibt, ist eine Privatstrafe, und wenn diese nicht bestimmt werden kann, eine öffentliche Strafe[16]). 1) Die Privatstrafe ist: a) Verlust der gemachten Geschenke und Zurückgabe der empfangenen; die Klage auf Zurückgabe verjährt in einem Jahre nach der Aufhebung des Verlöbnisses[17]); und überdies b) Zahlung des vierten Theils der ausgesetzten Mitgabe, oder des Gegenvermächtnisses, oder des Erbtheils, falls keine Conventionalstrafe festgesetzt ist. Für diese Abfindung haften die Eltern, welche in das Verlöbnis gewilligt haben und demnächst mit dem Rücktritte einverstanden sind, subsidiarisch. Diese Forderungsrechte (a und b) gehen nicht auf die Erben über, ausgenommen activ dann, wenn sie dem Erblasser schon rechtskräftig zugesprochen waren, und passiv dann, wenn der Erblasser auf die Klage wegen Vollziehung der Ehe sich schon schriftlich geweigert, oder mit einer andern Person wirklich verheirathet hatte[18]). 2) Ist keiner dieser Fälle zu Bestimmung der Abfindung vorhanden, so tritt verhältnismäßige Geld- oder Gefängnisstrafe ein[19]). V. Der einseitige Rücktritt (repudium) von dem förmlichen, oder dem durch Aufgebot giltig gewordenen Verlöbnis, ist aus folgenden Gründen zulässig: 1) wenn die Erfüllung des Verlöbnisses von einer aufschiebenden Bedingung abhängig gemacht oder auf eine ungewisse Zeit hinausgesetzt worden, und die Bedingung oder der Zeitpunkt noch nicht eingetroffen ist[20]); 2) wegen eines Ehescheidungsgrundes[21]); 3) wegen verdächtigen Umganges, geringer Thätlichkeiten, schimpflicher oder verächtlicher Begegnung[22]); 4) wegen erst nach der

16) A. L.R. a. a. O. §§. 112—120. Die Privatstrafe kann bei einem durch Aufgebot bekräftigten Verlöbnis nicht Anwendung finden, weshalb auf die öffentliche Strafe wegen zugefügter Kränkung, aus §. 119 d. T., nach Art der Injurienklage, zu klagen ist.

17) A. L.R. a. a. O. §§. 112, 132.

18) Ebend. §§. 124—127. — Die Bestimmung ist nicht folgerichtig. S. oben §. 192.

19) (3. A.) Oben, Anm. 16. Die Vorschrift ist nicht mehr ausführbar, weil ohne besondere Strafbestimmung keine Strafe erkannt werden kann. Eine willkürliche Strafe gibt es nicht mehr. Str.G.B. §. 2.

20) A. L.R. a. a. O. §§. 95, 96. — Ein solches unbestimmtes Verlöbnis wird angesehen, als ob die Einwilligung dazu gar nicht erfolgt wäre. C. un. §. 1 de spons. 6 (IV, 1).

21) (3. A.) A. L.R. a. a. O. §. 100. Auch ein schon bestehendes, dem anderen nicht bekanntes Ehegelöbnis ist ein solcher Grund, wenn gleich es nach Eingehung des zweiten Verlöbnisses wieder aufgelöst worden wäre. §. 134 ebend. Pr. des Obertrib. 180, vom 13. März 1837 (Entsch. Bd. II, S. 368). Vergl. C. un. pr. de sponsal. 6 (IV, 1).

22) A. L.R. a. a. O. §§. 100, 101. Beleidigung rechtfertigt den Rücktritt auch in dem Falle, wenn der Vater des einen Verlobten, welcher mit diesem ge-

Verlobung eingetretener oder bekannt gewordener Verurtheilung zu einer schimpflichen Criminalstrafe, Verschwendung, Trunksucht, Liederlichkeit oder sonst groben Lasters, und wegen schon einmal verschuldeter früher nicht bekannt gewesener Scheidung[23]); 5) wegen einer erst nach der Verlobung entdeckten ekelhaften, ansteckenden oder überhaupt unheilbaren Krankheit; 6) wegen einer vorher verheimlichten auffallenden Häßlichkeit des Körpers oder eines ekelhaften Gebrechens[24]); 7) wegen eines jeden Betrugs, wenn auch nur in Ansehung des Vermögens; wegen eines Irrthums in Ansehung des Vermögens aber nur dann, wenn es den künftigen Eheleuten an dem nöthigen Unterhalte fehlen würde[25]); 8) wegen solcher Veränderungen in der Person oder in den persönlichen und Vermögensumständen, welche den andern von dem Verlöbnis wahrscheinlich abgehalten haben würden, wenn er sie vorausgesehen hätte[26]); 9) wegen Religionsveränderung des andern, nicht wegen eigener; 10) wegen bei dem andern eingetretener Unmöglichkeit der Erfüllung der übernommenen Verbindlichkeit; 11) wegen gerechtfertigter Zurücknahme der Genehmigung seitens der Eltern, Großeltern oder Vormünder[27]). VI. Wird ein Verlöbnis mit beiderseitiger Bewilligung oder aus zufällig eintretenden Gründen getrennt, so kann jeder Theil das Gegebene zurückfordern; stirbt ein Theil, so kann der andere, nach seiner Wahl, das Empfangene behalten und das Gegebene überlassen, oder das letztere gegen Zurückgabe des Empfangenen wiederfordern[28]).

§. 748.

3. Vollziehung der Ehe.

Zur Gründung einer wahren Ehe ist ein vorheriges förmliches Verlöbnis nicht erforderlich[1]). Die Vollziehung (Consummation)

meinschaftlich von dem Verlöbnis zurücktritt, in der bezeichneten Art beleidigt worden. Pr. 1106, vom 25. Januar 1842.

23) A. L.R. a. a. O. §§. 102, 61, 62, 63.

24) (3. A.) Uebelriechender Athem, wenn er Ekel und Widerwillen erregt, gleichfalls. Erk. des Obertrib. vom 18. October 1844 (Schles. Archiv, Bd. VI, S. 500).

25) A. L.R. a. a. O. §§. 103—106. Auch die Vorspiegelung eines gewissen Amts gehört dazu.

26) Ebend. §. 107. — Quelle hiervon ist c. un. C. 29, qu. 1.

27) A. L.R. a. a. O. §§. 108—111. (3. A.) Minderjährigkeit ist keine causa repudii (§. 110 a. a. O.), weil die restitutio in integrum ex capite aetatis, durch welche nach G. R. geholfen werden kann, im preuß. Rechte nicht stattfindet.

28) A. L.R. a. a. O. §§. 122, 123. — (3. A.) Mutuus dissensus genügt zur Auflösung.

1) A. L.R. a. a. O. §. 81. Anders nach alten deutschen Ansichten. Gaupp,

der Ehe geschieht durch Erklärung der wechselseitigen Einwilligung[2]) in der vorgeschriebenen Form. Zur Form gehört die nicht wesentliche, wie eine peremtorische Citation wirkende[3]), öffentliche Ankündigung (Aufgebot) und die wesentlich nöthige Ehevollziehung. I. Das Aufgebot muß der Trauung vorhergehen und zwar bei Katholiken und den der evangelischen Staatskirche Angehörigen in beider Verlobten Religionsgemeinde, mit Benennung des Standes, der Vor- und Zunamen beider Theile und der Eltern der Braut, dreimal hintereinander, mit Zwischenräumen von je einer Woche, in der gottesdienstlichen Versammlung verlesen werden. Mit Dispensation der damit beauftragten Staatsbehörde, die nicht für alle Religionsparteien dieselbe ist[3a]), kann das Aufgebot auf ein zweimaliges, und mit ministerieller Genehmigung auf ein einmaliges gesetzt werden[4]). Wer zu keiner der an seinem Wohnorte befindlichen Religionsgesellschaften gehört, muß sich in der Pfarrkirche, wohin sein Wohnort eingepfarrt ist, aufbieten lassen[5]). Fremde, welche sich im Inlande mit einer Inländerin trauen lassen wollen, müssen, außer dem Aufgebote in dem Gotteshause der Braut, auch ein Attest der Ortsobrigkeit ihrer Heimat, daß es ihnen nach den dortigen Gesetzen erlaubt ist, eine giltige Ehe mit der namhaft zu machenden Ausländerin im Auslande zu schließen[6]), beibringen. Wer sich vom Auslande hier ansiedelt und noch kein Jahr im Lande aufgehalten hat, muß entweder in seiner Heimat aufgeboten werden, oder, wenn das nicht zu bewerkstelligen, vor Gericht schwören, daß er noch unverheirathet und ihm auch kein sonstiges Ehehindernis bekannt sei (Ledigkeitseid, juramentum integritatis s. coelibatus)[7]). Bei solchen christlichen Religionsgenossen, welche einer neu gebildeten andern als der katholischen oder evangelischen Religionsgesell-

Recht der alten Sachsen, S. 191. Lex Wisig. III, 1, c. 1; L. Sax. IX; L. Long. II, 2, c. 2.

2) A. L.R. a. a. O. §. 38. Die Form ist schlechterdings wesentlich.

3) c. ult. X. qui matrimonium accus. possunt (IV, 18). (3. A.) Der Zweck ist nicht bloß, persönlich Betheiligten Gelegenheit zum Einspruch zu geben, sondern auch etwa vorhandene nicht bekannte Ehehindernisse überhaupt zu erfahren, namentlich auch verheimlichte Verwandtschaft. C. 27 X. de sponsal. (IV, 1).

3a) Diese bestimmt sich nach der Braut dahin, daß bei Katholiken der Bischof, bei Evangelischen das Consistorium, bei bloß geduldeten Religionsgenossen die Provinzialregierung, dispensiren. Für Militärpersonen kann unter Umständen der Befehlshaber dispensiren. Mil.Kirchenordn. vom 12. Februar 1832, §. 65.

4) A. L.R. II, 1, §§. 138—142, 150—153. V. vom 16. März 1818 (G.S. S. 20).

5) A. L.R. a. a. O. §. 140.

6) V. vom 28. April 1841 (G.S. S. 121).

7) A. L.R. II, 1, §§. 143—145; Anh. §§. 68, 69. Vor Abschaffung der außergerichtlichen Eide pflegten die Pfarrer diesen Eid abzunehmen.

schaft angehören, wird, wenn sie sich nicht evangelisch oder katholisch trauen lassen wollen, das Aufgebot bei dem Gerichte des Ortes, an welchem die Brautleute, und wenn sie in verschiedenen Bezirken wohnen, bei jedem der beiden Gerichte durch 14tägigen Aushang an der Gerichtsstelle und an dem Gemeindehause bekannt gemacht[7a]). Ebenso bei den Juden[7b]). Bei solchen im Staate geduldeten Religionsgesellschaften, deren Religionsdiener Amtshandlungen mit civilrechtlicher Wirkung vorzunehmen befugt sind, wird nach ihren besondern Gebräuchen mit dem Aufgebote verfahren. Das Aufgebot ist nur 6 Wochen nach der Vollendung wirksam; erfolgt die Trauung nicht in dieser Zeit, so muß dasselbe vollständig wiederholt werden[8]). Das unterbliebene Aufgebot macht die Ehe nicht ungiltig, zieht aber den Parteien und der Person, welche getraut hat, eine öffentliche Strafe zu, die jedoch wegfällt, wenn wegen plötzlicher Todesgefahr keine Zeit zu verlieren war und keine bedenklichen Umstände sich ergaben, oder wenn der Bräutigam in Angelegenheiten des Staats eine langwierige und gefährliche Reise so schnell antreten mußte, daß weder zum Aufgebote noch zur Einholung der Dispensation Zeit war[9]). Geschieht gegründeter Einspruch, so muß mit dem ferneren Aufgebote und beziehlich mit der Trauung inne gehalten werden. Nur ein älteres giltiges Verlöbnis mit der einsprechenden Person ist ein giltiger Grund zum Einspruch einer Privatperson, mag dasselbe ein förmliches oder ein formloses sein[10]). Ist ein formelles Verlöbnis oder ein durch Aufgebot vollzogenes vorhanden, so genügt dem Trauungsbeamten die Bescheinigung; ob der Einspruch wirklich begründet sei, ist vom Richter zu befinden, und das ausgesetzte Aufgebot und die Trauung darf eher nicht Fort-

---

7a) V. vom 30. März 1847, §. 5 (G.S. S. 126). Ministerialinstruction vom 10. Mai 1847 (J.M.Bl. S. 135). Formularbuch 5. Aufl. (Breslau 1854), S. 187.

7b) Ges. vom 23. Juli 1847, §. 12 (G.S. S. 265). — Ministerialinstruction vom 29. Juli 1847 (J.M.Bl. S. 233).

8) V. vom 22. Febr. 1804 (N. C. C. Tom. XI, Nr. 3 de 1804; Mathis, I, S. 1; Neues Arch. Bd. III, S. 292; Rabe, VIII, 13).

9) A. L.R. §§. 154—157 d. T.

10) Ebend. §§. 92, 158, 159 und Anh. §. 92. Man war darüber verschiedener Meinung: ob, wenn die Aufgebotenen sich formell verlobt hatten und später der Mann eine Frauensperson unter dem Versprechen der Ehe schwängerte, dieses formlose Verlöbnis den Vorzug habe. Suarez soll der letztern Meinung gewesen sein. Das würde an dem geltenden Rechtssatze nichts ändern, und dieser ist, daß das spätere Verlöbnis, wenn es dem andern bekannt gewesen, nicht gilt, sondern es muß dieser abgefunden werden. §§. 80, 132—134 das. (3. A.) Der vorausgesetzte Fall kann zwar einen Einspruch und einen Rechtsstreit nicht mehr veranlassen, aber die andere formlose Verlöbnisart (§. 747, II, 2, b) kann noch vorkommen.

gang haben, als bis der Richter dazu Erlaubnis gibt. Diese muß aber erfolgen, sobald der Angesprochene die einsprechende Person nicht heirathen zu wollen erklärt und für die ihr etwa zukommende Abfindung Sicherheit bestellt. Außer diesem Falle, wo ein Privateinspruch stattfinden kann, muß der Richter Aufgebot und Trauung untersagen, wenn ihm ein Ehehindernis angezeigt und bescheinigt wird[11]). II. Die Trauung erfordert persönliche Gegenwart[12]). 1) Bei den katholischen und evangelischen Christen geschieht sie in der Regel durch den Geistlichen, zu dessen Amtssprengel die Braut gehört, der jedoch die Trauung jedem andern Amtsgenossen erlauben kann[13]). Versagt ein katholischer Pfarrer aus kirchlichen Gründen dieselbe[14]), so kann, ohne Unterschied, ob nur einer oder ob beide Theile katholisch sind, ein anderer Pfarrer, selbst von einer andern Confession, damit beauftragt werden[15]). In keinem Falle

11) A. L.R. a. a. O. §§. 160—166; Anh. §. 73. — R. vom 30. October 1817 (Jahrb. Bd. X, S. 223).

12) A. L.R. a. a. O. §. 167. Vergl. oben §. 571, Note 1.

13) A. L.R. II, 11, §§. 435—441. Eine Ausnahme gilt für Eximirte. §§. 288—292 das. und Anh. §. 128.

14) Bezüglich auf diesen in neuester Zeit mit neuer Heftigkeit geführten Streit s. den Aufsatz von Elvers, Zur Erörterung der Streitfrage: ob der katholische Pfarrer wegen nicht erfolgenden Versprechens der katholischen Erziehung aller Kinder die Einsegnung einer gemischten Ehe verweigern könne; in Elvers Themis, Bd. I, H. 1, Nr. 2.

15) A. L.R. II, 11, §§. 442, 443; Anh. §. 130. — R. vom 5. Octbr. 1811 und vom 27. Novbr. 1813 (Jahrb. Bd. II, S. 17), wodurch diese Angelegenheit von dem, im §. 443 benannten, Landesjustizcollegium an die Regierung übertragen ist. Dieses ist eine Art von Vermittelung einer bürgerlichen Ehevollziehung. Wenn aber der beauftragte Geistliche den Auftrag nicht ausrichten will, so hört die Handhabung des Rechts auf. (3. A.) In neuerer Zeit kommen öfter Fälle vor, daß evangelische Pastoren die Trauung eines Geschiedenen beharrlich verweigern. Nach mancherlei Verhandlungen in der Sache ist folgender Erlaß des evangelischen Oberkirchenraths vom 15. Juni 1857 ergangen: „Nachdem wir über die in Betreff der Einsegnung geschiedener Ehegatten schon seit längerer Zeit gepflogenen Verhandlungen allerunterthänigsten Vortrag erstattet haben, ist diese Angelegenheit durch eine, unter dem 8. d. Mts. ergangene allerhöchste Ordre zu vorläufigem Abschluß gebracht worden. Des Königs Majestät haben in diesem Erlasse es noch nicht an der Zeit gefunden, mit einer materiellen Entscheidung vorzugehen. Um indessen die Herbeiführung eines besseren Zustandes zu fördern, haben Allerhöchstdieselben zugleich zu befehlen geruht: „„daß die Geistlichen von allen Fällen, in denen bürgerlich geschiedene Ehegatten die kirchliche Einsegnung einer anderen Ehe verlangen, dem Consistorium Anzeige zu machen, die Consistorien aber (vorbehaltlich des Recurses für den sich beschwert fühlenden Theil an den evangelischen Oberkirchenrath) über die Zulässigkeit der Trauung nach den Grundsätzen des christlichen Eherechts, wie solches im Worte Gottes begründet ist, zu entscheiden haben sollen.““ Wir setzen hiervon das königliche Consistorium in Kenntnis mit der Veranlassung, die Geistlichen schleunigst mit der erforderlichen Anweisung zu versehen. Hiermit verbinden wir die Eröffnung, daß des Königs Majestät aus derselben Rücksicht gleichzeitig auch die fernere Ertheilung von Dispensationen vom Ehehinderniße des Ehebruchs untersagt haben. Hiernach hat das k. Ministerium die etwa eingehenden Gesuche ohne weiteres abzuweisen, den Geistlichen aber zu eröffnen, daß sie einer Befürwortung solcher Anträge sich zu enthalten haben. Die

hindert die Incompetenz des Geistlichen die Giltigkeit der Ehe; wer sich aber außerhalb Landes trauen läßt, um den hiesigen Landesgesetzen auszuweichen, wird mit 10 bis 300 Thalern bestraft[16]). 2) Bei neu gebildeten Religionsgesellschaften, deren Religionsbeamten nicht die Befugnis haben, Amtshandlungen mit civilrechtlicher Wirkung zu vollziehen, wird zwar die Ehe nach dem Gebrauche der Religionsgesellschaft vollzogen; bürgerliche Giltigkeit aber erhält die Ehe erst durch die Eintragung in das gerichtlich geführte Register, zu welcher die in Gegenwart zweier Zeugen von derselben Religionsgesellschaft abgegebene, von denselben bestätigte Erklärung der Brautleute, daß und wann sie nach dem Gebrauche ihrer Religionsgesellschaft getraut worden, und der Nachweis des Aufgebots erforderlich ist[17]). 3) Bei den Juden besteht die ehevollziehende Handlung in der persönlichen Erklärung der Brautleute vor dem Richter, daß sie fortan als ehelich miteinander verbunden sich betrachten wollen; die bürgerliche Giltigkeit der Ehe beginnt mit dem Augenblicke der geschehenen Eintragung in das Register[18]). 4) Zwischen Personen von einer noch andern Religion wird die Ehe nach ihren Religionsgebräuchen ohne richterliche Mitwirkung giltig vollzogen[19]). Die Trauungsfeierlichkeit ist im bürgerlichen Rechte gar nicht vorgeschrieben. 5) Die Kosten werden, wenn darüber nichts verabredet ist, nach der Gewohnheit des Wohnorts der Braut getragen; fehlt es daran, so tragen beide Eheleute die sämtlichen Kosten gemeinschaftlich. Ebenso erwerben sie zusammen das Eigenthum der Brautgeschenke, wenn nicht die Beschaffenheit des Geschenks oder die bei

angeordnete Erstattung periodischer Berichte über die zur Kenntnis des königlichen Consistoriums gekommenen Fälle der Trauungsweigerung kann fortan unterbleiben." Mit Bezug darauf hat das königl. Consistorium für die Provinz Schlesien den wörtlich folgenden Erlaß an die Geistlichen seines Departements publicirt: „Indem wir den vorstehenden Erlaß zur Kenntnis der Herren Geistlichen bringen, gewärtigen wir die gewissenhafte Beachtung desselben. Wenn aus den verschiedensten Gegenden an uns gelangte Anfragen, die Wiederverheirathung Geschiedener in einzelnen unserer Cognition unterbreiteten Fällen betreffend, die Gewissensbedenken beurkundet haben, welche bisher durch die fragliche Angelegenheit hervorgerufen worden sind, und in Folge solcher Bedenken viele der Herren Geistlichen den lebhaften Wunsch geäußert haben, eine feste Regel ihres Verfahrens zu erhalten, welche geeignet ist, aller peinlichen Ungewißheit, geschiedenen Personen gegenüber, die eine anderweitige Ehe zu schließen begehren, ein Ende zu machen, so dürfte diesem Verlangen nunmehr genügt und die sichere Grundlage gewonnen sein, auf welcher die kirchliche Praxis in Sachen der bezüglichen Art fernerhin sich zu gestalten haben wird."

16) A. L.R. II, 1, §§. 169, 171.

17) V. vom 30. März 1847, §§. 6—8.

18) Ges. vom 23. Juli 1847, §§. 13—15, und J.M.Bl. 1847, S. 233.

19) A. L.R. a. a. O. §. 137. Man behauptet auf Grund dieser Bestimmung, daß die Prediger der freien Gemeinden bürgerlich giltig trauen könnten. Die V. vom 30. März 1847 ist entgegen.

der Schenkung selbst geschehene Erklärung des Geschenkgebers eine andere Bestimmung ergeben[20]). — Dieser Theil des Eherechts (über die Vollziehung der Ehe) gilt auch in der Rheinprovinz, selbst mit rückwirkender Kraft, so daß die Ehen, welche hiernach, mit Vernachlässigung der französischen Civilform, geschlossen sind, bürgerlich gelten[21]).

II. Rechtsverhältnisse unter den Eheleuten.

§. 749.

A. Persönliche.

A. L.R. II, 1, §§. 173—204.

Mit der vollzogenen Trauung*) und beziehungsweise Eintragung der Ehe in das gerichtliche Register (§. 748, II) ist auch die Ehe vollzogen. Die nächste Wirkung ist die Gründung einer Familie, deren Haupt der Mann ist[1]). Das Verhältnis zwischen den Ehegatten ist nicht näher bestimmt; es liegen aber die altdeutschen durch das R. R. modificirten Rechtsansichten zu Grunde. I. Die neuere röm. Rechtsansicht ist, daß beide Eheleute juristisch gleichbedeutend nebeneinanderstehen und kein Theil dem andern Unterwürfigkeit schuldig ist; nur von einer Ehrerbietung gegen den Mann und von der Würde der Ehe ist Rede, vermöge welcher eine entehrende oder die Persönlichkeit bedrohende Klage des einen Ehegatten gegen den andern wider die guten Sitten und darum unstatthaft ist[2]); und außerdem findet sich ausgesprochen, daß die Frau an dem Range und Stande des Mannes Theil nimmt und solchen auch nach dessen Tode bis zur fernern Ehe behält; auch daß sie eben so sein Forum und sein Domicil hat[3]). Diese untergeordneten Verhältnisse bestimmen jedoch das eheliche Verhältnis selbst nicht, gleichwohl ist darüber Stillschweigen. Der Grund davon ist die in der Sache selbst liegende Schwierigkeit der Bestimmung, indem das Wesen

20) A. L.R. a. a. O. §§. 171, 172. Eine spätere Erklärung ist ohne Wirkung.

21) Edict vom 27. Februar 1816 (G.S. S. 122).

*) Daß die Trauung (Einsegnung durch den Geistlichen) nothwendige Form zur Ehevollziehung sei, ist ein nur den Protestanten eigener Grundsatz, daher derselbe für andere Religionsgenossen nicht paßt. Das can. R. erklärt den bloßen Consens, in Gegenwart des Parochus und zweier Zeugen ausgesprochen, für die wesentliche Form; von Trauung weiß es nichts. Concil. Trident. Sess. 24, c. 1. Ueber die durch das can. R. verdrängte Form des deutschen R.: Sachsenſp. I, Art. 45.

1) A. L.R. a. a. O. §§. 184, 679.

2) L. 14, §. 1 D. soluto matrim. (XXIV, 3); L. 2 D. de rer. amotar. (XXV, 2); L. 2 C. eod. (V, 21).

3) L. 22, §. 1 D. ad municipal. (L, 1); L. 9 C. de incolis (X, 39).

dieses, wesentlich innerlichen, Verhältnisses sich der richterlichen Beurtheilung und Einwirkung entzieht. Diesem Mangel wurde in alter Zeit dadurch abgeholfen, daß man bei der in manum conventio alles Recht in die Hand des Mannes legte, womit jeder Rechtsstreit wegfiel; wogegen in der spätern Zeit bei der freien Ehe jedem ein gleiches Richteramt gegeben ward, wodurch wieder das Richteramt eines Dritten ausgeschlossen wurde. Dieses Princip führte bei der Ausartung der Römer zum Untergange der häuslichen Ordnung und wurde in Folge dessen durch die christlichen Kaiser sehr beschränkt. Man setzte aber mit den Einschränkungen nicht zugleich das nun nothwendig gewordene fremde Richteramt ein und machte so das röm. Eherecht inconsequent. In diesem Zustande ist dasselbe nach Deutschland gekommen. II. Nach dem Rechtsbegriffe des deutschen Alterthums bestimmte sich das eheliche Verhältnis durch die beiden Grundsätze: 1) die Frau ist in der rechtlichen Gewalt (mundium, potestas) des Mannes, ganz ähnlich wie bei der altrömischen conventio in manum: 2) sie ist seine ihm ganz gleiche Lebensgenossin[4]). Daraus ergeben sich alle den Ehegatten gegeneinander und gegen Dritte, bezüglich auf Person und Vermögen, zustehenden Rechte und Befugnisse als Folgen. III. Das A. L.R. drückt keinen das Verhältnis bestimmenden Grundsatz aus, sondern beschränkt sich auf Folgesätze. Diese sind: 1) Beide Ehegatten müssen ein gemeinschaftliches Leben führen und sind einander zur Treue und zum Beischlafe verpflichtet[5]). 2) Der Mann ist das Haupt der Familie, muß der Frau Schutz und Unterhalt gewähren, sie in der Regel vor Gericht vertreten und zu ihren Rechtsgeschäften seine Einwilligung geben[6]). 3) Bei Rechtsgeschäften zwischen den Eheleuten selbst und überall, wo die Rechte der Frau mit den Rechten des Mannes in Collision kommen, muß die Frau einen besondern Beistand haben, sonst sind die Verträge zwischen ihnen selbst auf der Seite der Frau unverbindlich (pacta claudicantia) und die den Vortheil des Mannes bezweckenden Rechtsgeschäfte mit Dritten ungiltig[7]). 4) Die Frau erhält die bürgerlichen Rechte (das Forum), den Namen und Stand des Mannes und ist befugt, den abwesen-

4) Grimm, deutsche Rechtsalterthümer, S. 447—449. — Sachsenssp. B. III, A. 45, und B. I, A. 45.

5) A. L.R. II, 1, §§. 174—183. Aehnliches das österr. Gesetzbuch §. 90.

6) A. L.R. a. a. O. §§. 184—191, 195, 196, 318—342. — A.G.O. I, 1, §§. 16, 17, 19. Ebenso, nur ohne das Erfordernis der Einwilligung, österr. Gesetzbuch §. 91.

7) A. L.R. a. a. O. §§. 197—201, 343, 344; Anh. §. 75. Processe kann sie allein gegen ihn führen. A.G.O. I, 1, §. 18 und Anh. §. 3.

den oder kranken Ehemann in dringenden Fällen bei Rechtsgeschäften zu vertreten [8]). 5) Sie ist schuldig, den Anordnungen des Mannes in Haushaltungsangelegenheiten nachzukommen, dem Haushaltungswesen vorzustehen [9]) und dem Manne in den von ihm gewählten neuen Wohnort zu folgen [10]). 6) Der Mann hat die Verwaltung und den Nießbrauch des Eingebrachten (ususfructus maritalis), und erwirbt durch die Frau während der Ehe [11]). Von diesen Rechten und beziehlich Pflichten sind Folgen und Rest a) des ehemännlichen Mundiums über die Frau: die Verbindlichkeit des Mannes zum Schutze und zum Unterhalte derselben; das Vollwort bei den Rechtsgeschäften der Frau; die Nothwendigkeit eines Beistandes der Frau bei Rechtsgeschäften mit dem Manne und zum Vortheile des Mannes; der Gehorsam der Frau gegen den Mann und die Pflicht derselben zur Haushaltsverwaltung; die Erwerbungen der Frau für den Mann; das Verwaltungs- und Nießbrauchsrecht des Mannes über das Eingebrachte der Frau in Verbindung mit der Entziehung des Veräußerungsrechts der Frau, selbst salvo usufructu; und b) der vollkommenen Lebensgenossenschaft: die Pflicht zum Beisammenwohnen, zur ehelichen Treue und Pflicht; die Theilnahme der Frau an den bürgerlichen Rechten, an dem Namen und dem Stande des Mannes; die Befugnis zur Vertretung des Mannes in dringenden Fällen. Es erhellet sonach, daß das heutige eheliche Verhältnis, nach preuß. Rechtsbegriffen, wesentlich durch die beiden deutschrechtlichen Principien bestimmt wird, daß also die Ehefrau unter der ehelichen Vogtschaft des Mannes steht, und daß sie in jeder Beziehung seine ihm sonst ganz gleiche, innig vertraute, einige und ausschließliche Lebensgenossin ist. Hiernach sind alle nicht positiv ausgemachte Fragen, bezüglich auf das Eheverhältnis, zu entscheiden. Steht der Mann selbst unter Vormundschaft, so ist die Frau persönlich selbständig, ohne daß die aus der Vogtschaft entspringenden Vermögensrechte wegfallen, d. h. der Vormund des

8) A. L.R. a. a. O. §§. 192, 193, 202—204, 326, 328. — S. oben §. 572, II, 2.

9) Nach altem Rechte war dies eine Berechtigung, nicht bloß, wie hier, eine Verbindlichkeit. Grimm a. a. O. S. 447. — Berk, Brem. Güterrecht, S. 43, 192. In dieser Schlüsselgewalt war die Frau nur durch die im Hause lebende Schwiegermutter beschränkt.

10) A. L.R. a. a. O. §§. 184, 194, 679. Dies ist nichts anderes als der Gehorsam, welchen die Frau dem Manne, nach deutscher Rechtsansicht, kraft des Mundiums schuldig ist. Andere Eherechte bedienen sich kurzweg des Ausdrucks „Gehorsam", woraus das übrige von selbst folgt. Altenburg'sche Eheordnung §. 145; Code civil, Art. 213. Vergl. österreich. Gesetzbuch §. 92.

11) A. L.R. a. a. O. §§. 205, 210, 211, 231—250. — S. unten §. 752, II.

Mannes hat nicht die Vogtschaft des Mannes auszuüben, sondern nur insofern mitzuwirken, als der Mann ein Interesse bezüglich auf seine eigenen Rechte in Ansehung der Person oder des Vermögens der Frau hat[12]). Folgerecht sollte die Altersvormundschaft einer Frauensperson mit ihrer Verheirathung an einen selbständigen Mann ein Ende nehmen[13]), dies ist jedoch positiv versagt[14]), wie denn auch in manchen andern Einzelheiten die Consequenz mangelt, und die Gesetzgebung darin lückenhaft ist, daß kein Auskunftsmittel für die von dem Manne aus Eigensinn oder sonst ohne giltigen Grund zum Nachtheile der Frau versagte Mitwirkung oder Einwilligung bei Rechtsgeschäften veranstaltet ist[15]).

B. Rechte bezüglich auf das Vermögen.

§. 750.

Allgemeine Uebersicht.

I. Die Vermögensverhältnisse der Eheleute sind in dem A. L.R. neu geregelt. Das römische eheliche Güterrecht[1]) hat vollständig und unverändert nirgend in den preuß. Landen gegolten, aber doch die einheimischen Gewohnheiten[2]) theils umgestaltet, theils unsicher und schwankend gemacht, so daß ein in vielen Sätzen streitiges Gemisch aus beiden Rechten in den Gerichtshöfen für praktisch giltiges Recht ausgegeben wurde[3]). Auf dieser Grundlage beruhet das A. L.R. Die Verfasser hielten sich an diese vorgebliche Gewohnheit, und dadurch ist der Grundzug des deutschen Rechts in das Pr. R. gekommen, daß dem Manne vermöge seiner rechtlichen Gewalt über die Person der Frau die Verwaltung und der Genuß ihres Vermögens gebührt, und daß, im geraden Gegensatze zu dem R. R.,

---

12) A.G.O. I, 1, §. 17. — Vergl. Code civil, Artt. 221—224. — Sickel, de condit. juris, uxoris, cujus maritus curae status subest. Lips. 1825.

13) Das wird auch von Neuern wirklich angenommen. Balthasar, tit. 5, res. 3, n. 25; Brandmüller, ad institut. de tut., p. 508; Leuven, c. 9, n. 13 u. a.

14) A. L.R. II, 18, §§. 736 flg. S. unten §. 802, II.

15) Der Richter soll den Mann zur Beobachtung seiner Schuldigkeit anhalten. A.G.O. I, 1, §. 21. Wie und womit und mit welchem Ausgange? ist nicht bestimmt.

1) Hasse, das Güterrecht der Ehegatten nach röm. Rechte. Berlin 1824. — v. Tigerström, das röm. Dotalrecht. 2 Bde. Berlin 1831, 1832.

2) Hasse, Skizze des deutschen Güterrechts der Ehegatten, in v. Savigny's Zeitschrift, Bd. IV, S. 60 flg.

3) Leyser, Med. ad Pand., sp. 302. Gutachten des Obertribunals, in Stengel, Bd. II, S. 61, und Bericht des Kammergerichts, in Stengel, Bd. VI, S. 99. — S. auch die Anmerkungen im Entwurf des A. G.B., Th. I, S. 59, 65.

die Ehefrau nur durch besondern Vorbehalt das Recht des Mannes ausschließen kann. Das Princip ist jedoch in der Anwendung bedeutend modificirt. Wie danach das Verhältnis unter dem Einflusse der römischrechtlichen Schriftsteller in dem A. L.R. geordnet worden ist, ist es nur zum Theil in der Mark Brandenburg und in einem Theile von Schlesien geschichtlich vorgekommen; die übrigen Landestheile hatten besondere Statuten, wonach Gütergemeinschaft galt. Diese wurden, schon nach dem Charakter des A. L.R. als eines bloß subsidiarischen Rechtsbuchs, aufrecht erhalten, doch wurde zweckdienlich befunden, auch eine allgemeine Theorie der Gütergemeinschaft einzuführen[4]), nicht allein um darauf für den Fall der Unvollständigkeit der Statuten zurückzugehen[5]), sondern auch um für die gestattete vertragsmäßige Gütergemeinschaft bestimmte allgemein geltende Normen zu haben. Das Princip, worauf die landrechtliche Gütergemeinschaft beruhet, ist nicht ausgesprochen und wohl auch nicht klar gedacht; die einzelnen Bestimmungen sind weder nach dem Principe der juristischen Persönlichkeit, noch nach dem des deutschen Gesamteigenthums, noch nach dem des röm. Miteigenthums consequent. Das am meisten passende ist das der ehemännlichen Vogtschaft[6]). II. Die ehelichen Güterverhältnisse lassen sich nach der landrechtlichen Gesetzgebung auf drei Classen zurückführen. Entweder leben die Eheleute in Gemeinschaft der Güter, sei es in provinzialrechtlicher, statutarischer oder vertragsmäßiger; oder nicht. In dem letztern Falle ist das Vermögen der Frau entweder vorbehalten, oder nicht. Der Vorbehalt ist ein den röm. Paraphernalgütern ähnliches Institut. Insofern das Vermögen nicht *vorbehaltenes* ist, hat es die Natur des *Eingebrachten* (der Illaten), ein Verhältnis, welches sich dem altdeutschen Güterrechte der Eheleute nähert. Daneben kann etwas vorkommen, was an die von einem Fremden gegebene Dos des R. R. erinnert und *Erbschatz* genannt wird. Vorbehaltenes Vermögen kommt allemal zugleich ne-

4) Man hat dabei das Lübische Recht zum Muster gehabt. Anm. zum Entwurf des A. G.B. Th. I, Abth. 1, §. 237, S. 72.

5) A. L.R. II, 1, §§. 500, 538. Dabei kam freilich gar nicht in Betracht, daß dieselbe Frage je nach dem Sinne und der Bedeutung der Gütergemeinschaft, und den allgemeinen Grundsätzen, von welchen die einzelnen Statuten ausgehen, nach den verschiedenen Particularrechten verschieden beantwortet werden muß. Es ist überhaupt das Princip angenommen, daß die Particularrechte nicht aus sich selbst weiter entwickelt, sondern nach den oft ganz und gar verschiedenen allgemeinen Grundsätzen und Voraussetzungen des A. L.R. erklärt werden sollen. S. oben §. 3. Wohin das führt, sehe man an dem Beispiel in *Ulrich's* Archiv, Bd. I, S. 530 flg. Die Praxis ist auch dagegen.

6) *Witte*, das pr. Intestaterbrecht, S. 81.

ben dem Eingebrachten vor, nicht aber ist es umgekehrt; denn das ganze Vermögen einer Frau kann vorbehalten sein. Bei diesen drei verschiedenen Verhältnissen gilt der deutschrechtliche Grundsatz, daß das Verhältnis des Eingebrachten von Rechts wegen unter den Eheleuten, mit der Vollziehung der Ehe, eintritt, wenn und insofern nicht durch Eheverträge oder durch Provinzialgesetze und Statuten[7]) ein anderes begründet wird.

A. Eingebrachtes Vermögen.

A. L.R. II, 1, §§. 205—344, 548—617, 751 flg.

§. 751.

1. Entstehung.

Das Verhältnis des eingebrachten Vermögens entsteht von selbst, mit der Ehe und durch dieselbe, am ganzen Vermögen der Ehefrau[1]), soweit nicht die besondern Ausnahmen gehen. Das ausgenommene Vermögen heißt vorbehaltenes und kann durch Gesetz und durch Vertrag entstehen[2]). Vorausgesetzt ist bei diesem Verhältnisse, daß die Frau selbst das Vermögen als das ihrige in die Ehe bringe. Zwar kann auch ein Dritter zum Zweck der künftigen Ehe etwas geben oder versprechen; dieses ist aber das besondere Eigenthum dessen, dem es gegeben oder versprochen worden ist[3]), und gehört, wenn die Frau die Begünstigte ist, zum Eingebrachten. In diesem Falle und wenn der Geber keine Bedingungen und Beschränkungen beifügt, ist eine Schenkung vorhanden; gleichwohl soll das Rechtsgeschäft doch nicht als Schenkung angesehen werden[4]), was jedoch nur soviel heißt, daß nicht die Form derselben erforderlich ist und nicht der Widerruf des Gebers stattfindet[5]). Die Dos eines Dritten in der röm. Bedeutung kann bei der ganz verschiedenen Rechtsansicht, auf welcher das Verhältnis des Eingebrachten beruhet, nicht vorkommen. An deren Stelle ist das neuerfundene In-

7) Die Tendenz der heutigen Gesetzgebung, dieselben möglichst zu unterdrücken (s. oben §§. 3 und 14), hat sich in der allerneuesten Zeit durch das Gesetz wegen Aufhebung der im Herzogthum Schlesien und der Grafschaft Glatz geltenden besonderen Rechte über die ehelichen Güterverhältnisse und die gesetzliche Erbfolge, vom 11. Juli 1845 (G.S. S. 471), wieder bethätigt.

1) Von einem eingebrachten Vermögen des Mannes kann bei diesem Verhältnisse natürlich nicht Rede sein.

2) A. L.R. II, 1, §§. 205, 210. S. unten §. 755.

3) A. L.R. a. a. O. §. 276. Ist nicht der eine ausdrücklich oder durch die Beschaffenheit des Gegenstandes als Beschenkter bezeichnet, so ist die Sache gemeinschaftlich. §. 776 d. T.

4) A. L.R. I, 11, §§. 1047, 1048. S. oben §. 607, I, 1.

5) Die Gläubiger können allerdings widerrufen. A. L.R. II, 1, §. 295.

stitut des Erbschatzes getreten[6]). Die Eltern sind zur Bestellung einer solchen Art von Dos nicht verpflichtet, nur eine Ausstattung müssen sie geben; bestellen sie gleichwohl eine solche Dos, so wird vermuthet, daß sie aus dem Vermögen der Kinder genommen sei[7]).

§. 752.

2. Rechte an dem Eingebrachten.

Der Mann hat Nießbrauch und Verwaltung des ganzen eingebrachten Vermögens[1]) in derselben Bedeutung und in einem ähnlichen Umfange so wie aus demselben Rechtsgrunde, wie der Vater an dem Peculium der seiner Gewalt unterworfenen Kinder; und der Frau steht ohne Bewilligung des Mannes keine Veräußerungsbefugnis zu, selbst wenn die Veräußerung unbeschadet des Nießbrauchs geschehen soll[2]). Doch ist dabei ein Unterschied zwischen der ursprünglichen Substanz und den Accessionen. 1. In Ansehung der ursprünglichen Substanz werden Grundstücke und Gerechtigkeiten, Capitalien, welche auf den Namen der Frau, oder ihrer Erblasser, oder Geschenkgeber geschrieben sind, und Mobilien unterschieden. 1) Ueber Mobilien hat der Mann (nicht auch dessen Gläubiger) ganz freie Verfügung[3]); will er Grundstücke und Gerechtigkeiten veräußern, verpfänden oder sonst bleibend belasten, oder über Capitalien irgendwie verfügen, so ist dazu die Einwilligung der Frau in eben derselben Form[4]), welche für das Geschäft selbst vorgeschrieben ist, erforderlich[5]). Die verweigerte Einwilligung kann von dem Vormundschaftsgerichte ergänzt werden und zwar zur Veräußerung, Verpfändung und beziehlich Einziehung, wenn nothwendige, die Substanz betreffende Ausgaben, welche dem Nießbraucher nicht zur Last fallen, eintreten, oder wenn das Capital unsicher wird, oder wenn der Schuldner kündigt, oder wenn der Mann das Capital auf eine an-

---

6) Anm. zum Th. I, Abth. 1, S. 65 des Entwurfs des A. G.B. — S. unten §. 756.

7) A. L.R. II, 2, §§. 243, 245—248, 292, 293. S. oben §. 600.

1) A. L.R. II, 1, §§. 205, 231.

2) Ebend. §§. 221—223. Vergl. unten die Note 13.

3) Ebend. §. 247. Vergl. oben §. 326, Note 11. V. vom 7. April 1838 (G.S. S. 255).

4) Hier deshalb, weil die Frau einwilligen, d. h. dem Veräußerungsvertrage beitreten muß; außerdem würde, wenn sie bloß zu bewilligen hätte, nach dem unten Note 13 ausgesprochenen Grundsatze die mündliche Zustimmung genügen. Die Bewilligung der Frau zur Kündigung eines Capitals daher ist an keine Form gebunden. Pr. 1095, vom 22. Januar 1842. Denn die Aufkündigung ist noch kein Rechtsgeschäft.

5) A. L.R. II, 1, §§. 232, 233, 245. R. vom 22. August 1840 (J.M. Bl. S. 285).

dere Art nutzen kann; doch muß in den letzten drei Fällen das Capital wieder auf den Namen der Frau sicher angelegt werden[6]). Zahlt der Schuldner ohne die Einwilligung der Frau oder ohne richterliche Ergänzung, so bleibt er der Frau subsidiarisch verhaftet[7]); die nicht genehmigten Veräußerungen von Grundstücken und Gerechtigkeiten hingegen sind unbedingt ungiltig[8]). Uebrigens kann die Frau dem Manne in der Verwaltung nichts vorschreiben, namentlich ihn nicht zu Veräußerungen, Capitalseinziehungen und ähnlichen Verfügungen nöthigen. Die während der Ehe aus der Substanz angeschafften Grundstücke und Gerechtigkeiten und die angelegten Capitalien treten nur dadurch, daß dieselben auf den Namen der Frau geschrieben werden, in die Kategorie der ursprünglichen Substanz, außerdem wird der Mann Eigenthümer der Gegenstände und Schuldner der Frau wegen der für die Erwerbung verwendeten Summen[9]). 2) Die Eintheilung des Eingebrachten in Grundstücke, Gerechtigkeiten, Capitalien und Mobilien ist nicht erschöpfend, indem gewisse Vermögensgegenstände in mancher Hinsicht wie Grundstücke behandelt werden, obgleich sie von Natur beweglich sind, wie z. B. Seeschiffe. Nach der Absicht, daß das Eingebrachte in den ursprünglichen Fonds möglichst solle erhalten werden, ist anzunehmen, daß über derartige Gegenstände, namentlich über Seeschiffe, der Mann auch nur mit Einwilligung der Frau zu verfügen befugt ist. II. Hinsichts der Accessionen gilt der Grundsatz, daß alle Früchte dem Manne gehören, und daß die Frau dem Manne erwirbt, gleichwie das Kind in väterlicher Gewalt[10]). Dieser Grundsatz findet jedoch keine Anwendung a) auf dasjenige, was durch Erbfall, Schenkung oder Glücksfall oder was von der Frau mit ihrem Manne durch gemeinschaftlichen Kaufvertrag[10a]) erworben wird, b) auf Grundstücke oder Capitalien, zu deren Anschaffung die Mittel durch ein besonde-

6) A. L.R. a. a. O. §§. 234 — 239. Dafür muß das Vormundschaftsgericht, welches hier die Frau vertritt, sorgen.

7) Ebend. §§. 243, 244.

8) Ebend. §. 597. Die Vindication ist jedoch erst nach Auflösung der Ehe zulässig, weil er über das Nutzungsrecht frei verfügen kann. Deshalb bedarf der Mann auch zu Verpachtungen inferirter Grundstücke der Zustimmung der Frau nicht. Pr. 1796, vom 1. October 1846.

9) A. L.R. a. a. O. §§. 240 — 242. Die in diesen Bestimmungen enthaltenen Abweichungen von dem R. R. sind erheblich; denn nach R. R. hat der Mann das Eigenthum der Dos. Im praktischen Erfolge zeigt sich jedoch der Unterschied nur bei den Forderungen; denn bei den Grundstücken ist die Abweichung geringer, als sie scheint, indem das R. R. die Veräußerung derselben ganz verbietet, während sie nach dem A. L.R. mit Einwilligung der Frau zulässig ist.

10) A. L.R. a. a. O. §. 211. Diesen Erwerb kennt das neuere R. R. nicht.

10a) Entsch. des Obertrib. Bd. XIII, S. 286.

res Gewerbe der Frau erworben worden sind und welche zur Zeit der Auseinandersetzung auf den Namen der Frau geschrieben stehen: diese beiden Arten von Erwerbungen treten von selbst dem Eingebrachten hinzu[11]); c) auf Ersparnisse aus dem Vorbehalte, welche dieselbe Eigenschaft annehmen[12]). III. Die Frau kann einseitig, ohne Zustimmung[13]) des Mannes, die Berechtigungen des Mannes nicht beschränken, insbesondere das Eingebrachte zu dessen Nachtheile nicht verschulden, mit Ausnahme des Falles, wenn sie mit Wissen des Mannes und ohne dessen Widerspruch ein Gewerbe treibt und zu dessen Behuf Schulden macht[14]). Eine zweite Ausnahme sollen solche Schulden machen, welche sich auf eine unerlaubte Handlung gründen[15]); doch ist der Satz folgerichtig aus giltigen Rechtsgründen nicht zu rechtfertigen[16]).

§. 753.

3. Beendigung der ehemännlichen Rechte.

Das Verwaltungsrecht und der Nießbrauch des Mannes endet: 1) mit dem Tode des einen Ehegatten[1]); 2) mit dem Tage, an welchem das rechtskräftig gewordene Scheidungsurtel erster Instanz dem Manne insinuirt worden ist[2]); 3) noch während der Ehe durch Zurückforderung des Eingebrachten, welche zulässig ist, wenn der Frau und ihren Kindern der standesmäßige Unterhalt weder von dem

11) A. L.R. a. a. O. §§. 212, 219, 220. Pr. des Obertrib. 1765, vom 7. August 1846 (Entsch. XIII, 286).

12) A. L.R. a. a. O. §§. 217, 218.

13) Die Form der Zustimmung war streitig geworden. Nach allgemeinen Grundsätzen und nach den Wirkungen der exceptio doli kommt es auf eine besondere Form hier nicht an (s. oben §. 572, Note 12). Der vormalige dritte Senat des Obertrib. hatte jedoch am 22. Juni 1844 einen schriftlichen Consens bei Gegenständen von mehr als 50 Thlrn. für nothwendig erklärt nach A. L.R. I, 5, §. 133. Diese Meinung ist aber durch den Plenarbeschluß vom 1. März 1847 verworfen, weil bloße Consense nicht unbedingt nach den Regeln von Verträgen zu beurtheilen seien, sondern in die Kategorie von Willenserklärungen überhaupt, Tit. 4, §§. 94, 95, gehörten, wonach da, wo für bloße Bewilligungen die Schriftlichkeit nicht ausdrücklich geboten, dieselbe nicht für unbedingt nothwendig zu erachten. J.M.Bl. für 1847, S. 155 und Entsch. Bd. XIV, 33.

14) A. L.R. a. a. O. §§. 320, 619. Aus andern, von dem Manne nicht genehmigten Darlehen der Frau kann auch soluto matrimonio nicht geklagt werden; nur ex versione in rem ist die Klage zulässig. Pr. 67, von 1834.

15) R. vom 25. Januar 1796 (Mathis, I, S. 300; Rabe, Bd. III, S. 250).

16) Die Analogie von Kindern in väterlicher Gewalt, bezüglich auf welche der sofortige Schadenersatz aus dem unfreien Vermögen angeordnet ist (A. L.R. II, 2, §. 203), ist unzulässig, weil diese Bestimmung, nach ihrer Entstehungsgeschichte, selbst eine Abweichung von der Rechtsregel aus Billigkeitsgründen, die theils nicht bei der Ehe zutreffen, theils von Billigkeitsgegengründen aufgewogen werden, ist.

1) A. L.R. a. a. O. §. 614.

2) Ebend. §§. 769—771. — V. vom 5. Mai 1838, §. 1 (G.S. S. 273).

Manne noch von einem andern (dem Gläubiger) gewährt wird[3]). Der formelle Concurs ist nicht Bedingung[4]), auch ist die Zurückforderung von dem Betrage des Eingebrachten, oder dem sonstigen Vermögen der Frau und dessen Einkünften nicht abhängig[5]), aber die außer dem Falle desselben erfolgte Ausfolgung des Eingebrachten, von Seiten des Mannes an die Frau, ist den dabei nicht zugezogenen Gläubigern desselben nicht präjudicirlich, vielmehr muß die Frau, wenn Gläubiger die ihr überwiesenen Gegenstände zu ihrer Befriedigung verwenden wollen, die wirkliche Einbringung derselben beweisen, wozu die Quittung oder das Anerkenntnis des Mannes nicht ausreicht[6]), weil er durch seine Erklärung seine Gläubiger nicht verpflichten kann. Gegenstand des Beweises ist die Thatsache der Ueberlieferung an den Ehemann oder doch der Einbringung in die eheliche Wohnung; der Beweis des Betrags des Vermögens der Frau zur Zeit der Vollziehung der Ehe ist unerheblich[7]), wenn er nicht als eine Anzeige für den Beweissatz: daß der Mann soviel in seine Verwaltung überkommen habe, dienen soll. Gegen den Ehemann soll es des Beweises einer an ihn erfolgten wirklichen Uebergabe nicht bedürfen, sondern es soll eine gesetzliche Vermuthung dafür streiten, daß der Mann alles nicht vorbehaltene Vermögen, welches die Ehefrau bei Eingehung der Ehe besessen oder mit Wissen des Ehemannes während der Ehe erworben hat, in seine Verwaltung überkommen habe[7a]). Was die Frau von dem Ehemann

3) A. L.R. a. a. O. §§. 256—258. — Pr. 75, vom 9. Sept. 1834.

4) Wenn ein Gläubiger des Mannes zur Einklagung der ihm überwiesenen Zinsen eines Illatencapitals schreitet, ist die Ehefrau seines Schuldners in demselben Verfahren zu interveniren und auszuführen befugt, daß ihr Ehemann ihr den standesmäßigen Unterhalt nicht mehr zu gewähren vermöge, und hierau den Antrag zu gründen: daß der auf den Nießbrauch des Mannes eindringende Gläubiger den ihr zu ihrem standesmäßigen Unterhalt erforderlichen Theil der Zinsen ihr überlassen müsse und nur den Ueberrest zu seiner Befriedigung in Anspruch nehmen könne. Pr. 5 (ohne Datum).

5) Pr. des Obertrib. 2089, vom 4. Jan. 1849 (Entsch. Bd. XVII, S. 293).

6) A. L.R. §§. 258—260 d. T. Das soll nicht gelten, wenn nicht die uxorialischen Vorrechte, sondern nur eine Darlehns- oder sonstige Forderung seitens der Frau geltend gemacht würden. Pr. 1145a, vom 21. Mai 1842 (Entsch. Bd. IX, S. 464). Dagegen m. Beurtheilung, S. 665, und Schles. Archiv, Bd. VI, S. 512. Vergl. Conc.Ordn. vom 8. Mai 1855, §. 90.

7) Die Verbesserung, welche der Revisor in diesem Sinne mit dem §. 260 vorschlägt, würde eine augenscheinliche Ungerechtigkeit einführen, da selbstredend ein Ehemann nicht Schuldner seiner Frau wegen dessen werden kann, was sie ihm bei Eingehung der Ehe z. B. an Gelde oder Geldpapieren verheimlicht oder doch thatsächlich vorenthalten hat.

7a) (3. A.) Diesen Satz hat das Obertrib. durch das Pr. 2605, v. 26. Januar 1855 (Entsch. Bd. XXX, S. 106) festgestellt. Gesetzliche Vermuthungen müssen jedoch durch das Gesetz gegründet werden, sonst gibt es eben keine gesetzliche Vermuthung; und die behauptete gesetzliche Vermuthung wird in den Gesetzen nirgend festgesetzt. Nur von einer praesumtio hominis könnte hier Rede sein.

zurückerhält, steht fortan unter ihrer Verwaltung, worin sie jedoch denselben Einschränkungen des Mannes unterworfen ist, welchen die Verwaltung des Mannes seitens der Frau unterliegt (§. 752)[8]. Die Einkünfte müssen zur Erhaltung des Hausstandes, zum Unterhalte des Mannes und zur Verpflegung und Erziehung der von ihr gebornen Kinder verwendet werden, soweit sie dazu erforderlich und beziehlich hinreichend sind[9]. Verbessern sich die Vermögensumstände des Mannes wieder soweit, daß er seine Familie standesmäßig erhalten kann, und war sein früherer Vermögensverfall nicht durch verschwenderische oder nachlässige Wirthschaft von ihm verursacht, so kann er die Verwaltung und den Nießbrauch des Eingebrachten wiederfordern[10].

§. 754.

4. Auseinandersetzung.

Nach Auflösung des Verhältnisses muß der Ehemann oder dessen Erben das Eingebrachte an die Frau oder deren Erben in dem Zustande, in welchem er es erhalten hat, zurückgeben. I. Baares Geld wird vom Ablaufe desjenigen Vierteljahres, in welchem das Verhältnis endet, an verzinset[1]. II. Hinsichtlich der eingebrachten Capitalien sind bloß die Instrumente auszuliefern. Solche Capitalien, welche der Mann aus dem Eingebrachten auf seinen Namen ausgeliehen hat, werden als baares Geld behandelt: er ist Gläubiger der Forderung und dagegen Schuldner der Frau wegen der Summe Geldes. Sind sie auf den Namen der Frau ausgethan, so hat die Frau die Wahl: ob sie solche annehmen oder sich an den Mann halten will[2]. Die Verschreibung auf den Namen des einen oder des andern oder beider entscheidet zwischen den Eheleuten nichts, es kommt darauf an: wem das ausgeliehene Geld gehörte[2a]. III. In Ansehung der Grundstücke gilt folgendes: 1) Wenn das Verhältnis durch den Tod der Frau aufgelöst wird, so hat der Mann die Wahl:

---

8) A. L.R. a. a. O. §§. 261, 263. Ist der Mann bevormundet, so spricht die Vormundschaft mit.

9) Ebend. §. 262. Der Unterhalt der von ihr mit in die Ehe gebrachten Kinder ruht gleichfalls darauf, wenn dieselben nicht von anderswoher die Mittel dazu haben.

10) Ebend. §§. 264, 265. (3. A.) Dann wird das ursprüngliche Verhältnis wieder hergestellt. Ein formeller Act ist dazu nicht erforderlich.

1) A. L.R. a. a. O. §§. 548, 549, 751 und 766.

2) Ebend. §§. 550—553, 556, 751 und 766. Wenn sie nemlich nicht beigestimmt hat.

2a) Pr. 2270, vom 22. Januar 1851 (Entsch. XX, 250). Die §§. 557 u. 558 beziehen sich nicht auf den Fall, wo der eine allein das Geld hergab.

ob er dieselben herausgeben oder den Erben den bei der Einbringung angenommenen Schätzungswerth zahlen will [3]). Ist das Grundstück bei der Einbringung nicht angeschlagen worden, so dürfen und müssen die Erben der Frau, insgesamt oder doch in der Mehrzahl, einen Werth setzen und dem Manne die Wahl lassen: ob er es dafür annehmen, oder ihnen überlassen will. In dem zweiten Falle müssen die Erben selbst den gesetzten Preis zur Theilung bringen. Bestimmen die Erben nicht binnen 6 Monaten nach der gerichtlichen Aufforderung dazu den Preis, so wird eine gerichtliche Taxe, gegen welche keine Ausstellungen der Erben zugelassen werden, aufgenommen und dem Witwer zur Wahl vorgelegt [4]). Will dafür das Grundstück weder der Mann noch ein Erbe annehmen, so muß es subhastirt werden. 2) Stirbt der Mann zuerst, und ist das Grundstück angeschlagen inferirt worden, so steht es bei der Frau: ob sie dasselbe zurücknehmen oder die Anschlagssumme fordern will; ist es ohne Anschlag eingebracht worden, so muß die Frau solches zurücknehmen [5]). 3) Ist die Ehe durch Scheidung getrennt und keinem Theile ein Uebergewicht der Schuld zur Last gelegt, so fällt jede Wahl weg und die Frau nimmt die eingebrachten Stücke in Natur zurück [6]); ist der eine für den schuldigen Theil erklärt, so steht die Wahl dem Nichtschuldigen zu, es tritt aber in dem Falle, wo das Grundstück ohne Anschlag eingebracht worden ist, an die Stelle des von den Erben der Frau zu setzenden Preises eine gerichtliche Taxe [7]). IV. Die Mobilien, welche ohne Veranschlagung eines Werths eingebracht worden sind, werden in dem Zustande, in welchem und insoweit sie bei Trennung der Ehe noch vorhanden sind, zurückgegeben, doch versteht sich, daß, wenn an die Stelle ausgegangener Stücke andere angeschafft worden sind, diese, kraft der von Sachmehrheiten geltenden Grundsätze, verlangt werden können [8]). Sind die Mobilien bei der Einbringung dem Manne ausdrücklich verkauft worden, so ist er Schuldner des Kaufpreises; sind sie aber nur nach einem An-

3) A. L.R. a. a. O. §§. 570, 571. Die Wahl macht ihn zum Eigenthümer.

4) Ebend. §§. 572—580. Pr. des Obertrib. vom 29. Nov. 1850 (Entsch. XX, 261). Diese mit dem Eigenthumsrechte der Frau nicht stimmenden Grundsätze sind aus Billigkeitsgründen beliebt worden. Suarez, Vorträge, Jahrb. Bd. XLI, S. 120 ff.

5) A. L.R. a. a. O. §§. 581, 582. Der bei der Einbringung angenommene Anschlag ist übrigens nur für die Auseinandersetzung des Mannes mit der Frau maßgebend, nicht aber bei der Theilung der Erben der Frau unter sich. §§. 583, 584.

6) Ebend. §§. 751, 752. Dazu gehören auch eingebrachte, während der Ehe eingezogene und wiederbelegte Capitalien. Pr. 227, vom 28. März 1837.

7) A. L.R. a. a. O. §§. 766—768.

8) Ebend. §§. 559—561. — S. oben §. 93, No. 2 (Bd. I, S. 214).

schlage eingebracht worden, so steht der Frau oder deren Erben die Wahl zwischen den angeschlagenen Stücken und deren Anschlagswerth zu. Wird der letztere gewählt, so darf der Mann den Werth der von der Frau vorsätzlich oder aus grobem Versehen vernichteten oder abhanden gebrachten Stücke abziehen[9]). Im Falle der Scheidung gilt hier eben dasselbe, was wegen der Grundstücke Rechtens ist (II, 3). V. Die Haftung für Verschlechterungen ist nach den Gegenständen verschieden. In Ansehung der Grundstücke haftet der Mann für ein mäßiges Versehen[10]), in Ansehung der Mobilien nur für ein grobes[11]), und in Ansehung der Capitalien für culpa levis in concreto[12]). VI. Zur Sicherung der Forderungsrechte wegen des Eingebrachten hat die Frau einen gesetzlichen Titel zum Pfandrechte, kraft dessen sie ihre Illaten, soweit sie nicht in Grundstücken, auf ihren Namen lautenden Capitalien oder sonst in Gegenständen, die in ihrem Eigenthume bleiben, bestehen, auf die Grundstücke des Mannes zu jeder Zeit eintragen lassen kann; ist das nicht geschehen, so hat die Frau wegen dieser Forderung, bei der Collision mit andern Gläubigern des Mannes, das Vorrecht der vierten (jetzt dritten) Classe[13]). VII. Hinsichtlich der Gegenforderungen des Mannes für Verwendungen gelten im allgemeinen die Regeln vom Nießbrauche; er kann mithin die Verbesserungen, doch nur, wenn sie gerichtlich oder mit Zuziehung eines der nächsten Verwandten der Frau oder eines andern sachverständigen Beistandes auch nur schriftlich bewilligt sind, sowie die Verwendungen für Ablösung von Realschulden und Lasten, und die nicht den Nießbrauch treffenden Erhaltungskosten, nicht weniger die wegen der Substanz verwendeten nützlichen Proceßkosten erstattet verlangen[14]); aber er kann selbst für die, wider den Willen der Frau, mit Bewilligung des Vormundschaftsgerichts unternommenen Verbesserungen Ersatz fordern[15]). Sind Grundstücke während der Ehe erworben und auf den Namen der Frau allein oder mit geschrieben, aber aus dem eigenen Vermögen des Mannes bezahlt worden; so kann der Mann die Kaufgelder für den Theil der

9) A. L.R. a. a. O. §§. 563—568.
10) Ebend. §. 595. Das ist regelrecht.
11) Ebend. §. 561. Eine rein zufällige Bestimmung.
12) Ebend. §§. 554, 555. Der Begriff der culpa in concreto ist hier das einzigemal im ganzen Landrecht richtig angewendet. — Vergl. oben §. 142 und §. 469, Note 27. Diese Partie ist wie durch Würfelspiel zusammengesetzt; von einem leitenden Grundgedanken keine Spur.
13) A. L.R. a. a. O. §. 254. — S. oben §. 497.
14) A. L.R. a. a. O. §§. 586, 587, 589—594. — Schles. Arch. Bd. I, S. 366.
15) A. L.R. a. a. O. §. 588. Eine willkürliche Bestimmung.

Frau, wenn diese auf das Miteigenthum Anspruch macht, unbedingt erstattet verlangen[15a]). Behält der Mann das Grundstück gegen Zahlung des Anschlagswerths, so kommen die Verbesserungen nicht mit in Anschlag, oder sie müssen besonders vergütet werden; Zuwüchse aber werden als besondere eingebrachte Gegenstände betrachtet[16]); auf Verringerungen wird kein Abzug von dem angeschlagenen Werthe gestattet, ausgenommen wenn ein Bestandtheil des Grundstücks ohne grobes oder mäßiges Versehen des Mannes verloren gegangen[17]). VIII. Wegen der Früchte des Jahres, in welchem der Nießbrauch aufhört, wird es ebenso gehalten wie bei dem gemeinen Nießbrauche; es sollen aber bei der Berechnung der zu theilenden Einkünfte eines Landguts auch die Zinsen von nicht eingetragenen giltigen Schulden der Frau, wenn solche aus den Einkünften des übrigen Eingebrachten nicht bezahlt werden können, in Ausgabe kommen; auch soll in dem vorhandenen Hause der überlebende Ehegatte noch bis zum Ablaufe des nächstfolgenden Vierteljahres frei wohnen dürfen[18]).

§. 755.

B. Vorbehalt.

Das Verhältnis des Vorbehalts[1]) besteht, insofern als gewisse Vermögensstücke von Rechts wegen für vorbehalten gelten, allemal neben dem Eingebrachten. I. Durch das Gesetz wird für vorbehalten erklärt: 1) Alles was nach seiner Beschaffenheit ausschließlich zum Gebrauche der Frau bestimmt ist[2]), mit der Ausnahme, daß dasjenige, was die Frau an Kostbarkeiten zur Pracht von dem Manne erhalten hat, nur für geliehen gilt, wenn nicht ausdrücklich das Eigenthum auf sie übertragen worden ist[3]); 2) die der Frau bei Schlie-

15a) Vergl. Pr. des Obertrib. vom 22. Januar 1851 (Entsch. Bd. XX, S. 250).

16) A. L.R. a. a. O. §§. 602, 607, 609, 610.

17) Ebend. §. 608. Der Rechtsgrundsatz, welcher es mit sich bringt, daß Vermehrungen (Anwüchse) und Verminderungen der Substanz ungleich behandelt werden, ist unbekannt.

18) Ebend. §§. 614—617. (3. A.) Es werden also auch die Lasten und die Erhaltungskosten von den Erben zu tragen sein.

1) Ueber die Frage: inwiefern das Institut neu sei, s. Klein, Annalen, Bd. XXV, S. 172, welcher dasselbe für neu erfunden hält; dagegen erklärt ein R. vom 5. März 1798 diese auch von dem Kammergericht geäußerte Meinung für irrig (Stengel, Bd. VI, S. 89, und Rabe, Bd. V, S. 62). Das Wahre ist, daß die zur Bekleidung und auch wohl zum Putz der Frau gewidmeten Sachen thatsächlich nicht unter der Verfügung des Mannes gewesen und bei der Sichtung gewöhnlich vorweg ausgenommen worden sind.

2) A. L.R. II, 1, §§. 206, 314, 315.

3) Ebend. §. 316. Mündliche Uebertragung des Eigenthums genügt.

ßung der Ehe von dem Manne versprochene Morgengabe [4]). II. Was sonst vorbehalten sein soll, muß dazu durch Vertrag bestimmt werden, was beliebig vor oder nach Vollziehung der Ehe geschehen kann und so wenig beschränkt ist, daß selbst das ganze Vermögen vorbehalten werden darf. Vor der Ehe genügt dazu die Form der Eheverlöbnisse (§. 747), während der Ehe kann der Vertrag giltig nur gerichtlich, mit Zuziehung eines Beistandes für die Frau geschlossen werden [5]). III. Ueber die zum Vorbehalte gehörigen Gegenstände hat die Frau in der Regel freie Verfügung; sie gilt insoweit für selbständig und kann diesen Theil ihres Vermögens, ohne Einwilligung des Mannes, mit Schulden belasten, die jedoch nur so weit giltig sind, als die Hypothek oder das Pfand reicht: persönlich ist die Frau nicht verbindlich geworden [6]). Ausnahmen von der freien Selbständigkeit der Frau gelten: a) bei Kostbarkeiten und andern bloß zur Pracht bestimmten Sachen, zu deren Veräußerung oder Verpfändung die Einwilligung des Mannes erforderlich ist, die jedoch auch stillschweigend gegeben werden kann, wenn er von dem beabsichtigten Geschäfte Vorbewußtsein hat [7]); b) bei entstehendem Verdachte eines unwirthschaftlichen Betragens, in Ansehung des gesetzlich vorbehaltenen Vermögens: hier kann der Mann ihm geeignet scheinende Maßregeln treffen [8]). In Ansehung des vertragsmäßigen Vorbehalts kann nur in Folge richterlicher Verschwendungserklärung die Frau eingeschränkt werden [9]). IV. Ueberträgt die Frau dem Manne die Verwaltung des Vorbehalts, so entsteht unter ihnen dasselbe Verhältnis wie in Ansehung des Eingebrachten; in Beziehung auf Dritte aber, namentlich bei der Concurrenz mit andern Gläubigern des Mannes, hat die Frau wegen dieser Forderungen kein Vorrecht [10]); mischt der Mann sich ohne oder wider den Willen der Frau ein, so wird er wie ein unredlicher Besitzer behandelt [11]).

---

4) Ebend. §. 207. Vergl. Conc.Ordn. vom 8. Mai 1855, §. 89, Abs. 2.

5) Ebend. §§. 208, 209. Eigentlich sollte hierbei die zur Sicherung der Frau vorgeschriebene Formalität entbehrlich sein, da dergleichen Verträge nur den Vortheil der Frau bezwecken, wenigstens nach der gewöhnlichen Absicht der Parteien.

6) Ebend. §§. 221, 222, 230, 318, 319, 619.

7) Ebend. §. 223. — Das bloße Vorbewußtsein ist ein sehr zweifelhaftes Zeichen von Einwilligung.

8) Ebend. §. 224. Dabei hat man wohl an putzsüchtige Frauen gedacht, die neue Kleider ein oder ein paarmal anziehen und dann auf den Trödel schicken.

9) Ebend. §§. 225—227. Wodurch die Unterscheidung begründet wird, weiß man nicht.

10) Ebend. §§. 221, 547. Conc.Ordn. §. 80, Abs. 2.

11) A. L.R. a. a. O. §§. 545, 546. — Eigentlich ist hier Geschäftsführung ohne Auftrag. (3. A.) Ein Vorrecht im Concurse steht der Frau dieserhalb nicht zu.

§. 756.

C. Erbschatz.

A. L.R. II, 1, §§. 276—309, 540—542, 761—765, 778—782; II, 2, §§. 294—299.

Der Erbschatz ist eine neue Erfindung und daher ungebräuchlich. Er ist eine Art Fideicommiß, welches ein Dritter den aus der Ehe zu hoffenden Kindern bestellt, also ungefähr das, was im R. R. die Dos, welche ein Fremder gibt, ist, nur mit der Abweichung, daß die Substanz den Kindern aufbehalten werden soll[1]). Die Bestellung muß schriftlich geschehen, ohne Unterschied der Summe[2]). Während der Ehe hat daran der Mann die Rechte wie an dem Eingebrachten, wenn der Besteller nicht etwas anderes bestimmt; bei der Trennung der Ehe fallen sie an den überlebenden oder unschuldigen oder, wenn kein Theil schuldig ist, an beide geschiedene Ehegatten; auch das Eigenthum erhält derselbe, wenn keine Kinder vorhanden sind[3]). Der Besteller kann mit Zustimmung der Eheleute den Erbschatz in Eingebrachtes oder in Vorbehalt der Frau verwandeln, aber die Eheleute allein können darüber keine Verfügung treffen, wenn Kinder vorhanden oder noch zu erwarten sind, ausgenommen zu deren Ausstattung bis auf die Hälfte[4]). Sind keine Kinder vorhanden und auch nicht mehr zu erwarten, so können die Eheleute den Erbschatz, nach dem Tode des Bestellers, aufheben[5]). Soll außerdem damit, nach dem Abgange des Bestellers, eine Veränderung vorgenommen werden, so müssen die großjährigen Kinder oder, wenn dergleichen nicht vorhanden, ein den Minderjährigen oder, wenn noch keine Kinder da sind, dem Erbschatze zu bestellender Curator zugezogen werden[6]). In dem Vermögen des Mannes hat der Erbschatz mit dem Eingebrachten gleiche Vorrechte; beide werden im Falle der Unzulänglichkeit der Masse verhältnismäßig berichtigt[7]).

---

1) A. L.R. a. a. O. §§. 276—279, 298; II, 2, §§. 295—299. — Suarez, Vorträge, in den Jahrb. Bd. XLI, S. 113. — Anm. im Entw. Th. I, Abth. 1, S. 65. — Klein, Annalen, Bd. XXIII, S. 190 ff. — Amelang und Gründler, Arch., Bd. I, S. 49.

2) A. L.R. a. a. O. §§. 281—285, 291—293, 296, 297, 308.

3) Ebend. §§. 286—289, 761—765, 778—782.

4) Ebend. §§. 294, 298, 299. (3. A.) Mit Zustimmung der Kinder findet jede Veränderung statt. Anm. 6.

5) Ebend. §. 300. Das Eigenthum fällt dann an beide Eheleute.

6) Ebend. §§. 301, 305, 306. (3. A.) Der Curator müßte den unbekannten Berechtigten bestellt werden.

7) Ebend. §§. 303, 304; Conc.Ordn. §. 80, Abs. 2, §§. 85, 61, 62.

D. Gütergemeinschaft.

A. L.R. II, 1, §§. 345—433, 634—664, 755—758. — Christian Ludwig Runde, deutsches eheliches Güterrecht. 8. Oldenburg 1841. — G. Phillips, die Lehre von der ehelichen Gütergemeinschaft, mit besonderer Rücksicht auf preuß. provinzielles und allgemeines Recht dargestellt. 8. Berlin 1830. — Deiters, die eheliche Gütergemeinschaft, nach dem Münster'schen Provinzialrecht, dem Preuß. Landrechte, und ihre Verhältnisse zueinander. 8. Bonn 1831. — Hasse, Revision der Theorie von der ehelichen Gütergemeinschaft nach dem deutschen Privatrechte. 8. Kiel 1808. — Scherer, die verworrene Lehre von der Gemeinschaft der Güter unter den Eheleuten, systematisch bearbeitet. 2 Thle. 8. Mannheim 1799, 1800. — Lange, die Rechtslehre von der Gemeinschaft der Güter unter den deutschen Eheleuten, zu Latein communio bonorum conjugalis genannt, aus den echten Quellen und nach unverwerflichen Grundsätzen erläutert. 4. Baireuth 1766. — Ueber die preuß. provinziellen Güterrechte der Eheleute: A. v. Kamptz, die Provinzial- und statutarischen Rechte der preuß. Monarchie. 3 Bde. Berlin 1826—1829.

§. 757.

1. Entstehung.

Die eheliche Gütergemeinschaft[1]) entsteht entweder von Rechts wegen dadurch, daß die Eheleute ihren ersten Wohnsitz an einem Orte nehmen, wo die Gemeinschaft nach Provinzialrechte oder Statuten hergebracht ist, oder durch Vertrag[2]). I. Hinsichtlich der von selbst eintretenden (gesetzlichen) Gemeinschaft gelten folgende Regeln: 1) Die bloß statutarische Gütergemeinschaft, im Gegensatze zu der provinziellen, bezieht sich nur auf solche Eheleute, welche für ihre Person der Gerichtsbarkeit der ordentlichen Ortsobrigkeit nach ursprünglicher Verfassung unterworfen waren, also weder auf ehemalige Eximirte, noch auf solche, welche durch spätere Erweiterung der Gerichtsbarkeit unter dieselbe gekommen sind[3]). 2) Haben die Eheleute von Anfang eine doppelte persönliche Gerichtsbarkeit mit verschiedenen Güterrechten, so bestimmt sich das Güterverhältnis un-

1) Ueber das der landrechtlichen Gütergemeinschaft unterliegende Princip s. oben §. 750, I.

2) A. L.R. II, 1, §§. 345, 350. Nach manchen Statuten, z. B. nach Lüb. R., auch nach Wenzeslaus K.R. Art. 3, entsteht mit der Eingehung der Ehe eine durch die Geburt eines Kindes bedingte eheliche Gütergemeinschaft. Pr. 611 (Plenarbeschl.), vom 18. Februar 1839. — Pr. 1036, vom 27. August 1841. Der Anfangspunkt ist wichtig.

3) A. L.R. a. a. O. §. 346. — Verordn. vom 2. Januur 1849, §. 15. Bisweilen ist es zweifelhaft: ob ein Recht die Bedeutung eines Provinzial- oder eines Ortsrechts (Statuts) hat, wie z. B. bei dem Danziger Rechte der Fall war. Dieses ist für die Stadt ein Statut und für den Landbezirk ein Provinzialrecht. C.O. vom 29. Mai 1833 (Jahrb. Bd. XLI, S. 569). Ebenso das Culmische, R. vom 26. Juli 1806 (Mathis, Bd. X, S. 295; Rabe, Bd. VIII, S. 638).

ter ihnen folgendergestalt: a) Gilt an dem einen Orte Gütergemeinschaft und an dem andern nicht: so leben die Eheleute nicht in Gütergemeinschaft; b) ist an dem einen Orte allgemeine Gütergemeinschaft, an dem andern nur Gemeinschaft des Erwerbes: so gilt unter den Eheleuten die letztere; c) gilt an beiden Orten eine gleichartige Gemeinschaft, aber nach verschiedenen Bestimmungen: so werden die Verhältnisse der Eheleute nach demjenigen der beiden Ortsrechte beurtheilt, dessen Bestimmungen mit den Grundsätzen des A. L.R. am meisten übereinkommen [4]). 3) Die Veränderung des Wohnorts oder Gerichtsstandes ist ohne Einfluß auf das einmal begründete Güterverhältnis. Ist dieses nicht Gütergemeinschaft, und die Eheleute verlegen ihren Wohnsitz an einen Ort, wo Gütergemeinschaft unter Personen ihres Standes gilt: so müssen sie das unter ihnen bestehende getrennte Verhältnis durch den Richter öffentlich bekannt machen lassen, sonst werden sie Dritten gegenüber nach den Regeln der Gütergemeinschaft beurtheilt [5]). Leben die Eheleute umgekehrt in Gütergemeinschaft und verlegen sie ihren Wohnsitz an einen Ort, wo keine Gütergemeinschaft allgemein gilt: so muß die Ehefrau die einseitigen Verfügungen des Mannes, redlichen Dritten gegenüber, gelten lassen [6]). 4) Steht einer der Ehegatten bei Eingehung der Ehe unter Vormundschaft, so bleibt die Gemeinschaft bis zu Ende der Vormundschaft ausgesetzt. Binnen drei Monaten nach Aufhebung der Vormundschaft hat der bevormundet gewesene Ehegatte die Wahl: ob er die Gemeinschaft eintreten lassen will oder nicht (§. 805, II, 2). Erklärt er sich für die Gemeinschaft, oder erklärt er sich binnen drei Monaten gar nicht: so ist die Gemeinschaft in Beziehung auf Dritte (gegen den andern ist auch eine spätere Erklärung wirksam) mit rückwirkender Kraft bis auf den Anfang der Ehe eingetreten. Erklärt er sich für die Ausschließung und erfolgt die gehörige Bekanntmachung (§. 758): so wird die Gemeinschaft als von Anfang der Ehe ausgeschlossen angesehen [7]). Wird die Ehe, während der dreimonatlichen Bedenkzeit, vor erfolgter Erklärung, durch Tod oder Scheidung ge-

4) A. L.R. a. a. O. §§. 347—349. Die Frage in dem dritten Fall kann zweifelhaft sein.

5) Ebend. §§. 351—353, 416, 417. Auch Juden nach Gewinnung des Staatsbürgerthums. Schles. Archiv, Bd. I, S. 544, und Entsch. des Obertrib. Bd. II, S. 234. — M. Schrift über die Juden im preuß. Staate, S. 191. Dieser Grundsatz bezieht sich nicht auf adliche oder sonst eximirte Eheleute, vorausgesetzt daß in dem neuen Wohnorte nicht solche provinzielle Gütergemeinschaft obwaltet, welcher auch eximirte Eheleute unterworfen sind. Pr. 1138, vom $\frac{22}{30}$. April 1842.

6) Pr. 1730, vom 28. März 1846 (Entsch. Bd. XIII, S. 297).

7) A. L.R. II, 18, §§. 782—792, 794. — Pr. 631, von 1839.

trennt: so gilt Gütergemeinschaft [8]). II. Durch Vertrag kann die Gütergemeinschaft da, wo sie nicht hergebracht ist, eingeführt werden: a) in der Regel nur vor Vollziehung der Ehe, b) ausnahmsweise während der Ehe bei der Verlegung des Wohnsitzes an einen Ort, wo Gütergemeinschaft gilt. Der Vertrag muß in allen Fällen gerichtlich, gleichviel vor welchem inländischen Gerichte, aufgenommen oder anerkannt werden, und die Braut oder Frau muß in Beistande ihres Vaters oder eines ihr zugeordneten rechtsverständigen Beistandes handeln [9]). Die richterliche Confirmation des Vertrags ist nicht mehr erforderlich [10]).

§. 758.

2. Aufhebung oder Ausschließung.

Die gesetzliche Gütergemeinschaft kann mit rechtlicher Wirkung gegen Dritte in der Regel durch Vertrag nur vor Vollziehung der Ehe ausgeschlossen, bezüglich auf die Eheleute selbst aber zu jeder Zeit, und die vertragsmäßige kann auch in Beziehung auf Dritte während der Ehe aufgehoben werden [1]). Auf einseitigen Antrag findet die Aufhebung nach Vollziehung der Ehe für die Zukunft statt: 1) innerhalb der ersten zwei Jahre, wenn der andere mehr Schulden als Vermögen in die Ehe gebracht, und wenn er bei der Gemeinschaft des Erwerbs Schulden und kein eigenthümliches Vermögen eingebracht hat [2]); 2) wenn der eine Ehegatte in Concurs kommt und der andere abgehen will [3]). Verträge über die Ausschließung der Gemeinschaft vor Vollziehung der Ehe erfordern dieselbe Form wie die über die Einführung (§. 757, II), nur ist dazu ein Beistand für eine selbständige Braut nicht erforderlich; nach Vollziehung

---

8) A. L.R. a. a. O. §. 797. — Es ist auch hier eine von Anfang der Ehe eingetretene, aber durch die Nichtausschließung bedingte Gütergemeinschaft anzunehmen. Vergl. oben Note 2.

9) A. L.R. a. a. O. §§. 354—358. — Ges. vom 20. März 1837 (G.S. S. 63).

10) §. 3 dess. Gesetzes, wodurch der §. 76 des Anh. zum A. L.R. in dieser Hinsicht aufgehoben ist.

1) A. L.R. a. a. O. §§. 412—414, 418, 419. — Für Schlesien war die Aufhebung für die Zukunft durch das Gesetz vom 11. Juli 1845, §. 8 bis zum 1. Januar 1847 gestattet.

2) A. L.R. a. a. O. §§. 392, 410. — Eine solche in Antrag gebrachte und erfolgte, auch gehörig bekannt gemachte Vermögensabsonderung steht, auch wenn außer der Absonderung die Aufhebung der Gütergemeinschaft nicht ausdrücklich vereinbart worden, nicht nur den vorehelichen Gläubigern des überschuldeten Theils, sondern auch denjenigen Gläubigern desselben entgegen, deren Forderungen nach der Bekanntmachung der Absonderung entstanden sind. Pr. 1957, vom 19. November 1847 (Entsch. XVI, 226).

3) A. L.R. a. a. O. §. 421.

der Ehe muß die Frau auch hierbei einen geschäftskundigen Beistand haben[4]). Für die Eheleute ist der vor Vollziehung der Heirath geschlossene Vertrag von Anfang der Ehe, und die während der Ehe beliebte Aufhebung der Gemeinschaft von Zeit der Erklärung an wirksam; in Ansehung eines Dritten aber, hinsichtlich der erst während der Ehe entstandenen Schulden[5]), von der erlangten Wissenschaft oder, wenn eine frühere nicht bewiesen werden kann, von Ablauf einer Zeit von vier Wochen nach der ersten öffentlichen Bekanntmachung an, welche innerhalb dieser vier Wochen dreimal in den Intelligenzblättern oder Zeitungen der Provinz geschehen muß[6]). Unter der Provinz wird der Obergerichtsbezirk verstanden[7]); die Bekanntmachung in einer Zeitung, die zwar in der Provinz, aber nicht an einem Orte, der mit dem Wohnorte der Eheleute in demselben Obergerichtsbezirke liegt, ausgegeben wird, ist unwirksam[8]). In dem Falle hat die Bekanntmachung rückwirkende Kraft bis zum Anfange der Ehe, wenn die Ausschließung vor der Heirath geschehen und binnen vier Wochen von Schließung der Ehe angerechnet bei dem Richter des ersten Wohnorts auf die öffentliche Bekanntmachung angetragen wird, und diese innerhalb anderer vier Wochen nach dem Antrage vorschriftsmäßig erfolgt[9]). Verlegen die Eheleute nach Ausschließung der Gütergemeinschaft an einen Ort, wo Gütergemeinschaft gleichfalls stattfindet, so muß dort die Bekanntmachung wiederholt werden, wenn auch die Bekanntmachung an diesem Orte nach vollzogener Heirath bereits erfolgt sein sollte[10]). Bei Kaufleuten in Handelsstädten muß die Bekanntmachung noch an der Börse oder durch die Vorsteher der Corporation, wo die eine oder andere Anstalt besteht, und bei zünftigen Handwerkern durch die Zunftältesten hinzukommen, und bei allen Grundstücken der Eheleute muß die

4) Ebend. §. 422. — Ges. vom 20. März 1837, §. 1.

5) In Beziehung auf voreheliche Schulden hat es volle Wirkung. Pr. 1163, vom 18. Juni 1842 (Entsch. Bd. VII, S. 384).

6) A. L.R. a. a. O. §§. 422—433. An die Stelle der Intelligenzblätter tritt da, wo diese fehlen, der öffentliche Anzeiger des Regierungsamtsblatts. Ges. vom 21. December 1849 (G.S. S. 411).

7) Vergl. Gesetz vom 15. Februar 1840, §. 10, Nr. 2 (G.S. S. 21).

8) A. L.R. I, 9, §. 622. — Entsch. des Obertrib. Bd. VII, S. 387.

9) Ges. vom 20. März 1837, §. 4. Ist die Bekanntmachung nicht innerhalb dieser acht Wochen, sondern erst später bewirkt, so verliert die Ausschließung der Gemeinschaft an sich nicht ihre Kraft; sie äußert aber in Ansehung der von den Eheleuten mit einem Dritten in der Zwischenzeit von Eingehung der Ehe an bis zur Bekanntmachung vorgenommenen Rechtsgeschäfte in Beziehung auf diesen Dritten keine Wirkung. Pr. 1950, vom 28. October 1847.

10) (Z. A.) A. L.R. II, 1, §. 426. — Pr. des Obertrib. vom 16. März 1855 (Entsch. Bd. XXX, S. 132).

Ausschließung der Gemeinschaft im Hypothekenbuche vermerkt werden[11]).

§. 759.

3. Rechtsverhältnisse in der Gemeinschaft.

I. Bei der allgemeinen Gütergemeinschaft gilt folgendes: 1) Der Mann hat die Verwaltung; will er aber Grundstücke und Gerechtigkeiten oder solche Capitalien, welche auf den Namen der Frau, ihres Geschenkgebers oder Erblassers, oder auf den Namen beider Eheleute geschrieben sind, veräußern oder verpfänden: so ist dazu die schriftliche Einwilligung oder Mitwirkung der Frau oder des ergänzenden Vormundschaftsgerichts nothwendig[1]); auch kann die Frau durch ihren, gegen den betroffenen Dritten auch nur mündlich geäußerten Widerspruch jede andere bevorstehende an sich giltige Verfügung des Mannes, bis zur erfolgenden Ergänzung der Einwilligung durch das Vormundschaftsgericht, hemmen[2]). Der Mangel der Einwilligung macht die Handlung in diesen Fällen ungiltig und begründet die Vindicationsklage noch während der Ehe selbst für den Mann[3]). 2) Die von dem Manne während der Ehe gemachten Schulden belasten das gemeinschaftliche Vermögen, auch die Schenkungen des Mannes gelten in der Regel zur Belastung der Gemeinschaft, doch kann die Frau dieselben in den Fällen widerrufen, wo ihr, wenn sie selbst die Schenkung gemacht hätte, der Widerruf zustehen würde[3a]), und nach getrennter Ehe kann sie, wenn das Vermögen durch reine Schenkungen des Mannes soweit erschöpft ist, daß sie ihr Eingebrachtes nicht zurückerhalten kann, soviel davon erforderlich, zurückfordern, auch werden die einseitigen Schenkungen, bei der Auseinandersetzung, auf den Antheil des Mannes angerechnet[4]); ferner dürfen wegen dieser einseitigen Schulden die von

11) A. L.R. II, 1, §§. 423, 424. Die Folge der Unterlassung der Eintragung ist Wirkungslosigkeit der Ausschließung gegen einen Dritten. §. 430 d. T.

1) A. L.R. a. a. O. §§. 377—380, 388. — Entsch. des Obertrib. Bd. X, S. 170. Pr. 1847 (Plenarbeschl.) des Obertrib. vom 22. März 1847 (J.M.Bl. S. 308 und Entsch. Bd. XIV, S. 44).

2) A. L.R. a. a. O. §. 387. (3. A.) Die wirkende Ursache ist hier die mala fides, in welche der Dritte durch die Eröffnung seitens der Frau gesetzt wird. Dazu bedarf es keines Formalacts.

3) Schles. Arch. Bd. IV, S. 41 flg. Gutachten des Obertrib. vom 24. Aug. 1840 (Just.M.Bl. S. 371). Vergl. Pr. vom 18. Juni 1850 (J.M.Bl. 1851, S. 282).

3a) (3. A.) A. L.R. a. a. O. §. 381. Nach altem Recht sollte jede in fraudem uxoris geschehene Schenkung von der Frau aufgerufen werden können. Entsch. der Gesetzcommission vom 22. Juli 1790 (Rabe, Bd. XIII, S. 202).

4) A. L.R. a. a. O. §§. 380—383. Auch noch während der Ehe wird die Frau widerrufliche Schenkungen anfechten können, wenn Minus eintritt, weil sie Sicherstellung von dem Manne fordern kann. Die Verschiebung bis nach der Ehe-

der Frau eingebrachten Grundstücke und Gerechtigkeiten erst dann angegriffen werden, wenn das übrige Vermögen unzureichend ist und die Subhastation kann wegen des ganzen zum gemeinschaftlichen Vermögen gehörigen Grundstücks nachgesucht werden, wenn auch das Urtel nicht gegen die Ehefrau gerichtet ist[5]). Dadurch, daß der Mann durch Schuldenmachen das gemeinschaftliche Vermögen giltig belasten kann, ist die Bestimmung, daß er nur mit Zustimmung der Frau soll giltig verpfänden können, unwirksam gemacht: der Gläubiger kann im Wege der Execution das Hypothekenrecht erlangen. Diese Befugnis des Ehemanns zur Verfügung über das gemeinschaftliche Vermögen schließt jedoch die Klage der Ehefrau, wegen Simulation der von dem Ehemanne einseitig getroffenen Verfügung, gegen diesen und den vorgeblichen Gläubiger nicht aus[5a]). 3) Die erlaubten Handlungen der Frau während der Ehe verpflichten die Gemeinschaft nur unter eben den Voraussetzungen, unter welchen eine in getrennten Gütern lebende Ehefrau ihren Mann verbindlich macht[6]). 4) Unerlaubte Handlungen der Frau ebenso wie des Mannes belasten mit dem Schadenersatze, den Geldstrafen und Untersuchungskosten das gemeinschaftliche Vermögen, doch wird diese Schuld, bei der künftigen Auseinandersetzung, auf den Antheil des Schuldigen angerechnet, und die von dem Unschuldigen eingebrachten Grundstücke und Gerechtigkeiten dürfen nur subsidiarisch angegriffen werden[7]). 5) Voreheliche Schulden eines jeden der beiden Ehegatten werden gleichfalls gemeinschaftlich[8]), ausgenommen wenn innerhalb der ersten zwei Jahre die Absonderung eintritt (§. 758), oder wenn die Ausschließung der Gütergemeinschaft auch nur in Ansehung der Eheleute wirksam ist[9]). II. Ist durch Gesetz oder

trennung könnte leicht ihr Recht vereiteln. Der Einwand, daß die Vermögensumstände des Mannes sich bis zur Ehetrennung wieder bessern können, ist durch das bereits gegenwärtig vorhandene Recht der Frau gegen den Mann auf Sicherstellung ausgeschlossen.

5) A. L.R. a. a. O. §§. 380, 386, 391. Pr. 803, vom 23. Dec. 1839.

5a) Pr. des Obertrib. 551, von 1838. Auch aus andern Nichtigkeitsgründen muß die Frau ein nichtiges Geschäft angreifen können.

6) A. L.R. a. a. O. §. 389. — S. oben §. 572, Nr. II, 2.

7) A. L.R. a. a. O. §§. 384—386, 390. — Der Schadenersatz ist nicht genannt, nach dem Princip muß jedoch davon eben das gelten, was von Kosten und Geldstrafen.

8) A. L.R. a. a. O. §. 391. Nach der Parömie: Wer dem Manne trauet, trauet den Schulden, oder: qui épouse femme, épouse ses dettes. Eisenhardt, Sprichwörter, II, 16, §. 3. — Hertii Opusc. Tom. III, L. 1, paroem. 69, 70. — Schles. Arch. Bd. I, S. 142 ff. — Die Execution in das ganze gemeinschaftliche Grundstück findet auch wegen solcher Schulden selbst dann statt, wenn das Urtel nicht mit gegen die Ehefrau gerichtet ist. Pr. 803, vom 23. December 1839.

9) Entsch. des Obertrib. Bd. VII, S. 384.

Vertrag nur eine Gemeinschaft des Erwerbs eingeführt, so gelten von dem Erwerbe im allgemeinen dieselben Regeln wie bei der allgemeinen Gütergemeinschaft von dem ganzen Vermögen [10]). Ausgeschlossen von der Gemeinschaft sind unter den Erwerbungen während der Ehe: Erbschaften, Vermächtnisse, reine Schenkungen; jeder andere Erwerb durch Glücksfall, namentlich Lotteriegewinn und gefundene Schätze, fallen in die Gemeinschaft [11]). Bei der Auseinandersetzung wird vermuthet [12]), daß alles, was in dem bei Anfang der Ehe aufgenommenen Vermögensverzeichnisse nicht angegeben ist, zum Erwerbe gehöre; ist kein Verzeichnis aufgenommen, so wird vermuthet, daß bei Schließung der Ehe nichts vorhanden gewesen [13]).

§. 760.

4. Rechte bei der Auflösung der Ehe.

Mit der Auflösung der Ehe nimmt die eheliche Gütergemeinschaft ein Ende [1]). I. Wird die Ehe durch den Tod des einen getrennt, so wird das der Gemeinschaft unterworfen gewesene Ganze in zwei Theile gelegt; die eine Hälfte ist des Ueberlebenden Eigenthum, die andere die Verlassenschaft des Verstorbenen [2]). In der Zwischenzeit von der Beendigung der ehelichen Gütergemeinschaft bis zur Auseinandersetzung des Ueberlebenden mit den Erben des Verstorbenen ist das Verhältnis eine zufällige Gemeinschaft (Miteigenthum, communio incidens) [3]), wie unter Erben, und zwar ohne Unterschied der Fälle, so daß auch dann, wenn der Ueberlebende mit seinen und des Verstorbenen gemeinschaftlichen Kindern in der Gemeinschaft bleibt (communio prorogata), das Verhältnis

10) A. L.R. a. a. O. §§. 406—411. (3. A.) Wegen der von dem Ehemanne einseitig während der Gemeinschaft des Erwerbes contrahirten Schulden kann die Person der Frau oder deren Sondergut gar nicht in Anspruch genommen werden. Pr. des Obertr. vom 25. Februar 1850 (Entsch. Bd. XIX, S. 403).

11) A. L.R. a. a. O. §§. 402—405. Die Ausbeute eines Bergwerks aber wird nicht zum gemeinschaftlichen Erwerbe gehören, sondern nur die Zinsen davon, aus demselben Grunde, aus welchem der Nießbraucher darauf keinen Anspruch hat. Pr. 1686, vom 22. Januar 1846. S. oben §. 320.

12) Der Gegenbeweis ist also zulässig. Nach dem code civil, Art. 1499, gilt hier in Beziehung auf das Verhältnis der Eheleute zu Dritten eine praesumtio juris et de jure.

13) A. L.R. a. a. O. §§. 396—401. Jeder muß also seine entgegengesetzte Behauptung beweisen. (3. A.) Nur uneigentlich wird hier eine Vermuthung ins Spiel gebracht; die allgemeinste Beweisregel reicht vollkommen aus.

1) A. L.R. a. a. O. §§. 634, 635, 732, 743, 755, 811.

2) Ebend. §§. 637, 638; II, 2, §§. 366—377, 519, 520. Wegen der Annahme der einzelnen Gegenstände, besonders der Grundstücke, kommen die bei der Dotalehe (§. 754) geltenden Grundsätze zur Anwendung. §. 648 d. T.

3) Ebend. §§. 653—656.

nicht die frühere eheliche Gütergemeinschaft sondern die communio incidens ist[4]). Der Hinterbliebene, welcher bloß mit gemeinschaftlichen Kindern zu thun hat, kann in diesem Verhältnisse bleiben und bis zur Auseinandersetzung Besitz und Verwaltung behalten, bis er sich wieder verheirathet, oder die Töchter heirathen und die Söhne einen eigenen Haushalt gründen wollen, oder bis er der Verschwendung oder sonst einer schlechten Verwaltung verdächtig wird, oder bis bei dem Vater ein Fall eintritt, wo die Sicherstellung des Vermögens seiner Kinder nothwendig ist[5]). Abgefundene Kinder aus einer frühern Ehe des Verstorbenen (§. 843) können nicht auf Auseinandersetzung antragen[5a]). Folgen davon, daß mit der Trennung der Ehe die eheliche Gütergemeinschaft aufhört und eine zufällige Gemeinschaft eintritt, sind: daß der hinterbliebene Ehegatte Rechnung legen muß; daß neue Erwerbungen, welche nicht durch An- und Zuwüchse oder durch die Verwaltung entstehen, insbesondere Erbschaften, Vermächtnisse, Geschenke, Glücksfälle des einen oder andern Miteigenthümers, selbst auch solche Erwerbungen, welche der Ueberlebende zwar mit aus der Gemeinschaft entnommenen Mitteln, aber doch für sich selbst macht, nicht in die Gemeinschaft fallen[6]). Bei der Abschichtung der Kinder, wodurch die bis dahin seit Auflösung der Ehe bestandene communio incidens endgiltig aufhört, hat der überlebende Ehegatte das Recht, die Grundstücke, wie bei der Dotalehe (§. 754), für eine von der Gesamtheit oder der Mehrzahl der Erben zu setzende Taxe anzunehmen[6a]); und der überlebende Ehemann kann, wenn in dem mit seinen minorennen Kin-

4) Darüber sind die Meinungen getheilt. Das Gutachten der Gesetzcommission vom 17. April 1805 (N. Arch. Bd. IV, S. 18 ff.; Rabe, Bd. VIII, S. 278) will eine Fortsetzung der ehelichen Gütergemeinschaft sehen. Aber ohne Ehe gibt es keine eheliche Gütergemeinschaft; die Rechtsbestimmungen kennen ein solches anomalisches Verhältnis nicht und das Gutachten beruht auf willkürlichen Annahmen. Vergl. Witte, preuß. Intestaterbrecht, S. 103, 104; und R. vom 22. Januar 1843 (Just.Min.Bl. S. 30). Der §. 410, Tit. 18, Th. II A.L.R., auf welchen man sich auch beruft, bestimmt durchaus nicht die rechtliche Natur des Verhältnisses, sondern nur den Fall, wo es eintreten kann. Vergl. auch das Erk. des Obertrib. vom 5. Januar 1853 (Entsch. Bd. XXV, S. 88).

5) A. L.R. II, 18, §§. 410—414, 35, 36. Vergl. das eben gedachte Gutachten vom 17. April 1805.

5a) A. L.R. II, 1, §§. 639, 644. — Nur die Ausmittelung ihres Erbtheils, nicht die Auseinandersetzung, können sie verlangen, den Genuß aber behält der Ueberlebende lebenslang. §§. 645, 646, 649—653 das. Doch nur dann, wenn er lediglich aus der Gemeinschaft Theil an der Masse hat, nicht aber auch dann, wenn er die Erbschaft aus dem Testamente des Verstorbenen angetreten hat. Pr. 125 d, vom 5. Januar 1843 (Entsch. VIII, 313).

6) A. L.R. a. a. O. §§. 657—660. Nach dem Gutachten (Note 4) erscheint solches als etwas unzusammenhängendes und willkürliches.

6a) A. L.R. §. 648 d. T. Pr. des Obertrib. vom 29. November 1850 (Entsch. Bd. XX, S. 261).

dern zu theilenden Vermögen ein von ihm bei Eingehung der Ehe eingebrachtes Grundstück vorhanden ist, dieses Grundstück zum Alleineigenthum für den Erwerbungspreis und gegen Uebernahme der Verbindlichkeit annehmen, daß er bei einem Verkaufe desselben das Mehr (Pluspretium) des Kaufgeldes nachträglich mit den Kindern theilen wolle [6b]). Die dadurch gegründete Forderung der Kinder ist eine bedingte, künftige Forderung von ungewissem Betrage, welche ganz wegfällt, wenn nicht die Bedingung vor dem Tode des Annehmers eingetreten ist; der bei der Theilung seines Nachlasses vereinbarte höhere Ueberlassungspreis kommt daher in dieser Hinsicht nicht in Betracht [6c]). II. Bei eintretender Scheidung gilt folgendes: 1) Ist keinem der geschiedenen Eheleute ein Uebergewicht der Schuld beigemessen, so nimmt jeder das Eingebrachte und das ihm in der Ehe zufällig Erworbene zurück, und das übrige wird gleichmäßig getheilt [7]). Für den Fall der Einbuße fehlen Bestimmungen. Die allgemeinen Grundsätze ergeben folgende Regeln: a) Die eingebrachten Schulden nimmt ein jeder für seinen Theil zurück. b) Die während der Ehe entstandenen gemeinschaftlichen Schulden werden von der zur Theilung kommenden Errungenschaft abgezogen und beziehlich berichtigt; soweit dieselbe unzureichend ist, werden die Schulden getheilt. c) Ist das Gesamtvermögen auch zur Zurücknahme oder Erstattung des Eingebrachten unzureichend, so muß die Einbuße zusammengerechnet und gleichmäßig getheilt werden. d) Die Rechte der Gemeinschaftsgläubiger werden durch dieses Verhältnis der gewesenen Eheleute und deren Auseinandersetzung nicht geändert [8]). 2) Fällt dem einen ein Uebergewicht der Schuld zur Last, so hat der Schuldlose die Wahl zwischen derselben Auseinandersetzungsart oder einer durchgehenden gleichen Theilung. Wählt er die erstere, so kann er noch die Ehescheidungsstrafe fordern; der Anspruch auf Rücknahme des Eingebrachten sowohl als auf Strafe muß durch Auflegung eines Inventars von dem zur Zeit der rechtskräftig erfolgten Scheidung vorhanden gewesenen gemeinschaftlichen Vermögen, oder durch Provocation gegen den andern auf Vorlegung eines

6b) Anh. z. A. L.R. §. 79 (zu §. 648 d. T.).

6c) Die Kinder und nicht der Ehemann würden, wenn die Theilung als Veräußerung zu betrachten wäre, die Veräußerer sein; auf diesen Fall geht aber die Abrede nicht. Pr. des Obertrib. 2218, vom 8. Januar 1851 (Entsch. Bd. XX, S. 270). M. Aufs. im Schles. Archiv, Bd. IV, S. 391 ff. Vergl. Bd. I, S. 442 und Bd. II, S. 402.

7) A. L.R. a. a. O. §§. 755—758.

8) Ebend. §§. 757, 758, 661. Nur haftet die Frau, auf Grund der Gemeinschaft und wenn sie sich nicht besonders formgemäß verbindlich gemacht hat, niemals persönlich und über die Kräfte des gemeinschaftlichen Vermögens.

solchen Inventars begründet werden; sonst kann die Klage auf Herausgabe des Eingebrachten ebensowenig wie der Anspruch auf Verpflegungsgelder nach einem bestimmten Betrage aus den Mitteln des schuldigen Ehemannes, statt Abfindung, für substantiirt erachtet werden[8a]). Wählt er die Hälfte des Ganzen, so ist er damit abgefunden. Nur die vor angemeldeter Scheidungsklage entstandenen Schulden kommen zum Nachtheile des Schuldlosen von der Theilungsmasse, sei diese das Ganze oder nur die Errungenschaft, in Abzug[9]). S. u. §. 763 b.

§. 761.

C. Dotalverträge.

Verträge über die Güterverhältnisse der Eheleute während der Ehe sind, unbeschadet der Rechte der Gläubiger und der pflichttheilsberechtigten Erben, unverwehrt. Besonders erwähnte Fälle sind: 1) Verträge über den Vorbehalt (§. 755, II). Außer der gerichtlichen Form muß bei Grundstücken und Capitalien, die nach gesetzlicher Bestimmung die rechtliche Natur des Eingebrachten haben, und mit rechtlicher Wirkung beziehlich auf Dritte vorbehalten werden sollen, im Grundbuche diese Eigenschaft vermerkt werden[10]). 2) Verträge, wodurch der Frau in der Ehe von den Einkünften ihres Gewerbes oder Eingebrachten, die von Rechts wegen dem Manne gehören, etwas überlassen werden soll, bedürfen der gerichtlichen Form nicht; selbst die mündliche Form genügt, wenn die aus den Einkünften angeschafften Grundstücke und Capitalien, zur Zeit der Vermögensabsonderung, auf den Namen der Frau geschrieben stehen. Derartige Erwerbungen, welche der Mann seiner Frau ganz nach seinem Gutfinden überlassen kann oder nicht[11]), können die Eigenschaft sowohl des Vorbehalts als des Eingebrachten annehmen; sie gelten aber für Eingebrachtes, wenn nicht durch einen gerichtlichen Vertrag der Vorbehalt verabredet worden ist[12]). 3) Verträge über die Abfindung im Falle der Scheidung. Geht die Verabredung dahin, daß der Schuldlose auf die gesetzliche Abfindung verzichtet, so kann der Vertrag, er mag vor oder nach Vollziehung

8a) Pr. des Obertrib. 1952, vom 20. December 1847 (Entsch. Bd. XVI, S. 233).

9) A. L.R. a. a. O. §§. 811—820. Das bezieht sich selbstverständlich nur auf das Verhältnis der Eheleute unter sich; dem redlichen Dritten haftet das Ganze. Pr. 704, vom 24. Juni 1839.

10) A. L.R. a. a. O. §§. 208, 209, 215—218.

11) Darüber ist man nicht einerlei Meinung.

12) A. L.R. a. a. O. §§. 211, 219, 220.

der Ehe geschlossen werden, nur in gerichtlicher Form giltig zu Stande kommen; wird dagegen die Abfindung auf eine gewisse Summe oder Sache bestimmt, so ist die für Verträge zwischen Eheleuten nach Verschiedenheit der Zeit der Eingehung vorgeschriebene Form genügend [13]).

III. Scheidung.

A. L.R. II, 1, §§. 668—834. Zu Grunde liegt dabei das Ehescheidungsedict vom 17. November 1782 (N. C. C. Tom. VII, S. 1613; Rabe, Bd. I, Abth. 7, S. 170). Das ältere Recht enthält die Visitations- und Consistorialordnung von 1573 (C. C. M. Tom. I, Abth. 1, S. 273; Rabe, I, Abth. 3, S. 591) und das Edict vom 27. Septbr. 1751 (N. C. C. Tom. I, S. 157). — A.G.O. Th. I, Tit. 40. — Verordnung über das Verfahren in Ehesachen, vom 28. Juni 1844 (G.S. S. 184 ff.). — Die Literatur über die Ehescheidung ist sehr reich. Für das Pr. R. sind vorzüglich die Schriften darüber nach den Ansichten der evangelischen Kirche wichtig. Hervorzuheben ist O. v. Gerlach, kirchenrechtliche Untersuchung der Frage: Welches ist die Lehre und das Recht der evangelischen Kirche, zunächst in Preußen, in Bezug auf die Ehescheidungen und die Wiederverheirathung geschiedener Personen? Erlangen 1839. — Wiedenfeld, über die Ehescheidungen unter den Evangelischen. Leipzig 1837. — Ueber den einzig wahren Ehescheidungsgrund in der christlichen Kirche, so wie in den christlichen Staaten, von einem Juristen. Baireuth 1838. Dazu Jacobsen, Recension in Richter's und Schneider's kritischen Jahrbüchern für deutsche Rechtswissenschaft, Jahrg. 1839, S. 708 flg. — Die versuchte Gebung eines neuen Ehescheidungsgesetzes ist nur vor der Hand bei Seite gelegt, bis „zur gründlichen Vorbereitung dieses noch zu erlassenden Gesetzes die Erfahrungen der Gerichte über die Erfolge des verbesserten Verfahrens in Ehesachen gesammelt sein werden." C.O. vom 28. Juni 1844 (G.S. S. 183). Die Zahl der durch diesen Versuch hervorgerufenen Schriften, in einem der beabsichtigten Reform entgegengesetzten Sinne, ist nicht unbedeutend. S. u. a. Sommer, über das Ehescheidungsgesetz; in Ulrich's Archiv, Bd. VIII, S. 505; Beitrag zur Würdigung des Entwurfs einer Verordnung über Ehescheidung, vorgelegt von dem Ministerium für Revision der Gesetze im Juli 1842, Breslau 1842; Die Sitte ist besser als das Gesetz, eine Verwahrung gegen ein neues Ehescheidungsgesetz, Berlin 1842; Audiatur et altera pars! Eine freie Stimme über den preuß. Ehescheidungs-Gesetzentwurf, Leipzig 1843; Beleuchtung der preuß. Eherechtsreform, Frankfurt a. O. 1843. Die in dem Landtage von 18$\frac{4}{5}\frac{5}{7}$ zur Berathung gekommene aber diesmal nicht durchgegangene Vorlage eines neuen Ehescheidungsgesetzes hat eine Anzahl Schriften für und wider veranlaßt.

§. 762.

1. Ehescheidungsgründe.

Die Scheidung einer giltigen Ehe ist, dem Bande nach, für

13) Ebend. §§. 824 u. 825. Die Unterscheidung entspricht nicht der Gesetzgebungspolitik; denn die bestimmte Summe oder Sache kann auf eine werthlose Kleinigkeit zurückgebracht werden.

alle Staatsangehörigen, ohne Unterschied der Religion und der kirchenrechtlichen Satzungen, mit gleicher civilrechtlichen Wirkung erlaubt[1]), aber nur durch Richterspruch und aus besonders erheblichen Gründen. I. Für dergleichen Gründe sind anerkannt: 1) Ehebruch[2]) oder unerlaubter Umgang[2a]); bloßer Verdacht genügt nicht zum Beweise[3]). 2) Bösliche Verlassung[4]). Dafür gelten folgende Fälle: a) wenn die Frau die Wohnung des Mannes ohne rechtmäßigen Grund verläßt oder ihm in den neugewählten Wohnort nicht folgen will, auch die an sie erlassene Aufforderung des Richters, sich zu ihrem Manne zu begeben, innerhalb der bestimmten Frist nicht befolgt[5]); ausgenommen wenn der Mann aus einer unerlaubten Ursache aus dem Lande geht, oder wenn durch einen vor der Heirath geschlossenen Vertrag die Frau von der Pflicht, dem Manne in einen neuen Wohnort zu folgen, entbunden ist[6]); b) wenn in dem Falle, wo beide Theile in demselben Hause wohnen, doch der eine Ehegatte dem andern die eheliche Gemeinschaft (nicht bloß die eheliche Pflicht) verweigert und solche verhindert[6a]); c) wenn der Mann die Frau nicht bei sich aufnehmen will und dabei auch auf ergangenen richterlichen Befehl beharrt, wenngleich sie ihren unbescholtenen Wandel während der unrechtmäßigen Abwesen-

---

1) A. L.R. II, 1, §§. 668, 669, 732—735. Judenedict vom 11. März 1812, §§. 26, 27. — Schmalkaldische Artt., Tit. de potestate et jurisd. episcoporum.

2) A. L.R. a. a. O. §§. 670—672. — Luther, sämtl. Werke, Ausg. v. Walch, Bd. X, S. 797, 908, 949 flg. — Evang. Matth. 5, 31 und 32; 19, 8 und 9. Haben beide Theile Ehebruch begangen, so kann wohl der Mann, nicht aber die Frau wegen Ehebruchs auf Scheidung klagen, vielmehr muß ihre Klage, wenn der Mann den ihr gemachten Vorwurf darthut, zurückgewiesen werden. Pr. 430, vom 26. Februar 1838. — Ueber die allgemeine Behauptung: daß von dem beklagten Ehegatten Ehebruch getrieben worden, findet, selbst wenn die Person, mit welcher der Ehebruch getrieben sein soll, genannt worden, keine Eidesdelation statt. Pr. 1040, vom 14. September 1841.

2a) A. L.R. §. 673 d. T. — Der aus einem dringend verdächtigen Umgange eines Ehegatten entspringende Ehescheidungsgrund wird auch durch den Beweis des nicht consumirten Beischlafs nicht beseitigt. Pr. 1994, vom 3. April 1848. — Nicht erst der Beischlaf, sondern schon eine unzüchtige geschlechtliche Vertraulichkeit eines Ehegatten mit einer dritten Person bricht die eheliche Treue.

3) A. L.R. §§. 674—676 d. T. — Anders nach c. 3, 4, 7, 14 C. XXXII, qu. 5; c. 1, 6 C. XXXIV, qu. 1 et 2.

4) A. L.R. II, 1, §. 677. — Declaration Pius' VI, vom 11. Juli 1789.

5) A. L.R. a. a. O. §§. 678—680, 685, 686. — Entsch. des Obertrib. Bd. VI, S. 320. Die Rückkehr nach Ablauf der Frist macht die Scheidungsklage nicht unstatthaft. Pr. 916, vom 28. September 1840. (3. A.) Die bösliche Verlassung muß der Richter jedoch nach den, außer der Nichtbefolgung des gerichtlichen Befehls, vorhandenen Umständen feststellen. Pr. des Obertrib. vom 2. Juni 1856 (Entsch. Bd. XXXIII, S. 86).

6) A. L.R. a. a. O. §§. 681, 682.

6a) Pr. des Obertrib. 942, vom 9. November 1842.

heit von ihm nachweist[7]); weiset sie diesen auf Erfordern nicht nach, so ist er nicht schuldig, sie wieder aufzunehmen, er ist auch, wenn er die Aufnahme versagt, nicht verpflichtet, seinerseits auf Trennung der Ehe zu klagen, oder solche auf Grund dieser Weigerung geschehen zu lassen[8]); d) Abwesenheit mit unbekanntem Aufenthalt, wenn die Entfernung unter Umständen, die den bösen Vorsatz der Verlassung des andern dringend vermuthen lassen, geschehen ist, und seitdem ein Jahr, oder wenn keine solchen Umstände bekannt sind, zwei Jahr auf die Wiederkehr vergeblich gewartet, auch die hierauf erlassene öffentliche Vorladung fruchtlos geblieben ist[9]). Ohne Abwartung irgend einer Frist kann, wegen böslicher Verlassung, auf Scheidung klagen: a) die Ehefrau eines entwichenen Soldaten, und eines Kriegsgefangenen, der nach erfolgter Auswechselung der Gefangenen nicht zurückkehrt, indem man von ihm vermuthet, daß er ein Deserteur sei; wird die Vermuthung widerlegt, so muß die ein- oder zweijährige Frist von der Auswechselung an gerechnet werden[10]); b) der unschuldige Ehegatte eines flüchtigen Verbrechers[11]). 3) Halsstarrige und fortdauernde Versagung der ehelichen Pflicht, und Vereitelung der Folgen der ehelichen Umarmung. Wörtlich ausgedrücktes Begehren zur Leistung ist nicht erforderlich, zumal von Seiten der Frau; ob der Grund vorhanden, hat das Ermessen des Richters nach den Umständen, ohne Rücksicht auf eine gewisse Zeitdauer, zu befinden[12]). 4) Körperliches Unvermögen, auch wenn es erst während der Ehe entstanden ist[13]); und unheilbare,

---

7) A. L.R. a. a. O. §§. 684, 687. Hat die Entfernung einen rechtmäßigen Grund, so ist die Frau zum Nachweise ihrer Aufführung nicht verbunden.

8) Plenarbeschl. des Obertrib. vom 5. Mai 1851 (J.M.Bl. S. 212), wodurch die früher entgegengesetzte, in dem Erk. vom 15. Juni 1835 (Simon's Rechtssprüche, Bd. IV, S. 349 ff.) ausgesprochene Meinung verworfen worden ist. — Der Mann muß der Frau die Zeugnisse über gute Führung abfordern, und erst wenn sie solche dann nicht beibringt, hat er hinreichenden Grund, die Annahme zu verweigern. Pr. 1194, vom 19. September 1842.

9) A. L.R. a. a. O. §§. 688—693. Vergl. V. vom 28. Juni 1844, §§. 61—69.

10) Anh. z. A. L.R. §. 80 (zu II, 1, §. 690). — R. vom 3. Nov. 1810 (Mathis, Bd. IX, S. 553; Rabe, Bd. X, S. 468).

11) A. L.R. a. a. O. §§. 681, 692. — Anh. z. A.G.O. §. 295 (zu I, 40, §. 64); G.O. vom 30. August 1810 (Mathis, Bd. IX, S. 338).

12) A. L.R. a. a. O. §. 694. — Schles. Arch. Bd. II, S. 568. — Simon, Rechtsspr., Bd. I, S. 351 u. 399. Auch ein Mandat des Richters zur Leistung der ehelichen Pflicht ist nicht nöthig. Pr. 1465, vom 21. Juni 1844. Das Erbieten der Erfüllung während des Scheidungsprocesses ist einflußlos. Pr. 2176, vom 1. Februar 1850 (Entsch. XVIII, 534).

13) A. L.R. a. a. O. §. 696. Ist nach R. und can. R. ein Nullitätsgrund, wenn das Unvermögen schon vor der Ehe vorhanden war. L. 39, §. 1 D. de jure dot. (XXIII, 3); c. 1, 4, 5 X. de frigidis (IV, 15). — Leyser, Med.

ekelerregende Gebrechen[14]). 5) Wahnsinn, wenn er über ein Jahr dauert und wahrscheinlich unheilbar ist; Blödsinn nicht[15]). 6) Nachstellung nach Leben oder Gesundheit, grobe Verletzung der Ehre, oder der persönlichen Freiheit, und bei Personen mittlern und höhern Standes auch muthwillige und wiederholte geringe Thätlichkeiten; dagegen Drohungen[15a]) oder bloß mündliche Beleidigungen, ferner Unverträglichkeit und Zanksucht nur dann, wenn sie einen solchen Grad von Bosheit erreichen, daß dadurch Leben oder Gesundheit des andern gefährdet wird[16]). 7) Wenn ein Theil wegen grober Verbrechen zu einer „schmählichen" Zuchthaus- oder Festungsarbeitsstrafe verurtheilt wird und der andere ohne jede Theilnahme an der That ist; wenn ein Theil den andern solcher Verbrechen vor Gericht mit Bewußtsein fälschlich beschuldigt; wenn der eine durch vorsätzliche unerlaubte Handlungen den andern in Gefahr bringt, Leben, Ehre, Amt oder Gewerbe zu verlieren; wenn der eine ein schimpfliches Gewerbe unternimmt[17]). 8) Hang zur Trunkenheit, Verschwendung oder unordentlichen Wirthschaft, nachdem von dem Richter die Besserung fruchtlos versucht worden[18]). 9) Versagung des Unterhalts der Frau seitens des Mannes, wenn damit fortgefahren wird, nachdem der Richter Zwangsmaßregeln zur Reichung der Verpflegung angewendet hat[19]). 10) Religionsverän-

ad Pand., sp. 315, m. 3, 4. — Impotenz aus Altersschwäche ist kein Scheidungsgrund. Pr. 935, vom 10. November 1840.

14) A. L.R. a. a. O. §. 697. — 5 Mos. 24, 1.

15) A. L.R. a. a. O. §. 698. Pr. 138, vom 20. December 1836. Zur Begründung einer auf Raserei und Wahnsinn gestützten Ehescheidungsklage gehört, daß dieser Zustand durch ein vorgängiges Urtel, welches den verklagten Theil für wahnsinnig oder rasend erklärt hat, dargelegt werde. Pr. 1364, vom 8. Mai 1843.

15a) Die Drohung, den andern zu ermorden, mit einem Beile in der Hand ausgesprochen, hat den Charakter einer Nachstellung nach dem Leben. Pr. 1012, vom 26. April 1841.

16) A. L.R. §§. 700, 703 d. T. — Thätlichkeiten in dem hier gemeinten Sinne sind nur dann vorhanden, wenn der andere davon wirklich betroffen worden ist; ein verfehlter oder abgewendeter Schlag gilt dafür nicht. Pr. 1376, vom 11. Decbr. 1843. — Bloße Schimpfreden gelten als Scheidungsgrund selbst dann nicht, wenn sie in Beschuldigung solcher Verbrechen bestehen, die, falls sie begründet wären, dem Beleidigten die Ahndung der Gesetze oder die besondere Verachtung seiner Standesgenossen zuziehen würden. Dergleichen Schimpfreden fallen unter die §§. 701, 702. Pr. 810, vom 20. Januar 1840 (Entsch. V, 328).

17) A. L.R. §§. 704—707 d. T. — Anh. z. A.G.O. §. 295. Ob eine Strafe als eine schmähliche anzusehen, ist nach den Umständen und Personen zu beurtheilen. Pr. 925, vom 12. October 1840.

18) A. L.R. II, 1, §§. 708—710. Der Besserungsversuch besteht in einer Verfügung des Richters, worin der Betroffene, auf Anrufen des andern, erinnert wird, die ihm beigemessenen Laster abzulegen, widrigenfalls der andere würde auf Scheidung klagen können. Auch eine einmalige Wiederholung des Fehlers nach Empfang des Mandats reicht zur Scheidung hin. Pr. 522.

19) A. L.R. a. a. O. §§. 711—714. Das Mandat wirkt auch nach der Versöhnung. Pr. 1417, vom 23. Februar 1844.

derung des andern, wenn die Verschiedenheit der Religion gleich anfangs ein Ehehindernis gewesen sein würde[20]). 11) Abneigung. a) Sind zur Zeit der gesuchten Scheidung keine Kinder vorhanden, sei es, daß gar keine Kinder erzeugt worden, oder die erzeugten Kinder wieder verstorben sind; so kann die Ehe auf den Grund der bloßen Einwilligung beider Theile getrennt werden, wenn weder Leichtsinn, Uebereilung noch heimlicher Zwang zu vermuthen ist[21]). b) Sind Kinder vorhanden, oder will bei kinderloser Ehe der eine Theil nicht einwilligen, so soll zwar in der Regel die Scheidung nicht erfolgen, aber doch ausnahmsweise dann ausgesprochen werden, wenn der Widerwille so eingewurzelt ist, daß eine Aussöhnung und die Erreichung der Ehezwecke nicht zu hoffen steht[22]). Daß dieses der Fall sei, muß der Kläger durch Thatsachen, aus welchen solches zu entnehmen, und welche an sich einen Scheidungsgrund nicht darzustellen brauchen, darthun[23]). Wer aus diesem Grunde einseitig die Scheidung verlangt, wird für den schuldigen Theil erklärt und in die Ehescheidungsstrafe verurtheilt; und die Scheidung kann ausgesprochen werden, wenn sich auch der Kläger diesen Folgen nicht ausdrücklich unterworfen hat[24]). Auch wenn der Antrag des Klägers, die Ehe jedenfalls wegen unüberwindlicher Abneigung zu trennen, erst in der Revisionsinstanz gemacht ist, steht dem Richter frei, wofern er den Antrag für zulässig und gerechtfertigt erachtet, gleich auf Ehetrennung unter den gesetzlichen

---

20) A. L.R. a. a. O. §. 715. — S. oben §. 746, Nr. I, 7. In keinem Falle ist die Religionsveränderung während der Ehe ein Nullitätsgrund, sondern nur ein Scheidungsgrund für den andern und auch nur dann, wenn die Eheleute Christen waren und der Abfall das christliche Eheleben stört.

21) A. L.R. §. 716 d. T. Pr. des Obertrib. 338, vom 25. Septbr. 1837. Die Auslegung ist wegen des Ausdrucks „ganz kinderlose Ehen" streitig. Manche verlangen eine von Anfang unfruchtbar gebliebene Ehe, sind aber über die Zeit, durch welche die Ehe schon bestanden haben müsse, um zur Ueberzeugung der Unfruchtbarkeit zu kommen, nicht einig. Die Bestimmung ist allerdings zweifelhaft; man weiß nicht, warum die Fassung, wie sie der §. 716 hat, beliebt worden ist. Das Ges.B. II, 1, §§. 716—718 war strenger. Danach sollte wegen einseitiger Abneigung keine Scheidung stattfinden; wenn beide Theile die Scheidung verlangten, so sollte sie nur dann zulässig sein, wenn die Ehe schon vier Jahre kinderlos bestanden hätte oder sonst aus Gründen keine Kinder zu erwarten ständen. Damit stimmt der Entwurf I, 1, §§. 522—524, nur verlangt derselbe unbestimmt „mehrere" Jahre, wie das Ehescheidungsedict, §. 17. Das Obertrib. überläßt es in jedem einzelnen Falle dem richterlichen Ermessen, ob die Ehe für eine ganz kinderlose zu halten. Pr. 934, vom 9. November 1840.

22) A. L.R. a. a. O. §§. 717, 718. — Simon's Rechtsspr., Bd. I, S. 203.

23) Plenarbeschl. des Obertrib. vom 16. December 1839 (Entsch. Bd. V, S. 175).

24) A. L.R. a. a. O. §. 718b. — Plenarbeschl. des Obertrib. v. 17. Juni 1844 (Entsch. Bd. X, S. 47).

Folgen zu erkennen, ohne erst die Sache in eine der frühern Instanzen zurückzuweisen[24a]). II. Die Scheidung findet auch aus einer dieser Ursachen nicht statt: 1) wenn der die Scheidung Suchende den andern zu der Handlung, die an sich ein Scheidungsgrund ist, veranlaßt hat (exceptio doli)[25]); 2) wenn der Beleidigte dem andern vor Anstellung der Klage ausdrücklich, oder stillschweigend durch einjährige Unterlassung der Klage nach erlangter überzeugender Kenntnis von der Handlung, verziehen hat[26]); eine stillschweigende Verzeihung des nachher geltend gemachten Scheidungsgrundes ist in den, nach der V. vom 24. Juni 1844 zu behandelnden, Ehescheidungssachen dann nicht anzuwenden, wenn der beleidigte Ehegatte innerhalb eines Jahres nach erlittener Beleidigung den Entschluß, die Scheidungsklage anzustellen, bei dem competenten Geistlichen verlautbart und den Sühneversuch beantragt[26a]). Die Leistung der ehelichen Pflicht gilt nicht für Verzeihung[27]). III. Der Beweis des Scheidungs-, Ungiltigkeits- oder Nichtigkeitsgrundes kann, wegen des dabei waltenden öffentlichen Interesses, nach neuerem Rechte nicht mehr bloß durch Zugeständnis, sei es vor oder in dem Processe erklärt, oder durch Eideszuschiebung geführt werden, sondern es kommt bei dem Geständnisse auf die Ueberzeugung des Richters an, und der Eid kann nur in Form eines nothwendigen Eides angewendet werden; die Contumaz des Bekagten hat die Annahme einer negativen Litiscontestation zur Folge[28]).

24a) Pr. des Obertrib. 1572, vom 23. Mai 1845.

25) A. L.R. a. a. O. §. 719. Vergl. c. 6 X. de eo qui cognovit (IV, 13). Auch wenn nicht bloß einer der Eheleute auf die Scheidung dringt. Pr. 2058, vom 25. September 1848. Denn der Staatsanwalt ist Mitpartei.

26) A. L.R. a. a. O. §§. 720, 721. — c. 25 X. de jurejurando (II, 24). Privattrennung der Eheleute hindert nicht die Annahme stillschweigender Verzeihung. Pr. 499, vom 23. Juli 1838. Erfolgt die Verzeihung während des Scheidungsprocesses, so muß der beleidigte Ehegatte zugleich dem Processe entsagen und die Klage zurücknehmen, wenn auf die behauptete Verzeihung Rücksicht genommen werden soll. Pr. 1090, vom 10. Januar 1842; und Pr. 1210, vom 24. October 1842. — Der bei Zurücknahme einer Ehescheidungsklage von Seiten des Klägers geschehene Vorbehalt eines Ehescheidungsgrundes berechtigt jenen nur, binnen einem Jahre auf diesen Grund eine neue Scheidungsklage anzustellen. Pr. 492, vom 2. Juli 1838.

26a) Ang. vom I. Senat des Obertrib. in Sachen Rosenberg w. Rosenberg, $^{849}/_{3560}$ III, 48. — Pr. 2102, vom Februar 1849 (Entsch. Bd. XVII, S. 510).

27) A. L.R. §. 722 d. T. — Auch ein während des Scheidungsprocesses von den Eheleuten gepflogener Beischlaf nicht, nach der Praxis des Obertribunals. Pr. 230, vom 17. April 1837. Ist gemeinrechtlich streitig und schwerlich der menschlichen Denkweise entsprechend. Eine eheliche Umarmung in Groll und feindlicher Stimmung ist wohl nur ganz rohen Naturen möglich.

28) Verordnung vom 28. Juni 1844, §§. 39—47. Anders war es nach A.G.O. I, 10, §. 256. Ueber diesen Gegenstand ist unter den Gelehrten ein lebhafter Streit. Das c. 5 X. de eo qui cognovit (IV, 13) schließt keineswegs

§. 763[a].

2. Wirkungen der Ehescheidung.

I. Mit dem Tage, an welchem das Scheidungsurtel rechtskräftig wird, ist das Band der Ehe getrennt, d. h. die Ehe mit allen ihren Folgen ist in Ansehung beider Theile gänzlich aufgelöst[1]). Auf Scheidung von Tisch und Bette soll, bei gemischten Ehen und wenn beide Theile evangelisch sind, nicht erkannt werden[2]); die von katholisch-geistlichen oder von ausländischen Gerichten erkannte beständige Separation von Tisch und Bette (separatio perpetua) hat alle bürgerliche Wirkungen einer gänzlichen Scheidung, und die zeitweilige Separation (separatio temporaria), mag sie auf bestimmte oder unbestimmte Zeit erkannt sein, gilt bürgerlich für ein Interimisticum[3]). Die zweite Ehe für beständig geschiedener katholischer Eheleute hat volle bürgerliche Geltung und das Urtel eines geistlichen Gerichts, welches die zweite Ehe für nichtig erklärt, hat keine rechtliche Wirkung[4]). II. Ist die Ehe wegen Ehebruchs geschieden, so soll die Wiederverheirathung dem Schuldigen in dem Urtel nur unter Vorbehalt einer besondern Erlaubnis des Richters, die nur dann ertheilt wird, wenn die verlobte Person in den Acten nicht als die von dem Eheverbot Betroffene bezeichnet ist (§. 746, I, 4), gestattet werden[5]). III. Ist die

die Anwendbarkeit dieses Beweismittels allgemein aus, sondern bezieht sich nur auf den Fall, wo eine Collusion zu besorgen ist. Ueber die ältere Literatur: Glück, Commentar, Bd. XII, S. 270. Der wahre wird dabei nicht in Betracht genommen. Aus der neuern Literatur s. m.: Hassenpflug, Findet zum Beweise von Ehescheidungsursachen die Eidesdelation statt? (Verneint) in Elvers Themis, Bd. I, Heft 2 (Göttingen 1828), Nr. XII. Eben so verneint Jäger in Böhmer's ꝛc. Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtspflege in Hessen, Bd. I, S. 635 — 651. Dagegen bejaht Uihlein im Arch. für civil. Prax., Bd. X, Nr. 2, und Bd. XII, S. 15 ff. und in Linde's Zeitschr. IX, S. 28. — Vergl. das sich der Darstellung zu III. anschließende Erk. des Obertrib. vom 16. Mai 1856 (Entsch. Bd. XXXIII, S. 292).

1) A. L.R. a. a. O. §§. 731, 732. Dieser Tag kann zweifelhaft sein. Anm. 72 zu §. 731 a. a. O.

2) Nur während der Scheidung kann, wenn wegen Sävitien geklagt oder Hoffnung zur Aussöhnung ist, eine temporäre Trennung gestattet werden. A. L.R. a. a. O. §§. 724, 725. — V. vom 28. Juni 1844, §§. 55 — 60. — Vergl. Pfeiffer, prakt. Ausführungen, V, Nr. 4.

3) A. L.R. a. a. O. §§. 733, 734; Anh. §. 81. — C.O. vom 17. Aug. 1815 (Ergänz. zu §. 734 d. T.). — Entsch. der Gesetzcommiss. vom 10. Octbr. 1786 (Nabe, Bd. I, Abth. 7, S. 530). (3. A.) Auch den nach dem 1. April 1849 von katholischen geistlichen Gerichten rechtskräftig erkannten Trennungen ist die bürgerliche Wirkung einer gänzlichen Ehescheidung nicht abzusprechen. Erk. des Obertrib. vom 20. September 1854 (Entsch. Bd. XXVIII, S. 336).

4) A. L.R. II, 1, §§. 734 u. 735. — R. vom 10. Octbr. 1816 (Jahrb. Bd. VIII, S. 239).

5) A. L.R. a. a. O. §§. 736, 737. — In dem Urtel braucht der Name dieser Person nicht genannt zu sein. Den Vorbehalt kann und muß auch noch der Revisionsrichter nachholen, wenn die Richter der früheren Instanzen denselben aus-

Frau für schuldig erklärt, gleichviel ob dem Manne gleichfalls eine Schuld zur Last gelegt ist oder nicht: so verliert sie Namen, Rang und Stand des Mannes; ist sie nicht für schuldig erklärt, so hat sie die Wahl, denselben zu behalten oder ihren vorigen Geschlechts- oder Witwennamen und Stand wieder anzunehmen [6]). IV. Gegen den Schuldigen, d. i. der, welchem ein Uebergewicht der Schuld zur Last gelegt wird [7]), tritt eine Privatstrafe ein, welche, wie im alten R. R. die mores majores und minores [8]), nach der Schwere der Vergehungen verschieden ist. Schwere oder grobe Vergehungen sind: Ehebruch, bösliche Verlassung, Versagung der ehelichen Pflicht, verschuldetes körperliches Unvermögen, Nachstellung nach Leben, Gesundheit, Freiheit und Ehre, falsche Anklage. Ist die Ehe wegen einer dieser Ursachen getrennt, so ist der vierte Theil; ist die Ursache der Scheidung eine andere, so ist der sechste Theil von dem Vermögen des Schuldigen an den Unschuldigen zu zahlen [9]). War dem Unschuldigen vertragsmäßig ein Erbtheil ausgesetzt, so hat er die Wahl zwischen demselben und der Strafe; doch darf das erstere nicht die Hälfte des Vermögens des Schuldigen übersteigen, und wenn Kinder aus der Ehe vorhanden sind, muß der Schuldlose sich mit dem Geringern von beiden begnügen [10]). Bestand Gütergemeinschaft, so hat der Unschuldige die Wahl zwischen der Schichtung oder der Güterabsonderung in Verbindung mit der Strafe (§. 760, II). Die Frau kann, statt der Abfindung, standesmäßige Verpflegung bis an ihr Ende und Sicherstellung der-

---

zusprechen übersehen haben sollten. Pr. 856, vom 21. April 1840. — Der Umstand, daß ein einem Ehegatten zur Last fallender Ehebruch mit einer bestimmten Person in dem Scheidungsprocesse von dem anderen Ehegatten ausdrücklich nur zu dem Zwecke gerügt worden ist, um das Uebergewicht der Schuld von sich abzulehnen, reicht nicht hin, um in dem Scheidungsurtel den Vorbehalt auszusprechen; vielmehr kann das nur geschehen, wenn der Ehebruch auch wirklich als die Ursache der erkannten Scheidung befunden worden ist. Pr. 1378, vom 27. Novbr. 1843. (3. A.) Erhellet die Person aus den Acten, so kann nur das Consistorium dispensiren. C.D. vom 15. März 1803 (Rabe, Bd. VII, S. 323).

6) A. L.R. a. a. O. §§. 738 — 742. — Der Mann kann auch nachträglich gegen seine geschiedene Frau auf Ablegung seines Namens und Standes klagen, doch nur auf Grund von solchen Thatsachen, welche während der Ehe vorgefallen sind. Pr. 98, vom 4. Januar 1836 (Entsch. I, 1.).

7) A. L.R. a. a. O. §§. 746 — 750. Ehescheidungsstrafen und die aus der Vernichtung einer Ehe für den Schuldigen erwachsenden Nachtheile können nebeneinander bestehen, folglich nicht gegen einander aufgewogen werden, weil sie sich einander ausschließen. Pr. 1522, vom 3. Januar 1845.

8) Ulpian VI, §§. 12, 13.

9) A. L.R. a. a. O. §§. 748, 783 — 786. Handlungen, welche das Gewerbe des andern gefährden, gehören nicht zu den schweren Vergehen. Pr. 553, vom 1. October 1838.

10) A. L.R. a. a. O. §§. 792 — 797.

selben fordern[11]), wenn auch diese Wahl in dem rechtskräftigen Scheidungsurtel nicht vorbehalten, weil diese Wahl erst bei der Auseinandersetzung und beziehlich Abfindung zu treffen ist. Dem unschuldigen Manne steht diese Wahl nur zu, wenn er schuldlos außer Stand gekommen, sich seinen Unterhalt zu verdienen[12]). Ist der Schuldige unvermögend, so tritt an die Stelle dieser Privatstrafe eine öffentliche Freiheitsstrafe auf 14 Tage bis 3 Monaten[13]). Ein Erlaß der gesetzlich zukommenden Abfindung in außergerichtlicher Form ist für den unschuldigen Ehegatten unverbindlich[14]). V. Stirbt der beleidigte Ehegatte vor der Trennung, so stehen seinen Erben folgende Befugnisse, zum Behufe der Auseinandersetzung des Vermögens, zu: 1) wenn der Tod erst nach fruchtlos angestelltem Sühneversuch eingetreten ist, so können sie die Scheidungsklage wegen des Vermögensinteresses verfolgen; 2) wenn der überlebende Ehegatte den Tod verursacht oder den Verstorbenen durch gewaltsame Mittel zu klagen verhindert hat, so können sie auf Herausgabe des ganzen Vermögens ihres Erblassers klagen. Die Absonderung erfolgt in beiden Fällen so, als wenn der Verstorbene selbst Partei wäre; der schuldige Ehegatte hat gar kein Anrecht an den Nachlaß[15]). 3) Eine Abfindung aus dem Vermögen des Schuldigen können die Erben des unschuldigen Theils nur alsdann fordern, wenn dieselbe dem Erblasser bei seinem Leben bereits zuerkannt war und das Urtel vor oder nach seinem Tode rechtskräftig oder bestätigt wird[16]). Man hat angenommen, daß unter den Worten: „wenn dieselbe — bereits zuerkannt war," auch der Fall

11) Ebend. §§. 798—805. Die einmal festgesetzten Verpflegungsgelder sind unveränderlich, mögen die Umstände des Schuldigen sich verbessern oder verschlimmern, weil mit der einmal gewählten Art der Abfindung die Privatstrafe bestimmt ist. Vergl. hierüber das Pr. 1753, vom 29. Mai 1846 (Entsch. XIII, 310). Eine Ausnahme gilt nur bei dem Ableben des Mannes, zu Gunsten der Erben, wenn er so wenig Vermögen nachläßt, daß die Verpflegungsgelder die Hälfte des Ertrags vom ganzen Nachlasse übersteigen. A. L.R. §§. 806—808.

12) A. L.R. a. a. O. §§. 809, 810.

13) Ebend. §. 823. Dabei ist der Antrag des Unschuldigen vorausgesetzt, da ihm der Erlaß seiner Privatstrafe freisteht. Auch nach der heutigen Gerichtsverfassung gehört diese Strafsache vor das Ehegericht.

14) A. L.R. §. 824 d. T. (3. A.) Eine in den Ehepacten im voraus getroffene Verabredung über die Abfindung des unschuldigen Theils im Falle der Scheidung ist contra bonos mores und deshalb ungiltig. Pr. des Obertrib. 2580, vom 13. December 1854 (Entsch. Bd. XXIX, S. 373).

15) A. L.R. §§. 827—829 d. T. Des fehlenden Sühneversuchs ungeachtet kann der Scheidungsproceß von den Erben des verstorbenen Ehegatten fortgesetzt werden, wenn nur der ernstliche Wille desselben, die Ehe nicht fortsetzen zu wollen, constirt. Pr. 87, vom 27. April 1835. Dieser Satz ist bei der bestimmten Fassung des §. 827 d. T. zweifelhaft.

16) A. L.R. §. 830 d. T. S. die folgende Note.

mit begriffen sei, wenn auf Trennung der Ehe und auf Scheidungsstrafe für den unschuldigen Theil erkannt, die Publication (Insinuation) des Urtels aber auf ein Jahr ausgesetzt worden ist, und hinterher der unschuldige Theil noch vor Publication des Urtels verstorben ist[17]). Bei vorwaltender Gütergemeinschaft haben aber die Erben des unschuldigen Theils in allen Fällen die dem Erblasser selbst zugestandene Wahl[18]). Ist statt der Abfindung auf Verpflegungsgelder erkannt, so haben die Erben nur den bis zum Ableben des Erblassers etwa verbliebenen Rückstand zu fordern[19]). — Stirbt der schuldige Ehegatte vor rechtskräftig entschiedenem Processe, so sind alle seine letztwillige Verfügungen, soweit sie auf Schmälerung des dem Unschuldigen zukommenden Erbtheils abzielen, unkräftig[20]). Erwirkt sein Erbe durch Einlegung der zulässigen Rechtsmittel eine Abänderung des ihn für schuldig erklärenden Urtels, so kommen bei der Auseinandersetzung diejenigen Grundsätze zur Anwendung, welche für den Fall der Ehetrennung durch Richterspruch vorgeschrieben sind[20a]). VI. Für die Kinder aus der geschiedenen Ehe ist eine besondere Vorsorge getroffen. Aus dem Vermögen des Schuldigen, oder wenn beide gleich schuldig sind, aus beider Vermögen soll den Kindern ihr Pflichttheil ausgesetzt werden, doch nicht von Amts wegen, sondern auf besondern Antrag des unschuldigen Theils oder des den Kindern zu bestellenden Vormundes, und wenn Verdacht der Verschwendung da ist. Der ausgemittelte Pflichttheil ist sogleich Eigenthum der Kinder, die Verwaltung und den Nießbrauch behält lebenslang derjenige, aus dessen Vermögen der Pflichttheil kommt. Sicherstellung dafür kann nur in den Fällen gefordert werden, wo der Vater das Vermögen seiner Kinder sicher zu stellen schuldig ist; dieses ausgesetzte Erbtheil hat jedoch auch in dem Vermögen der Mutter das Vorrecht, welches dem eigenthümlichen nicht freien Vermögen in den Gütern des Vaters gesetzlich zusteht[21]). Für diesen Theil des Vermögens der Kinder ist eine besondere Erbfolge vorgeschrieben. Sind keine Abkömmlinge vorhanden, so sind die Geschwister und deren Abkömm-

17) Pr. 2085, vom 18. Decbr. 1848. Der Satz ist aber unrichtig, denn bei öffentlich-mündlichem Verfahren ist noch nicht erkannt, so lange das Urtel noch nicht ausgesprochen (publicirt) ist; die Sache ist in solchem Falle vertagt.

18) A. L.R. §. 831 d. T. Vergl. oben §. 860 a. E. und die Note 8a das.

19) A. L.R. §. 832 d. T. Nemlich wenn der Verstorbene schon gewählt hatte.

20) A. L.R. §. 833 d. T.

20a) (3. A.) Erk. des Obertrib. v. 5. Januar 1857 (Entsch. Bd. XXXIV, S. 235); A. L.R. §. 751 ff. d. T.

21) A. L.R. II, 2, §§. 457—480. — Anh. z. A. L.R. §§. 92, 93.

linge berufen; sind dergleichen nicht vorhanden, so folgt der Aussetzende allein, der andere Theil der geschiedenen Eltern und wohl auch dessen Ascendenten sind ausgeschlossen[22]).

§. 763 b.

3. Auseinandersetzung wegen des Vermögens.

Die in Ermangelung außergerichtlicher Einigung in Antrag zu bringende gerichtliche Auseinandersetzung ist ein processualisches Verfahren, welches vor den persönlichen Richter des Mannes gehört[1]). Hinsichtlich der dabei anzuwendenden Grundsätze sind die beiden Hauptfälle zu unterscheiden: wenn kein Theil für den schuldigen erklärt worden; und wenn ein Theil für schuldig erkannt worden ist. I. Ist keinem Theile die Schuld beigemessen und hat keine Gütergemeinschaft zwischen den Eheleuten bestanden, so erfolgt die Auseinandersetzung nach den bei der Trennung der Ehe durch den Tod vorgeschriebenen Grundsätzen, mit dem Unterschiede, daß die dem Ueberlebenden gestattete Wahl: die nach einem gewissen Anschlage eingebrachten Mobilien und die eingebrachten Grundstücke und Gerechtigkeiten entweder in Natur zurückzugeben, oder zu behalten und den Werth zu bezahlen, wegfällt, so daß die Frau die noch vorhandenen Stücke immer in Natur zurücknimmt[2]). Soll für fehlende Mobiliarstücke ein Ersatz gefordert werden können, so muß dem Manne hinsichtlich ihres Defects eine solche Schuld beizumessen sein, welche einen Nießbraucher verantwortlich macht. Bei eingebrachten Grundstücken und Gerechtigkeiten hat der Mann sogar die Rechte und Pflichten eines redlichen Besitzers[3]). Hochzeitsgeschenke, welche, weil sie nicht ausdrücklich dem einen oder dem andern bei der Schenkung zugedacht worden sind, für gemeinschaftlich gelten, werden getheilt[4]). Bei stattgehabter Gütergemeinschaft nimmt ein jeder das Eingebrachte zurück, und was dann noch übrig bleibt, wird als gemeinschaftlicher Gegenstand getheilt, mag derselbe in Activvermögen oder in Schulden bestehen (§. 760, II); nur fallen die durch Schuld des einen oder des andern verursachten Schulden

---

22) A. L.R. §§. 467, 468 d. T. Folgerecht müßte ihnen also wohl selbst der Fiscus vorgehen, was schwerlich gemeint sein wird.

1) A. L.R. §. 744 d. T.; Proceßordnung, Tit. 46.

2) A. L.R. a. a. O. §§. 751, 752, 564—584.

3) Ebend. §. 753. Der Grundsatz ist singulär; warum hier nicht auch die Grundsätze vom Nießbrauche angewendet werden können, ist unfindbar.

4) Ebend. §. 754. Nachträgliche Erklärungen der Geber nach geschlossener Ehe sind wirkungslos.

dem Schuldigen allein zur Last[5]). II. Ist die Scheidung[6]) unter Schuldigerklärung des einen Theils ausgesprochen, so sind die beiden gewöhnlichen Güterverhältnisse zu unterscheiden. 1) Hat keine Gütergemeinschaft stattgefunden, so endet der Nießbrauch des Mannes immer mit dem Tage der Publication des erstinstanzlichen Scheidungsurtels, soweit es dem schuldigen Theile nachtheilig ist[7]). Ist der Mann der schuldige Theil, so kann die Frau die Verwaltung ihres Grundstücks entweder selbst übernehmen oder auf Kosten des Mannes durch einen gemeinschaftlichen Verwalter bis zu Ende des Wirthschaftsjahres führen lassen. Der unschuldige Theil kann a) die empfangenen Brautgeschenke behalten und die gegebenen, so weit sie noch vorhanden sind, zurückfordern; b) die während der Ehe gemachten Schenkungen widerrufen, c) und, wenn es der Mann ist, die versprochene Morgengabe behalten, die bereits gegebene aber zurückfordern. Die Hochzeitsgeschenke, die nicht dem einen vom Geber ausdrücklich zugedacht worden, sind auch in diesem Falle gemeinschaftlich. Von dem hiernach ausgemittelten Vermögen des Schuldigen erhält der Unschuldige die Ehescheidungsstrafe. Zu deren Berechnung werden die Mobilien, Grundstücke und Gerechtigkeiten gerichtlich taxirt und von der Activmasse werden nur die Schulden abgezogen, welche am Tage der angemeldeten Scheidungsklage vorhanden waren[8]). Besteht ein Erbvertrag unter den Parteien, so kommt es darauf an: ob Kinder vorhanden sind oder nicht. Im letztern Falle hat der Unschuldige die Wahl zwischen den vertragsmäßigen Vortheilen und jener Abfindung, doch soll dem Schuldigen nie mehr als die Hälfte der Substanz oder des Nießbrauchs seines Vermögens genommen werden. Sind Kinder vorhanden, so muß der Unschuldige sich mit der geringern von beiden Abfindungen begnügen[9]). Die Frau kann statt der Abfindung standesmäßigen Unterhalt bis an ihren Tod fordern, auch dann noch, wenn bereits auf die Abfindung rechtskräftig erkannt worden ist; die Einrede rechtskräftig entschiedener Sache steht ihr nicht entgegen[10]), nicht aber kann sie von der Wahl der Verpflegungsgel-

5) Ebend. §. 755 u. f. Den Gläubigern bleiben selbstverstanden ihre Rechte, sich an die Gemeinschaft zu halten, unbeschränkt. §. 758, 661.

6) Auf die Fälle, wo Ehen für nichtig erklärt werden, finden diese Grundsätze niemals Anwendung. Pr. des Obertrib. 1522, vom 3. Januar 1845.

7) A. L.R. a. a. O. §§. 769, 770. In dem Falle I ist der Tag der rechtskräftig gewordenen Scheidung entscheidend.

8) Ebend. §§. 783—790. In keinem Falle kann öffentliche Feilbietung verlangt werden.

9) Ebend. §§. 792—797.

10) Ebend. §. 798. Pr. des Obertrib. 687, vom 7. Juni 1839.

der wieder abgehen und die Abfindung fordern, ausgenommen wenn zur Zeit der Auseinandersetzung Einschränkungen auf dem Vermögen des Mannes haften, die ihrer Natur nach vorübergehend sind und in der Folge wirklich wegfallen [11]). Auf die festgesetzten Verpflegungsgelder werden ihr aber die Einkünfte von dem zurückgenommenen *eingebrachten*, nicht aber von dem *vorbehaltenen* Vermögen angerechnet [12]). Eine Herunterſetzung der Alimente auf die Hälfte, oder nach der Wahl der Frau die Auszahlung der Abfindung findet ſtatt, wenn der Mann ſtirbt und nur ſo wenig hinterläßt, daß die Alimente die Hälfte des Ertrages des Nachlaſſes überſteigen [13]). Auch der unſchuldige Mann kann von der ſchuldigen Frau Alimente ſtatt Abfindung dann fordern, wenn er durch Alter oder Unglücksfall verhindert iſt, ſich ſeinen Unterhalt zu verdienen [14]). 2) Haben die Eheleute in Gütergemeinſchaft gelebt, ſo hat der Unſchuldige die Wahl zwiſchen der Vermögenshälfte, oder der Abfindung aus dem ausgeſonderten Vermögen des Schuldigen [15]). S. o. §. 760, II.

Zweiter Abſchnitt.

Eheähnliche Verhältniſſe.

I. Ehe zur linken Hand.

A. L.R. II, 1, §§. 835—932. — Weber, von dem matrimonio ad morganaticam; im Handbuche des Lehnrechts, Bd. III, S. 219 flg. — Barth, de concubinatus et matrimonii ad morganaticam differentia et convenientia. Argent. 1733. — Willenberg, de matrimonio ad morganaticam; in Select. jur. matrim. p. 379 sq.

§. 764.

1. Begriff und Eingehung.

I. Dieſe Art Ehe gilt zwar kirchlich für eine wirkliche Ehe, iſt jedoch in der That nur eine bürgerlich anerkannte und geſchützte Geſchlechtsgemeinſchaft zwiſchen zwei Perſonen verſchiedenen Geſchlechts, mit gewiſſen der Frau vertragsmäßig zugeſtandenen Ver-

11) A. L.R. a. a. O. §. 804. Pr. des Obertrib. 361, vom 31. Octbr. 1837.
12) A. L.R. a. a. O. §. 801. Pr. des Obertrib. 1168, vom 29. Juni 1842.
13) A. L.R. a. a. O. §§. 806—808.
14) Ebend. §§. 809, 810. (3. A.) Auf die Einkünfte durch Erwerb wird dabei nicht geſehen, nur auf das vorhandene Vermögen.
15) Ebend. §§. 811—822. Die Provocation auf Abſonderung muß durch Auflegung eines Inventars von dem zur Zeit der Ehetrennung vorhanden geweſenen gemeinſchaftlichen Vermögen, oder durch Antrag gegen den Mann auf Vorlegung eines ſolchen Inventars begründet werden. Pr. des Obertrib. 1952, vom 20. Decbr. 1847 (Entſch. Bd. XVI, S. 233).

mögensberechtigungen. Aber die Wesenheit der wahren Ehe, nemlich die ungetheilte Gemeinschaft aller Lebensverhältnisse, fehlt: die Frau ist nicht die Lebensgefährtin des Mannes, sie hat nicht seinen Namen, nicht seinen Stand, nicht seine Ehre, ist kein Glied seiner Familie[1]), sie theilt nicht seine Schicksale, kurz sie ist nicht mit ihm eins. Das Institut ist eine neue Erfindung, nachgebildet dem, unsern Sitten gar nicht entsprechenden, „Concubinat bei den alten Römern sowohl als bei unsern deutschen Vorfahren," um als schickliches Mittel zu dienen, dem Maitressenhalten entgegen zu arbeiten und „der aus dem Luxus entspringenden Ehelosigkeit abzuhelfen[2])." Diese Einrichtung hat jedoch keinen Beifall und es besteht im ganzen Lande gegenwärtig vielleicht nicht eine einzige Ehe zur linken Hand[3]). II. Die Ehe zur linken Hand ist eine bloße Gnadensache: sie kann nur mit Erlaubnis des Landesherrn geschlossen werden[4]); wird ohne dieselbe die Ehe vollzogen, so ist eine wahre Ehe eingegangen[5]). Es ist zwar vorgeschrieben, daß die Ehe zur linken Hand nur bei Männern von höherm Stande, in außerordentlichen Fällen und aus erheblichen Gründen, nachgesucht werden solle, und es werden gewisse Fälle als erhebliche Gründe bezeichnet[6]), doch sind diese Bestimmungen ebenso wie die Frage: ob unter standesgleichen Personen diese Ehe stattfinde, ganz unerheblich, weil die Zulässigkeit nicht Rechtssache sondern Gnadensache ist. Uebrigens gelten die bei der wahren Ehe anerkannten Ehehindernisse, mit Ausnahme der Standesungleichheit und daß die Einwilligung der Eltern und Vormünder nicht durch den Richter ergänzt werden kann[7]). Die Vollziehung der Ehe geschieht durch Verlautbarung des Ehecontracts vor dem Gerichte erster Instanz oder dessen Commissario, in Form des Handschlages, durch welchen die Verlobten die Festhaltung des Vertrags angeloben; und durch

---

1) A. L.R. II, 1, §. 835.

2) Anmerkung im Entw. z. Allg. G.B. Th. I, Abth. 1, S. 128.

3) Nach einer Nachricht, welche der Revisor in den Motiven zu diesem Abschnitte (S. 454 flg.) gibt, ist seit der Einführung des A. L.R. nur Eine solche Ehe im J. 1818 bewilligt, und ein zweites Gesuch um Bewilligung i. J. 1826 abgeschlagen worden. 1850 hat ein Prinz eine solche Ehe geschlossen; und 1853 ein anderer Prinz.

4) A. L.R. II, 1, §. 836. Ist erst bei der Umarbeitung des Entwurfs beliebt worden, wie es schon das alte Recht in der Constitution von Ehesachen, vom 15. Decbr. 1694, Nr. 13 bestimmte.

5) S. die eben gedachte Constitution, Nr. 13.

6) A. L.R. a. a. O. §§. 837—841.

7) Ebend. §§. 842—845.

die hiernächst und nach vorherigem Aufgebote erfolgende priesterliche Trauung an die linke Hand [8]).

§. 765.

2. Rechte in dieser Ehe.

I. Die persönlichen Rechte sind im allgemeinen die in der rechten Ehe, doch mit der erheblichen Abweichung, daß die Frau weder den Namen noch den Stand und Rang des Mannes erlangt, nicht in dessen Rechte oder Familie tritt und sich nicht dessen Titels und Wappens bedienen darf, sondern ihren bisherigen Stand und Namen behält und, wenn sie Witwe war, ihren Geschlechtsnamen wieder annehmen muß; doch soll sie den Gerichtsstand des Mannes haben [9]). II. In Ansehung des Vermögens wird die Frau, im Verhältnisse zu Fremden, wie eine Unverheirathete betrachtet; nur wenn sie sich für den Mann verbürgen will, muß die Form der Bürgschaft einer wahren Ehefrau für ihren Mann beobachtet werden [10]). An dem Vermögen der Frau hat der Mann gar kein Recht; Gütergemeinschaft kann auch durch Vertrag nicht eingeführt werden; was der Mann in Gebrauch oder Verwaltung erhält oder was er sich anmaßt, kann noch in stehender Ehe zurückgefordert werden, und hinsichtlich abgenutzter oder verbrauchter beweglicher Sachen wird er als Leiher angesehen. Im Concurse hat die Frau das Vorrecht der fünften (jetzt vierten) Classe [11]). Geschenke unter diesen Eheleuten sind nichtig, wenn der Geber andere Abkömmlinge als aus dieser Ehe hat; durch Abgang derselben werden dergleichen nichtige Geschenke nicht giltig. Giltige Geschenke des Mannes fallen an ihn zurück, wenn sie bei dem Tode der Frau noch vorhanden sind und die Frau keine Kinder von dem Manne nachläßt; nur Kleider, Wäsche und was sonst zum standesmäßigen Unterhalte gegeben worden ist, verbleibt den Erben [12]).

§. 766.

3. Auflösung.

Das Verhältnis wird aufgelöst: 1) durch den Tod eines

8) Ebend. §§. 846—861. Die V. vom 2. Januar 1849 übergeht diesen Fall; grundsätzlich aber muß die Vollziehung der Ehe vor dem Gerichte erster Instanz erfolgen. Die Trauung wollte man anfangs nicht für einen bürgerlich nothwendigen Act erklären, sondern ihn in die Willkür der Parteien stellen. Entwurf, Th. I, Abth. 1, §. 626.

9) A. L.R. §§. 862—872 d. T.

10) Ebend. §§. 891, 892.

11) Ebend. §§. 873—882.

12) Ebend. §§. 883—890.

Theils[13]); 2) durch Verwandlung in eine rechte Ehe, welche nur mit landesherrlicher Erlaubnis möglich und durch Erklärung vor dem Gerichte erster Instanz oder dessen Commissarius vollzogen wird[14]); 3) durch richterliche Scheidung in denselben Fällen, in welchen die rechte Ehe getrennt werden kann[15]). Die Wirkung ist: a) wenn die Frau der schuldige Theil ist, daß sie die vertragsmäßige Abfindung verliert und die vom Manne erhaltenen Brautso wie die während der Ehe giltig gemachten Geschenke, mit Ausnahme der Kleider, Wäsche und anderer Lebensbedürfnisse, zurückgeben muß; b) wenn der Mann der Schuldige ist, daß der Frau eine nach dem Ermessen des Richters bis auf das Doppelte der vertragsmäßigen Summe zu bestimmende Abfindung zugesprochen wird; c) wenn keinem ein Uebergewicht der Schuld zur Last fällt, daß die Frau die Geschenke behält und die Abfindung nach dem Vertrage erhält.

§. 767.

II. Gewissensehe, Concubinat und Schwächung.

A. L. R. II, 1, §§. 1015—1119. — Gett, die Rechtsverhältnisse der außerehelichen Geschlechtsgemeinschaft, sowie der unehelichen Kinder, nach gemeinem, baierischem, österreichischem, preußischem und französischem Rechte. München 1836. — Busch, theoretisch-praktische Darstellung der Rechte geschwächter Frauenspersonen gegen ihre Verführer, und der unehelichen Kinder gegen ihren Erzeuger, aus dem Gesichtspunkte des gemeinen bürgerlichen Rechts betrachtet. Nebst einem Anhange, enthaltend die hierüber bestehenden Verordnungen. Ilmenau 1828.

I. Gewissensehe heißt die Lebensgemeinschaft zwischen zwei Personen verschiedenen Geschlechts, welche ohne die kirchliche oder bürgerliche Feierlichkeit eingegangen ist und sich sonst von der rechten Ehe, hinsichtlich der Absicht und der Willenserklärung der Parteien, nicht unterscheidet. Sie gilt vor dem Rechte nur als ein thatsächliches Verhältnis, wodurch keine Rechte begründet werden. II. Der Concubinat entspricht, nach der Absicht der Parteien, wesentlich der Ehe zur linken Hand, von welcher er sich auch nur in der Form der Eingehung und Auflösung, in der Alimentationspflicht des Mannes und dem Gerichtsstande der Frau unterscheidet. — Beide Verhältnisse werden nach unsern Ansichten für unsittlich gehalten und gemisbilligt, aber polizeilich geduldet, wenn dadurch kein öffentli-

13) Ebend. §§. 893—908.
14) Ebend. §§. 909—918. S. oben die Note 8.
15) Ebend. §§. 919—921.

ches Aergerniß veranlaßt wird, d. h. wenn kein Eheverbot einer Ehe dieser Personen entgegensteht[1]). Die aus diesen Verhältnissen entsprossenen Kinder stehen andern unehelichen Kindern (den spuriis und vulgo quaesitis) ganz gleich. III. Die Schwächung (stuprum) ist eine Geschlechtsvereinigung für eine einzelne Handlung (§. 747, Note 12) und unterscheidet sich von dem Concubinate durch das fortdauernde Verhältnis der Geschlechtsgemeinschaft, worin derselbe besteht. Bei den landrechtlichen Bestimmungen über die Folgen des außerehelichen Beischlafs ist die Absicht leitend gewesen, die auf der unehelichen Geburt ruhende Schande und den Reiz zum Kindermorde, soviel wie möglich, zu beseitigen[2]). Grundsatz ist: nur der befruchtende Beischlaf begründet ein rechtliches Verhältnis zwischen beiden Theilen[3]), welchen eine Willensübereinstimmung (Vertrag) zum Grunde liegt, und daher nicht einer aus einer Rechtsverletzung (unerlaubten Handlung) hervorgegangenen Verbindlichkeit gleich zu achten ist[3a]). Weil der Vertrag über eine Unsittlichkeit geschlossen ist, sollte er, nach der Regel, für keinen Theil Rechte zur Folge haben, es ist hier jedoch, aus der gedachten Rücksicht, eine Ausnahme zum Vortheile der Weibsperson gemacht worden. In diesem Sinne wird der uneheliche Beischlaf auch als eine unerlaubte Handlung in weiterer Bedeutung bezeichnet (Note 3[a]). Es werden drei Fälle unterschieden: 1) Der erste Fall ist, wo wegen der Schändlichkeit der Handlung von Seiten der Weibsperson gar keine Verbindlichkeit entsteht. In diesem Falle sind solche Weibspersonen, welche sich gegen Bezahlung preisgeben, oder welche wegen unzüchtigen Lebenswandels berüchtigt sind; verheirathete Frauens-

1) R. des Min. d. J. u. d. P., v. 17. Juni 1822 (v. K. Annal. VI, S. 145). — R. derf. M. vom 18. April 1825 (ebend. IX, S. 417). — R. vom 22. Januar 1826 (ebend. X, S. 118). — R. vom 28. Juni 1833 (ebend. Bd. XVII, S. 460). Der §. 112, Tit. 11, Th. II des A. L.R., aus welchem man die Befugnis zur polizeilichen Störung des Zusammenlebens hat hernehmen wollen, ist auf Concubinate nicht anwendbar. (Z. A.) Durch Circ.Verf. des Min. des Inn. v. 11. April 1854 ist den Regierungen eröffnet worden, daß gegen das Zusammenleben im Concubinate, wo solches nach dem pflichtmäßigen Ermessen der Behörden zu einem öffentlichen Anstoße Anlaß gebe, polizeilich einzuschreiten sei, daß daher die Polizeibehörde, falls der Zuspruch des Geistlichen ohne Erfolg bleibe, auf dessen Anzeige die Aufhebung des anstößigen Verhältnisses anzuordnen und zwangsweise durchzuführen habe. (M. Bl. S. 71.) Eine solche Verfügung ist eine polizeiliche und daher deren Anfechtung im Rechtswege unzulässig. Erk. des Gerichtsh. zur Entsch. der Competenzconfl. v. 4. October 1856 (J. M. Bl. 1857, S. 21).

2) Anmerkung im Entw. z. G.B. Th. I, Abth. 1, S. 149. Im G.B. ist die Fassung etwas anders (§§. 1047—1076); die Verschiedenheit ist aber nicht bedeutend.

3) A. L.R. II, 1, §§. 1015, 1032, 1077, 1078; Ges. v. 24. April 1854, §. 1.

3a) S. o. §. 731 a. E. — Entscheidungen des Obertribunals Bd. XIII, S. 514. Vergl. A. L.R. I, 3, §. 37, wo Abschn. 11 statt 10 zu lesen ist.

personen; Frauenspersonen, welche die jüngere Mannsperson zum Beischlafe verführt haben, oder welche schon vorher von einer anderen Mannsperson geschwängert worden sind, oder welche früher sich eines Ehebruchs schuldig gemacht haben[4]). 2) Der zweite Fall ist, wo die Verbindlichkeit des Mannes nur auf die Niederkunfts-, Tauf- und Sechswochenkosten, Cur- und andere durch die Schwangerschaft oder das Wochenbett verursachte unvermeidliche Kosten geht. Damit müssen sich zufriedenstellen: solche, welche nicht in die dritte Kategorie gehören[5]). 3) Der dritte Fall ist, wo der Schwängerer, außer diesen Kosten, zur Entrichtung einer Abfindung im Betrage des vierten Theils seines Vermögens oder standesmäßigen lebenslänglichen Verpflegung verbunden ist, wenn er die Geschwächte nicht heirathen[6]) will oder kann. Läßt sie sich einen Treubruch gegen den Schwängerer zu Schulden kommen, oder begeht sie eine Handlung, welche eine Ehescheidung begründet, oder verschmäht sie den sich zur Ehe bereit erklärenden Schwängerer ohne giltigen Grund, so hat sie keine Ausstattung zu fordern und ihr Anspruch vermindert sich auf die geringste Art der Entschädigung (die Kosten)[7]). In diesem Falle befinden sich: 1) Frauenspersonen, welche im Brautstande von ihrem Verlobten geschwängert werden und von den etwa vorhandenen Ehehindernissen keine Kenntnis gehabt haben[8]); 2) unbescholtene, im Alter von 14 bis 16 Jahren stehende Mädchen, welche zum Beischlafe verführt und geschwängert werden, auch dann, wenn ein Ehehindernis vorhanden ist oder sie dem Schwängerer die Ehe verweigern[9]). Diesen (Nr. 2) sind in Ansehung ihres auf einem ganz anderen Grunde beruhenden Entschädigungsanspruchs gleichgestellt: 3) Frauenspersonen ohne Unterschied ihrer Sittlichkeit, welche a) durch Nothzucht, oder b) im bewußtlosen oder willenlosen Zustande geschwängert worden, oder c) durch Vorspiegelung einer vollzogenen Trauung oder durch Erregung eines andern Irrthums, in welchem sie den Beischlaf für einen ehelichen halten mußten, zur Gestattung

4) (3. A.) Gesetz v. 24. April 1854, §. 9 (G. S. S. 193).

5) Ebend. §. 7. Nach dieser Bestimmung fallen die Begräbniskosten, wenn die Geschwächte während der Wochen stirbt, nicht in die Verbindlichkeit des Schwängerers, wie es nach dem alten Rechte (A. L.R. a. a. O. §. 1018) der Fall war.

6) Mehr kann sie nicht verlangen; sie muß sich deshalb so aufführen, daß sie dem Schwängerer keinen zureichenden Grund gibt, sie zu verlassen. S. die folgende Note.

7) Ges. v. 24. April 1854, §§. 4 u. 5. — Pr. des Obertrib. 1743, v. 30. April 1846 (Entsch. XIII, S. 318).

8) (3. A.) Ges. v. 24. April 1854, §§. 2, 4. Wann ein Brautstand anzunehmen, bestimmt der §. 3.

9) Ebend. §. 6. Vergl. Str.G.B. §. 149.

des Beischlafs verleitet und geschwängert worden sind [10]). Der Anspruch geht activ und passiv auf die Erben über [11]). Zum Beweise der Befruchtung dient die Vermuthung der Vaterschaft, wenn die Niederkunft zwischen dem 210. und 285. Tage nach dem Beischlafe erfolgt ist [12]). — Die Klagen der Geschwächten aus der Schwängerung verjährt in zwei Jahren nach der Niederkunft oder Fehlgeburt, doch wird die Verjährung durch die Veränderung des bisherigen Aufenthaltsorts des Schwängerers so lange unterbrochen, als der Geschwächten der nachherige Aufenthalt, ohne ihre eigene Schuld wegen versäumter Nachforschung, nicht bekannt geworden ist [13]).

Zweites Capitel.

Verhältnisse zwischen Eltern und Kindern.

Erster Abschnitt.

Bei ehelichen Kindern.

A. L.R. II, 2. — Polyc. Leyser, de patria potestate in Germania ignorata; in opusc. no. 11. — Thomasius, de usu practico tituli Institutionum de patria potestate. Halae 1712. — Hommel, de usu hodierno patriae potest. in foris german. Lips. 1732. — Renz, mixtura jur. rom. et german. in materia patriae potest. conspic. Stutgard. 1735. — Leyser, Medit. ad Pand. sp. 17. — G. C. Gebauer, D. I et II de patria potestate. Gott. 1751; et Vestig. jur. Germ. antiq. no. 14. — Globig, über

10) (3. A.) Ges. v. 24. April 1854, §. 1. Vergl. Str.G.B. §. 144, Nr. 1 u. 2, u. §. 145.

11) Ges. v. 24. April 1854, §. 19. Vergl. A. L.R. II, 1, §. 1089 und Pr. des Obertrib. 1827, v. 1. Febr. 1847 (Entsch. Bd. XIII, S. 303).

12) A. L.R. §. 1077 d. T. Ges. v. 24. April 1854, §. 15. Der Tag des Beischlafs wird nicht mitgezählt. Pr. 772, v. 23. Nov. 1839. Diese Zeit weicht von der hinsichtlich ehelicher Kinder angenommenen (210—302) bedeutend ab, A. L.R. II, 2, §. 2. — S. u. §. 770, II.

13) A. L.R. §§. 1083—1086 d. T., unverändert wiederholt im Ges. v. 24. April 1854, §§. 10 u. 11, obgleich die Bestimmung wegen der Unterbrechung der Verjährung hinsichtlich des Falles, in welchem sie Anwendung findet, Zweifel erregt hat. Vergl. Pr. des Obertrib. 2164, v. 28. Decbr. 1849. Diese Unterbrechung der Verjährung soll, nach diesem Pr. No. II, dann, wenn der Schwängerer im Lande bleibt, niemals, sondern nur in dem Falle eintreten, wenn er ins Ausland gegangen ist, weil außerdem die Geschwächte den Aufenthalt nicht zu kennen brauche, um die Verjährung durch Klage zu unterbrechen, da die Klage in dem Gerichtsstande, welchen der Schwängerer zur Zeit der Schwängerung hatte, angebracht werden könne. Entsch. Bd. XIX, S. 244. Recht schön, nur schade, daß nach dieser Deutung die Vorschrift lediglich für das Ausland gegeben sein würde, wo man die pr. Gesetze nicht respectirt. Denn für Klagen im Inlande kann danach kein Fall der Anwendung vorkommen, da persönliche Klagen gegen Personen, die hier keinen Wohnsitz haben und sich auch hier nicht aufhalten, bei hiesigen Gerichten nicht angebracht werden können. Also würde nur das ausländische Gericht, bei welchem später nach entdecktem Aufenthalte geklagt würde, die Vorschrift anwenden sollen.

die Gründe und Grenzen der väterlichen Gewalt. Dresden 1789. — Rosier van Wartum, de potestate in liberos parentibus competente. Groning. 1794.

§. 768.

I. Bedeutung der elterlichen Gewalt.

Väterliche Gewalt heißt der Inbegriff der Rechte des Mannes in seiner Familie. Die römische väterliche Gewalt ist eine Herrschaft, eine Botmäßigkeit, in welcher der Unterworfene, dem Gebieter gegenüber, rechtlos ist und sich unbedingt dem souveränen Willen desselben fügen muß. Die Mutter, auch in der freien Ehe, hat neben diesem Gewalthaber nichts zu bedeuten, ihr stehen die Kinder ganz gleich. Das deutsche Mundium dagegen ist ein Schutzverhältnis, in welchem der Schützling, dem Schutzherrn gegenüber, auch eine Person ist, die ihr Recht hat. Dieses Verhältnis ist es, in welchem in der Familie die Kinder zu dem Vater stehen. Neben dem Vater hat die Mutter, als dessen Lebensgefährtin, Theil an den Kindern und an dem Hausregimente vermöge der ihr zustehenden Schlüsselgewalt, sie handhabt nächst dem Manne die Ordnung und Zucht im Hause, hat mithin Ehrerbietung und Gehorsam von Kindern und Gesinde zu fordern. Dieser Rechtsstand ist zwar durch die Dazwischenkunft des strengen R. R. gestört, aber doch nicht ganz verdrängt worden: der Charakter der landrechtlichen Bestimmungen über das fragliche Verhältnis ist wesentlich deutschrechtlich. Das Pr. R. kennt eine väterliche Gewalt und eine beiden Eltern zustehende elterliche Zucht. I. Die väterliche Gewalt ist wesentlich eine Vormundschaft[1]), die sich von der künstlichen Vormundschaft nur praktisch in der geringeren Wirksamkeit der staatsobrigkeitlichen Obervormundschaft und in der mit der Verwaltung zugleich verbundenen Nutznießung des Vermögens der Kinder unterscheidet. Vermöge dieser Vormundschaft ist der Vater befugt und verpflichtet, seine Kinder und Enkel aus unselbständigen Kindern[1a]) zu schützen und deshalb von jedem andern abzufordern, in und außer Gericht zu vertreten, ihr Vermögen zu verwalten und zu nutzen, und ihre religiöse und bürgerliche Unterweisung und Erziehung, sowie die künftige Lebensart zu bestimmen[2]). In diesem Verhältnisse steht

1) Vergl. Simon, Rechtsspr. Bd. III, S. 389 flg.

1a) Es stehen somit auch minorenne Enkel von solchen verstorbenen Kindern, die der väterlichen Gewalt noch nicht entlassen waren, unter der natürlichen Vormundschaft des Großvaters. Anh. z. A. L.R. (II, 2, §. 614) §. 95. Doch gebührt ihm nicht der Nießbrauch von dem unfreien Vermögen der Enkel. Witte, Intestaterbrecht, S. 55.

2) A. L.R. II, 2, §§. 62, 74, 75, 109, 168. — Declar. vom 21. Nov.

dem Vater das Kind als ein Rechtssubject gegenüber, welches vermöge der ehelichen Abstammung von ihm gleichartige Familienrechte hat und ihm standesgleich ist, in diesen seinen Zustandsrechten nicht von des Vaters Willkür abhängt[3]), auch gegen die Uebergriffe des Vaters in den vormundschaftlichen Rechten von der aufsehenden Obervormundschaft des Staats geschützt wird[4]); die ältere römische Ansicht über die Personeneinheit des Vaters und Sohnes hat somit keine Geltung und die Kinder erwerben folgerecht für sich[5]). II. Die elterliche Zucht gebührt beiden Eltern, so lange sie ungetrennt leben, und besteht in der Erziehung und dem damit verbundenen Züchtigungsrechte[6]), in der daraus folgenden Verbindlichkeit zur Bestreitung der dadurch entstehenden Kosten[7]), und in der Befugnis: Ehrfurcht, Gehorsam und häusliche Dienste von den Kindern zu fordern[8]).

II. Begründung elterlicher Verhältnisse.

§. 769.

1. Das Allgemeine.

Das Verhältnis zwischen Mutter und Kind wird in und außer der Ehe durch die Geburt und künstlich durch Adoption und Einkindschaft begründet. Die väterliche Gewalt oder das Verhältnis der Vaterschaft hingegen ist in seiner Vollkommenheit und mit allen rechtlichen Wirkungen nur durch eheliche Zeugung zu begründen. Die künstlichen Begründungsarten der Legitimation und Adoption sind zwar aus dem R. R. angenommen, geben aber nicht in allen rechtlichen Beziehungen Familienrechte. Das deutsche Institut der Einkindschaft hat nur eine besondere Beziehung.

1803 (N. C. C. Tom. XI, S. 1931; Rabe, Bd. VI, S. 524). — E.O. v. 17. August 1825 (G.S. S. 221).

3) A. L.R. a. a. O. §§. 58—60.

4) Ebend. §§. 90, 91, 72, 112—115, 170. Man bestellt in solchen Fällen den Kindern einen Curator, vergißt aber dabei die Hauptsache, nemlich die Mittel zur bessern Erziehung.

5) Ebend. §§. 124, 125. — S. o. §. 572. Schon nach Justinian. L. 6 C. de bon. quae lib. (VI, 61); §. 1 J. per quas. pers. (II, 9).

6) A. L.R. a. a. O. §§. 86, 92—102. — Wem bei der Trennung die Erziehung der Kinder zu überlassen, hat nicht der Richter, sondern die Vormundschaftsbehörde zu bestimmen. A. L.R. §. 92 d. T. — Pr. 404, v. 15. Januar 1838.

7) A. L.R. a. a. O. §§. 64—73, 103—108.

8) Ebend. §§. 61, 121—123. Die Verpflichtung zu häuslichen Diensten gilt nur von der Zeit, wo die Kinder unter väterlicher Gewalt stehen; nachher tritt jene Verpflichtung nur dann ein, wenn die Kinder von den Eltern noch ernährt werden müssen. Pr. 556, v. 13. Oct. 1838.

2. Begründungsarten der väterlichen Gewalt.

§. 770.

a) Eheliche Geburt oder Zeugung.

I. Dieser Grund setzt eine giltige rechte Ehe voraus. 1) Kinder aus nichtigen Ehen haben, wenn der Nichtigkeitsgrund ein verbotener Verwandtschaftsgrad, Bigamie, Eheſtörung und Religionsverschiedenheit ist und die Ehe für nichtig erklärt wird, gegen ihre unmittelbaren Eltern zwar alle Rechte der ehelichen, und unter sich die Rechte ehelicher Geschwister, aber sie treten nicht in die Familie des Vaters und führen den Geschlechtsnamen der Mutter; den Eltern, insofern sie wissentlich die nichtige Ehe geschlossen haben, stehen keine elterlichen Rechte gegen die Kinder zu, nur die Rechte der Pflegeeltern, d. i. die aus der Erziehung entspringenden Befugnisse haben sie, wenn sie die Kinder erziehen und verpflegen [1]). 2) Von Kindern aus ungiltigen Ehen, welche wieder aufgehoben werden, gilt ebendasselbe [2]). 3) Ist eine Ehe nur wegen mangelden Consenses des Militärobern, oder wegen Standesungleichheit nichtig, so haben die daraus entstandenen Kinder die Rechte der Kinder aus einer Ehe zur linken Hand [3]). II. Welche Kinder eheliche sind, wird nicht bestimmt; statt dessen ist die Vermuthung angenommen, daß Kinder, die in einer Ehe erzeugt oder geboren worden, von dem Ehemanne abstammen [4]). 1) Gegen diese Vermuthung ist der Gegenbeweis zulässig, der jedoch nur auf die Thatsache gerichtet werden darf: daß in der Zeit zwischen dem 210. bis zum 302. Tage rückwärts von der Geburt keine eheliche Beiwohnung stattgefunden habe [5]). Das Zeugnis der Mutter ist dabei nicht zulässig [5a]); selbst der erwiesene Ehebruch der Frau in jener Zeit schwächt die Vermuthung nicht, und die Klage auf Grund dieser Thatsache muß (was ganz neu ist) binnen einem Jahre, nach erhaltener Nachricht von der Geburt des Kindes, seitens des Ehemannes entweder angebracht

1) A. L.R. a. a. O. §§. 50—55.

2) Ebend. §. 57. Die Ungiltigkeitserklärung sollte nicht zurückwirken.

3) Ebend. §. 56. Diese Bestimmungen, wodurch der Unterschied zwischen putativen und nicht putativen Ehen in Beziehung auf die Kinder aufgehoben wird, weichen von dem G. R. bedeutend ab. L. 57, §. 1 D. de ritu nupt. (XXIII, 2); c. 2, 14 X. qui filii sint legitimi (IV, 17). Der Grund ist, daß ein Dritter (nemlich die Familie) sich nicht solle beschweren können. Suarez, Schlußvorträge, Jahrb. XLI, S. 134.

4) A. L.R. §. 1 dies. Tit.

5) Ebend. §. 2. Der Beweis kann auch durch Eidesdelation geführt werden. Pl.Beschl. des Obertrib. v. 5. Sept. 1842 (Bd. VIII, S. 73).

5a) Aus L. 29, §. 1 D. de probat. (XXII, 3).

oder doch durch seine Erklärung vor dem ordentlichen Gerichte des Orts, wo die Mutter mit dem Kinde wohnet, oder durch Zustellung dieser vor einem andern Gerichte abgegebenen Erklärung an dasselbe angemeldet werden [6]). 2) Diese Bestimmungen des A. L.R., nemlich die Annahme der Vermuthung und die Fassung einerseits, und die Thatsache oder besser die Fassung des Beweissatzes, durch dessen Beweis die Vermuthung soll widerlegt werden können, hat viele Zweifel veranlaßt und die Fassung ist allerdings dazu geeignet, Streit zu erregen. Die Ursache liegt daran, daß die Verfasser des A. L.R. zwei Sätze des R. R. nicht unterschieden haben. Denn daß sie hierbei an das R. R. gedacht und wesentlich dasselbe gemeint haben, ist nach den Materialien außer Zweifel [7]). Das R. R. unterscheidet genau die rechtmäßige Zeugung als Grundlage und Erfordernis der väterlichen Gewalt von der Vermuthung der Vaterschaft zum Beweise jener Zeugung. Das Recht der väterlichen Gewalt und der Legitimität des Kindes war ursprünglich durch die Zeugung des Kindes in der Ehe von dem Ehemanne bedingt [8]), also: nur diejenigen Kinder waren eheliche, welche die Frau von dem Ehemanne während der Ehe empfangen hatte. Dazu gehörte der Beweis, daß zwischen zwei bestimmten Personen eine rechte Ehe bestehe oder bestanden habe [8a]), daß das Kind von der Frau geboren worden, und daß der Ehemann während der Ehe der Erzeuger sei. Die beiden ersten Thatsachen sind leicht zu beweisen, die dritte aber ist unerweislich, und man ersetzte den Beweis durch die Regel: pater est quem nuptiae demonstrant [9]), die nur durch die absolute Unmöglichkeit widerlegt werden konnte [10]). Später wurde jener Grundsatz über die Ehelichkeit auch auf solche Kinder, welche in stehender Ehe geboren wor-

---

6) A. L.R. a. a. O. §§. 5—8. Dieses Jahr ist eine wirkliche Verjährung (§. 149). Anderer M. ist das Obertrib. nach dem Plenarbeschluß vom 22. Januar 1844 (Entsch. Bd. IX, S. 45); die Gründe desselben passen aber auf die Verjährung einer jeden Präjudicialklage, so daß es im Zustandsrechte gar keine Klagverjährung geben würde.

7) Suarez sagt in der rev. monitorum: „der Satz: pater est quem justae nuptiae demonstrant, paßt so gut auf Kinder, die 24 Stunden, als die 6 Monate nach der Hochzeit geboren werden." (Ges.Rev. Pens. XV, Mot. zu II, 2, §§. 1, 2, S. 5 ff.; u. Simon, Zeitschr. Bd. I, S. 397). Dabei liegt eine Verwechselung der beiden Sätze des R. R. zum Grunde.

8) Pr. et §. 3 J. de patria potest. (I, 9). — L. 3 D. de his qui sui (I, 6).

8a) Die gesetzliche Vermuthung der Erzeugung durch den Ehemann kommt bei Ehen, die als nichtig aufgehoben werden, den Kindern, welche in der Ehe geboren, aber nicht erzeugt worden, nicht zu Statten. Pr. 1232, vom 28. November 1842.

9) Nicht justae nuptiae; die Regel gilt bei jeder Ehe. L. 5 D. de in jus vocando (II, 4). Die justae nuptiae bedingen nur die väterliche Gewalt.

10) L. 6 D. de his qui sui (I, 6).

den, ausgedehnt[11]); hierauf aber bezog sich die Vermuthung nicht und konnte sich nicht beziehen, weil sie auf der Möglichkeit beruhet, daß der Ehemann der Erzeuger sein könne[12]). Zum Beweise der Zeugung kann die Präsumtion handgreiflich nicht bei einem Kinde dienen, welches kurz nach der Hochzeit geboren wird. Deshalb mußte in dem Falle, wo die Ehelichkeit auf die spätere Ausdehnung des Grundsatzes gegründet wurde, die Thatsache der Zeugung durch den Ehemann von dem Kläger, wenn der Mann die Anerkennung versagte, bewiesen werden[13]). Bei der Abfassung des A. L.R. ist nun der Grundsatz über die Ehelichkeit ganz vergessen, wenigstens nicht ausgedrückt, und die Materialien ergeben auch nicht, daß man sich denselben, gehörig gesondert von der sich auf den Beweis einer Thatsache beziehenden Präsumtion, klar gedacht habe; bei der Präsumtion selbst aber hat man ihre eigentliche Beziehung mit der späteren Ausdehnung des röm. Grundsatzes verwechselt. Daher fehlt es auch an einem Anfangspunkte (Conceptionszeit) bei der Bestimmung der Ehelichkeit eines kurz nach der Hochzeit geborenen Kindes: was zur Rechtfertigung der Conceptionszeit gesagt wird, paßt nur auf eine erst nach Auflösung der Ehe erfolgende Geburt. Bei alle dem gestattet die Fassung doch eine sachgemäße Rechtsentwickelung, wenn die §§. 1 und 2 als sich wechselseitig ergänzend angesehen werden. Denn der §. 1. gründet die Vermuthung, „daß Kinder, die während der Ehe erzeugt oder geboren worden, von dem Manne erzeugt sind," und der §. 2. fügt bei: es könne diese Vermuthung nur dadurch widerlegt werden, daß der Mann überzeugend nachweise, „daß er der Frau in dem bestimmten Zwischenraume vor der Geburt des Kindes nicht ehelich beigewohnt habe." Selbstredend kann nun ein Mann, dessen Frau kurz nach der Hochzeit niederkommt, ihr in der Zeit der Empfängnis nicht ehelich beigewohnt haben, folglich ist die Vermuthung auf diesen Fall nicht anwendbar. Wollte man die Bestimmung nach dem, dem Sachverhältnisse vollkommen entsprechenden, Wortsinne verstehen, so stimmte

11) L. 3, §. 1 D. de agnoscend. lib. (XXV, 3). — L. 11 C. de natural. lib. (V, 27).

12) Die modernen Gesetzgeber beachten den Umstand nicht, daß das Recht keine vernunftwidrige Fiction oder Rechtsvermuthung kennt, d. h. daß nichts fingirt oder vermuthet wird, was nicht möglich ist. Daher findet sich im ganzen R. R. keine Regel, wonach ein Umstand vorausgesetzt oder angenommen würde, welcher nicht wirklich sein könnte. Dieselbe Bewandtnis hat es mit der Regel: pater est etc., welche mit dem Grundsatze: daß die Zeugung in der Ehe geschehen sein muß, in Verbindung steht und davon nicht zu trennen ist, sonst wird sie vernunftwidrig.

13) Nov. 117, c. 2. — Auth. si quis (V, 27).

das A. L.R. mit dem R. R. in der That überein. Der vorausgesetzte Grundsatz ist: Ehelich ist das Kind, welches von dem Ehemanne vor oder nach der Hochzeit erzeugt ist. Was den Beweis der Erzeugung betrifft, so wird angenommen, daß der Ehemann der Erzeuger ist, wenn von der Zeit zwischen dem 210. und dem 302. Tage vor der Geburt auch nur ein Moment in die Ehe trifft; es wird aber der Gegenbeweis zugelassen. Liegt der ganze Zeitraum vor der Heirath, so ist das Anerkenntnis des Kindes seitens des Mannes oder der Beweis der Vaterschaft erforderlich. Das ist das allein richtige. Allein das Obertribunal hat durch Plenarbeschluß den Satz angenommen, daß die Vermuthung für die eheliche (?) Beiwohnung, d. h. für die Erzeugung durch den Ehemann eintrete, wenn auch unzweifelhaft das Kind außer (vor) der Ehe erzeugt ist[14]). 3) Der Beweis der Nichtbeiwohnung in der gedachten Zeit muß überzeugend geführt werden, welches soviel heißt, daß der Beweis vollständig erbracht werden muß und nicht durch einen nothwendigen Eid ergänzt werden kann; es findet aber die Eideszuschiebung statt[15]). Nicht bloß durch den Beweis der Unmöglichkeit, wie im R. R., sondern durch den Beweis der Thatsache, daß die Beiwohnung überhaupt nicht geschehen sei, kann die Vermuthung widerlegt werden[16]). 4) Wird das Kind nach Auflösung der Ehe geboren, so wird die eheliche Zeugung bis zum 302. Tage nach Trennung der Ehe vermuthet[17]). Eine Ausnahme davon ist gemacht für den Fall, wenn eine Witwe zu früh heirathet: dann soll die Vermuthung nur bis zum 270. Tage nach der Trennung dauern[18]). Ist die Ehe durch den Tod des Mannes getrennt, so können dessen Erben die uneheliche Zeugung des Kindes nachweisen und dasselbe für ein uneheliches erklären lassen[19]). 5) Außerdem sind gewisse Vorsichtsmaßregeln bei der Trennung der Ehe zugelassen. Die Erben des verstorbenen Mannes und der geschiedene Mann soll die Frau befragen dürfen, ob sie sich schwanger glaube; und wenn sie solches ver-

14) Plenarbeschl. v. 5. Septbr. 1842 (Entsch. Bd. VIII, S. 73). — S. auch den Rechtsfall im Schles. Arch. Bd. III, S. 557. Die Gründe sind nichts weiter als die in den Materialien niedergelegten merkwürdigen Verwechselungen und Vermischungen verschiedener Dinge. Vergl. o. Note 8a.

15) A. L.R. §. 2 d. T. — Jur. Wochenschr. 1842, S. 509. — Schles. Arch. Bd. V, S. 213. Pr. 1125, v. 11. April 1842; Pr. 1320, v. 14. August 1843.

16) Schles. Arch. a. a. O. — Plenarbeschl. des Obertrib. v. 5. Sept. 1842 (Entsch. Bd. VIII, S. 73).

17) A. L.R. II, 2, §§. 19, 40, 41.

18) Ebend. §§. 22, 23; II, 1, §. 20. Der Grund paßt auch auf geschiedene Frauen, außer dem Falle der böslichen Verlassung.

19) A. L.R. II, 1, §§. 20, 21.

meint, so können sie ihr eine Gesellschafterin beiordnen und sie nach einiger Zeit, auch wiederholt, körperlich untersuchen lassen[20]). III. Auf den elterlichen Zustand beziehen sich die Familienklagen wegen der Elternschaft und Kindschaft. 1) Behauptet der Vater seine Vaterschaft oder die Mutter die Mutterschaft, und hindert ein Dritter die thatsächliche Ausübung der Elternrechte, so kann das Hindernis durch das interdictum de liberis exhibendis et ducendis beseitigt werden[21]). Bestreitet das Kind den Zustand, so wird darüber durch ein Präjudicium (actio paterna [materna] oder de paternitate [maternitate] affirmativa) entschieden[22]), welches, wenn darauf eine andere Klage, z. E. die Alimentationsklage, gegründet wird, mit derselben cumulirt werden kann[23]); das Kind kann auch negatorisch klagen (actio de filiatione negativa), wenn ihm der Zustand factisch im Wege ist. 2) Leugnet der Vater die Vaterschaft, so kann der Streit zwischen ihm und dem Kinde auf die Klage des Kindes (actio filialis oder de filiatione affirmativa)[24]), oder, wenn das Kind im Besitze des Zustandes ist, auf die Klage des Ehemannes (actio de paternitate negativa)[25]) ausgemacht werden. Dieselben Rechtsmittel finden Anwendung, wenn zwischen dem Kinde und der vorgeblichen Mutter die Mutterschaft streitig wird, nur ist hierbei der Beweis geradezu auf die Thatsache der Geburt zu richten. Der Streit kann aber auch zwischen den vorgeblichen Eltern geführt und erledigt werden[26]). 3) Es kann auch zwischen dem Kinde und einem Dritten über den Zustand gestritten werden[27]). — Bei allen diesen Präjudicialklagen kommen dieselben Regeln, bezüglich auf

---

20) Ebend. §§. 26—39, 42—48. — Wie diese für unsere Sitten und Rechtsansichten nicht passende Verordnung hierher gekommen, ist nicht zu sehen. Es ist eine Nachbildung des in Deutschland nie zur Anwendung gekommenen S. C. Plancianum (L. 1 pr., §§. 1—15 D. de agnosc. lib. [XXV, 3]), des Reskr. der Kaiser Antonin und Verus, wodurch jenes S. C. auf den umgekehrten Fall ausgedehnt wurde (L. 1 pr., §§. 1—9 D. de inspiciendo ventre [XXV, 4]) und dessen Voraussetzung bei uns ganz und gar fehlt, sowie des prätorischen Rechtsmittels für den Fall, daß eine Witwe behauptete, schwanger zu sein. L. 1, §§. 10—15; L. 2—4 D. eodem. Vermöge dieser unsern Sitten unangemessenen Verordnung ist eine Witwe und geschiedene Frau der Chicane preisgegeben.

21) Tit. D. de liberis exhib. (XLIII, 30).

22) L. 3, §§. 3, 4 D. de agnoscend. liberis (XXV, 3); L. 1 C. de patria potest. (VIII, 47).

23) Vergl. L. 1, §. 2 D. de rei vind. (VI, 1).

24) L. 9 C. de patria potest. (VIII, 47); L. 4 C. de alend. lib. (V, 25).

25) L. 10 D. de his, qui sui (I, 6); L. 1, §. 15; L. 5, §. 8 D. de agnosc. lib. (XXV, 3). Der Curator eines abwesenden Ehemannes ist zu dieser Klage nicht legitimirt. Pr. 1204, v. 26. Febr. 1842 (Entsch. Bd. VIII, S. 321).

26) L. 1, §. 16; L. 2; L. 3 pr., §§. 1—6 D. de agnosc. liberis.

27) A. L.R. II 2, §§. 17, 18, 20. — L. 3, §. 5 D. eod. Darauf bezieht sich das edictum Carbonianum. Tit. D. XXXVII, 10.

den Beweis der Zeugung, also auch die rechtliche Vermuthung und die Beweisgründe zu deren Widerlegung, zur Anwendung [28]).

§. 771.

b) Annahme an Kindesstatt.

A. L.R. II, §§. 666—716. — A. Schuller, die Annahme an Kindesstatt, nach den Grundsätzen des österr. allgemeinen bürgerl. Gesetzbuches und mit Rücksicht auf die diesfälligen Vorschriften des königl. preuß. allgemeinen Landrechts. Wien 1837. — Chr. W. Schmitt, die Lehre von der Adoption. Jena 1825. — Thomasius, de usu practico tituli Institutionum de adoptionibus. Halae 1714. — Pufendorf, Obs. T. III, n. 46.

Die Annahme an Kindesstatt ist Begründung des elterlichen Zustandes durch eine Rechtshandlung. Das Pr. R. unterscheidet nicht zwischen Adoption und Adrogation. I. Die Voraussetzungen sind: 1) Der Annehmende muß 50 Jahre alt sein und keine ehelichen Abkömmlinge am Leben haben. Jüngere Personen können mit ministerieller Erlaubnis adoptiren, wenn die Erzeugung natürlicher Kinder von ihnen nicht zu vermuthen ist. 2) Der Annehmende muß nicht vermöge seines Standes zur Ehelosigkeit verpflichtet sein [1]). 3) Das Kind muß an Jahren jünger als der Annehmende sein; eine Zahl von Jahren ist nicht bestimmt [2]). Unter dieser Voraussetzung kann ein jeder adoptirt werden, der noch nicht in bürgerlich wirksamen Kindschaftsverhältnissen zu dem Annehmenden steht, also auch uneheliche Kinder. 4) Mündige müssen selbst einwilligen; außerdem ist die Zustimmung des leiblichen Vaters, wenn er noch am Leben, und, wenn das Kind unter Vormundschaft steht, des Vormundschaftsgerichts, in Fällen, wo dem Vater die väterliche Gewalt entzogen und das Kind bevormundet ist, die Genehmigung beider erforderlich [3]). 5) Der Annehmende muß nicht nothwendig männlichen Geschlechts sein; Ehefrauen aber können nur

---

28) Ohne einen juristischen Grund leugnet solches das Obertrib. bei der negativen Filiationsklage. Präj. 302, vom 26. Juni 1837 (Entscheid. Bd. II, S. 296 flg.). Diese Singularität bei einer einzelnen Anwendung der Präjudicialklage ist ohne positive Satzung unannehmbar, und an einer solchen Satzung fehlt es ganz und gar.

1) A. L.R. II, 2, §§. 668—671. Der §. 669 ist durch die C.O. v. 18. Juli 1836 dahin geändert, daß der Minister dispensiren kann (Jahrb. Bd. LII, S. 471). S. auch C.O. v. 13. Nov. 1838 (ebendas.).

2) A. L.R. a. a. O. §. 677. Nach L. 40, §. 1 D. de adopt. (I, 7) muß der Adoptirte 18 J. jünger sein, weil der fingirte Zustand muß möglich sein können. S. o. Note 12 zu §. 770. Und die Adoption beruhet auf dem Satze: adoptio naturam imitatur. L. 16 D. eod. und §. 4 J. eod. (I, 11).

3) A. L.R. a. a. O. §§. 678—680. — Hauptcontrahent bleibt selbstverständlich der Vormund.

mit Einwilligung ihres Mannes adoptiren[4]). II. Die Form ist ein schriftlicher Vertrag mit obrigkeitlicher Bestätigung nach vorheriger Prüfung, welche in der Regel dem Gerichte erster Instanz zusteht[5]). Ausnahmsweise muß die Bestätigung ertheilt werden: 1) von dem Justizminister, wenn der Adoptirende nicht 50 Jahre alt ist (Note 1); 2) von dem Regenten: a) wenn der Adoptirende ein Edelmann und der Adoptirte bürgerlich ist und der letztere den Adel und das Wappen des erstern erhalten soll[6]); b) wenn zwar beide von Adel, der Adoptirte aber auch das Wappen und den adelichen Namen des erstern führen soll[7]); c) wenn der von einer Frau Adoptirte den Namen ihres gewesenen Mannes annehmen soll[8]). III. Wirkungen der Annahme sind, wenn der Annehmende männlichen Geschlechts ist, Erlöschung der bisherigen väterlichen Gewalt und Entstehung derselben Rechte für den Annehmenden, wie aus der Zeugung in rechter Ehe, nur mit diesen Modificationen: 1) Der Adoptivvater erlangt, wenn nichts anderes festgesetzt worden ist, kein Recht an dem Vermögen des Kindes, weder unter Lebendigen noch auf den Todesfall, der natürliche Vater behält die Verwaltung ohne den Nießbrauch, indem die Einkünfte dem Kinde zustehen; und wenn er stirbt, wird eine Vormundschaft selbst über das von der verstorbenen Adoptivmutter ererbte Vermögen bestellt, denn der sie überlebende Adoptivvater hat keinerlei Recht darüber; das Erbrecht behalten die leiblichen Eltern und die Blutsfreunde mit gänzlicher Ausschließung der Adoptiveltern[9]). 2) Es entsteht kein Rechtsverhältnis zwischen dem Kinde und den Verwandten des Annehmenden, wiewohl es dessen Namen erhält, und es bleiben die bisherigen Familienverhältnisse des Kindes unverändert, weshalb es mit dem angenommenen Namen des Annehmenden seinen eigenen Familiennamen fortführen darf[10]); aber

4) Ebend. §§. 674, 675. Anders nach R. R., weil es danach auf die väterliche Gewalt abgesehen war. §. 10 J. de adopt. (I, 11); Gajus I, §. 104; Ulpian. VIII, §. 8a. Doch kommt ein Analogon für Frauen durch kaiserliches Rescript vor, wodurch aber nur Cognition begründet wird. L. 5 C. de adopt. (VIII, 48).

5) A. L.R. a. a. O. §. 667. — V. v. 2. Januar 1849, §. 14. Der Bestätigung geht gewöhnlich eine gerichtliche Anerkennung voraus, zum Zwecke der Beglaubigung.

6) A. L.R. a. a. O. §. 684. — Anh. §. 100, Nr. 1, und §. 102.

7) Anh. z. A. L.R. §. 100, Nr. 2. — R. v. 12. Nov. 1801 (Stengel, Bd. XIV, S. 292; Rabe, Bd. VI, S. 655). — R. v. 9. April 1811 (Jahrb. Bd. XLVI, S. 102).

8) A. L.R. a. a. O. §. 689. Anh. §. 102. — R. v. 24. Mai 1837 (Ergänz. zu II, 2, §. 666, Nr. 2, Buchst. c).

9) A. L.R. a. a. O. §§. 681—706. — Anhang §§. 101, 102.

10) Der gewöhnliche Gebrauch ist, daß der angenommene Name dem eigenen Namen angehängt wird, z. B. Lucius-Titius, oder Lucius genannt Titius; doch

umgekehrt treten alle Abkömmlinge des Angenommenen zu dem oder den Annehmenden [11]) in das nemliche elterliche Zustandsverhältnis, wie es durch eheliche Zeugung begründet wird [12]). IV. Die Adoption kann mit allen ihren Wirkungen, so als wenn sie niemals geschehen wäre, durch einen von derselben Behörde, von welcher die Errichtung bestätigt worden ist, bestätigten Vertrag wieder aufgehoben werden [13]); die entstandene väterliche Gewalt endet eben so wie die des leiblichen Vaters [14]).

§. 772.

c) Legitimation.

A. L.R. II, 2, §§. 592—611. — Beyer, doctrina legitimationis ex jure patrio explicand. Vit. 1712. — Eisenhardt, de legitimatione liberorum illegit. praec. secundum jus german. Helmst. 1780. — Normann, de legitimatione secundum jus patrim. antiquum et hodiernum. Hafn. 1823.

Legitimation heißt die Rechtshandlung, wodurch unehelichen Kindern das Recht der Ehelichkeit entweder nur in Beziehung auf den Vater oder auch in Beziehung noch auf andere beigelegt wird. Sie ist nicht, wie im R. R., bloß auf Concubinenkinder beschränkt, sondern auf alle uneheliche Kinder, welche von ledigen [1]) Mannspersonen erzeugt werden, anwendbar, und geschieht: 1) durch nachherige rechte Ehe zwischen den leiblichen Eltern (per subsequens matrimonium), und zwar mit vollen rechtlichen Wirkungen in allen Beziehungen [2]), nur muß die Zeugung seitens des Ehemanns außer Zweifel sein (§. 596, 1), die aber auch durch

kommt auch der umgekehrte Gebrauch vor. Der angenommene Name ist der Hauptname, der eigene kann ganz weggelassen werden.

11) Eheleute können gemeinschaftlich adoptiren. A. L.R. a. a. O. §. 687.

12) Ebend. §§. 682, 707—713.

13) Ebend. §§. 714, 715. Diese Aufhebung ist dem R. R. fremd; auch stellt sich die Sache sonderbar, wenn der Angenommene in einen andern Stand getreten ist.

14) Ebend. §. 716. Vergl. §. 11 J. de heredit. (III, 1); L. 3 D. unde cognati (XXXVIII, 8).

1) Ehemänner können wohl unmöglich während ihrer Ehe die ehebrecherisch erzeugten Kinder legitimiren, weil das wider die Sitte sein würde. Frage ist nur: ob nach Auflösung der Ehe die Legitimation zulässig. Die Sittenwidrigkeit trifft auch hier zu, doch ist darüber Meinungsverschiedenheit, schon nach der Decretale c. 6 X. qui filii sint legitimi. Ein Min.-R. vom 22. Febr. 1822 (Jahrb. Bd. XI, S. 8) ist dafür. Auch Schweickart, disput. juris canonici de matrimonii vi in liberis adulterinis legitimandis non deficiente. Regiomonti 1824. S. jedoch das R. v. 21. Oct. 1831 (Jahrb. Bd. XXXVIII, S. 470).

2) A. L.R. a. a. O. §§. 596, 598, 600. — Decl. v. 30. Sept. 1820 (G.S. S. 201). — L. 10, 11 C. de natural. lib. (V, 27). — Machen besondere Gesetze Ausnahmen, wie bei deutschen Instituten, z. B. Fideicommissen und Lehen, vorzukommen pflegt, so treten dieselben allerdings ein. A. L.R. a. a. O. §. 596. Nach G. R. streitet man darüber. S. Heffter, die Erbfolgerechte der Man-

stillschweigendes Anerkenntnis bewiesen werden kann [3]). 2) Durch Rescript des Justizministers, welche jedoch nur auf Antrag des Vaters geschieht, und dem Kinde den Stand nur des bürgerlichen Vaters und eheliche Rechte nur in Ansehung dessen Person, aber nicht gegen dessen Familie und auch nicht gegen die Familie der Mutter, auch nicht den Namen des Vaters gibt; nur zwischen den ehelichen Abkömmlingen des Vaters und dem Kinde entsteht das Verhältnis wie zwischen ehelichen Halbgeschwistern [4]). Dasselbe gilt von Kindern aus einer Ehe zur linken Hand, mit dem Unterschiede, daß der Regent die Legitimation ertheilen muß, daher durch dieselbe auch der Name und der adeliche Stand des Vaters beigelegt wird [5]); auch ist diese Bestimmung auf die Legitimation unehelicher Kinder von Officieren ausgedehnt [6]). Die beiden Formen der Legitimation durch richterlichen Ausspruch [7]) und durch gerichtliche Erklärung des Vaters bei sogenannten Brautkindern [8]) sind abgeschafft [9]).

§. 773.

d) Einkindschaft.

A. L.R. II, 2, §§. 717—752. — Hertel, theoretisch-praktische Erörterung der Lehre von der Einkindschaft und fortgesetzten ehelichen Gütergemeinschaft, nach den Grundsätzen des deutschen Privatrechts und mit Rücksicht auf die Bestimmungen des Preuß. Landrechts. Gießen 1818. — v. Strombeck, von der Einkindschaft in den Jahrb. Bd. XIII, S. 335 ff. — Schmidt, de unione prolium. Erlangae 1785. — Tafinger, über die Lehre von der Einkindschaft. Nürnberg 1785. — Ringelmann, über die historische Ausbildung und die rechtliche Natur der Einkindschaft. Würzburg 1825. — Eberty, de vera unionis prolium indole. Bonn. 1834.

I. Die Einkindschaft (unio prolium) ist eine Begründungsart

telkinder in Lehen und Familienfideicommisse. Berlin 1836; Diek, Beiträge zur Lehre von der Legitimation durch nachfolgende Ehe. Halle 1832; Kämmerer, Beiträge zum Gemeinen und Meklenburgischen Lehnrechte über Unfähigkeit der Mantelkinder. Rostock 1836; Guerin, de legitimatione per subsequens matrimonium. Argent. 1780; Schorcht, von der Unfähigkeit der Mantelkinder zur Lehnsfolge. Jena 1780 und 1797.

3) Schles. Arch. Bd. V, S. 185 flg.

4) A. L.R. II, 2, §§. 601—608; Anh. §. 94. Diese an die Stelle der legitimatio per rescriptum principis und der ehemaligen comitum palatinorum getretene Ministeriallegitimation kostet, außer dem Stempel, 5—10 Thlr. C.O. v. 16. Jan. 1840 (G.S. S. 17).

5) A. L.R. a. a. O. §§. 609—611.

6) Anh. z. A. L.R. §. 65. — Circ.V. v. 11. September 1798 (Rabe, Bd. V, S. 195).

7) A. L.R. II, 2, §§. 592, 593.

8) (3. A.) A. L.R. a. a. O. §. 597; II, 9, §. 6; R. v. 22. Februar 1768 (N. C. C. Tom. IV de 1768, S. 2051).

9) (3. A.) Gesetz vom 24. April 1854, §. 22 (G.S. S. 193).

des elterlichen Verhältnisses zwischen Stiefeltern und Stiefkindern, und erzeugt dieselben persönlichen Rechte und Pflichten, ingleichen wechselseitige Successionsrechte, wie zwischen leiblichen Eltern und Kindern [1]). Sie findet nur statt zwischen Stiefeltern und Stiefkindern, wenn Personen eine rechte Ehe schließen, von welchen eine oder jede schon Kinder hat, ohne Unterschied, ob es für den einen oder den andern Theil die zweite oder noch fernere Ehe ist [2]); die eingebrachten Stiefkinder dürfen nicht uneheliche sein [3]). Sie kann vor oder nach Schließung der Ehe errichtet werden [4]). II. Die Erfordernisse sind: 1) Freie Einwilligung der Eltern und der zusammenzubringenden Kinder oder, sofern diese noch minderjährig sind, der Vormundschaft. 2) Weder die Vorkinder noch die Nachkinder sollen in ihrem Pflichttheile verletzt werden; deshalb muß jedes der Eltern, welches schon Kinder hat, denselben auf seinen Todesfall wenigstens die Hälfte des von ihm in die neue Ehe gebrachten Vermögens zum voraus vermachen [5]). III. Die Form der Eingehung ist ein Vertrag, welcher gerichtlich vollzogen und bestätigt werden muß [6]); auch nach bereits vollzogener Ehe bedarf die Frau keines Beistandes, weil sie sich nicht dem Manne verbindlich macht und auch nicht zwischen ihr einerseits und dem Manne anderseits, sondern vielmehr zwischen ihr und dem Manne gemeinschaftlich auf der

---

1) A. L.R. a. a. O. §§. 720, 732. Das A. L.R. hat also diejenige Meinung über die streitige rechtliche Natur des Instituts angenommen, nach welcher dieselbe für eine Art von Adoption angesehen wurde. Pufendorf, Obs. I, 209; III, 114; IV, 191; Gail, Obs. II, 125. — Nach einer andern Ansicht ist die Einkindschaft eine Art Erbvertrag. Runde, Grundsätze, §. 673; Eichhorn, Einleitung, §. 346. Eine dritte Ansicht hält sie für eine Gütergemeinschaft. Hertel, §. 1, u. a. Eigentlich ist sie ein eigenthümliches deutsches Institut. Maurenbrecher, deutsches Privatrecht, Bd. II, S. 664; Mittermaier, Grundsätze, §. 369 (§. 321a). Nach Pr. R. bestimmt sich die Natur nach Analogie der Adoption.

2) A. L.R. a. a. O. §§. 717—719; Anh. §. 103.

3) Ueber Einkindschaft außerehelicher Kinder, in Zu Rhein, Beiträge, Bd. III, Nr. 22. — R. v. 30. Juni 1823 (Jahrb. Bd. XXII, S. 71).

4) A. L.R. a. a. O. §. 722. Vorher ist sie eine bedingte.

5) Ebend. §§. 723—730. — Die Unterlassung hat keine Nichtigkeit zur Folge. Pr. 414, v. 29. Januar 1838. Wo eheliche Gütergemeinschaft mit der Wirkung herrscht, daß der überlebende Ehegatte das Gesamtvermögen bis zur Wiederverheirathung als Alleineigenthum oder zum Nießbrauch behält, da können auch, wenn der erstverstorbene Ehegatte aus einer früheren Ehe Kinder hatte, rücksichtlich deren mit dem zweiten Ehegatten ein Einkindschaftsvertrag geschlossen worden ist, die Stiefkinder nicht sofort nach dem Tode ihres leiblichen Parens die Auseinandersetzung in Betreff dessen Vermögenantheils, resp. Nachlasses, verlangen. Pr. 1226, v. 29. Nov. 1842. — Schmidt, Gedanken über die Bestimmung des Voraus bei Einkindschaften. Würzburg 1798.

6) A. L.R. a. a. O. §. 721. Vor der Bestätigung hat das Gericht die Erfordernisse und die Nützlichkeit des Verhältnisses für die Vorkinder zu prüfen. Ebend. II, 17, §§. 55, 56.

einen und den Vorkindern auf der andern Seite ein Verhältnis eingegangen wird. Zuständige Gerichtsbarkeit des Richters ist nicht erforderlich[7]). Diese richterliche Bestätigung ist von der Approbation des Vormundschaftsgerichts, wenn die Kinder minderjährig sind, verschieden; hat dasselbe den Vertrag aufgenommen, so muß es außer der obervormundschaftlichen Genehmigung noch die Bestätigung aussprechen. IV. Die Einkindschaft begründet zwischen Stiefeltern und Stiefkindern dasselbe Verhältnis wie die Adoption zwischen dem Annehmenden und dem Angenommenen, nur daß die Kinder nicht den Namen des Stiefvaters annehmen, und mit der Erweiterung, daß auch die Erbfolgerechte wechselseitig sind[8]). Der Stiefvater erwirbt mithin auch die väterliche Gewalt über die Stiefkinder, und daraus folgt die Beendigung der über dieselben bisher geführten Vormundschaft[9]), doch nur in Beziehung auf die Person, denn über das Vermögen erhält der Stiefvater nicht die Rechte eines leiblichen Vaters unter Lebendigen[10]). Zwischen den Kindern und den Verwandten des Stiefvaters und der Stiefmutter entstehen keine Familienverhältnisse, auch nicht unter den zusammengebrachten Kindern[11]). Die wechselseitigen Erbrechte sind jedoch nicht gleich, indem zwar die der Stiefkinder sich auf das ganze Vermögen der Stiefeltern, namentlich auch auf dasjenige, welches der überlebende Parens noch nach dem Tode des Vorverstorbenen erwirbt, erstreckt[12]), dagegen aber das der Stiefeltern sich auf dasjenige Vermögen, welches die Kinder in die Einkindschaft einbringen oder von den Eltern erhalten, beschränkt[13]). Dieses wechselseitige Erbrecht kann durch einseitige Verfügungen von Todes wegen, wenn nicht gesetzliche Enterbungsursachen gegeben und nicht Vorbehalte gemacht sind, nicht entzogen oder auch nur geschmälert werden[14]); die Einkindschaft hat hierin also nicht bloß die Wirkung einer Adoption, vermöge welcher das Kind nur den Pflicht-

7) A. G.O. II, 1, §. 9, Nr. 10. — Anh. z. A. L.R. §. 147, wodurch die Vorschrift II, 17, §. 56 d. A. L.R. geändert ist. Folgerecht sollte, wie bei Adoptionen, die Prüfung und Bestätigung dem Obergerichte zustehen.

8) A. L.R. a. a. O. §§. 732, 734.

9) Archiv für civil. Praxis, Bd. XVI, S. 226.

10) A. L.R. a. a. O. §. 733. So auch bei der Adoption. §. 694 das.

11) Ebend. §. 752. Wie bei der Adoption. §§. 708, 709.

12) Ebend. §§. 734, 737—744. Entscheid. des Obertrib. Bd. VII, S. 380.

13) A. L.R. a. a. O. §§. 735, 736, 745, 746.

14) Ebend. §§. 747—749. Der Stiefvater, resp. die Stiefmutter, ist nicht berechtigt, das gesetzliche Erbtheil der Vorkinder auf den Pflichttheil zu beschränken. Pr. 126, v. 24. Oct. 1836 (Entsch. Bd. II, 39). Vergl. Arch. für das Civil- und Criminalrecht in der Rheinprovinz, Bd. XIV, S. 78, und Gründler, Polemik III, S. 55.

theil fordern kann[15]), sondern die eines Erbvertrags[16]). Daß bei dem Tode des einen der unirenden Eltern nur Stiefkinder vorhanden sind, oder bei dem Tode eines zugebrachten Kindes nur noch der Stiefvater oder die Stiefmutter am Leben ist, ändert nichts an dem Erbrechte: die Blutsverwandten werden durch die Stiefkinder und beziehlich Stiefeltern von der Erbschaft ausgeschlossen; nur in dasjenige, was den Stiefkindern, nach Eingehung der Einkindschaft, anderwärtsher als von den unirenden Eltern zufällt, findet die gesetzliche Erbfolge statt[17]). Auf das Notherbenrecht der nicht einwilligenden Ascendenten der unirenden Eltern hat die Einkindschaft keinen Einfluß[18]). V. Die Einkindschaft wird aufgehoben: 1) durch gerichtlichen Vertrag sämtlicher Interessenten[19]); 2) durch Scheidung der unirenden Eltern[20]). Der Tod aller unirten Kinder kann nach Pr. R. kein Aufhebungsgrund sein, weil, im Falle keine Abkömmlinge von ihnen nachbleiben, das Erbrecht der Eltern in Wirkung tritt, und wenn eheliche Abkömmlinge vorhanden sind, diese als angenommene Enkel an die Stelle ihres Parens treten[21]). Noch weniger ist der Mangel der Geburt eines Kindes in der Ehe der unirenden Eltern ein Aufhebungsgrund, wenn es nicht im Vertrage verabredet ist[22]).

III. Wirkungen der elterlichen Verhältnisse.

§. 774.

1. In Ansehung der Person.

I. Die vorzüglichste Wirkung ist, daß, wenn nicht die Begründungsart eine Ausnahme macht, das Kind in die Familie des Vaters tritt und alle Rechte eines Familiengliedes in derselben, den Namen sowie den Stand seines Vaters erhält, auch mit dem Vater dieselbe Gerichtsbarkeit und das davon abhängige Privatrecht hat, so lange es in der väterlichen Gewalt bleibt oder nicht in ein bürgerliches Verhältnis tritt, womit ein besonderer Gerichtsstand

15) A. L.R. a. a. O. §§. 692, 706.

16) Ist streitig. S. jedoch Entsch. des Obertrib. Bd. II, S. 45.

17) A. L.R. a. a. O. §§. 741, 744—747. — Archiv der Rheinprovinz, Bd. XIX, S. 149. — v. Hohnhorst, Bad. Jahrb. 8r Jahrg., S. 394.

18) A. L.R. a. a. O. §§. 728, 729, 742. — Ist nach G. R. streitig. S. Mühlenbruch in Glück's Commentar, Bd. XXXVIII, S. 105; und für die andere M. Pufendorf, Obs. T. I, obs. 200, §. 31 sqq.; T. IV, obs. 191.

19) A. L.R. a. a. O. §. 751. Die richterliche Bestätigung wird hierbei nicht erfordert, was nicht folgerecht ist. S. o. §. 771, IV.

20) A. L.R. §. 750 dies. Tit.

21) Ebend. §§. 720 und 707. Wo die Einkindschaft nicht als Adoption angesehen wird, ist es anders.

22) Ullrich, Archiv Bd. II, S. 324 flg. — Pufendorf I, 200, §. 20.

verbunden ist[1]). Zur Sicherung des Civilstandes sind die Eltern, vorzüglich der Vater, verpflichtet, das Kind binnen sechs Wochen nach der Geburt taufen und beziehlich in die Liste der Geborenen eintragen zu lassen, widrigenfalls die Vormundschaftsbehörde dafür durch einen dem Kinde zu bestellenden Curator zu sorgen hat[2]). II. Das Kind ist beiden Eltern Ehrfurcht und Gehorsam schuldig; auch haben beide das Recht und die Pflicht der Erziehung, jedoch steht dabei die Anordnung der Art hauptsächlich dem Vater zu[3]). Sind die Eltern über die Religion, in welcher das Kind unterwiesen werden soll, nicht einig, so soll der Unterricht in der Religion des Vaters, bis nach zurückgelegtem 14ten Jahre des Kindes, gegeben werden und entgegenstehende Vertragsbestimmungen sind ungiltig[4]). Hiernach richtet sich auch die Taufe[5]). Dieser Grundsatz kommt noch nach dem Tode des Vaters, gegen den Willen der Mutter, zur Anwendung, wobei auf eine erst in der letzten Krankheit erfolgte Religionsveränderung keine Rücksicht genommen wird; nur wenn der Vater das Kind, wenigstens durch das ganze letzte Jahr vor seinem Tode, in der Religion der Mutter hat unterrichten lassen, muß die Vormundschaft dabei bleiben[6]). III. Das aus der Erziehung folgende Züchtigungsrecht der Eltern geht nicht bis zur Anwendung harter Strafen und Zwangsmittel. Sind die gewöhnlichen, der Gesundheit unschädlichen Mittel unzureichend, so kann die Vormundschaftsbehörde, auf Antrag des Vaters, nach

1) A. L.R. a. a. O. §§. 58—60. Hat jetzt nur noch in Beziehung auf das zur Anwendung kommende Privatrecht Bedeutung. V. v. 2. Jan. 1849, §. 15.

2) Anh. z. A. L.R. (II, 11, §. 446) §. 131. — C.O. v. 23. Febr. 1802 (N. C. C. Tom. XI, S. 769; Stengel, Bd. XV, S. 272; Rabe, Bd. VII, S. 63). Ueber den Anlaß zu dieser Bestimmung s. Stengel, Bd. XIII, S. 190 flg.

3) A. L.R. II, 2, §§. 61, 62, 74.

4) Ebend. §§. 76—79, 83, 84, 85. Decl. v. 21. Nov. 1803 (N. C. C. Tom. XI, S. 1931; Rabe, Bd. VII, S. 524). Dieses gilt auch in den Rheinprovinzen. C.O. v. 17. Aug. 1825 (G.S. S. 221). Nach dem R. v. 28. Januar 1804 (N. Arch. Bd. III, S. 296) soll die Decl. v. 21. Nov. 1803 nur auf die nach dieser Zeit geschlossenen Ehen Anordnung finden, und man ist über die Geltung dieser Bestimmung verschiedener Meinung. Darauf kommt jedoch nichts mehr an, da jetzt solche vor 1803 geschlossenen Ehen gewiß höchst selten sind, in welchen noch Kinder unter 14 Jahren vorkommen.

5) Die Bestimmung II, 11, §. 447 d. A. L.R. ändert sich durch die Decl. v. 21. Nov. 1803. R. v. 12. Oct. 1804 (N. Arch. Bd. III, S. 312; Rabe, Bd. VIII, S. 188).

6) A. L.R. II, 2, §§. 80—82. R. v. 8. Aug. 1836. — Ueber die verschiedenen, diesen Gegenstand betreffenden, deutschen Gesetzgebungen s. Mittermaier, Bemerkungen über die neueste deutsche Gesetzgebung in Bezug auf religiöse Erziehung der Kinder aus gemischten Ehen; in Elvers Themis, Bd. I, H. 1 (Gött. 1827), Nr. I. — Vergl. Code civil, Art. 303, 1388.

Befinden der Umstände, zweckmäßige Besserungsmittel anwenden[7]). IV. Eltern und Kinder haben die wechselseitige Verbindlichkeit, sich zu unterstützen und zu verpflegen (§. 595). Beide Eltern müssen vereint, und der Vater hauptsächlich, für Unterhalt, Verpflegung und Erziehungskosten sorgen; die Mutter muß die körperliche Pflege und Wartung persönlich besorgen oder doch beaufsichtigen, auch wenn sie gesund ist, ihr Kind durch die von dem Vater zu bestimmende Zeit stillen; der Vater soll sich aber, bei entstehender Meinungsverschiedenheit zwischen ihm und der Mutter, dem Gutachten der Sachverständigen unterwerfen[8]). Bis zum zurückgelegten vierten Jahre des Kindes kann die Mutter, welche ihrer Pflicht genügen kann und will, fordern, daß dasselbe ihrer persönlichen Pflege und Aufsicht überlassen werde[9]). V. Werden die Eltern geschieden, so sollen die Kinder in der Regel bei dem unschuldigen Theile, und wenn keiner von beiden für schuldig erklärt ist, die Kinder unter vier Jahren bis zur Vollendung dieses Alters bei der Mutter, die älteren bei dem Vater erzogen, doch kann in dem zweiten Falle der Mutter auch die Erziehung der Töchter überhaupt, von dem Vormundschaftsgerichte, anvertraut werden[10]). Ausnahmen sind: 1) Der Vater kann, auch wenn er der schuldige Theil ist, die Söhne zur Erziehung verlangen, wenn die Scheidungsursache nicht eine schlechte Erziehung besorgen läßt[11]). 2) Die für schuldig erklärte Mutter behält, unter derselben Voraussetzung, die noch nicht vier Jahre alten Kinder bis zur Zurücklegung dieses Alters und muß die Kosten dafür tragen, welche ihr auch dann zur Last fallen, wenn die Pflege andern anvertraut werden muß[12]). 3) Das Vormundschaftsgericht kann, wenn in der Folge erhebliche Besorgnis der Vernachlässigung oder schlechten Erziehung eintritt, überhaupt

---

7) A. L.R. a. a. O. §§. 86—89. Man hat jedoch auch dem Vormundschaftsgerichte die Bestimmung, namentlich der Dauer der Einsperrung in eine Besserungsanstalt, entzogen; es soll darüber dem Justizminister Vortrag geschehen, nach Befinden dem Könige. R. v. 11. März 1806 (N. C. C. Tom. XII, S. 73; Mathis X, 19; Rabe VIII, 493). — R. v. 21. Januar 1830 (Jahrb. Bd. XXXV, S. 126).

8) A. L.R. a. a. O. §§. 64—69. Diese Bestimmungen sind dem Wesen des Verhältnisses unangemessen; dasselbe entzieht sich einer solchen Einmischung Fremder gänzlich und die richterliche Einwirkung hat da ihre Grenze.

9) Ebend. §§. 70—73.

10) Ebend. §§. 92, 95, 96. — Nicht der Scheidungsrichter hat hierüber Bestimmung zu treffen. Pr. 404, v. 15. Jan. 1838.

11) A. L.R. a. a. O. §. 93. Der Proceßrichter hat davon dem Vormundschaftsgerichte Notiz zu geben, durch Mittheilung einer Abschrift des Scheidungsurtels.

12) Ebend. §§. 94, 105, 106.

andere Anordnungen, nach Befinden, treffen[13]). — Der Vater kann von der für schuldig erklärten Mutter einen Beitrag zu den Erziehungskosten, bis auf die Hälfte des baaren Aufwandes, fordern[14]). VI. Eltern, welche ihre Kinder grausam mishandeln, zum Bösen verleiten, oder ihnen nicht den nothdürftigen Unterhalt reichen, wird die Erziehung derselben, von Seiten des Vormundschaftsgerichts, genommen und die Kosten für die Erziehung durch andere werden von ihnen eingezogen; doch soll ihnen in solchem Falle der Zutritt zu den Kindern nicht ganz versagt werden[15]). VII. Aus der väterlichen Gewalt als einer dem alten Mundium ähnlichen tutela usufructuaria, vermöge welcher dem Vater der Nießbrauch des Vermögens und die Dienste des Kindes zustehen, ist der Vater auch verpflichtet, das Kind auf seine Kosten vor und außer Gericht zu vertreten, d. h. die Proceßkosten für das Kind aus eigenen Mitteln zu bezahlen, ausgenommen die Rechtssache beträfe das freie Vermögen des Kindes, in welchem Falle die Kosten allenfalls aus der Substanz genommen werden müssen, indem in dieser Beziehung der Vater nur die Rechte und Pflichten eines gewöhnlichen Vormundes hat[16]). VIII. Weil die röm. Personeneinheit zwischen Vater und Kinde dem deutschen und Pr. R. unbekannt ist, so fällt auch die nothwendige Stellvertretung des Vaters durch das Kind, bei Erwerbungen, weg (§. 572), das Kind erwirbt mithin für sich selbst, nur das ausgenommen, was es in der Wirthschaft und in dem Gewerbe der Eltern, wobei es nach Kräften zu helfen schuldig ist, erwirbt[17]). Aus dem Wegfall der juristischen Perso-

13) Ebend. §§. 97 — 100. In solchen Fällen wird ein Curator zu bestellen sein.

14) Ebend. §. 104. — Diese Einschränkung auf die Hälfte bezieht sich nicht auf das Verhältnis zwischen Mutter und Kind; dieses kann, wenn der hauptsächlich verpflichtete Vater unvermögend ist, die ganze Verpflegung und Erziehung, selbst von der unschuldigen Mutter, fordern. §. 107 das. S. o. §. 595.

15) A. L. R. a. a. O. §§. 90, 91, 101, 102, 266. Diese Anordnung findet sich schon in der Vormundschaftsordnung v. 23. Septbr. 1718, §. 8. Den Betrag der erforderlichen Kosten bestimmt das Vormundschaftsgericht durch Decret; ein Proceß findet nicht statt, die Sache ist nicht Justiz-, sondern Regierungssache.

16) A. L. R. a. a. O. §. 159. Der Grund, warum der Vater auf seine Kosten vertreten muß, ist hier derselbe, welcher ihn dazu in Beziehung auf die Frau verbindet. Ebend. II, 1, §§. 187, 188. Daraus ergibt sich die Irrigkeit des R. v. 18. April 1821 (Jahrb. XVII, S. 27), welches den Vater einem gewöhnlichen Vormunde gleichstellt, als wenn dieser ein eigenes Vermögensrecht an dem Vermögen des Mündels (Nießbrauch) und Rechte auf persönliche Dienste hätte. Der Vater handelt bei der Vertretung seines Kindes zugleich immer in seinem eigenen Interesse. Das ist der Unterschied zwischen ihm und einem angestellten gewöhnlichen Vormunde.

17) A. L. R. a. a. O. §§. 121 — 124. S. o. §. 768, Note 8. Für diese Hilfe hat das Kind keinen Lohn zu fordern. Man hat das in Frage gestellt. S.

neneinheit folgt auch die Fähigkeit des Kindes, mit dem Vater selbst Rechtsgeschäfte zu schließen, wozu es, wenn es großjährig ist, keines Beistandes oder Curators bedarf; will es mit andern schließen, so muß der Vater auch im Falle der Großjährigkeit des noch in seiner Gewalt stehenden Kindes zugezogen werden [18]).

§. 775.

2. In Ansehung des Vermögens.

In Ansehung des Vermögens hat die Mutter in der Regel keine Rechte, eine Ausnahme gilt nur von dem Aussatze aus dem Vermögen des schuldigen Ehetheils im Falle der Scheidung: davon behält auch die Mutter die Verwaltung und den Nießbrauch auf Lebenszeit (§. 763, V). Der Vater hat, vermöge seiner Gewalt, an allem übrigen Vermögen seiner Kinder ein eigenes Recht. Jedoch ist in dieser Hinsicht freies und nichtfreies Vermögen zu unterscheiden. I. Das freie Vermögen hat ungefähr die Bedeutung des röm. peculium militare und des pec. adventitium extraordinarium s. irregulare [1]), und entsteht: 1) durch Erwerb mittelst Fleißes und Geschicklichkeit außerhalb des Betriebes der väterlichen Geschäfte [2]); 2) durch Erwerb in Kriegs- und Civildiensten [3]); 3) durch Belehnungen und Lehnsanfälle [4]); 4) durch Belohnungen des Fleißes und der Geschicklichkeit des Kindes, seitens der Eltern oder anderer [5]); 5) durch Geschenke und Vermächtnisse aus Erkenntlichkeit für geleistete Dienste oder erwiesene Gefälligkei-

---

darüber: inwiefern Kinder von Eltern einen Lohn fordern können; in Bülow und Hagemann, Erört. B. II, Nr. 55. Besonders: Scholz III, Zeitschrift für Landwirthschaftsrecht, B. II, S. 1 flg. u. B. I, S. 100 flg. — v. Ende, vermischte jur. Abhandl., B. II, S. 32.

18) A. L.R. a. a. O. §. 125. In den Fällen, in denen die Genehmigung des Vaters mit Rücksicht auf den Gegenstand des Geschäfts genügt, um dem von einem mündigen, unter seiner Gewalt stehenden Kinde geschlossenen Vertrage vollständige Giltigkeit zu verschaffen, bedarf es der Zuziehung eines Curators und der richterlichen Approbation auch dann nicht, wenn der andere Contrahent ebenfalls zu seinen Kindern gehört, und seiner Einwilligung benöthigt ist. Pr. 1662, v. 6. Decbr. 1845 (Entscheid. XII, 332). — Simon, Rechtsspr. Bd. II, S. 257 flg.

1) Rau, Historia juris civilis de peculiis. Lips. 1770. 4.

2) A. L.R. a. a. O. §. 148. Dieser Erwerb gehört nach R. R. nicht zum peculium castrense vel quasi.

3) Ebend. §. 149. — L. 11 D. de castrensi pec. (XLIX, 17); L. 1 C. eod. (XII, 37).; L. 37 pr. C. de inoff. test. (III, 28); L. 4, 14 C. de advocatis (II, 7); L. 2 C. de privil. eorum (XII, 29); L. un. C. de castrensi omnium (XII, 31); L. 34, 50 C. de episcopis (I, 3); Nov. 123, c. 19.

4) A. L.R. a. a. O. §. 150. — War schon gemeinrechtlich. Weber, Lehnrecht, Bd. III, S. 58. — Hommel, Rhaps. obs. 742 u. a.

5) A. L.R. a. a. O. §. 151. Gehört nach R. R. zum pec. adventitium. §. 3 i. f. J. per quas personas (II, 9); L. 6 C. de bonis quae lib. (VI, 61).

ten[6]); 6) durch Ersparnisse von demjenigen, was ihnen von den Eltern zu ihrem Unterhalte oder zu sonstigen Ausgaben gegeben worden[7]); 7) durch Zuwendung von Eltern oder andern unter der Bestimmung, daß dem Vater der Nießbrauch nicht zustehen solle[8]), doch gilt die Bestimmung nicht, insoweit der Zuwender dem Kinde einen Pflichttheil schuldig ist und diesen damit entrichten will[9]). Darüber gebührt dem Kinde freie Verwaltung und Verfügung, und, so lange es minderjährig ist, hat der Vater die vormundschaftliche Verfügung, wenn ihm solche nicht durch Bestimmung des Gebers entzogen worden ist; die Nutzungen wachsen während der Verwaltung dem Stamme zu, soweit sie nicht zur Verpflegung und Erziehung des Kindes, nach dem Ermessen des Vormundschaftsgerichts, erforderlich sind[10]). II. Das unfreie Vermögen hat die Bedeutung des röm. peculium adventitium regulare, bildet die Regel und umfaßt daher alles, was das Kind irgendwie und woher erwirbt, insofern der Erwerb nicht unter eine der genannten sieben Ausnahmen fällt; denn eine analoge Anwendung einer Ausnahme auf ähnliche Fälle ist nach den Regeln der Auslegung unstatthaft (§. 24); namentlich gehören auch Pathengeschenke sowohl überhaupt als besonders auch die königlichen für den siebenten Sohn zum unfreien Vermögen[11]). Ebensowenig gehört das Erheirathete eines Sohnes zu dessen freiem Vermögen, wenn nemlich der Sohn nicht wirklich einen besondern Hausstand gegründet hat, und dadurch aus der väterlichen Gewalt gegangen ist. 1) Von dem unfreien Vermögen hat der Vater, so lange seine Gewalt über das Kind dauert, die Verwaltung und den Nießbrauch[12]). 2) Wegen der Ansprüche aus dieser Verwaltung, nicht etwa auch wegen ererbter Forderung eines Dritten an den Vater[12a]), haben die Kinder bei der Collision mit andern Gläubigern das Vorrecht der vierten (jetzt dritten) Classe[13]). Eine besondere Sicherstellung können sie in der Regel nicht fordern, doch gelten davon folgende Ausnahmen: a) wenn

6) A. L.R. a. a. O. §. 152. Gehört in dieselbe Kategorie.

7) Ebend. §. 153. Gehört nach R. R. entweder zum pec. profectitium oder adventitium, je nachdem es vom Vater oder von andern herkommt.

8) Ebend. §. 154. Nov. 117, c. 1.

9) A. L.R. a. a. O. §. 155. Nov. 117, pr.

10) A. L.R. a. a. O. §§. 158—167. Wenn der Geber einen andern Verwalter ernennt, so ist damit auch der Vater ausgeschlossen, folglich muß ein anderer Curator bestellt werden, sobald der erste stirbt, wenn auch der Vater lebt.

11) Ebend. §§. 156, 157. C.O. v. 7. Aug. 1821 (v. K. Annal. V, 525).

12) A. L.R. a. a. O. §§. 168, 204 u. 205.

12a) Plenarbeschluß des Obertrib. vom 9. Mai 1842 (Entsch. Bd. VIII, S. 209); m. Beurtheilung, S. 551.

13) A. L.R. a. a. O. §. 177. S. oben §. 497.

der Vater auf Behandlung oder Indult gegen seine Gläubiger anträgt; wenn Execution in seine Grundstücke oder Mobilien vollstreckt wird; wenn er sonst in Vermögensverfall zu gerathen anfängt; b) wenn er dem Fiscus oder einer Anstalt mit fiscalischen Rechten, durch Uebernahme einer Verwaltung, verbunden ist oder wird, und dafür nicht eine besondere Caution bestellt, vorausgesetzt daß die Forderungen aus solcher Verwaltung vor den Kindern den Vorzug haben[14]). In diesen beiden Fällen wird dem Vater die Verwaltung abgenommen, wenn er keine Sicherheit leisten kann oder will, es wäre denn, daß er sonst die Bedienung nicht erlangen oder behalten würde und er außerdem für Unterhalt und Erziehung nicht gehörig sorgen könnte[15]). c) Wenn der Vater sich wieder verheirathet und Immobilien hat, so muß er das ganze dermalige Vermögen seiner Kinder darauf eintragen lassen; doch muß diese Hypothek bis auf die Hälfte des Werths der Grundstücke, auf Verlangen des Vaters, zurücktreten[16]), in keinem Falle kann er jedoch dieselbe wieder löschen lassen oder die Löschung fordern, wenn er später das Grundstück verkauft[17]). Auch eine vertragsmäßig bestellte Sicherheit, wozu der Vater sonst nicht verpflichtet gewesen wäre, kann er später nicht einseitig zurücknehmen, weil niemand sein Versprechen einseitig wieder brechen kann[18]). 3) Für die Sicherstellung in diesen Fällen haben, wenn die Kinder sich selbst nicht vorstehen können, zu sorgen: a) hauptsächlich der Vater bei Verlust seines Nießbrauchs; b) der gewesene Auseinandersetzungscurator; c) das Vormundschaftsgericht von Amts wegen, sobald der Fall zu seiner Wissenschaft gelangt. Zu einer desfallsigen Anzeige bei demselben befugt sind: besonders die Mutter, dann der nächste Erbe der Kinder

14) Daher sind jetzt die gerichtlichen Salarien-Cassenrendanten zur Sicherstellung verpflichtet, was früher nicht der Fall war, weil diese Cassen den Kindern nachstanden. A.G.O. I, 50, §. 403. — R. vom 9. October 1797 (N. C. C. Tom. X, S. 1437; Rabe, Bd. IV, S. 303). (3. A.) Nach neuem Rechte ist es anders. Conc.Ordn. §§. 78, 80.

15) A. L.R. a. a. O. §§. 178—183; Anh. §§. 86—88.

16) Ebend. §§. 187, 188; II, 18, §§. 427, 428.

17) Das folgt aus dem Wesen der Caution, zu deren Bestellung er verpflichtet war. A. L.R. II, 2, §. 188. Die Meinungen sind darüber verschieden. S. jedoch R. vom 27. April 1829 (Jahrb. Bd. XXXIII, S. 339); vom 31. Octbr. 1834 (Jahrb. Bd. XLIV, S. 351) und Präj. des Obertrib. vom 30. April 1835 (Centralbl. 1837, S. 709). S. auch unten Note 20a.

18) Auch darüber ist man nicht einig. Ein R. vom 25. September 1809 (Mathis, Bd. X, S. 334; Rabe, Bd. X, S. 158) hält die Zurücknahme für unbedenklich, ohne den entgegenstehenden Grund zu widerlegen. Was in der Hinsicht gesagt wird, sind Gründe der Pietät und Klugheit, durch welche die Vormundschaft bewogen werden kann, nachzugeben, wozu sie sich um so mehr bewogen finden wird, als die Kinder ja zur Unterstützung der Eltern, im Falle der Noth, verbunden sind.

nach dem Vater; und verpflichtet dazu ist: jeder fiscalische Bediente, welcher dafür eine verhältnismäßige Belohnung aus den Nutzungen erhalten soll; ferner auch diejenigen, welche dem Vater das die Kinder gefährdende Amt übertragen, und zwar diese bei eigener Haftung für den, durch die vorsätzlich oder aus grobem Versehen unterlassene Anzeige entstandenen, Nachtheil[19]). — In allen Fällen jedoch muß man sich mit einer solchen Sicherheit begnügen, als der Vater nach seinen Umständen aufzubringen vermag[20]). 4) Der Vater ist in seiner Verwaltung frei von der Aufsicht des Vormundschaftsgerichts, ausgenommen: a) wenn ein Capital von dem Vater oder einem Dritten den Kindern zur Sicherheit besonders verschrieben[20a]), oder die väterliche Verwaltung darüber eingeschränkt ist; b) wenn Grundstücke oder Gerechtigkeiten veräußert, verpfändet oder belastet werden sollen. In diesen Fällen ist zu den mit der Substanz vorzunehmenden Veränderungen die Einwilligung des Vormundschaftsgerichts erforderlich, wenn die Kinder noch minderjährig sind; sonst müssen sie selbst einwilligen; auch wird dieselbe Einwilligung zur Begründung von Meliorationsforderungen erfordert[21]). c) Wenn der Vater wegen einer ihm obliegenden fiscali-

19) A. L.R. II, 2, §§. 189—200.

20) A. L.R. II, 18, §. 483. Ein Proceß über das quantum facere potest findet nicht statt.

20a) A. L.R. II, 2, §. 169. — Entsch. des Obertrib. Bd. I, S. 106 ff. Unter den im §. 169 erwähnten Capitalien der Kinder sollen nach einem Plenarbeschlusse des Obertrib. vom 11. Mai 1846 auch solche verstanden werden, für welche vom Vater den Kindern besondere Sicherheit (Specialhypothek) bestellt worden. Pr. 1806 (Plenarbeschl.), vom 11. Decbr. 1846 (Entsch. Bd. XIV, S. 60). — Nicht dazu zu rechnen aber ist ein für die Kinder eingetragenes Wiederkaufsrecht, zu dessen Aufgebung (Nichtausübung) der Vater keiner gerichtlichen Zustimmung bedarf. Ang. vom III. S. des Obertrib. am 16. März 1849 in Sachen Aschmann c. Sturies, $^{755}/_{3010}$ III, 48.

21) A. L.R. a. a. O. §§. 169—175. Das Theilungsverfahren bei einem Miteigenthume der Kinder ist kein Veräußerungsfall in dem hier gemeinten Sinne. Auch in den unter die Vorschrift fallenden Veräußerungen werden öfter ganz mit Unrecht den Vätern von den Vormundschaftsgerichten Schwierigkeiten und Weiterungen gemacht, weil sich viele Richter durch die Rechtsansicht des J.M., wie sie in den Erlassen vom 31. Mai und 6. Juli 1819 und 12. August 1838 ausgesprochen ist, bestimmen lassen. Danach soll nemlich zu den Erfordernissen einer giltigen Veräußerung durch den Vater die Aufnahme einer Taxe gehören, weil ohne eine solche die Nothwendigkeit der Veräußerung sich nicht prüfen lasse. Der Satz ist nach dem Wortlaute und Sinne des Gesetzes unrichtig, und der angegebene Grund ist unlogisch. Unlogisch ist der Grund, weil die Taxe niemals ein Mittel sein kann, die Nothwendigkeit der Veräußerung zu beweisen. Die Anforderung überhaupt aber ist in dem Gesetze nicht begründet. Dieses gestattet nemlich, wie bei Mündelgütern, die Veräußerung nur wegen Nothwendigkeit und wegen Nützlichkeit. Die Ursachen, aus welchen eine Nothwendigkeit der Veräußerung zu entnehmen, sind A. L.R. II, 18, §§. 551—553 angegeben. Wenn nun bezüglich auf die Väter bestimmt ist: §. 172. „Das Gericht darf die Einwilligung nicht versagen, wenn der Vater die Nothwendigkeit der Veräußerung nachweist; §. 173: Außer dieser Einwilligung sind zur Giltigkeit des Geschäfts keine weitern Förm-

schen Amtsverwaltung Sicherheit bestellen sollte und ihm dieselbe aus Rücksicht für seine Erhaltung erlassen worden ist: in diesem Falle muß er dem Vormundschaftsgerichte jährlich ein Attest seiner Dienstbehörde über die Richtigkeit der Casse und Rechnung vorlegen[22]). 5) Die Verwaltung wird dem Vater abgenommen: a) wenn er in einem der besonderen Fälle keine Sicherheit bestellen kann oder will; b) wenn ihm dieselbe erlassen ist und er die jährliche Vorlegung des Attestes über seine richtige Cassen- und Rechnungsführung unterläßt[23]). Auch den Nießbrauch verliert er: c) wenn er vorsätzlich versäumt, dem Gerichte den Eintritt eines solchen Falles, wo er Sicherheit bestellen muß, anzuzeigen[24]); und d) wenn er in Concurs verfällt oder sonst außer Stand kommt, seine Kinder standesmäßig zu erhalten[25]). Die Kinder können, während sie in väterlicher Gewalt stehen, ohne Einwilligung des Vaters keinerlei Verfügung unter Lebendigen über dieses Vermögen treffen, doch aber können sie durch unerlaubte Handlungen den Nießbrauch des Vaters schmälern und ganz zu nichte machen, indem bestimmt ist, daß der dadurch andern verursachte Schade, in Ermangelung eines freien Vermögens, sogleich aus dem unfreien ersetzt werden soll[26]). Ein dem röm. peculium profectitium entsprechendes Vermögen der Kinder kommt nicht vor, sondern was dazu gehört, fällt unter das nichtfreie Vermögen. Ein anderer erheblicher Unterschied zwischen dem R. und Pr. R. besteht darin, daß nach dem letzteren das Kind auch über das nichtfreie Vermögen von Todes wegen verfügen kann[27]). Beides ist Folge des Wegfalls der röm. Personeneinheit zwischen Vater und Kinde. Daraus folgt ferner auch, daß ein großjähriges Kind in väterlicher Gewalt mit dem Vater selbst über nichtfreies Vermögen, ohne vorherige Entlassung aus der Gewalt, und ohne Unterschied des Geschlechts, Verträge schließen kann, ohne

---

lichkeiten erforderlich," so ist handgreiflich, daß der Vater nur die Ursache, warum er verkaufen will, nachzuweisen hat. Das übrige geht das Gericht nichts an. Die Prüfung bezieht sich auf die Ursache der Nothwendigkeit. Anders bei der Veräußerung bloß aus Nützlichkeit.

22) A. L.R. a. a. O. §. 184. Die Rechnungsdecharche erfolgt oft erst nach Jahr und Tag.

23) Ebend. §§. 182, 185, 267.

24) Ebend. §. 200. Hierüber muß förmlich verfahren und erkannt werden.

25) Ebend. §§. 204—208 u. 268. Der Verlust des Nießbrauchs trifft außer dem Falle des Concurses den Vater alsdann nicht, wenn die Kinder aus den Einkünften ihres eigenen nicht freien Vermögens standesmäßig verpflegt und erzogen werden können. Pr. 1740, vom 23. April 1846.

26) A. L.R. a. a. O. §§. 201—203. Diese Bestimmung des §. 203 ist eine Singularität aus vermeintlicher Billigkeit.

27) Ebend. §. 201; I, 12, §§. 16 u. 18.

daß es eines Curators bedarf[28]), und zwar in der im allgemeinen vorgeschriebenen Form. III. Die Ausschließung des Vaters von der Verwaltung und dem Nießbrauche des Vermögens seiner Kinder ist beschränkt. Zuerst wurde von Justinian der Mutter nachgelassen, dem Vater den Nießbrauch und die Verwaltung von dem Vermögen, welches sie den Kindern nachließ, zu entziehen[29]). Diese Satzung ging mit der Ausdehnung auf jeden Fremden in mehrere deutsche Statuten über[30]). Das A. L.R. gestattet die Ausschließung in Ansehung dessen, was den Kindern von Verwandten oder Fremden zugewendet wird[31]), selbst mit Entziehung der Aufsicht, welche ihm nach andern Statuten verbleibt[32]), auch wenn ihm der Nießbrauch gelassen ist[33]); nur mit der Einschränkung für Ascendenten, welche dem Kinde den Pflichttheil schuldig sind, daß sie diesen auch dem Vater freilassen[34]).

§. 776.

IV. Aufhebung der väterlichen Gewalt.

A. L.R. II, 2, §§. 210—270. — Schuetze, de origine et fatis doctrinae de egressu ex potestate parentum. Gott. 1798.

I. Die väterliche Gewalt hört auf: A. über einen Sohn: 1) durch Errichtung einer eigenen von den Eltern abgesonderten Wirthschaft und zwar: a) wenn der Sohn großjährig ist, auch ohne Einwilligung des Vaters, der Vater kann aber gerichtlich widersprechen, doch nur aus Gründen, aus welchen der Sohn für einen Verschwender erklärt werden könnte[1]); b) wenn der Sohn minderjährig ist, erst mit Erlangung der Volljährigkeit, im Falle er bis dahin die abgesonderte Wirthschaft fortgesetzt, ohne daß der Vater seinen Widerspruch gerichtlich erklärt und ihn zur Aufgebung der Wirthschaft thatsächlich angehalten hat[2]). 2) Durch den Anfang

28) A. L.R. II, 2, §§. 170, 175, 189, 190. Pr. 1641, vom 30. October 1845.

29) Nov. 117, c. 1 und Auth. excipitur C. de bonis quae libris.

30) Z. E. in die Magdeb. Pol.Ordn. c. 42, §. 4; und Hamburger Statut, P. 3, Art. 6, Tit. 7, doch verlangt das letztere erhebliche Ursachen.

31) A. L.R. II, 18, §§. 37, 38, 175, 976 u. 979.

32) Z. B. Magdeb. Pol.Ordn. a. a. O.

33) A. L.R. a. a. O. §. 979.

34) A. L.R. II, 2, §. 155. Dies stimmt mit der Meinung mehrerer Lehrer des G. R. überein, z. B. Stryck, U. m., Lib. 25, Tit. 3, §. 4. Entgegen: Schilter, diff. 37, §. 23; Ludwig, diff. VI, litt. cc.

1) A. L.R. a. a. O. §§. 210, 211. Durch bloßen Erwerb des Stadtbürgerrechts hört die väterliche Gewalt nicht auf. Entscheid. des Obertrib. Bd. VII, S. 139.

2) A. L.R. a. a. O. §. 225. — Boehmer, de statu liberorum sui juris factorum per separationem. Halae 1721; et in Exercit. I, p. 913 sqq.

eines eigenen Gewerbes, und zwar: a) wenn der Sohn minderjährig ist, nur mit ausdrücklicher oder stillschweigender Einwilligung des Vaters[3]). b) Der großjährige Sohn bedarf der Einwilligung nicht, die väterliche Gewalt hat aufgehört, selbst wenn der Sohn von dem Vater fortwährend durch Gebung des Tisches oder sonst unterstützt wird; der Sohn kann selbst die Gestaltung des eigenen Gewerbebetriebs, wenn er sich dadurch ohne weitere Unterstützung des Vaters ernähren kann, gegen den Willen des Vaters durchsetzen[4]). 3) Durch Uebernehmung eines öffentlichen Amts, wenn der Sohn großjährig ist, ohne Unterschied: ob er von dem Vater ferner gespeist oder sonst unterstützt wird, oder nicht; der minderjährige Sohn geht hierdurch nicht aus der väterlichen Gewalt, auch wenn er zugleich eine eigene Wirthschaft anstellt[5]). In dieser Beziehung gilt das Referendariat[6]) und bei dem activen Militär die Stelle eines Premier- oder Secondelieutenants nicht für ein Amt[7]); Gemeine und Unterofficiere hingegen, welche auf Capitulation dienen, gehen mit Erreichung der Großjährigkeit aus der väterlichen Gewalt[8]), und in Bezug auf die Entschließung zum Fortdienen gilt selbst der minderjährige Soldat für selbständig[9]). 4) Durch ausdrückliche, bei dem Vormundschaftsgerichte mit Beistimmung des Sohnes erklärte Entlassung eines, volle zwanzig Jahre alten Sohnes. Dieselbe hat, wenn sie von dem leiblichen Vater, nicht aber wenn sie von dem Adoptivvater ausgeht, zugleich die in Beziehung auf Grundstücke und Gerechtigkeiten — die während der Minderjährigkeit nur mit Beitritt des Vaters verpfändet und veräußert werden können — beschränkten Wirkungen einer Majorennitätserklärung[10]), von dem Zeitpunkte der Insinuation des von dem Vor-

3) A. L.R. a. a. O. §§. 218, 224. Die Bestimmung A. L.R. II, 8, §. 477 bezieht sich auf Bevormundete. — Zu solchen Gewerben gehört auch die Uebernahme einer Ackerwirthschaft. Pr. 1661, vom 6. Decbr. 1845 (Entsch. XII, 232).

4) A. L.R. a. a. O. §§. 212a, 212b, 213. — Sachsenssp. B. I, Art. 11. — Boehmer, l. c., Cap. 2, §. 51. (3. A.) Schon durch die Eingehung eines Vertrages mit Wissen und ohne Widerspruch des Vaters, wodurch er sich einen eigenen Erwerb gründet, tritt der großjährige Sohn aus der väterlichen Gewalt. Pr. des Obertrib. 2558, vom 19. October 1854 (Entsch. Bd. XXIX, S. 148).

5) A. L.R. a. a. O. §§. 212a, 212b, 219.

6) R. vom 20. Septbr. 1806 (N. C. C. Tom. XII, S. 755; Mathis, X, 35; Rabe, VIII, 677).

7) Anh. z. A. L.R. (II, 2, §. 212b) §. 90. — R. vom 27. Juli 1821 (Jahrb. Bd. VIII, S. 18).

8) R. vom 13. März und 20. October 1812 (Jahrb. Bd. II, S. 170).

9) C.O. vom 10. Februar 1825 (G.S. S. 15).

10) A. L.R. a. a. O. §§. 214—217, 226; Anh. §. 101. Einer Prüfung der Nützlichkeit und Genehmigung seitens des Vormundschaftsgerichts bedarf es hier nicht. Die anscheinend widersprechende Bestimmung II, 18, §§. 715, 716 bezieht

mundschaftsgerichte darüber ausgefertigten Patents an[11]). Ein auf andere Weise der väterlichen Gewalt entlassener minderjähriger Sohn bleibt insoweit unter der Vormundschaft des Vaters, daß er Grundstücke und Gerechtigkeiten nur mit Genehmigung des Vaters veräußern, verpfänden oder belasten kann[12]). B. Bei Töchtern wird die väterliche Gewalt aufgehoben: 1) durch Verheirathung mit ertheilter oder richterlich ergänzter Einwilligung des Vaters, der jedoch natürlicher, durch keine obervormundschaftliche Aufsicht beschränkter, und auch nicht erst zu bestätigender Vormund der Minderjährigen bleibt[12a]); 2) durch ausdrückliche Erklärung, die jedoch nicht, wie bei Söhnen, zugleich die Wirkung einer Majorennitätserklärung hat[13]), und die auch nicht in der bloßen Majorennitätserklärung enthalten ist[13a]). C. Bei Kindern beiderlei Geschlechts: 1) durch Verurtheilung des Vaters zu Zuchthausstrafe[14]), zu einer Einschließung von 10 Jahren und darüber; bei einer kürzeren, aber doch zwei Jahre übersteigenden Gefängnisstrafe ruht die väterliche Gewalt und lebt mit der Ueberstehung der Strafe sowie mit der Begnadigung wieder auf; unterdes großjährig gewordene Kinder fallen jedoch nicht wieder unter dieselbe zurück[15]); 2) dadurch, daß der Vater gerichtlich für einen Verschwender erklärt wird; 3) dadurch, daß er in der Absicht, sich seinen Unterthanenpflichten zu entziehen, aus dem Lande entweicht; 4) dadurch, daß er die Kinder hilflos und ohne Aufsicht vorsätzlich verläßt. — In diesen Fällen erlangt er die väterliche Gewalt niemals wieder[16]). 5) Dadurch,

---

sich auf solche, über welche der Vater seine Gewalt verloren hat, z. E. Adoptirte, Anh. §. 101; und auf den Fall, wenn das Kind zur unbeschränkten Selbständigkeit gelangen soll. A. L.R. §. 226 d. T., vergl. mit II, 18, §. 724. Pr. des Obertrib. vom 3. Juni 1847 (XVIII, 289).

11) Entsch. des Obertrib. Bd. VIII, S. 384. Vergl. L. 5 C. de tempore in integrum (II, 53).

12) A. L.R. a. a. O. §§. 226, 227.

12a) A. L.R. §§. 228 u. 229 d. T. Bei Veräußerungen und Verpfändungen von Grundstücken und Gerechtigkeiten muß jedoch, bei Strafe der Nichtigkeit, die Einwilligung des Vormundschaftsgerichts, in derselben Weise wie bei Kindern in väterlicher Gewalt, hinzukommen, nach §§. 170 ff. d. T. und II, 18, §. 743, verbunden mit §. 229 d. T. Vergl. Pr. des Obertrib. vom 18. Juni 1850 (J. M.Bl. 1851, S. 282).

13) A. L.R. a. a. O. §. 230; Anh. §. 91. Pr. 1977, vom 12. Februar 1848.

13a) (3. A.) Pr. des Obertrib. 2409, vom 23. November 1852 (Entscheid. Bd. XXIV, S. 124).

14) Strafgesetzbuch §. 11.

15) A. L.R. a. a. O. §§. 255, 260, 265. Hierin hat das moderne Str. G.B. nichts geändert. Die Landesverweisung kommt als Strafe nicht mehr vor.

16) Ebend. §§. 256—259. Religionswechsel ist kein Grund zur Entziehung der väterlichen Gewalt, es kann daher auch einem Juden die väterliche Gewalt über

daß er in Geisteskrankheit verfällt, doch erhält er mit der Wiederherstellung seine Rechte, in Ansehung der alsdann noch Minderjährigen, wieder[17]). 6) Durch den Tod des Vaters oder des Kindes[18]). II. Die Aufhebung hat folgende Wirkungen: 1) In den Fällen A und B hat der Vater dem Kinde a) das bisher verwaltete Vermögen desselben herauszugeben, wobei die für das Güterverhältnis zwischen Eheleuten geltenden Grundsätze, und zwar die von dem Vorbehalte der Frau auf das freie, und die von dem Eingebrachten auf das nichtfreie Vermögen, angewendet werden[19]); b) eine Ausstattung und zwar dem Sohne zur ersten Einrichtung und zur Anschaffung der unentbehrlichen Geräthschaften für sein Gewerbe, und der heirathenden Tochter zur Hochzeit sowie zur ersten Einrichtung des Hauswesens zu geben, insoweit das Kind kein dazu hinreichendes eigenes Vermögen hat[20]). 2) In den Fällen C wird über die Minderjährigen eine Vormundschaft bestellt, die Nutzungen ihres Vermögens werden zu ihrer Verpflegung und Erziehung, dann zur Unterstützung des Vaters, insoweit er derselben bedarf, verwendet, und im übrigen zur Substanz geschlagen; der Vater hingegen wird, so lange er lebt, von seinen mit der väterlichen Gewalt verbundenen Pflichten und Lasten nicht befreit[21]).

Zweiter Abschnitt.

Bei andern Kindern.

§. 777.

1. Von Kindern aus einer Ehe zur linken Hand.

A. L.R. II, 2, §§. 555—569.

In der Regel sollen von diesen Kindern dieselben Grundsätze gelten, welche bei rechten ehelichen Kindern vorgeschrieben sind[1]). Die Ausnahmen sind: 1) Die Kinder führen den Geschlechtsnamen

sein Kind, weil dasselbe Christ geworden, nicht genommen werden. Pr. 1793, vom 29. October 1846 (Entsch. XIII, 323).

17) A. L.R. a. a. O. §§. 261, 262, 265.

18) Ebend. §. 270. Wegen des in dieser Stelle erwähnten bürgerlichen Todes s. oben §. 43, Bd. I, S. 144.

19) A. L.R. a. a. O. §§. 231, 275—293.

20) Ebend. §§. 232—244. — S. oben §. 600, und wegen des Rechtsweges die Note 10 das. Der Vorbehalt der Anrechnung auf das in den Händen des Gebers befindliche Vermögen des Kindes versteht sich stillschweigend von selbst, denn die Schuld des Gebers ist ein Umstand, der die Vermuthung der Absicht, zu schenken, ausschließt. A. L.R. I, 11, §. 1045.

21) A. L.R. a. a. O. §§. 263, 264, 269.

1) Ebend. §. 555. Die erheblichen Ausnahmen lassen von der Regel wenig übrig.

der Mutter und treten in die mütterliche Familie, nehmen aber nicht Theil an den Rechten der Familie des Vaters und an dessen Stande[2]). 2) Der Vater hat über die Person der Kinder alle Rechte der väterlichen Gewalt; in Ansehung ihres Vermögens jedoch steht er bis zur Großjährigkeit derselben in dem Verhältnisse eines Vormundes und hat als solcher die Verwaltung unter Aufsicht des Vormundschaftsgerichts[3]). 3) Unterhalt und Erziehung haben die Kinder von den Eltern, und hauptsächlich von dem Vater, nur dem Stande der Mutter gemäß und, wenn diese von bürgerlicher Abkunft ist, nur nach der Art der Erziehung der Kinder eines Handwerkers, zu fordern[4]). 4) Nach demselben Verhältnis kann der Vater die künftige Lebensart des Kindes bestimmen und ist er dasselbe auszustatten schuldig. Stirbt der Vater vor vollendeter Erziehung oder vor der Ausstattung, so haben die Kinder das dazu Erforderliche aus dem väterlichen Nachlasse wie eine Schuld zu fordern[5]). 5) Wird die Ehe durch Scheidung getrennt, so muß die schuldige Mutter, eben so wie in einer rechten Ehe, den Kindern den Pflichttheil, und der schuldige Vater muß ihnen die gebührende Ausstattung aussetzen[6]).

§. 778.

2. Von unehelichen Kindern.

A. L.R. II, 1, §§. 592—665. S. die oben bei §. 767 angegebene Literatur.

I. Uneheliche Kinder führen den Geschlechtsnamen der Mutter und erhalten auch den Stand der Mutter zur Zeit der Geburt, mit Ausnahme des Adels und des Wappens; doch treten sie weder in die Familie des Vaters, noch in die der Mutter[1]), es besteht also kein Familienband zwischen ihnen und den ehelichen Kindern ihrer Eltern, nur mit den unehelichen, wenn auch von verschiedenen Vätern abstammenden, Kindern ihrer Mutter stehen sie in dem bürgerlichen Familienverhältnisse der Halbgeschwister von der Mutterseite[2]). Sie werden bis zum vollendeten 14. Jahre in der Religion der Mutter, wenn aber diese eine Nichtchristin und der Vater ein Christ ist,

2) Ebend. §§. 557—560. Doch soll zwischen den ehelichen Kindern und den Kindern aus einer Ehe zur linken Hand die zwischen ehelichen Geschwistern bestehende Alimentationsverbindlichkeit gelten. §. 575.

3) Ebend. §§. 561, 566—569. Eine ungerechtfertigte Beaufsichtigung.

4) Ebend. §§. 562—564.

5) Ebend. §§. 565, 570—574. Ueber den Betrag müssen Gutachter gehört werden, nachdem zuvor die Laufbahn von dem Vormund bestimmt worden ist.

6) Ebend. §§. 590, 591.

1) Ebend. §§. 639—641. Sie sind mithin der Anfang einer neuen Familie.

2) A. L.R. II, 3, §§. 6—8. — Entsch. des Obertrib. Bd. VI, S. 189.

in dem Glaubensbekenntnisse des Vaters erzogen [3]). II. Der Vater hat keine Gewalt über die Person des Kindes; uneheliche Kinder stehen immer unter Vormundschaft [4]). III. Das Erziehungsrecht, und was daraus folgt, haben beide Eltern, und zwar die Mutter bis zum zurückgelegten vierten Jahre des Kindes auf Kosten des Vaters, und auf eigene Kosten auch noch nachher; soll der Vater die Kosten länger tragen, so kann er oder der zur Verpflegung verpflichtete väterliche Ascendent das Recht persönlich ausüben [5]), doch immer mit Vorbehalt obervormundschaftlicher Aufsicht und, wo nöthig, abändernder Bestimmung [6]). IV. Der Unterhalt und die Erziehung unehelicher Kinder liegt beiden Eltern, vorzüglich dem Vater ob, in der Regel nur bis zum zurückgelegten 14. Jahre, nach dieser Zeit nur, wiefern dieselben durch Krankheit oder Gebrechlichkeit außer Stande sind sich zu ernähren, oder die Lebensart, für welche der Vater das Kind bestimmt hat und erziehen lassen, dem Kinde noch nicht gestattet, seinen Unterhalt zu verdienen; jedenfalls hat der Vater das Lehr- und Lossprechegeld zu bezahlen, wenn die Vormundschaft das Kind zu einem Handwerke gegeben hat [7]). Zur Ausstattung ist der Vater nicht verpflichtet [8]). V. Die Vaterschaft bei unehelichen Kindern wird festgestellt: 1) durch freiwilliges ausdrückliches oder stillschweigendes Anerkenntnis des Vaters [9]); 2) durch ein noch bei Lebzeiten des Vaters erstrittenes Urtel, mit Hilfe der rechtlichen Vermuthung, daß der Beischläfer der Erzeuger gewesen sei, wenn die Niederkunft innerhalb des 210ten und 285sten Tages nach dem Beischlafe erfolgt ist und ein Anspruch der Mutter gegen den Schwängerer begründet ist [10]). Doch hatte die Praxis in letzter Instanz angenommen, daß zur Begründung des gesetzlichen Erbrechts eines unehelichen, von dem vorgeblichen Vater nicht freiwillig anerkannten Kindes in den Nachlaß dieses Vaters nicht hinreichend sei, wenn der

3) A. L.R. II, 2, §§. 642, 643. Vergl. R. vom 31. December 1834 (Jahrb. Bd. XLIV, S. 353).

4) A. L.R. a. a. O. §§. 644, 614—616. — Steht die Mutter in väterlicher Gewalt, so ist der mütterliche Großvater natürlicher Vormund. Anh. §. 95. Dieser ist der obervormundschaftlichen Controle nicht unterworfen. Pr. 97, vom 10. November 1835.

5) A. L.R. a. a. O. §§. 645, 621—623, 628. — S. oben §. 595, und Entsch. des Obertrib. VIII, 334.

6) A. L.R. a. a. O. §§. 624, 625.

7) Ebend. §§. 612, 613, 633—637. — S. oben §. 595, II.

8) A. L.R. a. a. O. §. 612. (3. A.) Ges. vom 24. April 1854, §§. 13 ff.

9) A. L.R. a. a. O. §. 654; Anh. §. 98. — Ges. vom 24. April 1854, §. 13, Nr. 2. Vergl. Simon, Rechtsspr., Bd. I, S. 171; Pr. 16, von 1833, und Pr. 149, vom 30. Januar 1837.

10) A. L.R. a. a. O. §§. 653, 654; Gesetz vom 24. April 1854, §. 13, Nr. 1; Pr. des Obertrib. vom 4. April 1856 (Entsch. Bd. XXXII, S. 121).

letztere durch ein gegen ihn ergangenes Erkenntnis rechtskräftig für den Vater erklärt und zur Alimentation des Kindes verurtheilt worden; daß vielmehr dem Kinde in dem ergangenen Erkenntnisse das Erbrecht ausdrücklich vorbehalten sein müsse[11]). Dieser Schluß ist unlogisch, da die Vaterschaft der Verpflichtungsgrund ist (§§. 595, 595); und die Gesetzgebung hat diese Rechtsanwendung auch ausdrücklich verworfen und bestimmt, daß dem Kinde das Erbrecht zustehe, wenn der Erblasser in einem bei seinen Lebzeiten ergangenen, wenn auch erst nach seinem Tode rechtskräftig gewordenen Urtheile als Vater des Kindes erachtet worden[12]).

§. 779.

3. Von Pflegekindern.

A. L.R. II, 2, §§. 753—773. Ganz neu.

Unter Pflegekindern werden nicht bloß Findlinge, sondern überhaupt solche Kinder verstanden, welche, verlassen von denjenigen, denen die Ernährung und Erziehung gesetzlich obliegt, von jemand in Pflege genommen werden. I. Durch eine solche Aufnahme, für welche keine Form vorgeschrieben ist, wird ein dem Verhältnisse zwischen eheleiblichen Eltern und Kindern ähnliches, in Ansehung der Person, begründet, welches jedoch von Seiten der Pflegeeltern willkürlich wieder aufgehoben werden kann[1]). Die leiblichen Eltern können die Wiederauslieferung des Kindes nur gegen Erstattung der bisherigen Verwendungen fordern, weil die Pflegeeltern ein Recht auf die Hausdienste des Kindes, nach vollendeter Erziehung, haben[2]). Hinsichtlich der religiösen Erziehung ist es wie bei eheleiblichen Kindern[3]). Die Pflegeeltern sind dem Kinde eine ihrem Stande angemessene Erziehung zu geben schuldig; ist jedoch das Kind von geringerer oder unbekannter Herkunft, so steht die Art der Erziehung und des Unterhalts in ihrem Belieben[4]). Die künftige Lebensart des Kindes bestimmt der Pflegevater und bei der Verheirathung ist seine und nicht der leiblichen Eltern Einwilligung erforderlich[5]). II. In Ansehung des Vermögens hat der Pflegevater gar keine Rechte, es ist damit wie bei Adoptivkindern[6]). III. Ver-

11) Plenarbeschl. vom 2. April 1849 (Entscheid. des Obertrib. Bd. XVII, S. 513).

12) (3. A.) Gesetz vom 24. April 1854, §. 19, Abs. 3, Nr. 2.

1) A. L.R. a. a. O. §§. 753, 771.

2) Ebend. §§. 764, 765. Die leiblichen Eltern haben dabei keine Stimme.

3) Anh. z. A. L.R. (II, 2, § 754) §. 104.

4) A. L.R. a. a. O. §§. 755, 756. Das Verhältnis ist ein Factum.

5) Ebend. §§. 757, 758. Auch wenn das Kind bevormundet ist.

6) Ebend. §§. 759, 760.

wandtschafts- oder Familienverhältnisse entstehen gar nicht; die dem Kinde außer dem Unterhalte und der gewöhnlichen Kleidung gegebenen Geschenke können die Pflegeeltern, wenn das Kind stirbt, aus dem Nachlasse zurücknehmen[7]). IV. Pflegekinder gemeiner oder unbekannter Herkunft müssen den Pflegeeltern, nach zurückgelegtem vierzehnten Jahre, zur Vergeltung so viele Jahre, gegen den üblichen Lebensunterhalt des Gesindes, im Hause oder in der Wirthschaft dienen, als sie vorher verpflegt worden. Diese Verbindlichkeit erlischt mit dem Tode der Pflegeeltern, oder wenn sich Gelegenheit zu einer Heirath für das Kind findet, oder wenn die Pflegeeltern ihre Rechte so misbrauchen, daß Leben, Ehre, Gesundheit, Sitten oder Gewissensfreiheit des Kindes gefährdet werden[8]). Entlassen die Pflegeeltern das Kind vor dem vierzehnten Jahre, so haben sie wegen des bis dahin Geleisteten gar nichts zu fordern[9]).

Drittes Capitel.

Gesindeverhältnis.

A. L.R. II, 5. — An die Stelle des subsidiarischen Landrechts und der einzelnen Provinzial-Gesindeordnungen ist, nach Aufhebung der Unterthänigkeit, eine neue, wenig modificirte Redaction des fünften Titels, II. Theils des A. L.R. als „Gesindeordnung für sämtliche Provinzen der preußischen Monarchie" getreten, welche mittelst Patents vom 8. November 1810 (G.S. S. 101) für den ganzen Staat, in seinem damaligen Umfange, als Principalrecht vorgeschrieben und später, mit dem A. L.R. zugleich, in die neuen und wieder erworbenen Landestheile eingeführt worden ist. Dieser Theil des Rechtsstoffs gilt mithin im ganzen Lande da, wo das A. L.R. Gesetzeskraft hat, als Principalrecht. — Nach der Zeit ist, unterm 11. April 1845, für Neuvorpommern und das Fürstenthum Rügen eine besondere Gesindeordnung gegeben (G.S. S. 391); und für die Rheinprovinz eine Gesindeordnung vom 19. August 1844 (G.S. S. 410). — J. H. W. Kirchhoff, Gesinderecht nach den Grundsätzen des allgemeinen und preußischen Rechts, und mit vorzüglicher Berücksichtigung der Provinzialgesetze und Statute in Neuvorpommern und Rügen. Stralsund 1835. — Im übrigen besteht die reiche Literatur nur aus Sammlungen von polizeilichen Erlassen und populären Schriften. Von den Sammlungen ist vorzugsweise anzumerken: Dr. L. Hoffmann, die allgemeine preuß. Gesindeordnung, nebst ihren Ergänzungen und Erläuterungen. Ein Handbuch für Polizeibehörden, Magistrate und Dienstherrschaften. Berlin 1840. — Aus der gemeinrechtlichen Literatur: Dorn, Versuch einer ausführlichen Abhandlung des Gesinderechtes. Erlangen 1794. — Krünitz, das Gesindewesen nach Grundsätzen der Oekonomie und Polizei. Berlin 1799.

7) Ebend. §§. 761—763. Dergleichen Gegenstände sind also nur als geliehen zu betrachten.
8) Ebend. §§. 764—770. Hierüber entscheidet das Vormundschaftsgericht.
9) Ebend. §. 771. Versteht sich wegen Mangels jeder causa von selbst.

§. 780.
Einleitung.

Seitdem die Leibeigenschaft, bekannt unter dem mildern Ausdrucke der Unterthänigkeit, aufgehoben worden, ist das Gesindeverhältnis nirgend im Lande mehr bloß ein Zustandsverhältnis, sondern zusammengesetzt aus Zustands- und aus Forderungsrechten, und bildet so den Uebergang von dem Familienrechte zu dem Forderungenrechte (§. 706). Es beruhet zwar durchaus nicht auf irgend einer Art von erblicher Unterwürfigkeit, kann vielmehr nur durch freie Uebereinkunft, und nur auf eine voraus bestimmte oder von beiderseitiger Aufkündigung abhängige Dauer begründet werden, aber das Gesinde übernimmt dadurch nicht lediglich gewisse obligatorische Leistungen, sondern tritt in den Hausstand des Dienstherrn, wird ein zu Dienstleistungen bestimmter vertragsmäßiger Genosse der Familie desselben*), und unterwirft seine ganze Person in gewisser Hinsicht der Botmäßigkeit und häuslichen Disciplinargewalt des Hausherrn, vermöge welcher Unterwerfung die Herrschaft Gehorsam und Ehrerbietung von dem Gesinde fordern und selbst die Person des Dienstboten gegen Dritte verfolgen kann**). Deswegen betrachtet die Gesetzgebung mit Recht das Gesindeverhältnis als dem Familienrechte angehörig***). Die Dienerschaft zerfällt in drei Classen: in gemeines Gesinde, d. i. dasjenige Personale, welches die in dem Haushalte oder in der Wirthschaft vorkommenden mechanischen Verrichtungen ausführt; in Aufseher und solche Diener, welche für gewisse, technisch zu treibende, Geschäfte in der Haushaltung oder Wirthschaft angenommen sind; und in solche Diener, welche nicht für eigentliche Haushaltungs- oder Wirthschaftsgeschäfte, sondern zu Leistungen in Künsten und Wissenschaften in die Familie aufgenommen sind. Auf die beiden letzten Classen beziehen sich einige besondere Grundsätze, weshalb von jeder Classe für sich zu handeln ist. Anzuhängen sind die Vorschriften über die von Fremden in das Land gebrachten Sklaven.

---

*) Deshalb können z. B. die von einer Privatgesellschaft (Markgenossen, Gewerkschaften, Actionären ꝛc.), welche nicht unter sich eine Familie bildet, angenommenen Beamten weder zu dem gemeinen Gesinde noch zu den Hausofficianten gezählt werden. Pr. 1089, vom 8. Januar 1842 (Entsch. Bd. VII, S. 219).

**) Gesindeordnung §§. 9, 11, 27, 76.

***) A. L.R. I, 1, §. 4. Vergl. Proc.Ordn. Tit. 27, §. 13.

I. Vom gemeinen Gesinde.

§. 781.

1. Begründung des Verhältnisses.

Das Verhältnis wird begründet durch einen Vertrag, wodurch der Dienstbote die Verrichtung gewisser häuslicher oder wirthschaftlicher Dienste auf eine geradezu bestimmte oder von einer gewissen Aufkündigung abhängig gemachte Zeit übernimmt, und die Herrschaft eine bestimmte Belohnung dafür zu geben verspricht[1]). I. Die Erfordernisse sind: 1) Auf Seiten der Herrschaft muß der Vertrag in der Regel von dem Manne geschlossen werden[2]). Ausnahmen finden statt: a) wenn die Frau den Mann in Krankheits- oder Abwesenheitsfällen in der häuslichen Verwaltung zu vertreten befugt ist (§. 572); b) wenn weibliche Dienstboten anzunehmen sind: diese kann die Frau miethen, doch darf sie der Mann, nach seinem Befinden, noch vor der verabredeten Zeit, nach gesetzmäßiger Aufkündigung, entlassen[3]). 2) Auf Seiten des Dienstboten muß entweder Selbständigkeit, oder Zustimmung derjenigen Person, welcher er unterworfen ist, vorhanden sein; diese Einwilligung ist jedoch nur bei der ersten Vermiethung erforderlich; dagegen müssen Dienstboten, welche schon vermiethet gewesen sind, von der letzten Herrschaft wirklich entlassen worden sein. Fehlt es an der ersten Einwilligung der Machthaber über die Person, oder an der Entlassung der letzten Herrschaft, so kann der Dienstbote durch den Berechtigten von dem Miether abgefordert werden, und der Miether, welcher, ohne sich die erforderlichen Bescheinigungen beibringen zu lassen, gemiethet hat, wird polizeilich bestraft[4]). 3) Der Dienstbote muß noch frei sein, d. h. noch nicht mit einer andern Herrschaft ein Miethsverhältnis geschlossen haben, sonst kann die ältere Herrschaft den Dienstboten von der neuern, bei der er den Dienst angetreten hat, mittelst des gegen die Herrschaft zu richtenden interdictum de liberis ducendis utile und der damit zu cumulirenden, aber gegen den Dienstboten gerichteten actio de statu herili, abfordern und der Dienstbote wird polizeilich gestraft[5]). 4) Der Lohn, wozu auch Beköstigung oder Kostgeld gehört, muß bestimmt sein; sonst geht es nach der Ortsge-

1) Ges. Ordn. §. 1. Säugammen gehören also nicht zum Gesinde.
2) Ebend. §. 2. Oder von dessen Haus- oder Wirthschaftsaufseher.
3) Ebend. §§. 3, 4. — Die Berechtigung der Frau zum Miethen des Hausgesindes ist altes deutsches Recht. Grimm, Alterthümer, S. 447.
4) Ges. Ordn. §§. 5—12.
5) Ebend. §§. 27—31. Diese Streitigkeiten werden durch die Polizei geschlichtet.

wohnheit, worüber die Polizei zu befinden hat. Das Versprechen von Weihnachts-, Neujahrs-, Markt- und dergleichen Geschenken ist unverbindlich, und das Gegebene kann auf den Lohn angerechnet werden, wenn das Verhältnis, durch Schuld des Gesindes, vor der Zeit aufgehoben wird. Die Livrée, mit Ausnahme der besondern Staatslivrée, Mäntel, Kutscherpelze und dergleichen, wird mit Ablaufe der bestimmten oder ortsgewöhnlichen Tragezeit, als Theil des Lohns, Eigenthum des Dienstboten[6]). 5) Bestimmung der Dauer. Auf immerwährende Zeit kann sich niemand vermiethen. Ist der Vertrag von einem minderjährigen Dienstboten, wenngleich mit Zustimmung des Vaters oder Vormundes, auf eine über die Minderjährigkeit hinaus reichende Zeit geschlossen, so kann der Dienstbote bei Erlangung der Großjährigkeit den Dienst aufkündigen. Ist über die Dauer nichts verabredet, so versteht sich bei solchem Gesinde, welches zu häuslichen oder die Person der Herrschaft und der Familienglieder angehenden Diensten gemiethet ist, eine vierteljährige und bei einem für die Landwirthschaft bestimmten Dienstboten eine einjährige Dauer[7]). II. Als Form ist das Geben und Nehmen des Miethsgeldes vorgeschrieben[8]). Der Betrag ist der Uebereinkunft überlassen. Das Miethsgeld wird auf das Lohn angerechnet, wenn nicht das Gegentheil verabredet ist, und auch in diesem Falle, wenn das Gesinde aus eigener Schuld die verabredete Zeit nicht aushält[9]).

2. Wirkungen.

§. 782.

a) Zustandsrechtliche Wirkungen.

I. Das Gesinde ist der Herrschaft Gehorsam, Ehrerbietung und besondere Treue schuldig, und darf sich nicht eigenmächtig von Hause entfernen[1]). Die Herrschaft hat zwar keine eigentliche Disciplinargewalt über das Gesinde, aber das Gesinde darf, wenn es die Herrschaft durch ungebührliches Betragen zum Zorn reizt und darauf von ihr gescholten oder mit geringen Thätlichkeiten behandelt

6) Ebend. §§. 32—39.

7) Ebend. §§. 40, 41, vergl. mit §§. 55, 102 das. Der I. Senat des Obertrib. hat jedoch angenommen, daß die Frage: ob ein Gesinde zum Land- oder Stadt- (ländlichen oder städtischen) Gesinde zu rechnen, nach dem Orte wo? nicht nach der Art wie? gedient wird, zu entscheiden sei. Pr. 2099, vom 4. Januar 1849. Stimmt nicht mit dem Leben, auch nicht mit der Grundansicht der Gesetzgebung in anderer Beziehung. S. Pr.O. Tit. 50, §. 393, Nr. 5.

8) Ges.Ordn. §§. 22, 23. Das G. R. kennt keine Form. Daher die abweichende Bestimmung des §. 23 der neuen Ges.Ordnung für Neuvorpommern.

9) Ges.Ordn. §§. 24—26.

1) Ebend. §§. 70—76. — Hagemann, Landwirthsch.R., §. 60, Nr. 1.

wird, nicht wegen Beleidigung klagen, oder sich thätlich widersetzen [2]). Vergehungen des Gesindes gegen die Botmäßigkeit der Herrschaft werden an ihm, bis auf 14 Tage Gefängnis oder 5 Thlr. Geld, polizeilich bestraft [3]). Widersetzlichkeiten und zur Gewohnheit gewordenes Auslaufen kann die Herrschaft selbst, durch sofortige Entlassung des Dienstboten, ahnden [4]). II. Die Herrschaft ward sonst nach deutsch-rechtlicher Ansicht durch die dem Gesinde, in Beziehung auf das Dienstverhältnis, zugefügten Injurien, mittelbar beleidigt und konnte auf Bestrafung des Beleidigers klagen, wenn auch der beleidigte Dienstbote die Injurien nicht rügen konnte oder wollte [5]). Sie hat das Gesinde zum öffentlichen Gottesdienste anzuhalten [6]) und ist ihm Schutz schuldig, gegen zur Familie gehörige Personen, vor Angriffen auf die Züchtigkeit und Anmuthungen zu unerlaubten oder unsittlichen Handlungen [7]). Sie ist auch verpflichtet, so lange das Dienstverhältnis dauert, für den kranken Dienstboten, auch wenn er sich die Krankheit nicht durch den Dienst, oder bei Gelegenheit desselben, zugezogen hat, hinsichtlich der Cur und Verpflegung in dem Falle zu sorgen, wo er keine dazu gesetzlich schuldigen und vermöglichen Verwandten in der Nähe hat; und sie kann nur die Curkosten von dem laufenden Lohne für die Periode, in welche die Krankheit fällt, abziehen, nicht aber Ersatz aus den Rückständen durch Compensation nehmen oder aus dem sonstigen Vermögen des Dienstboten fordern [8]).

---

2) Ges.Ordn. §§. 77—79. — Schles. Arch. Bd. II, S. 571. — Strube, rechtl. Bed., Bd. III, Nr. 39.

3) Ges.Ordn. §§. 80, 81. R. vom 17. April 1812.

4) Ges.Ordn. §§. 117 flg. Die rheinländischen Verfasser des Strafgesetzbuches haben, nach französischer Rechtsanschauung, hier einen Grundzug des deutschen Gesindeverhältnisses ausgelöscht, indem sie das für sie nicht erkennbar gewesene Recht der auf Zustandsrechten ruhenden hausherrlichen Botmäßigkeit, kleine Diebereien und Veruntreuungen ohne Einmengung des Richters abzuthun, ausgemerzt haben. Str.G.B. §. 229. Vergl. das A. L.R. II, 20, §. 1138. Durch dieses neue System des Str.G.B. ist ganz unversehens und den Verfertigern unbewußt manches Loch in das auf deutschen Ansichten beruhende Privatrecht gekommen.

5) A. L.R. II, 20, §§. 566, 568. Auch das hat man nach seiner Weise durch Str.G.B. §. 162 verbessert.

6) Ges.Ordn. §. 84. Die Satzung ist ohne praktische Folge.

7) Ebend. §§. 138, 136. Die Verletzung dieser Pflicht führt praktisch zur Aufhebung des Verhältnisses.

8) Ebend. §§. 88—93. (3. A.) Bringt die Herrschaft den kranken Dienstboten in ein öffentliches Krankenhaus unter, was er sich gefallen lassen muß (G.O. §. 90), so ist sie auch für die Dauer der Dienstzeit die Curkosten zu übernehmen verbunden, selbst wenn die Krankheit nicht durch den Dienst, oder bei Gelegenheit desselben, entstanden ist. Pr. des Obertrib. vom 24. Februar 1854 (Entscheid. Bd. XXVII, S. 160). Aber, wie gesagt, nur für die Dauer des Dienstes. Ist die Krankheit ein Entlassungsgrund, wie z. B. die durch Hurerei sich zugezogene Syphilis, und entläßt die Herrschaft den Dienstboten bei dem Hervortreten dieser

III. Der Dienstbote ist ein Bestandtheil des Hausstandes der Herrschaft, kann als solcher von jedem Dritten abgefordert werden (§. 781, I, 3), und ist zwar nicht zeugnisunfähig aber doch nicht völlig glaubwürdig in Sachen seiner Herrschaft[9]).

§. 783.

b) Obligatorische Rechte.

I. Das Gesinde hat folgende Verbindlichkeiten: 1) Es muß zur bestimmten Zeit anziehen und den Dienst antreten, sonst findet polizeilicher Zwang statt. Ist dieser erfolglos, so muß das Gesinde das Miethsgeld zurückgeben und der Herrschaft dasjenige ersetzen, was ein anderer Dienstbote mehr kostet; ist es durch Zufall verhindert, oder weiset es nach, daß die Herrschaft im letzten Jahre dem Gesinde Ursache zum sofortigen Abzuge gegeben hat, so genügt die Rückgabe des Miethsgeldes; kann ein weiblicher Dienstbote vor dem Dienstantritte heirathen, so darf er eine andere taugliche Person stellen oder nach einem Vierteljahre, bei Landwirthschaften nach einem halben Jahre, wieder abziehen[1]). 2) Es darf den angetretenen Dienst nicht früher verlassen, als bis es bei der neuen Herrschaft anziehen muß, wenn der Dienst nicht schon früher beendigt ist; sonst hat die Herrschaft die Wahl, das ausgetretene Gesinde durch polizeilichen Zwang zur Fortsetzung des Dienstes anhalten zu lassen, oder ein anderes anzunehmen und Schadenersatz und Mehrkosten zu fordern, auch Polizeistrafe eintreten zu lassen[2]). 3) So lange das Verhältnis dauert, muß das Gesinde, welches nicht ausschließlich zu gewissen bezeichneten Diensten gemiethet ist, alle häuslichen, und wenn es in eine Landwirthschaft gemiethet ist, alle zu derselben gehörigen, erlaubten Geschäfte, nach der Anordnung des Hausherrn, persönlich, mit Treue, Fleiß und Aufmerksamkeit verrichten, und auch solches Gesinde, welches für eine bestimmte Art von Diensten angenommen ist, muß noch andere Dienste verrichten, wenn das dazu bestimmte Nebengesinde verhin-

---

ansteckenden Krankheit (G.D. §. 128), so hört damit die Verbindlichkeit der Herrschaft auf. §§. 92, 93 ebend.

9) A.G.D. I, 10, §. 233, Nr. 5. — Ist nach G. R. streitig. Leyser, Med., sp. 283, m. 13; Hommel, Rhaps., Obs. 56 et 211 v. famuli. — Glück, Erläut., Th. XXII, S. 157 flg.

1) Ges.Ordn. §§. 42, 43, 45, 51—55. Wegen des ländlichen Gesindes s. m. oben Note 7 zu §. 781.

2) Ges.Ordn. §§. 44, 167, 168; Gesetz, betr. die Verletzungen der Dienstpflichten des Gesindes, vom 24. April 1854 (G.S. S. 214). Auch im Falle des Zwanges muß für das Versäumte Ersatz geleistet werden.

dert wird[3]). 4) Der Dienstbote muß dabei für Vorsatz, grobes und mäßiges Versehen haften; für ein geringes Versehen nur dann, wenn er gegen den ausdrücklichen Befehl der Herrschaft gehandelt, oder zu solchen Diensten, welche einen vorzüglichen Grad von Aufmerksamkeit erfordern, sich vermiethet hat[4]). 5) Die Herrschaft kann sich wegen des Schadenersatzes an den Lohn des Gesindes halten, und wenn dieser und die übrigen Habseligkeiten des Dienstboten unzureichend sind, muß derselbe die Schuld abdienen[5]).

II. Die Herrschaft ist dem Gesinde folgendes schuldig: 1) Sie muß den gemietheten Dienstboten mit dem bestimmten Antrittstage aufnehmen und bis zu Ende der verabredeten oder sich von selbst verstehenden Zeit behalten, ausgenommen wenn das Gesinde zuerst den Antritt des Dienstes verweigert oder wenn die Herrschaft einen giltigen Grund hat, den Vertrag sogleich aufzuheben (§. 784), in welchen Fällen das Gesinde das Miethsgeld zurückgeben muß. Weigert die Herrschaft die Annahme oder entläßt sie das Gesinde vor der Zeit ohne rechtlichen Grund, so muß das Gesinde sogleich nach der Weigerung oder Entlassung bei der Polizei antragen, daß die Herrschaft bei befundener Grundlosigkeit der Weigerung zur Annahme und beziehlich Wiederaufnahme angehalten werde, was natürlich nur so lange ausführbar, als die Dienstzeit noch nicht abgelaufen ist[6]). Wird das Gesinde wieder aufgenommen, so hat es weiter nichts zu fordern; leistet aber die Herrschaft der polizeilichen Aufforderung nicht Folge, so verliert sie das Miethsgeld und muß dem Dienstboten auf die noch bevorstehende Dienstzeit Lohn, Livrée und Kostgeld geben, doch kommt ihr darauf zu Statten, was der Dienstbote durch ein anderes Unterkommen erhält[7]). Die Klage des Gesindes auf Entschädigung für die übrige Dienstzeit wurde, nach einer sehr verbreiteten Ansicht, nur dann für zulässig erachtet, wenn das Gesinde sich zuvor an die Polizeibehörde gewandt hatte und die Herrschaft von dieser zur Wiederaufnahme vergeblich auf-

3) Ges.Ordn. §§. 56—64.

4) Ebend. §§. 65—67. Hagemann, Landwirthschaftsrecht, §. 60, Nr. 1.

5) Ges.Ordn. §§. 68, 69. (3. A.) Das Vorzugsrecht der Herrschaften im Concurse des Gesindes, welches die A.G.O. I, 50, §. 440 der V. Classe anwies, ist durch die Conc.Ordn. vom 8. Mai 1855 unterdrückt; nur der Titel zum Pfandrechte wegen der den Hausofficianten und Dienstboten zum Behuf ihrer Dienstverrichtungen anvertrauten Gelder und Effecten ist beibehalten. Einf.Ges. v. 8. Mai 1855, Art. XI, Nr. 3.

6) Entscheid. des Obertrib. Bd. VII, S. 61 flg.

7) Ges.Ordn. §§. 47—50, 160—166. — Schles. Arch. Bd. I, S. 503. — Entsch. des Obertrib. a. a. O. — Von der Verpflichtung des Dienstherrn gegen den unzeitig, ohne hinlängliche Ursachen entlassenen Dienstboten; in Bülow und Hagemann, prakt. Erört., Bd. I, Nr. 25.

gefordert worden war. Diese Ansicht ist durch einen Plenarbeschluß des Obertribunals, wonach die Klage auch dann, wenn der Dienstbote die Einwirkung der Polizeibehörde behufs der Wiederaufnahme ohne Erfolg in Anspruch genommen hat, zugelassen werden soll, verdrängt[7a]). Diese polizeiliche Hilfe kann noch während der ganzen contractlich bestimmten Dauer der Dienstzeit, behufs Fortsetzung des Dienstes oder Entschädigung für die übrige Dienstzeit, in Anspruch genommen werden[7b]). 2) Sie muß Lohn und Kleidung zu den bestimmten Zeiten entrichten und die versprochene Kost in gesunder und genießbarer Beschaffenheit und in zureichender Menge geben; mehr als ausbedungen ist sie auch für außerordentliche Dienste, z. B. bei Krankheiten, nicht schuldig[8]). 3) Sie darf dem Gesinde nur nach Maßgabe seiner Leibesbeschaffenheit und Kräfte Dienste zumuthen[9]). 4) Sie muß den durch den Dienst oder bei Gelegenheit desselben krank gewordenen Dienstboten auf ihre Kosten heilen und verpflegen lassen und darf ihm auf die dazu erforderliche Zeit von dem Lohne nichts abziehen[10]); ein dergleichen Abzug findet auch nicht statt, wenn das Gesinde außerdem durch Krankheit ohne eigene Schuld an seiner Dienstverrichtung verhindert wird, nur kann die Herrschaft sich die verwendeten Curkosten aus dem laufenden Lohne erstatten[11]). Ueber die Dauer des Verhältnisses hinaus ist die Herrschaft für Curkosten und nothdürftigen Unterhalt des Gesindes nur unter eben denselben Voraussetzungen zu sorgen schuldig, unter welchen ein Machtgeber den dem Bevollmächtigten bei Ausrichtung des Auftrags durch Unfall zuge-

---

7a) Plenarbeschluß vom 11. Decbr. 1846 (Just.Min.Bl. für 1847, S. 94) und Entsch. Bd. XIV, S. 81.

7b) Präj. des Obertrib. 2098, vom 20. December 1848.

8) Ges.Ordn. §§. 82, 83. — Simon's Rechtsspr., Bd. III, S. 80.

9) Ges.Ordn. §. 85.

10) Ebend. §§. 86, 87. „Bei Gelegenheit des Dienstes krank werden" ist unbestimmt. Es ist doch wohl jedenfalls eine ursachliche Verbindung gemeint. Der Ausbruch einer Krankheit, gerade bei einer dienstlichen Verrichtung, kann der Herrschaft wohl keine Verbindlichkeit auflegen, wenn die Ursache eine andere ist.

11) S. oben §. 782, II. Ist nach G. R. streitig. Hommel, Rhaps., Obs. 332; Leyser, Med., sp. 212, m. 5; Kind, Quaest. for., Tom. II, c. XXII u. a. suchen den von dem Pr. R. angenommenen Satz zu begründen und sind daher als Quelle des Pr. R. anzusehen. Andere bestreiten ihn, wollen aber doch wegen kurzer Dienstunfähigkeit, nach Analogie L. 27 D. locati cond. (XIX, 2), einen Abzug nicht gut heißen. S. bes. Strube, rechtl. Bed., Bd. III, Nr. 69. Aus dem Gesichtspunkte der bloßen Dienstmiethe (locatio conductio) ist das richtig; aber dieser ist bei der rechtlichen Beschaffenheit des Verhältnisses nach Pr. R. nicht entscheidend, sonst müßten auch alle übrigen zustandsrechtlichen Wirkungen (§. 782) wegfallen.

stoßenen Schaden ersetzen muß[12]). 5) Das Gesinde hat, wegen seiner Forderungen aus dem Dienstverhältnisse, in dem Concurse über das Vermögen der Herrschaft ein Vorrecht, und das Landwirthschaftsgesinde hat selbst ein Realrecht an das Grundstück vor den Hypothekarien[13]).

3. Auflösung des Verhältnisses.

§. 784.

a) Beendigungsarten.

Das Verhältnis hört auf durch den Tod des Gesindes und durch den Abschied. Der Ablauf der Dienstzeit ist für sich keine Aufhebungsart. I. Stirbt der Dienstbote, so erlischt damit das ganze Verhältnis, und weder die Herrschaft hat Obliegenheiten mehr, selbst hinsichtlich des Begräbnisses, noch sind die Erben in dienstlicher Beziehung für etwas weiter zu sorgen schuldig, nur versteht sich, daß die aus dem Verhältnisse bereits entstandenen Schulden wie die Forderungen auf sie übergehen. Lohn und Kostgeld haben sie nicht bis zum Todestage, sondern nur bis zum Krankenlager zu fordern[1]). II. Der Abschied besteht in der rechtmäßigen Verlassung des Dienstes und kann aus rechtlichen Ursachen, wider den Willen des andern Theils, gegeben oder gefordert werden. Das abziehende Gesinde ist schuldig, alles, was ihm in Folge des Dienstverhältnisses anvertraut worden, vor Verlassung des Dienstes zurückzuliefern oder das durch seine Schuld daran Fehlende und Beschädigte zu ersetzen[2]). Die Herrschaft ist dagegen schuldig, dem Gesinde ein schriftliches Zeugnis über den Abschied und über die ihr geleisteten Dienste zu ertheilen[3]). Wird darin dem Gesinde wahr-

---

12) Ges.Ordn. §§. 94, 95. — A. L.R. I, 13, §§. 80, 81. — S. oben §. 657.

13) (3. A.) Concursordnung vom 8. Mai 1855, §§. 77 u. 50.

1) Ges.Ordn. §§. 99, 100. Daß die Erben auf die Zeit des Krankenlagers keinen Lohn fordern können, während doch dem Dienstboten selbst, wenn er genesen ist, darauf kein Abzug gemacht werden darf, folgt aus dem Zustandsverhältnisse des Gesindes.

2) Ges.Ordn. §§. 169, 170.

3) Ebend. §. 171. Unrecht ist die Gewohnheit, daß dazu auch das Gesinde, welches nicht vor der Zeit oder aus eigener Schuld abzieht, den Stempel anschafft. Wer die Urkunde schuldig ist zu geben, muß selbst sich das Material dazu verschaffen. Ein Erlaß des Pol.M. vom 26. Febr. 1840 (Min.Bl. f. d. i. Verw. 1840, S. 104) sagt in dieser Beziehung: „Daß diese Verpflichtung (den Schein zu ertheilen) nur dann eintrete, wenn das abziehende Gesinde einen solchen Schein verlangt, und die Herrschaft zur Ausstellung desselben in den Stand setzt, geht unzweifelhaft daraus hervor, daß die Herrschaft nicht gehalten ist, das vorschriftsmäßig dazu erforderliche Stempelpapier anzuschaffen, ohne dessen Gebrauch sie Stempelstrafe verwirken würde." Daß die Herrschaft nicht gehalten sei, das Stempel-

heitswidrig etwas zur Last gelegt, was dessen Fortkommen hindert, so kann das Gesinde sich von der Polizei, welche die Sache zu untersuchen hat, ein der Wahrheit gemäßes Zeugnis, auf Kosten der Herrschaft, ausfertigen lassen; hat dagegen die Herrschaft einem lasterhaften oder ungetreuen Gesinde, wider besseres Wissen, die entgegengesetzten Tugenden bezeugt, so wird sie der folgenden Herrschaft für den ihr durch solche Laster und Veruntreuungen des Dienstboten verursachten Schaden subsidiarisch verantwortlich und überdies polizeilich bestraft[4]).

§. 785.

b) Verabschiedungsgründe.

I. Ein gemeinsamer Verabschiedungsgrund ist der Ablauf der Dienstzeit, wenn zur gehörigen Zeit *vorher* aufgekündigt worden ist. Welcher Theil den Dienst nachher nicht fortsetzen will, muß, wenn keine andere Verabredung ausdrücklich getroffen ist, dem andern, bei häuslichem Gesinde sechs Wochen, bei Landwirthschaftsgesinde drei Monate vor dem Ablaufe der Dienstzeit, bei monatweise gemietheten Dienstboten am 15ten jedes Monats, aufkündigen, sonst ist das Dienstverhältnis bei häuslichem Gesinde auf ein Vierteljahr, bei Landgesinde auf ein ganzes Jahr, bei monatweise gemiethetem Gesinde auf einen Monat von selbst verlängert[5]).

II. Das Gesinde kann wider seinen Willen von der Herrschaft entlassen werden: 1) ohne Kündigung sofort: a) wenn es die Herrschaft oder deren Familie thätlich oder durch Schimpf- und Schmähworte oder durch ehrenrührige Nachreden beleidigt, oder die Familienglieder gegeneinander boshaft verhetzt; b) wenn es beharrlich[5a]) ungehorsam oder widerspenstig gegen die Befehle der Herrschaft in Dienstangelegenheiten ist; c) wenn es gegen einen ihm vorgesetzten

papier anzuschaffen, ist eben bestritten. Der Grund, daß *sie* Stempelstrafe verwirken würde, beweiset das Gegentheil, denn nur derjenige wird mit der Steuer-Defraudationsstrafe belegt, welcher die Steuer zu zahlen schuldig ist. Der andere Grund: „wenn das Gesinde die Herrschaft zur Ausstellung ꝛc. in den Stand setzt," ist erstlich unrichtig, indem das Gesinde eine solche Verbindlichkeit nicht auf sich hat, und zweitens beweist er zu viel, indem daraus auch folgen würde, daß das Gesinde auf seine Kosten dem schreibensunkundigen Dienstherrn Schreibunterricht geben lassen müßte.

4) Ges.Ordn. §§. 172—176.

5) Ebend. §§. 110—117. Vergl. über den Begriff des ländlichen Gesindes oben Note 7 zu §. 781.

5a) Der beharrliche Ungehorsam setzt wiederholte Befehle der Herrschaft und deren Nichtbefolgung von Seiten des Dienstboten voraus. Pr. 741, v. 7. Octbr. 1839. Die Wiederholung kann sich auf eine Verrichtung beziehen, welche der Dienstbote verweigert; es ist nicht erforderlich, daß andere Befehle an andern Tagen unbefolgt bleiben.

Aufseher im Amte thätlich oder mit groben Schimpf- und Schmähreden sich widersetzt; d) wenn es die Kinder der Herrschaft zum Bösen verleitet oder verdächtigen Umgang mit ihnen pflegt; e) wenn es die Herrschaft oder deren Hausgenossen bestiehlt oder betrügt; f) wenn es sein Nebengesinde zu einem oder dem andern dieser Dienstvergehen verleitet; g) wenn es auf den Namen der Herrschaft, ohne deren Vorwissen, Geld oder Waaren leihet oder borgt; h) wenn es die noch nicht verdiente Livrée ganz oder theilweise verkauft oder versetzt; i) wenn es wiederholentlich ohne Vorwissen und Erlaubnis der Herrschaft über Nacht ausbleibt; k) wenn es mit Feuer und Licht, gegen vorherige Warnungen [6]), unvorsichtig umgeht; l) wenn es, auch ohne vorherige Warnung, unvorsichtig schon wirklich Feuer verursacht hat; m) wenn es sich durch Liederlichkeit eine ansteckende oder ekelhafte Krankheit zugezogen hat; n) wenn es ohne Erlaubnis seines Vergnügens wegen ausläuft, oder ohne Noth über die erlaubte oder erforderliche Zeit ausbleibt, oder sonst den Dienst muthwillig vernachlässigt und auf wiederholte Warnung sich nicht bessert; o) wenn es trunk-, spiel- oder zanksüchtig ist und sich auf Vermahnung nicht bessert; p) wenn es zu dem Dienste, für welchen es sich, unter der Versicherung dazu geschickt zu sein, vermiethet hat, ganz untauglich ist; q) wenn es über 8 Tage verhaftet bleibt; r) wenn ein weibliches Gesinde schwanger wird; s) wenn das Gesinde die Herrschaft bei der Annahme durch Vorzeigung falscher Zeugnisse hintergangen hat; t) wenn es bei der vorigen Herrschaft sich eines der von a bis m genannten Vergehen schuldig gemacht und davon die neue Herrschaft bei der Annahme nicht in Kenntnis gesetzt hat [7]). 2) Mit dem Ende des laufenden Vierteljahres oder, wenn monatweise gemiethet ist, des Monats, nach vorheriger Kündigung: a) wenn dem Gesinde für seine Bestimmung die nöthige Geschicklichkeit fehlt; b) wenn die Herrschaft in Vermögensabnahme kommt [8]); c) wenn das Haupt der Familie stirbt, und d) wenn die Herrschaft in Concurs verfällt; in diesen beiden Fällen jedoch nur, wenn die gesetzliche Kündigungszeit noch

6) Diese Bestimmung, welche der Herrschaft das Recht nimmt, ein unvorsichtiges Gesinde auf der Stelle zu entlassen, steht mit dem A. L.R. I, 6, §. 63, wonach die Herrschaft den durch solch Gesinde angerichteten Feuerschaden ersetzen soll, wenn sie solches, nachdem sie dessen Unvorsichtigkeit erfahren, beibehalten hat, in Widerspruch. Man muß daher A. L.R. I, 6, §. 63 auslegen: „länger beibehalten hat, als sie nach der G.O. schuldig war."

7) Ges.Ordn. §§. 117—135.

8) Ebend. §§. 143, 144, 148. Der Fall ist schwierig in seiner factischen Feststellung.

nicht vorüber ist [9]). III. Das Gesinde kann seinen Abschied, wider den Willen der Herrschaft, fordern: 1) sofort: a) wenn es durch Mishandlungen der Herrschaft in Lebens- oder Gesundheitsgefahr versetzt worden ist; b) wenn es, auch ohne solche Gefahr, mit ungewöhnlicher Härte von der Herrschaft behandelt wird; c) wenn es zu unerlaubten oder unsittlichen Handlungen von der Herrschaft versucht worden; d) wenn es vor dergleichen Zumuthungen, gegen Personen aus der Familie, oder die im Hause aus- und eingehen, von der Herrschaft nicht geschützt wird; e) wenn es kein Kostgeld oder nicht die nothdürftige Kost erhält; f) wenn die Herrschaft eine die laufende Dienstzeit überdauernde Reise über sechs Meilen unternimmt oder ihren Wohnsitz auf solche Entfernung verlegt und den Dienstboten nicht kostenfrei zurückzuschaffen übernimmt; g) wenn der Dienstbote durch schwere Krankheit verhindert wird, seinen Dienst zu versehen [10]). 2) Auf vorherige Kündigung, mit Ablaufe des Vierteljahres, oder, wenn monatweise gemiethet ist, des laufenden Monats: a) wenn die Herrschaft den Lohn nicht in den bestimmten Terminen vollständig bezahlt; b) wenn die Herrschaft das Gesinde einer öffentlichen Beschimpfung eigenmächtig aussetzt; c) wenn der Dienstbote Gelegenheit findet, zu heirathen oder eine eigene Wirthschaft anzustellen [11]). 3) Gegen Stellung eines tauglichen Stellvertreters sofort: a) wenn das Gesinde von seinen Eltern, in deren Wirthschaft, wegen erst nach der Vermiethung eingetretener Veränderung der Umstände, gebraucht wird; b) wenn es in eigenen Angelegenheiten eine weite Reise unternehmen muß [12]).

§. 786.

c) Auseinandersetzung wegen des Lohns.

Wird der Dienstbote unter der Zeit verabschiedet, so gelten wegen des Lohns folgende Regeln: I. Hatte die Herrschaft Grund zur Entlassung, so muß sie dem Dienstboten doch Lohn und Kostgeld nach Verhältnis der Zeit, wo er wirklich gedient hat, zahlen und kann wegen der Mehrkosten für ein anderes Gesinde auf die

9) Ebend. §§. 101 — 109. Nach Eröffnung des Concurses kann sich das Gesinde wegen des laufenden Lohns nur an die Person der Herrschaft halten.

10) Ebend. §. 136 — 142. Das Erbieten der Herrschaft zur Heilung und Pflege hebt den Grund nicht auf; aber Lohn und Kostgeld kann dann nicht gefordert werden. §. 786, II, 1.

11) Ges.Ordn. §§. 145 — 148.

12) Ebend. §. 149. Auch eine solche Reise in Angelegenheiten der Eltern.

noch übrige Zeit keinen Ersatz fordern, aber a) dem Bedienten, welcher auf der Stelle hat entlassen werden dürfen, entzieht sie die ganze Livrée; b) demjenigen, welchem erst gekündigt werden mußte, darf sie, wenn er noch kein halbes Jahr gedient hat, Rock und Hut nehmen, sonst muß sie ihm die kleinen Montirungsstücke lassen[13]); und c) demjenigen, welcher wegen des Todes des Familienhaupts oder wegen Concurses der Herrschaft entlassen wird, ehe er noch ein halbes Jahr im Dienste gewesen, darf Rock, Weste und Hut genommen, sonst, wenn er schon ein halbes Jahr und länger gedient hat, muß ihm die ganze Livrée gelassen werden[14]). II. War der Dienstbote berechtigt, den Dienst zu verlassen, so muß ihm 1) in den Fällen, wo er sogleich abziehen darf, Lohn und Kost auf das laufende Vierteljahr, beziehlich auf den laufenden Monat und, wenn die Austrittsursache sich erst nach der gesetzlichen Kündigungszeit ereignet hat, auch noch für das folgende Vierteljahr, beziehlich den folgenden Monat, und 2) in den Fällen, wo der Abzug erst nach vorheriger Kündigung geschehen darf, nur nach Verhältnis der im Dienste zugebrachten Zeit, gegeben werden[15]). 3) Der Bediente behält in den Fällen zu 1 die ganze Livrée; in den Fällen zu 2 wird unterschieden: a) Kündigt er, um zu heirathen oder sich niederzulassen, so gebühren ihm allemal die kleinen Montirungsstücke; b) kündigt er aus einer andern Ursache, und hat er bereits ein halbes Jahr gedient, so behält er die ganze Livrée, sonst muß er Rock und Hut zurücklassen[16]). c) Tritt er gegen Stellung eines Stellvertreters aus, so muß er sich mit diesem einigen[17]), doch kann die Herrschaft in ihrem Interesse fordern, daß dem Stellvertreter die Kleidungsstücke durch die ganze Tragezeit zum Gebrauche zurückgelassen werden, wenn dieser sich nicht andere nach dem Muster der herrschaftlichen Livrée anschaffen will oder kann.

---

13) Ges.Ordn. §§. 150, 155—157. Was der Bediente in dem zweiten Falle, wo er schon ein halbes Jahr gedient hat, mehr behält als in dem ersten, ist unklar. Vielleicht den Hut. Es ist nicht bestimmt, was das A. L.R. unter den „kleinen Montirungsstücken" versteht.

14) Ges.Ordn. §§. 104, 105, 107. — Warum hier dem Bedienten bei einer Zeit unter einem halben Jahr mehr (nemlich auch die Weste) genommen, und bei einer längern Zeit mehr gelassen werden soll als in dem Falle b, ist unerfindbar.

15) Ges.Ordn. §§. 151—153. Vergl. die Note 10.

16) Ebend. §§. 154, 158, 159. Wenn er nemlich beides neu erhalten hat.

17) Ebend. §. 149.

II. Von Hausofficianten.

§. 787.

1. Begriff.

Hausofficianten heißen zwei verschiedene Arten von Dienstboten: 1) solche, welche für ein gewisses bestimmtes Geschäft in der Haushaltung angenommen sind, z. E. Köche, Kellermeister, Conditor u. dgl., oder in der Wirthschaft, wie Brauer, Brenner, Gärtner, Schafmeister ꝛc., und 2) solche, welche dem gemeinen Gesinde als Aufseher und Geschäftsführer vorgesetzt sind, wie in großen Haushaltungen die Haushofmeister, in Wirthschaften die Inspectoren, Oekonomiebeamten und Wirthschafterinnen [1]). Verschieden von Hausofficianten sind solche Personen beiderlei Geschlechts, welche in Wissenschaften und schönen Künsten im Hause Dienste leisten, d. h. zu solcher Dienstleistung für beständig auf bestimmte Zeit oder auf Kündigung in das Haus aufgenommen sind, wie Erzieher und Erzieherinnen; Kapläne; Privatsecretäre; Rechnungsführer; Cassenbeamte; Capellmeister u. dgl., welche mit dem Gesinde nur das gemein haben, daß sie zum Hausstande des Dienstherrn gehören und als Familienglieder betrachtet werden [2]); aber nicht zum Gesinde gehören und nicht, wie dieses, unter der hausherrlichen Botmäßigkeit des Familienhauptes stehen, vielmehr bloß nach den Grundsätzen von der Dienstmiethe (locatio conductio operarum) beurtheilt werden [3]).

§. 788.

2. Grundsätze.

I. Von eigentlichen Hausofficianten gelten in der Regel die bei dem gemeinen Gesinde vorgeschriebenen Grundsätze [4]). Die Ausnahmen sind: 1) Der Dienstcontract erfordert die schriftliche Form; mündliche Verabredungen begründen keine Verbindlichkeit, doch soll das gegebene Miethsgeld für den Herrn, welcher den Officianten

1) A. L.R. II, 5, §. 177. Die Wirthschafterinnen gehören meistens zum gemeinen Gesinde.

2) Ebend. §. 190. — Entsch. des Obertrib. Bd. II, S. 60.

3) A. L.R. a. a. O. §§. 187—190. Handlungsdiener gehören zu keiner dieser Classen von Hausofficianten, denn sie sind weder für die Haushaltung angenommen, noch leisten sie in Wissenschaften ꝛc. im Hause Dienste. Pr. des Obertrib. vom 21. August 1835 (Entsch. Bd. II, S. 60) und vom 31. März 1848 (Rechtsf. Bd. III, S. 469).

4) A. L.R. a. a. O. §. 186. Und zwar nach den Vorschriften der Gesindeordnung, nicht nach den §§. 1—176, Tit. 5, Th. II des A. L.R. Pr. 568 (Plenarbeschl.), vom 12. November 1838 (Entsch. IV, 112).

nicht annehmen will, verloren sein; der Officiant hingegen soll, wenn er zurücktritt, dasselbe zurückgeben. Der in Folge mündlichen Vertrags angetretene Dienst kann, nach vorheriger sechswöchentlicher Ankündigung, mit Ablaufe eines jeden, von der Dienstantretung anfangenden, Vierteljahres, von jedem Theile wieder aufgehoben werden. Für die geleisteten Dienste muß die Belohnung nach dem mündlichen Vertrage gegeben, oder, in Ermangelung einer Bestimmung, nach Maßgabe des bisher zur Zufriedenheit des Beamten Geleisteten, oder, wenn auch dieser Maßstab fehlt, nach der Ortsüblichkeit geleistet werden[5]). 2) Hausofficianten sind in dringenden Nothfällen, sonst nicht, schuldig, auch andere häusliche Verrichtungen, als für welche sie angenommen worden sind, zu thun[6]). 3) Sie haften nur für ein mäßiges Versehen[7]). 4) Sie dürfen wegen unverschuldeter thätlicher oder grober wörtlicher Beleidigung seitens der Herrschaft sofort ihre Entlassung fordern[8]). II. Dienstleistende der andern Classe werden lediglich nach den allgemeinen Regeln von Verträgen über Handlungen beurtheilt (§. 708). Sie sind in keinem Falle zu häuslichen Diensten verbunden und müssen von dem gemeinen Gesinde, nach Anordnung der Herrschaft, bedient werden[9]). Bloße Züchtigungen der Kinder, seitens der Erzieher und Erzieherinnen, sind kein Aufhebungsgrund für den Dienstherrn, ausgenommen wenn sie vertragsmäßig untersagt sind[10]). Die Dauer des Dienstcontracts aller dieser Personen versteht sich immer auf Ein Jahr, wenn nichts anderes verabredet ist; desgleichen auch die stillschweigende Verlängerung auf eben so lange, wenn nicht ein Vierteljahr vor dem Ablaufe der Zeit gekündigt wird[11]). Auch das durch einen schriftlichen Contract einmal begründete Dienstverhältnis kann jedoch, wie bei gemeinem Gesinde (§. 785, II), stillschweigend verlängert werden[12]), doch gilt diese Verlängerung nur für eine mündliche.

---

5) A. L.R. a. a. O. §§. 177—181. Die Ueblichkeit richtet sich bei Landwirthschaften nach dem Flächeninhalte des Gutes.

6) Ebend. §§. 182, 183.

7) Ebend. §. 184. Nach der Regel sollten sie, wie Beamte, als Sachverständige für ein geringes Versehen haften. §. 741.

8) Ebend. §. 185. Im Falle eines, den Zorn der Herrschaft erregenden ungebührlichen Betragens gilt auch hier was von dem gemeinen Gesinde. §. 782, II.

9) Ebend. §§. 187—190.

10) Ebend. §§. 191, 193. Das Züchtigungsrecht folgt aus der Erziehung.

11) Ebend. §§. 193—195.

12) Plenarbeschluß (Pr. 1921) des Obertrib. vom 16. Novbr. 1847 (Entsch. Bd. XV, S. 61).

§. 789.
III. Von Sklaven.

Wiewohl die Sklaverei in jeder Form dem neuen Rechte unbekannt war und in den preußischen Landen nicht geduldet werden sollte[1]; so sollten dennoch die von Fremden ins Land mitgebrachten Sklaven für solche gelten und der Sklavenherr in seinem Eigenthume an diesen Menschen im Lande geschützt werden. Nur sollte die Polizei solchen Sklavenherren „Schranken setzen, wenn sie ihre Rechte bis zu lebensgefährlichen Mishandlungen der Sklaven ausdehnen wollten"[2]. Was geschehen sollte, wenn die lebensgefährliche Mishandlung oder gar die Tödtung schon vollzogen war, bevor die Obrigkeit den Willen des Herrn dazu in Erfahrung gebracht hatte, war nicht gesagt; folgerecht mußte der Sklavenherr, dessen Eigenthumsrechte gesetzlich anerkannt waren, wie jemand, der durch Thierquälerei ein öffentliches Aergernis gegeben hatte, polizeilich bestraft werden. Wenn dergleichen Sklavenherren sich im Lande niederließen, oder Landeseinwohner auswärtig gekaufte Sklaven ins Land brachten: so sollten zwar die bis dahin als Sklaven behandelten Personen von selbst frei sein; sie sollten jedoch dem gewesenen Herrn das Kaufgeld erstatten, oder durch Gesindedienste, während deren Dauer sie Kleidung und Kost, gleich dem Gesinde, zu erhalten hatten, vergelten[3]. Diese Bestimmungen sind nunmehr aufgehoben, und durch den Grundsatz ersetzt: Sklaven werden von dem Augenblicke an, wo sie preußisches Gebiet[4] betreten, frei; das Eigenthumsrecht des Herrn ist von diesem Zeitpunkte ab erloschen[5].

Viertes Capitel.

Vormundschaft.

A. L.R. II, 18. — Auch dieses Capitel gilt als ein Theil des öffentlichen Rechts überall, wo das A. L.R. Gesetzeskraft hat, als Principalrecht. — Die bedeutende Anzahl von Anleitungen, Handbüchern und dergleichen Druck-

1) (3. A.) A. L.R. a. a. O. §. 196. Vergl. Ges. vom 8. Juli 1844 (G.S. S. 399).

2) (3. A.) A. L.R. a. a. O. §§. 198, 199.

3) (3. A.) Ebend. §§. 200—205. Durch diese Bestimmung wurde die Freiheit wieder vereitelt. S. oben §. 41, Note 2 (Bd. I, S. 142).

4) (3. A.) Oder ein preußisches Schiff, weil auf den Seeschiffen unter den Bewohnern das vaterländische Recht gilt und vaterländischer Rechtsschutz gehandhabt wird.

5) Ges. vom 9. März 1857 (G.S. S. 160). Hiernach ändert sich der §. 41 a. E., Bd. I, S. 142, welcher bei Erscheinung dieses Gesetzes bereits gedruckt war.

schriften über das preuß. Vormundschaftsrecht haben wegen ihrer bloß praktischen Strebung geringen wissenschaftlichen Werth. Selbst das bedeutendere Werk von Hoffmann, Das Vormundschaftsrecht, nach den Grundsätzen des Allgemeinen Landrechts für die preußischen Staaten, Züllichau 1811, ist ein trockener Auszug aus dem A. L.R. und der ministeriellen Erlasse, um „dem Praktiker zur Erleichterung der Arbeit zu dienen, besonders den angehenden Justizbedienten nützlich zu sein, und auch von den Vormündern als eine Anleitung zum zweckmäßigen Benehmen bei Führung der Vormundschaften benutzt werden zu können." Besser ist die neue Schrift von Villaume, das preuß. Vormundschaftsrecht und seine Reform. Breslau 1846. — Besondere Rücksicht auf das Pr. R. nimmt aber das werthvolle Werk von Dr. Adolph August Friedrich Rudorff, das Recht der Vormundschaft aus den gemeinen, in Deutschland geltenden Rechten entwickelt. 3 Bde. Berlin 1832. — Wichtig ist auch: Kraut, die Vormundschaft, nach den Grundsätzen des deutschen Rechts dargestellt. 2 Bde. Göttingen 1835. — Noch zu berücksichtigen ist Albert Heinrich Stein, über Vormundschaften und Curatelen, nach gemeinem deutschen Rechte und nach den besondern Rechten einiger deutschen Staaten. Stuttgart 1824.

§. 790.

Einleitung.

I. Der Schutz, welchen das Oberhaupt einer Familie, der paterfamilias, den hilfsbedürftigen Gliedern derselben gewähren muß, ist die lästige Seite eines Familienverhältnisses, welches auf der andern Seite wieder gewisse, davon unzertrennliche Vortheile mit sich bringt. Wie die Gewährung dieses Schutzes dem Schutzbedürftigen gegenüber eine Pflicht ist, so ist sie auf der andern Seite auch ein Recht, vermöge dessen der Berechtigte jeden andern davon ausschließen kann. Dieses alles ist in der Natur der Familie begründet. Fällt das zum Schutz verpflichtete und berechtigte Subject in der Familie weg, während sich darin noch Schutzbedürftige befinden, so entsteht die Frage: wie dieses bisher bestandene natürliche Schutzverhältnis zu ersetzen und wer diesen Schutz von nun an leisten solle und dürfe. Es liegt nahe, diese Last auf denjenigen übergehen zu lassen, welcher nach dem paterfamilias der nächste zu den Vortheilen ist, welche von den Schutzbedürftigen zu erwarten stehen können; und so lag der Grundsatz, daß diese Last nach den Regeln des Erbrechts übergehen müßte*), schon in dem Verhältnisse selbst. War dieses einmal anerkannt, so konnte es kein Bedenken mehr haben, die Last als ein eigentliches Erbstück, wie sie denn im Grunde auch nichts anderes ist, auf eben so vielerlei Weise auf je-

*) L. 1 D. de leg. tut. ut onera tutelae habet ille, penes quem commoda successionis. — L. 13 D. de R. J.

mand zu übertragen, als ihm ein jedes andere Erbstück zugewendet werden konnte. So mußte es sogar nach der römischen Ansicht sein. Der väterlichen Gewalt als ein Recht klebte die Last des Schutzes für die Schutzbedürftigen an. In diesem Zustande, mit dieser Belastung, hinterließ der paterfamilias seine familia, d. i. den Inbegriff seiner Rechte überhaupt. Dieselben Grundsätze, welche also von der Verlassenschaft im ganzen gelten, müssen auch von den einzelnen darin vorhandenen Stücken gelten, deren die Pflicht zum Schutze eins ist; und so fern der Verstorbene also über diese seine familia von Todes wegen disponiren konnte, war nicht abzusehen, warum er nicht auch über das darin begriffene Recht und die Pflichteslast des Schutzes sollte verfügen können. — Hiernach ist die Tutel, das dem väterlichen Schutze nachgebildete künstliche Schutzverhältnis, ursprünglich gar kein munus publicum, sondern eine Familienlast, welche dem obliegt, welcher sie vom paterfamilias erbt. Dieses Schutzverhältnis geht den Staat nicht näher an, als ihm der Schutz jedes einzelnen Staatsbürgers obliegt; und nur in einem Falle kann er selbst diesen Schutz unmittelbar von dem paterfamilias erben, wo sich jenes dann eher sagen läßt. — Dieser Begriff der Tutel, wonach sie kein öffentliches Staatsamt, sondern ein civilrechtliches Erbstück, ist noch in den Pandekten zu erkennen, sie wird nur ein munus civile genannt**) und Modestin sagt ausdrücklich in diesem Sinne: tutela non est reipublicae munus — sed civile: nec provinciale videtur tutelam administrare***). Das ganze Institut der Tutel ist nur dem alten Civilrecht eigenthümlich, daher paßt die in den Pandekten gegebene Begriffsbestimmung†) nicht mehr für das Justinianeische Recht. Nach den späteren Ansichten von der gesellschaftlichen Ordnung wird dieses Schutzverhältnis allmählich immer mehr als der Aufsicht des Staats unterworfen betrachtet, bis zuletzt aus allzugroßer Vorsorge gar ein Staatsamt im eigentlichen Sinne daraus geworden ist††). Mit dieser wesentlichen Veränderung des Begriffs der Tutel mußten Umbildungen in der ganzen Lehre von

**) L. 18 pr. et §. 1 und L. 1, §. ult. D. de munerib. (L, 4).

***) L. 6, §. 15 D. de excus. (XXVII, 1). Cfr. L. 2, §. 5 D. ad municip. (L, 1).

†) §. 1 J. und L. 1 pr. D. de tutelis.

††) Entw. eines allg. Ges.B. Th. I, Abschn. III, Tit. VI, §. 86 in der Note. — Dort wird behauptet, daß eigentlich schon nach R. R. die Tutel ein eigentl. munus publicum gewesen, und daraus natürlich hätte folgen sollen, daß die Verleihung auch nur dem Staat zukomme, was aber die strenge väterliche Gewalt nicht zugelassen hätte. — Die dort geäußerte Vermuthung: wie man zu der testamentarischen und gesetzlichen Tutel gekommen, ist ohne Zusammenhang mit dem Wesen der Vormundschaft.

selbst nachfolgen, und es wird sich weiterhin zeigen, daß die hauptsächlichen Abweichungen des heutigen Instituts von sich selbst in seinen frühern Zuständen, lediglich auf diese Begriffsveränderung zurückzuführen sind. II. Nach der dem A. L.R. zum Grunde liegenden, aber nicht folgerecht durchgeführten deutschen Rechtsansicht ist die Vormundschaft nicht nur eine Nachbildung und ein Ersatzmittel der väterlichen Gewalt, vielmehr sind beide, die s. g. väterliche Gewalt und die Vormundschaft, nebeneinander stehende Arten einer und derselben Gattung von Rechtsverhältnis, nemlich desjenigen Schutzverhältnisses, welches unter dem Namen Mundium bekannt ist. Die väterliche Gewalt und die Vormundschaft sind danach wesentlich gleichartige Rechte oder vielmehr: an die Stelle des ausscheidenden Vaters tritt in das nemliche Rechtsverhältnis eine andere Person, Vormund genannt. Daß diese Grundansicht klar im Bewußtsein der Verfasser des A. L.R. gewesen, läßt sich nicht behaupten, aber sie ist in den getroffenen Bestimmungen, unter Abweisung der röm. Ansichten, unverkennbar ausgeprägt (§. 768). Die gleichwohl mituntergelaufene, wohl aus dem Mangel einer bewußten Auffassung der großen Verschiedenheit zwischen den deutschen und röm. Grundansichten über väterliche Gewalt und über Tutel zu erklärende, Anwendung römischer Begriffe und Rechtssätze ist unerheblich. Viel wichtiger ist die nicht weniger von dem deutschen als von dem röm. Rechte entfernte Abweichung des Landrechts in einer andern Beziehung. Diese betrifft das Rechtssubject, welches an die Stelle des ausscheidenden Vaters tritt. Die Vorsorge für die Schutzbedürftigen ist soweit getrieben, daß sie in die Entziehung der Sicherheit der Mündel umschlägt; denn nach den getroffenen Bestimmungen hat der Vormund aufgehört Vormund zu sein; die Obervormundschaft, die doch wesentlich eine bloß aufsehende Gewalt sein soll, ist der wahre Vormund und der Vormundschaftsrichter kann mit Vorbeigehung des Vormundes, selbst wider dessen Willen, unmittelbar handeln[1]), ohne daß die Mündel, wegen ihrer actio tutelae subsidiaria, in dem Vermögen des Vormundschaftsrichters den Vorzug haben, der ihnen in dem Vermögen des Vormundes zu-

1) Dieses wird wenigstens behauptet, in einem Reser. des Justizministers, vom 4. Januar 1842 (Min.Bl. S. 23), und ist von den Verfassern des A. L.R. gewiß auch gemeint. M. s. A. L.R. II, 18, §§. 299, 235. M. Schrift: Preuß. Rechtsverfass., I, S. 73 flg. Die Ansicht, daß der Vormundschaftsrichter selbst agiren könne, ohne sich einmal mit dem Vormunde zu benehmen, ist auch ziemlich allgemein. (3. A.) Eine Anwendung des Grundsatzes findet sich im §. 232, Tit. 12, Th. I A. L.R.

steht[2]). Jeder Schutzbedürftige ist der Pflegebefohlene des Staats und die Vormünder sind Bevollmächtigte des Staats[3]); die eigentlichen Stellvertreter des Staats aber sind die Vormundschaftsrichter, die sich der Vormünder nur zur Ausführung ihrer Beschlüsse bedienen können, aber nicht bedienen müssen[4]). Danach haben die Vormünder nicht die Stellung eines Gemeindevorstehers und Verwalters, an deren Stelle die oberaufsehende Staatsgewalt zu handeln keineswegs befugt ist[5]); sie stehen vielmehr nur in dem Verhältnisse eines Dieners zum Herrn. Diese Anordnung scheint aus einer nicht richtigen Deutung der Obervormundschaft hervorgegangen und in ihren Folgen nicht überdacht zu sein, oder, was nach den Rechtfertigungsgründen noch wahrscheinlicher ist, hat ihren Grund in einer dem Rechtsverhältnisse nicht entsprechend ausgefallenen Fassung. Denn es wird behauptet, daß, wenngleich der Vormund nicht für einen bloßen Privatverwalter eines fremden Vermögens, sondern als ein Bevollmächtigter oder Beamter des Staats angesehen würde, welcher der Obrigkeit in Ansehung seiner ganzen Verwaltung unmittelbar untergeordnet und ihr davon die genaueste Rechenschaft zu geben verbunden sei, sich doch in wesentlichen Stücken und in praktischen Materien keine hauptsächlichen Abweichungen von demjenigen fänden, was bisher schon Rechtens und Gerichtsgebrauch gewesen. Als die erheblichsten Abweichungen werden nur angegeben: 1) die Aufhebung der restitutio in integrum ex capite aetatis; 2) die Milderung der Strenge, womit man bis dahin auch bei Eltern auf Sicherstellung des Vermögens der Kinder bestanden; 3) die nähere Bestimmung der Fälle, wo Mündelgüter auch propter solam utilitatem veräußert werden dürfen; 4) die nähere Bestimmung der von der Aufsicht entbundenen Vormünder gegen die Gerichte; 5) die Einführung eines Zeugnisses, welches den der Vormundschaft entlassenen Personen gegeben werden soll, eine Anordnung, die beiläufig unpraktisch geblieben ist; 6) die dem Vater beigelegte Befugnis, den Volljährigkeitstermin auf 6 Jahre zu verlängern; 7) die Aussetzung der statutarischen Gütergemeinschaft bei der Ver-

2) Schon oftmals ist es vorgekommen, daß Einzelrichter Mündelgelder, kraft dieser Befugnis, erhoben und durchgebracht haben, wofür der Vormund natürlich nicht verantwortlich gewesen ist.

3) A. L.R. a. a. O. §§. 1—6, 235.

4) Ebend. §§. 236—238, 299, 300. An den Consequenzen leidet jetzt die Gesellschaft.

5) Darüber s. m. in Beziehung auf die Kirchengewalt den Rechtsfall im Schles. Archiv, Bd. III, S. 532 flg.

heirathung einer bevormundeten Frauensperson [6]). Die wesentliche Umänderung der Bedeutung des Vormundes, wodurch derselbe ganz entbehrlich gemacht worden [7]), wird nicht einmal angedeutet; die Provinzialvormundschaftsordnungen aber, auf welche sich diese Rechtfertigung bezieht, namentlich die lobend hervorgehobene Brandenburgische Vormundschaftsordnung vom 23. September 1718, kannten eine solche Nichtigkeit des Vormundes durchaus nicht, und die herrschende Rechtsansicht der praktischen Juristen war so entschieden dagegen, daß man die Unzulässigkeit der Beseitigung des Vormundes durch unmittelbare Eingriffe und Handlungen der Obervormundschaft für ein Axiom ansah [8]). Die Obervormundschaft des Staats ist nach der Idee wesentlich die Aufsicht der alten Familie über den Vater und

6) Jahrb. Bd. XLI, S. 184 u. 192. — Mathis, Bd. II, S. 90 ff.

7) Will der Vormundschaftsrichter ein Gestum vornehmen, welches der Vormund nicht für gut findet und welches der Richter nicht persönlich verrichten kann oder will, so wird der Vormund dadurch beseitigt, daß für diesen Fall ein Curator bestellt wird, der nach der erhaltenen Anweisung verfährt. So eben ist mir folgender Rechtsfall vorgekommen. Ein verstorbener Grundbesitzer hatte eine Witwe und mehrere mit ihr erzeugte majorenne und auch minorenne Kinder nachgelassen. Die Witwe und die Majorennen sind einig, daß die Gemeinschaft noch fortdauern soll; der Vormund ist damit gleichfalls einverstanden; das Vormundschaftsgericht dagegen weiset ihn an, auf den Verkauf des Grundstücks anzutragen. Der Vormund will nicht, weil er es nicht im Interesse seiner Mündel findet. Nun bestellt das Gericht einen Justizcommissarius zum Curator für diesen Fall und läßt durch diesen die Subhastation ausbringen. Im Licitationstermine protestiren alle Miteigenthümer gegen den Zuschlag, nur der Curator, der an Stelle des nicht zugezogenen Vormundes anwesend ist, besteht darauf. Das Gericht erster Instanz (das dem Vormundschaftsgericht substituirte Fürstenthumsgericht zu Neisse) erkannte zwar, daß bei dem Einverständnisse sämtlicher Miteigenthümer, mit Einschluß des Vormundes, der Zuschlag nicht zu ertheilen, und hielt dafür, daß der Vormund nicht durch den Curator ersetzt werden könne, weil einer der Fälle, wo nach §§. 46—48, II, 18 A. L.R. den bevormundeten Personen ein Curator bestellt werden dürfe, nicht vorhanden sei. Indes hat dieser vom Gerichte erster Instanz nicht für legitimirt erachtete Curator auf Grund der §§. 299, 236—238 a. a. O. appellirt und die eventuelle Nichtigkeitsbeschwerde angebracht, und es steht der Ausgang noch zu erwarten. Das Sachgemäße ist allerdings, daß nicht auf solche Weise der Vormund bei Seite geschoben, sondern, wenn er seine Schuldigkeit nicht thut, abgesetzt werden und einen Nachfolger erhalten muß. §§. 918 u. flg. — Die Nichtigkeitsbeschwerde ist zurückgewiesen worden.

8) Schilter, Praxis juris romani, in foro germanico, exercit. XXXVII, §. 48 widerlegt damit einen Satz, bezüglich auf den curator ad lites, und sagt: „Contra quam si judex dederit curatorem, nihil agit, tantum abest, ut auctoritatem tutoris non existentis supplere possit: id quod tertio loco affertur: alias sequeretur hoc inconveniens, quod tutoris datio esset supervacua, quum judex velut tutor superior semper possit auctoritate tutoria curatorem constituere. Neque hoc sensu magistratus tutor superior in foro nostro cluit, sed quod constitutio tutorum et requisitio rationum, et uno verbo, inspectio in tutores ad ipsius spectet officium atque curam. Ceteroquin praetor non repraesentat personam tutoris. Et male ageretur cum pupillis, si loco actionis tutelae cogerentur regulariter ad actionem subsidiariam adversus judicem confugere.“

den Vormund in der Ausübung der Familiengewalt[9]), welche Aufsicht bei dem durch die neueren Staatsverfassungen herbeigeführten Untergange der alten Familienverbindungen an die Obrigkeit[10]), und in Folge des Centralisationssystems an den Staat gekommen ist[11]), und besteht in der Bestellung und Einführung der Vormünder in ihr Amt; in der Annahme der von ihnen zu bestellenden Sicherheit; in der Abnahme der jährlich zu legenden Rechnung; in der Prüfung und Gestattung oder Versagung der beabsichtigten Veräußerungen und Belastungen unbeweglicher Güter; und in der Entfernung ungetreuer Vormünder von ihrem Amte[12]). Eine andere Bedeutung und Berechtigung hat die Obervormundschaft auch nach den vorlandrechtlichen Vormundschaftsordnungen, namentlich nach der vom 23. September 1718, noch nicht. Gleichwohl stand man bei der Abfassung des A. L.R. in der Meinung, diese Verordnung gehe von eben demselben Gesichtspunkte aus, welcher bei der Abfassung des A. L.R. genommen worden, während doch die Fassung der Bestimmungen zu einem wesentlich ganz anderen Verhältnis des Vormundes und des Gerichts führt[13]). Damit hängt auch die Stellung dieser Lehre in der äußern Anordnung des Rechtsstoffs zusammen. Die Verfasser des A. L.R. haben sie, ihrer Ansicht entsprechend, als einen Abschnitt des Staatsrechts in diesen Theil des Gesetzbuchs ge-

9) Kraut, die Vormundschaft nach deutschem Rechte, Bd. I, S. 39.

10) Reichspol.Ordn. von 1548, Tit. 31, §§. 1, 3; und von 1577, Tit. 32 §§. 1, 3.

11) Vormundsch.Ordn. vom 23. September 1718, Eingang und §. 63.

12) Reichspol.Ordnungen a. a. O. §§. 2 u. 3.

13) Klar scheint der Erfolg keineswegs vorausgesehen zu sein; denn während einerseits gesagt wird, daß die Vormünder sich nach den besonderen Anweisungen des Vormundschaftsgerichts achten müssen, und daß sie bloße Bevollmächtigte des Staates seien (§§. 235, 236), so wie daß sie für Handlungen nicht verantwortlich, welche das Gericht ohne sie oder wider ihren Willen vorgenommen hat (§. 299), bestimmt es einerseits doch wieder die Fälle, in welchen neben dem Vormunde ein Curator bestellt werden darf (§§. 46—48), was ganz überflüssig wäre, wenn die Vormünder bloße Diener und Boten sein sollten, welche nach Belieben gebraucht oder nicht gebraucht werden können; und anderseits wird nirgend ausgesprochen, daß die Richter unmittelbar die Handlungen giltig verrichten können (wenn man den Fall des §. 232, Tit. 12, Th. I ausnimmt), oder daß die Vormünder ein ihnen befohlenes Geschäft wirklich unternehmen müssen, wenn sie auch nicht wollen: sie werden nur von der Verantwortlichkeit freigesprochen, wenn sie es thun, und der §. 236 ist noch von der Art der Ausführung zu verstehen. Auch der Mangel eines Vorzugsrechts für die actio tutelae subsidiaria deutet an, daß man nicht daran gedacht hat, der Vormundschaftsrichter solle nach Gutbefinden als tutor gerens auftreten können. Somit läßt die Fassung noch immer eine solche Auslegung zu, wie sie dem richtig aufgefaßten Verhältnisse entspricht und in dem Note 7 erwähnten Rechtsfalle von dem Richter erster Instanz gemacht worden ist. — Die Praxis hat diesen Weg endlich auch glücklich eingeschlagen; denn der Plenarbeschluß des Obertribunals vom 22. Juni 1846 (Entscheid. Bd. XIII, S. 3) bahnt den zu nehmenden, allein richtigen, Weg an.

wiesen, so daß es einer besondern Rechtfertigung für die Aufnahme der Vormundschaft in das Familienrecht zu bedürfen scheint. Dieselbe liegt jedoch in dem untrennbaren inneren Zusammenhange der Vormundschaft mit dem Privat- und besonders mit dem Familienrechte, der durch die eingeführte Nichtigkeit des Vormundes nicht aufgehoben wird; denn damit ist bloß eine Veränderung in der Person des Vormundes bewirkt: an die Stelle desselben ist die Person des Richters oder desjenigen Beamten getreten, auf den man den Beruf und die Obliegenheiten des wahren Vormundes übertragen hat, in eine bloße Regierungssache ist damit die Vormundschaftsverwaltung noch nicht umgeändert. III. Die vormundschaftliche Gewalt und Verwaltung ist, wie sich hieraus ergibt, dem Rechte nach bei der zuständigen Staatsbehörde. Dazu sind die Gerichte bestimmt und die Zuständigkeit wird durch den persönlichen Gerichtsstand des zu Bevormundenden begründet; bei einem doppelten persönlichen Gerichtsstande hat dasjenige Gericht den Vorzug, unter dessen Gerichtsbarkeit der Vater zuletzt gewohnt hat oder der zu Bevormundende sich wirklich befindet; und wenn er sich an einem dritten Orte aufhält, entscheidet die Prävention[14]). Das zuständige Gericht kann die Vormundschaft, bei eintretender Veränderung in dem Wohnorte der Pflegebefohlenen, einem anderen Gerichte übertragen[15]). Zu seinen Organen kann das Gericht, nach der herrschenden Ansicht, nehmen wen es will, im Falle es nicht unmittelbar handelt; wesentlich nothwendig wäre daher ein Vormund nicht, die Handlungen könnten auch durch die gewöhnlichen Gerichtsdiener, vermöge besondern Auftrages, ausgeführt werden. Es ist jedoch die Anstellung besonderer Organe angeordnet. Diese haben nach dem Umfange der Verwaltung und Vorsorge verschiedene Namen. Vormund heißt hier derjenige, dem die Sorge hauptsächlich für die Person und damit für alle Angelegenheiten übertragen ist[16]); Curator heißt der, welchem entweder nur persönliche Aufsicht oder Erziehung, oder die Besorgung nur gewisser einzelner Geschäfte übertragen ist. Beistand heißt ein solcher, welchen ein anderer zu Hilfe nimmt bei Geschäften, die er allein vorzunehmen nicht fähig ist[17]).

14) A. L.R. II, 18, §§. 56—74, 87.

15) Ebend. §§. 85, 86. — Auf die Person des Vormundes wird gar keine Rücksicht genommen. Zu bemerken ist hierbei, daß durch dergleichen Uebertragungen der Vormundschaft das forum hereditatis unverändert bleibt, und daß daher in Fällen, wo die Vormundschaft durch den Tod des Vaters veranlaßt worden, das beauftragte Gericht weder schuldig noch befugt ist, sich der Erbregulirung und dem Erbeslegitimations-Verfahren zu unterziehen.

16) Ebend. §§. 3, 231. Ist aus L. 14 D. de testam. tut. (XXVI, 2).

17) A. L.R. a. a. O. §§. 3—5. Diese aus dem R. R., ohne die Sache,

Erster Abschnitt.

Von der eigentlichen Vormundschaft.

I. Entstehung.

§. 791.

1. Voraussetzungen.

I. Unter einem Vormunde sollen stehen: 1) alle minderjährige Personen, welche nicht in väterlicher Gewalt sind[1]); die Vormundschaft dauert also bis zur Volljährigkeit und die Unterscheidung des R. R. zwischen Tutel und Curatel, je nachdem der Pflegling unter oder über 14, beziehlich 12 Jahr alt war, fällt weg, worin das A. L.R. den deutschrechtlichen Ansichten folgt. Der deutsche Mundbar blieb, wie der röm. Tutor, in seinem Amte bis zur Volljährigkeit, welche, wie nach R. R., mit der Mannbarkeit eintrat. Doch wurde dieser Termin später willkürlich nach Jahren bestimmt, wieso es kam, daß nach Verschiedenheit der Gesetzgebungen hier das 18te oder 19te, dort das 21ste, 24ste, ja das 25ste Jahr als Termin angenommen wurde, wogegen nach dem R. Stadtrecht dieser Termin mit dem 12ten, beziehlich 14ten Jahre eintrat. Während dieser ganzen Zeit ist in Deutschland nur ein und dasselbe Mundium; das deutsche R. weiß von keiner auf die erreichte Mundbarkeit folgenden Curatel. Erst die romanisirenden Juristen haben sie, wiewohl auch nur den Worten nach, in die deutschen Institute hier und da übertragen; auch die brandenburgische V. O. weiß von diesem nominellen Unterschiede, den das A. L.R. sehr verständig wieder unterdrückt hat. 2) Wahn- und Blödsinnige (§. 46, Bd. I, S. 150), welche nicht unter väterlicher Gewalt oder unter dem Schutze und Vollworte eines Ehemannes zur rechten Hand stehen. Für wahn- oder blödsinnige Ehefrauen in rechter Ehe ist der Mann natürlicher Vormund in Angelegenheiten, wo sein Vermögensinteresse nicht mit dem der Frau in Widerstreit steht, wie z. E. in Ansehung des vorbehaltenen Vermögens; wogegen in Collisionsfällen, also auch bei solchen Verfügungen über das Eingebrachte oder bei bestehender Gütergemeinschaft, wo die ausdrückliche Einwilligung der

---

aus einem Misverständnis (§. 795, II), beibehaltene Unterscheidung hat keine Realität; schon das Justinianeische Recht kennt den Unterschied zwischen Tutor und Curator bekanntlich nicht mehr; die auctoritas kam nicht mehr vor.

1) A. L.R. a. a. O. §§. 6—9.

Frau erforderlich ist, der Frau ein Curator bestellt werden muß[2]; doch muß in beiderlei Hinsicht die Verstandeslosigkeit der Frau auf gesetzmäßige Weise durch Urtel und Recht festgestellt worden sein (§. 46)[3]. 3) Gerichtlich erklärte Verschwender[4]. 4) Taubstumme, welche ihre Gedanken auch nicht durch allgemein verständliche Zeichen ausdrücken können[5], und Taubblinde. 5) Abwesende von unbekanntem Aufenthalte, wenn ein Jahr lang keine Nachricht von ihnen eingegangen[5a]; in dringenden Fällen auch schon früher; desgleichen Abwesende, deren Aufenthalt zwar bekannt ist, welche aber wenn auch nur muthmaßlich wider ihren Willen an der Besorgung ihrer Angelegenheiten verhindert werden, in beiden Fällen unter der Voraussetzung, daß kein Bevollmächtigter bestellt ist[6]; endlich auch mit einem Bevollmächtigten versehene Abwesende, wenn der Bevollmächtigte drei Jahre lang keine Nachricht erhalten hat und nicht Vertragserbe des Abwesenden ist, oder wenn der Bevollmächtigte stirbt, die Vollmacht kündigt[7], das Vermögen übel verwaltet oder sonst in Umstände kommt, die den Machtgeber, wenn sie ihm bekannt wären, wahrscheinlich zum Widerrufe der Vollmacht veranlassen würden[8]. Die Abwesenheitsvormundschaft ist jedoch nur eine Particularvormundschaft zur Verwaltung des zurückgelassenen Vermögens und bezieht sich nicht auf die ganze Persönlich-

2) Ebend. §§. 12, 13, 39—45. Das Amt dieses Curators hört mit der Vollziehung des Geschäfts wieder auf.

3) Wird von einigen bezweifelt, ohne daß sie jedoch beachten, daß keine großjährige Person juristisch für unmündig gelten und durch einen Vormund (der Mann ist auch ein Vormund und bevormundet also die Frau; nur bedarf er nicht der obrigkeitlichen Bestallung) vertreten werden kann, wenn nicht seine Unmündigkeit feststeht. Unter dem bloßen Prätext der Geisteskrankheit könnte der Mann mit dem vorbehaltenen Vermögen der vielleicht ganz verständigen aber dem Manne nicht zu Willen lebenden Frau schalten, wie er wollte, und hinterdrein würden diejenigen, welche sich mit ihm in Geschäfte eingelassen hätten, durch deren Nichtigkeit in Schaden gebracht, wenn die Erben sich die Verthuung nicht gefallen ließen, zu einer Zeit, wo der gewesene Geisteszustand der Frau nicht mehr festzustellen. Das Obertrib. ist der hier vertretenen Meinung. Pr. 1304, vom 8. Mai 1843.

4) A. L.R. a. a. O. §. 14. Ueber cura prodigorum: Gesterding, Ausbeute von Nachforschungen, Th. I, S. 47—70.

5) A. L.R. a. a. O. §§. 15—18.

5a) Nach G. R. (Hert, resp. 534, n. 4, 5) und nach älterem einheimischen Rechte (V. vom 27. October 1763 und R. vom 5. Januar 1775 in N. C. C. Tom. III, S. 316, und Tom. V, S. 14, Nr. 1) mußte der Anordnung der Vormundschaft eine Edictalladung vorausgehen.

6) A. L.R. I, 5, §§. 24, 171 in Verb. mit A.G.O. II, 3, §§. 4, 8, 45 ff. und Anh. §§. 68—74. — Reser. vom 11. April 1841 (J.M.Bl. 1841, S. 151).

7) Die Aufkündigung kann bei unbekanntem Aufenthalte des Machtgebers nur durch Anzeige bei Gericht bewerkstelligt werden, welche Anzeige dann zugleich als Veranlassung zur Bestellung einer Vormundschaft dient. Vergl. A. L.R. I, 13, §§. 176—180.

8) A. L.R. II, 18, §§. 19—27.

keit[8a]). — Für alle diese Fälle, mit Ausnahme der Unmündigkeit, hat das R. R. nur einen Curator; aber ganz folgerecht stellt das A. L.R. sie auf gleiche Linie. II. Einen Curator sollen erhalten: 1) ungeborene Kinder, welche geboren einen Vormund bekommen würden[9]); 2) alle vorbenannte Personen, wenn sie in väterlicher Gewalt stehen und in Beziehung auf Vermögensangelegenheiten mit dem Vater in Collision gerathen[10]); 3) Abwesende von unbekanntem Aufenthalte, welche einen Bevollmächtigten zurückgelassen haben, in Fällen, für welche die Vollmacht keinen Auftrag enthält[11]); 4) Ehefrauen, welche wegen Verfügungsunfähigkeit unter der natürlichen Vormundschaft des Mannes stehen, wenn über das Eingebrachte oder, bei bestehender Gütergemeinschaft, über Grundstücke und Gerechtigkeiten verfügt werden soll; Frauen in einer Ehe zur linken Hand stehen immer unter einer Staatsvormundschaft (Note 2); 5) Bevormundete, welche mit dem Vormunde oder einem Nebenmündel in Collision kommen[12]); 6) unbekannte oder bei schleunigen Sachen auch bloß verhinderte Interessenten[13]). III. Eines Beistandes bedürfen: 1) volljährige unverheirathete Frauen; 2) Ehefrauen, welche keines Vormundes oder Curators bedürfen (I, 2 u. II, 4); 3) Blinde; 4) beständig kranke (preßhafte) Personen; 5) Taubstumme, welchen der Ausdruck ihrer Gedanken nicht unmöglich, sondern nur erschwert ist; 6) Personen, welche Geschriebenes nicht lesen, oder nicht selbst schreiben können, und zwar bei denjenigen einzelnen Geschäften, wo solches besonders vorgeschrieben ist[14]). Die Bestellung geschieht durch Wahl des Beistandsbedürftigen, oder durch Zuordnung von Seiten der instrumentiren-

---

8a) Schles. Archiv, Bd. I, S. 390 u. §. 865, Note 18. Daher kann er nicht die Illegitimitäts- (negative Filiations-) Klage gegen ein von der zurückgebliebenen Ehefrau geborenes Kind anstellen. Pr. 1204, vom 26. Februar 1842. Entsch. des Obertrib. Bd. VIII, S. 320.

9) A. L.R. a. a. O. §§. 10, 11, 966.

10) Ebend. §§. 28—38. In Angelegenheiten, welche die Person betreffen, kann ein solcher Fall nicht vorkommen.

11) Ebend. §. 24. Vorausgesetzt, daß die Sache nicht verschoben werden kann.

12) Ebend. §§. 46—48. — Es versteht sich, daß in dem Falle des §. 48 nur dem einen Theile ein Curator bestellt und der andere Theil durch den Vormund vertreten wird. Aber ganz richtig wird hier die freilich zur Widersinnigkeit führende Folge bemerklich gemacht, daß, da nicht eigentlich bei dem Vormunde, sondern bei dem Gerichte die vormundschaftliche Gewalt ist, das Pupillencollegium in partes gehen müßte. Was soll da ein Einzelrichter thun! —

13) Ebend. §§. 49, 50, 148, 1003, 1004. Es versteht sich, daß eine ordentliche Verpflichtung und Bestallung geschehen muß. Verschieden davon sind die ex officio ernannten Bevollmächtigten, z. B. A. L.R. I, 12, §. 224 und A.G.O. II, 5, §. 45.

14) A. L.R. a. a. O. §§. 51, 52, 18.

den Gerichtsperson, ohne richterliche Bestätigung oder andere Feierlichkeiten [15]).

§. 792a.

2. Bestellung des Vormundes.

a) Geschichtliches.

I. Das Pr. R. kennt keine andere als die Dativtutel, weil das Recht der Bevormundung ausschließlich dem Staate gebührt [1]). Schon nach den Grundsätzen des G. R. leugnen manche alle übrigen Arten der Vormundschaft. Das beruhet auf einem Irrthume. Zur Erwerbung einer Tutel gehört nemlich die Delation und die Acquisition. Die letztere ist durch die erstere bedingt, ebenso, wie bei Erwerbung einer Erbschaft die Antretung nicht denkbar, wenn die Erbschaft nicht vorher deferirt worden ist. Daraus, daß diese beiden Momente bei der Erwerbung der Tutel nicht immer unterschieden worden sind, ist es zu erklären, daß manche alle Tutelen für dative haben angesehen wissen wollen, nachdem die Reichspolizeiordnung v. J. 1577, Tit. 32 verordnet hatte, daß kein Vormund sich der Vormundschaft unterziehen solle, die Verwaltung sei ihm denn zuvor durch Obrigkeit übertragen worden. Dadurch ist bloß diejenige Art der Uebernahme (Acquisition), welche nach R. R. nur bei der tutela dativa stattfand, auch auf die übrigen Arten der Vormundschaft ausgedehnt worden. Die alten drei Arten der Vormundschaft (testamentaria, legitima et dativa), welche den Namen davon, wie die Delation geschehen ist, haben, sind ausdrücklich in demselben Reichsgesetz a. a. O. beibehalten. Auch nach statutarischen Rechten gelten dieselben Arten noch immer [2]). Die älteren römischen Juristen waren über die Anzahl dieser Species und darüber: unter wie viele genera die Species zu bringen, nicht einig. Einige zählten fünf, andere drei, noch andere zwei, und wieder andere eben so viel Genera als Species auf [3]). *Ulpian* theilt die Tutelen nach den Rechtsquellen ein, aus welchen sie entsprungen sind. Danach entstehen sie entweder ex lege aliqua, wohin er die Agnaten- und Patronentutel, die testamentarische, die atilianische und die ex lege Julia et Titia und endlich die ex lege Junia über die Latinen zählt;

15) Ebend. §§. 54, 55; II, 1, §. 200; Anh. z. A.G.O. §§. 68, 70.

1) A. L.R. II, 18, §. 110. Anmerkung im Entwurfe, Th. I, Abth. 3, S. 93.

2) Nach Sachsenr. P. II, const. elect. II; Lüb. R. lib. I, tit. 7, Artt. 1 u. 2; Magdeburg. Pol.Ordn. c. 43 u. m. a.

3) Gajus I, §. 188. Was unter genus und species zu verstehen, sagt er weder von sich noch von andern. Labeo versteht unter seinen beiden genera vielleicht die Tutel über impuberes und die über Weiber.

oder ex Senatusconsultis, nach welchen an Stelle eines tutoris furiosi, muti, absentis, pupillis suspecti, excusati et surdi einstweilen andere ernannt wurden; oder endlich moribus, wenn der tutor selbst mit dem Pupillen gewisse Rechtsgeschäfte (eine legis actio oder ein legitimum judicium) hatte[4]). Ein solcher hieß tutor Praetorianus oder Praetorius, weil er vom Praetor urbanus ernannt wurde[5]). Daß diese einstweiligen Tutelen von selbst aufhörten, wenn ihre Veranlassung weggefallen war, ergibt sich aus der Natur der Sache, da die Tutel, als ein Recht, noch nicht verloren gehen konnte, wenn der Tutor nur verhindert war, sein Amt auszuüben, und wenn nach Hebung des einstweiligen Hindernisses kein Grund vorhanden war, warum er nun nicht selbst wieder, nach wie vor, von seinem Rechte Gebrauch machen konnte. Es folgt hieraus auch, daß derjenige, welcher an die Stelle des als suspect removirten Vormundes gestellt worden war, kein tutor ad interim, sondern selbst ordentlicher Tutor war, eben deshalb, weil der removirte die Tutel verloren hatte[6]). Gleiche Bewandtnis hat es mit demjenigen, welcher in locum excusati datus est; deshalb, weil der ursprünglich berufene Vormund das Officium niemals erworben, vielmehr es eben durch seine Entschuldigung abgelehnt hat. Diese tutores Praetoriani sind nach dem neuern R. und dem heutigen G. R. bloße Curatoren, so daß die Regel, tutorem habenti tutor dari non potest, keine Ausnahme mehr leidet. — Das Wesen eines tutoris bestand in der auctoritas. Wo diese nicht nöthig war, bedurfte es auch keines Tutors[7]). Diese auctoritas war nur bei der legis actio und dem judicio legitimo erforderlich[8]). Zur Zeit Justinian's waren aber schon längst alle judicia — judicia extraordinaria, und kein Fall mehr vorhanden, wo ein tutor wesentlich nothwendig gewesen wäre, daher in allen Fällen, in welchen früher ein tutor Praetorius bestellt worden war, von nun an immer nur ein Cura-

4) Ulpian, Fr. Tit. XI, §§. 2—24. — L. 17 D. de tutelis (XXVI, 1).
5) Ulpian, l. c. §. 24; Gajus, Comment., I, §. 184.
6) Ulpian, XI, §. 23 und Gajus, I, §. 182.
7) L. 19 D. de aut. tut. (XXVI, 8); L. 5 und L. 1 C. de in litem dando (V, 44). Hierauf bezieht sich, was Paulus, L. 18 D. de tutorib., sagt: es werde an Stelle des abwesenden Tutors ein Curator ernannt, wenn es kein emblema ist.
8) Ulpian, l. c. §. 24. — Daß in L. 3, §. 2 D. de tutelis die Redensart „litem agere" ein emblema und aus lege agere entstanden sei, läßt sich nur dann annehmen, wenn man sich berechtigt hält, die §§. 2, 3 u. 4 und L. 4 u. 5 als ganz umgeschmolzen anzusehen; denn es ist darin von allen litibus die Rede, und alle waren nicht legis actiones oder legitima judicia. Andere Gründe hat Bynkershoeck, L. VII, c. 13 für dieselbe Meinung gegen Giphan.

tor ernannt wurde[9]), wie es denn hiernach überhaupt keinen Tutor im Sinne des alten Rechts mehr gab. — Eine andere, von Gajus herkommende Eintheilung der Vormundschaften nach den Delationsgründen ist in das praktische G. R. übergegangen. Hiernach ist die Tutel entweder testamentaria, oder legitima, oder dativa. Das A. L.R. kennt, wie gesagt, nur die eine Dativtutel, und wenn auch dem zuständigen Vormundschaftsgerichte vorgeschrieben ist, auf diejenigen Rücksicht zu nehmen, welche der Vater oder Testator genannt hat, so ist es daran doch nicht gebunden[10]). Das ist folgerechter und mit den Grundsätzen des R. R. mehr übereinstimmend, als es auf den ersten Blick zu sein scheint. Die röm. Tutel war ein eigentliches Erbstück von demjenigen, dem das Schutzrecht zu den Kindern zustand. Die Mutter oder ein Fremder konnte mithin darüber nicht verfügen, gleichwenig wie der Vater selbst, wenn ihm die väterliche Gewalt nicht mehr zustand[11]). Es war ihnen nur nachgegeben, den Kindern, wenn sie solche zu Erben beriefen, einen Tutor im Testamente in Vorschlag zu bringen, und der Prätor bestellte oder bestätigte ihn, nach vorangegangener Prüfung[12]). Da nun nach der landrechtlichen Auffassung die väterliche Gewalt und die daraus fließende Tutel im Sinne des R. R. nicht bestehen; so ist es folgerecht, daß die testamentarische Vormundsernennung in allen Fällen der Obrigkeit nur als Vorschlag gilt. Gleich folgerichtig ist die im A. L.R. beliebte stillschweigende Verwerfung einer Ernennungsbefugnis, welche manche Neuere[13]) unter der Bedingung, daß der Testator mehr als den Pflichttheil zuwendet, gestatten wollen, worin ihnen, was andere[14]) auch dagegen sagen, beizustimmen sein würde, wenn es darauf ankäme, einen Tutor im Sinne des R. R. zu ernennen. Es kommt dabei aber auf die deutsche Rechtsanschauung an, und danach muß es der Mutter, selbst für das enterbte Kind, gleich dem Vater zustehen, einen Vormund zu benennen[15]). II. Nächst dem vom Testator Genannten soll auf die

9) L. 1 et 2 C. de formulis (II, 58). — §. 3 J. de auct. tutor. (I, 21).

10) A. L.R. §§. 172—175, 184 d. T. Werden die Bezeichneten übergangen, so können sie auf rechtliches Gehör antragen. §. 200 d. T.

11) L. 4 D. de testam. tutor. (XXVI, 2); L. 4 C. eodem. Bach, ad §. 3 J. de tut. no. 5.

12) L. 6 D. de confirmat. tutor. (XXVI, 3); L. 1 C. eodem.

13) Z. B. Romanus, Consil. 188, nr. 3; Phil. Pascal, de patria potestate, part. 3, c. 10.

14) Z. B. Ludwig, de different. in tutel. mul., III, lit. H.

15) Das war schon nach den Pandekten Gebrauch. L. 4, §. 1 D. de confirm. tutor. (XXVI, 3). Die L. 4 C. de testam. tutor. ändert darin nichts. Diese Stelle hat viel Streit über die Befugnis der Mutter unter den Civilisten

Mutter und andere Verwandte der Pflegebefohlenen gesehen werden; doch ist die Vormundschaftsbehörde auch hierauf nicht beschränkt, vielmehr kann sie die Verwandten alle übergehen und einen Fremden bestellen [16]). Die Geschichte der Vormundschaft der Mutter ist nicht belehrend für das Studium des L.R. Zur röm. Tutel konnte, weil solche ein munus civile, eine Frauensperson nicht kommen [17]). Gegen diesen Rechtssatz wurde von testirenden Vätern, welche die Mütter zu Vormündern beriefen, oft verstoßen. Bisweilen wurde solche Ernennung von der Obrigkeit irrthümlich bestätigt [18]), doch mußte eine solche Verfügung ohne rechtliche Wirkung bleiben. Man half sich deshalb in solchen Fällen durch Dispensation, welche man bei den Kaisern suchte [19]). Die Ertheilung wurde später an die Bedingung geknüpft, daß der Eingehung einer ferneren Ehe entsagt würde [20]). Das vorgeschriebene eidliche Angelöb-

veranlaßt, wegen des anstößig gefundenen non. Die Erklärung scheint jedoch nicht so schwierig zu sein. Alexander wird gefragt: Was Rechtens sei, wenn die Mutter in ihrem Testamente einen Tutor bestellt habe? Er antwortet darauf: Die Mutter könne keinen Vormund bestellen, wenn sie die Kinder nicht zugleich zu Erben einsetze. Was dabei noch weiter nöthig, nemlich die confirmatio ex inquisitione, war außer Frage. Er fügt dann bei: Zuweilen ernennten die Mütter Vormünder, ohne die Kinder einzusetzen. Dann pflege wohl die Obrigkeit dieselben ebenfalls zu bestätigen, weil sich erwarten läßt, daß eine Mutter ihre Kinder lieb genug habe und einen ihr bekannten Vormund bezeichnen werde, als daß es vortheilhafter scheinen könnte, auf ihren Willen gar keine Rücksicht zu nehmen. Wenn nun einer von diesen beiden Fällen eintrete, so finde gegen den Vormund die actio tutelae statt. Sei aber der Vormund, mit oder ohne Erbeseinsetzung, von der Mutter ernannt, ohne daß er bestätigt worden, so sei er nur Protutor und könne auch nur mit dieser Klage belangt werden. Diese Constitution ist der Theorie des Pandektenrechts völlig entsprechend. Das germanische Element gestaltet die Sache anders. Nach germanischen Rechtsansichten stehen die Kinder nicht bloß in der väterlichen Gewalt, sondern in der elterlichen Zucht, und nach des Vaters Tode behält die Mutter dieses Recht. Davon ist zwar das nur dem Vater allein zustehende Mundium verschieden, indes ist doch aus der der Mutter zustehenden Befugnis das Recht derselben abzuleiten, den Kindern zu substituiren. An diese Ansicht schließt sich das A. L.R. an. Nach deutschem Rechte gab es keine testamentaria tutela im Sinne des R. R.; nur die Obrigkeit konnte Vormünder bestellen. Es ist danach wie nach R. R. in dem Falle, wenn jemand testamento einen Tutor bestellt hatte, der nicht dazu befugt war. Vergl. Ludwig, Diff. IV, lit. c, und III, lit. gg.

16) A. L.R. §§. 186—198 u. 201 d. T. Dies erinnert an die röm. Tutela legitima, welche ex L. XII Tab. eintrat, wenn es an einem tutor testam. fehlte. Pr. J. de leg. tut.

17) L. 18 pr., §. 1; L. 1, §. ult. D. de munerib. (L, 4); L. 12, §. 2 D. de judiciis (V, 1); L. 2 pr. D. de reg. jur. (L, 17); L. 18, 16 pr. D. de tutel. (XXVI, 1); L. 26 pr. D. de testam. tut. (XXVI, 2); L. 21 pr. D. de tutor. et curat. (XXVI, 5); L. 1 C. quando mulier (V, 35).

18) L. 26 pr. D. de testam. tutor. (XXVI, 2).

19) L. 18 D. de tut. (XXVI, 1); L. 16 pr. D. eodem. Später wurde verordnet, daß dergleichen Dispensationen nur dann nachgesucht werden sollten, wenn es an einem tutor testamentarius und legitimus fehlte. L. 2 C. quando mulier (V, 35).

20) L. 2 C. quando mulier; L. 5 C. eodem.

nis hob Justinian auf, doch mit der Bestimmung, daß mit der neuen Heirath die Vormundschaft ipso jure aufhören sollte[21]). Später dehnte er diese Ausnahme von der Rechtsregel auch auf die Großmutter aus[22]). Hierdurch war die Sache wieder ebenso regelrecht geworden, als sie in der älteren Zeit gewesen war, wo die Tutel nach den Regeln über die Erbschaft behandelt wurde. So lange dabei der Grundsatz galt, daß nur Agnaten zur Erbschaft gelangen konnten, war es nicht möglich, daß die Mutter eine Vormundschaft führen konnte; nachdem aber die Cognaten zur Erbschaft gelangten, war die Mutter und Großmutter der erste tutor legitimus. — Bei den Deutschen hat die Mutter von jeher den Vorzug vor den Agnaten in der Vormundschaft gehabt[23]). Diese Rechtssitte ist im A. L.R. mit dem Justinianeischen Rechte verschmolzen, indem die Mutter und Großmutter, mit Weglassung der Entsagungen, zur Vormundschaft gelassen, jedoch derselben durch Eingehung einer neuen Ehe wieder verlustig werden[24]). Nach kinderloser Trennung der fernern Ehe soll die vorhin verlorene Vormundschaft wieder erlangt werden können[25]). — Wie es in Ansehung der minderjährigen Mutter gehalten werden soll, ist unbestimmt gelassen. Unter den gemeinrechtlichen Juristen ist darüber Meinungsverschiedenheit[26]). Nach den Grundsätzen des A. L.R. muß die Mutter, weil sie ein Vorrecht hat und nur auf Zeit an der Verwaltung verhindert ist, die Vormundschaft erhalten und bis zu ihrer Großjährigkeit durch einen Curator vertreten werden[27]).

§. 792b.

b) Ernennung und Verpflichtung des Vormundes.

I. Die Nachsuchung der Bevormundung (petitio vel postulatio tutoris vel curatoris) hat nicht die Bedeutung wie im R. R., weil der Richter von Amts wegen für die Bevormundung sorgen muß[1]); sie wird auch nicht als ein Recht, sondern als eine Pflicht angesehen

21) Nov. 94, c. 2. 22) Nov. 118, c. 5.

23) Ludwig l. c. I, lit. bb; Lex Wisig. IV, 2, §. 2 u. 13; IV, 3, §. 1 u. 3; L. Burg. 59 u. 85. — Stiernhoeck, L. II, jur. Suec. c. 2, p. 175.

24) A. L.R. §§. 143, 186, 188 d. T.

25) Ebend. §. 191. Ist dem Charakter des L.R. entsprechend. Die ältere brandenburg. V.O. von 1718, §. 14 hatte hierin den röm. Grundsatz. Arg. Nov. 94, c. 2.

26) Dafür ist u. a.: Ludwig, de mat. tut. diff. VII, lit. cc; dagegen u. a.: Stryck, U. m. L. XXVI, 4, §. 33.

27) So bestimmt es folgerecht schon die Magdeb. Pol.O. Tit. 43, §. 2.

1) A. L.R. §§. 90, 91, 107 u. 108 d. T. — Reichspol.Ordn. von 1548, Art. 31 und von 1577, Art. 32, §. 1.

und besteht in einer formlosen Anzeige des Falles bei irgend einem Richter, welcher, wenn er nicht der zuständige ist, die Sache an den rechten abgeben muß[2]). 1) Zur Anzeige des eingetretenen Falles und zugleich zur Betreibung der wirklichen Bevormundung verpflichtet sind: a) die Mutter des in väterlicher Gewalt gewesenen Pfleglings; b) der Ehegatte einer zu bevormundenden verheiratheten Person; c) die Verwandten. — Alle diese haften, wenn sie die Anzeige wissentlich versäumen, den Pflegebefohlenen und, bei Wahnsinnigen, auch dem Dritten für den aus der unterbliebenen Bevormundung entstandenen Schaden, und zwar die Mutter und der Ehegatte vorzüglich, die übrigen nach der Nähe des Grades; die Verwandten, welche dem Pflegling entfernter als im vierten Grade stehen, oder die nicht mit ihm an Einem Orte sind, jedoch nur alsdann, wenn sie die Anzeige geflissentlich in der Absicht, die Bevormundung zu hindern, unterlassen haben[3]). 2) Bloß zur Anzeige, bei Disciplinarstrafe, oder wer in keines andern Zucht ist, wie die sub c bis f gedachten Personen, bei fiscalischer Strafe von 5 — 50 Thlrn. ohne weitere Verbindlichkeit zum Schadenersatz, sind verpflichtet: a) Prediger, b) Dorfgerichte, c) diejenigen, welchen die Anzeige der Todesfälle obliegt; d) die Zunftältesten; e) Handlungsgesellschafter; f) diejenigen, welche mit dem Vater des Pfleglings oder mit diesem selbst in näherer Verbindung gestanden haben[4]). 3) Verwandte und Zunftälteste sind auch verpflichtet, dem Richter auf Erfordern Vorschläge von, zur Anstellung als Vormund geeigneten, Personen zu machen und können durch Geldstrafen zur Folgeleistung angehalten werden[5]). II. Wer zum Vormunde bestellt werden soll, muß dazu fähig sein. 1) Für alle Fälle unfähig sind: a) Wer seinen eigenen Angelegenheiten vorzustehen unfähig ist; b) Minderjährige,

2) A. L.R. §§. 95, 96 d. T. Durch die neue Gerichtsverfassung ist die Sache vereinfacht.

3) Ebend. §§. 92, 97 — 104. Das R. R. legt nur den Verwandten die Pflicht zur Petition auf, und verbindet mit der Verabsäumung bloß den Verlust des Successionsrechts. L. 2, §§. 2, 23, 28; L. 4 D. qui petant tut. (XXVI, 6); L. 3 C. eod.; L. 2, §. 23, 47 D. ad S. C. Tertull. (XXXVIII, 7); L. 11 C. qui petant (V, 31); L. 28, §. 2 C. de adm. tutor. (V, 37). Doch ist es streitig: ob, da in den Stellen bloß von der Mutter und Großmutter Rede ist, auch andere mit Verlust des Erbfolgerechts zu bestrafen. Vergl. Ludwig l. c. p. 1193 ff. u. Stryck, U. m. Lib. XXVI, tit. 6, §. 2. — In Deutschland ist diese Strafe durch den Gerichtsgebrauch ausgeschlossen. Voet, Comment. Lib. 26, tit. 6; Ludwig, Diff. XV, p. 1158, T. II.

4) A. L.R. a. a. O. §§. 93, 94, 105. Dergleichen Personen sind nach L. 28, §§. 1, 2 D. eod. zur Petition nur berechtigt.

5) A. L.R. a. a. O. §. 111. Die Praxis findet es zweckmäßiger, dergleichen Vorschläge von den Magistraten und Dorfgerichten einzuholen.

wenngleich für volljährig erklärte[6]); c) Großjährige in väterlicher Gewalt ohne Einwilligung des Vaters; d) Mönche[7]); e) Leute, die wegen grober Verbrechen verurtheilt worden, oder die ein ruchloses und schändliches Leben führen[8]); f) wer wegen Untreue oder grober Fahrlässigkeit einer Vormundschaft entsetzt worden[9]); g) Frauen, mit Ausnahme der Mutter und Großmutter[10]); h) alle Civil- und Militärbediente, ohne Einwilligung der Obern; sowie königliche und prinzliche Domänenpächter; Verwalter von königlichen, prinzlichen, privilegirten Communal- und Stiftungscassen und Einkünften ohne schriftliche Einwilligung der Behörde, wenn nicht bloß eine Curatel für ein einzelnes Geschäft übernommen werden soll[11]). 2) Beziehlich unfähig sind[12]): a) Juden für Christen und umgekehrt, ausgenommen zu Curatelen für einzelne Geschäfte[13]); b) Stiefväter für ihre Stiefkinder[14]), wenn nicht nach Ermessen des Richters ein erheblicher Vortheil für die Kinder davon zu erwarten ist; c) Ehemänner für schon bei der Verheirathung bevormundete Frauen; d) wer von dem Vater oder Erblasser der Pflegebefohlenen ausge-

---

6) Ebend. §§. 130—132. Daß die venia aetatis hier nichts helfen soll, ist römisch (L. 1 C. de leg. tut.; §. 13 J. de excus. tut.; L. ult. C. de his qui ven. aet.); die Vormundschaft erforderte eine legitima aetas. Aber nach deutschem R. sollte es anders sein, weil man die venia aetatis in Deutschland nicht für ein Privilegium, sondern für ein jus postliminium hält, indem erst das R. R. den langen Volljährigkeitstermin eingeführt hat. Ludwig l. c. Diff. VIII; Schilter, exercit. XI, §. 27, p. 374; Stryck, XXVI, 4, §. 34; Ge. Schultze, ad tit. XIV, Inst. de tut. u. v. a.

7) A. L.R. a. a. O. §§. 133, 134.

8) Ebend. §. 135. Daß die Ausdrücke sehr unbestimmt sind, hat nichts auf sich, weil niemand ein Recht zur Vormundschaft hat.

9) Ebend. §. 136.

10) Ebend. §. 143. Die Aufzählung dieser Personalitäten hätte ganz unterbleiben können, da die Obrigkeit eine geeignete Person auszuersehen hat.

11) A. L.R. §§. 158—163 d. T.; Anh. z. A. L.R. §. 156.

12) A. L.R. a. a. O. §§. 137—149.

13) Nach R. R. war die jüdische Religion kein Hindernis, denn die Juden waren röm. Bürger oder konnten es sein, und nur von diesen spricht das Gesetz. Der jüdische Glaube war in der Ausübung der politischen Rechte eines röm. Bürgers nicht hinderlich, und deswegen waren sie zu allen öffentlichen Aemtern an sich fähig. L. 15, §. 6 D. de excusat. (XXVII, 1); L. 3, §. 3 D. de decur. Für die Person des Pupillen konnte daraus keine Gefahr befürchtet werden, weil der Tutor es mit der Erziehung nicht zu thun hatte. Dieses Geschäft verbinden fast alle neuern Civilisten mit dem Amte des röm. Tutors und verfallen dadurch in viele Irrthümer. Namentlich hat man, außer vielen andern widersinnigen Gründen, darin die Untauglichkeit der Juden zu Vormündern für Christen gefunden. Ludwig, de diff. jur. rom. et germ. diff. 8, lit. ff. Auch das A. L.R. befaßt den Vormund mit der Erziehung und deshalb findet es in der Glaubensverschiedenheit eine Unfähigkeit, wenn nicht der Erblasser eine solche Person zur Vormundschaft berufen hat. A. L.R. §§. 137, 179 d. T.

14) Anders nach L. 32 D. de adopt. (I, 7); L. 3 C. de contr. jud. tut. (V, 58); L. 2 C. de interd. matrimon. (V, 6), weil der Vormund mit der Erziehung nichts zu thun hatte.

schlossen worden ist; e) Feinde der Eltern der Pflegebefohlenen; f) Gläubiger und Schuldner der Pflegebefohlenen und überhaupt alle diejenigen, deren Recht mit dem Interesse der Pflegebefohlenen streitet[14a]); g) wer einer andern Gerichtsbarkeit unterworfen ist, es wäre denn, daß erhebliche Ursachen die Bestellung räthlich machten; doch auch alsdann können Ausländer nur mit Genehmigung des Justizministers und des ausländischen persönlichen Richters, und nachdem sie sich in allen Angelegenheiten der Vormundschaft dem hiesigen Gerichte unterworfen haben, angenommen werden[15]). III. Wer zur Uebernahme einer Vormundschaft oder Curatel von dem Richter berufen wird, muß sie annehmen. Es findet unmittelbarer Zwang dazu, durch Geldstrafen, statt, und wenn diese erfolglos sind, soll auf Kosten und subsidiarische Verantwortung des Berufenen ein anderer Vormund bestellt werden[16]); doch kommen, wie im R. R., Excusationen vor. Excusiren dürfen sich: 1) alle active Militärpersonen; 2) alle königliche Beamte und Domänenpächter; 3) Verwalter öffentlicher nicht unbeträchtlicher Cassen; 4) Dirigenten und Burgemeister in den Städten; 5) wer in öffentlichen Angelegenheiten verschickt ist, oder verschickt zu werden im Begriffe steht; oder wenn er noch nicht über Ein Jahr von einer solchen Sendung zurückgekehrt ist; 6) wer das 60. Lebensjahr überschritten hat; 7) wer durch anhaltende Krankheit verhindert ist, die Vormundschaft persönlich zu besorgen; 8) wer 5 Kinder noch in seiner Gewalt oder unversorgt im Hause hat, wobei die im Militärdienste stehenden, oder vor dem Feinde gebliebenen Söhne mitgezählt werden; 9) wer schon zwei mit Vermögensverwaltung verknüpfte Vormundschaften, oder zwar nur eine aber mit sehr vielen und wichtigen Geschäften verbundene, führt; 10) ordentliche Lehrer an Schulen, Gymnasien und Universitäten, und Seelsorger, wenn sie für andere als Kinder ihrer Verwandten

---

14a) Nach altem R. R. war die Collision der Rechte kein Hindernis, weil eben die Tutel ein Recht war. (Ulpian, XI, §. 24). Das gilt auch noch nach dem Pandektenrecht, wenn nur nicht über das ganze Vermögen des Pupillen oder de statu mit dem Tutor Streit entstand. (L. 6, §. 18; L. 20, 21 D. de excusat. tut.; L. 27, § 1 D. de test. tut.; §. 4 J. de excusat. tut.) Die Nov. 72 erklärte aber alle, welche Debitor oder Creditor des Pupillen sind, für unfähig. Dazu rechnet die Praxis auch die Miteigenthümer (Berlich. P. II, dec. 275, no. 32 u. 34, u. a.). Auf die Verheimlichung des Verhältnisses war eine Strafe gesetzt. (Nov. 72 u. Auth. minoris debitor C. qui dari tutor.) In derselben Weise das A. L.R. §§. 147, 149, 148, 167, 168 d. T.

15) A. L.R. §§. 150—157 d. T. Alle diese Bestimmungen sind bloße Instruction. Nach R. R. konnte, wer nicht röm. Bürger war, nicht Tutor werden. L. 7 C. qui dari tutores; L. 1 pr. D. de tutelis. Die Aufnahme dieses Hindernisses in das moderne Recht paßt nicht.

16) A. L.R. a. a. O. §§. 109, 202, 205—207.

und Amtsgenossen Vormund werden sollen [17]). — Hat einer dieser Privilegirten die Uebernahme einer Vormundschaft schriftlich versprochen, so kann er sich nicht excusiren [18]), und wer in einem Testamente zum Vormunde bestimmt ist und sich excusirt, verliert das ihm darin zugedachte Legat, wenn auch nicht ausdrücklich gesagt sein sollte, daß ihm solches mit Rücksicht auf die zu übernehmende Vormundschaft ausgesetzt worden [19]); hat er es angenommen, so muß er die Vormundschaft übernehmen oder das Empfangene zurückgeben [20]). Eine superveniens excusatio nimmt das Pr. R. nicht an [21]), außer wegen Krankheit [22]). IV. Die wirkliche Bestellung geschieht, nach vorheriger Verpflichtung mittelst Handschlags an Eidesstatt [23]), durch Ertheilung einer schriftlichen Bestallung (tutorium); erst nach Einhändigung dieser Bestallung ist der Vormund zu Handlungen berechtigt und verpflichtet, Geschäfte ausgenommen, wobei Gefahr im Verzuge ist [24]). Die Bestallung ist das eigentliche Anstellungsdecret und setzt daher die gewöhnlichen Erfordernisse eines richterlichen Willensacts voraus, namentlich: Competenz, Handlungsfähigkeit und Dasein der Voraussetzungen zu einer Bevormundung [25]). Die Bestallung eines Dativtutors konnte, nach R. R., nicht unter einer Bedingung und nicht unter einer Zeitbestimmung geschehen, sonst war sie null [26]); nur die testamentarische Vormundschaft gestattete diese Modalitäten. Davon ist im Pr. R. die Bestimmung übrig, daß Vormünder ohne Noth von dem Richter nicht auf eine gewisse

17) Ebend. §§. 208—213. Diese Privilegien sind aus dem Gesichtspunkte der Staatslast nicht gerechtfertigt.

18) Ebend. §§. 214, 215. — Vergl. L. 15, §. 1 D. de excusat. (XXVII, 1); L. 29 D. de testam. tut. (XXVI, 2); L. 18, §. 1 D. de lege Cornel. (XLVIII, 1); §. 9 J. de excusat. (I, 25). — Fr. Vat. §. 153.

19) A. L.R. a. a. O. §§. 216—219. — L. 28 pr. D. de testam. tut. (XXVI, 2); L. 28, §. 1; L. 32 i. f. D. de excusat. (XXVII, 1); L. 1, §. 3 D. ubi pupill. (XXVII, 2).

20) Nach L. 5, §. 2 D. de his quae ut indignis hat der Designirte keine Wahl mehr, sondern er muß die Vormundschaft übernehmen. Der Grund der Abweichung des Pr. R. hiervon liegt in dem Erfordernis der schriftlichen Form des Versprechens.

21) A. L.R. a. a. O. §. 941. — Anders nach L. 30 pr.; L. 12, §. 1 D. de excus. (XXVII, 1); L. 11, §. 2 D. de minor. (IV, 4).

22) A. L.R. a. a. O. §. 944. — L. 7, 12 pr.; L. 40 D. de excus. (XXVII, 1); §. 6 J. eod. (I, 25).

23) Der frühere Vormundseid ist dadurch abgeschafft. Die Formel s. Vormundschaftsordn. von 1718, §. 36.

24) A. L.R. II, 18, §§. 220—230. — Vergl. L. 7 pr. i. f. D. de administrat. tut. (XXVI, 7); L. 1, 3—5 C. de tutore (V, 42).

25) Daher ist die Bevormundung eines Großjährigen als eines Minderjährigen, und eines angeblich Geisteskranken, der nicht für wahn- oder blödsinnig rechtskräftig erklärt ist, absolut null. L. 26, 10 et 8, §. 1 D. qui petant tut. (XXVI, 6).

26) L. 6, §. 1 D. de tutelis (XXVI, 1); L. 77 D. de reg. jur.

bestimmte Zeit bestellt werden sollen, daß jedoch der Richter von der Verordnung des Vaters oder Erblassers, daß der im Testamente bezeichnete Vormund nur bis zu einer gewissen Zeit oder Begebenheit, oder nur von einem gewissen Zeitpunkte oder Ereignisse an, die Vormundschaft führen dürfe, nur aus erheblichen Gründen abgehen könne[27]). Die Bestellung kann mithin allemal mit oder ohne Zeitbestimmung oder Bedingung giltig geschehen, denn die landrechtlichen Bestimmungen haben eine bloß instructive Natur. V. Von dem Gutbefinden des Vormundschaftsgerichts hängt es ab, wieviel Vormünder angestellt werden sollen: für mehrere Geschwister kann ein gemeinschaftlicher und für eine einzelne Person können mehrere Vormünder bestellt werden[28]).

II. Rechte der Vormundschaft.

1. Verhältnisse des Vormundes.

§. 793.

a) Zum Vormundschaftsgericht.

Da der Vormund wesentlich bloßes Werkzeug des mit der Staatsvormundschaft betrauten Gerichts ist, so folgt, daß er sich in allen Vormundschaftsangelegenheiten nach den besondern Anweisungen des Gerichts zu richten hat. Er muß, wenn erhebliche Veränderungen in Ansehung der Person oder des Vermögens vorgenommen werden sollen, dem Gerichte davon Anzeige machen und dessen Genehmigung oder Anweisung einholen, vornehmlich alsdann, wenn von einer Handlung oder einem Falle die Rede ist, woraus bedenkliche oder schlimme Folgen für den Pflegling entstehen können[1]). Danach ist die Meinung, daß der Vormund ohne Autorisation oder Genehmigung des Vormundschaftsgerichts keine Verbindlichkeit des Pfleglings giltig eingehen, und keine präjudicirliche Willenserklärung für ihn geben kann, der landrechtlichen Ansicht entsprechend[2]). Die

27) A. L.R. II, 18, §§. 125—128. Die Gründe sind subjective des Vormundschaftsbeamten.

28) Ebend. §§. 112, 113, 952.

1) Ebend. §§. 235, 236, 238, 239. Vergl. die folg. Note.

2) Piners sucht zwar den Satz zu begründen, daß die von den Vormündern namens des Pfleglings geschlossenen Verträge auch ohne vormundschaftliche Approbation giltig, wenn dieselbe für den besondern Fall nicht ausdrücklich erfordert werde (Ulrich, Archiv, Bd. II, S. 437); doch ist er mit der Bedeutung des Vormundes und des Vormundschaftsgerichts im Pr. R. nicht vereinbar. Das Obertrib. ist durch den Plenarbeschluß v. 22. Juni 1846 (J. M. Bl. S. 211, und Entscheidungen, Bd. XIII, S. 3 ff.) noch weiter gegangen, indem es den Satz angenommen hat, daß zur Ungiltigkeitserklärung eines vom Vormunde für den Mündel abgeschlossenen Vertrags der Umstand allein, daß die Genehmigung

Praxis tritt zwar dieser Consequenz entgegen und eine andere Meinung, die sogar in dem Plenum des Obertribunals die Mehrheit auf ihrer Seite gehabt hat, leugnet sie (Note 2). Doch sie ist darum nicht weniger richtig. Das Gericht ist auch befugt und verpflichtet, den Vormund zur Ausführung der ihm gegebenen Anweisung anzuhalten und darin beständig zu beaufsichtigen[3]). Daraus wird gefolgert, daß die abweichende Meinung des Vormundes keine Geltung habe, weil zwischen einem Bevollmächtigten und dem Machtgeber über die Ausführung des Geschäfts nach dem Willen des letztern kein Streit sein kann[4]). Nur diejenigen Vormünder, welche von der Aufsicht und Leitung des Vormundschaftsgerichts entbunden sind, machen eine Ausnahme: diese haben in den meisten Beziehungen den Beruf eines wirklichen Vormundes, d. h. eines selbständigen Stellvertreters des Pfleglings in Ansehung der juristischen Persönlichkeit desselben.

§. 794.

b) Zu Mitvormündern.

I. Das Pr. R. hat den, dem R. R. gerade entgegengesetzten, Grundsatz: mehrere Vormünder stellen eine moralische Person vor; der einzelne hat nicht das Tutelarrecht und kann ohne Zuziehung und Beistimmung der übrigen nichts vornehmen[5]). Bei einer Meinungsverschiedenheit entscheidet nicht Stimmenmehrheit, sondern das Vormundschaftsgericht bestimmt: wie es sein und was geschehen soll[6]). Die Vormünder sind nicht befugt, sich in die Geschäfte zu theilen; geschieht es, so wird dadurch das Rechtsverhältnis unter ihnen nicht verändert: es steht lediglich dem Gerichte zu, anzuord-

---

des Vormundschaftsgerichts vorgeschrieben, aber nicht eingeholt sei, nicht hinreiche. Zufolge dieses Satzes hat das Obertrib. (III. S.) angenommen (am 27. Febr. 1849 in Sachen Bartel w. Dämke, $^{784}/_{3138}$ 48), daß der Vormund, ohne Zustimmung des Vormundschaftsgerichts, für den Mündel auch Grundstücke giltig ankaufen könne. Desgl. der IV. S. im Sept. 1849 in der Sache Schneider w. Perl, daß er Lieferungscontracte uneingeschränkt schließen könne. Das alles ist jedoch nur Widerstreben gegen den das privatrechtliche Element verleugnenden Sinn der landrechtlichen Satzungen.

3) A. L. R. a. a. O. §§. 236, 237. Man sträubt sich mitunter in der Praxis gegen diesen Beruf der Vormundschaftsgerichte, und will ihn nicht anerkennen. Simon's Rechtsspr., Bd. I, S. 419. Anderseits wird er wieder bekräftigt und in Schutz genommen. R. v. 4. Jan. 1842 (J. M. Bl. S. 23).

4) A. L. R. a. a. O. §§. 235, 236. Entspricht den büreaukratischen Grundsätzen völlig.

5) Ebend. §§. 115, 116. — Nach L. 36 D. de administr. (XXVI, 7) hat jeder das Recht ungetheilt. Vergl. L. 3 pr.; L. 24, §. 1 D. eod.; L. 14, §. 5 D. de solut. (XLVI, 3); L. 8, §. 4 D. de fidejuss. (XLVI, 1).

6) A. L. R. a. a. O. §. 117. Ist ganz folgerecht.

nen: ob und wie die Geschäfte unter ihnen getheilt sein sollen. Bei getroffener Theilung ist keiner befugt oder schuldig, sich in den Geschäftskreis des andern einzumischen, wohl aber ist jedem zur Pflicht gemacht, den andern zu überwachen und, was er verdächtiges wahrzunehmen glaubt, anzuzeigen[7]). Wer bei der Theilung der Geschäfte unbetheilt bleibt, heißt Ehrenvormund (tutor honorarius) und hat die Obliegenheit, die verwaltenden Vormünder zu beaufsichtigen[8]); er haftet wegen Versäumung der Aufsicht dem Pflegling subsidiarisch, doch noch vor dem Vormundschaftsrichter[9]). II. Dieselben Grundsätze gelten auch von mehreren Curatoren, doch mit dem Unterschiede, daß für verschiedene Angelegenheiten auch verschiedene Curatelen geführt werden können: dergleichen verschiedene Curatoren stehen unter einander in keiner Verbindung[10]).

§. 795.

c) Zu dem Pfleglinge.

I. Die Natur des Verhältnisses des Vormundes zu dem Pfleglinge ist, nach Pr. R., ein vertragsmäßiges, kein bloß aus dem Gesetze entspringendes: der Vormund steht in demselben Verhältnisse zu dem Pfleglinge wie ein Beamter zu dem Dienstherrn; namens des Pfleglings contrahirt das Vormundschaftsgericht. Die Ansichten und Grundsätze des R. R., wonach das Verhältnis aus dem Gesetze entsteht (eigentlich ein Zustandsverhältnis ist) und die daraus entspringenden Obligationen als contractsähnliche (quasi ex contractu) behandelt werden, passen nur auf das Vormundschaftsgericht, bei welchem, wie gesagt, die Vormundschaftsgewalt von Rechts wegen ist; der Vormund aber ist nach Pr. R. weiter nichts als ein von dieser Vormundschaft für den Dienst des Pflegelings angenommener Diener, der von Rechts wegen nichts ist, sondern bloß das zu thun hat, was ihm die Vormundschaft aufzutragen für gut findet[11]).

7) Ebend. §§. 114, 118, 119, 121, 122. Auch nach L. 3, §. 6 D. de administr. findet Theilung der Geschäfte oder Auswahl eines handelnden Vormundes durch die Obrigkeit statt. Tit. C. de divid. tutela (V, 52).

8) A. L.R. a. a. O. §. 120. — L. 3, §. 2 D. de adm. tut. (XXVI, 7).

9) A. L.R. a. a. O. §§. 291, 292, 302, 303. — L. 3, §. 2 D. eod.; L. 60, §. 2 D. de ritu nupt. (XXIII, 2).

10) A. L.R. a. a. O. §§. 123, 124.

11) Nach der Meinung des Obertrib. (Hinschius, Jur. Wochenschrift, Jahrg. 1839, S. 5) soll es einleuchten, daß kein contractliches Verhältnis zwischen dem Pfleglinge und Vormunde bestehe, weil es nicht dem freien Willen des Vormundes überlassen sei: ob er die Vormundschaft (sollte heißen: das Amt) annehmen will oder nicht. Aber daß jemand aus rechtlicher Nothwendigkeit ein Verhältnis eingeht, trägt zur Bestimmung der rechtlichen Natur des eingegangenen Verhältnisses gar nichts bei, wie die nothwendigen Veräußerungsverträge und

In dieser gänzlichen Umänderung des Verhältnisses liegt eben die bedeutendste Abweichung des A. L.R. von dem bis dahin giltig gewesenen Rechte; das Verhältnis des Vormundes ist nunmehr ein von dem des Vormundschaftsgerichts zum Pfleglinge ganz verschiedenes: dieses letztere ist das alte Schutzverhältnis geblieben (§. 801). Nachgerade findet man diese Aneignung eines Familien- und Privatrechts lästig und man möchte wo möglich sich Erleichterung verschaffen, indem man in unwesentlichen Dingen andern Personen eine Art von Geschäftsführung aufzuladen vorgeschlagen hat[11a]). Doch ist das nicht thunlich, wenn man nicht das büreaukratische Princip aufgeben und sich auch nicht mit ihm in Widerspruch setzen will. II. Bezüglich auf die Zuziehung des Pfleglings zu den Geschäften finden sich Anordnungen, deren Rechtfertigung ein Misverständnis aufdeckt. Es wird nemlich gesagt, daß der römische Unterschied inter auctoritatem tutoris et consensum curatoris bei uns wegfalle, deshalb müsse man sich bloß an das halten, was die Natur der Sache mit sich bringt. Aus dieser folge, daß für Pflegebefohlene, denen das Vermögen, moralisch frei zu handeln, gänzlich fehlt, der Vormund allein handeln könne und müsse; daß hingegen Pflegebefohlene, welche das Vermögen an sich zwar besitzen, deren judicium aber noch imperfectum ist, oder die an dem völligen Gebrauch ihrer moralischen Freiheit durch körperliche oder geistige Unvollkommenheiten gehindert sind, für sich selbst, unter Einwilligung des Vormundes, handeln könnten; daß der Vormund dergleichen Pflegebefohlene von ihren Angelegenheiten nicht ganz ausschließen könne; und daß ihre Zuziehung dabei, je nachdem die Sache ihre Person, oder ihr Vermögen betrifft, mehr oder weniger nothwendig sei[12]). Aus diesen Gründen ist angeordnet: 1) daß der Vormund die Stelle der Eltern vertrete, sich aber auch nicht mehr Befugnisse über die Person seines Pfleglings anmaßen könne, als einem Vater über die in seiner Gewalt stehenden Kinder zustehe; und daß der Pflegling dem Vormunde Ehrerbietung, Gehorsam und Folgsamkeit schuldig sei; 2) daß ein über 18 Jahre alter Pflegebefohlener verlangen könne, daß er von dem Vormunde über erhebliche Vorfälle in seinen Vermögensangelegenheiten unterrichtet und mit seiner Meinung vernommen werde;

---

die Communalämter ad oculos demonstriren. Das A. L.R. verweiset im §. 258 a. a. O. auf das Vollmachtsverhältnis. Vergl. auch das R. v. 4. Jan. 1842 (J. M. Bl. S. 22).

11a) Man vergleiche die dem Princip widersprechenden Vorschläge des Justizministers Simon in seinem Min.Bl. v. 1851, S. 178.

12) Anmerkung im Entwurfe z. A. G.B. Th. I, S. 113.

daß jedoch der Vormund an diese Meinung nicht gebunden sei; 3) daß der Pflegling, wenn er eine ihm vortheilhaft scheinende Handlung vornehmen wolle, wozu der Vormund seine Einwilligung verweigere, bei dem Vormundschaftsgerichte auf Ergänzung derselben antragen könne[13]). Allein jener Unterschied ist schon im Justinianeischen Rechte gar nicht mehr vorhanden und bezog sich überhaupt auch zu seiner Zeit nicht auf das Verhältnis des Vormundes zum Mündel, sondern auf das des Mündels zu Dritten, mit welchen eine Rechtshandlung vorgenommen werden sollte. Das neuere R. R. kennt keinen Fall mehr, wo die auctoritas tutoris noch erforderlich wäre; der Vormund kann alle Geschäfte ohne Zuziehung des Mündels vollziehen. Die rechtliche Bedeutung des consensus curatoris aber ist, daß der Curande selbst handeln muß, wenn das Geschäft für ihn giltig geschlossen werden soll, und daß mithin nicht der Curande von dem Curator, sondern umgekehrt dieser von jenem zugezogen werden muß. Diese Bedeutung fällt nach Pr. R. ganz weg: der Vormund kann, versteht sich mit Autorisation des Vormundschaftsgerichts, giltig abschließen, ohne den Pflegling vorher zu vernehmen, wenngleich dieser über 18 Jahre alt ist[14]). III. Da der Vormund ein ausdrücklich beauftragter Stellvertreter ist (I), so folgt bei der Statthaftigkeit des Erwerbs durch freie Stellvertreter, daß der Pflegling aus den für ihn durch den Vormund geschlossenen Rechtsgeschäften unmittelbar berechtigt und verpflichtet wird, selbst wenn der Vormund in seinem eigenen Namen gehandelt hat, falls aus den Umständen aber erhellet oder dem Dritten sonst bekannt gewesen ist, daß es ein vormundschaftliches Geschäft sei; es bedarf deshalb keiner Cession des Vormundes an den Pflegling[15]). IV. Soll zwischen dem Vormunde und dem Pflegling eine Handlung vorgehen, wodurch dieser dem erstern verbindlich gemacht wird, so muß entweder das Vormundschaftsgericht unmittelbar handeln[16]), oder ein besonderer Curator bestellt werden[17]). Nimmt er eigenmächtig Gelder des Pfleg-

13) A. L.R. II, 18, §§. 240—248. Die letztere Bestimmung ist nur daraus erklärlich, daß die vormundschaftliche Gewalt wesentlich bei der Obrigkeit und nicht bei dem Vormunde ist; wo der Vormund die Potestas hat, kann seine Zustimmung durch keine Obrigkeit ergänzt werden; denn das obrigkeitliche Aufsichtsrecht berechtigt bloß zur Verhinderung von Misbräuchen, nicht aber zur Aneignung oder Ausübung des Vormundschaftrechts selbst. Vergl. L. 17 D. de auctoritate (XXVI, 8).

14) A. L.R. a. a. O. §. 250.

15) Ebend. §§. 250—252. — S. o. §. 572. Der Vormund für seine Person kann nicht belangt werden. §. 796.

16) Das geschieht oft, z. B. bei Verabredung der Alimente, bei Vergütigungen u. dergl. Vergl. A. L.R. §§. 487, 488 und 527 d. T.

17) A. L.R. a. a. O. §§. 253, 254.

lings in seine Benutzung, so muß er 8 Procent Zinsen zahlen und wird durch Wechselarrest zur sofortigen Erstattung angehalten[18]). V. Der Vormund hat für seine Mühewaltung in der Regel nichts zu fordern. Ausnahmen sind: 1) wenn er durch vorzüglich kluge und mühsame Verwaltung das Vermögen vergrößert, oder die Einkünfte beträchtlich vermehrt hat; 2) wenn die Vormundschaft mit einer weitläufigen und beschwerlichen Verwaltung verknüpft ist und von den Einkünften ein ansehnlicher Ueberschuß verbleibt: 3) wenn der Pflegling ein Abwesender ist und die Einkünfte einen reinen Ueberschuß geben. In diesen Ausnahmefällen kann durch eine Stimmenmehrheit von zwei Dritteln des Vormundschaftsgerichts, sonst nur mit Beistimmung des Justizministers, ein angemessenes Honorar bei Güterverwaltungen auf 1—3, bei Capitalsverwaltungen bis auf ein Procent der Einkünfte, bei Vormundschaften über Wahn- und Blödsinnige ein noch höheres, bewilligt werden, wenn der Erblasser des Pfleglings nicht etwa dem Vormunde schon ein Honorar bestimmt oder ein Legat vermacht hat und der Vormund nicht geneigt ist, das eine und andere auszuschlagen und es auf die richterliche Bestimmung ankommen zu lassen[19]). Unbedingt aber ist der Vormund zu fordern berechtigt: 1) Ersatz für Schaden, welchen er bei seiner Pflichterfüllung ohne eigenes mäßiges oder grobes Versehen erlitten hat, der ihm außerdem nicht widerfahren sein würde; 2) Ersatz der bei Gelegenheit der Geschäftsbesorgung erlittenen Schäden nach den Grundsätzen des Vollmachtsauftrags: 3) Ersatz der Kosten und Diäten für nothwendige Reisen; 4) Ersatz aller sonst in Angelegenheiten des Pfleglings mit Umsicht verwendeten Kosten, mit landüblichen Zinsen vom Tage der Verwendung; 5) Ersatz für wissenschaftliche, kunst- oder handwerksmäßige Dienste[20]); 6) Entlastung von den in vormundschaftlichen Geschäften gegen Dritte übernommenen Verbindlichkeiten[21]). — Wegen seiner Vorschüsse kann der Vormund am Ende der Vormundschaft Cautionsbestellung fordern, wenn er nicht sogleich befriedigt oder der Vorschuß nicht anerkannt wird[22]).

18) Ebend. §§. 486, 546. Von Aufsichts wegen, ohne förmlichen Proceß.
19) Ebend. §§. 263—274. Auch nach L. 33, §. 3 D. de adm. tut. kann ein Honorar bewilligt werden. Die Beschränkung bezüglich auf die Untergerichte fällt jetzt weg.
20) A. L.R. a. a. O. §§. 255—262.
21) Ebend. §. 251. Ist selten erforderlich. Vergl. Note 15.
22) Ebend. §§. 882—884. — Eigentlich müßte dem Vormunde das Retentionsrecht zustehen; statt desselben ist ihm die Befugnis des Arrestschlags gegeben, ohne daß er die sonst zur Begründung eines ordentlichen Arrestgesuchs erforderliche Unsicherheit des Arrestaten nachzuweisen braucht. Ebend. §§. 883, 884.

§. 796.

d) Zu Dritten.

Der Vormund als Stellvertreter wird in vormundschaftlichen Geschäften dem Dritten, mit welchem er handelt, in der Regel persönlich nicht verantwortlich, ausgenommen: 1) wenn er ein Geschäft des Pfleglings in seinem eigenen Namen abgeschlossen hat[23]; 2) wenn er Geschäfte, insbesondere Processe als Kläger, ohne ausdrückliche Genehmigung des Vormundschaftsgerichts unternimmt, oder Anlehen macht, wozu die Genehmigung auch noch später nicht nachgebracht werden kann[24]; 3) wenn er wider den Willen des Vormundschaftsgerichts einen ungegründeten Proceß anfängt oder fortsetzt; oder wenn er selbst mit Zustimmung dieses Gerichts einen von dem Proceßrichter für unnütz oder offenbar ungegründet erkannten Proceß unternimmt oder durch Verfolgung solcher Rechtsmittel fortsetzt[25]; 4) wenn er unbewegliche Güter des Pfleglings mit Verletzung der gesetzlichen Vorschriften veräußert hat und der gewesene Pflegebefohlene dieselben mit Erfolg vindicirt[26]. S. übrigens o. §. 793.

2. Amtsführung des Vormundes.

§. 797.

a) Das Allgemeine.

I. Zum Berufe des Vormundes gehört die Sorge für die Person und für das Vermögen des Pflegebefohlenen[1]; allein die ganze Vormundschaft steht unter der Leitung des Gerichts dergestalt, daß die Vormundschaftsgewalt (die Potestas) dem Gerichte zusteht und der Vormund nur die allgemeinen oder die besondern Befehle desselben auszuführen hat[2]. Einem solchen Erblasser des Pfleglings jedoch, welcher diesem mehr als einen ihm schuldigen Pflichttheil zuwendet, ist gestattet, durch eine gerichtliche Erklärung, oder in einem förmlichen Testamente, den Vormund von dieser Leitung zu

23) Ebend. §. 251. Falls dem Dritten die Eigenschaft des Geschäfts als eines vormundschaftlichen nicht erkennbar gewesen. S. Note 15.

24) Ebend. §§. 502, 509, 526. In diesem Falle sollte der Vormund, nach der Regel, nur subsidiarisch haften.

25) Ebend. §§. 515—519. Die Redensart der „offenbaren Grundlosigkeit" in den Urtelsgründen ist sehr oft dann gebräuchlich, wenn der abgewiesene Theil gerade Recht hat und nicht selten durch den Gebrauch der Rechtsmittel sein Recht durchsetzt. Die Bestimmung ist also in dem Falle nicht zu rechtfertigen, wenn der Vormund eigenmächtig handelt.

26) Ebend. §. 592. In diesem Falle sollte der Dritte selbst sich vorsehen.

1) Ebend. §. 231.

2) Ebend. §§. 235—239. Vergl. o. den §. 793 und die Note 2 dazu.

befreien, in welchem Falle das Amt des Gerichts auf das bloße Aufsichtsrecht und auf die Verpflichtung und Anstellung des Vormundes zurückgeführt ist [3]). II. Die Vormundschaft vertritt den Pflegling in allen Rechtshandlungen und erwirbt ihm. Bezüglich auf den intensiven Umfang der Verfügungsberechtigung der Vormundschaften hat sich die Meinung kund gethan und auch in der Praxis zum Theil Geltung verschafft, daß auch unentgeltliche Veräußerungen in der Gewalt der Vormundschaft ständen. Das ist ein Irrthum. Eine solche Befugnis der Vormundschaft kennt das Recht nicht; der Vormundschaft ist im Gegentheil ausdrücklich die Sorge für die Sicherstellung und Erhaltung, für ordentliche wirthschaftliche Verwaltung und für die Verbesserung des Vermögens ihres Pfleglings zur Pflicht gemacht [4]); sie ist daher auch nicht befugt, von der verschriebenen Sicherheit einen Theil aufzugeben, bloß um dem Schuldner gefällig zu sein; sonst muß sie den entstehenden Ausfall ersetzen, ohne daß ihr die Ausrede gestattet ist, daß nach den damaligen Zeitverhältnissen und Umständen die Sicherheit noch hinlänglich gewesen; denn sie hat gar nicht das Recht, dem Pflegling etwas zu vergeben [5]). Ein anderer Fall ist es, wenn dem Pflegling durch die versagte Befreiung eines Theils des Unterpfandes ein Nachtheil zugezogen werden könnte, etwa dadurch, daß der Schuldner das Capital zurückzahlen würde und in Folge dessen ein Ausfall an den Zinsen entstehen möchte: in diesem Falle ist freilich zu erwägen, ob es nicht vortheilhafter sei, sich mit der noch übrigen Sicherheit zu begnügen und dafür in dem Genusse der bisherigen Zinsen zu bleiben. III. In Ansehung des Grades des Versehens, wofür der Vormund verantwortlich ist, geht das Pr. R. von dem vor dem A. L. R. giltig gewesenen G. R. wieder ab. Nach röm. Ansicht kann man nicht verlangen, daß jemand bezüglich auf eine, aus dem ihm eigenen Rechtszustande entspringende, einzelne Verbindlichkeit sich selbst übertreffe, d. h. daß er seine Eigenschaften, Fähigkeiten und Gewohnheiten ganz umwandle. Dasselbe nimmt man bei solchen Verhältnissen an, welche man nicht hat ablehnen dürfen oder welche einzugehen man von dem andern veranlaßt worden ist. Daraus folgt, daß in solchen Verhältnissen

3) A. L. R. a. a. O. §§. 681 u. flg.

4) Ebend. §. 233. Die Vormundschaft kann wesentlich nur verwalten und soll das in Verwaltung Genommene erhalten.

5) L. 46, §. 7; L. 22; L. 7, §. 2 D. de administrat. tutor. (XXVI, 7); L. 1, §§. 1, 2 D. de tutelae (XXVII, 3). — M. Aufs. in der Jur. Wochenschr. 1837, S. 725 flg.

nur der der Person eigenthümliche Grad von Vorsicht und Besonnenheit (diligentia qualem suis rebus adhibere solet) gefordert wird. Dieses gilt auch von einem solchen Vormunde, der sich nicht zur Vormundschaft gedrängt hat[6]). Das A. L. R. nimmt darauf keine Rücksicht; jeder Vormund, wenngleich zu seinem Amte gezwungen, muß in der Regel jedes begangene mäßige Versehen (culpa levis in abstracto) vertreten[7]). Davon gibt es zweierlei Ausnahmen. 1) Fälle, wo der Vormund selbst ein geringes Versehen vertreten soll. Diese sind: a) wenn er Umstände, die ihn für diese Vormundschaft unfähig machen, geflissentlich verschwiegen; b) wenn er Geschäfte, die eine besondere Sachkenntnis erfordern, eigenmächtig persönlich unternommen; c) wenn er selbst ein Sachverständiger ist und als solcher Geschäfte des Pfleglings besorgt; d) wenn er bei dem Vormundschaftsgerichte hätte anfragen sollen, die Anfrage aber unterlassen hat[8]). 2) Fälle, wo nur ein grobes Versehen berücksichtigt wird: a) wenn der Vormund ein von dem Vater oder Erblasser des Pflegebefohlenen, oder von seinem Vorgänger angefangenes Geschäft unter unveränderten Umständen fortsetzt[9]); b) wenn er mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts einen Proceß anfängt oder fortsetzt, welcher einen nachtheiligen Ausgang nimmt[10]); c) wenn die Erben des Vormundes belangt werden, und die Klage von dem Vormunde selbst noch nicht beantwortet worden[11]). 3) Ehrenvormünder und, bei getheilter Verwaltung, auch die Nebenvormünder in der ihnen obliegenden Beaufsichtigung der andern, haften nur für ein grobes Versehen[12]); mehrere Vormünder in gemeinschaftlicher Verwaltung haften solidarisch, haben aber unter sich den Regreß; hat eine Privattheilung der Geschäfte stattgefunden, so haftet derjenige, welcher das Versehen begangen hat, vorzüglich[13]). IV. Die Verbindlichkeit des Vormundes zur Cautionsbestellung findet sich im Pr. R. wieder, doch in einer andern Bedeutung als im R. R. Die gesetzliche Tu-

6) L. 33 pr. D. de adm. tut. (XXVI, 7); L. 1 pr. D. de tutelae (XXVII, 3); Nov. 72, c. 8. — L. 53, §. 3; L. 85 D. de furtis (XLVII, 2). — S. o. §. 469, S. 47.

7) A. L. R. II, 18, §§. 275, 276, 472, 474, 478, 911.

8) Ebend. §§. 277—280. Für reinen Zufall haftet er niemals. §. 282 das. — Pr. des Obertrib. 1209, vom 18. October 1842 (Entscheid. Bd. VIII, S. 378.)

9) A. L. R. a. a. O. §§. 283—285, 462, 463.

10) Ebend. §. 513. 11) Ebend. §§. 293, 294.

12) Ebend. §. 291. Ist römisch. L. 39, §. 6 D. de adm. tut. (XXVI, 7); L. 8, §. 1 D. de fidejuss. (XXVII, 7); L. 4 D. de magistrat. conven. (XXVII, 8).

13) A. L. R. a. a. O. §§. 286—290.

tel des R. R. ist ein Zustandsverhältnis, in welchem der Vormund nur durch die einzelnen Geschäftshandlungen verbindlich wird, woraus für den Pflegling eine Species der negotiorum gestorum actio, nemlich die actio tutelae entsteht. Um dem Pfleglinge eine einseitige Contractsklage für alle Fälle der Verwaltung zu verschaffen, verordnete der Prätor, daß der gesetzliche Vormund dem Pflegebefohlenen ausdrücklich, mit Bürgen, versprechen solle, ihm künftig das verwaltete Vermögen unversehrt auszuantworten (caveri oder satisdari rem salvam fore)[14]. Diese Satisdation wurde durch Stipulation geleistet, wodurch die actio ex stipulatu für alle die Fälle begründet wurde, wo der Pflegling sonst nur die actio tutelae directa gehabt haben würde[15]. Bei andern Vormündern bedurfte es dieses Sicherheitsmittels nicht, weil den Testamentstutor der Vater, und den Dativtutor die Obrigkeit geprüft hatte[16]. Davon sehr verschieden ist das gemeine und Pr. R. Dasselbe verlangt gerade von den Dativvormündern Cautionsbestellung, worunter man eine reale Sicherheitsbestellung versteht (§. 204); und zur Begründung eines contractlichen Klagrechts bedarf es nach Pr. R. um so weniger noch eines besondern Versprechens, da der Vormund schon in einem vertragsmäßigen Verhältnisse zum Pfleglinge steht (§. 795, 1). In der Regel soll jeder Vormund, welchem Vermögen seines Pfleglings zur Verwaltung anvertraut wird, eine verhältnismäßige, auf eine gewisse Summe bestimmte Caution, und zwar durch Bürgen oder Unterpfand, bestellen; das Gericht muß sich jedoch mit derjenigen Caution begnügen, welche der Vormund nach seinen Umständen aufbringen kann, und die durch Hypothekbestellung geleistete Caution muß, auf Verlangen des Vormundes, bis auf die Hälfte des Werths des Grundstücks zurücktreten[17]. Befreit von der Cautionsbestellung sind: 1) Vormünder, welche von dem Erblasser des Pflegligs bezeichnet sind, so lange sie ihr Amt ordentlich verwalten; 2) Vormünder vermögensloser Pflegebefohlenen; 3) alle andern Vormünder, welche außer Stande sind, Caution zu bestellen und den Ruf der Rechtlichkeit und ordentlichen Wirthschaft haben. Das hat den Sinn, daß dergleichen Männer zu Vormündern angenommen und beziehlich bei-

14) L. 5, §. 2 D. de verb. obl. (XLV, 1); L. 8, 4, §. 8 D. rem pupilli (XLVI, 6).

15) L. 1, §. 2 D. de stipul. praetoriis (XLVI, 5); L. 1; L. 4, §. 6 D. rem pupilli (XLVI, 6).

16) Pr. J. de satisdat. (I, 24); L. 4 C. de tutore vel curatore (V, 42); L. 5, §. 1 D. de legitim. tut. (XXVI, 4).

17) A. L.R. II, 18, §§. 424—431.

behalten werden können; doch soll ihnen das Gericht keine Gelder anvertrauen und alle Gelegenheit zu nachtheiligen und willkürlichen Verfügungen nehmen[18]).

§. 798.

b) In Ansehung der Person des Pfleglings.

Bezüglich auf die Person des Pfleglings hat das Pr. R. die erhebliche aber folgerechte Abweichung von dem R. R., daß dem Vormunde vorzüglich die Sorge für die Person[1]), d. h. für das körperliche und geistige Wohl des Pfleglings, insbesondere für den Unterhalt und die Erziehung obliegt[2]). Dazu paßt zwar die Bestimmung, daß bei der Auswahl des Vormundes auf die nächsten Verwandten Rücksicht genommen werden muß (§. 792), nicht; durch die unmittelbare Einwirkung des Vormundschaftsgerichts wird jedoch in der Praxis dieser theoretische Unterschied völlig ausgeglichen; denn die Wahl des Erziehers steht lediglich dem Gerichte zu, und weder der Erzieher noch der Vormund haben die Befugnis, von der getroffenen Anordnung oder Einrichtung eigenmächtig abzuweichen[3]). Der Vormund hat wenigstens einmal im Jahre über Aufenthalt und Erziehung des Pfleglings zu berichten[4]); ihm steht das elterliche Züchtigungsrecht zu, selbst gegen Großjährige, welche wegen Verschwendung bevormundet sind[5]).

§. 799.

c) In Ansehung des Vermögens.

Sobald der Fall einer Bevormundung eintritt, muß, ohne

---

18) Ebend. §§. 433—437. Die Cautionsbestellung ist ganz ungebräuchlich.

1) Ebend. §§. 232, 234, 308.

2) Nach R. R. hat der Tutor keine Gewalt über die Person, denn er hat mit der Erziehung des Pupillen nichts zu thun; der Prätor bestimmt, nach vorheriger Berathung mit den Verwandten, darüber, wobei er auf den Tutor wie auf jeden andern sehen kann. Tit. Dig. ubi pupillus educari (XXVII, 2). Deshalb kann es dem Pupillen nicht gefährlich werden, daß der nächste Erbe von Rechts wegen Vormund ist. Der bekannte Satz: (tutor) personae, non rei vel causae datur (L. 14 D. de testam. tut. [XXVI, 2]) bezieht sich nicht auf die leibliche Person des Pflegebefohlenen, sondern auf die wegen Handlungsunfähigkeit mangelhafte juristische Persönlichkeit, welche, bei der Unzulässigkeit der freien Stellvertretung im alten Rechte, durch die Auctoritas des Vormundes ergänzt oder hergestellt wird.

3) A. L. R. II, 18, §§. 319 flg., 328.

4) Ebend. §. 327. Auf diese s. g. Erziehungsberichte wird ein großes Gewicht gelegt; sie fruchten gar nichts und vermehren die Masse der mechanischen Arbeiten der Vormundschaftsbehörden außerordentlich.

5) Ebend. §§. 240—243, 349, 350. Gegen dergleichen Großjährige fehlen dazu die geeigneten Mittel.

daß die Bestellung des Vormundes abgewartet wird, der Richter von Amts wegen vorläufige Anstalt zur Sicherung und Ermittelung des Vermögens des Pfleglings treffen, namentlich die Verlassenschaft, wozu der Pflegling Erbe oder Miterbe ist, versiegeln, wenn kein Ausnahmefall vorhanden ist[6]). Der Vormund hat zunächst für die Aufnahme eines Inventariums zu sorgen[7]) und sodann die Auseinandersetzung mit den Miterben oder sonstigen Theilhabern zu betreiben, wenn nicht die Fortsetzung der Gemeinschaft seitens der Witwe des Erblassers verlangt werden kann, was der Fall ist, wenn die Eheleute in Gütergemeinschaft gelebt haben, oder wenn der Erblasser die Fortsetzung der Gemeinschaft unter den Erben angeordnet hat[8]). Die Auseinandersetzung kann das Vormundschaftsgericht bewirken, wenn sie in Güte zu Stande kommt; diese hat jedoch nur die Natur einer außergerichtlichen Theilung[9]), auch gehört die Erbeslegitimation jedenfalls vor den ordentlichen Erbschaftsrichter. Das Privatinventarium, welches bei der Theilung zum Grunde gelegt wird, muß von dem Besitzer des Nachlasses, auf Verlangen des Vormundes, beschworen werden; bei Verwandten in gerader Linie und bei Seitenverwandten, die für den Pflegling Respectspersonen sind, steht es jedoch in dem Gutdünken des Vormundschaftsgerichts, die eidliche Bestärkung bis zu einer andern Zeit auszusetzen; eine Witwe aber soll, wenn sie wieder heirathen will, den Eid noch vor der Heirath leisten[10]). Ist indes in dem Erbvergleiche der Manifestationseid ausdrücklich erlassen, so kann derselbe von einer solchen Witwe bei der Wiederverheirathung eben so wenig als überhaupt von dem zur Bestärkung verpflichtet gewesenen Erbschaftsbesitzer, ohne besondere Verdachtsgründe, welche eine Verheimlichung vermuthen lassen, gefordert werden, weil kein Theil willkürlich von dem Vergleiche wieder abgehen darf[11]). Das ausgemittelte Vermögen des Pfleglings muß

6) Ebend. §§. 351—375.

7) Ebend. §§. 376—408. Auch dafür sorgt in der Praxis das Vormundschaftsgericht unmittelbar. Anders freilich nach L. 7 D. de administrat. tut.; L. 24 C. eod. Vergl. L. 1, §. 26 D. de ventre (XXXVII, 9). Nov. 94.

8) A. L.R. a. a. O. §§. 406—418. Ueber die Veräußerungsbefugnis des Witwers nach Lüb. R. hinsichtlich eines während der fortgesetzten Gemeinschaft auf seinen eigenen Namen erworbenen Grundstücks s. m. das Präj. 1910, vom 24. August 1847.

9) A. L.R. a. a. O. §§. 419, 420. — S. oben §§. 669, 670.

10) A. L.R. a. a. O. §§. 389—392. Wird nicht streng ausgeführt.

11) In der Praxis kommt es bisweilen vor, daß in dem Erbvergleiche der Manifestationseid nicht ausgesetzt, sondern ganz erlassen wird, und daß alsdann gleichwohl der Witwe, wenn sie wieder heirathen will, noch der Manifestationseid, auf Grund des §. 392, abgefordert wird. Das ist ein Vertragsbruch.

gehörig sichergestellt und ordentlich verwaltet werden; die baaren Gelder und Schuldinstrumente werden zu diesem Zwecke in das Depositorium des Vormundschaftsgerichts genommen, und dem Vormunde wird nur soviel in Händen gelassen, als zur Ernährung und Erziehung des Pfleglings und zur Fortsetzung der Verwaltung nöthig ist[12]). Die Verwaltung selbst muß nach der Art eines guten Hausvaters geführt werden[13]). Die Vormundschaftsordnung gibt dazu sehr umständliche Anweisungen[14]), wovon die hauptsächlichsten Rechtsbestimmungen diejenigen sind, welche sich auf die Veräußerung liegender Gründe beziehen. Dabei ist das Miteigenthum von dem Alleineigenthum des Pflegebefohlenen zu unterscheiden. I. In Ansehung des Miteigenthums wird im allgemeinen nach den Grundsätzen der Theilung verfahren, wenn ein Theilhaber auf Auseinandersetzung anträgt. Dazu befugt ist jeder volljährige Miteigenthümer ganz nach der allgemeinen Regel von der Gemeinschaft[15]); der Vormund hingegen kann nur aus einer solchen Ursache, aus welcher die Veräußerung des Alleineigenthums zulässig sein würde, mit obervormundschaftlicher Genehmigung auf Theilung antragen[16]). Zur Ausführung der Theilung muß das Grundstück in der Regel subhastirt werden, was auch in der Form der freiwilligen Subhastation geschehen kann, nur muß das Vormundschaftsgericht sowohl die Modalitäten des Verfahrens als auch das Gebot genehmigen[17]). Die Tax- und Subhastation fällt weg: 1) wenn der Erblasser vorgeschrieben hat, daß das Grundstück einer gewissen Person für einen bestimmten Preis überlassen werden soll, und wenn dabei kein Grund zur Besorgnis ist, daß unter der Verordnung eine Verkürzung des Pfleglings im Pflichttheil verborgen sein möchte[18]); 2) wenn der Erblasser den Verkauf befohlen, doch die Subhastation, ohne Preisbestimmung, verboten hat, und

12) A. L.R. a. a. O. §§. 421 — 433; Anh. §. 157. — Vergl. wegen der Deposition L. 24 C. de administrat. (V, 35); L. 6 pr. C. Theod. (III, 30); Nov. 72, c. 6.

13) A. L.R. a. a. O. §. 438. Der Vormund hat dazu wenig oder keine Gelegenheit, weil man ihm keine Verwaltung anzuvertrauen pflegt.

14) Ebend. §§. 439 u. flg.

15) Ebend. §. 566; Anh. §. 162.

16) Ebend. §§. 418, 567. Namentlich ist die Theilung eines mehreren minderjährigen Geschwistern gemeinschaftlich gehörigen Grundstücks unzulässig, so lange nicht eins derselben selbständig geworden und deshalb abgeschichtet werden muß.

17) Ebend. §. 568. — A.G.O. I, 52, §. 74. — Rescr. vom 3. Decbr. 1840 (J.M.Bl. 1841, S. 8).

18) A. L.R. §§. 569 — 571 d. T. Das Vormundschaftsgericht muß sich deshalb über den Werth informiren.

die Taxe aus freier Hand zu erhalten ist[19]); 3) wenn bei der Theilung der Pflegling selbst übernehmen soll und unter den übrigen Miteigenthümern keine Pflegebefohlenen sind[20]); 4) wenn ein Miteigenthümer das Grundstück für die Taxe annehmen will, und dabei dem Pflegebefohlenen Vortheile bietet, die von einem Fremden nicht zu erwarten sind; oder wenn er zwar weniger als die Taxe bietet, aber dem Pfleglinge Vortheile anträgt, die den Unterschied zwischen Gebot und Taxe überwiegen[21]); 5) wenn mehrere volljährige Miteigenthümer sich vereinigen, daß das Grundstück einem unter ihnen, oder einem Dritten, aus freier Hand überlassen werden soll, und das Gebot die Taxe erreicht, auch keine Umstände die Besorgnis einer Benachtheiligung des Pfleglings begründen[22]); 6) wenn der hinterbliebene Ehegatte das Grundstück für eine von den Miterben (§. 760) zu setzende Taxe annehmen will, oder wenn derselbe der Vater des Pfleglings ist und das bereits von ihm eingebrachte, auf ihn eingetragene Grundstück für den Erwerbspreis behalten, den aus einem künftigen Verkaufe erzielten Gewinn aber nachträglich mit ihm theilen will[23]); 7) wenn das Vormundschaftscollegium außer diesen Fällen von der Subhastation dispensirt[24]). II. Die im Alleineigenthum eines Pflegebefohlenen befindlichen unbeweglichen Güter können aus Nothwendigkeit und auch des bloßen Nutzens wegen verkauft, vertauscht oder sonst veräußert werden. 1) Die Nothwendigkeit wird angenommen: a) wenn Gläubiger auf Befriedigung dringen und dazu keine andern Mittel vorhanden sind; b) wenn die Güter in einen so großen Verfall gerathen sind, daß zu ihrer Wiederherstellung das übrige Vermögen nicht hinreicht und das Grundstück bis über

19) Ebend. §§. 572, 573. — Wenn also ein zweifelhafter Taxpreis nicht völlig zu erzielen ist, soll das Verbot des Erblassers nicht geachtet werden.

20) Ebend. §§. 574, 575; Anh. §. 164.

21) Ebend. §§. 576, 577. — Dazu gehört z. B. die Erziehung des Unmündigen. Der überlebende Ehegatte, welcher in Gütergemeinschaft gelebt hat, ist jedoch kein Miterbe im Sinne des §. 576; einem solchen kann das Grundstück nur nach A. L.R. II, 1, §. 645 überlassen werden. Pr. 1532, vom 27. Februar 1845.

22) A. L.R. a. a. O. §§. 578—582. — Zwei großjährige Miteigenthümer genügen schon, auch alsdann, wenn einer von ihnen selbst das Grundstück annehmen soll. Diese Bestimmung ist nur eine Instruction für den Vormund und gibt den Majorennen kein Zwangsrecht. Pr. 1760, vom 28. Mai 1846. — War die Taxe nicht gerichtlich aufgenommen, so kann deshalb die Ungiltigkeit der Ueberlassung gegen den Uebernehmer nicht behauptet werden. Pr. 1911, vom 16. September 1847.

23) A. L.R. II, 1, §§. 648, 571; Anh. §. 79. Vergl. §. 760. Daraus können wegen der spätern Verbesserungen Streitigkeiten entstehen.

24) A. L.R. II, 18, §§. 586, 687. — G.O. vom 10. Nov. 1830 (G.S. S. 144); und vom 7. Febr. 1835 (G.S. S. 17). S. unten die Note 27.

zwei Drittel des Werths verschuldet werden müßte; c) überhaupt, wenn erhellet, daß durch fernere Beibehaltung des Grundstücks das Vermögen beträchtlich vermindert werden würde[25]). 2) Die formellen Erfordernisse einer nothwendigen Veräußerung sind: a) vorausgegangene Untersuchung und Genehmigung (Decret) des Vormundschaftsgerichts[26]); b) freiwillige Tax- und Subhastation; doch kann das Vormundschaftsgericht, aus besondern Gründen, auch die subhastationsfreie Veräußerung durch Collegialbeschluß verordnen[27]). 3) Ein erheblicher Nutzen, wegen dessen die Veräußerung statthaft ist, wird angenommen, wenn das Gebot die Taxe um ein Viertel übersteigt, und nicht geringer ist als der etwa von dem Erblasser selbst bestimmte Preis, oder wenn der Erblasser selbst die Veräußerung nicht bloß erlaubt, sondern angeordnet hat[28]). Verboten ist jedoch die Zerstückung ganzer Landgüter des bloßen Nutzens wegen[29]). Die zur Giltigkeit einer Veräußerung aus dieser Ursache nothwendigen Erfordernisse sind: a) das Decret des Vormundschaftsgerichts; b) die Genehmigung der diesem Gerichte vorgesetzten Instanz; c) die Genehmigung des über 18 Jahre alten Pflegebefohlenen; d) bei Rittergütern und solchen andern liegenden Gründen, welche nicht bloße Häuser, unadeliche Landgüter, Gärten, Weinberge, Vergantheile und einzelne Grundstücke sind, auch noch die gutachtliche Aeußerung der zwei nächsten Verwandten des Pfleglings[30]); e) gerichtliche Tax- und Subhastation, wenn nicht davon, wie bei nothwendigen Veräußerungen, besonders dispensirt worden[31]). 4) Veräußerungen mit Vernachlässigung der freiwil-

25) A. L.R. II, 18, §§. 550—553; Anh. §. 161.

26) Ebend. §. 550. Das gilt auch bei befreiter Vormundschaft. §§. 686, 687, und Anh. §. 167 a. a. O. Vergl. Entsch. des Obertrib. Bd. XXXIII, S. 445. — L. 5, §§. 9—11; L. 11; L. 7, §. 4 D. de rebus eorum (XXVII, 9); L. 6, 12, 18 C. de praediis (V, 71). Die Bestimmung paßt nicht wohl zu den Grundsätzen des A. L.R., da das Vormundschaftsgericht selbst alles besorgt und für sich selbst keine Genehmigung auszusprechen braucht. In der Praxis ist es auch so, daß man oftmals in den Acten nicht sieht, daß die Veräußerung vorher geprüft und genehmigt worden ist.

27) A. L.R. II, 18, §§. 586, 587, 687. — C.O. vom 10. Novbr. 1830 (G.S. S. 144) — V. vom 2. Januar 1849, §. 14 (G.S. S. 5). S. unten Note 12.

28) A. L.R. a. a. O. §§. 563—565, 583. Unter Umständen kann von der Forderung eines Viertels über die Taxe auch abgestanden werden. C.O. vom 23. Septbr. 1812 (G.S. S. 177); Decl. vom 7. Febr. 1835 (G.S. S. 17).

29) A. L.R. a. a. O. §. 562; Anh. dazu §. 163.

30) Ebend. §§. 555—561; Anh. §. 161; R. vom 21. Juni 1835 (Erg. ad §. 586 d. T.).

31) A. L.R. a. a. O. §§. 550, 586, 587, 687; Anh. §. 167. — C.O. vom 10. Novbr. 1830 (G.S. S. 144). Die Subhastation ist nach Form und Wirkung eine freiwillige.

ligen Subhastation, ohne Dispensation, sind nichtig; der Pflegling kann das Grundstück binnen zehn Jahren nach aufgehobener Vormundschaft vindiciren, so lange er die Veräußerung nicht ausdrücklich oder stillschweigend genehmigt hat. Für eine stillschweigende Genehmigung gilt z. E. die Annahme des Kaufgeldes oder die Pachtung der Sache. Die Beerbung des Vormundes durch den Pflegling schließt die Vindication nicht aus. Ist die Form bei der Veräußerung beobachtet, so wird der Erwerber unwiderruflicher Eigenthümer, wenngleich keine gesetzliche Ursache zur Veräußerung vorhanden war [32]).

§. 800.

3. Verhältnis eines falschen Vormundes (Protutor).

Wer für eine Person, welche bevormundet ist oder bevormundet sein sollte, als Vormund auftritt, ohne es überhaupt wirklich zu sein, oder doch ohne für die Angelegenheiten, in welche er sich gemischt hat, bestellt worden zu sein, übernimmt eben dadurch, in dem Verhältnisse zu dem Pflegelinge, und in Ansehung eben dieser Angelegenheiten, die Pflichten eines wirklichen Vormundes, haftet mithin für ein mäßiges Versehen, und in den Ausnahmefällen (§. 797, III) auch für ein geringes oder nur für ein grobes [1]), hat aber insoweit auch die Rechte des Vormundes, bezüglich auf Schadloshaltung [2]). Er muß dem Vormundschaftsgerichte sogleich Anzeige machen, und haftet von dem Zeitpunkte an, wo er dieselbe hätte machen können, für den Schaden, welcher bei dem angefangenen Geschäfte durch den Mangel der gerichtlichen Aufsicht entsteht, und, wenn er einer von denjenigen ist, welche auf Bevormundung anzutragen ver-

---

32) A. L.R. a. a. O. §§. 587—596. — Instruction vom 20. Mai 1839, §. 1, lit. b (Jahrb. Bd. XLV, S. 510). — Rescr. vom 15. Februar 1841 (J.M.Bl. S. 102). Das Vindicationsrecht des gewesenen Pflegebefohlenen bezieht sich nur auf solche Veräußerungen, welche die Vormundschaft vollzogen hat, nicht aber auf solche, die der Pflegebefohlene ohne Beitritt des Vormundes und ohne Genehmigung des Vormundschaftsamts vorgenommen hat. Letztere werden vielmehr nach den allgemeinen Vorschriften von den Verträgen der Pflegebefohlenen beurtheilt. Pr. 1496, vom 18. October 1844.

1) A. L.R. a. a. O. §. 227. — Nach L. 1 pr. §§. 1, 4, 7 D. de eo qui pro tutore (XXVII, 5) steht der Protutor, welcher sich bona fide für den Tutor hält, dem wahren Tutor gleich, haftet mithin für diligentiam, qualem suis rebus adhibere solet; kennt er aber sein Verhältnis, so haftet er wie ein Tutor, der sich zudrängt, für diligentiam in abstracto. L. 4 D. eod.; L. 53, §. 3 D. de furtis (XLVII, 2). Hierin liegt der Unterschied zwischen dem R. und Pr. R. bei dem Protutor.

2) L. 1, §. 8; L. 5 D. de eo qui pro tutore (XXVII, 5). So lange dem Vormunde die Bestallung noch nicht ausgehändigt ist (A. L.R. §. 225 d. T.), handelt er als Protutor.

pflichtet sind (§. 792, I), haftet er auch für den Nachtheil, welcher dem Pfleglinge aus Mangel der Bevormundung überhaupt entsteht (periculum cessationis)[3]), wobei er schon für ein geringes Versehen einzustehen hat[4]). Inwiefern die Handlung des Protutors für den Pflegling in dem Verhältnisse zu einem Dritten wirksam ist, hängt von der Genehmigung des Gerichts ab.

§. 801.

4. Von der Obervormundschaft.

Das competente (§. 790, II) Vormundschaftsamt hat die Vormundschaft dem Rechte nach und ist daher verpflichtet, für die gehörige Verwaltung Sorge zu tragen. Es muß, sobald ihm ein Fall der Bevormundung irgendwie bekannt wird, von Amts wegen, ohne daß jemand darum bittet, einen Vormund anstellen[5]) und dazu eine tüchtige Person auswählen[6]); den angestellten Vormund mit den erforderlichen Anweisungen versehen und beständig beaufsichtigen[7]), und auch unmittelbar die zur Sicherung des Pfleglings dienenden Anstalten treffen, namentlich die Gelder, Pretiosen und Schuldinstrumente desselben in seine Verwahrung und Verwaltung nehmen[8]). Dabei haftet der Richter, wie im R. R., für ein mäßiges Versehen[9]); seine Erben ebenso wie die Erben des Vormundes[10]); doch ist die Verbindlichkeit zum Schadenersatz nur subsidiarisch[11]), ausgenommen: a) wenn bei Beurtheilung der Sicherheit gegen rechtliche Grundsätze gefehlt worden, wo der Richter vorzüglich haftet[12]); und b) wenn der Richter ohne Zuziehung des Vormundes oder gar, wider dessen Willen, unmittelbar gehandelt, oder wenn zwar der Vormund, aber doch nur nach ausdrücklicher Anweisung des Richters und nach vorheriger Anzeige seines Widerspruchs, gehandelt

3) L. 40; L. 1, §. 1; L. 39, §. 11 D. de adm. (XXVI, 7); L. 37 D. de excusat. (XXVII, 1); L. 4, §§. 3, 7 D. rem pup. (XLVI, 6); Fr. Vat. §. 156.

4) A. L.R. a. a. O. §§. 228—230, 281.

5) Ebend. §§. 90, 56, 91, 107. Auch bloße Privatwissenschaft verpflichtet zum Einschreiten.

6) Ebend. §. 129. Fehlt es ihm an Bekanntschaft, was in der Regel der Fall ist, so muß er sich Vorschläge machen lassen. Die Auswahl ist in ganz unpassende Hände gelegt; sie setzt persönliche Bekanntschaft voraus, woran es ganz und gar fehlt.

7) Ebend. §. 237. Die Hauptanweisungen enthält das Tutorium.

8) Ebend. §§. 353, 354, 421—423.

9) Ebend. §. 301. — L. 4, 6, 7 D. de magistrat. conveniend. (XXVII, 8).

10) A. L.R. a. a. O. §§. 304, 293, 294. — S. oben §. 797, III, 2, c. — L. 2 C. eod. (V, 75).

11) A. L.R. §§. 302, 303 d. T. Wie die aller Beamten nach der Regel.

12) Ebend. §§. 475, 476.

hat[13]). In diesen Bestimmungen geht das A. L.R. von dem R. R. ab, stimmt mit dem G. R. überein, ist aber in sich selbst nicht folgerecht. Das R. R. gibt nemlich dem Pfleglinge eine s. g. actio subsidiaria gegen die Obrigkeit, aber nur gegen die Municipalobrigkeiten für die beiden Fälle, wo dieselben keinen Vormund bestellt, oder wo sie dem bestellten Vormunde keine Satisdation abgefordert haben[14]); gegen höhere Magistrate fand gar kein Anspruch statt[15]). Die Natur der Klage ist die der Tutelklage[16]). Die ganze Einrichtung mit den Municipalobrigkeiten hat in Deutschland nie bestanden, mithin mußte die Anwendung der darauf sich beziehenden Bestimmungen wegfallen. Neuere Juristen haben jedoch den Regreß auf alle Arten unserer Obrigkeiten und deren Aufsicht ausgedehnt, welche Ausdehnung in die Reichsgesetzgebung übergegangen[17]) und von da in das A. L.R. aufgenommen worden ist. Allein nach der Stellung und Berechtigung, welche danach Vormund und Gericht erhalten haben, müßte die Klage, welche der Pflegling gegen das Vormundschaftsamt haben soll, nicht jene analoge Klage (actio tutelae utilis), sondern die wahre actio tutelae directa sein, während der Vormund nur mit der Auftragsklage haftete.

III. Beendigung der Vormundschaft.

A. Beendigung selbst.

§. 802.

1. Regelmäßige Erlöschungsgründe.

I. Die Altersvormundschaft hört auf mit Erlangung der Volljährigkeit, d. i. im ganzen Lande, wo das A. L.R. gilt, mit Zurücklegung des vier und zwanzigsten Lebensjahres[1]). Dieser Termin kann verlängert und verkürzt werden. A. Eine Verlängerung, die im R. R. nicht vorkommt, kann der Vater auf sechs Jahre anordnen; eine dergleichen Anordnung eines andern Erblassers muß der Richter ebenfalls befolgen, wenn er befindet, daß der Pflegling für

13) Ebend. §§. 299, 300. Die unmittelbaren Handlungen des Richters, mit Uebergehung des Vormundes, sollten nichtig sein.

14) L. 1, §§. 6, 7, 11 D. eod. — L. 1, 3, 4 C. eod.

15) L. 1, §. 1 D. eod. — Pr. §. 1 J. de satisdat. (I, 24). — Gajus, I, §. 200.

16) L. 9 D. de magistrat. conveniend. (XXVII, 8); L. 1, 5 C. eod. — Man ist jedoch darüber nicht einig, wegen Theophil., welcher sie ad §. 2 J. de satisdat. eine actio in factum nennt.

17) R.P.O. von 1548, Tit. 31, §§. 2, 3; von 1577, Tit. 32, §§. 2, 3.

1) A. L.R. II, 18, §§. 696, 712; I, 1, §. 26. — S. oben §. 45, Bd. I, S. 149.

einen Verschwender oder für gemüthskrank erklärt werden müßte; doch wird dem Pfleglinge gegen beiderlei Anordnungen, nach zurückgelegtem 24sten Jahre, rechtliches Gehör bewilligt[2]). B. Die Verkürzung geschieht durch Volljährigkeitserklärung (venia aetatis). Das A. L.R. kennt eine zwiefache: eine vollständige und eine unvollständige. 1) Die vollständige hat folgende Bedingungen: a) der Minderjährige muß, wenn er weiblichen Geschlechts ist, 18 Jahre, und wenn er männlichen Geschlechts ist, 20 Jahre alt sein[3]); b) er muß sich an das Vormundschaftsgericht wenden, Umstände angeben, woraus zu entnehmen, daß er sich selbst vorzustehen vollkommen fähig sei, und daß die Aufhebung der Vormundschaft seinen wahren und dauernden Vortheil mehr als deren Fortsetzung befördern werde[4]); c) das Vormundschaftsgericht hat die angegebenen Umstände, mit Zuziehung des bisherigen Vormundes, der anwesenden nächsten Verwandten des Minderjährigen, und derjenigen Personen, welche diesen bisher beaufsichtigt haben, zu untersuchen und zu prüfen; die Untersuchung fällt weg, wenn der Vater des Minderjährigen die Abkürzung gewollt hat und nicht der Vormund aus erheblichen Gründen dagegen ist; d) der Vater des Pflegelings muß nicht seinen Willen gegen dessen Majorennitätserklärung geäußert haben[5]). 2) Sind diese Bedingungen erfüllt, so wird der Pflegling von dem Vormundschaftsgericht für großjährig erklärt, sonst ward ein adelicher von dem Pupillencollegium des Obergerichtsdepartements, wenn auch das Vormundschaftsgericht ein anderes Gericht ist, ein unadelicher aber von dem ordentlichen Vormundschaftsgericht majorennisirt[6]). 3) Diese Majorennitätserklärung hat, von dem Tage der Insinuation des Patents an[7]), mit der wirklich erreichten Volljährigkeit

2) A. L.R. II, 18, §§. 698—704. Dazu bedarf es keines Curators.

3) Ebend. §. 719. Die Hinweisungen auf die Provinzialrechte hierbei in den §§. 720—723 fallen weg. S. oben §. 45. — Dieses Alter von 18 und 20 Jahren ist aus dem Justin. R. beibehalten. L. 2 pr. §. 1 C. quando tutores (V, 60); L. un. §. 3 C. Theod. eod.

4) A. L.R. a. a. O. §§. 712, 713. Vergl. L. 2 pr. §§. 1, 2 C. eodem; L. un. pr. §. 1 C. Theod. eod.

5) A. L.R. a. a. O. §§. 714—718.

6) Ebend. §. 720. V. vom 2. Januar 1849, §. 9. — G.O. vom 14. Oct. 1807 (N. C. C. Tom. XII, S. 255; Rabe, Bd. XIII, S. 758); G.O. vom 3. April 1808 (N. C. C. Tom. XII, b, S. 329; Rabe, XIII, S. 766); R. vom 26. Juni 1808 (Mathis, Bd. VI, S. 183; Rabe, Bd. IX, S. 221). M. vom 28. Decbr. 1821. Nach R. R. ertheilte der Kaiser die venia aetatis bedingt, nach Art der prätor. Klagformeln, und der Beweis der vorausgesetzten Umstände mußte nachträglich bei der Obrigkeit geführt werden. Ein Muster findet sich bei Cassiodor., Var. VII, 41.

7) Pr. 1274, vom 25. Febr. 1843 (Entsch. des Obertrib. Bd. VIII, S. 384). — L. 5 C. de temporibus in integrum restitutionis (II, 53).

gleiche Wirkung, wenn keine Einschränkung beigefügt ist, welche nur wegen Veräußerung und Verpfändung solcher unbeweglichen Güter, die schon im Eigenthume des gewesenen Pfleglings sind, nicht aber bezüglich auch auf die erst noch zu erwerbenden stattfinden kann und, wenn sie wirksam sein soll, auf die Güter selbst eingetragen werden muß[8]). 4) Die unvollständige Volljährigkeitserklärung besteht darin, daß jedem Mündel nach zurückgelegtem zwanzigsten Jahre der Ueberschuß seiner Einkünfte zur freien Verfügung überlassen, auch die Verwaltung der Vermögenssubstanz selbst, mit der Beschränkung, daß er keine neuen Darlehen aufnehmen und keine außerordentlichen, den gewöhnlichen Etat übersteigenden, Holzverkäufe aus den Forsten vornehmen darf, übertragen werden kann[9]); doch muß er, auf Erfordern, dem Vormunde und dem Gerichte über die Verwendung der Einkünfte und über die Führung der Verwaltung Rechenschaft geben. II. Die Verheirathung beendet eine Vormundschaft nicht[10]); nach allgemeinen Grundsätzen müßte aber die Verwaltung des nicht vorbehaltenen Vermögens einer Pflegebefohlenen, welche sich verheirathet, auf ihren Ehemann übergehen, und die Vormundschaft schuldig sein, ihm dasselbe, ohne Unterschied: ob er besondere Sicherheit bestellen könnte oder nicht, auszuliefern, weil die Vormundschaft ja eben nur die Rechte der minderjährigen Ehefrau wahrzunehmen hat, diese aber nicht befugt ist, die Ueberlieferung ihres Eingebrachten an den Mann davon abhängig zu machen, daß er pupillarmäßige Sicherheit dafür bestelle. Allein nach der positiven Bestimmung des A. L.R. sollen dem Ehemanne die baaren Gelder und ausstehenden Capitalien seiner noch nicht volljährigen Ehefrau nur gegen Bestellung pupillarmäßiger Sicherheit in die Hände gegeben werden, wiewohl anerkannt wird, daß ihm der Nießbrauch nicht vorenthalten werden könne[11]); auch soll die Vormundschaft bei keiner mit der Substanz des Vermögens vorzunehmenden Veränderung an die bloß als Gutachten zu erfordernde Meinung des Mannes gebunden sein[12]). III. Die wegen Gemüthskrankheit oder wegen Mangels des Gehörs und der Sprache angeordnete Vormund-

8) A. L.R. II, 18, §§. 724—727. Einschränkungen verstehen sich nicht von selbst, sie müssen ausdrücklich beigefügt werden.

9) A. L.R. a. a. O. §§. 728—735.

10) Ebend. §§. 736, 800, 802. Ist bezüglich auf Frauen regelwidrig. S. oben §. 749 a. E.

11) A. L.R. a. a. O. §§. 736, 737, 750—751. Ausnahme bei Kaufleuten. §§. 764 flg.

12) Ebend. §§. 746—748. Die Bestimmungen über die Verwaltung des eingebrachten Vermögens einer verheiratheten Pflegebefohlenen sind inconsequent und verletzen die Rechte des Ehemannes.

schaft wird nach erfolgter Wiederherstellung, auf Grund angestellter Untersuchung, durch ein Decret des Vormundschaftsgerichts wieder aufgehoben[13]). IV. Auf dieselbe Weise wird die über einen Verschwender verhängte Vormundschaft wieder aufgehoben, nachdem er seine Besserung nachgewiesen hat[14]). V. Die Vormundschaft über das Vermögen eines Abwesenden (dessen Person ist nicht bevormundet) hört von selbst auf, sobald er zurückkommt, oder Nachricht über seinen Aufenthalt eingeht[15]). — Abdication des Vormundes ist unstatthaft, selbst wenn Gründe zur Excusation eintreten[16]).

2. Außerordentliche Erlöschungsgründe.

§. 803.

a) Ereignisse in der Person des Vormundes.

Außer den regelmäßigen Beendigungen kann eine Vormundschaft auch durch ungewöhnliche Ereignisse, die sich in der Person des Vormundes oder in der des Pfleglings zutragen, ein Ende nehmen. Durch Ereignisse in der Person des Vormundes wird die Vormundschaft selbst, nach Pr. R., nicht aufgehoben, denn diese wird wesentlich durch das Vormundschaftsgericht geführt und folglich bei dem Wegfalle des Vormundes fortgesetzt. Aber ein Personenwechsel in dem Amte des Vormundes wird durch folgende Ereignisse verursacht: 1) Durch den Tod des Vormundes. Dessen Erben haben, wenn sie sämtlich volljährig sind, binnen sechs Wochen und, wenn Minderjährige unter ihnen sind oder ein Verlassenschaftscurator angestellt ist, binnen drei Monaten nach Ablaufe der Ueberlegungsfrist, Rech-

---

13) Ebend. §§. 815—820. — Die röm. cura furiosi hörte ipso jure auf, und zwar bei intermittirendem Wahnsinne jedesmal bei dem Eintritte eines lucidum intervallum. L. 1 pr. D. de cur. fur. (XXVII, 10); L. 6 C. de cur. fur. (V, 70). Das hatte die Bedeutung, daß Handlungen eines furiosi, welcher unter cura stand, rechtsgiltig waren, wenn sie in lichten Zwischenräumen vorgenommen worden waren, und daß nach dem Beweise der Geistesabwesenheit erst alsdann gefragt wurde, wenn es zum Streite über die Giltigkeit der Handlung kam. Nach Pr. R. ist es damit wesentlich anders: die Handlungsfähigkeit fehlt einem solchen Pfleglinge, so lange er unter einer, noch nicht formell wieder aufgehobenen, Vormundschaft steht; deshalb muß die Aufhebung formell ausgesprochen und der Vormund entlassen werden.

14) A. L.R. a. a. O. §§. 856—859. — A.G.O. I, 38, §. 37. Die L. 1 pr. D. de cur. fur., wonach diese Personen ipso jure desinunt esse in potestate curatorum, bezieht sich auch auf prodigi. Vergl. Paul. sent. rec. III, 4a, §. 12. Die Meinungen sind jedoch darüber verschieden: ob hier ein Beendigungsact vorkam oder nicht. Wir kennen den formellen Theil der röm. Rechtseinrichtungen nicht hinlänglich. Schwerlich fehlte es an irgend einem äußern Kennzeichen der eingetretenen Besserung eines juristischen Verschwenders.

15) A. L.R. a. a. O. §§. 821, 822. — Ueber die endliche Todeserklärung s. oben §. 43, Bd. I, S. 145. Vergl. §. 691, I, 4, und §. 865, Note 18.

16) A. L.R. §. 941 d. T. — Anders nach §. 6 J. quibus mod. tut. (I, 22).

nung zu legen; den Todesfall selbst aber, bei eigener Vertretung, sogleich dem Gerichte anzuzeigen und alles, was aus dem Vermögen des Pfleglings vorgefunden wird, nach der Anweisung des Gerichts, noch vor der Rechnungslegung, auszuliefern[1]); in die Geschäfte, selbst in die angefangenen, dürfen sie sich nicht mischen[2]). 2) Verlust der Fähigkeit, seinen eigenen Sachen vorzustehen, und Ablegung eines Ordensgelübdes[3]). 3) Durch Entlassung. Diese findet statt: a) wegen Ablaufs der Zeit, auf welche die Anstellung geschehen ist[4]); b) wenn das Vormundschaftsgericht die Entlassung dem Besten des Pflegebefohlenen zuträglich findet; doch kann der Vormund widersprechen und rechtliches Gehör und Erkenntnis verlangen[5]); c) wenn der Vormund ein Amt erhält, welches von Anfang die Genehmigung der Dienstbehörde zur Uebernahme der Vormundschaft nothwendig gemacht haben würde, und wenn die Dienstbehörde die Erlaubnis zur Beibehaltung der Vormundschaft verweigert[6]); d) wenn der Vormund sonst in Umstände kommt, wo er seinem Amte nicht mehr gehörig vorstehen kann[7]); e) wenn die zur Vormünderin bestellte Mutter sich wieder verheirathet und davon vor der Vollziehung der Ehe keine Anzeige gemacht hat[8]). Die Entlassung ist erst mit der Bestellung eines neuen Vormundes vollzogen; bis dahin ist also der bisherige Vormund befugt und schuldig, das Amt fortzusetzen[9]). 4) Durch Absetzung (Remotion), welche wegen Veruntreuung und

1) A. L.R. a. a. O. §§. 900—917.

2) Anders nach R. R. L. 60 D. de adm. tut. (XXVI, 7); L. 40 D. pro socio (XVII, 2), verb. mit L. 1 pr. D. de fidejuss. (XXVII, 7); L. 27 D. de appellat. (XLIX, 1); L. 1, §. 1 D. si pendente appell. (XLIX, 13). Nach Pr. R. ist dazu kein Bedürfnis, weil der Vormundschaftsrichter selbst handelt oder auch einen Interimscurator bestellt. A. L.R. §. 905 d. T.

3) A. L.R. a. a. O. §§. 130, 134, 946.

4) Ebend. §§. 125—128. Nach R. R. erlischt das Recht eines auf Zeit oder unter einer Bedingung angestellten Vormundes ipso jure. L. 11 pr. D. de test. tut. (XXVI, 2); L. 1, §. 2 D. de legit. tut. (XXVI, 4). Nach preuß. Rechtsgrundsätzen kann nur die Entlassung die Aufhebung bewirken.

5) A. L.R. a. a. O. §§. 918—923, 937. Das Verfahren s. Pr.O. Tit. 39, §§. 13 ff.

6) A. L.R. a. a. O. §§. 941—943. Ist inconsequent.

7) Ebend. §§. 944—946. (3. A.) Vergl. L. 3, §. 18 D. de suspectis tutoribus (XXVI, 10). In diesem Falle (Unfähigkeit) ist der Rechtsweg unzulässig. A. L.R. §§. 165, 945 d. T.; Pr. des Obertrib. vom 16. Juni 1856 (Entsch. Bd. XXXIII, S. 155).

8) A. L.R. a. a. O. §§. 947—949. — Nach R. R. endete die Vormundschaft der Mutter ipso jure mit dem Augenblick, wo die Mutter zur zweiten Ehe schritt. Nach manchen Particularrechten wird, wie nach dem A. L.R., die Fortsetzung der Vormundschaft gestattet, theils unter Beiordnung eines Curators, theils ohne einen solchen. Ludwig, de tut. mat., Diff. III, lit. gg.

9) A. L.R. a. a. O. §§. 950, 951. Auch kann er nicht wider seinen Willen ohne rechtliches Gehör entlassen werden.

Unredlichkeit in Führung des Amts, auf geführte Criminaluntersuchung, durch Urtel des Strafgerichts ausgesprochen wird[10]). Das Amt (jus tutelae) dauert zwar auch in diesem Falle bis zur Anstellung des neuen Vormundes fort[11]), doch hat der Satz im Pr. R. keine praktische Bedeutung: das Vormundschaftsgericht muß während der Untersuchung unmittelbar Anstalten treffen und einen Nebenvormund oder Aufseher anstellen[12]).

§. 804.

b) Ereignisse in der Person des Pflegebefohlenen.

Außerordentliche Ereignisse in der Person des Pflegebefohlenen, welche Einfluß auf die Vormundschaft haben, sind: 1) Der Tod des Pfleglings[1]). Daß mit dem Tode die ganze Vormundschaft ein Ende hat, versteht sich freilich von selbst, hat aber nach R. R. den Sinn, einestheils, daß mit dem Augenblicke des Todes der Vormund in ein obligatorisches Verhältnis tritt, was, so lange die Vormundschaft dauert, nicht vorhanden ist, und anderntheils, daß auf die noch nachher vorgefallenen Handlungen des Vormundes nicht die Grundsätze der Tutelklage Anwendung finden, selbst wenn der Vormund des Mündels von dem Tode desselben noch nichts gewußt hätte. Das A. L.R. wiederholt den sich von selbst verstehenden Satz, ohne daß er noch die alte Bedeutung hätte, indem der Vormund, für seine Person, von Anfang in ein obligatorisches Verhältnis tritt. Nur bezüglich auf das Vormundschaftsgericht ist noch die alte Bedeutung zum Theil vorhanden. 2) Die Todeserklärung des Abwesenden, welche, wie der leibliche Tod, die ganze Vormundschaft beendet[2]). 3) Die Adoption. Durch diese hört die Vormundschaft bloß in Ansehung der Person auf, nicht auch hinsichtlich des Vermögens; es entsteht dasselbe Verhältnis wie bei einem Kinde in väterlicher Gewalt, wenn dem Vater die Verwaltung und der Nießbrauch des Vermögens seines Kindes entzogen ist[3]). 4) Der Eintritt in ein Amt. Dadurch wird ein Minderjähriger für alle Amtshandlungen vollkommen fähig und selbständig, hinsichtlich seiner eigenen Ange-

10) Ebend. §§. 924—940.

11) Ebend. §. 950. — Ulpian, XI, §. 23; Gajus, I, §. 182.

12) A. L.R. §. 932 d. T. — Vergl. L. 7, 6 C. de susp. tut. (III, 43).

1) A. L.R. a. a. O. §. 860. — §. 3 J. quib. mod. tut. (I, 22); L. 4 pr. D. de tutelae et rat. distrah. act. (XXVII, 3).

2) A. L.R. a. a. O. §. 834. — S. oben §. 43, Bd. I, S. 144.

3) A. L.R. II, 2, §. 681; II, 1, §. 47; II, 2, §§. 694, 696, 699, 700; II, 18, §. 814. — S. oben §. 771, Nr. III. — Anders nach L. 14 pr. D. de tutelis (XXVI, 1), wegen der in der Arrogation liegenden capitis diminutio.

legenheiten aber bleibt er nach wie vor unter Vormundschaft[4]). 5) Die Verheirathung einer Pflegebefohlenen an einen volljährigen Mann sollte folgerecht die Altersvormundschaft aufheben (§. 749, III, 6); die Vormundschaft dauert jedoch fort und beschränkt selbst den Mann in seinen ehemännlichen Rechten über das Vermögen der Frau (§. 802, II).

B. Folgen der Beendigung.

§. 305.

1. Forderungen des gewesenen Pfleglings.

I. Das Officium des röm. Tutors verwandelte sich mit der Beendigung der Tutel in eine obligatio quasi ex contractu[1]), vermöge welcher der gewesene Pflegling, oder dessen Erbe[2]), von dem gewesenen Vormunde, oder dessen Erben[3]), Rechnungslegung und Ausantwortung seines Vermögens fordern konnte. Das gilt nach Pr. R. nur von dem Verhältnisse des Vormundschaftsamtes; denn der Vormund muß alle Jahre dem Gerichte Rechnung legen, wozu er durch Ordnungsstrafen angehalten wird[4]). Er kann auch von einem Nebenvormunde oder einem dazu besonders bestellten Curator, also noch während der Dauer seines Vormundschaftsamts, aus seiner Geschäftsführung mit der Tutelklage belangt werden[5]), eine Abweichung von dem R. R.[6]), welche ihren Grund in der ganz veränderten Stellung des Vormundes hat. II. Nach geendigter Vormundschaft ist dem gewesenen Pflegebefohlenen folgendes zu leisten: 1) Ein unter Altersvormundschaft gestandener Volljähriger und ein gewesener Verschwender soll bei seiner Entlassung ein schriftliches Zeugnis darüber von dem Vormundschaftsgerichte erhalten[7]). 2) Ein gewesener Pflegebefohlener, weiblichen Geschlechts, welcher sich während der Vormundschaft an einem Orte, wo provinzielle oder statutarische Gütergemeinschaft unter den Eheleuten gilt, verheirathet hat, muß, wenn die Gemeinschaft bei der Verheirathung

4) A. L.R. II, 18, §§. 810, 811. In Folge dessen ist schon die Anomalie eingetreten, daß ein minderjähriger Einzelrichter als Vormundschaftsrichter handelte, während er für sich unter einem Vormunde stand.

1) L. 4 pr. D. de tutelae (XXVII, 3); L. 5, §. 1 D. de obl. et act. (XLIV, 7).

2) L. 1, §. 17 D. de tutelae actione (XXVII, 3).

3) L. 1, §. 16 D. eod.; L. 17 C. de negot. gest. (II, 19).

4) A. L.R. II, 18, §§. 647—668, 677, 678. Jährliche Rechnungsablage ist schon alte deutsche Sitte. Sachsenſp. Bd. I, Art. 23. — Culm. R. IV, 14, 4.

5) A. L.R. a. a. O. §§. 669—671. — A.G.O. I, 39, §§. 26, 27.

6) L. 1, §. 24; L. 4 pr.; L. 9 pr. §. 4 D. de tutelae (XXVII, 3); L. 12 pr.; L. 19, 32 i. f. D. de administrat. (XXVI, 7).

7) A. L.R. II, 18, §§. 705, 710, 788, 859. Ist in der Praxis nicht üblich.

stillschweigend ausgesetzt geblieben ist (§. 757, I), gleich nach geendigter Vormundschaft von dem Gerichte vernommen werden: ob die Gütergemeinschaft eintreten solle, wobei er über die Folgen der eingegangenen Gemeinschaft und über die Nothwendigkeit einer öffentlichen Bekanntmachung der Ausschließung, im Beistande des bisherigen Vormundes oder eines andern Beistandes, bedeutet werden soll. Erklärt er sich darauf nicht binnen drei Monaten, so tritt die Gütergemeinschaft mit rückwirkender Kraft bis zu Anfang der Ehe ein. Gleiches gilt, wenn das Gericht und der Vormund unterlassen haben, der gewesenen Pflegebefohlenen die Erklärung abzufordern und die Pflegebefohlene auch nicht von selbst, binnen drei Monaten nach erreichter Volljährigkeit, auf die Ausschließung angetragen hat; aber der Vormund und das Gericht sollen in diesem Falle für den, dem gewesenen Pfleglinge daraus in der Folge entstehenden, Schaden aufkommen [8]). Die vorgeschriebenen Fristen beziehen sich jedoch lediglich auf das Verhältnis der gewesenen Pflegebefohlenen zu dritten Personen; in dem Verhältnisse zum Ehemanne kann die gewesene Pflegebefohlene, welche sich erst später auf rechtsgiltige Weise für die Ausschließung der Gemeinschaft erklärt hat, diese Erklärung bloß aus dem Grunde, daß zur Zeit der Abgabe derselben der dreimonatliche Zeitraum bereits verstrichen gewesen, nicht widerrufen [8a]). 3) Binnen zwei Monaten nach geendigter Vormundschaft muß der Vormund Schlußrechnung legen [9]). Dem Vormunde kann die Rechnungslegung sowohl durch Testament des Erblassers des Pflegebefohlenen, als durch Testament des letztern selbst, erlassen werden. Der Erlaß durch Testament des Pfleglings kann sich selbstredend nur auf dessen Erben beziehen. Bei dem Erlasse durch Testament des Erblassers des Mündels ist zu unterscheiden. Ist die Rechnungslegung nur in allgemeinen Ausdrücken er-

8) Ebend. §§. 780—795. — Die dreimonatliche Erklärungsfrist wird in beiden Fällen von dem Anfange der Volljährigkeit gerechnet. R. vom 14. Mai 1806 (N. C. C. Tom. XII, S. 345; Rabe, Bd. VIII, S. 592). — R. vom 23. Juli 1814 (Jahrb. Bd. III, S. 275). — Die Vernehmung und Erklärung muß auch da innerhalb dieser drei Monate erfolgen, wo der Eintritt der Gütergemeinschaft durch die Geburt eines Kindes bedingt und diese Bedingung zur Zeit der Beendigung der Vormundschaft noch nicht eingetreten ist. Diese Bemerkung ist veranlaßt durch einen vorgekommenen Fall, wo der Richter die Vernehmung unterlassen hatte, in der Meinung, daß die Erklärung über die Ausschließung bis zur Geburt des Kindes unnöthig sei.

8a) Pr. des Obertrib. 631, von 1839. Denn im Verhältnisse der Eheleute unter sich kann die Gütergemeinschaft zu allen Zeiten ausgeschlossen werden.

9) A. L.R. a. a. O. §§. 861—863. — L. 58 pr. D. de administrat. (XXVI, 7). In der Wirklichkeit ist gewöhnlich das Vormundschaftsgericht der Rechnungsleger.

lassen, so wird die Befreiung nur von der Rechnung, welche jährlich dem Gerichte gelegt werden muß, verstanden; ist aber der Vormund von der Rechnungslegung ausdrücklich gegen den Pflegling, beziehlich dessen Erben, befreiet, so ist ein solcher Vormund (tutor aneclogistus) nur schuldig, eine allgemeine Nachweisung der Vermögensstücke, welche am Anfange der Vormundschaft vorhanden waren, und eine Nachweisung der jetzigen Beschaffenheit derselben, zu geben[10]). Eine Befreiung jeder Art hat die Natur eines Vermächtnisses und ist daher nur in der für Legate vorgeschriebenen Form giltig[11]). Kein Erlaß aber hat die Wirkung, daß Ansprüche wegen Verkürzungen aus Vorsatz oder grobem Versehen ausgeschlossen würden[12]); vielmehr kann der gewesene Pflegebefohlene oder dessen Erbe, wenn er auch nur bei einem einzelnen Geschäfte eine ihm vorsätzlich oder aus grober Fahrlässigkeit zugefügte Verkürzung einigermaßen bescheinigt, über dieses Geschäft nähere Rechenschaft, und, wenn der Vormund auch nur bei einem einzelnen Geschäfte einer Unredlichkeit überführt wird, über die ganze Verwaltung vollständige Rechnungslegung fordern, und der gewesene Vormund muß, wenn er eine solche Rechnung nicht legen kann oder will, von der übernommenen Substanz sechs Procent Zinsen ohne irgend welchen Abzug entrichten, und die nicht auszumittelnde Substanz nach dem Schätzungseide des Rechnungsnehmers herausgeben[13]). Von Seiten des gewesenen Pflegebefohlenen gilt die Rechnungslegung für erlassen, oder die gelegte Rechnung für quittirt, wenn derselbe nicht binnen fünf Jahren die Rechnung fordert oder die ihm gelegte Rechnung nicht monirt[13a]). Mit der Schlußrechnung zugleich müssen dem Rechnungsnehmer die dem Vormundschaftsgerichte gelegten Jahresrechnungen und das Inventarium vorgelegt und, auf Verlangen, in Abschrift ausgehändigt werden[14]). Rechtsverletzend für den Rechnungsnehmer ist es, daß ihm nicht erlaubt sein soll, gegen Rechnungen, die schon vor 10 Jahren gelegt, und von dem Gerichte

10) A. L.R. a. a. O. §§. 870—874.

11) Ebend. §. 874. — Vergl. L. 5, §. 7 D. de administrat. (XXVI, 7); L. 23, §. 2 D. de peculio legato (XXXIII, 8).

12) A. L.R. a. a. O. §§. 873, 876. Ebenso nach L. 119 D. de leg. I; L. 5, §. 7; L. 41 D. de admin. (XXVI, 7); L. 9, 20, §. 1 D. de lib. leg. (XXXIV, 3). Ist eine Anwendung der Regel, daß Dolus nicht im voraus erlassen werden kann.

13) A. L.R. a. a. O. §§. 876—879.

13a) (3. A.) Es kommen hier die Grundsätze über die Rechnungslegung eines Verwalters fremden Vermögens zur Anwendung. Oben §. 663, II.

14) A. L.R. a. a. O. §. 864. — Sowohl das Inventarium als die Jahresrechnungen sind Theile der ganzen Rechnung. Vergl. L. 4, 1, 2 C. de in litem jur. (V, 53); L. 1, §. 3 D. de tutelae (XXVII, 3).

quittirt und abgenommen worden sind, Ausstellungen zu machen und Verkürzungen zu rügen, die nicht durch Vorsatz oder grobes Versehen zugefügt worden sind[15]; denn ihm gegenüber wird erst jetzt über die ganze Verwaltung Rechenschaft gegeben, und das Vormundschaftsgericht muß, als der eigentliche Vormund, selbst Rede stehen, kann mithin durch fahrlässige Quittirung der Jahresrechnung nichts vergeben, ohne dafür verantwortlich zu sein. 4) Sogleich nach geendigter Vormundschaft, und noch vor Abnahme der Rechnung, muß dem gewesenen Mündel sein gesamtes Vermögen ausgeantwortet werden (restitutio tutelae s. reliquorum), welche Herausgabe der reliqua den andern Theil der Verbindlichkeit zur Rechnungslegung ausmacht[16]. Außerdem kann auch der Vormund zu Zinsen verpflichtet sein, nemlich: a) wenn er Geld genutzt hat, so muß er 8 Procent Strafzinsen zahlen[17]; b) wenn er Ueberschüsse ungenutzt bei sich liegen läßt, so muß er landübliche Pupillarzinsen zahlen[18], welche Zinsen eine eigenthümliche Species von gesetzlichen Zinsen sind; auch soll er für den Ausfall an Zinsen von Geldern, die im Depositorio liegen oder bei der Bank angelegt sind, aufkommen, wenn er Gelegenheit hat, die Gelder, ohne eigenen Schaden, sicher unterzubringen, und davon dem Vormundschaftsgerichte nicht Anzeige macht[19]; c) wenn er mit der Herausgabe der hinter ihm befindlichen Gelder säumt, muß er gewöhnliche Verzugszinsen zahlen, und zwar ohne weitere Mahnung, da die Zahlzeit gesetzlich bestimmt ist[20]. III. Wegen seiner Forderungen hatte der gewesene Pflegling gegen den Vormund die Geschäftsführungsklagen, nemlich die actio rationibus distrahendis, welche poenalis war

15) A. L.R. a. a. O. §. 866. Man hat aus purem Eifer für die Sicherung des Pfleglings das privatrechtliche Verhältnis zwischen ihm und der Vormundschaftsverwaltung aus dem Auge verloren. Das Vormundschaftsgericht ist in der ihm beigelegten Verwaltung nichts weiter als ein Verwalter von Privatvermögen und hat mithin als Privatverwalter Rechenschaft zu geben. Mit welchem Rechte der betroffenen Privatperson ihr Recht, diese Rechenschaft für die ganze Verwaltungszeit zu fordern, genommen werden kann, ist unfindbar. Die Bestimmung fließt aus der Allmacht und dem Interesse der Büreaukratie.

16) A. L.R. a. a. O. §§. 880, 881. — L. 32, 81, 82 D. de condict. et dem. (XXXV, 1).

17) A. L.R. a. a. O. §§. 486, 546. — L. 7, §. 4; L. 54 D. de administr. (XXVI, 7).

18) A. L.R. a. a. O. §. 547. Vergl. L. 7, §§. 9—11; L. 15 D. eod.; L. 6 C. de usur. pupill. (V, 36). Justinian hat die Pupillarzinsen in der Novelle 72, c. 6 und 7 aufgehoben.

19) A. L.R. a. a. O. §. 548. Ist bei der bestehenden Depositalverfassung und Verwaltung unpraktisch, weil unpassend.

20) Ebend. §. 881. Der Minderjährige braucht nicht zu interpelliren.

und auf das Doppelte der unterschlagenen Gegenstände ging[21]); dann die actio tutelae directa auf Rechnungslegung und Herausgabe der reliqua mit Zinsen[22]); ferner dieselbe Klage utiliter adversus cessantes, für die Unterlassungen des Vormundes[23]); und außer diesem die actio ex stipulatu, wenn Satisdation geleistet worden war[24]); gegen die Municipalobrigkeiten aber die actio subsidiaria (§. 801). Von diesen Rechtsmitteln fällt die actio rationibus distrahendis im Pr. R. ganz weg; die actio ex stipulatu hingegen ist gegen jeden wirklichen Vormund oder Curator begründet, weil in dem, den Vormündern ehemals auf Grund einer bestimmten Formel, jetzt nur noch nach Vorhaltung der Pflichten formlos, abgenommenen Versprechen die Stipulation rem pupilli salvam fore wesentlich enthalten ist[25]); die actio tutelae directa ist noch jetzt allein diejenige, womit der Protutor belangt werden kann; und die actio subsidiaria geht gegen jeden Vormundschaftsrichter. Hiernach bestimmt sich die Dauer der Klagen im Pr. R. Die Klage gegen den wahren Vormund kann, wie in der Regel jede Klage aus einem Versprechen, erst in 30 Jahren verjähren[26]); die Klage gegen einen nicht ausdrücklich verpflichteten, namentlich gegen einen s. g. natürlichen Vormund (Note 26), steht mit der Geschäftsführungsklage (actio negotiorum gestorum) auf gleicher Linie (§. 661), und die subsidiarische Klage gegen das Vormundschaftsgericht erlischt, nach den Grundsätzen des Pr. R., durch eine dreijährige Verjährung[27]), wiewohl die Stellung und der Beruf dieser Gerichte ein ganz anderer als der jener Municipalobrigkeiten ist, so daß folgerecht die di-

21) L. 1, §§. 19—24; L. 2 D. de administrat. (XXVI, 7); L. 2 pr. D. de tutelae (XXVII, 3).

22) Tit. D. de tutelae — actione (XXVII, 3); Tit. C. arbitrium tutelae (V, 51).

23) Tit. D. de administrat. et periculo tut. (XXVI, 7); Tit. C. si tutor vel curator non gesserit (V, 55). — Fr. Vat. §. 156.

24) Tit. D. de fidejussoribus — tutorum vel curatorum (XXVII, 7); Tit. C. de fidejussoribus tutor. vel cur. (V, 57).

25) M. s. den Eid der Vormundschaftsordnung von 1718, §. 36. Daß man dadurch die röm. Satisdation (Stipulation) meinte, ergibt der §. 34.

26) Anderer Meinung ist das Obertrib. nach einem Urtel (Pr. 356) vom 31. Octbr. 1837 (Jur. Wochenschr. 1839, S. 1), weil kein Vertragsverhältnis zwischen dem Vormunde und dem Pfleglinge bestehe, sondern lediglich im Gesetze beruhe. Das ist ein thatsächlich unwahrer Grund; die heutige Verpflichtung (Abnahme des Versprechens) des Vormundes hat dieselbe rechtliche Bedeutung wie die röm. Satisdation (Stipulation) und ist auch aus derselben entstanden. Wahr ist der Grund nur von einem nicht ausdrücklich verpflichteten Vormunde und von dem Protutor, namentlich also z. B. von dem Ehemanne in der Eigenschaft eines natürlichen Vormundes seiner blödsinnigen Frau, und des Vaters als natürlichen Vormundes seiner Kinder.

27) A. L.R. I, 6, §. 54. — Declarat. vom 31. März 1838.

recte Tutelklage, und nicht bloß die subsidiarische Entschädigungsklage des R. R., gegen das Vormundschaftsamt stattfinden müßte. IV. Ein besonderes Bestärkungsmittel der Forderungen des Pfleglings gegen den Vormund ist der, aus der stillschweigenden Hypothek des R. R. entstandene, Titel zum Pfandrechte, welcher in dem Concurse des Vormundes und des Protutors das Vorrecht der achten Classe gibt[28]). Die stillschweigende Beibehaltung des röm. Satzes, daß dieses Privilegium dem Pupillen in dem Vermögen des Vormundschaftsrichters nicht zustehet[29]), ist folgewidrig (§. 790).

§. 806.

2. Forderungen des Vormundes.

Der Rechnungsnehmer ist verbunden, nach gelegter Schlußrechnung und Vermögensausantwortung den Rechnungsleger und das Vormundschaftsgericht gerichtlich zu quittiren, den Vormund von der Caution zu entbinden und wegen dessen, was ihnen aus der Verwaltung noch zukommt (§. 795, V), unverzüglich zu befriedigen[1]). Das Vormundschaftsgericht hat für seine Mühwaltung die tarifmäßigen Gebührensätze nach Procenten, in der Regel erst am Schlusse der Vormundschaft, von dem alsdann vorhandenen, den Betrag von 50 Thlr. übersteigenden, schuldenfreien Vermögen, mit Ausschluß des Bettzeuges, der Kleidungsstücke und der zum persönlichen Gebrauche des Pfleglings angeschafften Geräthschaften, zu fordern; nur bei Vormundschaften über Abwesende und Verschwender werden außerdem die tarifmäßigen Gebühren noch von den jährlichen Revenüen am Schlusse des Jahres angesetzt, doch während der Vormundschaft, nur soweit die Einkünfte dazu hinreichen, berichtigt, im übrigen bis zum Schlusse gestundet[2]). I. Der gewesene Pflegebefohlene hat zur Ertheilung der Quittung Ein Jahr nach Empfang der Rechnung Zeit; darf aber dieselbe nicht deshalb versagen, weil er Ausstellungen habe, vielmehr muß er sich die einzelnen Punkte in der Quittung vorbehalten[3]). In diesem Falle bleibt die bestellte

28) A. L.R. II, 18, §. 295. — Conc.Ordn. vom 8. Mai 1855, §. 80. S. oben §§. 495—501.

29) L. 1, §. 14 D. de magistratibus conveniendis (XXVII, 8).

1) A. L.R. II, 18, §§. 882, 885 flg., 899.

2) Gesetz, betreffend den Ansatz und die Erhebung der Gerichtskosten, vom 10. Mai 1851, §. 7, und Tarif, §§. 42 und 43 (G.S. S. 622). Dazu hat Herr Simons, Justizminister, eine Instruction gegeben, datirt vom 10. September 1851.

3) A. L.R. a. a. O. §§. 893, 894, 886, 887.

Caution, soweit sie zur Deckung der vorbehaltenen Ansprüche erforderlich ist, und der Vormund nicht andere Deckung geben will, stehen und das Vorrecht im Concurse dauert wegen derselben gleichfalls fort; sonst erlischt beides durch den förmlichen Verzicht ohne Vorbehalt[4]). II. Die Kosten der Rechnungslegung, Quittung und Löschung der Caution hat der Rechnungsnehmer zu tragen und zu erstatten; die Kosten einer gerichtlichen Abnahme der Rechnung trägt er gleichfalls, wenn er mit Ertheilung der Decharge über Ein Jahr zögert oder er selbst auf gerichtliche Abnahme angetragen hat[5]); kommt es dabei zum Defectatorium, so wird über den Kostenpunkt mit erkannt. III. Wegen dieser Gegenforderungen hat nicht allein der Vormund, sondern, was dem R. R. ganz fremd aber nach den Grundsätzen des A. L.R. folgerecht ist, auch der Vormundschaftsrichter eine besondere Klage[6]), die wesentlich die römische actio tutelae contraria ist[7]) und aus der Geschäftsführung (ex re, außer dem Falle eines Contracts) entsteht, wodurch sie sich in ihrer rechtlichen Natur von der des gewesenen Pfleglings gegen den wahren Vormund unterscheidet (§. 805, III). Nach den Grundsätzen des Pr. R. kann mit dieser Klage auch das rückständige Honorar des gewesenen Vormundes eingefordert werden (§. 696), was nach R. R. nur mit einer extraordinaria persecutio s. cognitio möglich war[8]). Statt des Retentionsrechts hat der Vormund wegen seiner Gegenforderung das Recht, Cautionsbestellung zu fordern oder Arrest anzulegen (§. 795, Note 22).

---

4) Ebend. §§. 888 — 892. Eingetragene Cautionen müssen auf Grund des Verzichts gelöscht werden.

5) Ebend. §§. 898, 899, 868, 867.

6) Ebend. §. 894. Das Pr. des Obertrib. 1611, vom 11. Septbr. 1845, sagt hierzu: „Das in diesem Gesetze „„dem vormundschaftlichen Gerichte““ ertheilte Recht, den gewesenen Pflegebefohlenen zur Ausstellung der Decharge im Wege Rechtens anzuhalten, steht dem vormundschaftlichen Gerichte, *als solchem*, nicht zu.“ Das wird heißen sollen: nicht die juristische Person (das Amt), sondern der Beamte für seine Person nur kann klagen. Und das ist richtig. Das Amt (der Staat) wird nicht verbindlich gemacht und hat kein Interesse bei der Decharge. — Nach einer Anzeige im Nachtrage zum gedr. Pr.B. S. 650 enthält das Pr. 1611 einen Druckfehler; das „nicht“ soll gestrichen werden und es soll heißen: „als solchem zu, und nicht den einzelnen Mitgliedern.“ (Entscheid. Bd. XI, S. 398.)

7) Tit. D. de contraria tutelae et utili actione (XXVII, 4); Tit. C. de contrario judicio tutelae (V, 58).

8) L. 33, §. 3 D. de administrat. (XXVI, 7). — Recht der Forderungen, §. 284.

Zweiter Abschnitt.

Von Curatelen.

§. 807.

1. Das Allgemeine.

I. Curatoren haben in Ansehung der ihnen aufgetragenen Geschäfte und Angelegenheiten im allgemeinen die Rechte und Pflichten der Vormünder [1]). Sie können nur von dem zuständigen Gerichte, welches in der Regel dasjenige ist, dem die Anstellung eines Vormundes, wenn es dessen bedurft hätte, in der Sache zugestanden haben würde, bestellt werden [2]). Eine Ausnahme findet in Processen statt: 1) wenn auswärtige Pflegebefohlene in hiesigen Landen einen Proceß oder ein einzelnes Rechtsgeschäft haben [3]), welcher Fall nicht etwa auf selbständige, wenn schon ihrem Aufenthalte nach unbekannte Ausländer auszudehnen ist; 2) wenn gegen jemand auf Wahn- oder Blödsinnigkeitserklärung geklagt wird [4]); 3) wenn inländische Personen, welche einen Proceß erben, erst noch bevormundet werden müssen, und der Fortgang der Sache nicht bis zur Regulirung der Vormundschaft auf sich beruhen kann [5]); 4) wenn minderjährige Dienstboten, Lehrlinge, Gesellen, Handlungsdiener, Kunstgehilfen, Hand- und Fabrikarbeiter an ihrem Aufenthaltsorte wegen Injurien, Alimenten und Schadenersatz, oder aus ihren Dienst-, Erwerbs- und Vertragsverhältnissen klagen oder verklagt werden und die Väter oder Vormünder nicht an demselben Orte wohnen [6]). In diesen Fällen ist das Proceßgericht befugt, dem Pflegling einen Special- oder Interimscurator zu bestellen. Die Bestellung geschieht, wie bei dem Vormunde, nach vorheriger Verpflichtung mittelst Handschlages, durch eine schriftliche Bestallung (curatorium), worin der Gegenstand der Curatel ausgedrückt sein muß [7]). II. Sie sind, wie die Vormünder, zur Errichtung eines

1) A. L.R. II, 18, §§. 953, 956; I, 9, §§. 471 ff.

2) A. L.R. II, 18, §. 954. Ein von einem incompetenten Gerichte bestellter Curator tritt in ein ähnliches Verhältnis wie der Protutor.

3) Ebend. §. 955. — A.G.O. I, 1, §§. 11, 12. — R. vom 28. August 1820 (Jahrb. Bd. XXIII, S. 55).

4) A.G.O. I, 38, §. 5, und Anh. §§. 283, 284.

5) A.G.O. I, 1, §§. 11, 12. Vergl. I, 20, §. 4 daf.

6) C.O. vom 4. Juli 1832 (G.S. S. 175); C.O. vom 5. December 1835 (G.S. S. 294).

7) A. L.R. II, 18, §§. 956, 957. Der Bestallung bedarf es nicht, wenn der Curator nur das eine besondere Geschäft zu verrichten hat und gegen Dritte keinen Ausweis gebraucht.

Inventariums über das ihrer Verwaltung anvertraute Vermögen, zur Cautionsbestellung und zur jährlichen Rechnungslegung verpflichtet, werden von dem Gerichte, welches sie bestellt hat, beaufsichtigt und geleitet, und die Pfleglinge haben wegen ihrer Ansprüche an den Curator, aus der Verwaltung, dieselben Vorrechte, wie in dem Vermögen eines Vormundes [8]). III. Die Curatel endet von selbst mit der Beendigung des Geschäfts oder mit der Erledigung der Angelegenheit, wozu sie angeordnet worden, sowie durch Abgang oder Entlassung des Curators; und das Vorrecht in dem Vermögen des Curators erlischt mit der ausdrücklichen oder stillschweigenden Anerkennung des Gerichts oder des selbständig gewordenen Pfleglings, daß die Angelegenheit berichtigt sei; zur längern Erhaltung desselben ist mithin bei der Schlußhandlung ein ausdrücklicher Vorbehalt erforderlich [9]).

§. 808.

2. Einzelne Fälle.

1. Die cura ventris et bonorum [1]). 1) Die cura ventris besteht in der Sorge für eine bereits empfangene aber noch nicht geborene Leibesfrucht einer solchen Frau, welche entweder Witwe [2]), oder unverheirathet ist [3]), oder deren Ehemann ein widerstreitendes Interesse hat [4]), und wird auf die bloße Anzeige einer vermutheten Schwangerschaft angeordnet [5]). Der Zweck ist nicht allein Sicherung des Erbrechts des Kindes für den Fall seiner Geburt, wie nach R. R. [6]), sondern auch Verschaffung der Erziehungs- und Verpflegungskosten, daher folgerecht diese cura auch auf uneheliche Zeugungen ausgedehnt ist [7]). Die Wahrung dieser Rechte der Leibesfrucht

---

8) Ebend. §§. 958, 959. Eine Ausnahme machen hinsichtlich des Vorrechts Concurscuratelen. (3. A.) Die Concursmassen haben zwar in dem Vermögen ihrer Verwalter wegen der Ansprüche aus der Verwaltung einen gesetzlichen Titel zum Pfandrecht. Einführungsgesetz vom 8. Mai 1855, Art. XI, Nr. 4. Aber das Vorrecht, welches ihnen die Pr.O. 50, §. 440 beilegte, ist in Wegfall gebracht. Conc.Ordn. §. 80.

9) A. L.R. a. a. O. §§. 960, 961, 983.

1) Ebend. §§. 962—969. — Tit. de ventre (XXXVII, 9).

2) A. L.R. a. a. O. §. 962; II, 2, §§. 27 flg. — L. 1 pr.; L. 1, §. 17 D. h. t.

3) A. L.R. II, 18, §§. 966—968. Diese Curatel ist nicht üblich. Man bestellt immer erst dem geborenen unehelichen Kinde einen Vormund, wenn es keinen mütterlichen Großvater hat.

4) A. L.R. II, 2, §§. 42—49; II, 4, §§. 42, 44, 77.

5) A. L.R. II, 18, §§. 10, 11. Das R. R. verlangt Bescheinigung. L. 1, §. 17; L. 7, §. 1 D. eod.

6) L. 1, §. 11; L. 7 pr. §. 2; L. 10 D. eodem.

7) A. L.R. II, 18, §§. 962, 966—968.

schließt die Sorge für die Erhaltung der Erbschaft, für die Ernährung der Mutter aus dem Nachlasse und für die Herbeischaffung der Entbindungs- und Wochenkosten aus dem Vermögen des Schwängerers in sich[8]). Diese Curatel erlischt mit Ablaufe der Zeit, innerhalb welcher die Geburt hätte erfolgen müssen; und mit der Geburt einer todten oder lebendigen Leibesfrucht. In dem letzten Falle gehört noch die Sorge für die Bestellung eines Vormundes zur Obliegenheit des Curators, wenn das Kind nicht in die Gewalt seines leiblichen Vaters kommt[9]). 2) Die cura bonorum besteht in der Verwaltung des Nachlasses, auf welchen die Leibesfrucht Rechte hat. Beide Curatelen müssen nicht nothwendig vereinigt sein; doch ist es gewöhnlich der Fall[10]), und wenn die Leibesfrucht, falls sie lebendig zur Welt käme, alle andern ausschließen würde, so muß deren Curator zugleich zum Verlassenschaftscurator bestellt werden[11]). Dieser hat zwar nur unter der Aufsicht und Leitung des Gerichts die Verwaltung zu führen; doch müssen zu allen Verfügungen über die Substanz diejenigen zugezogen werden, welche bei dem Wegfall der Leibesfrucht die nächsten Erben sein würden[12]). II. Die cura pupillorum tritt ein in Fällen, wo der Vormund aus irgend einem Rechtsgrunde nicht wirken kann, indem nach der beibehaltenen Regel: tutorem habenti tutor non datur, ein neuer Vormund nicht bestellt wird[13]). III. Eine Anwendung derselben cura ist die für minorenne Kinder in väterlicher Gewalt, in Fällen, wo deren Bestes mit dem Vortheil des Vaters in Collision geräth[14]), besonders die Curatel zum Behufe der Auseinandersetzung mit dem Vater, wozu der Vater wider Willen angehalten werden kann, wenn er sich wieder verheirathet oder in den Fall kommt, wo er besondere Sicherheit für das Vermögen seiner Kinder zu bestellen verpflichtet ist[14a]). 1) Der angestellte Auseinandersetzungscurator hat dafür zu sorgen, daß das Vermögen der Pflegebefohlenen vollständig ausgemittelt, gehörig

8) Ebend. §§. 962, 967. Hinsichtlich der Entbindungs-, Tauf- und Wochenkosten bei unehelichen Geburten ist die Gesetzgebung sich nicht consequent. Die aufgehobenen §§. 1016 u. 1025, Tit. 1 charakterisirten sie als eine Forderung der Geschwängerten und das thut auch der an ihre Stelle getretene §. 7 des Ges. vom 24. April 1854. Der §. 967, Tit. 18 (und der §. 896 des aufgehobenen Tit. 20) dagegen bezeichnen sie als eine Forderung des Kindes, welche der Curator desselben geltend machen soll. Die Praxis richtet sich nach der ersteren Vorschrift.

9) A. L.R. a. a. O. §§. 964, 965, 969. — L. 1, §. 27 D. eod.

10) Schon nach L. 1 pr. §. 17 D. eodem.

11) A. L.R. II, 18, §. 963; I, 9, §§. 371—374.

12) A. L.R. I, 9, §. 373. — Vergl. L. 1, §. 26 D. eod.

13) A. L.R. II, 18, §§. 46—48, 148. — §§. 5, 6 J. de curat. (I, 23).

14) A. L.R. a. a. O. §§. 28—38; Anh. §. 153.

14a) Ebend. §§. 35, 36; II, 2, §§. 179 flg. S. oben §. 775.

sicher gestellt und nicht wieder verdunkelt werde. Nach beendigter Auseinandersetzung liegt ihm noch ob: auf die Sicherstellung des Vermögens anzutragen, wenn sich der Fall, daß der Vater dazu verpflichtet wäre, erst nachher ereignet; sowie Anzeige zu machen, wenn die bestellte Sicherheit schlechter wird, oder wenn der Vater seine Befugnisse in der Verwaltung überschreitet. Wegen Unterlassung dieser Anträge und Anzeige haftet der Curator nur für ein grobes Versehen[15]). 2) Ist die Verwaltung dem Vater entzogen, so gilt von der verwaltenden Curatel alles, was von der Vormundschaftsverwaltung verordnet ist, auch in Hinsicht der Beendigung[16]). 3) Eine solche verwaltende Curatel wird namentlich angeordnet, wenn den Kindern freies Vermögen zufällt. Den Eintritt des Falles sind dem Vormundschaftsgerichte anzuzeigen verpflichtet: a) der Vater, binnen 2 Monaten nach erhaltener Kenntnis von dem Anfalle, bei Verlust seines Verwaltungsrechts und 5—100 Thlr. fiscalischer Strafe, und bei Haftung für das geringste Versehen; b) die Verwandten, welche für die Bevormundung zu sorgen gesetzlich schuldig sein würden, bei gleicher Vertretung; c) die Gerichte, von welchen ein Testament oder Codicill, worin ein dergleichen Anfall beschieden ist, publicirt wird[17]). Hat der Vater die Anzeige gemacht, so steht ihm die Verwaltung mit allen Rechten und Pflichten eines Curators zu, ohne besondere Verpflichtung. Er muß daher ein Privatinventarium errichten und dem Vormundschaftsgerichte übergeben; gehörige Sicherheit bestellen, wenn er das Vermögen in Händen behalten will; und ordentliche Rechnung legen[18]). IV. Die Lehnscuratel[19]). 1) Diese ist im heutigen Rechte ganz bedeutungslos und nur beibehalten, weil sie einmal gebräuchlich und nichts schade[20]). Sie ist ein Ueberrest der deutschen Lehnrechtsgewohnheit, wonach dem Lehnherrn das Lehn, so lange bis der unmündige Vasall wehrhaft geworden war, anfiel, um sich die Lehndienste für die Nutzungen des Lehns selbst zu verschaffen. Der Lehnherr war somit seines unmündigen Vasallen Lehnsvormund[21]). Verlieh der Herr

15) A. L.R. a. a. O. §§. 970—975. Einen Rechtsgrund dieser Verschiedenheit im Princip gibt es nicht.

16) Ebend. §§. 976—983.

17) Ebend. §§. 984—988. Man übersendet dem Vormundschaftsgerichte einen Extract aus dem Testamente ꝛc.

18) Ebend. §§. 989—995.

19) Ebend. §§. 997—1002. — Schröter, Abh. über Lehnträger und Lehnvormünder. Leipzig 1801.

20) Suarez, in der revis. monitor., nach Ges.-Revis.-Motive zu A. L.R. II, 18, S. 281.

21) Sächs. Lehnr. 26, 2 u. 5.

einem andern das Angefälle, so war dieser nutznießender Lehnsvormund, d. h. Lehnsträger aus eigenem Rechte, wiewohl im Interesse des Pfleglings[22]). Das Angefälle und der Nießbrauch des Lehnsvormundes kam mit der Zeit außer Gebrauch, der Lehnsträger aber blieb zur Leistung der Dienste[23]), mit deren Wegfall das Institut seine Bedeutung völlig verloren hat. 2) Die Bestellung des Lehnscurators steht dem Lehnshofe zu (§. 274, Bd. I, S. 484). Der Lehnscurator hat bloß mit der Ausübung der Lehnsrechte, Leistung der Lehnspflichten und mit den Angelegenheiten, welche lediglich die Substanz des Lehns betreffen, zu thun; die Verwaltung gebührt dem ordentlichen Vormunde; und solche Angelegenheiten, welche die Substanz und die Verwaltung zugleich betreffen, haben beide gemeinschaftlich zu besorgen[24]). V. Die Curatel für unbekannte oder entfernte Interessenten. Sie ist neu und bezieht sich auf zwei Fälle, nemlich: a) wo man noch nicht weiß, wer es sei, der bei einer Sache oder Angelegenheit ein Interesse habe und wo doch etwas gethan werden muß: hier wird der Curator zu dem Zwecke bestellt, die Gerechtsame des unbekannten Interessenten vor der Hand wahrzunehmen und den Pflegling auszuforschen[25]); b) wo der bekannte Interessent für den Augenblick, durch Abwesenheit oder sonst, verhindert ist, seine Rechte zur gehörigen Zeit selbst wahrzunehmen: hier soll der Curator, außer der Wahrnehmung der Gerechtsame, den Interessenten von dem Vorfalle in Kenntnis setzen[26]). Ein solcher Curator aber kann ein Rechtsgeschäft nur einstweilen betreiben und nur für die Erhaltung der Sache sorgen, nicht die ganze Angelegenheit schließlich erledigen, vielmehr muß, wenn der Interessent nicht zu ermitteln oder zu erreichen ist, eine Abwesenheitsvormundschaft von dem zuständigen Gerichte angeordnet werden, wodurch die einstweilige Curatel geendigt wird[27]). VI. Die cura hereditatis jacentis. Findet sich zu einer Verlassenschaft weder ein Erbe noch ein Erbschaftsbesitzer, so daß das Gericht solche in seine Gewahrsam nimmt, und meldet sich hiernächst auch innerhalb der längsten Deli-

22) Ebend. 26, 8; Schwäb. Lehnr. 53. — Vet. auct. §. 72.

23) Zobel, Anmerkung d. a. E. zum Sachsenſp., B. II, Art. 58.

24) A. L.R. a. a. O. §§. 998—1002. Ist neu, nachdem das Obereigenthum des Lehnsherrn aufgehoben worden ist (Ges. vom 2. März 1850), obsolet.

25) A. L.R. a. a. O. §§. 49 u. 1003.

26) Ebend. §§. 50, 1003. In manchen Fällen wird hier nur ein Mandatarius ohne weitere Verpflichtung bestellt, wie z. E. A. L.R. I, 12, §. 224; A.G.O. II, 5, §. 45; V. vom 5. Mai 1838, §. 4, lit. c. (G.S. S. 274).

27) A. L.R. a. a. O. §. 1004; I, 9, §§. 468—470; Anh. §. 10.

berationsfrist[28]) kein Prätendent, der sich legitimirt: so wird dem Nachlasse ein Curator bestellt, was bei dringlichen Umständen auch schon früher geschehen kann[29]). Diesem liegt ob: die Rechte des unbekannten Erben wegen Antretung der Erbschaft, Errichtung des Inventariums, Verwaltung und Erhaltung des Nachlasses wahrzunehmen, und den eigentlichen Erben auszumitteln[30]). Sind seit der Bestellung des Curators drei Monate verlaufen, ohne daß der Curator einen Prätendenten hätte ausmitteln können, und hofft der Richter auch von einer Verlängerung der Frist keinen Erfolg: so müssen der unbekannte Erbe und dessen Erben oder nächste Verwandte, mit Beobachtung der Vorschriften von der Edictalcitation eines Verschollenen, öffentlich vorgeladen werden, wobei der Curator die betreibende Partei ist[31]). Meldet sich in dem Termine niemand, so wird der Nachlaß, als ein herrenloses Gut, dem Fiscus, oder wer sonst etwa nach Provinzialrechte oder Statuten ein Recht auf vacante Erbschaften an dem Orte hat, zuerkannt[32]). Meldet sich bis dahin jemand, welcher sich als Erbe legitimirt, so endet damit das Verfahren; wird jedoch die Legitimation für gehörig geführt nicht anerkannt, so muß über den bestrittenen Grund weiter verfahren und über das behauptete Verwandtschaftsverhältnis oder den sonstigen Grund des Erbrechts erkannt werden. Wird in dem Urtel (Präjudicium) der Prätendent für den Verwandten des Erblassers, für den er sich ausgibt, erachtet: so ist nun ein Erbe vorhanden, der sich in gewöhnlicher Weise als alleiniger Erbe weiter zu legitimiren, oder seine Miterben anzugeben hat; wird hingegen der Prätendent nicht anerkannt, so ist gleichzeitig, in demselben Urtel,

---

28) A. L.R. I, 9, §§. 471, 385. Vergl. L. 22, §. 1 C. de jure delib. (VI, 3); L. 1, §§. 1, 2 D. de curatore bonis dando (XLII, 7).

29) A. L.R. a. a. O. §§. 471 u. 487. Daß diese cura folgewidrig sei, ist schon gesagt. S. oben §. 80. Auch der Fall einer bedingten Erbeseinsetzung macht nur eine scheinbare Ausnahme, indem hier der Intestaterbe bis zum Eintritt der Bedingung Fiduciar ist. A. L.R. I, 12, §§. 259, 479. Und der Fall des Erbschaftsstreits (I, 17, §. 159) macht nur eine Sequestration nöthig.

30) A. L.R. a. a. O. §§. 472—476. Der Curator sollte dem unbekannten Erben bestellt werden, aber es ist in der That ein Verlassenschaftscurator gemeint. §. 487 d. T.

31) A. L.R. a. a. O. §§. 477—480; Anh. §. 11. — A.G.O. I, 51, §. 151.

32) A. L.R. a. a. O. §. 481; II, 16, §§. 16 flg. In Schlesien ist das Recht dazu mit der Gerichtsbarkeit verbunden. Schles. Arch. Bd. II, S. 110 flg. — Auch in Pommern steht es manchen Städten zu. Calow, Abh. in der Jur. Wochenschr. 1840, S. 269 flg. — Schmidt, de successione fisci in bona vacantia, ex jure Romano. Jenae 1836. — v. Schröter, zu der Lehre von den bona vacantia; in Linde's Zeitschrift, Bd. X, S. 89. — Blume, über das Recht des Fiscus an erbloſen und confiscirten Gütern; im Rhein. Museum, Bd. IV, S. 212 flg.

die vacante Erbschaft dem Fiscus, oder wem dessen Rechte zustehen, zuzusprechen. In jedem Falle endet mit der rechtskräftigen Entscheidung die Curatel; sie endet ohne ein solches Verfahren auch durch Concurseröffnung. VII. Die cura bonorum im Concurse[33]). Diese cura ist im R. R. ganz die vorige, nur auf einen andern Fall angewandt, ebenso wie die cura bonorum absentis auf demselben Grundsatze, nemlich auf dem unverschuldeten Mangel einer gehörigen Vertheidigung des Beklagten, beruhend[34]). Das Pr. R. beruht auf andern Ansichten: bei der Concurscuratel ist nicht das Beste des Gemeinschuldners sondern das der Gläubiger Gegenstand der Sorge. Der heutige Verwalter der Masse hat daher Aehnlichkeit mit dem Magister bei der bonorum venditio des alten Rechts und mit dem später üblich gewordenen curator ex S. C. bei der distractio bonorum. Denn der erstere wurde von den Gläubigern, wie der heutige Verwalter der Masse, gewählt, um in ihrem Namen und Interesse die Masse zu verkaufen[35]); der andere wurde auf Antrag der Gläubiger zwar von der Obrigkeit aber doch nur zu dem Zwecke bestellt, das Vermögen im einzelnen zu verkaufen, die Gläubiger daraus zu befriedigen und den Ueberschuß dem Schuldner auszuliefern[36]). Das ist auch der Beruf des heutigen Verwalters der Masse. Der curator bonorum, der noch neben dem Magister vorkommen konnte[37]), ist dem Contradictor im gemeinen und im früheren preußischen Concursprocesse analog, nur daß dieser mit der Verwaltung nichts zu thun hatte und gleichfalls von den Gläubigern gewählt wurde, auch beide Functionen in einer Person vereinigt werden konnten[38]). Bis dahin, wo die Gläubiger die Wahl treffen können, wird von dem Gerichte ein Interimsverwalter bestellt, und sowohl dieser als der später gewählte definitive Verwalter der Masse mittelst Handschlages verpflichtet[39]). Demselben liegt ob: die Activmasse (§. 491—493)

33) Concursordnung §§. 128, 211 ff. Vergl. Einf.Ges. Art. XI, Nr. 4. Hierher gehört auch der Fall des A. L.R. I, 12, §. 359.

34) L. 6, §. 2 D. quibus ex causis in poss. (XLII, 4); L. 22, §. 1 D. de reb. auct. jud. (XLII, 5); L. 3 C. de postlim. revers. (VIII, 51).

35) Gajus, III, §. 79. — Cicero pro Quinct. c. 15.

36) L. 5, 9 D. de cur. fur. (XXVII, 10); L. 45, §. 12 D. de jure fisci (XLIX, 14).

37) L. 6, §. 2; L. 8 D. quibus ex causis in poss. (XLII, 4); L. 1, §. 1 D. de cur. bonis dando (XLII, 7); L. 9, §. 5 i. f. D. de reb. auct. jud. (XLII, 5). Das war der Fall, wenn aus irgend einem Grunde den Gläubigern der Verkauf noch nicht gestattet werden konnte. L. 23, §. 2 D. de hered. inst. (XXVIII, 5).

38) A.G.O. I, 50, §. 69. — S. oben §. 511, Note 4.

39) (3. A.) Concursordnung §§. 131, 214, Nr. 3. Auch bei der Anstellung des einstweiligen Verwalters der Masse sollen die Gläubiger dadurch mitwirken, daß sie ihre Erklärungen und Vorschläge über die Beibehaltung des bestellten

auszumitteln und herbeizuschaffen, die ausstehenden Forderungen zum Depositorium des Gerichts einzuziehen und zuletzt Rechnung zu legen; wogegen er das ihm ausgesetzte Honorar, oder, wenn darüber eine Vereinbarung nicht stattgefunden, die tarmäßigen Gebühren zu fordern hat, indem niemand schuldig ist, das Amt eines Verwalters unentgeltlich zu übernehmen[40]). Er vertritt nach außen die Gläubigerschaft als solche in allen Fällen, wo es sich nicht um Interessen einzelner Gläubiger, sondern um Rechte der Masse aller Gläubiger handelt[41]). Auch bei den abgesondert zu verhandelnden Processen mit Vindicanten vertritt er die Masse, und ist zur Einlegung von Rechtsmitteln auch ohne Zutritt der Gläubiger, wenngleich der Streit nur darüber ist: ob der Vindicant das Eigenthum oder dessen Werth fordern dürfe, legitimirt[42]). Diese Verwaltung wird durch die Schlußvertheilung geendigt; dadurch ist auch der Verwalter ohne weiteres entlassen[43]). Kommen später noch Vermögensgegenstände zum Vorschein, welche schon bei der Concurseröffnung vorhanden waren aber unentdeckt blieben: so werden dieselben nachträglich verwerthet und vertheilt[43a])

§. 809.

3. Von Beiständen.

Unter den Beiständen (§. 791, III) sind die rechtsverständigen Assistenten in Processen und andern Rechtsangelegenheiten von gewöhnlichen Beiständen zu unterscheiden. Die erstern haften bei der Verrichtung ihrer Obliegenheiten, in der Regel, wie Sachverständige[44]); die andern sind bei der Vernachlässigung ihrer Pflichten, die sich nach dem Zwecke der Zuordnung des Beistandes bestimmen, nur für Vorsatz und grobes Versehen verantwortlich[45]). Das Institut der Beistände ist dem G. R. unbekannt. Es ist durch die Sitte entstanden, anstatt der Geschlechtsvormundschaft Beistände für

einstweiligen Verwalters oder die Bestellung eines andern einstweiligen Verwalters abgeben. §. 128 a. a. O.

40) Conc.Ordn. §. 134; Tarif zur Bestimmung der Belohnung ꝛc. im Anhange zur Conc.Ordn.

41) Conc.Ordn. §§. 131, 221. S. oben §. 589, II.

42) Conc.Ordn. §. 131, Abs. 3 u. §. 263. Vergl. Pr. des Obertrib. 2071, vom 25. Septbr. 1848, in Sachen Goldstücker c. Winter.

43) Conc.Ordn. §. 277. Nach G. R. wird der Curator durch ein besonderes Decret entlassen. v. Bülow und Hagemann, prakt. Erört., III, 37.

43a) (3. A.) Conc.Ordn. §. 278. Zur Realisirung muß, wenn erforderlich, entweder der alte Verwalter wieder auftreten oder ein neuer angestellt werden.

44) A. L.R. II, 18, §. 1007. — A.G.O. III, 7, §§. 22, 26, lit. c., 39—44.

45) A. L.R. II, 18, §§. 1005, 1006.

gewisse Rechtshandlungen unverheiratheter Frauenspersonen zuzuziehen[46]), welche als bloße Rathgeber dienten und auf eine vorschriftsmäßige Vollziehung des Rechtsgeschäfts zu halten hatten, um die geschäftsunkundige Frau gegen Uebereilung und Bevortheilung zu schützen[47]). Ein wahres Einwilligungsrecht oder eine Verwaltung stand ihnen nicht zu; aber sie konnten und mußten ihren Beistand zu einem für die Frau offenbar nachtheiligen oder nichtigen Geschäfte versagen[48]). Die Ausdehnung dieses Instituts auf noch andere Personen (§. 791, III) ist dem preuß. L.R. eigenthümlich.

---

46) Gries, Commentar zum Hamburger Stadtrecht, Bd. I, S. 17. — Baiersches Landrecht, Th. 1, Cap. 6, §. 34.

47) Leyser, Medit., sp. 350, m. 1.

48) Kind, Quaest. for., Tom. IV, c. 18 (II. Ed. Tom. III, c. 106).

Fünftes Buch.

Erbrecht.

L. Erelinger, System des Preußischen Erbrechts mit vergleichender Hinweisung auf das Römische und Gemeine Erbrecht; nebst einem Anhange, den Erbschafts-Stempel betreffend. gr. 8. Breslau 1834. — Gründler, die Erbfolge nach den Grundsätzen des gemeinen Preuß. Rechts. Nürnberg 1798. — Das R. R. ist nur in einzelnen Sätzen beibehalten, im ganzen aber so sehr modificirt, daß nur mit großer Vorsicht daraus Belehrung zu holen ist. Dessen Hauptquellen sind: a) vorjustinianeische: Gaji Inst. II, §. 97—III, §. 87; Ulpiani Fragm. XX—XXIX; Pauli sent. receptae III—IV; Collat. LL. rom. et mosaicarum, XVI; Cod. Theod. V, 1; b) justinianeische: Inst. II, 10—25; III, 1—9; Dig. XXVIII—XXXVIII; Cod. VI, 9—59; Nov. 118 und 115.

Einleitung.

§. 810.

1. Begriff.

I. Durch den Wegfall der Person (§. 41) wird der von ihr beherrschte Inbegriff von Rechten erledigt, und es entsteht die Frage nach seinem fernern Schicksale. Das R. R. hat darüber sehr bestimmte Grundsätze. Es unterscheidet zwei Hauptclassen von Rechten: Personen- (Zustands-) Rechte, und Vermögensrechte. Die zur ersten Classe gehörigen Verhältnisse und Rechte gehen mit ihrem Träger, der Person, unter (§. 99); die der andern Classe gehen in der Regel auf andere über. Diese Grundsätze finden sich im Pr. R. wieder [1]). Die Summe der Regeln nun, über die Schicksale der Vermögensrechte bei dem Wegfalle der Person (Verlassenschaft, §. 93), ist das Erbrecht im objectiven Sinne: es beschäftigt sich mit der Succession, d. i. ein solcher Uebergang eines Rechts von dem einen auf den andern, wobei das Recht des Nach-

1) Etwas anderes, als was das R. R. meint, will das A. L. R. Einleit. §§. 102—104 nicht sagen. Ebenso sind die §§. 99—101 zu verstehen.

folgers auf das Recht des Vorgängers gegründet ist, beide Rechte also einen innern Zusammenhang haben [2]), im Falle des Todes des bisher Berechtigten; es ist daher wesentlich nur ein Stück der ganzen Lehre vom Vermögensrechte. II. Die Succession ist entweder universell (successio per universitatem), oder singulär (s. in singulas res). Die erstere ist eine solche, welche in einen Inbegriff von Sachen und Rechten, als Einheit gedacht (§. 93), geschieht, und unterscheidet sich von der Singularsuccession wesentlich darin, daß durch sie die Obligationen mit übergehen. Bei jeder Verlassenschaft tritt immer ein Uebergang im ganzen (Universalsuccession) ein; der Inbegriff heißt als Gegenstand der Succession Erbschaft (hereditas, §. 93), und die Person, welche in dieselbe eintritt, heißt Erbe (heres). Der Erbe erhält also auch von selbst alle activen und passiven Forderungsrechte [3]). Daneben kann auch eine Singularsuccession vorkommen, doch ist solche nicht nothwendig; die Universalsuccession ist daher der Hauptgegenstand der Darstellung des Erbrechts.

§. 811.

2. Anfall und Erwerbung der Erbschaft.

Das R. R. unterscheidet bei der Succession von Todes wegen den Anfall (Delation) und die Erwerbung (Acquisition). Die Delation besteht in der Bestimmung der Person des Nachfolgers, wozu noch die Acquisition, d. h. eine Handlung des bestimmten Erben, welche geeignet ist, die Erbschaft zu erwerben, treten muß, um wirklich Erbe zu werden [4]). Das verhält sich nach Pr. R. anders; denn dessen Grundsatz ist: der Erbe tritt in dem Augenblicke der Eröffnung der Erbschaft, schon von Rechts wegen, an die Stelle des Erblassers [5]), doch so, daß ihm die Ausschlagung der Erbschaft

---

2) Die Ersitzung ist also in diesem Sinne keine Succession.

3) A. L.R. I, 3, §§. 34, 35; I, 9, §§. 350, 351. Entsch. des Obertrib. VI, S. 355. Ist durchaus römisch. L. 37 D. de acquir. vel omitt. hered. (XXIX, 2). Anders nach deutschem R.

4) L. 151 D. de verborum signif. (L, 16).

5) Ist deutschrechtlicher Grundsatz, welchen die Coutume de Paris, Art. 318 so ausdrückt: „le mort saisit le vif, son hoir plus proche est habile à succeder," d. h. nach Tiraquell: mortuus facit possessorem vivum sine ulla apprehensione, was das A. L.R. I, 9, §. 368 so übersetzt: „Dieser (der Berufene) erlangt das Eigenthum der Erbschaft, nebst allen damit verbundenen Rechten und Pflichten, ohne daß es weiter einer Besitzergreifung bedarf." Der letzte Satz soll bloß das Erforderniß einer Erwerbungsart, bei der Erwerbung der Erbschaft als Ganzes, negiren; bei der Erwerbung des Besitzes gilt er nicht, die Besitzklagen kann also der Erbe zur Erlangung des Besitzes einzelner

freisteht. Der Grundsatz gilt auch von Singularsuccessoren (§. 824). Es können aber mehrere gleichzeitig Erbe sein, und auf dieser rechtlichen Möglichkeit beruht das Zuwachsrecht (jus accrescendi), welches wieder römisch, jedoch nach Abschaffung der Regel: nemo ex parte testatus etc. (Note 9), nicht mehr folgerichtig ist. Das ganze landrechtliche Erbrecht ist unlogisch, aus sich einander ausschließenden Grundsätzen zusammengefügt.

§. 812.

3. Anfallsgründe.

Das Princip bezüglich auf die Delation einer Erbschaft ist rein römisch. Das deutsche Recht erkennt nur die allgemeine Rechtsregel als alleinigen Titel der Erbschaft, und nur diejenigen Personen, die danach zur Erbschaft berufen sind, für wahre Erben an, ein Grundsatz, welcher auf der Ansicht eines Gesamteigenthums der Familie an dem Vermögen eines jeden einzelnen Mitgliedes zu beruhen scheint und womit auch jener Grundsatz über die Erwerbung der Erbschaft (§. 811) in innerem Zusammenhange steht. Das R. R. hingegen läßt das Alleineigenthum noch nach dem Tode der Person wirksam sein, indem es, mit einer Ausnahme des neuern Rechts, bezüglich auf einzelne bestimmte Personen, den Willen des Eigenthümers als das einzige Gesetz für die Erbfolge anerkennt, und nur für den Fall, daß der Erblasser sich darüber nicht geäußert hat, nach dessen vermuthlicher Absicht Bestimmungen trifft[6]). Daher sind die testamentarische und die gesetzliche Succession gleichartig, d. h. der Testamentserbe hat dieselbe Bedeutung und dieselbe Berechtigung wie der Intestaterbe: beide sind Erbe kraft des Willens des Erblassers, was nach deutschen Rechtsansichten und in dem Ausnahmefalle des R. R. nicht der Fall ist, auch wo, wie im franz. R., letztwillige Verordnungen gelten; daher ferner tritt der Berufene nicht schon von Rechts wegen in die Stelle des Erblassers, sondern erst vermöge seiner beistimmenden Erklärung (seines Antritts), weil der Antrag des Erblassers, nach den Grundsätzen von übertragenden Willenserklärungen, acceptirt werden muß, um die beabsichtigte Wirkung zu haben[7]). Nach den beiden verschiedenen

Sachen nicht gebrauchen. (Z. A.) Ist auch angenommen durch den Pl.Beschl. (Pr. 2161) des Obertrib. v. 7. November 1849 (Entsch. Bd. XVIII, S. 3).

6) Ueber beide Principien s. Majer, Ideal des Intestat-Erbfolge-Systems nach rein rationellen Prinzipien, zur Vergleichung mit dem Systeme des Römischen, Preußischen und Französischen Rechts, Germania III, 3, 21.

7) Die Erwerbung ipso jure ist sonach im Pr. R. nicht folgerecht. §. 811.

Arten, wie der Wille des Erblassers ausgedrückt werden kann, finden sich zwei Gründe der Delation angegeben, nemlich: letzter Wille und Gesetz [8]). Der erstere ist die Regel und der letztere tritt, gleichsam als ein für alle im voraus gemachtes Testament, nur subsidiarisch ein. Zu diesen, in den XII T. beruhenden, beiden Gründen trat jedoch später ausnahmsweise noch ein, dem deutschen Principe verwandter, dritter Grund, nemlich die Erbfolge gegen den letzten Willen (successio contra tabulas), in der neuern Rechtssprache als hereditas necessaria bekannt. Das Verhältnis dieser drei Berufungsgründe ist: das Testament schließt die Intestaterbfolge aus, dergestalt, daß beide nicht nebeneinander bestehen können [9]); die successio contra tabulas geht der testamentarischen vor, kann jedoch mit ihr concurriren [10]). Ebenso im wesentlichen das Pr. R.: der letzte Wille ist die Regel; die gesetzliche Erbfolge tritt erst in Ermangelung einer besondern Verordnung ein, aber allemal auch zugleich, und mit ihr concurrirend, wenn und soweit die besondere Verordnung nicht zum Ganzen beruft [11]). Dadurch ist die römische Regel: nemo ex parte testatus etc., ganz im Einverständnis mit den meisten deutschen Rechtsgelehrten, abgeschafft [12]); und die nothwendige Erbfolge geht in gleicher Weise dem Testamente vor, also daß sie die testamentarische Erbfolge soweit verdrängt, als nöthig ist, um neben derselben zu bestehen. Auch darin kommt das A. L. R. mit dem R. R. überein, daß eine Singularsuccession nur durch den letzten Willen deferirt werden kann [13]). Aber eine zweite,

---

Die Berufung auf den römischen heres suus, zur Rechtfertigung dieses Grundsatzes, ist unpassend. Man schlüpft dabei immer über das Verhältnis der s. g. hereditas necessaria zu denjenigen Anfallsgründen, welche die Regel bilden, hinweg. Sowohl in der Regel als in der Ausnahme war Logik, denn der suus war nicht kraft des Willens des Erblassers, sondern kraft des Gesetzes (ipso jure) Erbe. Darum war zur Erwerbung der Erbschaft bei der regelmäßigen Erbfolge der Wille des Berufenen nöthig, bei dem suus aber nicht. Die Verfasser des Landrechts machen das Princip der Ausnahme zur Regel, verbinden aber damit die Voraussetzungen und Folgerungen der röm. Regel. Darin ist keine Logik und auch keine Praktik.

8) §. 6 J. per quas personas cuique (II, 9): „nam vel ex testamento vel ab intestato ad vos pertinent (bona)."

9) Nach der Regel: nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest. L. 7, 89 D. de reg. jur.; §. 5 J. de hered. instit. (II, 14); L. 39, 70 pr. D. de acq. vel omitt. hered. (XXIX, 2).

10) L. 1 pr., 4 pr. u. 19 D. de bonor. poss. contra tab. (XXXVII, 4).

11) Niemals können beide Principe auf einen und denselben Gegenstand zugleich Anwendung finden. Vergl. den Rechtsfall in den Entsch. des Obertrib. Bd. VIII, S. 313.

12) A. L. R. I, 12, §§. 45, 285, 29.

13) Heergeräthe, Gerade oder Niftel können nur nach Provinzialrechten oder

nach röm. Ansichten für unsittlich gehaltene und darum ganz unstatthafte[14]) Form des letzten Willens ist aus dem deutschen Rechte beibehalten, nemlich der Erbvertrag, welcher sogar das Testament, soweit er damit collidirt, ausschließt[15]).

§. 813.

4. Uebersicht.

Die Darstellung des Erbrechts wird folgenden Gang nehmen: In zwei Abtheilungen werden zuerst die Bedingungen der Erbfolge und darauf die Rechte oder der Inhalt der Erbfolge dargelegt werden. Die Bedingungen bestehen in dem Anfalle und in der Erwerbung. Der Anfall kann geschehen: durch letzten Willen und zwar durch Testament oder durch Erbvertrag; durch das Gesetz in Ermangelung eines letzten Willens; und durch das Gesetz wider den letzten Willen. Die bloß negativen Erfordernisse der Erwerbung sind die Annahme (Nichtausschlagung) und die Nichtentziehung des Anfalls. Die erste Abtheilung, von den Bedingungen der Erbfolge, wird also im ersten Abschnitte von den Gründen des Erbanfalls, und zwar in vier Capiteln: von letzten Willensverordnungen; von Erbverträgen; von der gesetzlichen Erbfolge; und von den Pflichttheilsberechtigten; im zweiten Abschnitte von der Erwerbung der Erbschaft in zwei Capiteln: von der Antretung und Ausschlagung der Erbschaft; von dem Verluste der Erbschaft handeln. Die zweite Abtheilung, von dem Rechte oder dem Inhalte der Succession, wird im ersten Abschnitte die Rechte der Universalsuccession in vier Capiteln: die Rechte auf das Ganze; die Rechte auf die einzelnen Vermögensstücke; das Verhältnis der Erben zu dritten Personen; und das Verhältnis der Miterben unter sich; und im zweiten Abschnitte die Rechte der Singularsuccession darstellen.

Statuten verlassen werden (A. L.R. II, 1, §. 502), und die Singularsuccession in ein Colonat beruhet auf Vertrag (§. 332[a]). Diese fällt mit den Colonaten zugleich weg.

14) L. 15 C. de pactis (II, 3); L. 5 C. de pact. conventis (V, 14); L. 4 C. de inutil. stipulat. (VIII, 39); L. 61 D. de verb. obl. (XLV, 1).

15) A. L.R. I, 12, §§. 10, 627—630; I, 9, §. 405.

Erste Abtheilung.

Von den Bedingungen der Erbfolge.

Erster Abschnitt.

Von den Gründen des Erbanfalls.

Erstes Capitel.

Von letzten Willensverordnungen.

A. L.R. I, 12. — Außer den populären Schriften: Liebeskind, Unterricht über die innern und äußern Erfordernisse letztwilliger Verordnungen nach Vorschrift des Allgemeinen Preußischen Landrechts, Königsberg 1797; Mallinkrodt, kurzer Unterricht über Testamente und deren Aufnahme für Nichtjuristen, nach den Grundsätzen des Preuß. Rechts, Dortmund 1798, hat die Literatur keine Monographie. — Ueber die wesentlichen Abweichungen des A. L.R. von dem R. R. in der Lehre von Testamenten s. m. Suarez, amtliche Vorträge bei der Schlußrevision des A. L.R.; Anlage D. ad Part. I, Tit. XII, von letztwilligen Verordnungen (in den Jahrb. Bd. XLI, S. 76 flg.); und m. Einleitung zum Tit. 12, Abschn. 1 der Ergänzungen.

§. 814.

I. Begriff und Arten.

Die röm. Begriffsbestimmung von einem Testamente ist nicht recht klar[1]). Es kommen zwei Arten von letzten Willensverordnungen vor: ein Testament und ein Codicill. Das Testament ist ein förmlicher letzter Wille, wodurch eine successio per universitatem angeordnet wird[2]). Dieses Erfordernis ist so wesentlich, daß beim Mangel oder im Falle der Ungiltigkeit der Erbeseinsetzung der ganze Act null ist. Das Codicill ist ursprünglich ein formloser letzter Wille, worin jede Verfügung von Todes wegen vorkommen kann, nur keine Erbeseinsetzung. Das A. L.R. schließt sich mit seiner Begriffsbestimmung scheinbar hieran an, denn es nennt ein Testament jede einseitige Willenserklärung, wodurch jemand zum Erben einer Verlassenschaft berufen wird[3]), und Codicill eine solche, worin über etwas, nur nicht über die Erbfolge im ganzen, verordnet wird[4]). Doch sind die charakteristischen Unterscheidungszeichen des R. R. zwischen einem Testamente und Codicille keines-

1) L. 1 D. qui testamenta (XXVIII, 1). — Ulp. XX, §. 1.
2) L. 14 C. de testamentis et quemadmod. (VI, 23).
3) A. L.R. I, 12, §. 3. Auch in wechselseitigen Testamenten (§. 614 d. T.) ist die Erklärung eines jeden Theils wesentlich einseitig, d. h. widerruflich.
4) Ebend. §. 5. Das Princip ist die Principlosigkeit hier wie sonst.

weges beibehalten, vielmehr bleibt ein Testament nach Pr. R. im übrigen ein giltiges Testament, wenngleich die Erbeseinsetzung wegfällt[5]), und der formelle Unterschied zwischen beiden Arten, nach R. R., fällt im Pr. R. gleichfalls weg, indem Codicille in der Regel die Form der Testamente haben müssen[6]). Man hätte daher, folgerecht, einen jeden letzten Willen ein Testament nennen mögen.

II. Form.

1. Aeußere Form.

Krull, Handbuch für den preußischen Richter zum Gebrauch bei Ab- und Aufnahme letztwilliger Dispositionen. Breslau 1835.

a) Der Testamente.

§. 815.

α) Regelmäßige Form.

Das R. R. hat der Form nach zwei Arten von Testamenten: ein Privat- und ein öffentliches Testament. Jedes konnte nach G. R. schriftlich oder mündlich errichtet werden. Das Privattestament ist durch das A. L. R. ganz abgeschafft[1]). Das öffentliche Testament bestand in einer, vor einem Juder oder der Municipalobrigkeit zu Protokoll gegebenen mündlichen, oder dem Kaiser in seinem Ministerrathe offen überreichten schriftlichen Erklärung[2]); die schriftliche Form des öffentlichen Testaments ist durch den gemeinrechtlichen Gerichtsgebrauch aufgebracht[3]). Beide Formen hat das A. L. R. beibehalten. I. Das nähere für gewöhnliche Fälle ist dieses: 1) Das Testament muß von dem Testator in Person[4]) einem gehörig besetzten Gerichte (§. 554) entweder schriftlich und versiegelt übergeben, oder mündlich zu Protokoll gegeben werden[5]). Doch

5) Ebend. §. 279. — Suarez, in den Jahrb. Bd. XLI, S. 80, sagt dazu, daß dadurch nichts neues eingeführt werde, weil die clausula codicillaris bisher denselben Effect gehabt habe.

6) A. L. R. a. a. O. §. 66. Ausnahmen machen die §§. 161 ff.

1) Diese Bestimmung hat viel gutes, weil wir viel zu wenig an Förmlichkeiten gewöhnt sind, daher oft etwas versehen werden würde. Auch kann daraus bei der Leichtigkeit, einen Richter zu erlangen, kein Nachtheil entstehen.

2) L. 19 C. de testamentis (VI, 23). — v. Savigny, Rechtsgesch. Bd. I, S. 82—84.

3) Glück, Commentar, §. 1409, Bd. XXXIV, S. 188 flg.

4) Damit ist die durch die Meinung vieler gemeinrechtlicher Juristen vertheidigte Praxis, welche die Uebergabe eines Testaments auch durch einen Bevollmächtigten geschehen ließ (Glück a. a. O. Note 23), beseitigt.

5) A. L. R. I, 12, §§. 66, 82—92. Die Vereidigung der statt des Protokollführers zuzuziehenden zwei Schöppen vor Gericht ist nicht nothwendig, sondern es kann deren eidliche Verpflichtung auch vor einer andern öffentlichen Behörde, namentlich vor einem königlichen Intendantur- (Rent-, Domänen-)

können Personen, welche noch nicht 18 Jahre alt, oder welche blind sind, oder welche das Lesen und Schreiben nicht verstehen, oder welche nicht unterschreiben können, nur mündlich testiren[5a]). Persönliche Gegenwart ist schlechthin nothwendig, so daß, wenn der Testator an ordentlicher Gerichtsstelle nicht erscheinen kann oder will, er das Gericht ersuchen muß, sich zu ihm zu begeben[6]). 2) Competenz des Gerichts ist zur Giltigkeit des Testaments nicht erforderlich; aber der Richter, welcher an einem Orte, wo er keine Gerichtsbarkeit hat, ohne giltigen Grund ein Testament auf- oder annimmt, soll die Gebühren an den Ortsrichter herausgeben und eben so viel dem Fiscus als Strafe entrichten[7]). 3) Die Testamentserrichtung vor versammeltem Richtercollegium[8]) ist ganz ungebräuchlich, vielmehr wird die Handlung in der Regel immer von einer Deputation aufgenommen. Diese Deputation, bestehend aus einem Richtercommissarius und einem Actuarius, oder statt des letztern aus zweien, schon vor der Amtshandlung vereideten, Gerichtsschöppen[9]), muß von dem Dirigenten des Gerichts, schriftlich und besonders für den einzelnen Fall, ernannt worden sein; der Dirigent kann auch für sein eigenes Testament die Deputation ernennen[10]). Ist nicht wenigstens der Richtercommissarius auf diese Weise vorher ernannt worden, so ist das Testament null, wenn auch die Handlung von dem Dirigenten hinterdrein gutgeheißen worden wäre; der Protokollführer aber kann von dem ernannten Richtercommissarius, unbeschadet der Giltigkeit der Handlung, ohne

---

Amte rechtsgiltig bewirkt worden sein. Pr. 18, v. 9. April 1833. Verwandtschaft und Schwägerschaft zwischen dem Richter und dem Testator machen den Richter nicht unfähig. Pr. 2276, v. 5. März 1851 (Entsch. Bd. XX, S. 132). Aber die beiden Gerichtspersonen dürfen unter sich nicht in einem solchen Verhältnisse stehen. Vergl. Not.Ordn. v. 11. Juli 1845, §. 8.

5a) A. L.R. a. a. O. §§. 17 und 113. Ein übergebener schriftlicher Aufsatz dient nur zur Information; wenn er aber als schriftliches Testament dienen soll, so muß er dem Testator vorgelesen und dessen Erklärung darüber in einem dem Aufsatze beizufügenden Protokolle verzeichnet werden. Pr. des Obertrib. 2502, v. 24. Februar 1854 (Entsch. Bd. XXVII, S. 329).

6) A. L.R. a. a. O. §§. 67—71.

7) Ebend. §§. 72—81, 91; Anh. §. 29. Ist jetzt ohne alle Bedeutung.

8) A. L.R. a. a. O. §. 87. — A. G.O. II, 4, §. 5.

9) A. L.R. I, 12, §§. 82—86. — Schles. Archiv Bd. V, S. 219 flg. Vergl. Note 5. Die Schöppen können zu der einzelnen Handlung besonders bestellt werden. Proc.O. Tit. 25, §§. 53—55.

10) A. L.R. a. a. O. §§. 88—90. — In Folge der neuen Gerichtsverfassung genügt auch eine generelle Ernennung. Geschäftsregl. v. 18. Juli 1850, §. 19 (J. M. Bl. S. 238). Der J. M. hatte dies schon durch eine Verf. v. 13. Juli 1843 (J. M. Bl. S. 190) angeordnet. Die Gesetzeskraft dieser Verf. ist apokryph.

vorherige Ernennung seitens des Dirigenten, zugezogen werden[11]). 4) Dieser Deputation, d. h. in persönlicher und gleichzeitiger Gegenwart beider Gerichtspersonen, muß der Testator seinen letzten Willen mündlich aussprechen oder schriftlich übergeben. Die übergebene Schrift muß von ihm eigenhändig wenigstens unterschrieben sein, was er gethan zu haben gleichfalls aussprechen muß[12]). Daher kann jemand, der nicht unterschreiben kann, nur mündlich testiren[13]). Die Schrift kann versiegelt oder offen übergeben werden. Ist sie offen und soll sie den letzten Willen vorstellen, so muß sie, falls dies noch nicht geschehen, von dem Testator unterschrieben, darauf von der Deputation mit dem Vermerke: daß der Aufsatz den letzten Willen des Testators enthalte, bei Strafe der Nichtigkeit, unter der Unterschrift versehen und hiernächst in Gegenwart desselben mit dem Gerichtssiegel versiegelt werden[14]). Das versiegelt übergebene Testament wird gleichfalls noch durch Beidrückung des Gerichtssiegels versiegelt, doch ist die Unterlassung keine Nullität[15]); der äußere Umschlag muß von der Deputation in Gegenwart des Testators mit dem Vermerke überschrieben werden: daß darin die letztwillige Disposition des N. N. enthalten sei, welche derselbe an dem untengenannten (heutigen) Tage der unterschriebenen Deputation des

11) War streitig. E.D. vom 24. März 1839 (G.S. S. 155); A. L.R. I, 12, §. 135.

12) A. L.R. §§. 100—104 dies. Tit. Es erzeugt allein noch keine Nichtigkeit eines zum gerichtlichen Protokolle erklärten Testaments, wenn einer der bei dessen Aufnahme zugezogenen Gerichtsschöppen sich während der Verhandlung nicht ununterbrochen bei derselben anwesend befunden hat, sofern nur das vollständig besetzte Gericht bei der Vorlesung, Genehmigung und Vollziehung des Protokolls gegenwärtig gewesen ist. Und ebenso ist ein von dem Richter einem der Schöppen dictirtes und von dem Richter nicht selbst geschriebenes Testament keineswegs bloß aus diesem Grunde nichtig. Pr. 1779, v. 10. Sept. 1846 (Entsch. XIII, 179).

13) A. L.R. a. a. O. §. 113. Vergl. oben Anm. 5a.

14) Ebend. §§. 100, 107—110. Nach einem Minist.R. v. 9. August 1802 (Mathis, Bd. I, S. 107) sollte zwar der Mangel dieses Vermerks unter der Unterschrift selbst, wenn er durch eine Erklärung im Protokolle ersetzt sei, nicht ungiltig machen, doch hat das Obertrib. in seiner Entsch. v. 20. Nov. 1849 (Bd. XIX, S. 159) das Gegentheil ausgesprochen, und dieser Meinung ist nach A. L.R. §. 139 d. T. allerdings Beifall zu geben. Der Fall jenes R. ist aber in der That auch ein ganz anderer als der des §. 107 d. A. L.R.: der Testator hatte gar nicht einen offenen Aufsatz übergeben, sondern er war noch mit der Verfertigung seines Testaments nicht völlig zu Ende gekommen; er versiegelte dasselbe erst nach dem Eintreffen der Deputation (also in deren Gegenwart) und übergab nun das gehörig versiegelte Testament. Die Deputation ist bloß dazu da, die Erklärung des Testators aufzunehmen, nicht zu beobachten, was zufällig gethan wird.

15) A. L.R. a. a. O. §. 103; Anh. §. 33.

ꝛc. Gerichts übergeben habe[16]); und der Testator muß befragt werden: ob er das Testament ge- oder doch wenigstens unterschrieben habe[17]). 5) Ueber den Hergang wird ein Protokoll, worin das übergebene Testament nach seiner Ueberschrift und den Siegeln zu beschreiben ist, aufgenommen und dieses sowohl von der Deputation als dem Testator unterzeichnet[18]). Es ist gleichviel, wer von der Deputation das Protokoll geschrieben hat, es ist auch kein Erfordernis der Giltigkeit, daß das Protokoll in der unmittelbaren Gegenwart des Testators, namentlich in dem nemlichen Zimmer, worin er sich befindet, oder im ununterbrochenen Beisein sämtlicher Beisitzer geschrieben werde: es genügt, wenn bei der Vollziehung des Acts (Vorlesung und Unterschrift) die Gerichtspersonen alle den Testator sehen und hören können[19]). 6) Das mündliche Testament wird zu Protokoll genommen, von dem Testator mit unterschrieben, wenn er nicht schreiben kann, in Gegenwart zweier, erst nach der Vorlesung zuzuziehender, Instrumentszeugen[19a]) unterzeichnet, wenn er auch ein Handzeichen zu machen nicht im Stande ist, von den beiden Zeugen, nachdem der Testator in ihrer Gegenwart erklärt hat, daß ihm das Protokoll vorgelesen worden sei, und er dasselbe genehmige, mit der Deputation unterschrieben[20]). Das gehörig vollzogene Protokoll wird, eben so wie ein übergebenes schriftliches Testament, in einen Umschlag gethan, dieser in Gegenwart des Testators mit dem Gerichtssiegel versiegelt und in der vorhin angegebenen Art überschrieben; doch bewirkt der Mangel der gehörigen Versiegelung keine Nullität[21]); denn das Testament ist mit der Vollziehung des Protokolls vollendet und was darauf noch folgt, hat bloß den Zweck, die Identität des Aufsatzes

16) A. L.R. a. a. O. §. 103; A. G.O. II, 4, §. 3.

17) A. L.R. a. a. O. §. 102. Dieses wird dadurch, daß sich findet: der Testator habe wirklich unterschrieben, nicht unnöthig. Pr. 213, v. 1836.

18) A. L.R. a. a. O. §. 103 u. A. G.O. a. a. O. §. 4. (3. A.) Stirbt der Testator vor der Unterschrift, wenngleich er nach der Vorlesung und Genehmigung noch gelebt hat, so bleibt das Testament unfertig.

19) Schles. Archiv, Bd. V, S. 220 flg. S. oben Note 12.

19a) Als giltiger Instrumentszeuge kann auch der Vormund eines im Testamente eingesetzten Erben zugezogen werden, hat der I. S. des Obertrib. am 21. December 1848, Präj. 2083, angenommen. Das halte ich nicht für gerechtfertigt. Der Vormund ist kein classischer Zeuge zum Vortheil seines Mündels. Vergl. die Note 30.

20) A. L.R. a. a. O. §§. 104, 105, 115—122. — Wenn der Testator Handzeichen zu zeichnen im Stande ist, so muß solches, bei Strafe der Ungiltigkeit des Testaments, in Gegenwart der zuzuziehenden zwei Zeugen geschehen. Die Erklärung des Testators vor denselben, daß die Handzeichen von ihm gezogen worden, ist nicht hinreichend. Pr. 491, vom 25. Juni 1838.

21) A. L.R. a. a. O. §. 105; Anh. §. 33. — A.G.O. II, 4, §. 4.

gegen jeden Zweifel zu sichern. 7) Das übergebene oder aufgenommene und versiegelte Testament nimmt die Deputation an sich und überliefert es dem Gerichte, welches solches zur Verwahrung zum Depositum bringen, und dem Testator über die erfolgte Niederlegung einen Recognitionsschein ausfertigen läßt[22]). Doch gehört diese Art der Aufbewahrung nicht zu den wesentlichen Förmlichkeiten, deren Mangel das Testament nichtig macht, vielmehr dient sie bloß zur Sicherung der Identität und Verhinderung eines Streites darüber; das Testament, dessen Identität zweifellos ist oder erwiesen wird, gilt mithin, wenn auch dasselbe bis zur Publication noch gar nicht in das gerichtliche Depositum gekommen, oder von der Deputation an das Gericht überhaupt abgeliefert worden wäre[23]). II. Für folgende besondere Fälle sind noch andere Förmlichkeiten vorgeschrieben: 1) Wenn der Testator taub ist, müssen die an ihn gerichteten Fragen schriftlich vorgelegt, und sowohl diese Fragen als die darauf gegebenen Antworten wörtlich in das Protokoll geschrieben, das Protokoll muß von dem Testator selbst durchgelesen, und, daß solches geschehen, von ihm bei seiner Unterschrift vermerkt werden[24]). Kann er nicht schreiben, so sind zwei glaubwürdige Personen aus dem täglichen Umgange desselben zuzuziehen und in deren Gegenwart sind ihm mittelst einer druckähnlichen Schrift die Fragen vorzulegen. Kann er auch nicht Gedrucktes lesen, so ist die dem Testator gewöhnliche Zeichensprache anzuwenden. Als Dolmetscher sind zwei eben dergleichen Personen, welche sich mit ihm verständigen können, zuzuziehen, vor der Vernehmung des Testators an Eidesstatt und mit Hinweisung auf den künftig zu leistenden Eid darüber zu vernehmen: ob und woher sie wissen, daß man sich dem Testator durch Zeichen verständigen könne; und darauf sind sie durch Proben von Seiten des Gerichts zu prüfen. Wenn das Gericht sich von der Richtigkeit der Angaben überzeugt und den Hergang zu Protokoll verzeichnet hat, läßt es durch die beiden Dolmetscher, abwechselnd bald durch den einen bald durch den andern, den Testator befragen und ihm die niedergeschriebene Erklärung desselben zur Genehmigung vorhalten. Diese Dolmet-

22) A. L.R. I, 12, §. 112. — A.G.O. a. a. O. §. 8.

23) Anh. z. A. L.R. §. 33. — Schles. Arch. Bd. V, S. 220. — Pr. 1586, vom 13. Juni 1845 (Entsch. XI, S. 203). Deswegen kann jedes Testament, ohne Schaden an seiner Giltigkeit, versendet werden. A. L.R. I, 12, §. 79; Anh. §. 30; Anh. z. A.G.O. (II, 4, §. 9) §. 429. Nur wird dadurch ein Angriff gegen die Identität des letzten Willens erleichtert.

24) A. L.R. I, 12, §. 123. — A.G.O. II, 3, §. 4.

scher dienen zugleich als Unterschriftszeugen[25]). 2) Wenn der Testator stumm ist, muß er selbst die ihm schriftlich vorgelegten, im Protokoll verzeichneten, Fragen schriftlich beantworten. Kann er nicht schreiben, so wird die Zeichensprache angewendet, wobei eben so verfahren wird[26]). 3) Wenn der Testator taub und stumm zugleich ist, sind dieselben Förmlichkeiten zu beobachten (Note 25). 4) Will ein Blinder testiren, so muß ihm zu dem Act von Anfang ein Beistand zugeordnet werden, dieser muß ihm am Ende das Protokoll vorlesen und an seiner Statt unterschreiben, bei der Unterschrift aber müssen zwei Instrumentszeugen zugezogen werden, in deren Gegenwart der Testator erklärt, daß ihm das Protokoll vorgelesen worden sei und er dasselbe genehmige[27]). 5) Wenn der Deputation die Sprache des Testators nicht hinlänglich bekannt ist, so müssen, je nachdem beiden Gerichtspersonen oder nur einer von ihnen die Sprachkenntnis abgeht, zwei oder ein Dolmetscher oder sprachkundige Zeugen zugezogen werden. Uebergibt der Testator ein schriftliches Testament, so wird darüber das Protokoll in deutscher Sprache abgefaßt; verordnet er aber mündlich, so muß das Protokoll darüber durch einen der Dolmetscher oder Sprachzeugen in der Sprache des Testators niedergeschrieben werden. Mit der Vollziehung dieses Protokolls ist das Testament vollendet. Was noch weiter geschehen soll, ist nicht mehr wesentlich, die Unterlassung schadet mithin der Giltigkeit nicht. Es soll nemlich das Testament zugleich auch in die Sprache des Richters übersetzt, und beide Exemplare sollen eingesiegelt werden[28]). 6) Wenn der Testator eine der Gerichtspersonen bedenken will. Wird ein schriftliches Testament übergeben, so hat dieser Umstand keinen Einfluß auf die Amtshandlung, selbst wenn die Gerichtsperson Kenntnis davon hat[29]). Soll mündlich testirt und eine der Gerichtspersonen zum Erben berufen werden, so ist sie zur Amtshandlung ganz unfähig; wird ihr jedoch nur ein Vermächtnis zugedacht, so kann sie die Handlung giltig verrichten, aber zur Giltigkeit des Vermächtnisses ist nothwendig, entweder daß der Testator eigen-

25) A.G.O. II, 3, §. 7. — R. vom 24. Juni 1802 (N. A. Bd. III, S. 5; Mathis, Bd. I, S. 108; Rabe, Bd. VII, S. 175).

26) A. L.R. I, 12, §. 123. — R. vom 10. Mai 1806 (N. C. C. Tom. XII, S. 345; N. A. Bd. IV, S. 255; Rabe, Bd. VIII, S. 591).

27) A. L.R. a. a. O. §. 104, verbunden mit A.G.O. II, 3, §. 8, und A. L.R. a. a. O. §. 122.

28) A. L.R. I, 12, §§. 124—132. Das Exemplar in der Sprache des Testators ist das Original.

29) Ebend. §. 133. — Schles. Arch. Bd. V, S. 219.

händig, am Rande bei der gehörigen Stelle oder bei seiner Unterschrift, vermerke, wie solches wirklich seine Absicht sei, der Gerichtsperson das Vermächtnis zuzuwenden; oder, wenn er nicht schreiben kann, daß zwei glaubwürdige Zeugen diesen Vermerk eigenhändig beischreiben [30]). III. Die Einheit der Handlung (unitas actus) ist kein wesentliches Erfordernis, der Richter soll nur zur Verhütung von Processen den Anlaß der Unterbrechung, so wie die Zeit derselben und der Fortsetzung und Beendigung der Handlung, im Protokolle vermerken [31]).

§. 816.

β) Privilegirte Form.

Von diesen förmlichen Testamenten gibt es folgende Ausnahmen: I. Das dem Landesherrn übergebene. Es ist von doppelter Art: 1) Das von Personen aus der landesherrlichen Familie. Wenn dieses in einem schriftlichen Aufsatze dem Landesherrn übersendet und von dort dem Cabinetsarchive, oder einem Gerichte überwiesen wird, so ist es giltig [1]). 2) Das irgend einer andern Person. Zu dessen Giltigkeit wird erfordert, daß der Landesherr selbst das Schriftstück, welches den letzten Willen enthält, aus den Händen des Testators angenommen hat [2]). II. Das militärische Testament. Das Privilegium, militärisch zu testiren, hebt an von dem Augenblicke, wo die Truppe aus ihrem Standquartiere ins Feld rückt oder in ihrem Standquartiere vom Feinde bedroht wird, so wie bei Seedienſten von da, wo das Schiff bestiegen wird, und dauert bis zum Ende des Krieges, ohne daß es durch Einrücken in Festungen oder Winterquartiere, noch durch Waffenstillstand unterbrochen wird [3]). Es steht zu allen Personen, welche der Armee zu folgen verpflichtet sind, ohne Unterschied des Alters, wenn sie nur überhaupt testamentsmündig sind (§. 818), und ohne Unterschied: ob sie

30) A. L.R. a. a. O. §§. 134—138. Verwandtschaft oder Schwägerschaft zwischen dem Richter und dem Erben bis zum vierten Grade der Seitenlinie machen gleichfalls den Richter unfähig zur Aufnahme eines mündlichen Testaments. A.G.O. III, 3, §. 13. Die Verwandtschaft mit dem Testator ist kein Hindernis. Vergl. Note 5.

31) A. L.R. a. a. O. §. 150. — Ueber G. R.: Marezoll, über die bei der Testamentserrichtung zu beobachtende Einheit des Orts, des Tages, der Zeit und des Rechtsactes (Linde's ꝛc. Zeitschr. für Civilrecht und Proceß, Bd. IV, H. 1 [1831]).

1) A. L.R. a. a. O. §. 176. — Dieses ist dem röm. testamentum principi oblatum ähnlich. L. 19 C. de testam. (IV, 23).

2) A. L.R. a. a. O. §. 175. Der Beweis muß durch Zeugen geführt werden. §. 175: „Sobald die geschehene Uebergabe glaubhaft bezeugt ist."

3) Ebend. §§. 177—179.

zu wirklichen Kriegsdiensten oder zu andern Diensten bei dem Heere bestimmt sind[4]), auch während der Gefangenschaft oder Geiselhaft[5]), mithin nicht solchen Personen, welche aus eigener Bewegung dem Heere folgen, d. h. keinem Militärbefehlshaber unterworfen sind, wie z. E. Frauen, Kinder und Dienstboten, wohl aber aus dem eben gedachten Grunde den eingetretenen Freiwilligen[6]). Das militärische Testament kann schriftlich und mündlich errichtet werden. 1) Die schriftliche Form erfordert entweder einen eigenhändig von dem Testator ge- und unterschriebenen Aufsatz, oder einen von ihm zwar bloß unterschriebenen, aber im Lager vor dem Feinde oder in einer wirklich belagerten Festung errichteten und von einem, durch den Testator persönlich zur Unterschrift veranlaßten, glaubwürdigen Testamentszeugen mit unterschriebenen Aufsatz, welcher bei dem Testator selbst oder auch in der Feldkriegscasse aufbewahrt werden kann[7]). 2) Mündlich kann testirt werden: a) vor einem vorgesetzten Oberofficier des Testators und zwei Zeugen in der Form, daß das mündliche Testament niedergeschrieben und von dem Officier oder Auditeur und den Zeugen unterschrieben, darauf die Zeit der Errichtung bemerkt und von dem Officier oder Auditeur aufbewahrt wird[8]); b) vor zwei glaubwürdigen Zeugen oder einem Oberofficier, ohne schriftliche Aufzeichnung, während eines Gefechts oder unmittelbar vorher[9]). Dieses bleibt giltig, bis die Truppe, nach geendigtem Kriege, in ihr Standquartier eingerückt ist[10]); ein nach einer der drei erstgedachten Formen errichtetes Testament behält seine Kraft Ein Jahr lang nach wieder hergestelltem Frieden[11]). Durch Desertion verliert jedes militärische Testament seine Kraft und wird durch Pardon nicht wieder hergestellt[12]). III. Das Testament der

---

4) Ebend. §. 180. — Ebenso nach L. 44 D. de testam. mil. (XXIX, 1); L. 1 D. de bon. poss. ex test. mil. (XXXVII, 13).

5) A. L.R. a. a. O. §. 182.

6) Ebend. §. 181. Wenn sie nemlich nicht bloß auf willkürlichen Rückzug sich bei einer einzelnen Affaire angeschlossen haben, vielmehr ordentlich eingetreten sind.

7) Ebend. §§. 183—187; Anh. §. 36. — C.O. vom 11. Juli 1833 (G.S. S. 289).

8) A. L.R. a. a. O. §§. 194, 195. Diese Form ist für Gefangene und Geiseln ungünstig, da nicht jeder immer einen seiner vorgesetzten Oberofficiere bei dem Trupp hat.

9) Ebend. §. 192; Anh. §. 37. Diese haben, wenn es darauf ankommt, das ihnen anvertraute Testament eidlich zu deponiren.

10) Anh. z. A. L.R. §. 38.

11) A. L.R. I, 12, §. 196. Aehnlich nach L. 21, 26, 38 pr. §. 1 D. de test. mil. (XXIX, 1); §. 3 J. de mil. test. (II, 11).

12) A. L.R. I, 12, §. 197. (3. A.) Der Grund dieser Bestimmung, die Vermögensconfiscation, ist weggefallen.

Seereisenden. Wer sich auf einem Schiffe in See befindet, kann auf militärische Art testiren, wobei der Vorgesetzte des Schiffs die Stelle des Officiers vertritt; ein solches Testament gilt jedoch nur bis dahin, wo es dem Testator nach dem Einlaufen in einem Hafen möglich gewesen ist, seine Verordnung in der ordentlichen Form zu wiederholen oder zu bestätigen[13]). IV. Das Testament zur Zeit ansteckender Krankheit (testamentum tempore pestis conditum) oder einer Kriegsgefahr. Von der Zeit an, wo wegen ansteckender Krankheit der Ort, oder die Gegend, oder die Straße, oder das Haus gesperrt, oder wegen Kriegsgefahr das Gericht des Orts geschlossen ist, kann jede Civilperson, welche dadurch verhindert ist, vor Gericht zu kommen, militärisch, doch mit Ausnahme der unter Ziffer II, 2, b erwähnten Art, testiren. Bei der unter II, 2, a erwähnten mündlichen Form vertritt eine einzelne auch nicht deputirte richterliche Person, der Prediger oder Kaplan, ein Arzt des Orts, ein Rechtsanwalt oder Notarius, ein bei den angeordneten Schutzdeputationen bestellter Arzt, Polizeibeamter, stellvertretender Officier, oder Schutzcommissionsvorsteher, die Stelle des Officiers oder Auditeurs. Dergleichen Testamente gelten Ein Jahr lang nach wieder aufgehobener Sperre, und beziehlich nach Wiederherstellung des ordentlichen gerichtlichen Geschäftganges[14]). V. Das Testament auf dem Lande in dringenden Fällen (testam. ruri conditum). Auf dem Lande oder in Städten, wo kein Richter wohnt oder am Orte anwesend ist, darf das Dorfgericht und beziehlich der Magistrat Testamente aufnehmen, wenn die Gefahr so dringend ist, daß die Herbeiholung einer ordentlichen Gerichtsdeputation nicht abgewartet werden kann[15]). Zur Giltigkeit eines solchen Testaments ist erforderlich: 1) Das Dorfgericht muß vollständig besetzt sein[15a]). Die Magistrate können Deputationen abordnen, welche aus dem Bürgermeister oder dessen Stellvertreter und zwei Magistratsmitgliedern, oder aus einem solchen Mitgliede und dem Stadtsecretär, oder an Stelle des Secretärs aus einem vereideten Gerichtsschreiber, oder einem Rechtsanwalte oder Notarius, oder

13) Ebend. §§. 205—207. Der Mangel der Fristbestimmung kann Zweifel veranlassen. — Außer diesem Falle wird kein testamentum peregrinantium anerkannt. Suarez, in: Jahrb. Bd. XLI, S. 77.

14) A. L.R. a. a. O. §§. 198—201. — C.O. vom 8. October 1831 (G.S. S. 225); C.O. vom 12. Juli 1831 (G.S. S. 156). Polizeiliche Warnungstafeln an dem Hause sind eine genügende Absperrung. Entsch. des Obertrib. vom 22. März 1850 (XIX, 164).

15) A. L.R. a. a. O. §§. 93, 98, 99.

15a) S. oben §. 62 a. E., und wegen der Vereidigung die Note 5 zu §. 815.

aus dem Prediger, bestehen müssen[16]). Wo die Städteordnung nicht eingeführt ist, muß die Deputation aus dem Bürgermeister oder dessen Stellvertreter und zwei Rathmännern, wovon der eine durch eine der vorhin genannten Personen, oder durch ein Mitglied des Stadtraths, und auch durch einen katholischen Pfarradministrator, vertreten werden kann, zusammengesetzt sein[17]). Sämtliche Mitglieder des Dorfgerichts und der Magistratsdeputationen sollten deutsch schreiben und Geschriebenes lesen können, doch hat die Praxis angenommen, daß ein dorfgerichtliches Testament dadurch, daß die bei dessen Aufnahme zugezogenen Schöppen das, von dem Gerichtsschreiber aufgenommene Protokoll wegen Schreibensunkunde nicht mit ihrer Unterschrift vollzogen haben, nicht ungiltig werde[17a]), und wenn der Testator nicht deutsch versteht, müssen wenigstens zwei Mitglieder der Sprache desselben mächtig sein, oder es muß die Zahl von zwei Sprachzeugen durch Zuziehung von Dolmetschern hergestellt werden (Note 17). 2) Das Dorfgericht und beziehlich die Magistratsdeputationen mußte sonst in corpore das aufgenommene Testament sogleich dem ordentlichen Richter überbringen und sich von ihm vor gehörig besetztem Gerichte über den Hergang der Sache vernehmen lassen[18]). Ein Mangel an diesen beiden Erfordernissen machte das Testament nichtig[19]). Das zweite Requisit fällt nach neuem Rechte weg; die Rechtsbeständigkeit des Testaments oder Codicills ist von dieser persönlichen Einhändigung (die übrigens auch durch ein einzelnes Mitglied genügend soll bewirkt werden können) nicht mehr abhängig[19a]). 3) Der Richter hat das aufgenommene Protokoll, nebst dem überbrachten letzten Willen, wie gewöhnlich, zu verwahren. Ist jedoch der Testator noch am Leben und verfügungsfähig, so hat der Richter ihn das Protokoll, vor der Ver-

16) A. L.R. a. a. O. §. 99. — C.O. vom 21. Jan. 1841 (G.S. S. 13).

17) C.O. vom 6. Novbr. 1834 (G.S. S. 181).

17a) Plenarbeschl. (Pr. 1876) des Obertrib. vom 14. Juni 1847 (Entsch. Bd. XV, S. 17).

18) A. L.R. I, 12, §. 95. — R. vom 10. Juni 1833 (Jahrb. Bd. XLI, S. 427). — S. oben §. 62. — Gegen diese Bestimmung wurde oft gefehlt, gewöhnlich schicken die Dorfgerichte das Testament durch einen Boten.

19) A. L.R. a. a. O. §§. 139, 97. — Entscheid. des Obertrib. Bd. III, S. 121; Bd. IV, S. 80. — Mathis, Bd. I, S. 147.

19a) Declaration vom 10. Juli 1844 (G.S. S. 263). Daran knüpft sich nun die Frage: wie es mit der Vernehmung der nicht erschienenen Dorfgerichts-Mitglieder gehalten werden soll? Ist der Testator schon verstorben, so werden dieselben zu ihrer Vernehmung vor Gericht zu bescheiden sein; ist der Tod des Testators nicht bekannt, so wird sich eine Deputation zu ihm zu begeben haben. Wird er noch dispositionsfähig angetroffen, so wird durch seine Vernehmung die Vernehmung der Dorfgerichts-Mitglieder erübrigt; kann er sich nicht mehr erklären, so werden nun die ausgebliebenen Mitglieder an Ort und Stelle zu vernehmen sein.

siegelung und Niederlegung, noch genehmigen zu lassen; die Unterlassung dieser Vernehmung begründet jedoch keine Nichtigkeit[20]). VI. Testamente der Gesandten und im Staatsdienste stehenden gesandtschaftlichen Personen bei fremden Höfen. Diese Personen haben die Wahl, entweder in der an ihrem Aufenthaltsorte hergebrachten Form, oder in nachbezeichneter privilegirter Form zu testiren: Der letzte Wille muß schriftlich erklärt und die Schrift von dem Testator eigenhändig ge- und unterschrieben, auch datirt sein. Diese Schrift muß, offen oder versiegelt, mittelst eines eigenhändig geschriebenen, ebenfalls datirten Annahmegesuchs an das Ministerium der auswärtigen Angelegenheiten eingesandt werden, und dieses muß das Gesuch, mit der beiliegenden Verordnung, an das Kammergericht zur Verwahrung abgeben. Die Errichtung dieser privilegirten Verordnung ist mit der Ablieferung an denjenigen, der die Ueberbringung der gesandtschaftlichen Berichte an das Ministerium bewirken soll (Post, Courier oder Reisender), vollendet; und die Verordnung bleibt giltig ein Jahr lang von da an, wo der Testirer nach seiner Abberufung wieder in das Inland zurückgekehrt ist oder wo er im Auslande zu bleiben sich entschlossen hat[21]). VII. Verordnungen der Eltern unter Kindern. Constantin verordnete zuerst, daß Väter, rücksichtlich der sui, die Theilung ihrer Erbschaft unter diesen, auf formlose Weise anordnen könnten[22]), und Theodos II. dehnte solches auf die Eltern beiderlei Geschlechts aus[23]). Diese Verfügungen waren bloße Erbtheilungen unter den Intestaterben. Justinian ordnete ebenfalls anfänglich bloß die Erbtheilungen bestimmter[24]); einige Jahre später aber ordnete er, neben den elterlichen Erbtheilungen, noch eine neue förmliche Art zu testiren für die Eltern, bezüglich auf ihre Kinder, an, wodurch eine wirklich testamentarische Erbfolge eröffnet wurde[25]). Danach unterscheidet man ein testamentum privilegiatum parentum inter liberos von einer bloßen divisio parentum inter liberos. Die landrechtliche Gesetzgebung hat davon nur die Verordnung der Eltern über „die Grundsätze, oder die Art der Theilung unter ihren gesetzlichen Er-

20) A. L. R. a. a. O. §§. 96, 97, 139; Anh. §. 33. Gewöhnlich wird bei der Vernehmung des Testators ein neues förmliches Testament aufgenommen und der dorfgerichtliche Aufsatz weiter nicht gebraucht.

21) Gesetz vom 3. April 1823 (G. S. 1823 S. 40).

22) L. 16, 26 C. familiae ercisc. (III, 36); L. 1 C. Theod. eod. (II, 24).

23) Nov. Theod., L. I, tit. 16; L. 21, §. 1 C. de testam. (VI, 23).

24) Nov. 18 (von 536), c. 7. — Auth. si modo (zu L. 26 C. fam. ercisc.).

25) Nov. 107, vom J. 541.

ben in absteigender Linie" als eine privilegirte Testamentsform aufgenommen, kennt mithin das privilegirte testamentum parentum inter liberos, d. h. den letzten Willen, wodurch eine testamentarische Erbfolge, mit oder ohne Veränderung der Intestaterbfolge, angeordnet wird, nicht[26]). Die Form der privilegirten Erbtheilung unter ab intestato berufenen Abkömmlingen ist dreifach: a) ein eigenhändig von dem Verordnenden ge- und unterschriebener Aufsatz; b) ein von ihm zwar nicht geschriebener, aber auf allen Blättern und am Schlusse unterschriebener, und vor einem Justizcommissarius und zweien Zeugen anerkannter Aufsatz, unter welchem dieses Anerkenntnis und die Versicherung des Verordnenden, den Aufsatz vorher durchgelesen zu haben, vermerkt ist; c) eine mündliche, vor einem Notarius und zweien Zeugen zum Protokolle gegebene Erklärung[27]). — Die Art und der Ort der Aufbewahrung ist gleichgiltig.

§. 817.

b) Der Codicille.

Codicille können ohne Testament bestehen[1]), müssen aber in der Regel die für Testamente vorgeschriebene Form haben, können jedoch auch in der privilegirten Form, wo dieselbe zulässig ist, errichtet werden[1a]). Ausnahmsweise gelten indes nachbezeichnete außergerichtliche Codicille, auch ohne Uebergabe an ein Gericht. 1) Codicille, worin Legate, die zusammen höchstens den zwanzigsten Theil des Vermögens des Erblassers ausmachen, und worin über andere das Vermögen nicht betreffende Punkte, z. E. wegen Begräbnisses, Bevormundung der Kinder u. dergl. verfügt ist. Dafür sind zwei Formen vorgeschrieben: a) eigenhändige Schrift und Unterschrift mit Beifügung des Jahres und Tages der Unterschrift; b) Aufnahme der Erklärung durch einen Notarius, unter Zuziehung eines Zeugen, und eigenhändige Unterschrift des Erblassers neben der des Notarius und Zeugen[2]). Uebersteigen die in einem oder mehrern solcher Co-

26) A. L.R. I, 12, §§. 170, 171; II, 2, §§. 380a, 381. — Schles. Arch. Bd. III, S. 582 flg. Daß der §. 380a den Eintritt der gesetzlichen Erbfolge voraussetze, meint auch das Obertrib. (Entsch. Bd. VII, S. 243).

27) A. L.R. II, 2, §§. 380a—380d. Unter dem Justizcommissarius ist ein Notarius zu verstehen, nicht ein Rechtsanwalt nach heutiger Betitelung.

1) A. L.R. I, 12, §§. 46, 256, 277—279. Ist eine erhebliche Abweichung vom R. R.

1a) A. L.R. I, 12, §§. 7, 8, 66, 100, 139, 175, 177, 194.

2) Ebend. §§. 161, 162, 169; Anh. §. 34. Die Fassung des §. 161 ist nicht treffend, indem er sagt: „Legate, welche den zwanzigsten Theil des Nachlasses wahrscheinlich, oder nach der Versicherung des Erblassers, nicht übersteigen, können ꝛc." Nach dem Wortlaute könnte also ein Erblasser den größten Theil seines Nachlasses durch eine außergerichtliche Schrift vermachen, wenn er

dicille ausgesetzten Legate den zwanzigsten Theil des Nachlasses, ohne Abzug der in einem förmlichen Testamente enthaltenen Legate: so werden sie alle verhältnismäßig so weit ermäßigt[3]). 2) Vermächtnisse, welche der Erblasser dem anwesenden Erben, auch dem Intestaterben, mündlich aufgetragen hat, bis auf den zwanzigsten Theil der Portion des Belasteten. Ist der Auftrag so gefaßt, daß das Vermächtnis aus dem ganzen Nachlasse entrichtet werden soll: so müssen auch die nicht gegenwärtig gewesenen Miterben das Legat bis auf den zwanzigsten Theil der Erbschaft gelten lassen. Der Beweis des Auftrags kann auf jede im allgemeinen zulässige Art geführt werden[4]). Bezieht sich der Auftrag auf eine, einem abwesenden Miterben im Testamente beschiedene, bestimmte Sache: so ist derselbe gegen diesen nicht wirksam[5]). 3) Codicille, welche der Erblasser in seinem Testamente sich ausdrücklich vorbehalten hat. Das A. L. R. selbst kannte diese Codicille im allgemeinen noch nicht, sondern hatte nur angeordnet, daß, außer dem Falle der divisio parentum inter liberos, dergleichen Theilungsvorschriften in außergerichtlichen Aufsätzen nur alsdann giltig sein sollten, wenn es der Erblasser in seinem Testamente sich ausdrücklich vorbehalten hätte[6]). Aus Anlaß dieser Vorschrift wurde es streitig: ob überhaupt außergerichtliche Codicille durch das darauf Bezug nehmende Testament, im Sinne des A. L. R., Kraft erhalten[7]). Diese Frage ist dahin entschieden, daß, wenn sich der Erblasser in seinem Testamente die Befugnis vorbehält, dasselbe durch außergerichtliche Aufsätze zu ergänzen, oder abzuändern, und dergleichen sich im Nachlasse finden, sie mit dem Testamente gleiche Kraft haben, wenn sie vom Testator eigenhändig unterschrieben und außerdem mit den im Testamente selbst etwa bestimmten Erfordernissen versehen sind[8]). Dabei liegt die Ansicht von den röm. codicilli testamento confirmati zu Grunde[9]), eine

versichert, daß der Gegenstand seiner Verfügung den zwanzigsten Theil seines Nachlasses nicht übersteige. Daß es aber nicht so, sondern in dem Sinne, wie es im Texte vorgetragen wird, gemeint ist, ergeben die §§. 164—168.

3) A. L. R. a. a. O. §§. 164—168.

4) Ebend. §§. 172—173. Pr. 1584, vom 6. Juni 1845. Dies ist das von Justinian eingeführte, von Neuern s. g. legatum heredi praesenti injunctum, nur mit dem Unterschiede, daß die Beweisführung nicht, wie nach R. R., bloß auf die Eidesdelation beschränkt ist. §. 12 J. de fideicommiss. (II, 23); L. 32 C. eod. (VI, 42); L. 13 C. de reb. cred. (IV, 1).

5) A. L. R. a. a. O. §. 174. War nach G. R. streitig. Leyser, Spec. 401, m. 2.

6) A. L. R. a. a. O. §§. 171, 163.

7) S. die sich widersprechenden Urtel des Kammergerichts und des Tribunals bei Stengel, Bd. XII, S. 225 flg.

8) Anh. z. A. L. R. (I, 12, §. 163) §. 35.

9) Gutachten der Gesetzcommiss. vom 23. October 1800 und der darin bezo-

Anwendung, welche dem Sinne des A. L.R. widerspricht und eine folgewidrige Bestimmung hineingebracht hat[10]). Unzweifelhaft ist jedoch, daß durch dergleichen vorbehaltene Codicille die in dem Testamente geschehene Erbeseinsetzung nicht geändert werden kann[11]).

§. 818.

2. Fähigkeit zu testiren.

Zur Form des Testaments gehören auch die persönlichen Fähigkeiten des Testators, zu testiren (testamenti factio). Das A. L.R. schließt sich hierin zum Theil wieder an das R. R. an, weicht jedoch dabei im einzelnen wieder bedeutend ab. Regel ist: Soweit jemand unter Lebendigen über sein Vermögen zu verfügen fähig und berechtigt ist, soweit kann er auch von Todes wegen verfügen; die Minderjährigkeit ist dabei kein Hindernis[1]). Die Unfähigkeit zu testiren (Intestabilität) gründet sich entweder in einem juristischen, oder in einem natürlichen Mangel. Ist ein natürlicher Mangel der Grund der Unfähigkeit, so wird das in einer solchen Unfähigkeit errichtete Testament durch den spätern Wegfall des Mangels nicht giltig; dagegen kommt das Testament eines aus einem juristischen Grunde Unfähigen regelwidrig von selbst zur Kraft, wenn der Mangel in der Folge gehoben wird[2]). I. Juristische Gründe der Unfähigkeit sind: 1) Mangel der Fähigkeit, eigenes Vermögen zu haben. Deshalb können nicht testiren: Mönche und Nonnen nach abgelegtem Klostergelübde[3]). — Aus dem Grunde, weil sie kein Vermögen haben konnten, waren, nach älterem R. R., auch Kinder in väterlicher Gewalt testamentsunfähig[4]), mit Ausnahme in Beziehung auf das peculium castrense[5]). Im Justin. R. ist der

gene Stryck, in Usu mod., Lib. XXIX, Tit. 7, §. 3 (N. A. Bd. I, S. 402; Rabe, Bd. VI, S. 338).

10) Das Motiv ist, weil es nie rathsam, ohne Noth von alten Gesetzen, Verfassungen und Einrichtungen abzuweichen, wobei sich der Staat bisher wohlbefunden habe; und da de lege ferenda die Rede, so würde der Satz vorgeschlagen. S. das gedachte Gutachten. Der Grund würde zwar für die Abschaffung des ganzen Titels 12, und Herstellung des früheren Testamentenrechts, aber nicht für die Einschiebung eines in das Ganze nicht passenden Satzes gelten können.

11) Entsch. des Obertrib. Bd. VIII, S. 272. Präj. 1201, vom 17. October 1842.

1) A. L.R. I, 12, §§. 9, 16.

2) Ebend. §§. 11—13, 30. — V. vom 28. Febr. 1811 (G.S. S. 156). — Bei Willenserklärungen unter Lebenden ist es anders; dergleichen Erklärungen müssen nach gehobener Unfähigkeit vollständig wiederholt werden, weil die Mitwirkung des andern Interessenten zur Vollendung gehört. A. L.R. I, 5, §§. 37, 38.

3) A. L.R. II, 11, §§. 1199—1202.

4) L. 6 pr., 16 pr.; L. 19 D. qui testam. fac. (XXVIII, 1); L. 3, §. 1 C. eod. (VI, 22).

5) L. 12 C. eod. — Pr. J. quibus non est permiss. (II, 12).

Grund zwar weggefallen, aber die testamenti factio ist solchen Kindern dennoch vorenthalten [6]). Das Pr. R. legt sie ihnen bei [7]). 2) Verlust der Verfügungsfähigkeit [8]). Aus diesem Grunde konnte nach R. R. der Prodigus nicht testiren [9]). Das Pr. R. beschränkt ihn bloß dahin, daß er zum Nachtheil des Ehegatten und jedes gesetzlichen Erben, bis zum sechsten Grade einschließlich, nur über die Hälfte dessen, was denselben ab intestato zukommen würde, soll verfügen dürfen; soweit die Verordnung diese Grenze zum Vortheil eines nicht ab intestato Berufenen überschreitet, ist sie ungiltig [10]). Diese theilweise Unfähigkeit tritt ein mit der Verwarnung, welche die Verwandten dem später für einen Verschwender erklärten Testator durch einen Notarius haben zugehen lassen, falls darüber ein Notariatsinstrument aufgenommen worden ist [11]), oder, wenn dergleichen Warnung nicht geschehen ist, mit der Anbringung des Antrags auf Prodigalitätserklärung [12]). 3) Die Intestabilität. Intestabilis heißt nach R. R. eine solche Person, von welcher eine Lex verordnet, daß sie nicht Zeuge sein könne, und da man solches auch auf das Zeugnis in eigener Sache ausdehnte, so folgte daraus die Unfähigkeit zu testiren [13]). Davon ist nur ein Fall im R. R. übrig. Personen nemlich, welche Blutschande mit einander getrieben haben und des Verbrechens gerichtlich überführt worden sind, können einander durch letztwillige Verordnungen nichts hinterlassen. Diese Bestimmung ist im Pr. R. ausgedehnt auf Personen, welche Ehebruch mit einander getrieben haben, im Falle deswegen eine Ehe getrennt oder der Erblasser sonst des Ehebruchs vor Gericht überwiesen worden ist, und die Ehebrecher sich nicht, in Folge erhaltener Dispensation, geehelicht haben [14]). II. Natürliche Unfähigkeitsgründe sind: 1) Geistesunfähigkeit. Deshalb sind unfähig: a) Ju-

6) L. 11; L. 8, §. 5 D. de bonis quae liberis (VI, 61).

7) A. L.R. I, 12, §. 18. Ist folgerichtig; sie versteht sich von selbst, wenn sie nicht positiv genommen ist.

8) Ebend. §. 10.

9) L. 18 pr. D. qui testam. fac. (XXVIII, 1); §. 2 J. quib. non (II, 12).

10) A. L.R. I, 12, §§. 27—31. — Gans, Beiträge, I, S. 147.

11) A. L.R. a. a. O. §. 33. Wie das auszuführen, wenn der zu Verwarnende sich nicht bei dem Notar einfindet oder von ihm antreffen läßt, ist nicht vorgeschrieben. Das natürliche ist, den Fall wie die Einlegung eines Protestes zu behandeln, wobei, da ein Notariatsinstrument darüber verlangt wird, der Notar zwei Zeugen zuziehen müßte. Die Zustellung einer mündlichen Warnung setzt jedoch persönliche Zusammenkunft voraus, welche der Notar, im Falle der Weigerung jenes, zu bewerkstelligen kein Mittel hat.

12) A. L.R. a. a. O. §. 32.

13) L. 26; L. 18, §. 1 D. qui testam. facere (XXVIII, 1).

14) A. L.R. a. a. O. §. 35. — G.O. vom 28. Februar 1811 (G.S. S. 156). — L. 6 C. de incestis (V, 5).

gendliche Personen, deren Verstandeskräfte noch nicht hinlänglich entwickelt sind. Dies wird angenommen von allen Personen ohne Unterschied des Geschlechts, welche das vierzehnte Jahr noch nicht zurückgelegt haben; wer dieses Alter hat, kann testiren[15]). b) Wahn- und Blödsinnige, wenn und so lange sie unter Vormundschaft stehen, und außerdem, wenn sie zur Zeit der Testamentserrichtung erweislich nicht bei Verstande gewesen sind[16]). Ist von einer, wegen Geisteskrankheit unter Vormundschaft gestellten, Person innerhalb eines Jahres vor Anordnung der Vormundschaft eine letztwillige Verordnung gemacht: so muß der darin Bedachte die Geistesfähigkeit des Testators beweisen[17]). c) Wer durch Zwang, Irrthum, Betrug, Trunkenheit oder heftige Leidenschaften an dem Gebrauche seines freien Willens gehindert ist. Der Beweis dieses Zustandes findet gegen gerichtlich an- oder aufgenommene Verordnungen nur alsdann statt, wenn zugleich eine Pflichtwidrigkeit des Richters behauptet wird[18]). 2) Körperliche Mängel oder Zustände, welche den Ausdruck der Willensmeinung unmöglich machen. Daher können taube oder stumme Personen, welche sich weder mündlich noch schriftlich noch durch eine hinlänglich verständliche Zeichensprache auszudrücken vermögen, nicht testiren[19]). Andere Gebrechen sind kein Hindernis.

III. Inhalt.

§. 819.

1. Erbeseinsetzung.

I. Die Erbeseinsetzung ist die Anordnung einer Universalsuccession, d. i. die Berufung zur Nachfolge in den Inbegriff des Vermögens des Erblassers, gleichviel ob in den ganzen Inbegriff (ex asse), oder in einen gleichartigen Theil davon. Der Gegensatz davon ist die Berufung zu einzelnen Sachen oder Rechten, ohne

15) A. L.R. a. a. O. §. 16. — S. oben §. 45 a. E.

16) Der Einwand, daß der Testator zur Zeit der Errichtung seines letzten Willens blödsinnig gewesen sei, findet, wenn er auch nachher wegen Blödsinns unter Vormundschaft gesetzt worden ist, gegen ein gerichtliches Testament nicht statt, bei dessen Aufnahme der Richter sich überzeugt hat, daß der Testator seines Verstandes mächtig sei. Pr. 1998, vom 27. März 1848. Der Beweis muß in einem solchen Falle auf den Dolus des Richters gehen.

17) A. L.R. §§. 20—22, 145 d. T.

18) Ebend. §§. 23—25. Der Satz kann überhaupt nur dann von praktischer Wichtigkeit sein, wenn der Testator in der Unfreiheit stirbt; sonst kann er eine Verordnung, womit er in Wahrheit nicht einverstanden ist, jeden Augenblick widerrufen.

19) Ebend. §. 26. — S. oben §. 815, Nr. II, 1—4. — Vergl. L. 10 C. qui testam. facere (VI, 22); L. 6, §. 1; L. 7, 16 pr. D. eod. (XXVIII, 1).

Theilnahme an den aus der Nachfolge in den Inbegriff von Sachen und Rechten (universitas juris, §. 93) entstehenden Rechtsverhältnissen und Berechtigungen (Singularsuccession). Dergleichen Zuwendungen von Einzelheiten heißen Legate oder Vermächtnisse und unterscheiden sich von der Erbschaft wesentlich darin, daß sie auf Freigebigkeit beruhen und Schenkungen, im weiteren Sinne des Begriffs, sind (donationes a defuncto relictae), was sich von der Erbschaft darum, weil sie auch aus Schulden bestehen kann, nicht sagen läßt [1]). Hierdurch allein unterscheidet sich noch von der Erbschaft das Legat einer universitas juris, namentlich das schon im Justinianeischen Rechte unpraktische legatum partitionis [2]), welches in einem verhältnismäßigen Theile der Erbschaft, ohne die Schulden auf die Person (denn auf dem Inbegriff bleiben sie allerdings haften) zu übertragen, besteht und die Bedeutung hat, daß dem legatarius partiarius der Werth des Erbtheils nach Abzug der Schulden aus der Erbschaft zusteht [3]). Die Erinnerung an dieses Legat hat, wiewohl dasselbe einen mit den sacris privatis zusammenhängenden geschichtlichen Grund, der schon zu Justinians Zeiten längst weggefallen war, hatte und noch viel weniger für uns paßt, eine ganz ähnliche Bestimmung zur Folge gehabt, indem, in Widerspruch mit der Begriffsbestimmung des Legats als „einzelner bestimmter hinterlassener Sachen oder Summen" [4]), auch „Antheile des Nachlasses" als Legat hinterlassen werden können [5]). Folgerecht im Sinne des A. L.R. wäre es gewesen, jeden, dem ein aliquoter Theil der Verlassenschaft beschieden wird, als Erben anzusehen. Die Erbeseinsetzung kann nur in einem Testamente vorkommen [6]), was jedoch, abgesehen von den außergerichtlichen Codicillen, nur eine nominelle Bedeutung im Pr. R. hat (§. 814). II. Die Erbeseinsetzung ist an keine Form und an keine bestimmte Stelle im Testamente gebunden, es genügt jeder Ausdruck und jede Erklärung, woraus erhellet, daß eine bestimmte, von andern hinlänglich unterscheidbar bezeichnete Person Nachfolger des Testators in den Inbegriff als Einheit gedacht, für das Ganze oder für einen Antheil,

1) A. L.R. a. a. O. §§. 3—6, 45; II, 1, §. 455. — L. 36 D. de leg. II (XXXI, 1); §. 1 J. de leg. (II, 20).
2) Ulpian, XXIV, §. 25; XXV, §. 15. — Gajus, II, §. 254.
3) L. 26, §. 2; L. 27 D. de legatis I (XXX, 1).
4) A. L.R. a. a. O. §. 6. — R. vom 18. April 1797 (Stengel, Bd. V, S. 101; Rabe, Bd. IV, S. 97).
5) A. L.R. a. a. O. §§. 256, 257. Dadurch wird der Legatar den Gläubigern nicht verhaftet.
6) Ebend. §. 3. — S. oben §. 817, Note 11.

sein solle[7]). Der Name „Erbe" entscheidet dabei gar nichts, vielmehr gilt derjenige, der nach der erklärten Absicht des Testators den Nachlaß als Ganzes haben soll, als Erbe, wenn er auch nicht so genannt worden ist, wie umgekehrt ein „Erbe" Genannter nur als Legatarius angesehen wird, wenn ihm der Gegenstand ausdrücklich nur als eine Einzelheit zugedacht ist[8]). Eine unbestimmte Erbeseinsetzung, d. i. eine solche, wodurch die Person des Erben durch ein gewisses Ereignis bestimmt werden soll, ist nicht gestattet[9]); wohl aber beziehliche Bezeichnung des Erben (testamentum mysticum), namentlich durch Bezugnahme auf einen andern Aufsatz, der jedoch nicht, wie im R. R., ein außergerichtliches Codicill sein kann, sondern dem Testamente selbst, besonders versiegelt oder nicht, beigelegt, d. h. mit dem Testamente in einen Umschlag versiegelt werden muß[10]), woran durch den später in das A. L.R. wieder aufgenommenen Satz (§. 817, Nr. 3) nichts geändert ist. Einem Dritten kann die Ernennung des Erben oder Legatars nicht überlassen werden[11]). Der Satz des R. R. aber, daß niemand Erbe auf eine bestimmte Zeit sein könne (semel heres semper heres), gilt nach Pr. R. nicht, vielmehr kann die Erbeseinsetzung ebensowohl unter einer Suspensiv- wie unter einer Resolutivbedingung, oder von einer bestimmten Zeit an wie auch bis zu einer gewissen Zeit, giltig geschehen; im ersten Falle gilt der Testaments-, im andern Falle der Intestaterbe für substituirt[12]). III. Der eingesetzte Erbe muß die Fähigkeit, aus letztwilligen Verordnungen zu erwerben (testamenti factio passiva), haben, und zwar zur Zeit des Erbanfalls[13]). Regel ist: Wer im allgemeinen erwerbungsfähig ist, kann auch aus letztwilligen Verordnungen erwerben; das Staatsbürgerrecht ist an sich dazu nicht erforderlich, hinsichtlich aus-

7) A. L.R. a. a. O. §§. 4, 45. — Galt schon im Justin. R. — L. 24 C. de test. (VI, 23); §. 34 J. de leg. (II, 20).

8) A. L.R. a. a. O. §§. 254—258.

9) L. 9, §§. 8, 9; L. 58; L. 62, §. 1 D. de hered. instituend. (XXVIII, 5). Anders nach Justinian. L. 1 C. de incertis pers. (VI, 48); §. 25 J. de leg. (II, 20).

10) A. L.R. a. a. O. §§. 47, 48. Aehnlich wie nach R. R. Vergl. L. 57 D. eodem.

11) A. L.R. a. a. O. §. 49. — L. 32 pr. D. eodem.

12) A. L.R. a. a. O. §§. 53, 259, 260, 478, 489. — Anders nach L. 34, 23 pr. D. eod.; §. 9 J. eod. (II, 14).

13) A. L.R. a. a. O. §. 43. Das R. R. sieht auch auf die Zeit der Testamentserrichtung; aber media tempora non nocent. L. 6, §. 2; L. 49, §. 1; L. 50 pr.; L. 59, §. 4 D. eod.; §. 4 J. de hered. qual. (II, 19). Die bloß historischen Gründe hiervon (die Grundform des röm. Testaments) waren schon zu Justinian's Zeiten nicht mehr giltig, daher die Bestimmung des R. R. des inneren Bedürfnisses entbehrt.

ländischer Personen soll aber das Retorsionsrecht beobachtet werden[14]). Besitzunfähigkeit hinsichtlich gewisser Sachen macht nicht erwerbungsunfähig, sondern nöthigt nur, die Sache an einen Besitzfähigen binnen Jahresfrist zu veräußern oder sich die Fähigkeit zu verschaffen[15]). Mit der Meinung des ältern R. R. (Note 9) hing zusammen, daß auch juristische Personen nicht eingesetzt werden konnten, sie müßten denn ein Privilegium darauf gehabt haben oder durch Einsetzung der einzelnen physischen Personen, woraus sie bestanden, berufen worden sein[16]). Justinian hat dies geändert[17]) und das Pr. R. hat die Anordnung insoweit, als es den juristischen Personen Erwerbungen aus Freigebigkeit gestattet (§. 58), beibehalten[18]). Zwischen nachbenannten Personen besteht gar keine oder nur eine beschränkte Testamentsfähigkeit: 1) Personen, welche Ehebruch oder Blutschande miteinander getrieben haben, können, wenn sie dessen vor Gericht überführt worden sind, oder wegen des Ehebruchs eine Ehe getrennt worden ist, einander gar nichts letztwillig zuwenden (§. 818, I, 3). 2) Eine Frau zur linken Hand kann, wenn bei Eingehung der Ehe Kinder des Mannes aus einer rechten Ehe vorhanden waren, selbst wenn dieselben in der Folge gestorben sind, von dem Manne nicht zum Erben berufen werden, sondern nur ein Vermächtnis erwerben, welches den zehnten Theil des Nachlasses, nach Abzug der Schulden, nicht übersteigen darf; was mehr zugewendet ist, gilt für nicht geschrieben[19]). IV. Der Gegenstand der Erbeseinsetzung muß, ihrem Begriffe zufolge, das Vermögen des Erblassers als ein Ganzes sein, doch nicht im Sinne des R. R., daß die Einsetzung auf das ungetheilte Ganze gehen (ex asse sein) müßte, so daß eine quotitative oder quantitative Beschränkung in Verbindung mit der Berufung nur Eines Erben für nicht geschrieben erachtet würde[20]), sondern in dem Sinne, daß der Vermögensinbegriff als Einheit gedacht, gleichviel in welchem

14) A. L.R. a. a. O. §§. 36, 40. — Das R. R. erfordert das Staatsbürgerrecht. L. 6, §. 2 D. eod.; L. 1 C. eod. (VI, 24); Ulpian, XXII, §§. 2, 3.

15) A. L.R. a. a. O. §§. 41, 42. Der Satz ist im heutigen Rechte nur noch von geringer Bedeutung. Auf Apotheken findet er noch Anwendung.

16) L. 8 C. de hered. instit. (VI, 24); Ulpian, XXII, §§. 5, 6.

17) L. 1 C. de incertis personis (VI, 48).

18) A. L.R. a. a. O. §§. 37—39. S. oben §. 58. — Elvers, theoretisch-praktische Erörterungen aus der Lehre von der testamentarischen Erbfähigkeit insbesondere juristischer Personen. Gött. 1827.

19) A. L.R. II, 1, §§. 904—908.

20) §. 5 J. de hered. inst. (II, 14); L. 33; L. 1, §. 4; L. 74 D. eod. (XXVIII, 5).

Umfange, der Gegenstand sein muß[21]). Ist der ernannte Erbe nur auf einen Theil eingesetzt oder sind mehrere Erben berufen, so daß nicht einer allein das Ganze erhält, so ist der Theil eines jeden nothwendig eine Quote, niemals irgend ein reeller Theil, z. E. der des einen das bewegliche und der des andern das unbewegliche Vermögen, vielmehr wird, wenn unter mehreren Erben einer oder einige auf einzelne Gegenstände wirklich eingesetzt worden sind, eine solche Verordnung für eine Theilungsvorschrift angesehen, wenn sie nicht ein Prälegat enthält, welches zu bestimmen Sache der Auslegung ist[22]). Ist aber einem Mitberufenen ausdrücklich zu seinem Erbtheile nur eine bestimmte Sache oder Summe im Testamente angewiesen worden, so ist er bloßer Legatarius nicht bloß im Verhältnisse gegen die übrigen Erben, sondern auch im Verhältnisse zu den Nachlaßgläubigern[22a]). Sind mehrere Erben eingesetzt, so gelten folgende Regeln: 1) Ist über die Antheile nichts bestimmt, so sind alle zu gleichen Theilen eingesetzt[23]). 2) Sind alle mit einer bestimmten Summe (pars quanta) oder mit einzelnen Sachen eingesetzt, so gelten diese für Prälegate[24]). 3) Sind alle auf Quoten eingesetzt und das Ganze ist dadurch nicht erschöpft, so accrescirt ihnen das übrige nach Verhältnis ihrer Erbtheile, wenn erhellet, daß ihnen wirklich das Ganze hat zugewendet werden sollen[25]). 4) Sind einige mit Quoten und andere ohne nähere Bestimmung eingesetzt, so erhalten diese den Ueberrest[26]). 5) Ist nichts übrig, so erhalten die letztern den Pflichttheil, ohne Anrechnung des Prälegats[27]); sind sie aber nicht Notherben, so erhalten sie, wenn die auf bestimmte Erbtheile Eingesetzten gleiche Quoten haben sollen, mit ihnen gleiche Theile; sind jedoch die Quoten ungleich, so erhält jeder von ihnen mit demjenigen, dem die geringste Quote zugedacht ist, gleichen Antheil[28]). 6) Will oder kann einer

21) A. L.R. I, 12, §§. 45, 254, 255.

22) Ebend. §§. 262—267. — Vergl. L. 9, §. 13; L. 10, 11, 35, 78 pr. D. eod.; L. 13 C. eod. (VI, 24).

22a) A. L.R. a. a. O. §. 263. — Präj. des Obertrib. Nr. 1867, vom 30. April 1847 (Entsch. Bd. XIV, S. 462).

23) A. L.R. a. a. O. §. 261. — L. 9, §. 12; L. 14 D. eod.; §§. 4—6 J. eod.

24) A. L.R. a. a. O. §. 266. — L. 35 pr. §§. 1, 2; L. 78 pr. D. eod.

25) A. L.R. a. a. O. §§. 264, 265, 254, 255. — L. 13, §§. 2, 3; L. 9, §. 15 D. eod.; §§. 5, 7 J. eod.

26) A. L.R. a. a. O. §. 268. — §. 6 J. eod.

27) A. L.R. a. a. O. §§. 272, 273. Alle diese Bestimmungen sind bloße Willensauslegungen.

28) Dieses ist der natürliche Sinn des dunkeln §. 269. Die Quoten sämtlicher mit bestimmten Antheilen eingesetzten Erben müssen also reducirt und durch künstliche Berechnung gefunden werden. S. die Anwendung in der Anm. 32 zu

von mehreren Erben seine Portion nicht erwerben, so tritt das Recht des Zuwachses (jus accrescendi), wie im R. R., ein, d. h. der erledigte Erbtheil fällt nicht an den Intestaterben, sondern wächst den übrigen Testamentserben zu, wenn nicht der Testator den Zuwachs ausdrücklich verboten hat[29]). Der Grund davon ist im R. R. die Regel: nemo pro parte testatus etc., daher das Zuwachsrecht da, wo diese Regel nicht gilt, wie bei dem testamentum militis, nicht eintritt[30]); das Pr. R. hat dasselbe ohne seinen Grund beibehalten. Der erledigte Erbtheil fällt den übrigen Erben nach Verhältnis ihrer Antheile zu, ausgenommen wenn von mehrern, welchen zusammen auf ihren Antheil Sachen und Rechte ungetheilt angewiesen sind (conjuncti), einer wegfällt, wo das Recht des Zuwachses, hinsichtlich dessen Antheils, zunächst den Verbundenen zusteht[31]). Der Zuwachs kann nicht ausgeschlagen werden, verpflichtet aber nicht, auf die darauf angewiesenen Vermächtnisse mehr zu leisten, als soweit er hinreicht[32]). Hat der Testator den Zuwachs verboten, so tritt bei dem erledigten Erbtheile die Intestaterbfolge ein (Note 29).

2. Substitutionen.

§. 820.

a) Das Allgemeine.

Substitution heißt eine Art von Erbeseinsetzung. Näher läßt sich der allgemeine Begriff für alle Arten nicht bestimmen. Das Pr. R. kennt drei verschiedene Arten: 1) Die gemeine Substitution (substitutio vulgaris), welche in der Ernennung eines zweiten Erben unter der Bedingung: wenn der zuerst Berufene nicht Erbe sein könnte oder wollte, besteht; 2) die Pupillarsubstitution (s. pupillaris), d. i. die Ernennung eines Erben für einen Dritten;

---

§. 269 d. T. Dafür spricht auch A. L.R. II, 2, §§. 448, 445. Anscheinend dagegen sind §§. 444, 446 das. und I, 12, §. 272. Doch lassen diese Bestimmungen sich noch von der künstlich berechneten, reducirten Quote deuten. Das Ergebnis der landrechtlichen Bestimmungen ist somit das Doppelas (dupondium) des R. R. L. 17, §§. 3, 4; L. 18; L. 20, §. 1 D. eod.; §§. 6, 8 J. eod. — S. über die Auslegung des §. 269 d. T. noch Schweikart; in der Jur. Wochenschr. 1836, S. 189.

29) A. L.R. I, 12, §. 285. Vergl. unten §. 849.

30) L. 37 D. de testamento militis (XXIX, 1).

31) A. L.R. a. a. O. §§. 281—284. Vergl. §. 368 das. — Ganz anders nach L. 59, §§. 2, 3; L. 63, 66 D. de hered. instit. (XXVIII, 5); L. un. §. 10 C. de cad. toll. (VI, 50). — Korte, Entwickelung der Lehre vom jus accrescendi nach Pr. R.; in Ulrich's Archiv, Bd. II, S. 476.

32) A. L.R. a. a. O. §§. 286, 287. — Vergl. L. 6 C. de impuberum (VI, 26).

3) die fideicommissarische Substitution, wodurch zwei oder mehrere Erben nacheinander berufen werden. Sie verhalten sich so zu einander, daß die gemeine Substitution niemals eine andere vorstellt oder in sich faßt; daß dagegen die Pupillarsubstitution, wenn sie als solche nicht wirksam wird, als eine gemeine gilt, so wie daß unter der fideicommissarischen allemal zugleich die gemeine Substitution verstanden wird[1]).

§. 821.

b) Gemeine Substitution.

I. Die gemeine Substitution ist eine Erbeseinsetzung gewöhnlicher Art, unter der Bedingung: wenn der bereits ernannte Erbe nicht Erbe werden würde. Es sind also zwei Erben ernannt: der eine unbedingt, der andere (heres substitutus) eben unter der Bedingung. Es können aber dem unbedingten Erben auch mehrere, und umgekehrt kann einer mehreren substituirt werden[2]). Ist der eingesetzte Erbe ein Kind des Testators, so sind seine Kinder von selbst substituirt[2a]). Zweck der Substitution ist, einestheils den Eintritt der Intestaterbfolge zu verhindern[3]) und anderntheils das Zuwachsrecht auszuschließen[4]); die wechselseitige Substitution der eingesetzten Erben ist weiter nichts als eine Bestätigung des sich von selbst verstehenden Zuwachsrechtes. Die Bedingung der Substitution, daß nemlich der zuerst Eingesetzte nicht Erbe wird, kann in zwei Fällen erfüllt werden, nemlich: wenn er nicht Erbe werden kann (casus impotentiae), oder wenn er nicht will (casus voluntatis). Auslegungsregel ist: die Substitution bezieht sich auf beide Fälle, wenn auch nur des einen Falles gedacht ist[5]). Sind mehrere Substituten nacheinander ernannt, so muß der vorbenannte immer erst wegfallen, ehe der nachbenannte dazu kommt[6]). Die Fähigkeit des Substituten, Erbe zu sein, wird nach der Zeit, wo die Be-

---

1) A. L.R. a. a. O. §§. 50, 51, 52, 58, 60. — L. 2, §. 6; L. 4 pr. D. de vulgari (XXVIII, 6).

2) L. 36, §. 1 D. de vulgari substit. (XXVIII, 6); §. 1 J. eod. (II, 15).

2a) A. L.R. II, 2, §. 443.

3) A. L.R. I, 12, §. 277. Nemlich in dem Falle, wenn nur ein Testamentserbe ernannt ist und dieser nicht Erbe wird, oder wenn sämtliche Testamentserben wegfallen. Denn wenn von mehreren Miterben auch nur einer nicht ausschlägt, so kann wegen des Zuwachsrechts die Intestaterbfolge nicht eintreten. Vgl. unten §. 849.

4) A. L.R. a. a. O. §§. 281, 459.

5) Ebend. §. 52. — L. 4 D. de acquir. heredit. (XXIX, 2). Das gilt auch von Legatarien. Pr. 1953, vom 27. März 1848.

6) L. 1 pr.; L. 36 pr.; L. 13 D. vulgari substitut. (XXVIII, 6).

dingung eintritt, beurtheilt[7]). II. Bei dieser Substitution finden, wie bei jeder bedingten Erbeseinsetzung, bezüglich auf die Folgen, drei Fälle statt: 1) Die Bedingung ist noch unentschieden (conditio pendet). In diesem Falle findet sich eine erhebliche Verschiedenheit zwischen dem R. und Pr. R. Nach R. R. ist während dieser ganzen Zeit dem Substituten noch gar nichts deferirt, er hinterläßt mithin auch seinen Erben nichts, wenn er unterdes, selbst erst nach dem Tode des Testators, stirbt[8]). Das Pr. R. aber gibt dem Substituten schon mit dem Tode des Erblassers ein vererbliches Recht; stirbt der Substitut früher, ehe es sich entscheidet: ob der Erstberufene die Erbschaft annehmen oder ausschlagen wird, so können seine Erben an seiner Stelle die später ausgeschlagene Erbschaft annehmen[9]). 2) Die Entscheidung tritt mit dem Ablaufe der Deliberationsfrist ein: entsagt bis dahin der Erbe der Erbschaft, so tritt der Substitut an dessen Stelle[10]). Wer von mehreren Miterben, die sich wechselseitig substituirt sind, die Erbschaft ausschlägt, kann nachher nicht mehr als Substitut eintreten[11]). Sind mehrere Institute nebeneinander substituirt und die Theile nicht bestimmt, so wird dasselbe Verhältnis, unter welchem sie instituirt sind, angenommen[12]); ist aber gleichzeitig ein Fremder neben Instituirten substituirt, so erhält er nach R. R. für sich einen Kopftheil und der Rest des Erbtheils wird unter die übrigen Substituten nach jenem Verhältnisse vertheilt[13]); nach den Grundsätzen des Pr. R. aber ist es hier wie bei einer Erbeseinsetzung mehrerer, von welchen einige auf bestimmte Theile und andere ohne einen bestimmten Antheil eingesetzt sind[14]). 3) Die Bedingung fällt weg (conditio deficit), wenn der Eingesetzte, entweder durch ausdrückliche Antretung oder durch Stillschwei-

7) A. L.R. a. a. O. §. 460. — S. oben §. 819, Note 13. Entspricht dem Grundsatze des L.R. nicht, vielmehr müßte lediglich auf die Zeit des Todes des Erblassers gesehen werden, da mit diesem Tage das bedingte Erbrecht dem Substituten wirklich erworben wird, weshalb er es denn ja auch weiter vererbt, wenn er vor Eintritt der Bedingung verstirbt. Anders aus andern Gründen nach R. R.

8) L. 3, 81 D. de acquir. vel omitt. hereditate (XXIX, 2); L. 23 D. de vulgari (XXVIII, 6); L. 45, §. 1 D. eod.

9) A. L.R. a. a. O. §. 462. Oder sie treten vielmehr ipso jure ein.

10) A. L.R. I, 9, §. 406.

11) Gemeinrechtlich ist dies streitig, wegen L. 23 D. de vulgari substit. (XXVIII, 6), und im A. L.R. ist des Falles nicht besonders gedacht; der Satz ergibt sich jedoch aus A. L.R. I, 9, §§. 401, 405, 406, verb. mit I, 12, §. 286. Anders nach L. 76, §. 1 D. de acquir. vel omitt. hered. (XXIX, 2).

12) L. 5, 24, 41, §. 1 D. eod.; L. 1 C. eod. (VI, 26); §. 2 J. eod. (II, 15).

13) L. 32 D. eodem.

14) Vergl. A. L.R. §§. 458, 268 d. T. Das Verhältnis scheint den Verfassern nicht klar bewußt gewesen zu sein.

gen bis zum Ablaufe der Ueberlegungsfrist[15]), die Erbschaft angenommen hat, und wenn der Substitut vor dem Erblasser stirbt[16]). Mit dem Wegfall der Bedingung erlischt die Substitution, sie lebt jedoch in dem ersteren Erlöschungsfalle wieder auf, wenn der Erbe die erworbene Erbschaft wieder verliert[17]).

§. 822.

c) Pupillarsubstitution.

A. L.R. II, 2, §§. 521—554. — Eine Geschichte dieser Substitution enthält die Diss. von Kuestner (Richter), de pupillari testamento praeterito impuberis matre rato. Lips. 1788.

I. Die Pupillarsubstitution ist eine Erbeseinsetzung für ein unmündiges Kind, unter der Bedingung, daß dasselbe in der Unmündigkeit stirbt[18]). Sie ist also von der gemeinen Substitution ganz verschieden; nur darin berühren sich beide, daß der Testator sie alternative verbinden kann, und da solches bei den Römern gewöhnlich war, so galt im R. R. die Vermuthung, daß, wenn für einen Unmündigen auch nur die eine Art von Substitution angeordnet worden, die andere gleichfalls darin enthalten sei[19]). In dem Pr. R. ist davon nur übrig, daß die Pupillarsubstitution die gemeine in sich begreift (§. 820, Note 1). 1) Nur der leibliche Vater hat die Befugnis, seinem Kinde für das ganze Vermögen, ohne Unterschied des Ursprungs, solchergestalt einen Erben zu ernennen[20]), doch muß wohl dabei, wie im R. R.[21]), die väterliche Gewalt vorausgesetzt, und für die besondern Fälle, wo dieselbe während der Unmündigkeit des Kindes verloren geht[22]), angenommen werden, daß der Vater in dieser Hinsicht nur die der Mutter eingeräumte Befugnis (II) habe; bestimmt ist zwar darüber nichts, die ausgedehnte Befugnis des Vaters an sich hat jedoch ihren Grund in der väterlichen Gewalt[23]). Darum muß auch dem Großvater, welcher seinen Sohn noch in Gewalt hat, die Befugnis, für seine Enkel aus demselben pupillariter zu substituiren, kraft seiner väterlichen Gewalt zuge-

15) A. L.R. I, 9, §§. 383, 421, 412. — L. 5 C. de impuberum (VI, 26).
16) A. L.R. I, 12, §. 462. Anders nach R. R. S. oben Note 8 und L. 9 D. de suis (XXXIX, 16).
17) A. L.R. a. a. O. §. 464. Ein Fall dieser Art ist §. 599 das.
18) A. L.R. II, 2, §. 521. — L. 2 pr., §. 1; L. 7, 14, 15 D. de vulgari et pupillari (XXVIII, 6).
19) L. 2, §. 6; L. 4 pr., §§. 1, 2 D. eod.; L. 4 C. eod. (VI, 6).
20) A. L.R. II, 2, §. 523. Der Adoptivvater nicht. §. 694 das.
21) L. 2 pr.; L. 41, §. 2 D. eod.; §. 9 J. de pupillari (II, 16).
22) A. L.R. II, 2, §§. 255 flg.
23) Der §. 542 das. ist eine Anwendung davon.

ſtanden werden; wogegen außer dieſem Falle die Großeltern und weitere Aſcendenten keine derartige Befugnis haben[23a]). 2) Es iſt nicht, wie nach R. R., gleichgiltig, ob das Kind, welches ſubſtituirt werden ſoll, enterbt oder eingeſetzt wird, vielmehr ſteht die Befugnis nach Pr. R. hinſichtlich der enterbten Kinder in der Regel nicht zu; eine Ausnahme gilt nur bei der Enterbung aus guter Abſicht[24]). 3) Auch[25]) in Anſehung der Form weicht das Pr. R. von dem röm. in allen Stücken ab: der Vater kann in ſeinem eigenen Teſtamente ſubſtituiren oder auch ein beſonderes Teſtament (secundae tabulae) für ſein Kind errichten, dieſes auch dann, wenn er für ſich ſelbſt kein Teſtament macht[26]). Beide Verordnungen, ſelbſt wenn nur Ein Teſtament darüber vorhanden, gelten für zwei verſchiedene Teſtamente ohne innern Zuſammenhang, bedingen ſich mithin einander in ihrer Giltigkeit nicht, daher auch der in Einer Perſon für beide Erbſchaften eingeſetzte Erbe die eine ausſchlagen und doch die andere annehmen kann[27]). 4) Der Vater muß die Pflichttheilserben des Kindes berückſichtigen, kann ſie aber, aus ſolchen Gründen, welche das Kind ſelbſt zur Enterbung berechtigen würden, auch enterben. Die voll- und halbbürtigen Geſchwiſter des Kindes muß er wenigſtens auf die Hälfte der Inteſtaterbportion einſetzen; erſt unter den entferntern Verwandten hat er freie Auswahl, ohne Unterſchied des Grades, aber Fremde darf er, auch nicht als Miterben oder Legatarien, einſetzen, ſo lange ein Blutsverwandter vorhanden iſt[28]). 5) Außer den allgemeinen Gründen gibt es noch folgende eigenthümliche Erlöſchungsgründe für die Pupillarſubſtitution: a) Verluſt der väterlichen Gewalt[29]); b) Erreichung der Mündigkeit[30]); c) Tod des Subſtituten vor dem Kin-

---

23a) Das Nähere ſ. m. in m. Beurtheilung der erſten zehn Bände der Entſcheid. des Obertrib. S. 211. Danach iſt das Präjud. des Obertrib. 490, vom 25. Juni 1838 (Entſch. Bd. IV, S. 14), lautend: Die Befugnis zur Anordnung einer Pupillarſubſtitution ſteht nur den Eltern, nicht den Großeltern und den entfernteren Verwandten in der aufſteigenden geraden Linie zu, — zu modificiren.

24) A. L.R. a. a. O. §. 524. — L. 1, §. 2; L. 6 D. eod.; §. 4 J. eod.

25) Das ganze Inſtitut beruhet auf der röm. Anſicht von der väterlichen Gewalt und paßt nicht zu den dem A. L.R. zu Grunde liegenden Anſichten.

26) A. L.R. a. a. O. §§. 525—527. Das Gegentheil gilt nach R. R.; nur der miles iſt auch hierin privilegirt. §. 5 J. eod.; L. 1, §. 3; L. 2, §. 1 D. eod.; L. 15, §. 5 D. test. mil. (XXIX, 1).

27) A. L.R. a. a. O. §§. 528, 529. Das Gegentheil gilt nach L. 10, §. 2; L. 38, §. 3 D. de vulg. et pup. subst. (XXVIII, 6), und L. 11 D. testamenta quemadmodum (XXIX, 3), weil beide Teſtamente, die eins ſind, durch das Ausſchlagen der einen Erbſchaft deſtitut werden.

28) A. L.R. a. a. O. §§. 530—539. Iſt alles neues Recht.

29) Ebend. §. 542. — S. oben Note 21.

30) A. L.R. a. a. O. §§. 540, 541. — §. 8 J. de pupillari (II, 16).

de[31]). II. Die Befugnis zur Pupillarsubstitution gibt das Pr. R. auch der Mutter, doch nur in Ansehung des von ihr auf das Kind vererbten Vermögens, selbst wenn es nur der Pflichttheil ist[32]). Auch den Adoptiveltern muß in dieser Ausdehnung die Befugnis, nach Pr. R., zuerkannt werden[33]). III. Das dem neuern R. R. angehörige Institut der s. g. substitutio exemplaris s. quasi-pupillaris, d. i. der Einsetzung eines Erben für einen der Unmündigkeit entwachsenen, aus natürlichen Gründen Testamentsunfähigen, ist gleichfalls beibehalten, doch mit einer Einschränkung. Nach älterem R. R. konnte in jedem einzelnen Falle die Befugnis, einer solchen Person pupillariter zu substituiren, durch kaiserliches Rescript erlangt werden[34]). Justinian gab diese Erlaubnis allgemein, nicht bloß dem Vater, sondern allen Ascendenten ohne Rücksicht auf väterliche Gewalt, ohne Unterschied des Geschlechts und ohne Unterschied des Grades, vorausgesetzt jedoch, daß der Geisteskranke oder Taubstumme unmittelbarer Intestaterbe des Ascendenten war, und mit der Beschränkung, daß zunächst die Kinder, in deren Ermangelung die Geschwister des Kranken eingesetzt werden mußten, und erst wenn auch Geschwister fehlten, Fremde berufen werden konnten[35]). Das Pr. R. gibt die Befugnis, mündigen Kindern, welche wegen Wahn- oder Blödsinns, oder wegen Taubheit und Stummheit unfähig sind zu testiren, pupillariter zu substituiren, nur dem Vater, und nur insofern der Vater davon nicht Gebrauch gemacht hat, auch der Mutter, von entfernten Ascendenten ist nicht die Rede[36]). 1) Das Erfordernis der Unfähigkeit des Kindes braucht nur zur Zeit des Todes des Testators dagewesen zu sein; aber das Testament, welches der Unfähige selbst schon vor seinem Krankheitszustande giltig errichtet hat, wird durch die Substitution nicht aufgehoben, geht ihr vielmehr vor[37]). 2) Die Substitution erlischt: a) wenn das Kind gesund oder dispositionsfähig wird; ein Rückfall stellt sie nicht

---

31) A. L.R. a. a. O. §. 543. — L. 8, §. 1; L. 10 pr. D. eod. (XXVIII, 6). War nach G. R. streitig, wegen L. 59 D. de acquir. vel omitt. hered. (XXIX, 2).

32) A. L.R. a. a. O. §§. 521, 522, 544. Vergl. oben die Note 23a.

33) Folgt einestheils aus A. L.R. §§. 691 u. 692 d. T., anderntheils daraus, daß hierin das R. R. weder ausdrücklich noch folgeweise abgeändert worden ist. L. 10, §. 6 D. de vulgari et pupillari substitut. (XXVIII, 6); L. 22, §. 1 D. de adopt. (I, 7).

34) L. 43 pr. D. de vulgari et pupillari (XXVIII, 6).

35) L. 9 C. de impuberum (VI, 26); §. 1 J. de pupillari (II, 16).

36) A. L.R. §§. 545, 546, 549, 550 d. T. S. das Pr. 490, v. 25. Juni 1838 (Note 23a), und m. Beurtheilung der Entscheidungen, S. 211 ff.

37) A. L.R. a. a. O. §§. 547, 548.

wieder her [38]); b) wenn er mit Hinterlassung eines Notherben (einer Ehefrau oder pflichttheilsberechtigter Abkömmlinge) stirbt [39]).

§. 823.

d) Fideicommissarische Substitution.

A. L.R. I, 12, §§. 53—55, 58, 59, 466—477. — van de Wynpresse, de fideicommissorum Romanorum historia. Lugd. B. 1822. — Mecus, D. de fideicommissariis hereditatibus. Lov. 1819.

I. Die fideicommissarische Substitution besteht in der Einsetzung eines zweiten Erben oder Legatars (Fideicommissarius), an welchen der ersteingesetzte (Fiduciarius) die wirklich erworbene Erbschaft oder das Vermächtnis herausgeben soll [1]); das Pr. R. macht jedoch die Wirksamkeit derselben nicht davon abhängig, daß der erste wirklich Erbe wird, sondern legt ihr zugleich die Bedeutung der gemeinen Substitution bei [2]), so daß der Substitut, wenn der ernannte die Erwerbung ausschlägt, unmittelbar antreten kann. Diese Substitution kann, wie die gemeine, Grade haben, so daß jeder Substitut den Gegenstand immer wieder an den ihm unmittelbar Nachgesetzten herausgeben muß. Bezweckt die Anordnung das Beste einer gewissen Familie und soll die Herausgabe von Geschlecht zu Geschlecht geschehen, so heißt solches ein beständiges Familienfideicommiß (§§. 300 flg.). Das Pr. R. beschränkt die fideicommissarischen Substitutionen in Fällen, wo gesetzlich kein Familienfideicommiß stattfindet, auf den ersten und zweiten Substituten [3]). Ist der Gegenstand die Erbschaft als Einheit, ganz oder theilweise (Universalfideicommiß), so ist zwischen dem Fideicommissar und dem Erben (Fiduciar), in rechtlicher Hinsicht, nach Pr. R., gar kein Unterschied; dieser, der Fiduciar, hört auf Erbe zu sein und der Fideicommissar wird als solcher behandelt. II. Zur Anordnung eines Fideicommisses gehört zuerst das Dasein eines Erben; dieser muß

38) Ebend. §§. 552, 553. — Vergl. die Note 35 angeführten Stellen.

39) A. L.R. a. a. O. §. 551. Hier heißt es zwar „mit Hinterlassung einer Ehefrau oder ehelicher Abkömmlinge," doch hat dadurch wohl hinsichtlich der unehelichen Kinder im Verhältnisse zu ihrer Mutter (§. 656 das.) nichts geändert werden sollen. Der Erlöschungsgrund, entnommen aus L. 43 pr. D. de vulg. (XXVIII, 6), ist übrigens nach G. R. bestritten. Löhr, über Const. 9 C. VI, 26; im Archiv für civil. Praxis, Bd. V, S. 114.

1) A. L.R. a. a. O. §. 53. — Das ältere R. R. behandelte die Restitution wie eine venditio hereditatis.

2) Ebend. §. 58. Das R. R. half durch Zwang zur Antretung. Tit. D. ad S. C. Trebell. (XXXVI, 1). — Gajus, II, §§. 254—258.

3) A. L.R. a. a. O. §. 56. Anders nach §. 11 J. de fideicommiss. (II, 23). Ist aber über die Dauer nichts bestimmt, so werden nur zwei Generationen angenommen. L. 32, §. 6 D. de leg. II (XXXI, 1).

jedoch nicht ein Testamentserbe, sondern kann auch der Intestaterbe sein, welchem die Herausgabe aufgelegt wird[4]). Die Anordnung selbst ist formlos und kann selbst stillschweigend dadurch geschehen, daß der Erbeseinsetzung eine Bedingung oder eine Zeitbestimmung beigefügt wird; denn ist der Erbe unter einer aufschiebenden Bedingung oder von einer bestimmten Zeit an eingesetzt, so ist er Fideicommissarius und der Intestaterbe ist Fiduciarius (Erbe); ist er aber unter einer auflösenden Bedingung oder nur bis zu einer bestimmten Zeit berufen, so ist umgekehrt er Fiduciarius und der dem Testirer zur Zeit des Ablebens am nächsten stehende Intestaterbe ist Fideicommissarius[5]). Auch theilweise kann die Herausgabe angeordnet werden[6]). Ist es nach dem Ausdrucke zweifelhaft: ob eine gemeine oder eine fideicommissarische Substitution angeordnet sein solle; so wird die gemeine angenommen[7]). III. Das Rechtsverhältnis ist dieses: Der Fiduciar wird, wenn er die Erbschaft annimmt, wirklicher Erbe und Eigenthümer der Erbschaft, übernimmt aber, durch die Annahme der Erbschaft, zugleich eine Obligation gegen den Fideicommissarius auf Herausgabe der Erbschaft[8]), er muß mithin bis zur Herausgabe als vollständiger Erbe angesehen werden. Der Fideicommissarius hat ein Forderungsrecht gegen den Erben auf Herausgabe, von derselben rechtlichen Beschaffenheit wie bei dem Nießbrauche das des Eigenthümers gegen den Nießbraucher[9]). Die Forderung wird mit einer actio ex testamento geltend gemacht und geht activ und passiv auf die Erben über[10]), folglich transmittirt, wie man es in der Sprache der Praxis auszudrücken pflegt, der Fideicommissarius das Recht auf seine Erben, wenn er den Testator überlebt, doch noch vor dem Eintritte des Substitutionsfalles, soll heißen: vor der bestimmten Zeit der Restitution, stirbt. Es macht dabei gar keinen Unterschied: ob die Zeit der Restitution von einer

4) A. L.R. §. 53 d. T. — L. 1, §§. 5—8 D. ad S. C. Trebell. (XXXVI, 1); §§. 10, 11 J. de fideicommiss. (II, 23).

5) A. L.R. a. a. O. §§. 259, 260, 478—480, 486, 489. Ist neues Recht.

6) §§. 2, 8 J. de fideicommiss. (II, 23).

7) A. L.R. a. a. O. §. 59. Ist interpretatio voluntatis.

8) Ebend. §§. 53, 474. — Vergl. L. 104 D. de solut. (XLVI, 3); L. 27, §. 7; L. 58, §. 1 D. ad S. C. Trebell. (XXXVI, 1).

9) Nichts anderes als dieses, nemlich die rechtliche Beschaffenheit und den Inhalt der Obligation, bestimmen die §§. 466, 467, 482 d. T. des A. L.R. — Schles. Arch. Bd. V, S. 269. — Abhandl. in den Jahrb. Bd. VI, S. 245 flg. — Pr. 578, vom 27. October 1838. — Eben das enthalten die L. 22, §§. 3, 4 und L. 25, §. 3 D. ad S. C. Trebell. (XXXVI, 1).

10) A. L.R. §. 467 d. T., Worte: „oder dessen Erben." Schles. Archiv, Bd. III, S. 563. Vergl. A. L.R. I, 9, §. 370. Pr. 502, vom 6. August 1838 (Entsch. Bd. IV, S. 126). — L. 40, §. 1; L. 64, §. 2; L. 3, §. 5 D. eodem.

Potestativbedingung in der Person des Substituten abhängt oder nicht, denn die Obligation ist mit dem Tode des Erblassers erworben; nur muß das Recht selbst nicht bedingt sein, sonst gelten freilich die allgemeinen Grundsätze von Bedingungen. Aus diesem Rechtsverhältnisse folgt einerseits, daß der Fiduciar, als Eigenthümer der Erbschaft, über die einzelnen Stücke rechtsgiltig verfügen kann und nur dem Fideicommissarius deshalb verantwortlich wird[11]), und anderntheils, daß er den Erbschaftsgläubigern Genüge leisten muß. In der ersten Hinsicht sind jedoch solche Veräußerungen, welche in fraudem fideicommissarii geschehen, nichtig, und der Substitut kann die veräußerten Gegenstände, sobald die Zeit der Restitution gekommen ist, vindiciren[12]). Bezüglich auf die Gläubiger hingegen ist der Erbe, ihnen gegenüber, verpflichtet, und dem Substituten gegenüber berechtigt, die Schulden und die Legate aus der Erbschaft zu bezahlen[13]). IV. Die Restitution besteht nicht, wie nach R. R.[14]), in einer Willenserklärung des Erben, als der Rechtshandlung, welche den Uebergang der Erbschaft, als eines Ganzen, auf den Substituten wirkt und den Fideicommissarius zum Eigenthümer der einzelnen Sachen und Rechte, ohne Tradition, macht[15]); sondern diese Wirkung tritt, nach dem Grundsatze des Pr. R. über die Erwerbung einer Erbschaft, von selbst, mit dem Substitutionsfalle zugleich, ein[16]). 1) Mit diesem Augenblicke ist die Forderung des Substituten auf Herausgabe der einzelnen Sachen und Rechte, nebst Accessionen, nach einem aufzulegenden Inventarium und nach einer zu legenden Rechnung, entstanden[17]). Ist keine Zeit oder Bedingung bestimmt, so tritt der Substitutionsfall und die Verbindlichkeit zur Restitution sogleich mit der Annahme der Erbschaft ein[18]), wenn nicht etwa nach der vermuthlichen Absicht des Erblassers der Erbe bis zu seinem Tode die Erbschaft behalten soll. 2) Gegenstand der Herausgabe ist das, was der Testator dazu gemacht hat. Dies kann dasjenige sein, was bei dem Tode des Erben oder sonst bei Eintritt des Substitutionsfalls noch vorhanden sein wird (fideicommissum ejus quod superfuturum est.) Eine sol-

11) L. 70, §. 1 D. eodem. Vergl. A. L.R. §. 474 d. T.
12) L. 3, §. 3 C. communia de leg. (VI, 43). Vergl. A. L.R. §. 469 d. T.
13) A. L.R. a. a. O. §§. 473, 474. — L. 27, §. 7; L. 58, §. 1 D. ad S. C. Trebell. (XXXVI, 1).
14) L. 37 pr.; L. 65, §. 4 D. eod.
15) L. 37 pr.; L. 66, §. 1; L. 38 D. eod.
16) A. L.R. I, 12, §. 458; I, 9, §. 369; II, 4, §. 206.
17) A. L.R. I, 12, §§. 470, 467. Das Inventarium muß den Zustand der Erbschaft zur Zeit des Anfalls darstellen.
18) L. 41, §. 14 D. de legatis III (XXXII, 1).

che Verordnung wird angenommen, wenn der Testator dem Substituten untersagt hat, die Vorlegung eines Inventariums zu fordern[19]). Bei einer derartigen Substitution ist der Erbe dem Substituten für keine anderen Veräußerungen als allein für solche, welche aus Freigebigkeit geschehen sind, verantwortlich[20]). Ist nichts bestimmt, so muß der Erbe alle Sachen und Rechte in dem Stande, wie sie erworben, mit allen Zuwüchsen herausgeben, und wegen der Verschlimmerungen für die Folgen seines groben und mäßigen Versehens einstehen; die Früchte hat er nur seit dem Verzuge zu erstatten[21]). Auch die Rechte und Verbindlichkeiten des Erben gegen die Masse gelangen wieder zu Kräften[22]). Die s. g. quarta Trebelliana ist ganz abgeschafft[23]). V. Die fideicommissarische Substitution ist erloschen, wenn der Testator seinen noch kinderlosen Kindern substituirte und diese erbfähige Nachkommen hinterlassen[24]).

3. Vermächtnisse.

A. L.R. I, 12, §§. 288—457. — Geyert, die Lehre von den Vermächtnissen, nach dem Allg. Preuß. Landrechte, mit Rücksicht auf die röm. Gesetzgebung. Neue Auflage. Frankfurt a. O. 1836. — Roßhirt, die Lehre von den Vermächtnissen nach röm. R. 2 Thle. gr. 8. Heidelberg 1835.

§. 824.

a) Das Allgemeine.

I. Vermächtnis ist eine, durch letzten Willen aus Freigebigkeit angeordnete, Singularsuccession. Sie kann ohne Universalsuccession nicht stattfinden, gründet sich vielmehr auf eine solche, indem der Erbe das Legat herausgeben muß. Zwar soll das Eigenthum der eigenen vermachten Sachen und Rechte von selbst mit dem Tode des Erblassers auf den Legatar übergehen[1]), doch ist

19) A. L.R. I, 12, §. 471. Bezieht sich auf die Zeit des Erbanfalls; der Substitut hat kein Recht zu fragen: was der Erblasser nachgelassen hat? sondern nur: was davon noch übrig ist?

20) A. L.R. a. a. O. §§. 468, 469. — L. 70, §. 3; L. 71, 72 D. de leg. I (XXX, 1); L. 54, 58, §§. 7, 8 D. ad S. C. Trebell. (XXXVI, 1); L. 3 D. de usuris (XXII, 1); Nov. 108, c. 1, 2.

21) A. L.R. a. a. O. §. 467. — L. 27, §. 1; L. 18 pr., §. 2; L. 44, §. 1; L. 58, §§. 2, 4; L. 22, §. 3; L. 25, §. 2; L. 70, §. 1 D. ad S. C. Trebell. (XXXVI, 1); L. 108, §. 12 D. de leg. I (XXX, 1).

22) A. L.R. I, 16, §. 481. Pr. 1989, vom 2. März 1848. Ist hinsichtlich der Schulden des ersten Erben zweifelhaft.

23) A. L.R. §. 467 d. T., Worte: „ohne den geringsten Abzug."

24) Ebend. §. 538.

1) A. L.R. I, 12, §§. 288, 377 flg. Die Bestimmung ist nicht folgerichtig. Nur das Recht, die Sache zu fordern (das jus legati), müßte ipso jure übergehen. Praktisch stellt es sich auch nicht anders, da der Legatar von dem Erben nicht unbedingt vindiciren kann. S. unten §. 869.

gleichwohl kein Legatar berechtigt, die ihm vermachte Sache eigenmächtig in Besitz zu nehmen, oder das Recht ohne weiteres auszuüben, vielmehr muß er sich beides von dem Erben übertragen lassen[2]; er kann daher auch von der Vindication, die ihm gegen den dritten Besitzer zusteht[3], nicht mit Vorbeigehung des Erben eigenmächtig Gebrauch machen, weil der Erbe befugt ist, die Legate, im Falle der Unzulänglichkeit der Erbschaft, zur Berichtigung der Schulden mit zu verwenden, und so lange zurückzuhalten, bis ausgemittelt worden: ob der Nachlaß zureichen wird[4]. Es entsteht also ein obligatorisches Verhältnis zwischen dem Erben und dem Legatar, selbst dann, wenn bestimmte, dem Erblasser eigen gehörige Gegenstände vermacht worden sind[5]. Will niemand Erbe sein, so fällt deshalb das Legat nicht weg, sondern es wird Concurs eröffnet und der Legatar dabei wie ein Gläubiger behandelt[6].

II. Jedes Vermächtnis setzt einen Honorirten voraus, welcher mit dem Erben eine gleiche active Testamentsfähigkeit haben muß[7]. Wer Honorirter sein solle, muß aus dem Willen des Testators zu entnehmen sein; ist der Ausdruck unbestimmt, so ist das Legat ungiltig, ein anderer Beweis des Willens des Testators ist nur bei behaupteter Substitution der Kinder des Legatarius zulässig[8]. Ist der Legatarius durch sein Verhältnis zum Testator bezeichnet, z. E. wenn den Dienstboten etwas vermacht ist, so werden diejenigen für gemeint gehalten, welche sich bei dem Tode des Erblassers in diesem Verhältnisse befinden, ausgenommen wenn erhellet, daß bei der Errichtung des Legats zugleich auf persönliche Zuneigung Rücksicht genommen worden, oder wenn zur Zeit des Todes niemand in solchem Verhältnisse sich befindet[9]. Wird einem Ehegatten oder einer verlobten Person, ohne nähere Bestimmung, etwas vermacht, so ist darauf zu sehen: ob die Person, deren Gatte oder Verlobter bedacht worden, zur Zeit der Errichtung schon in diesem Verhältnisse stand. Wo nicht, so ist der zur Zeit des Todes des Testators

2) A. L.R. a. a. O. §§. 294, 311, 312. — M. Abh. in der Jur. Wochenschr. 1836, S. 605 flg., und Uebergang der Ford. S. 154.
3) A. L.R. a. a. O. §. 314.
4) Ebend. §§. 296—299, 334, 352 flg. — S. unten §. 885.
5) A. L.R. a. a. O. §§. 292—294, 305—313. — L. 116 pr. D. de leg. I (XXX, 1).
6) A. L.R. a. a. O. §§. 362—365. — Der Legatar selbst kann auf Concurs antragen.
7) Ebend. §. 36. — §. 24 J. de legatis (II, 20).
8) A. L.R. a. a. O. §. 531.
9) Ebend. §§. 546—549. Dann wird auf die Zeit der Testamentserrichtung gesehen.

vorhandene Gatte oder Verlobte zu verstehen[9a]). Paßt die Beziehung oder Bezeichnung auf mehrere, so sollte eigentlich das Legat nichtig sein, wenn die Absicht des Testators dahin ging, nur einen zu bedenken; doch erklärt das Pr. R., ohne zu unterscheiden, alle für berufen[10]). Honorirt ist übrigens nicht immer der, welcher das, was gegeben werden soll, zu erhalten hat, sondern der, welcher dabei Gewinn hat[10a]). III. Einem Honorirten muß ein Belasteter gegenüber stehen. 1) Belastet kann werden ein jeder, welcher bedacht worden ist, also nicht bloß der Testaments- oder Intestaterbe, sondern auch ein Legatar und Substitut[11]), nur nicht der Pflichttheilserbe[12]). Um aber als Honorirter onerirt werden zu können, muß die Zuwendung eine Freigebigkeit enthalten, und von dem Honorirten angenommen worden sein[13]). Regel dabei ist: Das Onus darf die Zuwendung nicht übersteigen[14]). Dabei wird auf den Werth des Gegenstandes zur Zeit des Anfalls gesehen, doch kommen spätere zufällige Erweiterungen und unverschuldete Verminderungen, nach den vom redlichen Besitze geltenden Grundsätzen, in Betracht[15]). Eine Ausnahme davon, daß das Onus nicht mehr als die Zuwendung betragen darf, findet statt, wenn dem Honorirten die Herausgabe einer andern Sache aufgegeben worden ist und er dieses Vermächtnis angenommen hat: in diesem Falle wird die Zuwendung als Preis der Sache angesehen, wobei auf den höhern Werth derselben nichts ankommt[16]), wenn nicht ein die Willenserklärung entkräftender Irrthum vorgekommen ist. 2) Ist der Wille des Testators darüber: wer belastet sein soll, nicht klar ausgedrückt, so gilt der Erbe für onerirt; sind mehrere

9a) Ebend. §§. 550—553. — L. 19 pr. D. de rebus dubiis (XXXIV, 5).

10) A. L.R. a. a. O. §. 542. Anders nach L. 10 pr. D. eod.; L. 62, §. 1 D. de hered. instit. (XXVIII, 5).

10a) Z. B. wenn einem Miterben aufgelegt ist, eine Schuld an den Erbschaftsgläubiger zu zahlen, so hat nicht dieser, sondern der andere Miterbe den Vortheil und die Klage. L. 49, §§. 4—7; L. 69, §. 2 D. de leg. I; L. 11, §§. 20—22 D. de leg. III.

11) A. L.R. a. a. O. §§. 293, 544, 466. — L. 1, §. 6 D. de leg. III; L. 92, §. 2; L. 93, 96, §. 4 D. de leg. I; L. 77, §. 1 D. de leg. II; L. 24 C. de leg. (VI, 36).

12) A. L.R. a. a. O. §. 477; II, 2, §. 398. — L. 2 D. de leg. III.

13) A. L.R. I, 12, §. 366. — L. 3, §. 2; L. 7, §. 2 D. eod.; L. 78, 3 D. de leg. I.

14) A. L.R. a. a. O. §§. 287, 334, 351. — L. 8, 114, §. 3 D. de leg. I; §. 1 J. de singul. rebus (II, 24); §. 3 J. de lege Falcidia (II, 22). Auf das beneficium inventarii kommt dabei nichts an, wie man nach §. 296 d. T. glauben könnte.

15) A. L.R. a. a. O. §§. 336, 339—344. Ebenso nach L. 70, §§. 1, 2 D. de leg. II.

16) L. 70, §. 1 D. de legatis II.

Erben eingesetzt, so sind in Ermangelung einer bestimmten Erklärung alle onerirt, und zwar, dem Legatar gegenüber, gemeinschaftlich, unter sich nach Verhältnis ihrer Erbtheile[17]), ganz so wie sie hinsichtlich der Schulden haften. Ist nur einer ohne nähere Bestimmung belastet worden, so gilt derjenige für gemeint, welcher die Gattung von Sachen, wozu das vermachte Stück gehört, nach dem Willen des Testators erhalten soll[18]); ist aber die Gattung keinem besonders beschieden, so trifft die Belastung unter den vermuthlich Gemeinten denjenigen, der am meisten begünstigt ist[19]). 3) Wird ein belastetes Legat oder Fideicommiß ausgeschlagen, so behält es der Erbe, und das Onus geht auf ihn über[20]). 4) Das gleiche gilt, wenn ein Erbtheil jure accrescendi an einen andern fällt[21]). IV. Aus dem, zwischen dem Onerirten und dem Honorirten bestehenden, obligatorischen Verhältnisse (Note 5) folgt, daß dazu nothwendig zwei verschiedene Personen erforderlich sind, mithin einem Alleinerben (heres ex asse) unmöglich ein Legat vermacht werden kann[22]). Was daraus für die aus der Potestas des R. R. folgende Personeneinheit zwischen Vater und Kindern folgte[23]), fällt nach Pr. R. ganz weg. V. Gegenstand kann jedes Vermögensrecht sein, er muß aber wenigstens nach seiner Gattung bestimmt bezeichnet sein[24]), sonst ist das Legat ungiltig[25]). 1) Ist eine Sache von mehreren derselben Gattung oder von gleicher Bezeichnung, ohne nähere Bestimmung, vermacht, so hat der Onerirte die Wahl[26]); sind aber mehrere Sachen alternative vermacht, so wird zur Bestimmung des Wahlrechts, wenn dasselbe nicht dem einen ausdrücklich beigelegt worden ist, auf den gebrauchten Ausdruck gesehen; soll danach der Erbe eine von mehreren Sachen ge-

17) A. L.R. a. a. O. §. 289. S. oben §. 516, Note 11. Selbst wenn eine Sache eines der Miterben legirt ist. §. 376 das. — Nach R. R. haften die Erben immer pro parte hereditaria. — L. 33 pr. D. de leg. II. Die ältern röm. Juristen waren darüber uneinig. M. s. L. 124; L. 54, §. 3 D. de leg. I; L. 17 D. de duobus reis (XLV, 2).

18) A. L.R. a. a. O. §. 544.

19) Ebend. §§. 545. Ist eine zweifelhafte Willensauslegung.

20) Ebend. §§. 366, 367, 372. — L. un. §§. 4, 9 C. de cad. toll. (VI, 51).

21) A. L.R. a. a. O. §. 287. — L. un. §. 10 C. eod. Im ältern R. R. ging das Onus nicht mit über. L. 61, §. 1 D. de leg. II.

22) Ulpian., XXIV, §. 22. — L. 18, 34, §. 11 D. de leg. I.

23) Ulpian. l. c. §§. 21, 23. — Gajus, II, §. 244. — §. 32 J. de leg. (II, 20).

24) Die unbestimmt gebliebene Qualität muß dann nach dem Stande und dem Bedürfnisse des Legatars bestimmt werden. A. L.R. a. a. O. §§. 403, 404.

25) Z. B. das Vermächtnis „einer Sache." §. 22 J. eod.

26) A. L.R. a. a. O. §§. 388, 389. — L. 37, §. 1; L. 39, §. 6 D. de leg. I.

ben, so hat er die Wahl; soll der Legatar eine nehmen, so kommt ihm die Wahl zu[27]). Wählt der Erbe, so hat er nur ein für den Legatar nach dessen Umständen brauchbares Stück zu geben; wählt der Legatar, so darf er das Beste nehmen[28]). 2) Sollen mehrere wählen, so sind drei Fälle denkbar[29]): a) Mehreren ist eine Sache in der Art vermacht, daß der eine die Sache selbst und der andere den Werth nach eigener Wahl haben soll, ohne daß bestimmt ist, wem die Wahl zustehe: hier entscheidet über das Wahlrecht das Loos, und der Werth wird durch Sachverständige bestimmt[30]). b) Mehrere Belastete oder mehrere Honorirte haben jeder eine Wahl zu treffen, ohne daß die Ordnung, in welcher sie wählen sollen, bestimmt ist: dann bestimmt wieder das Loos diese Ordnung[31]). c) Mehrere sollen zusammen ein auszuwählendes Stück erhalten, oder der wahlberechtigte Legatar stirbt vor der Wahl mit Hinterlassung mehrerer Erben: dann wird über die Wahl gelost und der Gewinner wird zugleich Eigenthümer des gewählten Stücks, mit der Verbindlichkeit, die übrigen Theilhaber nach einer Taxe abzufinden[32]). 3) Soll ein Dritter wählen, so darf er das Beste aussuchen; kann oder will er nicht wählen, so wird zwar dem Legatar die Auswahl gestattet, doch darf er nur ein Stück von mittlerem Werthe nehmen[33]). 4) Die Wahl ist eine Rechtshandlung und erfordert zu ihrer Giltigkeit die Verfügungsfähigkeit des Wählers und die im allgemeinen vorgeschriebene Form. Von der rechtsgiltig getroffenen Wahl kann nicht wieder abgegangen werden, ausgenommen wenn der Erbe dem Wähler nicht sämtliche vorhandene Stücke vorgezeigt hat[34]). Die Wahl ist aber keine Bedingung, vielmehr wird ein legatum optionis als ein legatum purum

27) A. L.R. a. a. O. §§. 390, 391. Ist von den verschiedenen Legatsformen des alten R. R. hergenommen. L. 19 D. de leg. II; Ulpian, XXIV, §. 14. Nach Justin. R. ist ein alternatives Legat im Zweifel immer ein legatum optionis. L. 71 pr. D. de leg. I; Tit. D. de opt. leg. (XXXIII, 5).

28) A. L.R. a. a. O. §§. 392, 393.

29) M. Abh. darüber: Was ist nach dem A. L.R. denn eigentlich Rechtens, wenn mehreren dieselbe Sache vermacht ist, und sie sich über die ihnen beigelegte Wahl nicht einigen können? (im Schles. Arch. Bd. IV, S. 345 flg.)

30) Nach R. R. entscheidet die Prävention. L. 33 D. de leg. I.

31) A. L.R. a. a. O. §. 394. Auch hierbei kommt es nach R. R. auf die Prävention an; wählen mehrere dasselbe Stück, so werden sie Miteigenthümer. L. 8, §. 2 D. de opt. (XXXIII, 5).

32) A. L.R. I, 11, §§. 569, 572—574. — Schles. Archiv, Bd. IV, S. 356 flg.

33) A. L.R. I, 12, §§. 395, 396. Ist Justinian's Entscheidung in der L. 3, §. 1 C. communia de legatis (VI, 43).

34) A. L.R. a. a. O. §§. 399, 400. — L. 5 pr. D. de leg. I; L. 20 D. de opt. (XXXIII, 5).

behandelt[35]). VI. Ist derselbe Gegenstand mehreren Personen vermacht, so erhalten sie gleiche Theile, wenn nicht ein anderes Verhältnis von dem Erblasser vorgeschrieben ist[36]). Dabei kann aber die Absicht desselben sein, entweder daß ein jeder Legatar seinen Antheil als eine Sache für sich, oder daß sie alle gemeinschaftlich das Ganze erhalten sollen. Hiervon hängt das Zuwachsrecht unter Legatarien ab. In dieser Hinsicht gilt die Auslegungsregel: Ist allen gemeinschaftlich das Ganze vermacht, so wächst der erledigte Theil den übrigen Legatarien zu; ist aber jedem ein bestimmter Theil zugedacht, so bleibt der nicht angenommene Theil bei dem Belasteten[37]). VII. Die lex Falcidia ist abgeschafft, Abzüge dürfen daher für den Erben von den Legaten nicht gemacht werden, selbst wenn für ihn nichts übrig bliebe; nur die Schulden müssen vorweg berichtigt und dazu den Legatarien, wenn die Erbschaft nicht ausreicht, verhältnismäßige Abzüge gemacht werden[38]). 1) Vermachte Sachen werden, behufs der Werthbestimmung, taxirt, und, wenn auch nur ein Theil mit der Taxe nicht zufrieden ist, gerichtlich verkauft[39]). 2) Der Legatarius darf auch, wenn er nicht beitragen will, das Vermächtnis mit den gezogenen Nutzungen, nach den vom redlichen Besitze hinsichtlich der Verbesserungen und Verschlimmerungen geltenden Regeln, zurückgeben[40]). 3) Hat der Legatar die Sache ohne böse Absicht verkauft, so steuert er nach Maßgabe des Kaufgeldes bei; in andern Fällen des Verkaufs

35) L. 19 D. eod.; L. 3, §. 1 C. comm. de leg. (VI, 43); §. 23 J. de leg. (II, 20).

36) A. L.R. a. a. O. §. 370. — L. 19, §. 2 D. de leg. I.

37) A. L.R. a. a. O. §§. 368, 369, 500. Vergl. §. 284 daf. Das ist auch Justinian. R. L. un. C. de cad. toll. (VI, 51); §. 8 J. de leg. (II, 20). Im alten R. galten nach den verschiedenen Arten der Legate verschiedene Regeln. Bei dem Vindicationslegat accrescirte die portio deficientis den Collegatarien. L. 16, §. 1 D. de leg. I; L. 34, 35 D. de leg. Aquil. (IX, 2); Gajus II, §§. 199, 206; Ulpian. XXIV, §. 12. Widersprechend scheinen zu sein: L. 41 pr. de leg. II; L. 1 pr., §. 3 D. de usufructu accresc. (VII, 2). — Bei dem Damnationslegat trat niemals das jus accrescendi ein. L. 84, §. 8 D. de leg. I; L. 7 D. de leg. II; Gajus II, §§. 205, 206; Ulpian. l. c. §. 13. Die erste Veränderung hierin bewirkte das Papische Gesetz. Gajus II, §§. 206—208. — Ob der eine oder der andere Fall vorhanden sei, ist Thatsache, die nicht durch eine Rechtsregel festzustellen ist. Deshalb kann das Präj. des Obertrib. 1235, vom 19. Dec. 1842, lautend: Die wirkliche Theilung einer mehreren Mitgenossen vermachten Geldsumme ist da noch nicht vorhanden, wo deren Theilnahmerechte nach Quoten und nicht nach bestimmt ausgedrückten Summen in dem Testamente des Erblassers angeordnet sind, — nicht auf den Werth eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes Anspruch machen.

38) A. L.R. a. a. O. §§. 333—335.

39) Ebend. §§. 336, 337. Die Gläubiger interessiren dabei gleichfalls, wenn die Masse unzulänglich ist.

40) Ebend. §§. 338—341. Kommt es zur Crida, so muß die Sache mit den Nutzungen zurückgegeben werden.

wird auf den Werth zur Zeit des Anfalls gesehen, es kommen ihm jedoch die ohne sein grobes Versehen entstandenen Verschlimmerungen oder Verluste zu Statten[41]). 4) Da die Schulden und Lasten aus der Substanz der Erbschaft berichtigt werden, so erleiden auch die Legate, deren Gegenstand ein Nießbrauch oder eine jährliche Hebung ist, eine verhältnismäßige Ermäßigung, zu deren Bestimmung die jährliche Nutzung oder Hebung, nach den Grundsätzen der nächsten inländischen Lebensversicherungsanstalt über die durchschnittliche Dauer des menschlichen Lebens, zu Capital berechnet wird. Um so viel wie die Nutzungen des auf ein solches Capital fallenden Beitrags ausmachen, vermindert sich die jährliche Hebung[42]).

b) Einzelne Arten der Vermächtnisse.

§. 825.

α) In subjectiver Hinsicht.

In Hinsicht der berechtigten Person ist das Fideicommiß und das Prälegat hervorzuheben. I. Fideicommisse können auch ab legatario hinterlassen werden. Ist die Zuwendung für eine gewisse Familie auf künftige Zeiten bestimmt, so enthält die Verordnung die Errichtung eines Familienfideicommisses[1]). Dazu ist schon ein Veräußerungsverbot, das auch in dem Verbote des Verkaufs begriffen ist, hinreichend[2]). Sind die künftigen Mitglieder der Familie ohne nähere Bestimmung substituirt, so sind alle Blutsverwandte des Legatars nach den Regeln der gesetzlichen Erbfolge berufen[3]); das Fideicommiß muß mithin von dem Besitzer immer dem nächsten Erben hinterlassen werden, und zwar der dem jedesmaligen letzten Besitzer, nach dessen persönlichem Rechte, am nächsten stehenden Person[4]). II. Das Prälegat ist ein Vermächtnis, welches einem Erben hinterlassen wird; es ist nur so weit giltig, als der Erbe nicht selbst damit beläßtigt wird; deshalb kann es nur

41) Ebend. §§. 442—444.

42) Ebend. §§. 345—350. Mehrere Legatarien werden verhältnismäßig befriedigt, und dabei kommt das ausgemittelte Capital einer jährlichen Hebung in Ansatz.

1) Ebend. §§. 532, 533. Es kommen dann die Grundsätze über die Erfordernisse eines solchen zur Anwendung. S. o. §. 823.

2) A. L.R. a. a. O. §§. 534, 535. Anders nach L. 93 pr. D. de leg. III.

3) A. L.R. a. a. O. §. 536. Vergl. L. 5 C. de verb. signif. (VI, 38).

4) A. L.R. a. a. O. §. 537. Vergl. L. 69, §. 3 D. de leg. II. Nach G. R. ist streitig: ob der Nachfolger dem Erblasser oder dem letzten Inhaber im Grade am nächsten stehen muß.

vorkommen, wenn mehrere Erben eingesetzt sind[5]). Ist das Legat ohne Bestimmung des Belasteten ausgesetzt, so sind sämtliche Erben pro parte hereditaria belastet und der Theil des Prälegatars fällt auf dessen eigene Portion; er erwirbt jedoch diesen Theil nicht, wie es folgerecht sein sollte und nach R. R. wirklich ist, jure hereditario[6]), sondern jure legati, denn sie wird ihm nicht in sein Erbtheil gerechnet[7]), mithin nicht als in hereditate geblieben gedacht, woraus folgt, daß ein Fiduciarerbe bei der Herausgabe der Erbportion das ganze Prälegat zurückbehalten kann[8]).

β) In Hinsicht des Gegenstandes.

§. 826.

aa) Vermächtnis von Eigenthum.

Nach den verschiedenen Gegenständen unterscheidet man mehrere Vermächtnisarten. Danach ist eine der vorzüglichsten Arten das Vermächtnis des Eigenthums. 1) Dazu wird erfordert: a) Die Sache muß im Verkehre sein, sonst ist das Legat nichtig[1]). Ist der Legatar bloß für seine Person besitzunfähig, so muß er in den Stand gesetzt werden, die Sache zu veräußern[2]). b) Die Sache muß zur Zeit des Anfalls im Eigenthume des Erblassers sein; alsdann hat der Legatar gegen den Erben und den Dritten eine dingliche Klage[3]). Gehört die Sache nicht dem Erblasser, so ist das Legat nicht ungiltig, aber die Wirkungen sind nach der Person des Eigenthümers verschieden. α) Ist sie das Eigenthum des Erben, so hat das Legat dieselbe Wirkung, wie wenn die Sache dem Testator gehörte, ohne Unterschied: ob ihm das Verhältnis bekannt war oder nicht[4]). β) Gehört sie einem Dritten, so wird durch das Legat für den Legatar ein Forderungsrecht auf Verschaffung der Sache begründet, und er hat nur eine persönliche Klage (§. 384) gegen den Belasteten, ihm entweder die Sache oder, wenn der Eigenthümer unverhältnismäßige Bedingungen stellt, den außeror-

---

5) A. L.R. a. a. O. §. 262. — L. 34, §. 11 de leg. I.

6) L. 18, §. 3 D. ad S. C. Trebell. (XXXVI, 1); L. 1, §. 6 D. quod legatorum (XLIII, 3); L. 116, §. 1 D. de leg. I.

7) A. L.R. a. a. O. §. 271.

8) Ebend. §. 474. — Folgerecht anders nach L. 18, §. 3 D. ad S. C. Trebell.

1) A. L.R. a. a. O. §§. 386, 456, 366. — L. 39, §§. 7—10 D. de leg. I; §. 4 J. de leg. (II, 20).

2) A. L.R. a. a. O. §§. 452—455. — S. o. §. 819, Note 15.

3) A. L.R. a. a. O. §§. 288, 314—318. — §. 4 J. eod.

4) A. L.R. a. a. O. §§. 374—376. — L. 67, §. 8 D. de leg. II; §. 11 J. eod.

deutlichen Werth zu leisten [5]). Bei dem Legate einer fremden Sache wird jedoch vorausgesetzt, daß der Testator wußte, die Sache gehöre einem Fremden; hielt er sie irrthümlich für seine eigene, so ist das Legat ungiltig [6]). Diese Voraussetzung muß der Legatarius beweisen; sie zu behaupten, gehört zur Begründung der Klage [7]). Kannte zwar der Testator das fremde Eigenthum, ihm stand aber darauf ein Recht oder Anspruch zu, so wird im Zweifel angenommen: nur dieser Anspruch solle der Gegenstand des Legats sein [8]). γ) Gehört die Sache, zur Zeit der Errichtung, dem Legatarius selbst, so ist das Legat von Anfang nichtig [9]). Geht jedoch die Absicht darauf, dem Legatar einen besonderen Vortheil dadurch zuzuwenden, z. E. ihm solche unter der Bedingung, wenn er das Eigenthum verlieren würde, zu vermachen, oder um die Sache von den dinglichen Lasten zu befreien, so gilt das Legat [10]). Erwirbt der Legatar das Eigenthum erst nach Errichtung des Legats, so wird unterschieden: ob es durch einen lästigen Titel, oder durch Freigebigkeit geschehen ist. Im erstern Falle muß der Erbe dem Legatar die Anschaffungskosten geben, oder die Gegenleistung, welche der Erblasser noch nicht empfangen oder bis an seinen Tod nachgesehen hat, ist erloschen [11]); in dem andern Falle ist das Legat erloschen [12]). c) Die Sache muß dasein. Hat der Testator eine nicht vorhandene Sache in Erwartung ihrer Entstehung legirt, so ist das Legat als das einer künftigen Sache giltig; der Erbe hat dann die Verbindlichkeit, diese Sache, sobald sie entstanden ist, zu verschaffen [13]). Das gleiche gilt bei einem vermachten Stücke von einer gewissen Gattung [13a]). Geht die legirte Sache ohne Zögerung und ohne grobes Versehen des Erben vor der Uebergabe un-

5) A. L.R. a. a. O. §§. 377, 378. — L. 39, §. 7; L. 71, §. 3 D. de leg. I; L. 14, §. 2; L. 30, §. 6 D. de leg. III.

6) A. L.R. a. a. O. §§. 377, 384. Man interpretirt nemlich, daß der Testator, wenn er gewußt hätte, sie sei eine Fremde, sie nicht legirt haben würde. §. 4 J. de leg. (II, 20); Paulus IV, 1, §. 8; L. 67, §. 8 D. de leg. II; L. 10 C. de leg. (VI, 37).

7) A. L.R. a. a. O. §. 383. — L. 21 D. de probationibus (XXII, 3).

8) A. L.R. a. a. O. §. 385. War nach G. R. streitig.

9) Ebend. §§. 381, 382. — L. 41, §. 2; L. 84, §. 8 D. de leg. I; §. 10 J. de leg.; L. 13 C. eod.

10) A. L.R. a. a. O. §. 381. — Vergl. L. 1, §. 2 D. de reg. Caton. (XXXIV, 7); L. 98 D. de condit. (XXXV, 1); L. 71, §. 5; L. 86 pr. D. de leg. I.

11) A. L.R. a. a. O. §§. 379, 324. — L. 34, §. 7; L. 45 pr. D. de leg. I.

12) A. L.R. a. a. O. §§. 380, 323. — L. 108, §. 4; L. 82; L. 34, §. 3 D. eod.; §. 6 J. eod. — Der Fall der L. 21, §. 1 D. de leg. III ist nicht anerkannt. — S. o. §. 576, S. 222.

13) A. L.R. a. a. O. §. 373. — L. 24 pr. D. de leg. I; §. 7 J. eod.

13a) A. L.R. a. a. O. §§. 403, 404.

ter, so ist das Legat erloschen[14]), so wie wenn die Sache zur Zeit des Erbanfalls nicht mehr im Nachlasse vorhanden ist[15]); in diesem Falle erhält jedoch der Legatar das für die veräußerte Sache gelöste Geld, wenn dasselbe von dem Testator bis zum Tode besonders aufbewahrt worden ist[16]). Ist eine Formveränderung (Specification) mit der Sache vorgegangen, und zwar ohne Zuthun oder Genehmigung des Erblassers und auch ohne weitern Zusatz oder Verbindung mit einem andern Stoffe, so hat der Legatar die Wahl zwischen der veränderten Sache oder dem gemeinen Werthe der Sache in deren früherer Gestalt[17]); ist die Veränderung von dem Testator ausgegangen oder genehmigt, so erhält der Legatar die veränderte Sache; ist aber auch der Stoff vermehrt, vermischt oder mit einem andern verbunden worden, so hat der Legatar bloß den gemeinen Werth der Sache vor der Veränderung zu fordern[18]). 2) Wird eine mit dinglichen Rechten belastete Sache vermacht, so geht sie mit den Lasten auf den Legatar über[19]). Davon machen auch die Hypotheken nach Pr. R. keine Ausnahme[20]), und der Grund davon (Note 20) bringt mit sich, daß, wenn der Testator eine eingetragene Post abgezahlt hat, aber nicht löschen lassen, dieselbe zum Vortheil des Erben giltig ist[21]). 3) Gegenstand des Eigenthumsvermächtnisses können sowohl einzelne Sachen als ein Inbegriff von Sachen sein. Das letztere ist der Fall bei dem Vermächtnisse einer Sache, zu welcher Pertinenzstücke gehören: diese sind immer von selbst mit vermacht[22]), soweit nicht einzelne Stücke

14) Ebend. §§. 306—309. — L. 47, §§. 4—6; L. 53, §. 3 sqq. D. eod.; §. 16 J. eod.

15) A. L.R. a. a. O. §§. 315, 316. — L. 18 D. de adimendis (XXXIV, 4); §§. 12, 21 J. eod.

16) A. L.R. a. a. O. §. 322. Vergl. L. 22 D. de leg. II; L. 3 C. eod.; §. 12 J. eod.; L. 18, 24, §. 1 D. de adimendis (XXXIV, 4).

17) A. L.R. a. a. O. §§. 317, 320. — L. 44, §§. 2, 3; L. 65, §. 2 D. de leg. I; L. 88 pr., §§. 1, 2 D. de leg. III.

18) A. L.R. a. a. O. §§. 318, 319, 321. Das R. R. sieht dabei auf den Willen des Testators. L. 44, §§. 2, 3 D. de leg. I; L. 6, §. 1 D. de auro, argento (XXXIV, 2).

19) A. L.R. §. 325 d. T. — L. 69, §. 3 D. de leg. I; L. 26, 66, §. 6; L. 76, §. 2 D. de leg. II.

20) A. L.R. a. a. O. §§. 326, 327. Das folgt aus dem subjectivdinglichen Charakter der Hypothekenschulden nach deutschen und pr. Rechtsansichten. Anders nach R. R. §. 5 J. de leg. (II, 20); L. 57 D. de leg. I; L. 3 C. eod. (VI, 37); Paulus III, 6, §. 8; L. 6 C. de fideicommissis (VI, 42).

21) Der von den Gesetzrevisoren für ihre entgegengesetzte Meinung angegebene Grund ist nicht sachlich und stammt noch aus der Zeit, wo die rechtliche Bedeutung einer Hypothekenpost nach Pr. R. noch nicht hervorgetreten war. Die Ansicht der Revisoren hat nicht Anerkennung gefunden. S. o. §. 529, N. II.

22) A. L.R. §§. 405, 407 d. T. — Tit. D. de instructo vel instrumento (XXXIII, 7); de suppellectili (XXXIII, 10). Auch die einem Grundstücke,

als bestimmte Sachen besonders vermacht worden sind[23]). 4) Eben so kann eine bestimmte Sache (Species) und eine gewisse Gattung (Genus) von Sachen der Gegenstand sein. Ist bei einer vermachten Gattung über Beschaffenheit und Menge nichts bestimmt, so gehören dem Legatar alle im Nachlasse vorhandenen Stücke derselben Gattung, mit Ausnahme solcher Stücke, welche Pertinenz- oder Inventarienstücke zu einem Landgute oder Gebäude sind[24]). 5) Auch vertretbare Sachen können Gegenstand eines Eigenthumsvermächtnisses sein. Dazu gehört das Vermächtnis einer Geldsumme, wenn solche in der Erbschaft vorhanden ist; wenn nicht, entsteht daraus eine Obligation[25]).

§. 327.

bb) Vermächtnis dinglicher Rechte.

I. Nießbrauch und Gebrauch. Das Nießbrauchs- oder Gebrauchsrecht kann auf dreierlei Weise gegründet werden: so, daß dasselbe der Gegenstand des Legats ist; oder so, daß die Proprietät mit Vorbehalt des Nutzungsrechts vermacht wird; oder so, daß einer Person das Nießbrauchsrecht, und einer andern die Proprietät derselben Sache legirt wird[1]). In dem dritten Falle weicht das Pr. R. darin von dem R. R. erheblich ab, daß beide Legatarien, bezüglich auf den Nießbrauch, nicht Collegatarien sind, mithin derjenige, welchem die Proprietät vermacht ist, an dem Nießbrauche keinen Theil hat[2]). Daher gilt in Hinsicht des Zuwachsrechts bei dem Nießbrauche nichts besonderes nach Pr. R. Ist der Testator Eigenthümer der Sache, so erwirbt auch der Legatar unmittelbar den Nießbrauch und hat die actio confessionaria[3]), andernfalls wird durch das Legat nur eine Obligation auf Verschaffung des Nießbrauchs begründet. Die Dauer versteht sich auf die Lebenszeit des Legatars; wenn aber dieser eine juristische Person ist, auf 50 Jahre[4]). II. Grundgerechtigkeiten. Diese können auf zwiefache Art Gegenstand eines

nach der Testamentserrichtung, mit Wissen des Testators zugeschriebenen Grundstücke. Entsch. des Obertrib. v. 5. April 1850 (XIX, 168).

23) A. L.R. a. a. O. §. 406.

24) Ebend. §§. 401, 402. — L. 65 pr.; L. 71 pr. D. de leg. I.

25) A. L.R. a. a. O. §. 328. — L. 12 pr. D. de leg. II. — Ulpian. XXIV, §. 7; Gajus II, §. 196.

1) A. L.R. §. 421 d. T. — §. 1 J. de usufr. (II, 4); L. 14 C. eod. (III, 33).

2) A. L.R. a. a. O. §. 421. — Vergl. L. 19 D. de usu et usufr. (XXXIII, 2). Daher accrescirte dem Proprietar der Ususfructus. L. 33 pr. D. de usufr. (VII, 1); L. 9 D. de usufr. accresc. (VII, 2).

3) A. L.R. §. 288 d. T. — L. 3 pr. D. de usufr. (VII, 1).

4) A. L.R. a. a. O. §§. 421, 423. — S. o. §. 327, Bd. I, S. 543.

Legats sein: entweder so, daß von dem Eigenthümer des herrschenden Grundstücks dem Eigenthümer des Dienenden die Servitut erlassen wird; oder so, daß der Testator sein Grundstück zum Vortheil des Legatars mit einer Servitut belastet[5]). Ein eigenthümliches praktisches Interesse gewährt ein solches Legat in dem Falle, wenn die Legatarien zur Berichtigung der Schulden Abzüge erleiden müssen. Die Alternative, daß, wenn einer von beiden Theilen mit der Taxe nicht zufrieden, der gerichtliche Verkauf verlangt werden kann[6]), ist hier nicht statthaft; wie es aber damit gehalten werden soll, ist nicht bestimmt. Nach der Natur der Sache ist nur die Wahl des Legatars möglich: entweder nach Verhältnis der Taxe beizutragen, oder das Vermächtnis aufzugeben. III. Das Erbzins- und Erbpachtsrecht, so wie das Lehn kann nicht mehr Gegenstand eines Legats sein. Nach früherem Rechte konnte es ursprünglich nicht unmittelbar durch das Testament begründet werden, sondern ein derartiges Vermächtnis verpflichtete den Erben, das Verhältnis mit dem Legatar einzugehen. Ein schon vorhandenes Recht dieser Art konnte, wie eine Sache, legirt werden[7]). IV. Ein gleiches gilt, nach Pr. R., von dem Pfand- und Hypothekenrechte[8]). Das Vermächtnis eines schon bestehenden Unterpfandsrechts begreift zugleich die dadurch versicherte Forderung, wenn nicht der Unterpfandsbesteller selbst der Legatar, und von dem Schuldner verschieden ist[9]).

§. 828.

cc) Vermächtnis von Forderungsrechten.

Nicht allein schon bestehende, sondern auch noch zu begründende Obligationen können vermacht werden. Wichtiger sind zwei andere Verschiedenheiten der vermachten Forderungen, nemlich nach dem Schuldner und nach dem Inhalte. I. Schuldner einer vermachten Forderung kann sein: der Erblasser selbst, der Erbe, ein Dritter und der Legatar. 1) Das Vermächtnis der eigenen Schuld des Erb-

5) Tit. D. de servitute legata (XXXIII, 3).

6) A. L.R. a. a. O. §§. 336, 337.

7) Ebend. §. 385. — L. 71, §§. 5, 6; L. 86, §. 4 D. de leg. I. Ges. vom 2. März 1850, §§. 74 u. 75 (G.S. S. 77).

8) Gewissermaßen ist das Pr. R., welches durch Singularsuccession von Todes wegen zwar das Eigenthum ohne Uebergabe, aber kein Unterpfandsrecht ohne die entsprechende Erwerbungsart übergehen läßt, hierin inconsequent. Anders nach R. R. L. 26 pr. D. de pignerat. act. (XIII, 7); L. 1 C. comm. de legatis (VI, 43).

9) A. L.R. §. 427 d. T. — L. 86 pr. de leg. I; L. 1, §. 1 D. de liberat. leg. (XXXIV, 3).

lassers an den Legatar (legatum debiti) ist im allgemeinen ungiltig, weil es keine Freigebigkeit enthält, es hat daher nur den Werth eines Anerkenntnisses [1]); aber in soweit es einen Nebenvortheil gibt, gilt es als Legat, d. h. das Ganze wird zwar als Legat betrachtet, doch ist der Erbe nur soweit belastet und der Legatarius honorirt, als das Legat besser denn die frühere Obligation ist [2]). Dergleichen Vortheile sind: wenn kein Rechtsgrund der Forderung bekannt, oder wenn sie streitig, oder wenn sie bedingt oder betagt ist [3]); durch das Vermächtnis der Schuld ohne Bestimmung der Zahlungszeit wird jedoch der ursprüngliche Zahltermin nicht abgekürzt [4]). Dieses Legat erlischt durch die nach der Errichtung erfolgte Tilgung der Schuld [5]). Eine Art dieses Legats ist die vermachte Ausstattung für ein Kind des Erblassers [6]). 2) Der Erbe kann bereits Schuldner sein, und dann gehört das Vermächtnis in die folgende Kategorie. Der Hauptfall ist der, wo die Verbindlichkeit des Erben erst durch das Legat begründet wird. Im allgemeinen ist der Erbe Schuldner bei jedem Legate; denn auch bei dem Eigenthumsvermächtnis tritt zwischen ihm und dem Legatar ein solches obligatorisches Verhältnis ein (§. 824, I), wie es zwischen dem Eigenthümer und dem Inhaber der Sache besteht. (§. 526, No. 1, 2). Eine besondere Obligation aber entsteht für den Legatar gegen den Erben, wenn eine Leistung vermacht ist. Es können dem Erben alle Arten von Leistungen und Handlungen, so wie Eingehung von Rechtsgeschäften aufgelegt werden, welche zum Vermögensrechte gehören [7]). 3) Das Legat einer gegen einen Dritten schon bestehenden Forderung (legatum nominis) wird entweder so errichtet, daß dem Erben aufgelegt wird, dem Legatar das zu leisten, was dem Erblasser ein Dritter schuldig ist, worunter nichts anderes als die Uebertragung des Forderungsrechts mit den

---

1) A. L.R. a. a. O. §§. 430, 431. — L. 28 pr., §. 1; L. 29 D. de leg. I. Vergl. den Rechtsfall im Schl. Arch. Bd. IV, S. 360 flg.

2) A. L.R. §. 435 d. T. — L. 2 pr. D. de dote praeleg. (XXXIII, 4); Paulus, Sent. rec. IV, 1, §. 1; §. 14 J. de legat. (II, 20).

3) A. L.R. a. a. O. §§. 432, 434. — L. 30, 14 D. de liberat. leg. (XXXIV, 3).

4) A. L.R. a. a. O. §. 436. Das im §. 435 beigelegte Recht der Legatarien, hinsichtlich der Sicherheitsbestellung, ist kein reeller Vortheil; denn die schlechteste Schuld geht dem sichergestellten Legate allemal vor.

5) Ebend. §. 433. Hier wird zwar nur der „Bezahlung" gedacht, doch ist darunter wohl ohne Zweifel die Tilgung verstanden.

6) Ebend. §. 449. Nach R. R. gehörte auch die dos legata (verschieden von dem legatum dotis) hierher. §. 15 J. de leg. (II, 20); Tit. D. de dote praeleg. (XXXIII, 4).

7) A. L.R. §. 387 d. T. — §. 21 J. de leg.; L. 11, §. 25 D. de leg. III; L. 49, §§. 8, 9; L. 108, §. 15 D. de leg. I.

nach dem Anfalle völlig werdenden Zinsen verstanden wird[8]), oder so, daß die Schuldverschreibung vermacht wird[9]). Auch in dem zweiten Falle ist das Forderungsrecht und nicht das Schriftstück gemeint, mithin die Cession des Erben zur Legitimation des Legatars erforderlich[10]). Ist die Schuld unrichtig, so ist das Legat ungiltig[11]). Wird die Schuld nach Errichtung des Legats getilgt, so erlischt das Legat[12]), wenn nicht der Erblasser bei der Einziehung der Post die Absicht hatte, daß das Legat als Vermächtnis der Summe fortbestehen solle, welches angenommen wird, wenn der Testator das Geld bis an seinen Tod aufbewahrt, oder wenn er dasselbe, ohne vorherige Vermischung mit andern Geldern, anderweit in eben derselben oder in einer mindern Summe angelegt hat[13]). Die Entstehung von Gegenforderungen nach der Errichtung des Legats, wegen welcher der Erblasser sich noch nicht berechnet hat[14]) und welche die vermachte Forderung in den Händen des Legatars unwirksam machen, hebt eben so wenig wie die seitens des Erben erfolgte Liberation des Schuldners das Legat auf, vielmehr muß dem Legatar die Summe aus der Erbschaft entrichtet werden[15]). Von dem legatum nominis zu unterscheiden ist das Vermächtnis einer Summe, deren Zahlung auf eine gewisse Forderung angewiesen ist: dieses Vermächtnis erlischt durch die spätere Einziehung der Forderung, seitens des Testators, nicht; aber darin ist es dem legatum nominis ähnlich, daß es ungiltig, wenn die Forderung unrichtig ist, und daß der Legatar sich mit demjenigen begnügen muß, was aus dem angewiesenen Fonds zu erlangen ist[16]). 4) Wird dem Legatarius seine eigene Schuld vermacht, so ist die Wirkung je nach der Person des Gläubigers verschieden. Ist der Testator der Gläubiger,

---

8) A. L.R. §§. 427, 408 d. T. — L. 105; L. 39, §. 3 D. de leg. I.

9) A. L.R. a. a. O. §. 408 und das Marginale dazu. L. 44, §§. 5, 6 D. eod.; L. 88, §. 8 D. de leg. II; L. 18 C. eod.

10) A. L.R. a. a. O. §§. 296, 311, 334. S. o. §. 530, Note 25. Darauf gründet sich die Auslegungsregel, daß ein Vermächtnis dessen, was sich in einem gewissen Behältnisse befindet, nicht die Forderungsrechte, worüber die Urkunden darin sind, mit begreift, wenn noch andere Sachen sich darin befinden. Anders ist es mit den wie körperliche Sachen behandelt werdenden Pfandbriefen, Staatsschuldscheinen, Actien u. dergl. A. L.R. a. a. O. §§. 414, 415.

11) A. L.R. a. a. O. §. 409. — L. 75, §§. 1, 2 D. de legatis I. S. o. §. 533, Note 10.

12) A. L.R. a. a. O. §. 410. — L. 75, §. 2 D. eod.; L. 21 D. de liberat. leg. (XXXIV, 3); §. 21 J. de leg.

13) A. L.R. a. a. O. §§. 412, 413. Wie nach L. 11, §. 13 D. de leg. III.

14) War die Abrechnung erfolgt, so ist die Forderung noch bei Lebzeiten des Erblassers formell getilgt und damit das Legat erloschen.

15) A. L.R. a. a. O. §§. 411, 313.

16) Ebend. §§. 416—420. Also auch die Uneinziehbarkeit trägt der Legatar.

so wird der Legatarius von seiner Schuld nebst allen Zinsen befreit (liberatio legata, legatum liberationis), und der Erbe muß ihm Quittung geben (ihn liberiren); nur ist das Vermächtnis nicht auf erst nach der Errichtung entstandene Schulden zu beziehen[17]); ist der Erbe der Gläubiger, so darf er seine Forderung nicht geltend machen und muß den Legatarius auch förmlich befreien[18]); ist ein Dritter der Gläubiger, so ist der Erbe verbunden, dem Legatarius den Betrag der Schuld zu zahlen. Bedingung der Giltigkeit des Legats ist auch hier das Bestehen der Schuld[19]). Durch Tilgung der Schuld vor dem Tode des Erblassers erlischt dasselbe[20]). Die Schuld des Legatarius kann gleichzeitig auch noch einem andern legirt werden: alsdann sind beide Collegatarien und der Schuldner wird nur für den auf ihn fallenden Theil des Capitals und von den bis zum Tode des Erblassers bereits fälligen Zinsen gänzlich befreit[21]).

II. Nach dem Inhalte sind hervorzuheben: 1) Das Vermächtnis einer Summe. Diese versteht sich in Silbercourant, wie es zur Zeit der Errichtung des Legats gangbar war. 2) Das Vermächtnis jährlicher Hebungen (legatum annuum oder menstruum). Im Zweifel ist anzunehmen, daß das Legat auf die Lebenszeit vermacht sei[22]). Ob davon der Grundsatz: daß die verschiedenen Hebungen als eben so viele einzelne Legate anzusehen, wovon nur das erste unbedingt, die andern bedingt (sub conditione si vivat) vermacht sind[23]), auch nach Pr. R. gelte, ist zweifelhaft, aber wegen der Folgen wichtig; denn es folgt daraus: a) daß dieses Legat nicht auf die Erben des Legatars übergeht; und b) daß der Legatar nur den Anfangspunkt des Zeitabschnitts zu erleben braucht, um das Ganze fordern zu können[24]). Aufgehoben ist dieser Grundsatz so wenig ausdrücklich als folgeweise (Note 25). Ist ein solches Legat auf gewisse jährliche Einkünfte angewiesen, so kann der Legatar nicht mehr fordern, als davon eingeht; doch sollen die Ausfälle eines Jahres aus den in den drei nächsten Jahren sich ergebenden Ueberschüssen, soweit diese dazu

17) Ebend. §§. 425, 426, 428. — §. 13 J. de leg.; Tit. D. de liberatione leg. (XXXIV, 3).

18) L. 77 D. de leg. I; L. 24, 3, §. 3; L. 7, §. 1; L. 22, 25 D. de lib. leg. (XXXIV, 3).

19) A. L.R. a. a. O. §. 429. — L. 13, 25 D. eod.

20) A. L.R. a. a. O. §. 429. — L. 7, §. 4; L. 21 pr.; L. 31 pr. D. eod.

21) A. L.R. a. a. O. §. 425 vergl. mit §. 408. — Vergl. L. 82 D. ad leg. Falc. (XXXV, 2).

22) A. L.R. a. a. O. §§. 421 u. 424. — L. 8 D. de annuis leg. (XXXIII, 1); L. 16, §. 1 D. de verborum obligat. (XLV, 1).

23) L. 4 D. de annuis legatis (XXXIII, 1).

24) L. 4, 5, 8, 11 D. eod.; L. 10 – 12 D. quando dies (XXXVI, 2).

hinreichen, berichtigt werden[25]). Ein solches Legat kann auch auf kürzere oder längere Zeit ausgesetzt werden. Wenn es ausdrücklich auf eine kürzere Frist bestimmt ist, so kann damit ein wahres legatum annuum gemeint sein, welches mit dem Tode des Legatars erlischt. Solches wird angenommen, wenn der Testator dem Legatarius Unterhalt verschaffen wollte. Die Absicht kann aber auch gewesen sein, dem Legatarius eine gewisse Summe zuzuwenden, die nur zum Vortheil des Erben in einer bestimmten Reihe von Jahren gezahlt werden soll. Dieses Legat geht, soweit solches der Legatarius selbst noch nicht erhoben hat, auf dessen Erben über[26]). Auch auf ewige Zeiten kann der Testator ein legatum annuum hinterlassen; solches versteht sich, wenn eine juristische Person der Legatarius ist[27]). 3) Das Vermächtnis von Alimenten (legatum alimentorum). Dies ist eine Art des vorigen, daher hier im allgemeinen dieselben Grundsätze gelten. Das besondere bezieht sich auf Bestimmung des Umfangs. Sind Alimente oder der Unterhalt ohne weiteres vermacht, so weiß man zwar, was im allgemeinen dazu gehört (§. 594), aber das Maß muß in Entstehung gütlicher Vereinigung durch richterliches Ermessen bestimmt werden, wobei auf den Betrag der Hinterlassenschaft, auf das Verhältnis zwischen dem Erblasser und dem Legatarius, und auf den Stand des letztern Rücksicht zu nehmen ist[28]). Das A. L.R. schreibt dabei folgende Regeln vor: a) ist der Legatarius nicht im Stande, sich selbst zu verpflegen, wie z. E. ein Kind, so wird angenommen, daß die Alimente, nur so lange er sich in diesem Zustande befindet, gereicht werden sollen. b) Hatte der Erblasser den Legatarius schon verpflegt, so sind die Alimente nach der Art, wie dieses geschehen, und nach dem Stande, wofür der Erblasser den Legatarius vorbereiten wollte, festzusetzen; sonst ist auf den Stand des letztern zur Zeit der Errichtung des Legats zu sehen. c) Unter vermachten Alimenten sind die Kosten der Ausstattung und die des Studirens nicht begriffen, wohl aber das Lehrgeld für Erlernung einer Kunst oder eines Handwerks. d) Ist der Legatarius adelich und für den Kriegsdienst bestimmt, so gehören die

25) A. L.R. a. a. O. §§. 419, 420. — Diese Bestimmung setzt jenen Grundsatz voraus, sonst müßten, wenn alle Hebungen zusammen eine bloß in Terminen zahlbare Forderung darstellten, die Ueberschüsse ohne Beschränkung zur Berichtigung der darauf angewiesenen Forderungen verwendet werden.

26) L. 20 D. quando dies leg. (XXXVI, 2).

27) A. L.R. a. a. O. §. 424. — L. 6 D. eod.; L. 22 C. de leg. (VI, 36).

28) A. L.R. §§. 443, 444 d. T. — L. 22 pr.; L. 10, §. 2 D. de alimentis legatis (XXXIV, 1).

Kosten der ersten Officiersequipage zu vermachten Alimenten[29]). 4) Das Vermächtnis der Ausstattung. Der Umfang dieses Legats wird auf gleiche Weise, mit Rücksicht auf den Stand des Legatarius, bestimmt; ist aber der Legatarius von höherem Stande als der Erblasser, so beschränkt sich die Aussteuer auf die niedrigste Art für den Stand des Legatarius[30]). Ein solches Legat gilt übrigens, wenn dieserhalb nichts bestimmt worden, für ein unbedingtes, nur zu einem Zwecke bestimmtes[31]).

§. 829.

4. Nebenbestimmungen.

Den letztwilligen Verordnungen können, wie allen andern Willenserklärungen, Bedingungen, ein Termin, ein Zweck, eine Auflage und auch das Ermessen eines andern beigefügt werden[1]). 1. Bedingungen sind bei letzten Willen, nach Pr. R., in derselben Art wie bei Willenserklärungen überhaupt (§§. 117 flg.) zulässig, auch die auflösende Bedingung bei der Erbeseinsetzung macht keine Ausnahme[2]). 1) Unstatthaft sind alle diejenigen Bedingungen, welche als giltige einer Willenserklärung nicht beigefügt werden können (§§. 119, 120); sie werden hier für nicht geschrieben angesehen[3]). Ein gleiches gilt von unverständlichen und von vorbehaltenen doch nicht ausgedrückten Bedingungen[4]). Statthaft aber sind die unmöglichen Bedingungen, d. h. die Willenserklärung ist nichtig, nur soll eine, an sich mögliche, aber dem Bedachten noch bei der Lebenszeit des Erblassers unmöglich gewordene Bedingung für erlassen gelten, wenn der Erblasser davon Kenntnis erhalten und an seiner Verordnung nichts geändert hat[5]). Diese erhebliche Abänderung des R. R., welches ganz sachgemäß und folgerecht auch die unmöglichen Bedingungen für nicht geschrieben erklärt[6]), ist beliebt worden, weil

29) A. L.R. a. a. O. §§. 441—446. Diese Auslegungsregel paßt für den heutigen Rechtszustand nicht mehr ganz.

30) Ebend. §§. 447, 448.

31) Ebend. §. 488. Wird der Zweck nicht erfüllt, so fällt das Legat zurück. S. u. Note 34.

1) A. L.R. a. a. O. §. 61.

2) Ebend. §§. 62, 63, 478, 482, 489. — Anders nach R. R. L. 23 pr. D. de hered. institut. (XXVIII, 5). S. o. §. 819, No. II.

3) A. L.R. a. a. O. §. 63. Wie im R. R. die unerlaubten. L. 9, 14, 15 D. de condit. instit. (XXVIII, 7); L. 20 D. de condit. et demonstrat. (XXXV, 1).

4) A. L.R. a. a. O. §. 64. — Anders nach L. 9, §. 5 D. de hered. institut. (XXVIII, 5).

5) A. L.R. a. a. O. §§. 504, 505.

6) L. 3 D. eod.; §. 10 J. de hered. instit. (II, 14); L. 50, §. 1; L. 45 D. eod. (XXVIII, 5).

man die in dieser Hinsicht gemachte Unterscheidung zwischen Verträgen und letzten Willen für eine Spitzfindigkeit hielt[7]), ohne zu bedenken, daß man damit sein eigenes Werk für sich widersprechend und spitzfindig erklärte[8]). Statthaft ist ferner, die Uebertretung eines dem Erben oder Legatarius gegebenen nicht unerlaubten Gebots oder Verbots zur Bedingung einer Auflage oder eines sonstigen Nachtheils zu machen, z. E. ein als Strafe verordnetes Vermächtnis (legatum poenae nomine relictum); doch ist das Verbot, den letzten Willen anzufechten, nicht auf den Fall, wenn bloß die Gewißheit und die Richtigkeit desselben bestritten wird, auszudehnen und, wenn es so gemeint ist, nicht giltig[9]). 2) Die Wirkungen der Bedingungen sind: a) So lange die aufschiebende Bedingung noch nicht eingetreten (conditio pendet), ist die Erbschaft oder das Legat noch nicht deferirt; es gelten in dieser Beziehung die bei Obligationen angenommenen Grundsätze[10]). Eine Ausnahme von der Aufschiebung machen die negativen Potestativbedingungen, z. E. wenn der Legatarius oder Erbe seinen Witwer- oder Witwenstand nicht verändern wird. Eine solche Bedingung würde bis zum Tode des Bedachten unentschieden bleiben, folglich würde die Einsetzung für ihn ganz unnütz sein. Deshalb wird das Legat als ein unter einer auflösenden Bedingung vermachtes behandelt, es ist jedoch nicht auch die hier nach R. R. übliche cautio Muciana beibehalten[11]). b) Wenn die Bedingung wegfällt (conditio deficit), so wird es so angesehen, als wenn die Erbschaft oder das Legat nie deferirt gewesen wäre. Daraus folgt, daß der Substitut, oder das Zuwachsrecht, oder die Intestaterbfolge eintritt[12]). Wann die Bedingung für weggefallen anzunehmen, ist aus dem Willen des Testators zu bestimmen; es ist

7) Entwurf eines A. G.B. Th. II, Abth. 1, S. 31.

8) Die moralisch unmöglichen Bedingungen nemlich erklärt man für nicht geschrieben, die physisch unmöglichen aber für giltig. Was man von physisch unmöglichen Bedingungen sagen könnte, daß nemlich eine Erbeseinsetzung unter der Bedingung, wenn der Berufene seinen Wohnsitz unter dem Wasser auf dem Grunde eines Sees aufschlagen würde, als eine Verhöhnung anzusehen, und der Wille darum, weil er nicht ernstlich gemeint gewesen, nicht gelte, eben dasselbe läßt sich vielleicht mit noch größerer Wahrheit von einer Einsetzung unter der Bedingung: „wenn der Eingesetzte seine Mutter heirathen oder erschlagen würde," sagen. Es fehlt also ein vernünftiger Grund, warum zwar die moralisch unmögliche, aber nicht die physisch unmögliche Bedingung für nicht beigefügt gelten soll.

9) A. L.R. §. 457 d. T. — Nach altem R. R. waren solche Legate ungiltig; anders nach Justinian. R. §. 36 J. de leg. (II, 20); L. un. C. de his, quae poenae (VI, 41).

10) A. L.R. §§. 478—484 d. T. — S. o. §§. 119, 120. — L. 41 D. de condit. (XXXV, 1); L. 42 pr. D. de oblig. et act. (XLIV, 7).

11) A. L.R. I, 4, §§. 120—123. — L. 7 pr.; L. 18 D. de condit. (XXXV, 1).

12) A. L.R. a. a. O. §. 497. — L. 54, §. 1 D. de condit. (XXXV, 1); L. un., §. 7 C. de cad. toll. (VI, 50).

aber Regel, daß eine positive Potestativbedingung, für welche weder von dem Testator, noch, auf Anrufen eines Interessenten, von dem Richter eine Frist bestimmt ist, für weggefallen erachtet wird, wenn sie nach Verlauf von 30 Jahren, vom Anfalle an gerechnet, nicht erfüllt worden ist[13]). Die Regel des R. R. aber, daß der bedingt Eingesetzte den Eintritt der Bedingung erleben muß und folglich die Zuwendung, wenn er vorher stirbt, nicht auf seine Erben bringt[14]), ist in den entgegengesetzten Grundsatz abgeändert: das bedingte Recht wird vererbt, ausgenommen wenn die Bedingung in der eigenen Person des Berufenen in Erfüllung gehen soll[15]). c) Mit dem Augenblicke, wo die Bedingung erfüllt ist (conditio existit), ist die Erbschaft oder das Legat erworben[16]). Die Bedingung ist untheilbar; sie muß daher ganz und vollständig erfüllt sein, um für eingetreten zu gelten; man kann nicht durch theilweise Erfüllung einen verhältnismäßigen Theil des Vortheils erwerben[17]). Bei mehreren alternativen Bedingungen hat der Beschwerte die Wahl[18]), und wenn mehreren zusammen eine Bedingung aufgelegt ist, kommt die Erfüllung durch den einen allen zu Statten[19]), wie bei Correalschulden. Ist das Legat zu bestimmten Theilen vermacht, so muß jeder für sich die Bedingung erfüllen[20]). Es gilt für Erfüllung, wenn dieselbe durch den, der bei dem Wegfall der Bedingung gewinnt, arglistig verhindert wird[21]). Der Eintritt der Bedingung wird nicht, wie im R. R. geschieht[22]), retrotrahirt, und daraus folgt, daß bei der bedingten Erbeseinsetzung der Intestaterbe bis dahin Fiduciarerbe ist und als solcher die Nutzungen hat[23]), so wie daß bei bedingten

13) A. L.R. a. a. O. §§. 495, 496. Diese Frist gehört in die Kategorie der Bedenk- und Erklärungsfristen (s. o. §. 149, Note 12) und ist daher nicht an die Voraussetzungen und Erfordernisse der Verjährung gebunden.

14) L. 109 D. de condit. (XXXV, 1); L. 59, §. 6 D. de hered. instit. (XXVIII, 5); L. 4 pr.; L. 13, 22 pr. D. quando dies leg. (XXXVI, 2); L. un., §. 7 C. de cad. toll. (VI, 50).

15) A. L.R. §. 485 d. T.; I, 9, §§. 369, 370; I, 4, §§. 161, 162.

16) Ebend. I, 9, §. 369; I, 12, §. 483.

17) Ebend. I, 12, §§. 491—493. — L. 56 D. de condit. et demonstrat. (XXXV, 1).

18) A. L.R. a. a. O. §. 490. Wie bei alternativen Obligationen. S. o. §. 455.

19) A. L.R. a. a. O. §§. 498, 499.

20) Ebend. §. 500. — Ist eine Wiederholung der L. 56 D. de cond. (XXXV, 1).

21) A. L.R. I, 4, §§. 105—107, 119. — L. 24, 81 D. de cond. (XXXV, 1); L. 161 D. de reg. jur.

22) L. 54 D. de acquir. vel omitt. (XXIX, 2); L. 138 pr.; L. 193 D. de reg. jur.

23) A. L.R. §. 478 d. T. Zwischen dem Intestaterben und dem bedingten Testamentserben besteht dann auch das gleiche Verhältnis wie bei der fideicommissarischen Substitution.

Legaten der Erbe bis zum Eintritte der Bedingung Eigenthümer bleibt und die Nutzungen behält, selbst noch später als redlicher Besitzer die Früchte und Nutzungen bis dahin, wo ihm der Eintritt der Bedingung angezeigt und gehörig nachgewiesen ist, bezieht[24]). Hieraus folgt ferner, daß die Veräußerung, Verpfändung oder sonstige Belastung eines solchen Legats vor Eintritt der Bedingung, seitens des Erben, die Redlichkeit des Erwerbers vorausgesetzt, giltig ist und bleibt[25]). Deshalb ist die Frage von Wichtigkeit, inwiefern die Bedingung schon vor dem Tode des Erblassers oder vor der Publication des Testaments für eingetreten zu erachten. Das Pr. R. unterscheidet in dieser Hinsicht zwischen Potestativ- und andern Bedingungen. Bei den letztern ist der Anfall unbedingt, wenn die Bedingung schon vor der Publication des Testaments eingetreten war; hingegen bei den in einer Handlung des Honorirten bestehenden Bedingungen kommt es darauf an: ob die Handlung wiederholt werden kann. Ist dies nicht der Fall, so ist durch die bereits geschehene Handlung die Einsetzung purificirt; ist aber Wiederholung möglich, so kommt es weiter darauf an: ob sie unnütze ist. Ist dieses der Fall, so kann die Wiederholung von dem Richter, nach Anhörung der Interessenten, erlassen werden; wo nicht, muß die Handlung wiederholt werden[26]). In diesem Falle kann es also eine Zeit lang ungewiß oder zweifelhaft sein: ob die Bedingung bereits eingetreten sei oder nicht. II. Die Zeitbestimmung (Termin, dies) (§. 121) ist ebenso wie die Bedingung bei der Erbeseinsetzung zulässig[27]), hat jedoch nur alsdann dieselben Wirkungen und Folgen, wenn es ungewiß ist: ob der Tag kommen wird (dies incertus)[28]). Ist der Tag gewiß, so ist das Recht mit dem Anfalle wirklich schon erworben, und kann nur noch nicht geltend gemacht werden (Note 28). Dieses ist es, was die Römer durch dies cedit und dies venit ausdrücken[29]). Ein solcher Tag wird als zu Gunsten des Erben beigefügt

24) Ebend. §§. 482, 483.

25) Anders nach R. R. L. 105 D. de cond. (XXXV, 1); L. 81 pr. D. de leg. I; L. 11, §. 1 D. quemadmodum servit. (VIII, 6); L. 28 D. de pignor. (XX, 1); L. 3, §. 3 C. communia de leg. (VI, 43).

26) A. L.R. a. a. O. §§. 501—503.

27) Anders nach §. 9 J. de hered. instit. (II, 14); L. 34 D. eodem (XXVIII, 5).

28) Z. E. das Legat: wenn der Legatar 14 Jahre alt sein wird. L. 22 D. quando dies leg. (XXXVI, 2); L. 75 D. de cond. (XXXV, 1); L. 30, §. 4 D. de leg. I. Hierauf bezieht sich der §. 486 d. T. im A. L.R., sonst könnte nicht die Erwerbung des Eigenthums von dem Eintritt der Zeit abhängig gemacht worden sein, wie durch die Bezugnahme auf §. 483 daf. geschehen ist. Vergl. ebend. I, 4, §§. 163—165.

29) L. 21 pr. D. quando dies (XXXVI, 2); L. 213 pr. D. de verb. sign. (L, 16).

betrachtet, daher der Erbe auch früher das Legat zahlen oder übergeben darf[30]). Mit dem Ablaufe der Zeit kommt der Belastete ohne Mahnung in Verzug[31]). Ist kein Termin bestimmt, so tritt er mit dem Ablaufe der Ueberlegungsfrist ein, wenn nicht über die Giltigkeit der Verordnung Streit, oder über die Zulänglichkeit der Erbschaft Zweifel entstanden ist[32]). Unbestimmt gelassen ist es, von wo ab im Zweifel eine nach Zeitabschnitten beigefügte Zeit gerechnet werden soll, ob nemlich von der Testamentserrichtung oder von dem Todestage (Anfalle). Nach der gewöhnlichen Denkweise ist zu unterscheiden: ob dabei die Person des Erben als betheiligt gedacht worden ist, oder nicht. In dem ersten Falle, z. E. wenn bestimmt ist, daß das Legat nach Jahren gezahlt werden solle, ist vom Todestage, in dem andern, z. E. wenn ein Legat unter der Bedingung vermacht ist, wenn binnen 10 Jahren kein Regierungswechsel eintritt, ist von der Testamentserrichtung, d. i. der Tag der gerichtlichen Auf- und Annahme, wenn das Testament nicht ein privilegirtes ist, zu rechnen[33]). III. Die Beifügung eines Zwecks (§. 122) ist bei allen letztwilligen Verfügungen zulässig. Die Wirkung ist, daß der Eingesetzte, welchem ein Zweck aufgelegt ist, durch die Annahme der Zuwendung verbindlich wird, den Zweck zu erfüllen, sonst verliert er den Vortheil und der Substitut oder der Erbe, beziehlich der Intestaterbe, können das Zugewendete zurückfordern[34]), ausgenommen wenn die Erfüllung des Zwecks ohne Schuld des damit Beschwerten unmöglich ist und nicht klar erhellet, daß ihm in diesem Falle der Vortheil nicht zugewendet worden sein würde[35]). Ist ein Dritter, der auch das Gemeinwesen sein kann, dabei interessirt, so steht ihm die Testamentsklage (actio ex testamento) zu[36]). Von dem Zwecke (Modus) ist noch der bloße Rath zu unterscheiden. Erhellet nemlich, daß der Testirer nicht um den Bedachten zu beschränken, sondern nur dazu seine Meinung, wie das Zugewendete zum Besten des Begünstigten verwendet werden möchte, beigefügt hat; so ist ein eigentli-

30) A. L.R. §. 330 d. T. — L. 1, §. 1 D. de condit. (XXXV, 1); L. 17 D. de reg. jur.

31) A. L.R. a. a. O. §§. 487, 330, 331, 309, 310. Nach der Regel: dies interpellat etc.

32) Ebend. §§. 294—296, 328. Im Falle des Zweifels über die Zulänglichkeit muß der Erbe den Liquidationsproceß ausbringen, oder zahlen.

33) Vergl. L. 41, §. 4 D. de leg. III.

34) A. L.R. a. a. O. §§. 508—510; I, 4, §. 154. — L. 17 D. de usu et usufr. leg. (XXXIII, 2); L. 1 C. de his quae sub modo (VI, 45).

35) A. L.R. a. a. O. §§. 511—513. — L. 8, §. 7 D. de cond. instit.; L. 92, §. 1 D. de leg. I; L. 2, §. 7; L. 3 D. de donat. (XXXIX, 5); L. 1 C. de his quae sub modo (VI, 45).

36) A. L.R. a. a. O. §§. 507, 514, 515. — L. 2 C. eodem.

cher Zweck nicht vorhanden und es bleibt der eigenen Entschließung des Begünstigten überlassen, inwiefern er von dem Rathe Gebrauch machen will[37]). IV. Das Ermessen (arbitrium), d. i. die Willkür einer Person, kommt vor, um etwas zu bestimmen, was der Testator unbestimmt gelassen hat. 1) Die Willkür eines Dritten ist ganz unzulässig, wenn ihm überlassen sein soll, zu bestimmen: ob der letzte Wille gelten solle oder nicht, oder wer Erbe oder Legatarius sein solle[38]). Auch die Ergänzung der Einsetzung hinsichtlich der Erbportion oder des ganz unbestimmt gelassenen Gegenstandes eines Legats kann nicht in die Willkür eines Dritten gestellt werden[39]). Nur zur Bestimmung der Modalitäten des letzten Willens, hinsichtlich der Zeit, des Orts, der Güte einer Handlung oder Leistung, ist das Ermessen eines Dritten gestattet[40]), und als Bedingung kann die willkürliche Handlung eines Dritten beigefügt werden[41]). 2) Die Willkür des Begünstigten kann der Testator in allen Beziehungen eintreten lassen. 3) Die Willkür des Beschwerten ist nur als Bedingung[42]) und hinsichtlich der Modalitäten[43]) zulässig.

§. 830.

5. Fassung und Auslegung des Inhalts.

I. Der Inhalt stellt den Willen des Testators dar und muß folglich dem wahren und ersten Willen desselben entsprechen[1]). Die Mängel eines freien Willens wirken hierbei wie bei Willenserklärungen überhaupt (§§. 104—109). Hinsichtlich des Irrthums im Beweggrunde (§. 107, Nr. 5) ist hier noch zu bemerken: Auf einen solchen Irrthum kann überhaupt nur Rücksicht genommen werden,

37) A. L.R. a. a. O. §. 516. — L. 71 D. de condit. et demonstrat. (XXXV, 1).

38) A. L.R. §. 49 d. T. — L. 32 pr.; L. 68 D. de hered. instit. (XXVIII, 5).

39) „Nam satis constanter veteres decreverunt, testamentorum jura ipsa per se firma esse oportere, non ex alieno arbitrio pendere." L. 32 pr. D. eodem. Daran hat das A. L.R. nichts geändert. Eine Ausnahme s. o. §. 824, Note 8.

40) L. 6 D. de condit. et demonstrat. (XXXV, 1). Anwendungen im Pr. R. sind: A. L.R. I, 12, §§. 517, 495, 554.

41) A. L.R. I, 4, §§. 105, 119. — L. 43, §. 2 D. de legat. I verbunden mit L. 52 D. de condit. et demonstrat. (XXXV, 1).

42) Z. B. bei den zur Strafe aufgelegten Vermächtnissen. A. L.R. a. a. O. §. 457. Vergl. L. 3 D. de leg. II; L. 75 pr. D. de leg. I; L. 11, §. 7 D. de leg. III.

43) Z. B. in Ansehung der Zeit die Bestimmung: wann er will. Will er Zeit seines Lebens nicht, so muß der Erbe die Auflage erfüllen. A. L.R. a. a. O. §. 294 verb. mit I, 5, §§. 237, 238. Vergl. L. 11, §. 6; L. 41, §. 13 D. de leg. III; L. 9 D. qui sine manumiss. (XL, 8); L. 46, §. 5 D. de fideicommiss. libertat. (XL, 5).

1) A. L.R. §. 152 d. T. — L. 24 D. de testam. mil. (XXIX, 1).

wenn der Beweggrund angegeben worden ist (causa). Dann kommt es darauf an: ob das Motiv für den Willen des Testators allein entscheidend war oder nicht. War es die alleinige Ursache seiner Willensbestimmung, d. h. würde er die Verfügung nicht so wie geschehen getroffen haben, wenn er nicht im Irrthume gewesen wäre, so ist dieselbe nichtig; hätte er aber doch, noch aus einer andern Ursache, dieselbe Verordnung gemacht, so schadet der beigefügte irrige Beweggrund nicht[2]). Der Irrthum kann sich beziehen: a) auf den Gegenstand, z. E. wenn der Testator eine vermachte fremde Sache für seine eigene hält (§. 826, Note 6); b) auf die Person des Begünstigten, wenn der Testator z. E. ein gewisses Verhältnis zu ihm voraussetzt[3]); c) auf ein Ereignis, z. E. wenn der Testator glaubt, sein Verwandter sei gestorben[4]). In allen diesen Fällen ist die Willenserklärung unkräftig. Ueberredung ohne Betrug macht die Verfügung nicht unwirksam. II. Der Wille muß so ausgedrückt werden, daß ein bestimmter Sinn herauszufinden ist, sonst gilt die Verordnung für nicht geschrieben[5]); er kann aber in allen bekannten Sprachen und mit allen bekannten Schriftzeichen erklärt werden. 1) Die Richter sollen bei der Aufnahme mündlicher Verordnungen allen Zweideutigkeiten vorzubeugen bemüht sein, Correcturen und Rasuren unterlassen, vielmehr die Aenderungen und Verbesserungen auf den Rand setzen oder im Verlaufe des Protokolls vermerken und sich der Abkürzungen enthalten, auch die Summen mit Buchstaben schreiben[6]). Die Nichtbefolgung dieser Vorschriften hat aber keine Nichtigkeit zur Folge, wenn die Schrift nur leserlich ist und bei der Correctur nur keine Fälschung vorgefallen ist, welche der beweisen muß, welcher sie behauptet[7]). Aus den Sprach- und Schriftzeichen, deren man sich zur Willenserklärung bedient hat, muß der Wille durch Auslegung gefunden werden, wobei die allgemeinen Auslegungsregeln zur Anwendung kommen[8]). 2) Ergeben

2) Hierauf bezieht sich der Satz: falsa causa non nocet. A. L.R. I, 4, §. 150. — L. 17, §. 2 D. de condit. (XXXV, 1); §. 31 J. de leg. (II, 20). — Ulpian. XXIV, §. 19.

3) L. 14, §. 2 D. de lib. exhered. (XXVIII, 2); L. 5 C. de testam. (VI, 23); L. 4, 7 C. de hered. instituend. (VI, 24).

4) A. L.R. §. 577 d. T. — L. 28 D. de inoff. testam. (V, 2); L. 92 D. de hered. instituend. (XXVIII, 5); L. 9, 10 C. de testam. mil. (VI, 21).

5) A. L.R. §. 64 d. T. — L. 2 D. de his quae pro non scriptis (XXXIV, 8).

6) A. L.R. §§. 153, 155, 156 dies. Tit.

7) Ebend. §. 159. — Schles. Arch. Bd. V, S. 224 u. 232. Der Richter wird aber den Parteien für die Kosten des dadurch verursachten Processes verantwortlich. A. L.R. a. a. O. §. 158.

8) Ebend. §. 519 d. T. — S. o. §. 132, Bd. I, S. 263.

die Worte und Zeichen einen dem unzweifelhaften Willen entgegengesetzten Sinn, so gilt nach Pr. R. wie nach R. R. diese Regel: Eine falsche Benennung oder Bezeichnung der Sache oder der Person (falsa demonstratio) ist unschädlich, wenn nur sonst der eigentliche Wille des Testators deutlich erhellet[9]). Ist jedoch der wirkliche Wille nicht aus der Erklärung zu entnehmen, aber auf andere Weise dargethan, und betrifft die Abweichung den Gegenstand oder die Person, so ist die Verfügung ungiltig, weil die falsch bezeichnete Sache oder Person nicht gemeint ist, und in Ansehung der Gemeinten die Willenserklärung fehlt[10]). Fehler in Summen oder Zahlenverhältnissen schaden nicht: ist eine geringere Summe oder Zahl als geschrieben gemeint, so gilt die geringere; ist eine höhere gemeint, so gilt das was geschrieben steht, weil solches in der gewollten größeren Zahl mit begriffen ist[11]). 3) Im zweifelhaften Falle ist zum Vortheile des Belasteten auszulegen[12]); und in soweit die gesetzliche Erbfolge nicht ausgeschlossen, ist nach deren Regeln die fehlende Bestimmung zu ergänzen[13]). 4) Nachfolgende Wortbedeutungen sind zu beachten: a) Sind die Verwandten des Testators ohne nähere Bestimmung eingesetzt, so sind diejenigen verstanden, welche nach der am Wohnorte des Testirers geltenden gesetzlichen Erbfolge zur Zeit des Anfalls berufen sind[14]); ist etwas zum Besten oder Flor der Familie ausgesetzt, so sollen bei Adelichen muthmaßlich nur die männlichen Nachkommen daran Theil nehmen[15]). b) Der Ausdruck „Kinder" bedeutet in einer letztwilligen Verfügung auch die fernern Abkömmlinge, welche in dem Nachlasse ihrer unmittelbaren Eltern pflichttheilsberechtigt und an deren Stelle getreten sind; ist den „Kindern" einer Person etwas vermacht worden, so werden auch die zur Zeit des Anfalls bereits empfangenen, wenn sie lebensfähig geboren werden, mit begriffen; besteht ein solches Vermächtnis in einem erst künftig fällig werdenden Genusse,

9) A. L.R. §. 518 d. T. — L. 48, §. 4 D. de hered. instit. (XXVIII, 5); L. 17, §. 1 D. de condit. (XXXV, 1); §§. 29, 30 J. de leg. (II, 20); L. 7, §. 1 C. eodem (VI, 37); L. 4 C. de testam. (VI, 23); Ulpian. XXIV, §. 19.

10) L. 9 pr., §§. 1, 4 D. de hered. instit. (XXVIII, 5); L. 4 pr. D. de leg. I; L. 4, §. 10 D. de doli except. (XLIV, 4).

11) L. 9, §§. 2—4 D. de hered. institut. (XXVIII, 5).

12) A. L.R. a. a. O. §. 520. — L. 17 D. de reg. jur. (L, 17). War streitig.

13) A. L.R. a. a. O. §. 521. Darüber: m. Anm. 27 zu §. 521 d. T. im A. L.R.

14) Ebend. §. 522. — Voet, Commentar. XXVIII, 5, §§. 16—20.

15) A. L.R. §§. 523, 524 dies. Tit.

so nehmen auch die nachgeborenen, wenngleich sie zur Zeit des Anfalls noch nicht empfangen waren, daran Theil[16]).

§. 831.

IV. Wechselseitige Testamente.

A. L.R. I, 12, §§. 614—616; II, 1, §§. 482—492. — Sommer, Beiträge zur Lehre vom wechselseitigen Testamente der Ehegatten (Ulrich, Arch. Bd. II, S. 233 flg.). — Jo. Sam. Stryck, de testamentis conjugum reciprocis. Halae 1702. — Hasse, vom wechselseitigen Testament, und von dem auf eine fremde Erbschaft gelegten Fideicommiß; im Rhein. Museum, Jahrg. III (1829), S. 239 flg. und 490 flg. — C. G. Biener, Opusc. academ. ed. F. A. Biener, II, No. 37 (quaest. cap. XL). — Mühlenbruch, in Glück's Commentar, Th. 23, S. 50 flg., und Th. 38, S. 216, Note 74.

I. Der gemeine Rechtsgebrauch gestattet die Errichtung der Testamente mehrerer in Einem Acte, ohne dazu ein Verhältnis unter den Testatoren vorauszusetzen. Man unterscheidet, nach der Erbeseinsetzung und der dabei genommenen Rücksicht: 1) mehrfache Testamente (testamenta mutua), worin jeder Testator ohne Rücksicht auf den andern und dessen Erben verfügt[1]); 2) wechselseitige Testamente (test. reciproca), worin jeder den andern zu seinem Erben einsetzt; 3) correspective Testamente (testam. correspectiva), wenn in einem wechselseitigen Testamente die Erbeseinsetzung von jedem mit Rücksicht auf seine Berufung von Seiten des andern geschehen ist[2]). Dieses Testament hat das besondere, daß, weil die Erbeseinsetzung auf jeder Seite nur unter der Voraussetzung und in der Hoffnung, daß die Einsetzung auf der andern Seite unverändert bleiben werde, getroffen ist, das Testament durch den Widerruf des einen, oder durch die Ungiltigkeit der Erbeseinsetzung auf der einen Seite, zugleich auch in Ansehung der, zu Gunsten des Widerrufenden getroffenen, Verfügungen des andern unkräftig wird. Dieser Grundsatz gilt auch dann, wenn eine dergleichen s. g. correspective Erbeseinsetzung in zwei besonderen Testamenten stattgefunden hat[3]). II. Die Bestimmungen des A. L.R. hierüber sind zweifelhaft. „Wechselseitige Testamente", heißt es, „wodurch einer den andern, in Rücksicht der von diesem geschehenen Erbeseinse-

16) Ebend. §§. 526—530. — L. 5, 6 D. de testam. tutela (XXVI, 2).

1) Boeckler, de testamentis mutuis in una charta. Arg. 1711. — Clout, D. de testamento duorum una tabula conditorum. Lugd. Bat. 1788.

2) Balley, Beitrag zur Lehre von den correspectiven Testamenten der Eheleute. Stuttgart 1846. — Boettger, D. de natura et indole testamenti correspectivi. Marb. 1793. — Derselbe, über wechselseitige, besonders correspective Testamente (im Waffenträger der Gesetze, Bd. III, S. 213 flg.).

3) Hoffacker, Principia jur. civil., Tom. II, §. 1360.

tzung, zu seinem Erben ernennt, können nur unter Eheleuten errichtet werden[4]).“ Hiernach ist nur das s. g. correspective Testament in Einem Schriftstücke andern Personen außer den Eheleuten verboten. Daraus könnte argumento e contrario bewiesen werden, daß andere Testamente mehrerer in Einem Acte unverboten seien; daß folglich mehrere, die zufällig gleichzeitig testiren wollten, zusammenkommen und in Einer Urkunde ihre Testamente errichten könnten[5]). Doch ist dieses wohl nicht gemeint und dergleichen Testamente sind in der That auch nicht gebräuchlich. Die Bestimmung will ohne Zweifel sagen: Testamente mehrerer, welche in Einer Urkunde errichtet werden, gelten nicht, ausgenommen wenn die Testatoren Eheleute sind[6]). Andere Personen können zwar correspective Testamente errichten, doch nur in verschiedenen Instrumenten; alsdann gilt aber der Grundsatz, daß durch den Widerruf des einen auch die Erbeseinsetzung in dem andern unkräftig wird[7]). Von den gemeinschaftlichen Testamenten der Eheleute gelten diese Regeln: 1) Jedes wechselseitige Testament, d. h. ein solches, worin jeder den andern zum Erben einsetzt, wird für ein correspectives angesehen, wenn auch nicht ausgedrückt ist, daß die Einsetzung mit Rücksicht auf die andertheilige Einsetzung oder wegen derselben geschehen, folglich wird durch den Widerruf eines der Ehegatten auch die Verordnung des andern hinsichtlich der dem Widerrufenden zugedachten Vortheile vernichtet; und es ist Eheleuten überhaupt nicht gestattet, anders als in Einem Instrument wechselseitig zu testiren[8]). In Ansehung der Form gilt sonst nichts besonderes, es ist daher gleichgiltig, wer ein schriftliches Testament geschrieben hat, wenn nur beide Eheleute unterschrieben haben[9]). 2) Ist ein von Eheleuten errichtetes gemeinschaftliches Testament kein wechselseitiges, so wird die Verordnung des einen durch den Widerruf des andern nicht ungiltig. Daher bleiben auch in den wechselseitigen (correspectiven) Testamenten alle Verordnungen des einen bei Kräften,

4) A. L.R. a. a. O. §. 614. Den Grund des Verbots s. m. Jahrb. Bd. XLI, S. 82.

5) Wegen der Kosten wäre das keine unmotivirte Unternehmung, denn ein förmliches Testament bei einem Vermögen von 500 Thlrn. und darüber kostete, in aedibus aufgenommen, ohne Reisekosten, nach der frühern Obergerichtssporteltaxe 13—21 Thlr.; nach der jetzt zur Anwendung kommenden Taxe weniger.

6) Vergl. A. L.R. II, 1, §. 482. Andere Gesetzgebungen verbieten dergleichen Testamente ausdrücklich, bei Strafe der Nullität, z. B. der Code civil, Artt. 968 und 1097.

7) A. L.R. I, 12, §. 616. Nicht das ganze Testament.

8) Ebend. II, 1, §§. 483, 485. Damit ist nicht verboten, daß jeder der Eheleute für sich ein Testament errichte, worin er den andern zum Erben beruft.

9) Ebend. §. 484. Vorausgesetzt, daß sie Geschriebenes lesen können.

welche und in soweit sie nicht zum Vortheile des widerrufenden andern errichtet sind, gleichwie auch einseitige Aenderungen und Zusätze, wodurch der andere nicht in Nachtheil kommt, die anderseitige Verfügung nicht aufheben, während dergleichen Aenderungen in Vermächtnissen und Nebenverfügungen ungiltig sind, insofern sie dem andern nachtheilig werden[10]). 3) Durch die Scheidung der Eheleute soll das ganze wechselseitige Testament, also auch in Hinsicht der Verfügungen, die den andern Ehegatten nicht angehen, ungiltig werden[11]). 4) Nimmt der überlebende Ehegatte die Erbschaft aus dem Testamente an, so gelten natürlich alle ihm von dem Erstverstorbenen gemachten Auflagen, mithin auch die fideicommissarische Substitution hinsichtlich des eigenen Vermögens des Erben[12]); überdies aber soll der Ueberlebende auch gehalten sein, bei seinen eigenen Einsetzungen auf seinen Todesfall, soweit sie nicht die Person des Erstverstorbenen betreffen, stehen zu bleiben, wenn und sofern der Erstverstorbene ihm mit Rücksicht darauf seinen Nachlaß zugewendet hat, was aus der Fassung oder aus den Umständen zu entnehmen ist, aber nicht auf andere Weise bewiesen werden darf[13]). Es wird vermuthet bei solchen Verordnungen des Ueberlebenden, welche zum Vortheile der gemeinschaftlichen Kinder oder der Verwandten oder Freunde des Erstverstorbenen abzielen[14]). Diese haben dann ein Erbrecht auf den ganzen Nachlaß des Letztversterbenden, mit Inbegriff der nach dem Tode des Erstverstorbenen gemachten Erwerbungen[15]); sie transmittiren auch dieses Recht auf ihre Erben, wenn sie vor dem überlebenden Ehegatten sterben, aber den Erstverstorbenen überlebt haben[16]). Was von der Universalsuccession, das gilt auch von der wechselseitig verordneten Singularsuccession, d. h.: den Eheleuten ist unverboten, auch wechselseitige Codicille, ohne ein Testament, zu errichten.

---

10) Ebend. §§. 486—488.

11) Ebend. §. 489. Der Grund zu dieser Abweichung von dem Princip bei 2 ist unbekannt.

12) Das Recht, die Restitution bei Eintritt des Falles zu fordern, erwerben die Substituten schon mit dem Tode des Erstverstorbenen, denn dieser ist ihr Erblasser und der überlebende Ehegatte ist Fiduciar. Schles. Arch. Bd. III, S. 572 flg.

13) A. L.R. a. a. O. §. 492. In diesem Falle ist der juristische Grund eine Obligation, welche aus der Erbesantretung für den Ueberlebenden entsteht; denn aus dem Fideicommisse allein folgt das nicht, weil das Onus nicht den Honos übersteigen kann. S. o. §. 824, No. III.

14) A. L.R. a. a. O. §. 493.

15) Präjud. des Trib.; in der Jur. Wochenschrift 1835, S. 435 flg.

16) Aus dem Note 13 angegebenen Grunde. Schles. Archiv, Bd. III, S. 581.

V. Ungiltigkeit letztwilliger Verordnungen.

§. 832.

1. Ungiltigkeit von Anfang.

Die Ungiltigkeit einer letztwilligen Verordnung kann von Anfang vorhanden sein, oder auch erst im Verlaufe der Zeit eintreten; sie kann ferner hinsichtlich der ganzen Verordnung, oder auch bloß einzelner Verfügungen vorkommen. I. Die Regel des R. R., daß ein von Anfang nichtiges Testament später niemals giltig werden kann [1]), gilt im Pr. R. nicht allgemein, sondern die verschiedenen Nichtigkeiten sind nach ihrem Grunde zu unterscheiden. 1) Ein wegen eines Formfehlers ungiltiges Testament (testamentum injustum s. non jure factum) kann dadurch giltig werden, daß ein späteres Gesetz nur diejenigen Förmlichkeiten fordert, welche bei dem Testament beobachtet worden sind [2]). Hierher gehört auch das nicht gehörig vollendete Testament (testam. non perfectum) [3]). 2) Ein wegen Mangels der Testamentsfähigkeit des Testators ungiltiges Testament (testamentum nullum) bleibt ungiltig, wenn die Unfähigkeit sich auf einen natürlichen Mangel gründet, wird aber giltig, wenn der Grund ein juristischer Mangel ist und dieser später gehoben wird [4]). Die Fähigkeit des Honorirten kommt immer erst zur Zeit des Anfalls in Betracht (§. 819, III). Mängel des Inhalts, ausgenommen die Unverständlichkeit, sowie die Erbeseinsetzung mit Vernachlässigung des Pflichttheilsberechtigten, sind nach Pr. R. keine Nichtigkeitsgründe. Ein testamentum injustum und ein nullum ist auch nach Pr. R. immer durch und durch ungiltig [5]). II. Einzelne von Anfang ungiltige Verfügungen sind: 1) Vermächtnisse, welche zur Beschimpfung des Legatarius errichtet sind [6]); 2) Vermächtnisse, welche einer der bei der Aufnahme der Verordnung amtlich handelnden Gerichtspersonen ohne Beobachtung der vorgeschrie-

1) L. 29, 210 D. de reg. jur. (L, 17); Tit. D. de reg. Caton. (XXXIV, 7).

2) A. L.R. §. 563 d. T. verb. mit §. 17 der Einl. ebend. — S. o. §. 128.

3) Z. E. das privilegirte Testament einer gesandtschaftlichen Person, welches noch nicht zur Post gegeben ist. S. o. §. 816, No. VI. — Vergl. L. 25 D. qui testam. (XXVIII, 1); L. 3, 21, §. 1 C. de testam. (VI, 23); L. 9 C. qui testam. (VI, 22).

4) A. L.R. §§. 12, 13 d. T. — S. o. §. 818.

5) A. L.R. a. a. O. §§. 12, 139. Wenn es nemlich nicht kräftig geworden. S. die vorige Note.

6) Weil eine solche Willenserklärung keine erlaubte, mithin nicht geeignet ist, Rechte zu übertragen. A. L.R. I, 3, §§. 30, 31 verb. mit Einleit. §. 87 und II, 20, §. 538 flg. — L. 54 pr. D. de leg. I; L. 9, §. 8 D. de hered. instit. (XXVIII, 5).

benen Form zugeschrieben werden[7]); 3) Vermächtnisse von Sachen, welche nicht vorhanden oder welche nicht im Verkehre sind (§. 826); 4) Vermächtnisse, welche solchen Personen ausgesetzt werden, die intestabiles sind, oder welche die Erwerbungsfähigkeit verloren haben (§. 819, III); 5) Vermächtnisse, welche in den Willen des Erben gestellt sind, nicht aber auch solche, welche in den Willen eines Dritten gesetzt sind; denn diese sind bedingte Legate, nemlich unter der Bedingung: wenn der Dritte etwas thun wird[7a]).

2. Später eintretende Ungiltigkeit.

§. 833.

a) In Ansehung der ganzen Verordnung.

Nachherige Ungiltigkeit und zwar in Ansehung des ganzen Testaments (test. irritum) tritt ein: I. bei militärischen Testamenten, wenn der Testator desertirt; durch Begnadigung wird das Testament nicht wieder hergestellt[8]); II. bei privilegirten Testamenten durch Ablauf der Zeit (§. 816); III. wenn der Fall einer Succession gegen den Willen (contra tabulas) des Testators eintritt (test. ruptum). Dieses geschieht: 1) wenn der Testator einen andern an Kindesstatt angenommen und wegen der Erbfolge desselben im Testamente nicht verfügt hat; 2) wenn ein verschollenes und für todt gehaltenes Kind nach der Testamentserrichtung zurückkehrt, oder wenn dem Testator noch Kinder oder zur unmittelbaren Erbfolge berechtigte Enkel nachgeboren werden und darauf ein Jahr verstrichen ist, ohne daß der Testator in Ansehung ihrer etwas verfügt hat[9]). Hierher gehört zwar auch der Fall, wenn das Testament mit der Inofficiositätsquerel angegriffen wird; doch wird darauf, nach Pr. R., nicht das ganze Testament rescindirt, sondern dem Verletzten nur der Pflichttheil zugesprochen[10]). IV. Durch Widerruf des Testators, nach der Regel, daß jede einseitige Willenserklärung bis zum Tode beliebig zurückgenommen oder geändert werden kann[11]).

7) A. L. R. I, 12, §§. 136—138. — Vergl. L. 1, §. 8; L. 15, §. 1 D. de lege Cornel. (XLVIII, 10); Tit. C. de his qui sibi (IX, 23).

7a) L. 43, §. 2 D. de leg. I; L. 52 D. de condit. (XXXV, 1).

8) A. L. R. a. a. O. §. 197.

9) Ebend. II, 2, §§. 450, 451, 454—456. S. unten §. 863. — L. 1 D. de injusto (XXVIII, 3); §. 1 J. quibus mod. testamenta infirm. (II, 17); L. 27, §. 4; L. 28 D. de inoff. testam. (V, 2); L. 92 D. de hered. instit. (XXVIII, 5). Gilt nicht von Erbverträgen, am wenigsten im Falle der Adoption, weil man sich durch willkürliche Handlungen nicht einseitig freimachen kann. Auch die Geburt von Pflichttheilsberechtigten hebt schon bestehende zweiseitige Verträge nicht auf.

10) A. L. R. a. a. O. §§. 432—437. — S. unten §. 862.

11) A. L. R. I, 12, §. 564. — „ambulatoria est voluntas usque ad vitae

Der Widerruf kann geschehen: 1) durch Zurücknahme des Testaments, die auch einem erst nach der Errichtung gewordenen Verschwender unverwehrt ist[12]). Diese dem R. R. unbekannte Aufhebungsart entspricht der absichtlichen Vernichtung[13]). Daher ist es ganz folgerecht, daß ein zurückgenommenes Testament, welches noch unversehrt im Nachlasse vorgefunden wird, in keiner Hinsicht, auch nicht in Ansehung der darin ausgesetzten Legate, selbst wenn dazu eine außergerichtliche Verordnung genügend gewesen oder darauf in einem spätern Testamente im allgemeinen Bezug genommen worden wäre, mehr gilt, und daß, wenn dasselbe wieder hergestellt werden soll, eben dasselbe Verfahren vollständig wiederholt werden muß, wie es bei der ersten und ursprünglichen Errichtung eines Testaments vorgeschrieben ist[14]). Die Ungiltigkeit tritt erst mit dem Augenblicke ein, wo der Testator persönlich oder durch einen gerichtlich bestellten Bevollmächtigten das Testament wirklich zurückempfangen hat, wenn er auch nicht mehr die Quittung hätte unterschreiben können; das Zurückforderungsgesuch, wenn es nicht zugleich einen Widerruf und zwar in der dafür vorgeschriebenen Form (3) enthält, macht das Testament noch nicht unkräftig[15]). Ist ein Testament in mehreren Exemplaren errichtet und bei verschiedenen Gerichten niedergelegt; so wird es durch Zurücknahme erst dann ungiltig, wenn der Testator alle Exemplare zurückgenommen hat[16]). 2) Durch Errichtung eines neuen Testaments, oder Schließung eines Erbvertrages, worin ein anderer Erbe als in dem alten Testamente eingesetzt ist[17]) Der Grund davon, daß ein Testament durch ein späteres ungiltig wird, liegt nach R. R. in der Regel: nemo pro parte etc. Deswegen konnten nicht zwei Testamente nebeneinander bestehen, und selbst die Erklärung des

---

sepremum exitum.“ L. 4 D. de adim. leg. (XXXIV, 4); L. 22 pr. D. de leg. III; L. 61 D. de verb. obl. (XLV, 1); L. 15 C. de pact. (II, 3); L. 34 C. de transact. (II, 4). Wer das Klostergelübde abgelegt hat, ist todt und kann nicht mehr widerrufen. A. L.R. II, 11, §. 1199.

12) Ebend. I, 12, §§. 565, 591; Anh. §. 42. R. vom 2. Septbr. 1793 (Rabe II, S. 474).

13) L. 30 C. de testam. et quemadmodum (VI, 23).

14) A. L.R. I, 12, §§. 565, 567. Pr. 2172, v. 31. Decbr. 1849, u. v. 28. Decbr. 1849 (Entsch. XIX, 178 u. 171).

15) A. L.R. a. a. O. §§. 569—571. — Ges. vom 11. Juli 1845, §. 2, lit. b (G.S. S. 495). Vergl. das R. vom 1. März 1802 a. E. (N. A. Bd. II, S. 382; Rabe, Bd. VII, S. 66).

16) A. L.R. §. 568 dies. Tit. — Nach L. 4 D. de his quae in test. (XXVIII, 4) kommt es dabei auf die Absicht an.

17) So ist der §. 572 des A. L.R. a. a. O. zu verstehen. Vergl. §. 574 das. Hinsichtlich des Erbvertrags s. Präjud. des Obertrib. vom 1. Februar 1799 (Mathis, Bd. III, S. 174).

Testators in dem zweiten Testamente, daß das erste bestehen bleiben solle, hatte keine andere Wirkung, als daß dasselbe als Codicill und die darin enthaltene Erbeseinsetzung als fideicommissarische Substitution angesehen wurde [18]). Anders bei militärischen Testamenten: dabei kam es auf den Willen des Testators an [19]). So ist es auch nach Pr. R. Ist in dem zweiten Testamente schlechthin ein anderer Erbe berufen, ohne daß der ältern Verfügung weiter gedacht worden, so wird angenommen, daß der Testator das frühere Testament habe widerrufen wollen, weshalb es durchweg ungiltig ist; hat er aber eine andere Willensmeinung deutlich erklärt, so geht es nach dieser. Soll danach die frühere Erbeseinsetzung fortbestehen, so sind der alte und der neue Erbe Miterben und alle in dem frühern Testamente ausgesetzte und sonst nicht aufgehobene Legate bleiben giltig; ist die alte Erbeseinsetzung ganz mit Stillschweigen übergangen oder gar ausdrücklich verworfen, so gelten auch die Legate nur in soweit, als sie in dem neuen Testamente ausdrücklich wiederholt oder bestätigt sind [20]). Ein Codicill wird durch ein späteres Codicill oder Testament nicht aufgehoben, es müßte denn das spätere eine ausdrückliche Aufhebung enthalten [21]). Dafür wird es, sofern aus der Fassung nicht das Gegentheil klar ist, genommen, wenn in der spätern Verordnung einer schon früher bedachten Person ein Legat beschieden wird; in diesem Falle hat sie nur das spätere Legat zu fordern (Translation mit Veränderung des Objects. S. u. §. 834, II, 2, c). In dieser Beziehung wird, wenn ein Testament und ein Codicill gleichzeitig übergeben werden und sich aus den Datis nicht das Gegentheil ergibt [22]), angenommen, daß das Codicill jünger sei [23]). Damit ein Testament ein früheres umstoße, muß es von Anfang giltig sein oder doch wenigstens die Erfordernisse eines giltigen Widerrufs haben [24]). Ist das neue Te-

18) §. 3 J. quib. mod. test. (II, 17); L. 12, §. 1 D. de injusto (XXVIII, 3); L. 29 D. ad S. C. Trebell. (XXXVI, 1).

19) L. 9 pr.; L. 36, §. 4 D. de testam. mil. (XXIX, 1).

20) A. L.R. a. a. O. §§. 572, 574, 576, 579. Ist alles bloße Willensauslegung.

21) Ebend. §§. 583, 584, 572. Das gilt auch nach R. R., weil beide nebeneinander, zufolge der Rechtsregel, bestehen können. Deshalb versteht sich der Satz nach Pr. R. von selbst. §. 3 J. de codicillis (II, 25); L. 3 C. eod. (VI, 36). Nach älterm R. R. mußten jedoch die ante testamentum errichteten Codicille in dem Testamente bestätigt werden. L. 5 D. de jure codicill. (XXIX, 7).

22) Wie z. B., wenn beide das gleiche oder gar kein Datum haben.

23) A. L.R. a. a. O. §§. 585, 586. (3. A.) Es wird angenommen, ein anderer Beweis ist mithin nicht zulässig.

24) Ebend. §. 581. — L. 2, 11 D. de injusto (XXVIII, 3); L. 2 D. de lib. et posthum. (XXVII, 2); §. 2, 7 J. quib. mod. test. (II, 17).

ſtament nur wegen weſentlichen Irrthums im Punkte der Erbeseinſetzung ungiltig (§. 830, Note 4), ſo gelten die übrigen Verfügungen, inſoweit dadurch Nebenverfügungen in dem alten giltig bleibenden Teſtamente aufgehoben werden[25]). Wird das neue Teſtament erſt ſpäter ungiltig, ſo wird dadurch das alte nicht wieder hergeſtellt, ſondern es gelten beide nicht und es kommt zur Inteſtaterbfolge[26]) Davon gilt die Ausnahme, daß, wenn das ſpätere Teſtament wieder zurückgenommen wird und das frühere liegen bleibt, dieſes Geltung hat[27]). Der bloße Widerruf des ſpätern Teſtaments begründet dieſe Ausnahme nicht, wenn nicht darin eine in Teſtamentsform verlautbarte Erklärung, daß das frühere Teſtament wieder gelten ſolle, enthalten iſt, die dann ein neues Teſtament darſtellt. 3) *Durch bloßen Widerruf.* Dieſer erfordert, um wirkſam zu ſein, die Form der mündlichen Teſtamente, alſo eine vor beſetztem Gerichte abgegebene und unter den bei Teſtamenten vorgeſchriebenen Förmlichkeiten unterzeichnete Erklärung; die Niederlegung in das Depoſitum gehört nicht mehr zu den weſentlichen Erforderniſſen der Teſtamentserrichtung, folglich auch nicht zur Giltigkeit des Widerrufs[28]). Unter den Umſtänden, unter welchen in einer privilegirten Form teſtirt werden darf, kann auch in derſelben Form ein förmliches ſowohl wie ein privilegirtes Teſtament widerrufen werden, doch erliſcht der Widerruf durch Ablauf der für privilegirte Teſtamente beſtimmten Zeit, und es muß mithin im Laufe derſelben entweder der Widerruf in der ordentlichen Form erklärt oder das Teſtament zurückgenommen werden, um es für immer zu vernichten[29]). V. *Durch unabſichtliche Vernichtung oder zufälligen Verluſt* wird das Teſtament oder Codicill rechtlich nicht ungiltig, aber thatſächlich wird es unwirkſam, wenn der Inhalt nicht *vollſtändig* zu erweiſen iſt; ein nothwendiger Eid fin-

25) A. L.R. a. a. O. §§. 577—579.

26) Ebend. §. 580. — L. 3, §. 4 D. de injusto (XXVIII, 3); L. 36, §. 4 D. de test. mil. (XXIX, 1).

27) A. L.R. a. a. O. §. 582. Es iſt dann ungewiß, ob das ſpätere Teſtament von der Beſchaffenheit war, um das frühere aufzuheben. Auch liegt in der Zurücknahme, die im R. R. der Vernichtung gleichſteht, die Erklärung des Teſtators, daß das frühere Teſtament wieder hergeſtellt ſein ſolle. L. 11, §. 2 D. de bonor. poss. sec. tab. (XXXVII, 11).

28) A. L.R. a. a. O. §§. 587, 592. — S. o. §. 815, Note 23. — Schleſ. Arch. Bd. V, S. 239. Die dagegen erhobenen Zweifel ſind nicht begründet, weil ſie auf dem Irrthume beruhen, daß die Annahme eines Teſtaments ad depositum ein Erforderniß der Giltigkeit ſei.

29) A. L.R. a. a. O. §§. 588—592. Ueber den formloſen Widerruf vor drei Zeugen nach R. R. ſ. L. 27 C. de testam. (VI, 23); L. 6 C. Th. eod. (IV, 4); §. 7 J. quib. mod. testam. (II, 17).

det nicht statt[30]). VI. Durch Ausschlagung der Erbschaft von Seiten des Berufenen, oder durch dessen Untergang vor dem Tode des Testators (testam. destitutum). Doch wird nach Pr. R. nicht das ganze Testament, sondern nur die Erbeseinsetzung und die Verordnung, welche eine bloß persönliche Handlung des eingesetzten Erben betrifft, ungiltig; die Vermächtnisse gehen auf die Intestaterben über, wenn kein Substitut (§. 821) vorhanden ist, oder die Erbschaft annehmen will[31]). VII. In demselben Maße wird das Testament dadurch unwirksam, daß der eingesetzte Erbe den Testirer verhindert hat, ein anderes Testament zu machen[32]).

§. 834.

b) Aufhebung von Singularsuccessionen.

Einzelne Vermächtnisse werden wieder ungiltig: I. zufällig 1) durch den Untergang der Sache (§. 826, Note 14); 2) durch freigebigen Erwerb der Sache (§. 826, Note 12); 3) durch den Tod des Legatarius vor dem Anfalle. II. Durch Zurücknahme des Legats (ademtio). Sie geschieht wirksam: 1) durch wörtlich ausgedrückte Erklärung in nachbenannten Formen: a) mündlich vor Notar und Zeugen; b) schriftlich in einem eigenhändig vom Testator ge- und unterschriebenen Aufsatze; c) schriftlich in einem von ihm auch nur unterschriebenen Aufsatze, wenn darin die Ursache ausgedrückt ist und diese künftig bewiesen wird[1]); d) mündlich ohne alle

30) A. L.R. a. a. O. §§. 602—604. — L. 20 D. de injusto (XXVIII, 3); L. 30 C. de testam. (VI, 23); L. 1, §. 3 D. de his quae in testam. (XXVIII, 3); L. 1, §§. 3, 7 D. de bonor. poss. sec. tab. (XXXVIII, 11); L. 2, 11 C. de testam. (VI, 23).

31) A. L.R. a. a. O. §§. 277—280. — Anders nach L. 108 D. de reg. jur. (L, 17); L. 9 D. de test. tutela (XXVI, 2). Eine Ausnahme davon machte der Prätor, wenn der eingesetzte Erbe die Erbschaft dolo malo ausschlug, um dadurch die Legate den Honorirten zu entziehen und entweder selbst (als Erbe ab intestato) zu gewinnen oder den Gewinn einem andern zuzuwenden. In diesem Falle gab der Prätor den Legataren eine actio utilis gegen den Erbschaftsbesitzer, indem fingirt wurde, derselbe habe ex testamento angetreten; die Klage ging subsidiarisch auch gegen den Institutus, wenn dieser dafür, daß er die Erbschaft ausgeschlagen hatte, um sie ohne Lasten dem Dritten zuzuwenden, Vergeltung erhalten hatte. L. 1 pr. §. 9; L. 2, §. 1; L. 30 D. si quis omissa (XXIX, 4). Das Pr. R. gelangt dazu auf geradem Wege: die Vermächtnisse gehen immer auf den Intestaterben über, und wenn der nächste Intestaterbe selbst der Eingesetzte ist und die Erbschaft ausschlägt, so kann er sie ab intestato nicht erwerben. A. L.R. I, 9, §. 401; II, 1, §§. 490, 491. Es gelangt dann der nächstfolgende Verwandte zur Nachfolge, zur Strafe des Dolus. Anders hat die Satzung keinen Sinn.

32) A. L.R. a. a. O. §. 605. Findet sich schon im Pr. L.R. V, 5, Art. 1, §. 4, n. 9 und Art. 1, n. 4.

1) A. L.R. a. a. O. §§. 593—595. Ob in dem letzten Falle der Belastete einen vollständigen Beweis aufbringen muß, läßt der Ausdruck: „und dieser der Wahrheit gemäß befunden wird," zweifelhaft. Nach dem Wortsinne ist es an-

Form, wenn das widerrufene Vermächtnis in einer außergerichtlichen Verordnung ausgesetzt ist[2]). Der Fall der zweideutigen ademtio legati (wenn zwei Legatare gleiches Namens sind und die Zurücknahme den Gemeinten zweifelhaft läßt) ist unentschieden; bei der datio legati hat das A. L.R. in dem gleichen Falle den entgegengesetzten Grundsatz des R. R.[3]). 2) Durch Handlungen, und zwar: a) durch Wegstreichung, Auslöschung oder sonstige Unleserlichmachung eines Vermächtnisses, oder auch nur des Namens des Legatarius, der Sache oder der Summe in einer außergerichtlichen Verordnung[4]); b) durch Veräußerung oder Verwandlung der vermachten Sache unter gewissen Voraussetzungen (§. 826, Nr. 1, c); c) durch Uebertragung eines Legats (translatio, d. i. ademtio und datio zusammen). Sie kann geschehen durch Veränderung der Person des Honorirten, oder des Onerirten, oder durch Veränderung des Objects, oder des Modus; auch können mehrere dieser Veränderungen miteinander verbunden werden. In allen Fällen gilt die Regel: die Absicht des Testators, das Legat durch die Veränderung zurücknehmen zu wollen, muß klar sein, sonst gelten beide Legate[5]). Das A. L.R. vermuthet diese Absicht in den beiden Fällen, wenn eine vermachte bestimmte Sache einem andern zugewendet wird (Translation durch Veränderung der Person des Honorirten), und wenn einem Legatarius später noch ein Legat angewiesen wird (Translation durch Veränderung des Objects)[6]). 3) Durch Eintritt eines Ereignisses, woraus die Zurücknahme geschlossen (vermuthet) wird. Das R. R. bezeichnet als solche die Entstehung einer bittern Feindschaft[7]) und die Beschimpfung des Legatarius

---

zunehmen, denn der Richter soll die Ursache der Wahrheit gemäß befinden, d. i. aus den ihm vorgelegten Beweisen.

2) Ebend. §. 597. Dieser Widerruf muß vollständig bewiesen werden, nach dem Ausdrucke: „hinreichender Beweis."

3) S. oben §. 824, Note 10 und dazu noch L. 3, §. 7; L. 14, §. 1 D. de adimendis (XXXIV, 4). Danach müßten beide Legate wegfallen, wie auch die L. 10 pr. D. de rebus dub. (XXIV, 5) im Widerspruch mit den beiden andern Stellen sagt; aber es muß hier gelesen werden: „in ademtione autem utrumque (legatum) valere." Göschen in v. Savigny, Zeitschrift, Bd. I, S. 96 flg. Das R. R. läßt mithin folgerichtig aus demselben Grunde: warum eine zweideutige datio nicht gilt, auch eine solche ademtio nicht gelten, folglich beide Legate bestehen. Da nun das A. L.R. den entgegengesetzten Grundsatz hat, so folgt auch, daß die zweideutige Ademtion beide Legate aufhebt.

4) A. L.R. a. a. O. §. 596. — L. 1, 2 D. de his quae in testam. (XXVIII, 4).

5) L. 5, 6 pr., 9; L. 30, §. 1 D. de adimend. (XXXIV, 4); §. 1 J. de adem. (II, 21); L. 33 pr. D. de leg. I; L. 7 pr. C. de leg. (VI, 37).

6) A. L.R. a. a. O. §§. 575, 586. — S. oben §. 833, IV, 2.

7) L. 3, §. 11; L. 4, 22 D. de adimendis (XXXIV, 4).

durch den Testirer oder umgekehrt[8]). Das Pr. R. erkennt nur den einzigen Fall dafür an, wenn der Honorirte durch Vorsatz oder grobes Versehen den Tod des Testators verursacht hat[9]). Die aus solchem Ereignisse hergenommene Vermuthung kann durch den Beweis der Wiederversöhnung widerlegt werden[10]). 4) Dadurch, daß der Legatar den Testirer verhindert hat, ein neues Testament zu machen (§. 833, Note 32).

VI. Publication und Vollstreckung.

§. 835.

1. Publication.

Um einen letzten Willen zur Vollziehung zu bringen, muß dessen Inhalt bekannt sein. Die Bekanntmachung geschieht durch die Publication, d. i. Eröffnung und Verlesung der Verordnung durch den Richter, in Gegenwart der dazu eingeladenen bekannten am Orte befindlichen Intestaterben, und eines den Abwesenden oder Unbekannten von dem Richter von Amts wegen bestellten Bevollmächtigten[1]). Vor der Eröffnung werden den Erschienenen die Siegel, und vor der Verlesung die Unterschriften zur Anerkennung vorgezeigt, worüber ein Protokoll aufgenommen wird[2]). I. Die Publication darf erst nach dem Tode des Testators geschehen, der Tod muß deshalb, wenn er nicht gerichtskundig (notorisch) ist, auf gesetzliche Weise nachgewiesen werden[3]). Zu frühe Publication macht jedoch das Testament nicht ungiltig; will aber der Testator ein anderes Testament machen, so muß ihm der, welcher auch nur aus mäßigem Versehen Anlaß zur Publication gegeben hat, die Kosten erstatten[4]). Die Publication der Testamente ist eine Staatssache; deshalb muß der Richter, wenn binnen sechs Wochen nach dem notorischen oder bewiesenen Ableben des Testators niemand

8) L. 13, 29 D. eod.; L. 9 pr. §. 1 D. de his quae ut indignis (XXXIV, 9).

9) A. L.R. a. a. O. §§. 598, 599.

10) Ebend. §. 600. — L. 4 D. de adimendis (XXXIV, 4).

1) A. L.R. a. a. O. §§. 223, 224. — Auch nach R. R. rief der Magistrat, zu welchem das verschlossene Testament gebracht werden mußte, die Zeugen zur Recognition der Siegel ꝛc. zusammen. L. 4 D. testam. quemadmod. (XXIX, 3); L. 2 C. eod. (VI, 32); L. 18, 23 C. de testam. (VI, 23).

2) A. L.R. a. a. O. §. 225. — L. 4—7 D. testam. quemadmodum aper. (XXIX, 3).

3) A. L.R. a. a. O. §§. 208, 212, 213. — L. 2, §. 4 D. eodem.

4) A. L.R. a. a. O. §§. 209—211. Die Kosten sind auch in Testamentssachen sehr drückend, und werden durch die vermeintlichen Vortheile, welche durch die Abschaffung der Privattestamente erreicht werden sollen, bei weitem nicht aufgewogen. S. oben §. 831, Note 5. Das Staatsmonopol, die Testamente gegen

darauf anträgt, damit von Amts wegen verfahren [5]). Sind seit der Niederlegung 56 Jahre verflossen, so bedarf es eines weitern Nachweises nicht [6]). Der Richter hat das Dasein eines solchen Testaments einmal durch die Departementszeitung (Anzeiger des Amtsblatts) bekannt zu machen und zur Nachsuchung der Publication aufzufordern. Meldet sich binnen 6 Monaten niemand, so hat der Richter das Testament für sich zu öffnen und nachzusehen: ob Vermächtnisse zu milden Stiftungen oder sonst zum Gemeinbesten ausgesetzt sind. In diesem Falle muß er den Vorstehern der bedachten Anstalt Nachricht davon geben und die weitern Anträge abwarten. Bis dahin, so wie wenn sich dergleichen nicht vorfindet, versiegelt er das Testament wieder und verwahrt es im Archive bei den Acten. Ueber den Vorgang setzt er einen Vermerk auf, den er mit einsiegelt [7]). Finden sich zwei Testamente, so wird zuerst das spätere publicirt; ist darin das frühere gänzlich aufgehoben, so bleibt dasselbe noch 30 Jahre uneröffnet liegen, um abzuwarten, ob das spätere für nichtig erklärt werden wird [8]). II. Damit der Richter eine letztwillige Verordnung publiciren könne, muß ihm dieselbe überliefert werden. Ist also eine dergleichen Verordnung nicht gerichtlich niedergelegt, wie z. B. militärische und andere privilegirte Testamente, außergerichtliche Codicille u. s. w., so muß derjenige, in dessen Händen sie ist, oder der sie im Nachlasse findet, oder dem sie mündlich anvertraut worden ist, sogleich nach dem Ableben des Erblassers dessen ordentlichem Richter überliefern [9]). III. Nach geschehener Publication wird den Erben und jedem, der dabei ein rechtliches Interesse hat, eine beglaubte Abschrift (Ausfertigung) der ganzen Urkunden, worin die Errichtung und Publication der letztwilligen Verordnung enthalten, und den Legatarien ein Auszug daraus, auf Kosten des Nachlasses, gegeben, auch den übergangenen gesetzlichen Erben die Einsicht der Urschriften gestattet (§. 605, III, 3), die Urschrift selbst aber in dem Archive des Ge-

theure Bezahlung zu machen und zu verwahren, hat keinen andern Rechtfertigungsgrund als die vermeintliche Berechtigung: über Privatrechte zu wachen.

5) A. L.R. a. a. O. §§. 216, 217. Das Pr. R. kennt das nach §. 3 J. de pup. (II, 16) und L. 8, 9 D. de test. quemadmod.; L. 3 eod. zulässige Verbot der Eröffnung auf gewisse Zeit nicht.

6) Wegen A. L.R. I, 1, §. 38, wonach ein Mensch muthmaßlich nicht über 70 Jahre lebt, welche Anzahl Jahre, mit Rücksicht auf das Alter der Testamentsmündigkeit (14 J.), vergangen sind, wenn ein Testament 56 Jahre gelegen hat.

7) A. L.R. I, 12, §§. 218—222.

8) Anh. z. A. L.R. (217 d. T.) §. 39. Die dennoch erfolgte Eröffnung ist unschädlich.

9) A. L.R. a. a. O. §§. 240, 241; Anh. §. 41. — L. 2 C. quemadmod. testam. (VI, 32).

richts aufbewahrt[10]). Beides, die Ertheilung der Ausfertigungen und die Aufbewahrung der Urschriften, steht dem persönlichen Richter des Erblassers zu. Ist also ein Testament bei einem andern Richter in Verwahrung, so muß dieser zwar dasselbe publiciren, demnächst aber die sämtlichen Urschriften über die Errichtung, samt dem Publicationsprotokolle, mit Zurückbehaltung beglaubter Abschrift davon, an den ordentlichen Richter senden[11]).

§. 836.

2. Vollziehung.

Die Vollziehung des publicirten Testaments ist Privatsache, in welche der Richter sich von Amts wegen nicht mischt. Testamentsexecutoren kennt das R. R. nicht, im modernen R. sind sie sehr gewöhnlich[12]). Die Ernennung eines Testamentsexecutors enthält ein mandatum post mortem exequendum[13]), und das damit verbundene oder auch überhaupt in derselben Urkunde dem Testamentsexecutor zugewendete Legat ist als ein Vermächtnis unter einer Bedingung anzusehen[14]). Daß der Auftrag als von dem Erblasser herkommend angesehen wird, hat nicht die Bedeutung, daß der Executor bei den von ihm zu vollziehenden Rechtsgeschäften den Verstorbenen vertritt; denn die Persönlichkeit eines Menschen erlischt mit dem Tode (§. 43) und kann mithin nachher nicht mehr repräsentirt werden: ein Verstorbener kann unmöglich noch Geschäfte unter Lebendigen schließen. Der durch den Executor Repräsentirte ist vielmehr der Erbe, der nur die Auflage hat, den ihm von dem Erblasser bestellten Stellvertreter handeln zu lassen; aber Geschäftsherr ist er selbst; er ist der Berechtigte und Verpflichtete aus den von dem Executor eingegangenen Rechtsgeschäften, er ist der Autor der Käufer von Nachlaßsachen, und ihm ist der Executor

10) A. L.R. a. a. O. §§. 226—236. Nach R. R. wurde das Original dem Erben als Eigenthümer zurückgegeben. L. 2 pr. §. 8; L. 3 D. eod. (XXIX, 3).

11) A. L.R. a. a. O. §§. 237, 238; Anh. §. 40. Die Vorschrift des §. 239, wonach die Testamente, worin Vermächtnisse für Kirchen und milde Stiftungen enthalten, von den Untergerichten abschriftlich an die Obergerichte übersendet werden sollten, fällt in Folge des Ges. vom 13. Mai 1833 weg. R. vom 26. August 1833 (Jahrb. Bd. XLII, S. 84).

12) Lauterbach, de executoribus volunt. ult.; in Diss. acad. T. II, No. 79. — Ueber das Institut der Testamentsexecutoren nach römischem, canonischem und deutschem Rechte, und über die Grundsätze, welche hierüber als gemeinrechtlich in Deutschland ausgegeben werden; in Roßhirt, Zeitschrift für Civil- und Criminalrecht, Bd. I (Heidelberg 1831), S. 217.

13) A. L.R. I, 12, §. 557.

14) Aus demselben Grunde, aus welchem solches bei einem testamentarischen Vormunde angenommen wird. S. oben §. 792, Note 19 und 20.

als Geschäftsträger verantwortlich (Note 22). I. Wer zum Testamentsexecutor ernannt wird, muß dazu fähig sein. Unzulässig sind Militärpersonen und Civilbediente ohne Genehmigung ihrer Dienstvorgesetzten[15]), und Frauenspersonen[16]). Mit denselben ist niemand schuldig sich einzulassen; die wirklich mit ihnen vollzogenen Handlungen sind jedoch bloß deshalb nicht ungiltig. II. Die Ernennung kann durch Vertrag (exec. conventionales), oder durch letztwillige Verordnung (exec. testamentarii) geschehen. In letzterem Falle ist niemand verpflichtet, den Auftrag anzunehmen. Die Gerichte können die ihnen im allgemeinen aufgetragene Vollziehung eines Testaments ablehnen, insofern nicht etwa Stiftungen zu frommen oder sonst gemeinnützigen Zwecken angeordnet sind[17]). Die Ernennung selbst kann durch eine formlose schriftliche Willenserklärung geschehen, nur muß der Wille gewiß sein[18]). III. Das Verhältnis ist, auch hinsichtlich der Vergeltung, dem eines Nachlaßcurators ähnlich, und die Befugnisse des Executors werden durch den Inhalt der Willenserklärung des Erblassers bestimmt. Enthält dieselbe darüber nichts näheres, so bringt es die Vollziehung des Auftrages mit sich, daß der Executor den Nachlaß in seine Obhut nehme und sichere; daß er ihn ausmittele, feststelle und bis zur Auslieferung verwalte; daß er die Schulden und Vermächtnisse berichtige, den Ueberrest unter die Erben vertheile und jedem seinen Theil überliefere, wenn sie nicht in Gemeinschaft bleiben wollen[19]). Daraus ergibt sich weiter, daß er Rechtsgeschäfte, die zur Verwaltung und Berichtigung der Schulden, Vermächtnisse und Erbtheile nicht nothwendig sind, namentlich Veräußerungen, den Erben gegenüber, nicht vornehmen darf, wohl aber ist er dazu insoweit befugt, als er sonst die erforderlichen Geldmittel nicht würde anschaffen können[20]). Daher kann er, im Verhältnisse zu Dritten, aller-

15) Nach Analogie der Bestimmungen A. L.R. II, 18, §§. 160—163.

16) Weil sie nicht zu allen Rechtsgeschäften fähig sind. R. vom 19. Mai 1804, Nr. 4 (N. A. III, S. 266; Rabe, VIII, S. 60). Auch gemeinrechtlich setzt man die einem Vormunde oder Curator erforderlichen Fähigkeiten voraus.

17) R. vom 19. April 1806 (N. C. C. Tom. XII, S. 133; Rabe, VIII, S. 512).

18) R. vom 19. Mai 1804, Nr. 3 (Note 16).

19) Mit der Theilung oder mit der Ueberlieferung des Nachlasses an den Erben hört der Auftrag auf; nachher kann folglich der Executor Rechtsgeschäfte nicht mehr vollziehen.

20) Anh. z. A. L.R. (II, 18, §. 421) §. 157. — R. vom 25. Januar 1796 (N. C. C. Tom. X, S. 55; Rabe, Bd. III, S. 248). Vergl. die Erlasse des J.M. vom 31. Mai 1839 (J.M.Bl. S. 201) und vom 13. Mai 1842 (J.M.Bl. S. 138). — Processe zu führen ist er ohne ausdrücklichen Auftrag nicht legitimirt.

dings giltig veräußern und Forderungen einziehen [21]), er ist nur dem Erben über die treue Ausführung des Auftrages, so wie überhaupt über seine Geschäftsführung, Rechenschaft schuldig [22]).

Zweites Capitel.

Von Erbverträgen*).

A. L.R. I, 12, §§. 617—656. — Georg Beseler, die Lehre von den Erbverträgen. Göttingen 1837. — Hasse, über Erbvertrag, Vertrag über eine fremde Erbschaft, im Rhein. Mus. Bd. II, S. 150 flg. — Nieper, de successione pactitia, inprimis de transmissione juris succedendi ex pacto. Gott. 1833.

I. Das Allgemeine.

§. 337.

1. Begriff und Eintheilung.

I. Erbvertrag heißt eine vertragsmäßige Bestimmung, welche sich auf die Succession in den Nachlaß des einen oder des andern oder beider Parteien bezieht. Er unterscheidet sich von dem wechselseitigen Testamente dadurch, daß er nicht einseitig nach Willkür widerrufen werden kann, vielmehr hierin ganz den Regeln von Verträgen überhaupt unterworfen ist [1]). Die dem Rechtsgeschäfte beigelegte Benennung entscheidet hierbei nicht. Ein s. g. wechselseitiges Testament, worin auch nur der eine sich des Widerrufs zum Vortheil des andern ausdrücklich begibt, ist ein Erbvertrag [2]), so wie umgekehrt ein sogenannter Erbvertrag ein wechselseitiges Testament ist, wenn beide Theile sich vorbehalten haben, einseitig nach Gutbefinden ihre Willenserklärung abzuändern oder ganz zurückzu-

21) Hypotheken-Capitalien aber nicht anders, als wenn das Testament ihn zur Ertheilung der Quittung und des Löschungsconsenses ausdrücklich autorisirt hat (§§. 10, 3, 5, 7, Tit. 13), und die bloße Anweisung des Testators: „sich in den Besitz des Nachlasses zu setzen und ihn verordnetermaßen zu vertheilen," ist einer Specialvollmacht zur Ertheilung einer Quittung und Löschungsconsenses nicht gleich zu achten. Pr. 600, vom 4. Januar 1839. — Auch zu Cessionen von Nachlaßforderungen bedarf der Testamentsexecutor einer besondern ausdrücklichen Ermächtigung. Pr. 1644, vom 1. November 1845 (Entsch. XII, 223).

22) A. L.R. I, 12, §§. 558—562. Die Worte des §. 558: „Ist mit dieser Vollziehung zugleich die Verwaltung — verbunden," setzen nicht eine besondere Uebertragung der Verwaltung, sondern eine Vollziehung des Testaments voraus, die von dem Umfange ist, daß sie eine zeitweilige Verwaltung mit sich bringt.

*) Die Lehre von Erbverträgen hätte eigentlich vor den Testamenten dargestellt werden sollen; weil aber die Erbverträge in vielen Stücken den Testamenten nachgebildet sind und eine Bekanntschaft mit diesen voraussetzen, so ist dadurch die Stellung wohl gerechtfertigt.

1) A. L.R. a. a. O. §§. 617, 634. Pr. 1234, vom 5. December 1842.

2) A. L.R. II, 1, §. 494, verb. mit I, 12, §. 639.

nehmen[3]). In diesem Falle treten alle die Regeln ein, welche bei erfolgendem einseitigen Widerrufe eines wechselseitigen Testaments vorgeschrieben sind[4]). Dergleichen sogenannte Erbverträge, welche in Wahrheit wechselseitige Testamente sind, gelten nur unter Eheleuten (§. 831, II). Das Institut als ein allgemeines ist ein Rechtsgebilde der neuern Zeit, entstanden durch eine allgemeine Anerkennung des dem, früher nur in besondern Anwendungen, namentlich bei Ehestiftungen vorkommenden, Institute eigenen Princips[5]). Es läßt sich nicht lediglich aus dem deutschen Rechte darstellen, vielmehr ist das damit verflochtene Wesen des Vertrags und der Einfluß der Pflichttheilsberechtigung nur aus dem R. R. zu entwickeln, daher eine wissenschaftliche Darstellung dieser Lehre nicht ohne organische Verbindung der verschiedenen Rechtselemente möglich ist[6]). II. Die allgemeinste Eintheilung der Erbverträge ist gewöhnlich die in Erbverzichte und acquisitive Erbverträge (Erbeinsetzungsverträge), obwohl beide Arten keinen organischen Zusammenhang haben, das Pr. R. sieht sie indes für Unterarten derselben Gattung an[7]). Der Erbeinsetzungsvertrag ist ein Vertrag, wodurch der eine zum Erben des andern eingesetzt wird[8]); eine Singularsuccession kann dadurch nicht begründet werden, sonst ist das Geschäft ein gewöhnlicher Schenkungsvertrag, der erst nach dem Tode des Geschenkgebers erfüllt werden soll[8a]). Ist der Erbvertrag ein wechselseitiger, d. i. ein solcher, worin jeder den andern zu seinem Erben bestellt, so ist das Geschäft ein lästiges, nemlich ein negotium sub modo von Todes wegen; ist er nur einseitig, d. h. setzt nur der eine den andern zu seinem Erben ein, ohne gegenseitig wieder eingesetzt zu werden, so ist das Geschäft ein lucratives negotium mortis causa. Hiernach unterscheidet man einseitige und zweiseitige Erbverträge (Note 8).

§. 838.

2. Erfordernisse.

Zu einem giltigen Erbvertrage müssen die Erfordernisse eines

3) A. L.R. I, 12, §. 635. Dadurch, daß beide Theile sich vorbehalten, „gemeinschaftlich" ihre Erklärung zurückzunehmen, wird die Natur des Vertrages nicht ausgeschlossen.

4) A. L.R. a. a. O. §§. 636—638, 640. — S. oben §. 831, Nr. II.

5) Beseler, von den Erbverträgen, S. 203.

6) Beseler a. a. O. S. 8; Hasse, im Rhein. Mus. Jahrg. II, S. 207 ff.

7) A. L.R. a. a. O. §§. 617, 649.

8) Ebend. §. 617. Wenn auch nur auf einen aliquoten Theil des Ganzen.

8a) Eine Ausnahme gilt bei Erbverträgen unter Eheleuten. A. L.R. II, 1, §§. 454, 456 flg. S. unten §. 841, II.

Vertrags und eines Testaments zusammentreffen. I. Die äußere Form ist, mit einer Ausnahme bei Ehestiftungen, die regelmäßige Form eines Testaments (§. 815)[8aa]), es müssen also auch bei einem Schreibunfähigen zwei Schreibzeugen zugezogen werden[8b]); eine privilegirte Form für Erbverträge gibt es nicht[9]), mithin kann ein Erbvertrag auch nicht vor Dorfgerichten errichtet werden, denn das dorfgerichtliche Testament ist ein privilegirtes. Ebenso wenig kann ein dorfgerichtlicher Erbvertrag als ein dorfgerichtliches Testament gelten, weil es kein Testament ist[10]). Weil die Versiegelung und die Niederlegung eines Testaments in das Depositalverhältnis nur eine Sicherheitsmaßregel, aber kein Erfordernis der Giltigkeit ist (§. 815, I, 7), so ist es auch für die Giltigkeit eines Erbvertrags unerheblich: ob derselbe versiegelt niedergelegt, oder offen in den Gerichtsacten aufbewahrt wird. Doch soll die Versiegelung und Niederlegung nur dann unterbleiben, wenn die Parteien sie verbitten; in diesem Falle wird ihnen eine Ausfertigung ertheilt[11]). II. Die Parteien müssen die active und beziehlich passive Testamentsfähigkeit, und außerdem müssen sie die zur selbständigen Eingehung von Verträgen im allgemeinen erforderliche Verfügungsfähigkeit haben[12]), und zwar bei wechselseitigen Erbverträgen beide Theile, bei einseitigen nur der Erbeinsetzende, wogegen der Eingesetzte nur die zur Annahme einer Schenkung erforderlichen Eigenschaften nöthig hat. Fehlt es dem Verfügenden an den zum Vertragschließen erforderlichen Eigenschaften, so gilt das Geschäft auch nicht als Testament (Note 10). III. Hinsichtlich des Inhalts gelten wieder die bei Testamenten vorgeschriebenen Regeln, auch

8aa) (3. A.) Auch Erbverträge unter Eheleuten machen davon keine erschwerende Ausnahme, wenn die Ehefrau darin von ihren Successionsrechten nichts aufgibt. Soll aber dieses geschehen, so ist die bloße gerichtliche Uebergabe des Erbvertrages nicht hinreichend, vielmehr muß derselbe zum gerichtlichen Protokolle aufgenommen werden. A. L.R. II, 1, §. 441; Pr. des Obertrib. 2321, vom 22. October 1851 (Entsch. Bd. XXI, S. 204).

8b) Der §. 621 verlangt nicht bloß den gerichtlichen Abschluß oder die gerichtliche Uebergabe der Erbverträge, sondern auch insbesondere, daß bei der Aufnahme der Erbverträge der Richter alles das beobachte, was bei den Testamenten vorgeschrieben ist. Pr. 1439, vom 10. Mai 1844. Vergl. Rechtsfälle, Bd. I, S. 277.

9) A. L.R. a. a. O. §§. 621, 622.

10) Ebend. §. 619. Die zur Kräftigung eines dorfgerichtlichen Testaments vorgeschriebenen Förmlichkeiten (§§. 93 ff.) sind auf diesen Fall unanwendbar.

11) Ebend. §. 623; Anh. §. 43. — Anh. z. A.G.O. (II, 4, §. 15) §. 431. Die Vorschrift ist eine Instruction für den Richter; der Giltigkeit des Geschäfts schadet es nicht, wenn einmal ohne Verbittung der Parteien ein Erbvertrag unversiegelt bliebe. R. vom 21. Juli 1800 (N. A. I, S. 226; Rabe, I, Bd. VI, S. 211).

12) A. L.R. a. a. O. §§. 618, 619.

in Ansehung der Zulässigkeit der Erbeseinsetzung auf einen bestimmten Theil (Quote) der ganzen Verlassenschaft, sowie in Betreff des Zuwachsrechts und auch der Nebenbestimmungen, namentlich der Bedingungen und der Wirkungen je nach ihren Arten[13]). Die angeordneten Successionen für Dritte gelten als widerrufliche Verordnungen, wenn nicht der Dritte dem Vertrage mit Bewilligung der Parteien beigetreten ist; sobald aber der Einsetzende verstorben ist, sind dergleichen Verfügungen für den Bedachten, wie einseitige letztwillige Verordnungen, wirksam[14]). Der Beitritt erfordert die Form des Erbvertrags selbst, weil nicht bloß die Annahme, sondern auch das Anerbieten zu verlautbaren ist.

§. 839.

3. Wirkungen.

I. Der eingesetzte Erbe erwirbt durch den Vertrag ein unwiderrufliches Recht zur Nachfolge in die Verlassenschaft des andern[15]). Dieses Recht geht nicht, wie in der Regel die Rechte aus obligatorischen Verträgen, auf die Erben über, wenn der Eingesetzte vor dem Erblasser stirbt und die Erben nicht substituirt sind; weil hier kein obligatorischer Vertrag ist und deshalb auch keine obligatorischen Wirkungen eintreten können[16]). II. Der Eingesetzte hat bloß

13) Ebend. §§. 620, 629, 645, 647. Hinsichtlich der Wirkung moralisch unmöglicher Bedingungen (A. L.R. I, 12, §. 63) sind die Meinungen different; doch hat die Meinung, wonach solche Bedingungen den Vertrag unwirksam machen sollen, den entscheidenden Grund gegen sich, daß hier von einer Verfügung über die Universalsuccession Rede ist, welche nur in der Form eines Vertrags auftritt, und daß nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen nicht die Form, sondern die rechtliche Natur, Naturalien und Wirkungen eines Geschäfts, bestimmen. Vergl. Gans, Beiträge zur Revision der preuß. Gesetzgebung, S. 153. — S. oben §. 829, Note 9.

14) A. L.R. a. a. O. §. 646; II, 1, §. 479. — S. oben §. 557. Gemeinrechtlich ist man darüber nicht einig.

15) A. L.R. §. 634 d. T. Auch in den Fällen, wo eine Schenkung widerrufen werden kann, ist kein Widerruf gestattet, den Fall der Tödtung oder wegen Dazwischenkunft ehelicher Kinder ausgenommen. §. 647 das.

16) A. L.R. a. a. O. §§. 631 u. 632. Der Ausdruck ist im §. 631 zwar unbestimmt und könnte als Anordnung einer Ausnahme von der Regel für den wechselseitigen Erbvertrag angesehen werden; doch ersieht man aus dem Gegensatz des §. 632, daß nur die Anwendung der allgemeinen Regel: daß der eingesetzte Erbe den Anfall erleben muß, beabsichtigt wurde, indem man aussprach, daß die Erben oder Nachkommen des Erstverstorbenen kein Recht auf die Nachfolge in den Nachlaß des andern hätten, wenn nicht ausdrücklich ein Familienfideicommiß errichtet worden sei. Damit sollte die Annahme verhindert werden, daß schon in dem wechselseitigen Erbvertrage eine dergleichen Stiftung für die beiden Familien der Contrahenten liege, so daß der überlebende Contrahent als der erste Nachfolger, und die beiderseitigen Nachkommen als gleichberechtigte Fideicommissarien anzusehen. Für einseitige Erbverträge verstand sich die Ausschließung der Erben schon nach A. L.R. I, 9, §. 367 und den Worten: „rechtsgiltige Willenserklärungen." Nach G. R. ist man darüber verschiedener Meinung. M. s. jedoch Beseler a. a. O.

die Hoffnung auf eine künftige Beerbung des andern, welche dieser nur nicht durch Aenderung seines Willens vereiteln kann. Deshalb kann er keinen andern Erben durch Testament oder sonst ernennen, wenn nicht Vorbehalte gemacht sind. Ist die Verfügung über einen Theil des Ganzen vorbehalten, so sind der Vertragserbe und der gesetzliche oder testamentarische Erbe Miterben[17]). Wird über vorbehaltene einzelne Sachen oder Summen nicht verfügt, so fallen dieselben an die gesetzlichen Erben in auf- und absteigender Linie, oder Geschwister oder Geschwisterkinder ersten Grades, in deren Ermangelung an den Vertragserben[18]). Ist kein Vorbehalt gemacht, so kann der Erblasser doch Vermächtnisse zusammen bis auf den zwanzigsten Theil des Nachlasses errichten[19]), worunter auch Schenkungen von Todes wegen begriffen sind, weil diese, nach Pr. R., ganz wie Legate behandelt werden[20]). Dagegen wird der Erbeinsetzende durch den wenn gleich unwiderruflichen Act der Erbeseinsetzung in seinem Verfügungsrechte über sein Vermögen unter Lebenden so wenig wie durch das Erbfolgerecht eines jeden andern Erben eingeschränkt[21]). Deshalb sind ihm Veräußerungen, selbst Schenkungen, unverwehrt, doch ohne böswillig beabsichtigte Vereitelung des Erbrechts. Daraus würde folgen, daß jede darauf abzielende Verfügung von dem Vertragserben angefochten werden könnte; da jedoch die Arglist in einzelnen Fällen ebenso schwierig zu beweisen ist, als es den Vertragserben leicht sein würde, unter dem Prätext des Dolus jede Verfügung des Erblassers anzugreifen, so ist es dem Vertragserben nur gestattet, Schenkungen, welche der Schenkende selbst, wegen Uebermaßes, würde haben widerrufen können, innerhalb der gesetzlichen Frist, also schon bei Lebzeiten desselben, zurückzunehmen, wenn auch, wie sich bei vorausgesetztem Dolus von selbst versteht, der Erblasser sich des Widerrufs begeben hätte, nur würde eine solche Zurücknahme bloß die Wirkung haben,

S. 305 flg. Auch das östr. G.B. §. 1252 verwirft die Ansicht von der Transmission des Rechts auf die Erben. Die im Schles. Archiv, Bd. III, S. 563 angegebenen Gründe für die entgegengesetzte Meinung sind ungenügend. — Im Falle der fideicommissarischen Substitution können die Bestimmungen eines Erbvertrages durch letztwillige Verordnungen des überlebenden Paciscenten, der die Erbschaft aus dem Vertrage angetreten hat, auch nicht mehr rücksichtlich seines eigenen Vermögens zum Nachtheil der eingesetzten fideicommissarischen Erben abgeändert werden. Pr. 1234, vom 5. December 1842.

17) A. L.R. a. a. O. §§. 627, 629, 630.

18) Ebend. §. 630; I, 11, §§. 1087, 1088.

19) A. L.R. I, 12, §. 628. Ist eine vom G. R. abgehende Bestimmung.

20) A. L.R. I, 11, §§. 1134—1139. Anders nach G. R.; doch sind die Meinungen getheilt.

21) A. L.R. I, 12, §. 624.

daß das Uebermaß in das Vermögen des Schenkers zurückfiele; dem Vertragserben ist auch die Befugnis gegeben, auf Prodigalitätserklärung anzutragen[22]). III. Tritt der Anfall ein, so steht es, wenn der Erbe sich nicht ausdrücklich zur Antretung der Erbschaft verpflichtet hat, in dessen Willen: ob er die Erbschaft annehmen will oder nicht. Aber wenn er auch die Annahme versprochen hat, steht ihm dennoch die Rechtswohlthat des Inventariums zu. Schlägt er die Erbschaft aus, so kann er, wenn ihm nicht die Wahl ausbedungen ist, gleich wenig wie ein Testamentserbe, dieselbe ab intestato erwerben[23]). Nimmt er die Erbschaft an, so hat er dieselben Rechtsmittel wie ein anderer Erbe.

§. 840.

4. Aufhebung.

Außer den Fällen, wo ein Vertrag aus allgemeinen Gründen aufgehoben werden kann, ist ein Erbvertrag noch aus denselben Gründen unwirksam, aus welchen ein Testament von Anfang oder erst in der Folge ungiltig wird[24]). Durch den vor dem Ableben des Erblassers eintretenden Tod des Vertragserben, sowie durch das Ausschlagen der Erbschaft, wird jedoch nicht, wie bei Testamenten, bloß die Erbeseinsetzung, sondern der ganze Erbvertrag vereitelt (Note 18). Undankbarkeit ist kein allgemeiner Aufhebungsgrund, sondern nur der von dem Erben verursachte Tod des Erblassers entkräftet den Erbvertrag, wenn keine Verzeihung nachgewiesen wird (Note 24); als Grund kann aber bei dem Erbvertrage nicht, wie bei dem Testamente, die vermuthete Aenderung des Willens (Willkür) des Erblassers angesehen werden, weil diese bei Verträgen ausgeschlossen ist, vielmehr kann er nur in der Indignität des Erben gefunden werden.

II. Besondere Arten.

§. 841.

1. Erbverträge unter Eheleuten.

A. L.R. II, 1, §§. 439—480. — J. H. Boehmer, de successione hereditaria conjugum ex pactis dotalibus; in Exercitt. ad Pand., Tom. IV, exerc. 71.

Erbverträge, wodurch die Erbrechte eines Ehegatten in den Nachlaß des andern festgesetzt werden, können vor oder nach der

22) Ebend. §§. 625, 626. Vergl. A.G.O. Th. I, Tit. 38, §§. 9 ff.
23) A. L.R. a. a. O. §§. 641—644; II, 1, §§. 448, 449.
24) A. L.R. a. a. O. §. 647. — S. oben §§. 832—834.

Schließung der Ehe errichtet werden. I. Die Form ist nach Zeit und Gelegenheit verschieden. 1) Schließen Verlobte einen bloßen Ehevertrag, bedingt oder auch unter Voraussetzung ihrer Verheirathung miteinander, so muß die gewöhnliche Form der Eheverträge beobachtet werden. 2) Verabreden die Verlobten zugleich in ihrem Ehevertrage die künftige Erbfolge, so genügt die für Eheverträge vorgeschriebene Form (§. 747, II), der Vertrag kann also auch notariell aufgenommen werden; wird er jedoch vor Gericht geschlossen, so muß dasselbe eben so besetzt sein wie bei Aufnahme eines Testaments[1]). 3) Nach Vollziehung der Ehe kann der Vertrag nur vor Gericht, in der gewöhnlichen Form, giltig errichtet werden, wenn dadurch, nach der Absicht der Parteien, die Frau an ihren, schon durch Vollziehung der Ehe gesetzlich oder vertragsmäßig begründeten, Erbfolgerechten etwas verlieren soll; soll sie besser gestellt werden, so genügt die außergerichtliche Schrift[2]). In jenem Falle, wo die Frau schlechter gestellt werden soll, muß ihr auch zur Abschließung des Erbvertrags ein Beistand zur Seite sein[3]). Nur in derselben Form kann ein Erbvertrag, wodurch die Frau besser bedacht ist als durch die gesetzlichen Bestimmungen, durch gegenseitige Uebereinkunft wieder aufgehoben werden[4]). Ein Erbvertrag ist es auch, wenn die an dem Orte geltenden gesetzlichen Erbfolgebestimmungen ausgeschlossen und entweder dadurch oder mit ausdrücklichen Worten die Bestimmungen eines gewissen andern Rechts an deren Stelle gesetzt werden[5]); es muß daher auch ein solcher Vertrag die Form des Erbvertrags haben[6]). II. Ist nur eine Singularsuccession verabredet, so gelten davon die Grundsätze über Vermächtnisse. Dergleichen Vermächtnisse sind: 1) Das Ehevermächtnis, d. i. dasjenige, was die Ehefrau dem Manne, für den Fall ihres frühern Ablebens, auf ihren Nachlaß anweist. Besteht dieses in einem Theile der Verlassenschaft (pars quota), so ist der Ehemann Miterbe. Vor dem Ableben der Ehefrau hat dieser-

1) A.G.O. II, 1, §. 10, Nr. 5; Anh. (zu II, 2, §. 17) §. 421. Pr. 1176, vom 15. August 1842.

2) A. L.R. II, 1, §§. 441, 199. Aber über das Erbrecht kann außergerichtlich doch nicht verfügt werden.

3) Ebend. §§. 440, 198, 200, 201. M. s. oben Anm. 8aa zu §. 838.

4) A. L.R. a. a. O. §§. 442, 443. Ueber den Mangel des Beistandes s. oben §. 749, III, 3.

5) Z. B. die Verabredung, wonach die Ortsstatuten ausgeschlossen sein und die erbrechtlichen Bestimmungen des A. L.R. unter den Eheleuten gelten sollen.

6) Würde z. E. irgendwo durch die Ausschließung der Gütergemeinschaft von selbst schon ein Erbrecht zwischen den Eheleuten begründet, so müßte die Form der Erbverträge beobachtet werden.

halb der Mann keine besondern Rechte in dem Vermögen der Frau; er steht einem andern Legatarius oder eingesetzten Erben gleich[7]). 2) Das Gegenvermächtnis, d. i. dasjenige, was der Mann seiner Frau aus seinem Vermögen auf den Fall seines frühern Ablebens aussetzt[8]). Diese von einem gewöhnlichen Vermächtnis sehr verschiedene Vermögensart gibt der Frau ein schon gegenwärtiges, aber bedingtes Forderungsrecht, welches gleich dem Eingebrachten schon bei Lebzeiten des Mannes gesichert werden muß und im Concurse desselben mit dem Eingebrachten, sofern es ein Surrogat dafür ist, ein gleiches Vorrecht, sonst aber das Vorrecht der fünften (jetzt vierten) Classe hat[9]), vorausgesetzt daß die Frau nicht auf einen Theil vom Ganzen eingesetzt ist, welchenfalls sie gar kein Vorrecht, sondern ein Miterbrecht hat[10]). Diese Vermögensart ist aus der mittelalterlichen Gegengabe des Mannes für die ihm zugebrachte Dos und aus der spätern Anwendung der römischen donatio propter nuptias entstanden[11]), und pflegte mit dem Eingebrachten in Verhältnis zu stehen, woher, wenn über den Betrag eine ausdrückliche Bestimmung fehlte, die Summe der Dos für das Gegenvermächtnis maßgebend war[12]). Davon kommen im Pr. R. die Bestimmungen, daß, wenn die Summe des Gegenvermächtnisses nicht festgesetzt, wohl aber die Absicht, daß es mit dem Eingebrachten in Verhältnis stehen solle, ersichtlich ist, die Hälfte des Eingebrachten als Gegenvermächtnis anzunehmen[13]). Fehlt diese Absicht, so wird der Betrag des Ehevermächtnisses für das Gegenvermächtnis angenommen; ist auch kein Ehevermächtnis ausgesetzt, so ist die Verabredung in Betreff des Gegenvermächtnisses unwirksam und der Frau steht die gesetzliche Erbfolge zu[14]). Das gemeine Pr. R. kennt nur ein vertragsmäßiges, kein gesetzliches Gegenvermächtnis. Das Gegenvermächtnis kann in einer Sache oder Summe, die mit dem Tode des Mannes ein freies und unwiderrufliches Eigenthum der Frau wird[15]), oder in einem jährlichen, nur

7) A. L. R. a. a. O. §§. 452—455. Beruht auf deutscher Auffassung der ehefräulichen Illaten. S. Anm. z. Entwurfe Th. I, Abth. 1, S. 59 a. E.

8) A. L. R. a. a. O. §. 456.

9) Ebend. §§. 465—467. — A. G. O. I, 50, §§. 408, 434. — S. oben §§. 497, 498.

10) A. L. R. II, 1, §. 468.

11) Koehler, de contradote juris german. Kil. 1837. — Grolmann, de donatione propter nupt. viduae. Giess. 1795.

12) Ueber verschiedene Bestimmungen darüber s. Pufendorf, Obs. II, obs. 39, §§. 21, 27.

13) A. L. R. a. a. O. §. 459.

14) Ebend. §§. 460, 461. D. h. die Beredung ist im zweiten Falle nichtig.

15) Ebend. §. 469.

eine gewisse Zeit dauernden, Genusse bestehen. Ist es der Nießbrauch gewisser Güter oder Capitalien, so heißt das Gegenvermächtnis ein Leibgedinge (dotalitium)[16]; ist es eine jährliche, wenngleich auf die Nutzungen eines Grundstücks oder auf die Zinsen eines Capitals angewiesene, Summe zum Unterhalte während des Witwenstandes, so wird es Witthum (vidualitium)[17] genannt. Beide, eine Art von Rentenrecht (§. 687), sind nach Entstehung und Zweck gemeinrechtlich sehr verschieden, und das Witthum unterscheidet sich danach keineswegs nur durch seinen Gegenstand, so wenig, daß dasselbe sogar ebenfalls in einem Nießbrauche bestehen kann. Allein das Pr. L.R. stellt beide Vermögensarten einander gleich und setzt den Unterschied bloß in den Gegenstand. Die dafür vorgeschriebenen Regeln sind: a) Ist der Betrag des Witthums unbestimmt geblieben, so wird er durch richterliches Ermessen auf so viel festgesetzt, als nach Abzug der Nutzungen des eigenen Vermögens der Frau zu ihrem nothdürftigen Unterhalte für ihren Stand noch erforderlich ist; reichen die eigenen Vermögenseinkünfte dazu hin, so kommt der Witwe ein Viertel des richterlich ermessenen Unterhalts zu, und wenn die Nutzungen oder Zinsen, auf welche die bestimmte oder richterlich ausgemessene Summe vertragsmäßig angewiesen ist, unzureichend sind, muß das Fehlende aus dem übrigen Nachlasse gegeben werden[18]. b) Der Witwe steht die Forderung ihres Eingebrachten und des ihr zugesicherten Gegenvermächtnisses (Witthums oder Leibgedinges) nicht bloß alternative, sondern cumulative zu[19]. Ist jedoch die Wahl der einen oder der andern Vermögensart ausbedungen und soll die Frau wählen, so ist sie erst nach Ablauf des Trauerjahres sich zu erklären schuldig; die alsdann, also nicht auch die zu früh, in verbindlicher Form, getroffene Wahl ist unwiderruflich[20]. c) Soll die Frau, gegen das ihr zugesagte Leibgedinge oder Witthum, ihr Eingebrachtes den Erben des Mannes zurücklassen, so ist das Geschäft in jeder Hinsicht ein zweiseitiges; sonst aber ein freigebiges. Da-

16) Ebend. §. 457. — Berger, selecta jur. dotalitii capita. Viteb. 1723.

17) A. L.R. a. a. O. §. 458. — Nettelbladt, de dotalitio. Rostock. 1746. — Pufendorf, de dotalitio; in Obs., Tom. III, obs. 120.

18) A. L.R. a. a. O. §§. 462—464.

19) Ebend. §. 474. — Anders ist es nach G. R. hinsichtlich des Leibgedinges, als eines Surrogats der Dos. Mueller ad Leyser., de vidua dotalitium, dotem, aut propter nuptias donationem eligente, Tom. III, fasc. 2, n. 104. — Das Witthum ist nach gemeinrechtlichem Begriffe die ohne Rücksicht auf Eingebrachtes zugesicherte Witwenversorgung.

20) A. L.R. a. a. O. §§. 475—477.

raus folgt der Unterschied zwischen beiden Fällen in Ansehung des Vorzugs (Note 9) und der Erlöschung; denn d) das Leibgedinge und Witthum, welches aus Freigebigkeit zugesagt ist, endet mit der Wiederverheirathung und mit der richterlichen Ueberweisung einer, öffentliches Aergernis gebenden, liederlichen Lebensart der Witwe, und lebt durch Besserung oder Wiedereintritt des Witwenstandes nicht wieder auf; wogegen das lästig erworbene Recht nur mit dem Tode der Witwe erlischt[21]). III. Durch dasjenige, was dem einen Ehegatten aus dem Nachlasse des andern zugesichert wird, mag es ein Theil des Ganzen oder eine einzelne Sache oder Summe sein, wird derselbe wegen seines Erbrechts ganz abgefunden, wenn es nicht nach der Fassung unzweifelhaft ist, daß ihm die verabredeten Vortheile nur als voraus beschieden sein sollen, ausgenommen wenn der Erblasser verschiedenartiges Vermögen hinsichtlich der Nachfolge, z. E. freies und auch getheiltes Eigenthum, besessen hat, und die Beredung sich nur auf die Abfindung aus der einen Art des Vermögens bezieht: in diesem Falle sind die gesetzlichen Erbrechte in Ansehung der andern Art unverändert[22]). IV. Besondere Aufhebungsgründe bei dem Erbvertrage unter Eheleuten sind, außer dem Falle der beiderseitigen Einwilligung in der vorgeschriebenen Form (Note 4): 1) einseitiger Widerruf in dem Falle, wo es nach der Fassung zweifelhaft ist: ob die Eheleute einen Erbvertrag oder nur ein wechselseitiges Testament haben errichten wollen[23]); 2) wenn der Erbvertrag eine Erbeseinsetzung auf das Ganze enthält und bei dem Tode des einen Ehegatten pflichttheilsberechtigte Nachkommen aus dieser Ehe am Leben sind, derenwegen der Erbvertrag nichts bestimmt[24]). Stirbt einer der Eheleute, ohne daß ihm ein Kind aus dieser Ehe nachgeboren worden ist, und tritt der Ueberlebende die Erbschaft aus dem Vertrage an, es wird ihm dann aber in einer folgenden Ehe noch ein Kind geboren, so bleibt er selbst zwar an die vertragsmäßigen Bestimmungen zu Gunsten der Kinder erster Ehe gebunden, und er kann daran durch eine letztwillige Verord-

21) Ebend. §§. 470—474; I, 11, §§. 598—601. — S. oben §. 689. — Dieser Grundsatz von der Erlöschung mit dem Ende des Witwenstandes kann nach G. R. nur von dem Witthume, nicht von dem Leibgedinge gelten, aus demselben Grunde, aus welchem das A. L.R. in dieser Hinsicht einen Unterschied zwischen lästiger und freigebiger Errichtung macht. Estor, de dotalitio propter secundas nuptias cessante. Jen. 1736.

22) A. L.R. §§. 445, 446 d. T.

23) Ebend. §§. 447, 448. In diesem Falle nimmt man das Rechtsgeschäft für ein Testament.

24) Ebend. §. 444. Kinderzeugen bricht Ehestiftung. A. L.R. II, 2, §§. 450, 451 und 454.

nung nichts ändern[25]), in Beziehung auf die in der nachfolgenden Ehe geborenen Kinder aber werden jene Bestimmungen kraftlos und es tritt die Intestaterbfolge ein (Note 25). Befinden sich unter den im Erbvertrage bedachten Kindern Pflichttheilsberechtigte aus einer frühern Ehe des vorverstorbenen Contrahenten und haben sie den Erbvertrag anerkannt, so können sie nur in dem zuletzt gedachten Falle den Nachlaß des Erstverstorbenen (ihres Parens) als Fideicommissarien fordern[26]). Die Geburt von Kindern, welche vor den Eltern wieder sterben, macht den Erbvertrag nicht unkräftig[27]).

§. 342.

2. Erbentsagungsverträge.

I. In Ansehung der Erfordernisse und der Form sind folgende Verträge dieser Art zu unterscheiden: 1) Erbverträge der Eltern *mit den Kindern, wodurch ein Kind von der elterlichen Erbschaft ganz ausgeschlossen oder im Pflichttheile verkürzt* werden soll. Davon wird in dem folgenden Paragraphen Rede sein. 2) Verträge, welche unter denjenigen, die zu einer künftigen bestimmten Erbschaft durch Gesetz oder Vertrag berufen sind, darüber geschlossen werden, daß einer, mit oder ohne Abfindung, keinen Theil haben soll. Eine solche ohne den künftigen Erblasser getroffene Beredung ist ungiltig, ausgenommen wenn er unfähig ist, sich verbindlich zu erklären: in diesem Falle kann der Vertrag ohne dessen Beitritt, aber nur vor vollständig besetztem Gerichte, geschlossen werden[1]). 3) Verträge, welche jemand in Beziehung auf seine künftige Verlassenschaft mit seinen gesetzlich oder vertragsmäßig berufenen Erben über die Entsagung ihres Erbrechts, oder über die Vertheilung der künftigen Erbschaft schließt. Diese erfordern zu ihrer Giltigkeit nur die schriftliche Form und können auch durch Bevollmächtigte abgeschlossen werden[2]). 4) Geschieht in einem solchen Vertrage die Entsagung zum Vortheile eines Fremden, und soll dieser dadurch ein Erbrecht erwerben, so muß er zur Vertragsschließung als Mit-

25) A. L.R. II, 1, §§. 492, 493. Plenarbeschl. des Obertrib. vom 3. Oct. 1849 (Entsch. Bd. XVIII, S. 19).

26) A. L.R. I, 12, §. 632. — Entsch. des Obertrib. Bd. XVIII, S. 28.

27) A. L.R. II, 1, §. 443. War vor dem A. L.R. controvers.

1) A. L.R. I, 12, §§. 649, 653, 654. Vergl. I, 11, §. 446. Ein solcher Vertrag kann auch zwischen dem künftigen Erblasser und einem einzelnen Erben allein geschlossen werden. Entsch. des Obertrib. Bd. XX, S. 143.

2) A. L.R. I, 12, §§. 649, 654. Entsch. des Obertrib. Bd. XX, S. 153. Dieses Geschäft interessirt wesentlich nur die Erben und erfordert als eine anticipirte Theilung der künftigen Verlassenschaft eines Lebenden nur die Zustimmung des künftigen Erblassers.

contrahent zugezogen werden. In dieſem Falle iſt der Vertrag zugleich ein erwerbender Erbvertrag und erfordert zu ſeiner Giltigkeit die gewöhnliche Form der Erbverträge[3]). II. Durch einen giltigen Erbentſagungsvertrag erliſcht ſowohl das geſetzliche als das in einem ſchon vorhandenen Teſtamente oder Vertrage angeordnete Erbrecht des Entſagenden[4]), wird jedoch die ſpätere Erwerbung eines Erbrechts durch neue Teſtamente oder Verträge an ſich nicht gehindert. Ob auch die Erben des Entſagenden, wenn dieſer vor dem Erblaſſer ſtirbt, durch die Entſagung ausgeſchloſſen werden, iſt nach den Vorausſetzungen verſchieden zu beantworten. Hat der Entſagende zugleich für ſeine Nachkommen verzichtet und ſind dieſe ſeine Erben geworden, ſo ſteht ihnen die exceptio doli entgegen, die jedoch in keinem Falle den Pflichttheil entzieht, wenn die Nachkommen des Entſagenden ſelbſtändige Notherben nach dem Erblaſſer, z. E. deſſen Enkel, ſind. Lautet die Entſagung nicht auf die Nachkommen, ſo werden ſie, wenn ſie geſetzliche Erben ſind, durch den Verzicht allein noch nicht ausgeſchloſſen; aber ſie werden, wenn ſie nicht Pflichttheilsberechtigte ſind, dadurch ausgeſchloſſen, daß der Erblaſſer ſeine Verlaſſenſchaft durch letztwillige Verordnung andern zugewendet hat[5]). III. Hat ein geſetzlicher Erbe ausdrücklich zum Vortheile einer beſtimmten Perſon verzichtet, es erlebt aber dieſe den Anfall nicht, und hat der Erblaſſer auch keine letztwillige Verordnung hinterlaſſen, ſo hat der Verzicht weiter keine Wirkung[6]); außerdem iſt ein giltiger Verzicht auch ſelbſt wegen veränderter Vermögensumſtände des künftigen Erblaſſers nicht widerruflich[7]), was ſich beſonders auf den Fall bezieht, wenn ein Pflichttheilsberechtigter abgefunden wird und hinterdrein das elterliche Vermögen ſo anwächſt, daß die Abfindung weit hinter der Summe des Pflichttheils, welchen der Abgefundene erhalten haben würde, zurückbleibt (§. 843).

---

3) A. L.R. a. a. O. §. 651. — S. oben §. 838.

4) Ebend. §. 652. Eigentlich erliſcht nicht der Anfall, nur die Erwerbung wird gehindert.

5) Dieſes folgt aus allgemeinen Grundſätzen, beſonders ausgeſprochen iſt der Grundſatz nicht; nur eine Anwendung davon macht das A. L.R. in Beziehung auf Deſcendenten. II, 2, §. 358. Das öſtr. G.B. §. 551 läßt den Verzicht ohne Unterſchied der Fälle auch auf die Nachkommen wirken. S. über die Frage beſonders Mühlenbruch, in Glück's Commentar, Bd. 38, S. 89 flg.

6) A. L.R. II, 2, §§. 486, 487.

7) Ebend. §. 485. — Pufendorf, Obs. jur., Tom. III, obs. 10.

§. 843.

3. Abfindungsverträge der Eltern mit Kindern.

I. Abfindung[1]) heißt das auf freier Vereinbarung beruhende Rechtsgeschäft und auch das Aequivalent, wodurch Eltern schon bei ihrer Lebenszeit ein Kind wegen seines Erbrechts auf ihren künftigen Nachlaß befriedigen[2]); ein rechtlicher Zwang hierzu ist nicht denkbar, auch fehlt dazu das Rechtsmittel. Sie ist eine anticipirte Erbfolge und setzt die Gütergemeinschaft unter den abfindenden Eltern voraus[3]), doch ist damit wohl nur auf das, was gewöhnlich zu geschehen pflegt, hingewiesen, nicht aber die Abfindung außer dem Falle der Gütergemeinschaft für ein unzulässiges Geschäft erklärt. 1) In Ansehung der Erfordernisse und Form ist zu unterscheiden zwischen angemessenen Abfindungen und solchen Verträgen, welche die Verkürzung des Kindes im Pflichttheile bezwecken. a) Wird der Vertrag mit beiden Eltern geschlossen und geht die Absicht dahin, daß das Kind gegen eine ihm jetzt zur freien Verfügung zu überweisende Sache oder Summe, bei der Verlassenschaft des Erststerbenden, zum Vortheile des überlebenden Ehegatten, nicht Theil nehmen, wohl aber nach dessen Tode succediren soll; oder ist nur eines der leiblichen Eltern noch vorhanden und findet dieses, zum Vortheile seines Ehegatten, das Kind mit einer solchen Summe ab, welche dem Betrage des Pflichttheils von dem zur Zeit der Abfindung vorhandenen elterlichen Vermögen gleich kommt: so ist die im allgemeinen vorgeschriebene Form des Erbvertrags zu beobachten und das Kind muß großjährig, wenn auch noch nicht der väterlichen Gewalt entlassen sein[4]). b) Geht die Absicht dahin, daß das Kind nichts oder weniger als den Pflichttheil nach dem Umfange des derzeitigen Vermögens erhalten und auch an dem Nachlasse des zuletzt sterbenden Ehegatten nicht Theil nehmen soll: so muß der Vertrag nicht allein gerichtlich, sondern er muß auch vor dem ordentlichen persönlichen Richter der Eltern geschlossen werden und das Kind muß volljährig und überdies der väterlichen Gewalt entlassen sein[5]).

1) A. L.R. II, 2, §. 368—377, 483—488. — Witte, das pr. Intestaterbrecht, S. 253 flg.

2) A. L.R. II, 2, §. 368. Die Quelle des A. L.R. ist das Lübische Recht. Anm. z. Entwurf I, 1, S. 68, und Suarez, Schlußvorträge, Jahrb. Bd. XLI, S. 142.

3) Marginale zu §. 366 a. a. O.

4) A. L.R. a. a. O. §§. 369, 372, 375, 377, 484; I, 12, §. 619. Ein Minderjähriger müßte nicht allein einen Curator haben, sondern der Vertrag müßte auch obervormundschaftlich approbirt werden, wozu das Gericht nicht befugt ist, weil die Vormundschaft nur verwalten soll. S. oben §. 797.

5) A. L.R. II, 2, §§. 483, 484. Daß in diesem Falle eine Abfindung

c) In beiden Fällen muß derjenige, zu dessen Vortheile das Kind von der künftigen Erbschaft ausgeschlossen sein soll, als Mitcontrahent dem Vertrage beitreten, sonst gelangt der Abgefundene oder Entsagende dennoch zur Succession [6]), nur daß der ausdrücklich bedachte oder berufene Dritte, wenn der Vertrag bis zum Tode des Abfindenden nicht wieder aufgehoben worden ist, als Vermächtnisnehmer oder Fideicommissarius angesehen wird [7]). 2) Wirkungen. a) Die Abfindung bezieht sich nur auf den Nachlaß des Zuerstverstorbenden der Eltern, aber auch auf alles, was zu dessen Verlassenschaft gehört, und gereicht, wenn etwas anderes nicht ausgemacht ist, zum Vortheile des überlebenden Ehegatten; dieser tritt an die Stelle des Abgefundenen und erhält, außer dem, was ihm als Ehegatten gebührt, dasjenige, was auf den Abgefundenen, unter Conferirung der Abfindung, noch fällt [8]). b) Daraus folgt, daß, wenn alle Kinder des Erblassers abgefunden sind, der überlebende Ehegatte den ganzen Nachlaß bis an seinen Tod behält, doch in Ansehung der auf die solchergestalt abgefundenen Kinder fallenden zwei Drittel nur als Nießbraucher [9]). c) Stirbt hiernächst der Ueberlebende, so gelangen alle seine abgefundenen und nicht abgefundenen Kinder zur Succession, ein jedes muß jedoch conferiren und zwar die Abgefundenen ihre Abfindung und die, welche den Erstverstorbenen beerbt haben, ihr Erbtheil [10]); sind nur Abgefundene vorhanden, so wird nicht conferirt [11]). d) Findet nur eines der Eltern, zum Vortheile des zweiten Ehegatten, seine Kinder ab: so tritt eine Wirkung nur in dem Falle ein, wenn ihn der zweite Ehegatte überlebt und beerbt; andernfalls sind die Abgefundenen nicht ausgeschlossen, sondern conferiren nur ihre Abfindung, wenn sie mit unabgefundenen Geschwistern concurriren [12]). e) Stirbt der Abgefundene vor dem Abfindenden, mit Hinterlassung von Abkömmlingen: so

gegeben worden, welche höher als der aus dem künftigen Nachlasse sich thatsächlich ergebende Betrag des Pflichttheils ist, macht den Vertrag nicht giltig, weil künftige Zufälligkeiten ohne Einfluß auf die zur Errichtung eines gewissen Vertrags erforderliche Form sind. Pr. 1076, vom 29. Nov. 1841 (Entsch. des Obertrib. Bd. VII, S. 237). — Mevius, Commentar. in jus Lub. II, 2, Art. 33, No. 54—76.

6) A. L.R. a. a. O. §§. 372, 370, 377, 487.

7) A. L.R. I, 12, §. 646. Der Abgefundene ist dann der Onerirte.

8) A. L.R. II, 2, §§. 370—374. Die Bestimmung ist dem A. L.R. eigenthümlich; nach Lüb. R. wird es so genommen, als wenn der Abgefundene nicht vorhanden wäre. Mevius, II, 2, Art. 33, No. 138—141.

9) A. L.R. II, 1, §§. 642, 644, 625, 645, 646. S. unten §. 851. Ueber diesen Fall und die verschiedenen Meinungen davon: Witte a. a. O. S. 275.

10) A. L.R. II, 2, §§. 375, 376.

11) Ebend. §. 376. — A. M. ist Witte a. a. O. S. 279.

12) A. L.R. a. a. O. §§. 486, 376.

sind diese von der großelterlichen Erbschaft nicht ausgeschlossen, sie müssen aber die Abfindung ihres Parens conferiren, weil die Abfindung die voraus erhaltene Erbschaft ist, und der Enkel nicht erheben kann, soweit der Sohn selbst erbt[13]). 3) Der Abgefundene hat zu den Lasten und Schulden der Erbschaft gleich wenig beizutragen, wie ein Descendent, der wegen zu beträchtlicher Collation an der Erbschaft nicht Theil nimmt. 4) Die Anfechtung der Abfindung von Seiten eines Betheiligten ist nur aus allgemeinen Gründen zulässig, aus welchen ein lästiges Geschäft rescindirt werden kann, vorausgesetzt daß die Form beobachtet ist; denn sie ist für beide Theile ein lästiges Geschäft[14]): für den Abgefundenen, weil er dadurch die Hoffnung auf eine künftige vielleicht weit reichere Erbschaft aufgibt, und für die Abfindenden, weil sie dadurch freie Verfügung über den künftigen Erbtheil des Abgefundenen erhalten; das Geschäft ist gewissermaßen Kauf einer künftigen Erbschaft, ein gewagtes Geschäft. Deshalb kann der Abgefundene dasselbe auch dann nicht aufrufen, wenn sich in der Folge die Vermögensumstände der Eltern ungewöhnlich verbessern, so wenig wie den Eltern die Zurücknahme gestattet ist, wenn sie später verarmen. Den Gläubigern ist die Paulianische Klage (§§. 589, 590) unbenommen, und die übrigen Pflichttheilsberechtigten werden nur unter den Voraussetzungen, unter welchen ihnen der Widerruf von Schenkungen der Eltern nachgelassen ist (§. 610, I, 4), die Abfindung anfechten können. II. Ein anderes, besonders unter Leuten des Bauernstandes vorkommendes Geschäft zwischen Eltern und Kindern ist der Vertrag, wodurch Eltern ihr Vermögen schon bei Lebzeiten ihren Kindern abtreten. Gewöhnlich wird dasselbe mit der Gutsabtretung (§. 688) in der Art verbunden, daß dem einen Kinde die Stelle für einen bestimmten Preis überlassen, und dieser unter die übrigen Kinder vertheilt wird, indem der Annehmer für seinen Theil sich durch die unter dem wahren Werthe getroffene Preisbestimmung für abgefunden erklärt[15]). In dieser Form erwerben nur die zugezogenen Kinder ein gegenwärtiges Recht, hinsichtlich der auf sie vertheilten Summe; in Ansehung der Summen, welche den nichtzugezogenen Kindern angewiesen werden, bleiben die Eltern Gläubiger. Nach einer Meinung, welche die Majorität im Plenum des Obertribunals für sich erhalten hat, soll dies jedoch nicht der Fall, vielmehr sollen die Kinder berechtigt sein, die ihnen ausgesetzten Summen, selbst noch bei Lebzei-

13) Witte a. a. O. S. 278. Mevius l. c. No. 151—162.

14) Darüber und über die Meinungen nach G. R. s. besonders Witte a. a. O. S. 281 flg.

1) A. L.R. II, 2, §. 485.

ten der Eltern, einzufordern, weil das Geschäft eine divisio parentum inter liberos sei, die noch bei Lebzeiten der Eltern den nichtzugezogenen Kindern gegen den Uebernehmer ein Klagrecht gebe, so lange die Eltern die Verfügung nicht widerriefen[16]). 1) Ist der Gegenstand der Abtretung das ganze gegenwärtige und zukünftige Vermögen, mithin alles, was nach der gegenwärtigen Uebertragung noch erworben werden und den künftigen Nachlaß ausmachen möchte: so ist das Geschäft ein wahrer Erbvertrag. Wird hingegen nur das gegenwärtige Vermögen, mit oder ohne Vorbehalt, abgetreten, so hängt das künftige Schicksal des Geschäfts, besonders in dem Falle, wenn nicht alle Kinder daran Theil genommen haben, oder wenn das eine oder andere vor den Eltern stirbt und die künftigen Pflichttheilsberechtigten der letztern weitere Abkömmlinge sind, von der Vorfrage ab: ob der Vertrag eine Verfügung von Todes wegen, oder ein Geschäft unter Lebenden sei. Das Pr. R. erklärt es für ein Geschäft unter Lebenden[17]), auf welches die Grundsätze von der Abfindung, hinsichtlich der Unwiderruflichkeit und beziehlich Anfechtbarkeit, anzuwenden sein werden. 2) Dadurch ist die Frage: ob die Schulden mit übergehen, keineswegs verneint; im Gegentheil: wenn das gegenwärtige Vermögen als ein Inbegriff von Sachen und Rechten (universitas juris) behandelt und auf einen andern übertragen wird, so müssen auch die darin begriffenen Schulden übergehen[18]).

Drittes Capitel.

Von der gesetzlichen Erbfolge.

Karl Witte, das preußische Intestaterbrecht, aus dem gemeinen deutschen Rechte entwickelt. Leipzig 1838. (Sehr gut.) — Schröter, systematisches Repertorium des Allgemeinen Landrechts. Erste Lieferung: Preußisches Erbrecht. Berlin, ohne Jahreszahl.

§. 844.

Einleitung.

I. Die Intestaterbfolge (legitima hereditas, hereditas intestati

16) Plenarbeschluß vom 25. August 1846 (Just.Min.Bl. S. 208 und Entsch. Bd. XIV, S. 68). Der Widerruf steht also den Eltern frei; doch sollen die Kinder schon bei Lebzeiten klagen können. Da würde also wohl die Willkür des Kindes den Eltern das Widerrufsrecht nehmen dürfen?! Oder wenn die Eltern noch nach jener Klage widerrufen dürfen, da müßten wohl jene Kinder wieder zurückgeben, was sie sich ausgeklagt hätten?!

17) A. L.R. a. a. O. §. 656. — Vergl. Ulrich's Archiv, Jahrg. 1839, S. 348 flg. — Nach G. R. ist man darüber nicht einig. Mühlenbruch, in Glück's Comment., Bd. 38, S. 79 flg.

18) Anh. z. A. L.R. (I, 11, §. 646) §. 19. — Pr. des Obertrib. vom 9. Jan. 1837 (Ulrich a. a. O. Bd. IV, S. 501); und vom 1. Juli 1839 und 26. April 1841 (Jur. Wochenschr. 1841, Sp. 653). S. oben §. 687.

oder ab intestato) ist immer eine Universalsuccession; denn die vorkommenden Singularsuccessionen in gewisse Vermögensarten, z. E. in Fideicommisse und Lehen, sowie ehemals die in ein Colonatrecht (§. 332, a), gründen sich zuletzt auf Verträge. Sie tritt ein, wenn über die Erbschaft nicht durch Willensverordnungen verfügt ist, sei es, daß überhaupt dergleichen nicht vorhanden, oder daß die vorhandenen unkräftig sind. Die Ungiltigkeit wird praktisch mit der Erbschaftsklage (Neuere nennen sie in diesem Falle hereditatis petitio qualificata, auch querela nullitatis) gegen denjenigen, welcher auf Grund einer solchen Willenserklärung sich in der Erbschaft behaupten will (§. 874), durchgesetzt, indem der Intestaterbe, das Dasein des von jenem behaupteten Delationsgrundes wegen der hervorzuhebenden Mängel leugnend, die Erbschaft für sich verlangt. Neben dieser Universalsuccession kann jedoch eine Singularsuccession aus Willenserklärungen stattfinden. II. Der allgemeinste Grund der Intestaterbfolge ist eine Gemeinschaft. Die ordentliche Intestaterbfolge beruht auf Blutsgemeinschaft, von der außerordentlichen Folge die der Ehegatten auf Geschlechtsgemeinschaft, die des Fiscus und der Communen ihrem letzten Grunde nach auch auf Genossenschaft. Einige außerordentliche Successionen haben einen positiven Grund.

I. Ordentliche Intestatsuccession.

§. 845.

1. Grundsätze.

Das Pr. R. hat im allgemeinen die Grundsätze des neuern R. R. beibehalten, solche aber im einzelnen nach den Ansichten der Zeit gestaltet. 1. Die Intestatsuccession des alten R. R. war eine Agnatensuccession; in dem neuern ist die Cognation (Blutsverwandtschaft) die Grundlage der Erbfolge [1]). So ist es auch nach Pr. R., aber mit erheblichen Abweichungen: das Erbrecht des Justinianeischen R. beruht auf natürlicher Verwandtschaft (naturalis cognatio), ohne Unterschied zwischen ehelicher und unehelicher [2]). Zwar kommt dieser Unterschied bei der Verlassenschaft des Vaters in Betracht, aber nicht aus dem rechtlichen Grunde, weil die uneheliche Verwandtschaft eine geringere Geltung hätte; sondern weil das R. R. keinen Rechts-

1) L. 3, 7 C. communia de succession. (VI, 59).

2) L. 2, 4, 8 D. unde cognati (XXXVIII, 8); §. 4 J. de success. cognator. (III, 5); §. 7 J. de S. C. Tertull. (III, 3); §. 3 J. de S. C. Orfit. (III, 4). Nur die servilis cognatio blieb unbeachtet. L. 1, §. 2 D. unde cognati (XXXVIII, 8).

satz hatte, mit Hilfe dessen man zur rechtlichen Gewißheit der unehelichen Vaterschaft kommen konnte, also aus einem thatsächlichen Grunde. Nach Pr. R. liegt dem Erbfolgerechte theils die natürliche, theils die eheliche Cognation zu Grunde, worauf sich folgende Abweichungen gründen: 1) Zwischen einem unehelichen Kinde und dessen Vater besteht keine regelmäßige Erbfolge, obgleich nach einer Rechtsvermuthung die Vaterschaft, wie bei ehelichen Kindern, festgestellt werden kann (§. 778). 2) Zwischen einem unehelichen Kinde, so wie dessen ehelichen Abkömmlingen, und dessen Mutter findet ein vollkommenes gegenseitiges Erbrecht statt, jedoch mit einiger Zurücksetzung der unehelichen gegen eheliche Kinder [3]). Die Zurücksetzung kennt das R. R. nicht. 3) Zwischen unehelichen Kindern und den mütterlichen Verwandten gilt gar kein Erbrecht [4]); nur die unehelichen Kinder derselben Mutter, wenn sie auch nicht einen gemeinschaftlichen Vater haben, beerben einander als Halbgeschwister [4a]). Dies ist dem R. R. fremd. II. Die Adoption begründet nur Agnation, das R. R. fingirt jedoch während der Dauer des Verhältnisses auch eine Cognation, und darauf beruht es, daß das Adoptivkind in beiden Familien succedirte [5]). Die Succession war wechselseitig, ausgenommen wenn der Adoptivvater nicht Ascendent des Kindes war (adoptio minus plena), wo dem Kinde ein Successionsrecht nur nach dem Vater nicht in Beziehung auf dessen Verwandte, aber nicht umgekehrt auch dem Vater gegen das Kind, zustand [6]). Das Pr. R. fingirt zwar gleichfalls eine Cognation, läßt jedoch eine Succession nur in dem Maße eintreten, wie sie das R. R. im Falle der adoptio minus plena gestattete (§. 771).

§. 846.

2. Successionsfähigkeit.

I. Erbfolgeunfähig überhaupt sind alle Personen, welche unfähig sind, Eigenthum zu haben (§. 818, I, 1). Beziehlich auf eine bestimmte Person sind unfähig: 1) Diejenigen, welche den Erblasser zur Zeit seines Unvermögens hilflos gelassen haben, obwohl

3) A. L.R. II, 2, §§. 656 u. 657. — Pr. 2273, vom 19. Februar 1851 (Entsch. XX, 307).

4) A. L.R. a. a. O. §§. 660, 661. Daraus entstehen oft Härten, indem der Fiscus den Nachlaß der nach ihrer Mutter verstorbenen unehelichen Kinder mit Ausschließung der oft nahen und armen Verwandten nimmt.

4a) A. L.R. II, 3, §. 6. — Pr. 907, vom 3. August 1840 (Entscheid. Bd. VI, S. 189).

5) §. 3 J. de success. cognat. (III, 5); L. 1, §. 4 D. unde cognati (XXXVIII, 8).

6) L. 10, §. 1 C. de adoption. (VIII, 48).

sie zu dessen Ernährung ausdrücklich aufgefordert worden und dazu auch im Stande waren. Zur Succession gelangt dann derjenige, welcher sich des Hilfsbedürftigen dauernd angenommen hat, oder, wenn es daran fehlt, der nach jenem nächste Verwandte[7]). 2) Wer den Erblasser an der Errichtung eines Testaments verhindert hat[8]). 3) Wer den Erblasser gezwungen oder betrüglich verleitet hat, ein (darum nichtiges) Testament zu machen[9]). 4) Wer die ihm durch Testament oder Vertrag angefallene Erbschaft ausschlägt; nur der im Pflichttheil verkürzte Notherbe darf den vollständigen Pflichttheil fordern[10]), denn er hat einen andern Grund des Erbanfalls (§. 856).

II. Die dem regelmäßigen Erbfolgerechte zu Grunde liegende Blutsgemeinschaft muß aus einer *rechten* Ehe (§. 770), oder aus einer legitimirten Zeugung (§. 772) entstanden sein; andere Zeugungen begründen nur eine außerordentliche Erbfolge. Die bei der künstlichen Verwandtschaft (Adoption, Einkindschaft) fingirte natürliche Verwandtschaft gibt eine gleiche Berechtigung; und da durch Herstellung einer künstlichen Verwandtschaft die *natürliche* nicht vernichtet werden kann, so folgt, daß ein Adoptirter in beiden Familien erbfolgeberechtigt ist (§. 845, II). Die Verwandtschaft wird aber nach der Zeit des Todes des Erblassers beurtheilt. Daraus folgen diese Sätze: 1) Die Person des Erben muß dann schon erzeugt, wenn auch noch nicht geboren sein[11]). 2) Eine Person, welche schon vor dem Erblasser verstorben, kann in keinem Falle ein Erbrecht haben, mithin auch das Recht, welches sie gehabt haben würde, wenn sie den Anfall erlebt hätte, nicht auf ihre Nachkommen übertragen. Das s. g. *Repräsentationsrecht* behufs des Erbfolgerechts ist dem Pr. R. nicht bekannt[12]) und auch für dasselbe ganz entbehrlich. Uebrigens sind die Verwandten bis in den entferntesten Grad successionsfähig, wie im neuern R. R[13]).

7) A. L. R. II, 3, §§. 23—27.

8) A. L. R. I, 12, §. 605. — L. 19 D. de his qui ut indignis (XXXIV, 9). Vergl. unten §. 870.

9) A. L. R. a. a. O. §§. 24, 25, 609.

10) A. L. R. I, 9, §§. 401, 402; II, 1, §§. 490, 491; I, 12, §. 642.

11) A. L. R. I, 9, §§. 371 flg. — S. oben §. 42. — L. 6, 7, 8 pr. D. de suis (XXXVIII, 16); L. 1, §. 8 D. unde cognati (XXXVIII, 8); §. 8 J. de hereditat. (III, 1). S. unten §. 847.

12) A. L. R. II, 2, §§. 353—358; II, 3, §§. 38, 40; I, 18, §. 393. — Anm. z. Entw. eines A. G. B., Th. I, Abth. 1, Tit. 3, §. 28. — Suarez, amtl. Vortr. z. A. L. R. II, 3, §§. 35—38; in den Jahrb. Bd. XLI, S. 146. Wird in neuerer Zeit auch von den meisten röm. Rechtsgelehrten verworfen.

13) Anders nach älterem R., wonach die Cognaten nur bis zum sechsten Grade, und nur einige aus dem siebenten, zur Succession gelangten. Ulpian. XXVIII, §. 7; L. 1, §. 3; L. 9 pr. D. unde cognati (XXXVIII, 8); §. 5 J. de success. cognat. (III, 5).

3. Ordnung.

§. 847.

a) Grundsatz.

Die Verwandten sind zwar alle successionsfähig, aber nicht alle zugleich berechtigt, vielmehr findet eine gewisse Rangordnung statt, welche auf dem Grundsatze beruht, daß der Nächste, und mehrere gleich Nahe zugleich berufen sind. I. Bei der Frage: wer der Nächste sei, entscheidet in allen Fällen die Zeit des Ablebens des Erblassers. In diesem Punkte findet sich eine erhebliche Abweichung des Pr. R. von dem R. R. Dieses hat den Grundsatz: es wird auf die Zeit gesehen, wo die Erbschaft angetragen wird. Ist ein Testament vorhanden, welches später destitut wird, so wird die Erbschaft demjenigen Intestaterben deferirt, welcher zu der Zeit der Nächste ist, wo der Testamentserbe die Erbschaft ausschlägt, nach der Regel: proximus per hoc tempus requiritur, quo certum esse coeperit, nullum ex testamento haeredem extiturum [14]); ist von Anfang kein Testament da, so wird demjenigen, welcher zur Zeit des Todes des Erblassers der Nächste ist [15]), deferirt; schlägt dieser aber die Erbschaft aus, so kommt nicht derjenige an die Reihe, der nach ihm, zur Zeit des Ablebens des Erblassers, diesem am nächsten stand, sondern derjenige, welcher zu der Zeit, wo der zuerst Berufene die Erbschaft ausschlägt, dem Erblasser der Nächste im Grade ist [16]); es kommt also immer auf den Zeitpunkt an: wo die Erbschaft jedesmal deferirt wird. Der Grund davon liegt darin, daß die Erbschaft, nach R. R., durch positive Handlung erworben werden muß; und daß die rechtliche Möglichkeit zu dieser Erwerbung von einer Bedingung, nemlich der Delation, die erst mit dem Ausfall des Vorstehenden eintritt, abhängt, deren Eintritt erlebt werden muß. Das Pr. R. beruht auf einer ganz andern Ansicht: die Erbschaft ist mit dem Augenblicke des Todes des Erblassers allen seinen successionsfähigen Verwandten angefallen und beziehlich erworben, aber allen nur bedingt: dem Nächsten unter der Bedingung: wenn er will; jedem Nachfolgenden unter der Bedingung: wenn der Vorstehende nicht will oder kann [17]). Daraus erklärt sich, warum die An-

14) §§. 6, 1 J. de leg. agnat. (III, 2); L. 6, 7 D. unde cognati (XXXVIII, 8); L. 2, §§. 5, 6; L. 1, §. 1 D. de suis (XXXVIII, 16).

15) §. 6 J. de legitima agnator. (III, 2).

16) L. 1, §. 11; L. 2, §. 22 D. ad S. C. Trebell. (XXXVIII, 17); L. 6 D. unde cognati (XXXVIII, 8).

17) A. L. R. I, 9, §§. 367 – 370, 406. Eine Anwendung des Grundsatzes enthält der §. 375 das. auf den Fall, wenn die bei dem Ableben des Erblassers

nahme der Erbschaft in allen Fällen auf den Todestag zurückwirkt und daß zu keiner Zeit eine Erbschaft, nach Pr. R., eine hereditas jacens im Sinne des R. R. ist: ein Erbe und Eigenthümer der Erbschaft ist immer da, nur unbekannt kann er eine Zeit lang sein (§. 808, Note 29). II. Die Rangordnung läßt sich, wenn sie durch ein Princip geregelt werden soll, möglicherweise bloß nach der Zahl der Zeugungen, wodurch der Erbe mit dem Erblasser in Verbindung steht (Gradualfolge), oder nach der Nähe zu dem gemeinschaftlichen Stammvater oder der Linie (Lineal- oder Parentelenfolge), oder nach der Nähe der Linie und des Grades in derselben zugleich (Linealgradualfolge) bestimmen. Die Pr. Rangordnung gründet sich auf kein dergleichen Princip, sondern auf das Gefühl der Redactoren; denn diese wollten nur den präsumtiven Willen des Erblassers ergänzen, und diesen Willen vermutheten sie aus dem Grade der Liebe des Erblassers zu seinen verschiedenen Verwandten[18]). Da jedoch, je nach dem Gefühle der einzelnen, die Ansichten über die Größe der Liebe zu dem einen oder dem andern sehr verschieden sein können: so ist in der That nur nach dem Gefühle der Verfasser des A. L.R. die Rangordnung bestimmt worden[19]). Darum auch weicht sie sowohl von der durch die Nov. 118 und 127 begründeten, als von allen andern bekannten Ordnungen ab. Nach derselben fallen die Verwandten in fünf Classen, und es ist Grundsatz, daß jede vorstehende die folgende Classe ganz ausschließt und also keine Person aus einer bestimmten Classe zur Erbschaft gelangen kann, so lange noch jemand aus einer vorgehenden Classe vorhanden ist. Diese Classen sind: 1) Die Abkömmlinge ohne Rücksicht auf die Nähe des Grades; 2) Vater und Mutter; 3) vollbürtige Geschwister und deren Abkömmlinge aus eigenem Rechte; 4) halbbürtige Geschwister mit ihren Abkömmlingen in gleicher Weise, und neben ihnen alle entfernteren Ascendenten nach der Nähe des Grades; 5) alle übrigen Verwandten nach der Nähe des Grades.

§. 848.

b) Theilung unter mehrere.

Mehrere gleich nahe Erben erwerben alle die Erbschaft und

---

vorhandene Leibesfrucht todt oder nicht lebensfähig geboren wird. — And. Mein. ist Witte, Intestaterbrecht, §. 8 a. E.

18) Anmerk. z. Entw. Th. I, Abth. 1, S. 217.

19) Darauf ganz allein beruht es, daß Vater und Mutter die Geschwister ausschließen; denn man „müsse vermuthen, daß er seine Eltern mehr als seine Geschwister geliebt habe." S. 118 a. a. O.

theilen dieselbe. Die Art der Theilung ist gesetzlich bestimmt, nur bei Descendenten steht sie in der Willkür des Erblassers (§. 816, VII). Die Theilung unter mehrere gleich Nahe ist nicht immer gleich, nemlich nach Köpfen (in capita); sondern zuweilen erfolgt sie nach Linien (in lineas oder stirpes), d. i. wenn mehrere zusammen für Einen gelten und den Theil erhalten, welchen derjenige, durch welchen sie mit dem Erblasser verbunden sind, erhalten haben würde, wenn er selbst zur Erbschaft gelangt wäre. Daneben können noch Gleichberechtigte[20]) vorkommen, die einen selbständigen, oder doch nur zuweilen nach der Zahl der Erben bestimmten Theil erhalten. Die successio in stirpes kommt nur in der ersten, dritten und vierten Classe, wo Abkömmlinge[21]) Vorverstorbener ohne Rücksicht auf die Nähe des Grades zur Erbschaft mit andern gelangen, vor, und hat zur Folge, daß eine mehrfache Verwandtschaft in Betracht kommt, d. h. daß eine mehrfach verwandte Person in jeder Linie, durch die sie mit dem Erblasser in Verbindung steht, Theil nimmt, was bei der successio in capita nicht vorkommen kann.

§. 849.

c) Anwachsrecht (jus accrescendi).

I. Das Erbrecht jedes Erben bezieht sich auf das Ganze und wird nur durch das des Miterben beschränkt. Daraus folgt, daß dasselbe mit dem Wegfalle der Beschränkung von selbst erweitert wird. Dieses Anwachsrecht muß also, wo es stattfindet, den Anfall des Theils des ausfallenden gleichberechtigten Berufenen an dessen Nachkömmlinge hindern. Vorausgesetzt ist dabei natürlich, daß der Ausfall nicht erst nach der Erwerbung (Antretung) der Erbschaft eintritt; denn in diesem Falle geht die Erbschaft auf dessen Erben über (Transmission); hier wird an den Fall gedacht, wo einer von mehreren gleich nahen Erben die Erbschaft ausschlägt oder wegen Unwürdigkeit verliert[22]). Gilt nun das Accrescenzrecht, so erhalten die übrigen Erben den Theil des Ausgefallenen; gilt es nicht, so treten die Nächsten nach ihm an dessen Stelle (successio graduum). Das alte R. Civilrecht und auch das prätorische Recht hatte die Regel: in le-

20) In der vierten Classe die Ascendenten, und aus der außerordentlichen Successiön die nicht legitimen Verwandten und der Ehegatte.

21) Ascendenten succediren nie in lineas, sondern immer in capita, nemlich in den auf die aufsteigende Linie fallenden selbständigen Theil. A. L.R. II, 2, §. 498. S. die vor. Note.

22) Dieses sind nach Pr. R. die einzig möglichen Fälle des Wegfalls, weil die Erbschaft ipso jure erworben wird; nach R. R. gehörte hierher noch Versäumung der Frist und Tod vor der Antretung.

gitimis hereditatibus successio non est; deshalb trat immer das Accrescenzrecht ein[23]). Nur für den ordo unde cognati (die dritte prät. Classe) führte der Prätor die successio graduum ein, d. h. er bot dem Nächstfolgenden die bonorum possessio an, wenn der Vorgehende sie nicht agnoscirte[24]), und Justinian dehnte sie auf die Agnaten (die zweite prät. Classe) aus[25]). In wiefern nun bei der durch die Nov. 118 eingeführten neuen Ordnung die successio graduum oder das jus accrescendi, welche einander ausschließen, gilt, ist streitig[26]). Das Pr. R.[27]) erkennt überall da, wo Abkömmlinge ohne Rücksicht auf die Nähe des Grades berufen werden, die successio graduum an[28]), schließt mithin das Accrescenzrecht aus; und es ist danach der Grundsatz anzunehmen, daß die successio graduum immer mit der successio in stirpes (§. 848 a. E.) verbunden ist, mithin dabei das Accrescenzrecht nur alsdann gilt, wenn der Ausfallende keine Abkömmlinge hat; daß dasselbe hingegen bei der successio in capita, wo der Nähere den Entfernteren ausschließt, eintritt. II. Das jus accrescendi tritt nicht auf gleiche Weise für alle gleichzeitig Berufene ein, sondern nur für die conjuncti, d. h. solche, welche entweder mit dem Wegfallenden durch ein gemeinschaftliches Mittelglied mit dem Erblasser in Verbindung stehen, wie z. B. mehrere Enkel von einem Sohne[29]), oder welche einen besondern gemeinschaftlichen Successionsgrund haben, wie z. E. entferntere Ascendenten neben Halbgeschwistern[30]), oder nicht legitime Verwandte[31]). In keinem Falle kann durch das Accrescenzrecht die Portion, welche die Miterben ohne dasselbe haben würden, vermindert werden, was geschehen würde, wenn der selbständige Theil der Verbundenen (conjuncti) durch ihre Zahl bestimmt ist und man den

23) Ulpiani Fragm. XXVI, §. 5; §. 4 J. de S. C. Orphit. (III, 4); L. 9 D. de suis (XXXVIII, 16); L. 3, §. 9; L. 4, 5 D. de bonor. poss. (XXXVII, 1); L. un. C. quando non petent. (VI, 10).

24) §§. 4, 5 J. de bonor. possessione (III, 9).

25) §. 7 J. de legitima agnator. success. (III, 2).

26) Franke, über die Collision des Accrescenzrechts und der graduum successio; in den Beiträgen zur Erläuterung einzelner Rechtsmaterien, I. Abth. (Gött. 1828), S. 167 flg.

27) Korte, Entwickelung der Lehre vom jus accrescendi nach Pr. R.; in Ulrich, R. Archiv, Bd. II, S. 476 flg.

28) A. L.R. II, 2, §. 352; II, 3, §. 39. — Witte, Intestaterbrecht, S. 46.

29) L. 12 pr. D. de bonor. possess. contra tab. (XXXVII, 4); L. 1, §. 2 D. de conjungendis (XXXVII, 8); L. 5, §. 2 D. si tab. nullae (XXXVIII, 6).

30) A. L.R. II, 2, §. 498.

31) Ebend. §§. 580 flg. u. 652. Vergl. unten §. 852.

Ausgefallenen nicht mitzählen wollte[32]). Dadurch würde das Accrescenzrecht thatsächlich ausgeschlossen sein; denn dieses besteht wesentlich darin, daß die Portion, welche dem Ausfallenden angefallen war, aber von ihm verschmäht wird, den übrigen zufällt; sie muß mithin schon ideel vorhanden sein. Dazu gelangt man auch, wenn man von der Pr. Art der Erwerbung der Erbschaft ausgeht. Die Erbschaft wird allen Erben als ein ungetheiltes Ganzes, ipso jure, im Augenblicke des Ablebens des Erblassers erworben. Vier Kinder aus einer Ehe zur linken Hand also erwerben die Hälfte der väterlichen Verlassenschaft, in dem geeigneten Falle (Note 31), mit dem Tode ihres Vaters als ein solches Ganzes. Schlägt später das eine die Erbschaft aus, so kann der schon geschehene Anfall nicht wieder ungeschehen gemacht und darauf hin das Ganze auf ein Drittel der Verlassenschaft reducirt werden; das hieße ihnen ihr Eigenthum wieder nehmen, denn der Antheil des Ausgeschiedenen ist ihnen durch den Zuwachs ipso jure und invito zugefallen[33]).

§. 850.

d) Specielle Successionsordnung.

I. In die erste Classe gehören alle, welche von dem Erblasser in gerader Linie abstammen[34]). Neben ihnen kann eine außerordentliche Succession, aus einem besonderen Successionsgrunde, namentlich die des Ehegatten und auch eine testamentarische, stattfinden. Alle Abkömmlinge, ohne Unterschied des Grades, succediren zugleich und aus eigenem Rechte[35]); nur muß keine Person zwischen ihnen und dem Erblasser stehen. Der auf sie fallende Theil der Erbschaft wird, wenn bloß Kinder ersten Grades vorhanden sind, nach der Kopfzahl, wenn aber entferntere Abkömmlinge concurriren, nach den Linien (in stirpes) getheilt[36]), wenn nicht der Erblasser eine andere Theilung vorgeschrieben hat, was ihm zu thun freisteht (§. 816, VII). Wenn ein dazwischen stehender Abkömmling die Erbschaft nicht annehmen will oder kann, so kommen nur diejenigen Abkömmlinge von ihm zur Erbfolge, welche schon bei dem

32) Dieser Meinung ist Witte a. a. O. S. 48. Möchte es dem Herrn Verfasser gefallen, die Frage noch einmal zu erwägen und die hier nur angedeuteten Gründe, welche die entgegengesetzte Meinung zu rechtfertigen scheinen, zu würdigen.

33) Eine Anwendung des hier behaupteten Satzes, daß nemlich der Ausfallende mitgezählt wird, findet sich auch A. L.R. II, 2, §. 488.

34) A. L.R. II, 2, §§. 271—377.

35) Ebend. §§. 352—355. Dadurch ist der Streit über das Repräsentationsrecht für die richtige Meinung entschieden.

36) Ebend. §§. 302, 348—351.

Ableben des Erblassers, wenn auch nur als Leibesfrucht, vorhanden waren; mithin nehmen diejenigen, welche erst während der Deliberationsfrist erzeugt oder legitimirt[37]) worden sind, nicht Theil[38]). II. Die zweite Classe hat bloß zwei Personen: den Vater und die Mutter des Erblassers, zu gleichen Theilen[39]). Die ehebrecherische Mutter ist nicht ausgeschlossen[40]). Neben den Eltern können concurriren der Ehegatte, Kinder aus einer Ehe zur linken Hand zu einem Drittel oder zur Hälfte, und uneheliche Kinder zu einem Sechstel der Verlassenschaft. III. Die dritte Classe enthält die vollbürtigen Geschwister und deren Abkömmlinge aus eigenem Rechte, ohne Rücksicht auf den Grad, nach Linien[41]). Die Abweichung von dem R. R. liegt hier darin, daß im R. R. nur die Geschwisterkinder ersten Grades mit berufen, und nicht immer, sondern nur dann in stirpes theilen sollten, wenn sie nicht allein waren[42]). Neben ihnen können wieder der Ehegatte, Kinder aus einer Ehe zur linken Hand und uneheliche Kinder concurriren. IV. In der vierten Classe stehen nebeneinander alle entfernteren Ascendenten nach der Nähe des Grades, mehrere gleich Nahe in capita, auf die Hälfte der Verlassenschaft, und halbbürtige Geschwister und deren Abkömmlinge ohne Rücksicht auf den Grad, auf die andere Hälfte in stirpes[43]). Welcher von beiden Eltern den Halbgeschwistern gemeinschaftlich ist, kommt nicht in Betracht, auch ist es gleichgiltig: von welcher Seite das Vermögen des Erblassers herkommt[44]). V. Die fünfte Classe

---

37) Ebend. §§. 597—599. Auch durch Aufgebot der Eltern erfolgt die Legitimation, wenn gleich die Trauung nachher unterblieben ist. Pr. 419, vom 30. Januar 1838.

38) S. oben §. 747 und §. 846, Note 11. — And. Mein. ist Witte a. a. O. S. 53.

39) A. L.R. II, 2, §§. 489—491.

40) Nach älterem Rechte stand in dieser Classe auch noch der ursprünglich uneheliche Vater, dessen Kind durch richterliches Erkenntnis legitimirt worden war. A. M. ist Witte a. a. O. S. 57. Allein das richterliche Urtel fingirte die wirkliche Vollziehung der Ehe nur deshalb, um die nach manchen Rechten noch übliche Zwangstrauung unnöthig zu machen. Diese Fiction mußte deshalb alle die rechtlichen Folgen haben, welche eine wirkliche Zwangstrauung gehabt haben würde, wenn darauf wieder die Scheidung erfolgt gewesen wäre. Der letztere Umstand hatte nur Einfluß auf die Rechtsverhältnisse zwischen den Ehegatten; aber der Status der Abkömmlinge aus dieser Ehe, der durch die Zwangstrauung oder durch die Fiction einmal hergestellt worden war, wurde durch die Scheidung der Eheleute nicht wieder vernichtet.

41) A. L.R. II, 3, §§. 35—40.

42) War nach der Nov. 118 streitig und wurde durch den Reichsabsch. von 1529, §. 39 entschieden.

43) A. L.R. II, 2, §§. 493—498; II, 3, §§. 41—45.

44) A. L.R. II, 3, §§. 43, 44; II, 2, §. 499. Darauf wird nach vielen Statutarrechten gesehen, namentlich auch nach dem Wenzeslaus'schen Kirchenrechte, welches jedoch seit 1846 aufgehoben ist. (G.S. 1845, S. 471).

umfaßt alle übrigen Verwandten ohne Rücksicht auf volle oder halbe Geburt. Sie succediren nach der Nähe des Grades, mehrere gleich Nahe immer in capita[45]). Mit den nahen Verwandten (bis zu und mit dem sechsten Grade) concurriren als Erben in certam partem der Ehegatte, und Kinder aus einer Ehe zur linken Hand; die entfernteren Verwandten werden von beiden ausgeschlossen[46]); uneheliche Kinder concurriren selbst mit den Entferntesten immer nur auf ein Sechstel.

II. Außerordentliche Succession.

§. 351.

1. Succession der Ehegatten.

Den Ehegatten ist ein wechselseitiges wahres Erbrecht beigelegt, welches sich auf die innige Gemeinschaft der Lebensverhältnisse gründet[1]). I. Der Umfang ist je nach den unter ihnen bestandenen Güterverhältnissen und nach den Verwandten, mit welchen sie concurriren, verschieden. 1) Wenn keine Gütergemeinschaft unter den Eheleuten bestanden hat, so erhält der Ueberlebende: a) als Erbtheil, aa) wenn er mit Abkömmlingen concurrirt, Kindestheil, doch nie über ein Viertel des Ganzen; bb) wenn Ascendenten, Geschwister oder deren Kinder ersten Grades vorhanden sind, ein Drittel; cc) wenn andere, nicht über den sechsten Grad entfernte, Verwandte erben, die Hälfte; und dd) wenn nur entferntere Verwandte vorhanden sind, das Ganze[2]); b) als Voraus, wenn die Miterben nicht Descendenten des Erblassers sind, alles im gewöhnlichen Gebrauche gewesene Bett- und Tischzeug, und die Meubeln und den Hausrath[3]), sofern dieselben nicht Zubehör eines Grundstücks oder einer Gerechtigkeit sind. Dieser Voraus ist eine Singularsuccession und wird deshalb hinsichtlich des Beitrags zu den Nachlaßschulden

---

45) A. L.R. II, 3, §§. 46, 48, 49, 51.

46) A. L.R. II, 1, §§. 622, 627; II, 2, §. 584.

1) A. L.R. II, 1, §§. 623 flg. — Anm. z. Entw. des G.B., Th. I, Abth. 1, S. 90.

2) A. L.R. a. a. O. §§. 621—627.

3) An diesen Gegenständen ist der Zusammenhang des Voraus mit dem altdeutschen Güterrechte der Eheleute zu erkennen; sie sind die alten Gerade als Ersatz der eingebrachten Aussteuer. Damit sind die röm. Erbrechte der Ehegatten ex edicto unde vir et uxor und aus der Nov. 117 ganz allgemein verbunden. Auch die Bestimmung, daß der Ehegatte die über den sechsten Grad entfernten Verwandten ausschließt, erinnert an die Berufung ex edicto unde vir et uxor, welche eintrat, wenn beide Cognaten innerhalb des sechsten Grades (mit zwei Ausnahmen aus dem siebenten) vorhanden waren.

wie ein Legat behandelt[4]). 2) Wenn Gütergemeinschaft gegolten hat, so erhält der Ueberlebende, im Falle er mit unabgefundenen Kindern (§. 843) concurrirt, als Voraus die zu seinem eigenen persönlichen Gebrauche bestimmten Kleidungsstücke, Betten und Leibwäsche, wogegen die Kinder des Erblassers die zu dessen persönlichem Gebrauche bestimmt gewesenen gleichartigen Sachen vorwegnehmen, und von dem übrigen die Hälfte als sein Eigenthum; sonst nichts; concurrirt er aber mit unabgefundenen Kindern, so erbt er gerade so wie außer dem Falle der Gütergemeinschaft, und von dem Erbtheile der Verwandten hat er noch den lebenslänglichen Nießbrauch[5]). Concurriren abgefundene (§. 843) und unabgefundene Kinder mit dem Ehegatten, so erhält er von dem auf die erstern fallenden Theile seine verhältnismäßige Erbportion und von dem übrigen den Nießbrauch[6]). Der Nießbrauch fällt jedoch, in Ansehung der Mobilien, welche der überlebende Ehegatte vermöge seines Wahlrechts zur Naturaltheilung bringt, in jedem Falle weg[7]). Der überlebende Ehegatte ist in Ansehung des ihm zufallenden Theils des Ganzen wahrer Erbe und hat daher alle Rechte und Pflichten eines solchen, auch in Ansehung der Erbschaftsgläubiger. Auch das Anwachsrecht kann ihm mit giltigem Grunde nicht abgesprochen werden, so wenig in den Fällen, wo er einen Kopftheil erhält, als in solchen, wo durch den Ausfall der ursprünglich Gerufenen eine andere Classe zur Erbschaft gelangt: hier kann eine Vergrößerung der certa pars von einem Viertel auf ein Drittel oder die Hälfte, je nach dem Grade der Verwandtschaft, womit der Ehegatte concurrirt, ja selbst die Ausschließung aller noch vorhandenen Verwandten, nemlich wenn die Verwandten des sechsten Grades ausfallen und noch Entferntere da sind, die Folge des Anwachsrechts sein[8]). II. Die Bedingungen des Erbrechts sind: eine giltige und rechte Ehe, und Fortdauer derselben bis zum Tode[9]). Die beständige Schei-

4) A. L.R. II, 1, §§. 628—630.

5) Ebend. §§. 637—647. Vergl. in Beziehung auf die Paderborn'sche Gütergemeinschaft die Pr. 1287, vom 10. April 1843; 1543, vom 7. Februar 1845; 1556, vom 14. März 1845; in Beziehung auf die Münster'sche die Pr. 947, vom 16. Novbr. 1840, und 1497, vom 18. Octbr. 1844.

6) A. L.R. a. a. O. §§. 644—646. Die Vorschriften §§. 645, 646 kommen da nicht zur Anwendung, wo das Wenzeslaus'sche Kirchenrecht gilt. Pr. 724, vom 7. Septbr. 1839. Durch Aufhebung dieses Rechts (§. 850, Note 44) hat dieses Pr. seinen praktischen Werth verloren.

7) A. L.R. a. a. O. §§. 650—652. Sonst möchte davon nichts übrig bleiben.

8) Witte, Intestaterbrecht, S. 88.

9) A. L.R. II, 1, §. 903. — L. un. pr. §. 1 D. unde vir et uxor (XXXVIII, 11).

dung katholischer Eheleute von Tisch und Bette hat dieselben bürgerlichen Wirkungen wie eine Trennung des Ehebandes[10]). Die Scheidungsklage geht, zum Zwecke der Ausschließung des hinterbliebenen Ehegatten von der Erbschaft, in der Regel nicht activ auf die Erben über. Die Ausnahmen sind: 1) Wenn der Hinterbliebene den Tod des Verstorbenen verursacht hat; 2) wenn der Verstorbene von dem Ueberlebenden auf Scheidung zu klagen verhindert worden ist; 3) wenn die Klage bereits angebracht und die Sühne fruchtlos versucht war[11]). III. Haben die Eheleute während der Ehe ihren Wohnsitz verändert und sind die Erbfolgegesetze in Beziehung auf Eheleute an dem ersten und an dem letzten Wohnorte verschieden, so hat der Ueberlebende die Wahl, nach welchen Rechten er erben will[12]).

2. Succession der nicht legitimen Verwandten.

§. 852.

a) Erbrecht der Kinder aus einer Ehe zur linken Hand.

I. Zwischen den Kindern aus einer Ehe zur linken Hand und ihrer Mutter und deren Verwandten wird ein ganz gleiches Verhältnis und wechselseitiges Erbrecht anerkannt wie unter Verwandten aus rechter Ehe[1]). II. In den Nachlaß des Vaters folgen die Abkömmlinge aus einer Ehe zur linken Hand nur, wenn keine

---

10) A. L.R. II, 1, §. 734. Kann gesetzmäßig nicht mehr vorkommen, wenn nicht die alte Gerichtsverfassung wieder zurückgebracht wird, was freilich nicht unmöglich scheint und sogar in Aussicht steht. Hat doch der Justizminister Simons kürzlich (Juli 1851) die Gerichtsbarkeit der katholischen Diöcesanbehörden in Ehesachen, soweit es sich von der Nichtigkeitserklärung einer Ehe, oder von der Trennung vom Tisch und Bette in kirchlicher Beziehung handelt, anerkannt, und ihnen ein Executionsrecht wegen der Kosten in solchen Sachen (durch Requisition der Gerichte) vindiciren wollen. M. vergl. jedoch oben die Anm. 3 zu §. 763a.

11) A. L.R. a. a. O. §§. 827—831. Des fehlenden Sühneversuchs ungeachtet kann der Ehescheidungsproceß von den Erben des verstorbenen Ehegatten fortgesetzt werden, wenn nur der ernstliche Wille desselben, die Ehe nicht fortsetzen zu wollen, constirt. — Die Revision wird auch dann gegen zwei gleichlautende Erkenntnisse zugelassen, wenngleich nur die Frage: ob und wer für den schuldigen Theil zu erachten, streitig ist. Pr. 87, vom 27. April 1835. — Die Vorschrift des §. 830 begreift auch den Fall: wenn auf Trennung der Ehe erkannt, der eine Ehegatte für den schuldigen Theil erklärt und in die gesetzliche Scheidungsstrafe verurtheilt, die Publication (Insinuation) des Urtels aber auf ein Jahr ausgesetzt worden, hinterher jedoch noch vor Publication des Urtels der unschuldige Ehegatte verstorben ist. Pr. 2085, vom 18. December 1848.

12) A. L.R. a. a. O. §§. 495, 496. Die Wahl findet nicht statt, sondern ist ausgeschlossen, wenn nach den Gesetzen des ersten Wohnorts die eheliche Gütergemeinschaft zwischen den Eheleuten eingeführt ist. Pr. 120, vom 29. August 1836. — Der §. 496 gilt nicht für suspendirt. Pr. 1347, vom 9. Octbr. 1843.

1) A. L.R. II, 2, §§. 586—589.

Abkömmlinge aus einer rechten Ehe vorhanden sind. Dann concurriren sie mit der rechtmäßigen Witwe und mit den Verwandten bis zum sechsten Grade einschließlich, die Entfernteren schließen sie ganz aus. Sie erhalten, außer den noch erforderlichen Ausstattungs- und Erziehungskosten[2]), ein Drittel, wenn ihrer nur drei sind; und die Hälfte, wenn die Zahl größer ist, und zwar erst von dem nach Abzug der Portion für die Witwe übrig bleibenden Theile der Erbschaft[3]). Wenn auch die weitern Abkömmlinge wieder aus einer Ehe zur linken Hand sind, so steht ihnen dennoch dieses Erbrecht zu[4]). Concurriren sie bloß mit der Witwe, so erhält diese nur ihre Portion.

§. 853.

b) Erbrecht unehelicher Kinder.

I. *Uneheliche Kinder ohne Unterschied beerben die Mutter und diese jene wie eheliche*[5]), *mit folgenden Ausnahmen:* 1) in die Gerade folgen sie erst, wenn keine ehelichen Abkömmlinge vorhanden sind[6]); 2) wenn die Mutter eheliche Kinder hat, so werden sie durch diese von demjenigen Vermögenstheil ausgeschlossen, der von dem Vater derselben auf sie vererbt worden ist[7]). Zwischen den ehelichen Abkömmlingen unehelicher Kinder und der unehelichen Großmutter gilt ein gleiches[8]). II. Gegen die mütterlichen Verwandten haben sie kein Erbrecht, ihre unehelichen Geschwister von der Mutterseite und deren eheliche Abkömmlinge ausgenommen, wenn auch diese Geschwister verschiedene Väter haben[9]). Durch die Legitimation des einen oder des andern kann das einmal zwischen ihnen gegründete Verwandtschaftsverhältnis mit seinen rechtlichen Folgen

---

2) Ebend. §§. 570—574. Diese werden gewissermaßen als eine Schuld behandelt.

3) Ebend. §§. 580—584.

4) Witte meint, nach unserer Legislation (A. L.R. II, 1, §. 837, vergl. mit II, 2, §. 558) könne von fernern Descendenten zur linken Hand nicht Rede sein. Mir scheint solches gleichwohl in zwei Fällen möglich: wenn eine Tochter z. l. H. wieder morganatisch heirathet, und wenn der Sohn aus der Ehe zur linken Hand eines Souveräns oder eines Prinzen, wie immer zu geschehen pflegt, einen hohen Stand erhält und dadurch zur Eingehung einer solchen Ehe befähigt wird. Ueberdies ist ja die Bedingung einer solchen Ehe keine Rechtssache, sondern eine reine Gnadensache.

5) A. L.R. a. a. O. §. 656; Anh. §. 99.

6) Ebend. §§. 511, 512. Den Begriff der Gerade s. oben §. 89 a. E.

7) A. L.R. a. a. O. §. 657.

8) Ebend. §§. 660, 661. Widerspricht dem G. R. Vergl. Pr. 176, vom 28. Februar 1837.

9) A. L.R. II, 3, §. 6. — Entsch. des Obertrib. Bd. VI, S. 189 flg. Note 4a zu §. 845.

nicht wieder zerrissen werden. III. Auf den Nachlaß des Vaters (§. 778, Nr. V) haben uneheliche Kinder und deren eheliche Abkömmlinge, wenn nicht Nachkommen des Vaters aus einer rechten Ehe oder aus einer Ehe zur linken Hand vorhanden sind, ein Erbrecht zu einem Sechstel des nach Abzug der Portion der hinterbliebenen Witwe verbleibenden Restes. Diese certa pars bleibt unverändert, die Miterben mögen sein wer sie wollen, selbst wenn der Fiscus, in Ermangelung einer Witwe und von Verwandten, eintritt. Mehrere uneheliche Kinder, wenn auch von verschiedenen Müttern, theilen dieses Sechstel nach der Kopfzahl, oder wenn entferntere eheliche Abkömmlinge von ihnen vorhanden sind, nach Linien[10]). Die noch unerzogenen unehelichen Kinder können statt dieses Erbtheils, nach ihrer Wahl, das zur Vollendung ihrer Erziehung noch Fehlende aus dem Nachlasse fordern. Diese Forderung war nach älterem Rechte nicht etwa die auf die Erben übergegangene Alimentationsverbindlichkeit des Vaters, welche vielmehr mit dessen Tode erlosch[11]), sondern eine Singularsuccession von Todes wegen, die in jedem Falle dem unehelichen Kinde zustand, mochte der Vater mit oder ohne Hinterlassung ehelicher Nachkommen, und mit oder ohne Testament verstorben sein. Die neuere Gesetzgebung erklärt jedoch die Alimentationsansprüche des Kindes schlechthin für vererblich[11a]). Doch kann das Kind, wenn es auch unter dem Erbestitel in eine Quote gerufen wird, nicht beides zugleich, sondern nur alternative das eine oder das andere verlangen[12]). Diese singuläre Zuwendung, welche den noch unerzogenen Kindern, nach Art eines Pflichttheils, in jedem Falle gebührt, ist nach ihrem Belaufe nicht immer gleich. Maßgebend ist zunächst das Bedürfnis, wonach der Richter die Summe bestimmt. Sind eheliche Kinder vorhanden, so darf der Aussatz nur aus den jährlichen Einkünften entnommen werden und deren Betrag nicht übersteigen; sind andere Erben, so kann das Fehlende aus der Substanz gefordert werden. Sind auch noch

10) A. L.R. II, 2, §§. 652, 581—583; Gesetz vom 24. April 1854, §§. 12—14 (G.S. S. 193). Dieses Sechstel erinnert an den sextans aus der Nov. 89, c. 12, §. 4.

11) S. oben §. 596. Davon ganz verschieden in ihrer rechtlichen Natur war die Verbindlichkeit eines „Zuhalters" zur Alimentation eines Kindes, dessen Vater wegen der Mehrzahl der Beischläfer nicht auszumitteln war. S. oben §. 595. Diese Verbindlichkeit war eine gewöhnliche Entschädigungsschuld, welche sich vererbte.

11a) (3. A.) Ges. vom 24. April 1854, §. 19. Dazu m. Anm. 33 im A. L.R. II, 1.

12) Anh. z. A. L.R. (II, 1, §. 652) §. 97. Entsch. der Ges.Commiss. vom 14. März 1794. (Stengel, I, S. 365; Rabe, II, S. 611).

eheliche Kinder unerzogen, und reichen die Nutzungen der Erbschaft nicht zur Erziehung aller aus, so werden die Einkünfte auf sämtliche unerzogene Kinder dergestalt vertheilt, daß jedes eheliche Kind noch einmal soviel erhält, als ein uneheliches[13]). In einer andern Art kann von einem Vorzuge der ehelichen Kinder vor unehelichen überhaupt nicht Rede sein; sind keine Einkünfte vorhanden, oder verzehren die ehelichen Kinder die Substanz, so haben die unehelichen nichts mehr zu fordern, denn die Alimentenschuld ihres Vaters ist, als solche, mit dessen Tode erloschen, mag sie auch bei dessen Leben durch Richterspruch festgestellt gewesen sein; und für ihre Singularsuccession von Todes wegen fehlt der Gegenstand. Rückständige Alimente gehören gar nicht hierher: diese hat in der Regel nicht das Kind, sondern nur derjenige zu fordern, welcher das Kind verpflegt hat. Daß erzogene uneheliche Kinder ein Erbrecht haben, ist mit zureichendem Grunde nicht zu bestreiten[14]). Concurriren sie mit unerzogenen Geschwistern, welche die Erziehungskosten wählen, so erhalten sie von dem gemeinschaftlichen Sechstel ihren Kopftheil.

§. 854.

3. Erbrecht der Pfleger.

Wegen Reichung des Unterhalts aus Wohlthätigkeit haben ein Erbrecht in den Nachlaß des Pfleglings: I. Pflegeeltern, an Stelle derjenigen Verwandten, die sich des verlassenen Kindes anzunehmen wissentlich und vorsätzlich, und ohne selbst Mangel zu leiden, geweigert haben[15]). II. Privatpersonen, welche den Erblasser, der von seinen vermögenden Verwandten, der ausdrücklich, gleichviel von wem, geschehenen Aufforderung zur Ernährung ungeachtet, hilflos gelassen worden, vollständig ernährt haben, ebenfalls an Stelle solcher Verwandten[16]). III. Oeffentliche Armenanstalten[17]) unter folgenden Voraussetzungen: 1) Dem Aufzunehmenden,

13) A. L.R. a. a. O. §§. 647—652. Hat der Erbe des Vaters die Erbschaft ohne Vorbehalt angetreten, so findet diese Vertheilung keine Anwendung, vielmehr sind die Verpflichtungen des Erben nach den allgemeinen Grundsätzen über die Haftung eines solchen Erben für die Erbschaftsschulden zu beurtheilen. Pr. 825, vom 24. Februar 1840.

14) Wegen §. 97 des Anh. wird es bezweifelt.

15) A. L.R. II, 2, §. 762. S. oben §. 779.

16) A. L.R. II, 3, §§. 23—29. Vergl. Nov. 115, c. 3, §. 12, wo das gleiche in Beziehung auf Wahnsinnige verordnet ist. Der Grundsatz ist durch das A. L.R. auf alle Hilfsbedürftigen ausgedehnt.

17) Aelteres Recht: Edict vom 8. Mai 1735 (Rabe, XIII, S. 81). Vergl. R. vom 2. Juli 1801 (Stengel, XIII, S. 316 flg.). Ueber R. R.: Dirksen, civil. Abh., II, S. 99.

oder, wenn er selbst überhaupt oder doch bezüglich auf sein Vermögen nicht verfügungsfähig ist, dessen Pflegern oder nächsten Verwandten, muß das der Anstalt zustehende Erbrecht zu Protokoll bekannt gemacht werden[18]). 2) Auf diese Bekanntmachung muß sich niemand unter den Verwandten zu einer gleich guten Verpflegung des Aufzunehmenden erbieten, es müßte denn dieser, wenn er willensfähig ist, die Anstalt vorziehen[19]). 3) Die Verpflegung muß unentgeltlich und vollständig sein und bis an den Tod des Pfleglings gedauert haben[20]); häusliche Dienstleistungen und Arbeiten für den Hausgebrauch, wozu jeder Häusling nach seinen Fähigkeiten und Kräften verpflichtet ist, werden nicht als Vergeltung angesehen[21]). 4) Die Aufnahme muß auch nicht gegen ein verhältnismäßiges Einkaufsgeld geschehen; die Erlegung eines geringen, mit der Verpflegung nicht in Verhältnis stehenden, Eintrittsgeldes schließt das Erbrecht nicht aus[22]). — Das Erbrecht ist eine wirkliche Universalsuccession, und es concurriren nur die ehelichen Abkömmlinge und die Ehefrau mit ihrem Pflichttheil oder vertragsmäßigen Erbtheil, wenn nicht diese Personen durch ungerechtfertigte Versagung des Unterhalts ihr Erbrecht verloren haben[23]). IV. Eine Singularsuccession steht einer Waisenanstalt, wenn die Voraussetzungen des Erbrechts fehlen, noch zu auf dasjenige Vermögen, welches eine zur Erziehung aufgenommene Waise in das Haus gebracht hat oder ihr vor dem Austritte aus demselben angefallen ist, im Falle das entlassene Kind noch in der Minderjährigkeit, und, wenn es eine Frauensperson, auch unverheirathet stirbt[24]). Ist der Anstalt in einem besondern Falle das Erbrecht nicht erworben, so kann sie die Verpflegungskosten aus der Verlassenschaft des Pfleglings erstattet verlangen[25]).

18) A. L.R. II, 19, §§. 60, 61, 65. Ist hinsichtlich der auswärts wohnenden Verwandten unausführbar.

19) Ebend. §§. 62—64.

20) Ebend. §§. 50, 55, 67. Ein Hospital, welchem durch den Tod des Beneficiaten das Erbrecht auf dessen Nachlaß angefallen ist, kann nicht, unter Entsagung dieses Erbrechts, die für den Beneficiaten während seines Lebens gemachten Verwendungen als eine Schuld aus dessen Nachlaß zurückfordern. Pr. 1638, vom 1. November 1845. Eine Anomalie. Denn die Verpflegung versteht sich unter dem Vorbehalt der Erstattung im Falle der Vermöglichkeit; das Erbrecht ist das Majus. Vergl. A. L.R. a. a. O. §§. 55, 67, 68.

21) Ebend. §§. 73, 87, 88.

22) Ebend. §§. 69, 70, 72. Die factische Frage der Verhältnismäßigkeit ist zunächst nach den Statuten aus der Bestimmung des Eintrittsgeldes zu entscheiden.

23) Ebend. §§. 50—54.

24) Ebend. §§. 55—58. Auch kinderlos muß die Frauensperson gestorben sein.

25) Ebend. §§. 65, 66. Das gilt für alle Verpflegungsanstalten.

§. 855.

4. Erbrecht des Fiscus.

A. L.R. II, 16, §§. 16—29. — Blume, über das Recht des Fiscus an erbloſen und confiscirten Gütern, im Rheiniſchen Muſeum, Bd. IV, S. 212 flg. — v. Schröter, zu der Lehre von den bona vacantia; in Linde's ꝛc. Zeitſchrift für Civilrecht und Proceß, Bd. X (Gießen 1836), S. 89 flg. — Schmidt, de successione fisci in bona vacantia ex jure Romano. Jenae 1836. Zu beiden die Recenſion in Richter's krit. Jahrbüchern für deutſche Rechtswiſſenſchaft, Bd. I, S. 309 flg. — Maier, Abhandlung von der Succeſſion des Fiscus. Ulm 1786.

I. Das Recht auf erbloſe Güter ſtammt nicht aus dem R. R. her; ſchon vor Einführung des R. R. fielen ſolche Güter an die Gerichtsobrigkeit, indem der Richter die Erbſchaften, wozu ſich kein Erbe einfand, in ſeine Gewahrſam nahm, was auch nach heutigem Rechte geſchieht[1]), und, wenn ſich binnen 30 Jahren und Jahr und Tag niemand meldete, behielt[2]). Wo der König die Gerichtsbarkeit hatte, übte ſein Graf dieſes Recht aus, der dafür einen Theil von ſolchen Gütern erhielt. Dieſes gräfliche Recht iſt ſpäter an die Landesherren übergegangen. Hierzu kam das R. R., welches die bona vacantia, wie man das Vermögen eines Verſtorbenen, deſſen Erbe niemand ſein wollte, nannte, anfänglich den Aerarium[3]), ſpäter dem Fiscus zuwies[4]). Doch hat daſſelbe das deutſche Recht nicht vollſtändig verdrängen können, vielmehr haben ſich viele Städte — einzelnen Gerichtsherren mag es wohl nicht geglückt ſein — in ihrem Rechte bis auf die Jetztzeit erhalten[5]).

II. Das A. L.R. hat die röm. Grundſätze angenommen. Der Fiscus hat in Ermangelung von Verwandten und eines Ehegatten ein ausſchließliches Recht auf die Erbſchaft eines Verſtorbenen, inſoweit dieſer einen Teſtamentserben nicht eingeſetzt hat[6]) oder der Berufene die Erbſchaft ausſchlägt; doch ſind uneheliche Kinder eines männlichen Erblaſſers Miterben auf ein Sechſtel[7]). Das Recht des

1) A. L.R. I, 9, §. 460. Das Einſchreiten des Richters beruht alſo auf deutſcher Rechtsanſchauung.

2) Sachſ. Landr. Bd. I, Artt. 28, 29.

3) Ulpian., XXVIII, §. 7; Gajus, II, §. 150; L. 96, §. 1 D. de leg. I (XXX, 1).

4) Tit. C. de bonis vacantibus (X, 10).

5) Schleſ. Archiv, Bd. II, S. 110 flg. — Jur. Wochenſchr. 1840, S. 269. Der §. 20 d. T. geht von der röm. Vorausſetzung aus.

6) A. L.R. I, 12, §. 285.

7) A. L.R. II, 2, §. 652. Alſo auch den unehelichen Blutsverwandten geht der Fiscus vor.

Fiscus ist ein wirkliches Erbrecht [8]); daher hat der Fiscus alle Rechte und Pflichten eines Erben, und muß folglich die Nachlaßschulden und die Legate bezahlen [9]), er kann auch die Rechtswohlthat des Inventariums durch Versäumung seiner Beamten verlieren [10]). Meldet sich innerhalb der ordentlichen Verjährungszeit ein erbfähiger Verwandter, so erhält er die Erbschaft in ihrem dermaligen Zustande, nemlich soviel davon noch vorhanden, zurück [11]). Nimmt ein Fremder eine vacante Erbschaft in Besitz, so wird die hereditatis petitio des Fiscus erst durch die vollendete Ersitzung fiscalischer Rechte (§. 161) ausgeschlossen [12]). Der röm. Satz, daß der socius liberalitatis principis den Fiscus von der gemeinschaftlichen Sache ausschließt, wenn der eine Theilhaber ohne Erben stirbt, ist beibehalten [13]). Sind die zu einer vacanten Erbschaft gehörigen Gegenstände an verschiedenen Orten, wo verschiedene Behörden das Recht auf erblose Verlassenschaften haben: so sollte folgerecht dem am Wohnorte des Erblassers berechtigten Fiscus die Erbschaft als ein Ganzes anfallen; es soll jedoch jedem Berechtigten das zur Zeit des Todes in seinem Bezirke befindliche bewegliche und unbewegliche Vermögen gebühren und die ausstehenden Forderungen soll der am Wohnorte Berechtigte erhalten [14]), was als eine Singularität anzusehen ist. In diesem Falle werden die verschiedenen Berechtigten die auf den einzelnen Sachen haftenden oder darauf angewiesenen Lasten, ein jeder von seinen Sachen, tragen, und hinsichtlich der übrigen Erbschaftsschulden und Legate als Miterben, nach Verhältnis des Werthes der jedem gebührenden Gegenstände, aufkommen müssen.

---

8) A. L.R. II, 16, §§. 16, 20. — Entsch. des Obertrib. Bd. VII, S. 155. Nach G. R. streitet man darüber. Blume, über das Recht des Fiscus an erblosen Gütern, im Rhein. Mus., Bd. IV, S. 212.

9) A. L.R. a. a. O. §§. 25, 26. — L. 96, §. 1; L. 114, §. 2 D. de leg. I (XXX, 1).

10) A. L.R. II, 14, §§. 76 u. 77, verb. mit I, 9, §. 432. Die vierjährige Restitution steht ihm aus §. 177, I, 14 nicht zu. S. oben S. 245 Note 7.

11) A. L.R. II, 16, §. 27; II, 18, §§. 847 flg.

12) A. L.R. II, 16, §. 21. Dadurch ist die vierjährige Verjährung der L. 1, §. 2 D. de jure fisci (XLIX, 14); L. 6, §. 7 D. si quis omissa (XXIX, 4); L. 10, §. 1 D. de diversis tempor. (XLIV, 3) und L. 1 C. de quadriennii (VII, 37) beseitigt worden.

13) A. L.R. a. a. O. §. 23. — L. un. C. de liberalit. imperialis (X, 14).

14) A. L.R. a. a. O. §§. 28, 29. Die Satzung ist aus der, nach dem Principe des A. L.R. §§. 20 u. 25 verworfenen, Ansicht, daß die Besitznahme erbloser Güter nur mittelst eines Occupationsrechts geschehe, herüber genommen. Sie paßt nicht zum Erbrecht. Vergl. Blume, im Rhein. Museum, Bd. IV, S. 213.

Viertes Capitel.

Von den Pflichttheilsberechtigten.

A. L.R. II, 2, §§. 391—480, 501—518; II, 1, §§. 631—633. — Gärtner, das Notherbenrecht in seiner Bedeutung und nach seinen Folgen im Allgemeinen Landrechte; in Simon's Zeitschrift, Bd. II, S. 392 flg. — J. C. Bluntschli, Entwickelung der Erbfolge gegen den letzten Willen, nach Röm. Rechte, mit besonderer Rücksicht auf die Novelle 115. Umarbeitung einer von der Berliner Juristenfacultät gekrönten Preisschrift. Bonn 1829. — Franke, das Recht der Notherben und Pflichttheilsberechtigten. Eine civilistische Abhandlung. Göttingen 1831. — Mühlenbruch, Fortsetzung von Glück's Commentar, Th. 35 u. 36.

§. 856.

I. Das Allgemeine.

Die Willkür eines Testators ist durch allgemeine gesetzliche Bestimmungen in der Art beschränkt, daß gewisse Personen nicht ausgeschlossen werden dürfen und, wenn es geschehen, selbst wider dessen Willen, von Gesetzes wegen, zur Erbfolge berufen werden. Diese Personen nennt man Notherben (heredes necessarii) oder Pflichttheilsberechtigte. Durch die verworrene Lehre des R. R. von den Pflichttheilsberechtigten ziehen sich zwei klare Grundprincipien: billige Rücksicht auf nahe Verwandte, und Ungiltigkeit des letzten Willens wegen Uebergehung derselben so wie wegen muthmaßlichen Irrthums in Beziehung auf das Dasein eines Kindes*). Diese leitenden Grundsätze sind in dem A. L.R. sorgfältig beibehalten und angewendet; und dabei ist auf eine folgerechte Weise die Lehre neu gestaltet und vereinfacht, wie nicht minder folgerecht der Grundsatz: daß es gleichgiltig, ob dem Berechtigten unter dem Titel eines Erben oder eines Legatars das Seine zugewendet worden[1]), angenommen. In Folge des ersten Grundsatzes werden als nothwendige Erben berufen nur die Descendenten, die Ascendenten und der Ehegatte. Diesen Personen muß, wie nach R. R., ihre Portion entweder hinterlassen sein, gleichviel in welcher Form oder unter welchem Titel, oder auf gehörige Weise entzogen sein. Das letztere,

*) Doch wird das zweite Princip nicht einstimmig anerkannt. S. Mühlenbruch, Fortsetzung von Glück's Commentar, Bd. 35, S. 380.

1) A. L.R. II, 2, §§. 393—398. Ganz anders nach der Novelle 115, Cap. 3 u. 4; nach welcher noch in der Mark Brandenburg Notherben immer ausdrücklich zu Erben berufen werden müssen, widrigenfalls das Testament in Beziehung auf die Erbeseinsetzung ungiltig ist und der nicht gehörig eingesetzte Notherbe sich nicht mit einer Ergänzung des Pflichttheils zu begnügen braucht. Pr. 1656, vom 4. Decbr. 1845 (Entsch. XII, 419).

die Enterbung, kann nur in einem förmlichen Teſtamente geſchehen und nicht anders wieder aufgehoben werden als durch Aufhebung des ganzen Teſtaments, oder durch beſondere, hierauf gerichtete Erklärung, welche die Form einer divisio parentum inter liberos haben kann; bloße Verſöhnung iſt nicht hinreichend[2]). Das Recht eines vierten Pflichttheilsberechtigten, nemlich der Armenhäuſer, beruhet auf einem andern Grunde. An das andere Princip ſchließen ſich die Regeln von der Uebergehung (praeteritio).

II. Pflichttheilsberechtigte.

§. 857.

1. Deſcendenten.

I. Deſcendenten (gegen Frauen auch ihre unehelichen Kinder) erhalten, wenn nicht über zwei ſind, ein Drittel; wenn drei oder vier ſind, die Hälfte; wenn über vier ſind, zwei Drittel der Inteſtatportion. Dieſer Pflichttheil muß, wie nach R. R., unbedingt, ohne alle Einſchränkung und Belaſtung (sine gravamine) zugewendet werden[3]), doch mit einer Ausnahme. Wenn nemlich einem Kinde ſein volles Erbtheil hinterlaſſen, dabei aber beſtimmt iſt, daß dasſelbe für die Enkel erhalten werden ſoll (Fideicommiß): ſo muß das Kind ſich dieſes gefallen laſſen[4]). Auch darf auf den Pflichttheil ſonſt nichts angerechnet werden als: die dem Kinde gegebene Ausſtattung; geſchenkte Grundſtücke, Gerechtigkeiten oder ausſtehende Capitalien; bezahlte Schulden des Kindes, zu deren Anerkennung der Erblaſſer für ſeine Perſon nicht verpflichtet war[5]). Auch Gerade, Niftel und Heergeräthe dürfen nicht angerechnet werden[6]). II. Hat der Teſtator ſich hiernach nicht gerichtet und das Kind nicht auf den vollen Pflichttheil eingeſetzt oder ganz enterbt: ſo ſuccedirt dasſelbe contra tabulas auf die ihm gebührende Quote, wenn nicht von dem Erblaſſer ein geſetzlicher Grund für ſeine Verfügung angegeben iſt (causa justa et adjecta), welchen der eingeſetzte Erbe beweiſen muß[7]). Dergleichen rechtmäßige Enterbungs-

2) A. L.R. a. a. O. §§. 431, 414—416.
3) Ebend. §§. 393—398. — L. 32, 36 pr., §. 1 C. de inoff. test. (III, 28).
4) A. L.R. a. a. O. §. 430.
5) Ebend. §§. 393—395. Vergl. L. 25 pr. D. de inoff. testam. (V, 2); L. 35, §. 2; L. 29, 30, §. 2 D. eod. (III, 28).
6) A. L.R. a. a. O. §. 397. Der angegebene Grund, daß dieſe nicht von den Eltern, ſondern nur durch die Eltern kommen, iſt unrichtig, was ſchon Grelinger, Erbrecht, S. 205 geſagt hat.
7) A. L.R. a. a. O. §§. 432, 441, 422. — Nov. 115, cap. 3. Nach älterm

ursachen werden neun angegeben, wovon keine analoge Anwendung gemacht werden darf[8]). Solche sind; 1) Hochverrath und Majestätsbeleidigung; 2) Trachtung nach dem Leben eines der leiblichen oder Stiefeltern; 3) wissentlich falsche Anklage gegen einen der leiblichen Eltern wegen eines Verbrechens, welches eine härtere als Geld- oder bürgerliche Gefängnisstrafe zur Folge hat; 4) Thätlichkeit gegen einen der leiblichen Eltern, außer dem Falle der wirklichen Nothwehr; 5) grobe Schmähung der Ehre des Erblassers; 6) blutschänderischer oder ehebrecherischer Umgang mit dem andern Theile der leiblichen oder Stiefeltern; 7) beträchtliche Verminderung des Vermögens des Erblassers durch grobe Verbrechen des Kindes; 8) Versagung der Unterstützung des Erblassers, als derselbe Noth litt; 9) eigene öffentliche Verunehrung des ehrbar erzogenen Kindes bei seinen Standesgenossen, durch grobe Laster, schändliche Aufführung, oder durch die Wahl einer niederträchtigen Lebensart[9]). Ist eine dieser Ursachen angegeben und zu erweisen, so kann der Testator, nach Gefallen, das Kind ganz enterben, oder ihm weniger als den Pflichttheil in quanto nachlassen, oder den Pflichttheil belasten, beschränken oder an Bedingungen knüpfen[10]). Aus noch zwei andern Ursachen ist die Enterbung nur bis auf die Hälfte des Pflichttheils gestattet, nemlich: 10) wenn das Kind ohne von den Eltern ertheilte oder von dem Richter ergänzte Einwilligung geheirathet hat; 11) wenn das Kind die Einwilligung der Eltern in seine Heirath durch unehelichen Beischlaf hat erzwingen wollen[11]). III. Auch die gemeinrechtlich streitige Enterbung aus guter Absicht ist beibehalten und aus drei Gründen nachgelassen: 1) wenn das Kind so verschuldet ist, daß ihm von seinem Pflichttheile nicht sein Unterhalt übrig bleiben würde[12]); 2) wenn das Kind unordentlich und verschwenderisch wirthschaftet[13]); 3) wenn das Kind wegen Wahn- oder Blödsinns handlungsunfähig ist[14]). Aus einer

R. R. mußten die Kinder beweisen, daß keine justa causa vorhanden gewesen. L. 28 C. de inoff. test. (II, 28). Vergl. Anm. 10.

8) A. L.R. a. a. O. §. 410. Ebenso nach Nov. 115, c. 3, wo 14 Ursachen aufgezählt sind.

9) A. L.R. a. a. O. §§. 399 — 409.

10) Ebend. §§. 410, 411, 418. Der Erbe hat den Beweis zu führen, wenn der Enterbte das Testament angreift, selbst wenn dieser als Kläger auftritt. Schles. Arch. Bd. III, S. 619.

11) A. L.R. a. a. O. §§. 412, 413; II, 1, §§. 996, 998, 1000. Vergl. o. §. 746, Note 26.

12) A. L.R. §. 419 d. T. — Diese Ursache ist durch die Praxis eingeführt. Leyser, Med., sp. 358, m. 2; Stryck, Us. mod. XXVIII, 2, §. 9.

13) A. L.R. a. a. O. §. 420. — L. 16, §. 2 D. de curat. furioso (XXVII, 10).

14) A. L.R. a. a. O. §. 421. — L. 12, §. 2 D. de bonis libert. (XXXVIII, 2).

dieser Ursachen kann dem Kinde zwar der Pflichttheil nicht ganz entzogen, wohl aber die Verfügung unter Lebendigen darüber untersagt, in der Verfügung von Todes wegen aber nur zum Vortheile seiner Abkömmlinge oder Geschwister und deren Abkömmlinge eine Einschränkung gemacht, auch darf der Nießbrauch von dem Pflichttheile, soweit er zum nothdürftigen Unterhalte des Kindes erforderlich ist, durch die Gläubiger des Kindes nicht in Anspruch genommen werden[15]). IV. Was von Kindern, gilt auch von Enkeln und weitern Abkömmlingen, welche zur unmittelbaren Erbfolge berechtigt sind[16]). Bei der Berechnung des Pflichttheils für Enkel und weitere Abkömmlinge sind die in Betreff der Kinder getroffenen Bestimmungen in der Weise maßgebend, daß die Eltern und weitern Abkömmlinge, ohne Rücksicht auf ihre Zahl, niemals eine größere Quote als Pflichttheil in Anspruch nehmen können, als diejenige, welche ihrem verstorbenen Ascendenten, als einem Kinde des Erblassers, gebührt haben würde[16a]).

§. 858.

2. Ascendenten.

Ascendenten haben die Hälfte der Intestatportion als Pflichttheil zu fordern[17]). Dieser kann ihnen nur aus einer von nachbenannten sieben Ursachen geschmälert, eingeschränkt, belastet oder ganz entzogen werden: 1) Hochverrath oder Majestätsbeleidigung; 2) Trachtung nach dem Leben des Erblassers, des Ehegatten oder eines Abkömmlings desselben; 3) boshafte und dauernde Beschädigung der Gesundheit des Erblassers durch üble Behandlung; 4) falsche Anklage, wie bei Descendenten (§. 857, II, 3); 5) ehebrecherischer Umgang mit dem Ehegatten des enterbenden Kindes

15) A. L.R. a. a. O. §§. 423—429. (3. A.) Diese Beschränkung ist zulässig, wenn auch mehr als gerade der Pflichttheil hinterlassen wird, d. h. die beschränkende Verordnung nimmt dadurch keinen anderen Charakter an, wenn sonst die Erfordernisse der Enterbung aus guter Absicht vorhanden und beobachtet worden sind. Erk. des Obertrib. v. 27. Juni 1856 (Entsch. Bd. XXXIII, S. 97).

16) A. L.R. a. a. O. §. 437, wo ausdrücklich gesagt ist, daß von der Enterbung der Enkel eben das gilt, was von Kindern verordnet ist. Von Enterbung kann aber nur bei solchen die Rede sein, welchen ein Pflichttheil gebührt. Ohne allen Grund hat man Enkeln den Pflichttheil bestreiten wollen. (Jahrb. Bd. XIII, S. 325 flg.) Man vergl. A. L.R. a. a. O. §§. 454, 455, 661. (3. A.) Hinsichtlich der ehelichen Kinder eines unehelichen Kindes beziehlich auf den Nachlaß der unehelichen Großmutter spricht es das Pr. 2273, v. 19. Febr. 1851, aus (Entsch. XX, 307) u. das Pr. 2057, v. 30. October 1848 wendet den Grundsatz als unstreitig auf Kinder der ehelichen Kinder an (Entsch. Bd. XVII, S. 305).

16a) A. L.R. §. 392 d. T. — Pr. 2057, vom 30. October 1848.

17) A. L.R. a. a. O. §§. 501 und 502.

während deſſen Ehe; 6) gröbliche Pflichtverletzung bei der körperlichen oder ſittlichen Erziehung des Enterbenden; 7) vorſätzliche Vernachläſſigung der Pflicht zur Ernährung des ohne grobes Verſchulden in Mangel gerathenen Kindes, bei eigenen überflüſſigen Mitteln. Auch dieſe Urſachen erleiden keine analoge Ausdehnung[18]). Die Enterbung aus guter Abſicht findet hier gleichfalls und aus denſelben Gründen wie bei Deſcendenten ſtatt[19]); wegen Beifügung und Beweiſes der Enterbungsurſachen gilt das gleiche wie vorher[20]).

§. 859.

3. Ehegatten.

Ehegatten haben die Hälfte der gemeinrechtlichen (§. 851) Erbportion als Pflichttheil zu fordern[21]). Wird unter ihnen nach Provinzialgeſetzen oder Statuten ſuccedirt, ſo muß aus deren Beſtimmungen entnommen werden: ob die dem Hinterbliebenen zuſtehende Portion ganz oder zum Theil die Natur einer Inteſtatportion oder eines Pflichttheils hat. Im Zweifel ſoll jedoch die Beſtimmung ſo ausgelegt werden, daß der ganze Erbtheil Pflichttheil ſei[22]). Handlungen, welche den andern berechtigen würden auf Scheidung zu klagen, ſind zugleich Enterbungsurſachen[23]), doch ſind wohl nur ſolche zu verſtehen, welche zur Zeit der Enterbung (Teſtamentserrichtung) noch nicht verjährt oder verziehen ſind. Enterbung aus guter Abſicht iſt auch unter Eheleuten zuläſſig, indem von dem Pflichttheile derſelben alles, was von der Legitima überhaupt verordnet iſt (§§. 857, 858), gelten ſoll[24]), und die für eine ſolche Enterbung ſprechenden Gründe hier ebenſo gut wie bei Deſcendenten und Aſcendenten zutreffen.

---

18) Ebend. §§. 506—514. — Nov. 115, cap. 4.

19) A. L.R. a. a. O. §. 515. — Nach Juriſtenrecht angenommen.

20) Ebend. §. 516. — S. o. Note 7. — Nov. 115, c. 4; L. 28 C. de inoff. testam. (III, 28). Danach mußte in dieſem Enterbungsfalle ſchon nach altem R. der Bekl. die Urſache beweiſen, was bei den Kindern anders war. Note 7.

21) A. L.R. II, 1, §. 631. Vergl. m. Anm. 35 dazu.

22) A. L.R. a. a. O. §§. 496, 497. Dieſe Vorſchrift ſteht nicht in Widerſpruch mit den Grundſätzen des G. R. und iſt daher nicht ſuspendirt. Pr. 1347, vom 9. Octbr. 1843.

23) A. L.R. a. a. O. §§. 498, 499, 631.

24) Ebend. §. 633. Auf dieſen Pflichttheil finden nur die allgemeinen Vorſchriften vom Pflichttheil überhaupt, welche die Einforderung, Belaſtung und Entziehung desſelben, ſowie die Anrechnungen darauf betreffen, Anwendung, nicht aber die Beſtimmungen über die Folgen der Uebergehung eines Kindes oder Enkels des Erblaſſers in der letzten Willensverordnung. Pr. 944, v. 16. Novbr. 1840 (Entſch. VII, 1).

§. 860.

4. Armenanstalten.

Das den öffentlichen Armenanstalten zustehende Erbrecht (§. 854) ist wesentlich ein vertragsmäßiges [25]) und daher seinem ganzen Umfange nach unentziehbar [26]), mithin gibt es auch keine Enterbungsursachen dafür. Das den Privatverpflegern gegebene Erbrecht ist ein bloßes Intestaterbrecht ohne Beimischung eines Pflichttheils [27]).

§. 861.

III. Einsetzung und Enterbung.

Erbeseinsetzung der Pflichttheilsberechtigten ist nicht erforderlich, vielmehr genügt jede Zuwendung von Todes wegen zu deren Abfindung [1]). Weniger folgerecht als diese Abweichung von dem R. R. ist die Beibehaltung der röm. Bestimmung, daß die Entziehung, Schmälerung und Belastung des Pflichttheils immer nur in der Form eines wirklichen, gewöhnlichen oder privilegirten, Testaments, nicht in der Form einer privilegirten Disposition der Eltern unter Kindern giltig geschehen kann [2]); sonst findet die Intestaterbfolge statt, indem die Verordnung als von Anfang nichtig behandelt wird. Ist die Form beobachtet, so kommt nichts darauf an, ob der Notherbe ohne Grund enterbt, oder in seinem Pflichttheile beschränkt oder stillschweigend übergangen ist: alle drei Fälle werden ganz gleich behandelt, indem der Notherbe nur seinen Pflichttheil oder dessen Ergänzung aus der Erbschaft von den sonst ungestört bleibenden Testamentserben und Legatarien fordern kann [3]).

§. 862.

IV. Natur des Rechts und der Klage.

I. Die nicht näher bestimmte Rechtsform, in welcher der Pflichttheilsberechtigte hier succedirt, so wie Name und Charakter der Klage sind zweifelhaft; nach einer Meinung ist das Recht des Pflichttheilsberechtigten ein Forderungsrecht und die Klage eine per-

25) A. L.R. II, 19, §§. 61, 64, 65.
26) Ebend. §. 75.
27) Ebend. II, 3, §. 25; II, 2, §. 672. A. M. Witte, Intestaterbrecht, S. 157, doch ist kein Beweisgrund angegeben; denn der §. 75, II, 19 bezieht sich bloß auf öffentliche Anstalten.
1) A. L.R. II, 2, §§. 396, 516; II, 1, §. 633. Vergl. o. die Note 1 zu §. 856.
2) A. L.R. II, 2, §. 431.
3) Ebend. §§. 432, 433—435, 442. Eine beabsichtigte Abweichung von dem R. R. Anmerkung zum Entwurf des G.B. Th. I, Abth. 1, S. 211.

sönliche, nach einer andern ist es ein Erbrecht und die Klage die hereditatis petitio partiaria, oder auch anfänglich ein Forderungsrecht, welches durchgesetzt sich in ein Intestaterbrecht verwandelt[4]). Der Ausdruck in den gesetzlichen Bestimmungen läßt den vielleicht nicht klar gewesenen Gedanken des Gesetzgebers ungewiß. Denn während das Landrecht selbst davon spricht, daß der Pflichttheil aus der Erbschaft verabfolgt werden, und daß der Erbe das zur Ungebühr enterbte Kind abfinden soll[5]), schreibt der Anhang dem Pflichttheilsberechtigten, wenn der Pflichttheil nicht in einer Summe sondern in einer Quote besteht, ein Miteigenthum zu[6]). Das richtige ist hiernach, die verschiedenen Fälle zu unterscheiden. 1) Ist der Pflichttheilsberechtigte bedacht und zwar mit einer Summe, so ist er Legatarius und sein Recht ist ein Forderungsrecht, auch wegen dessen, was ihm zur Ergänzung seiner vollständigen Abfindung zukommt; ist er auf einen Theil des Ganzen berufen, so ist er in soweit Erbe und wegen dessen, was er dadurch weniger erhält als ihm gebührt, hat er ein Forderungsrecht. In beiden Fällen ist die Klage die actio ad supplendam legitimam, welche auf die Erben übergeht. 2) Ist er aber ungebührlich enterbt, oder übergangen, oder zwar berufen, doch ohne daß ihm etwas hinterlassen wird, so ist er Intestaterbe auf einen bestimmten Theil des Ganzen, folglich Miteigenthümer der Erbschaft, sein Klagrecht ist die hereditatis petitio partiaria und die familiae erciscundae. Daraus folgt, daß a) wenn der Enterbte innerhalb der Zeit, in welcher dieselbe noch geltend gemacht werden kann, stirbt, ohne sich mit dem Testamente zufrieden erklärt zu haben, sein Recht auf seine Erben transmittirt wird, b) wenn er aber für seine Person das Notherbrecht nicht gebrauchen zu wollen erklärt, eine successio graduum eintritt[7]). II. Zur Begründung der Klage ist die Antretung der Intestaterbfolge vor der Anbringung in keinem Falle erforderlich, gleichwie nach R. R. die Sui nicht anzutreten brauchten, um die Inofficiositätsquerel zu gebrauchen[8]). Sowohl die actio suppletoria als die Erbschaftsklage, d. i. nach den

4) So Gärtner a. a. O. S. 437. Dagegen Mühlenbruch, Bd. 38, S. 52.

5) A. L.R. II, 2, §§. 433, 435.

6) Anh. §. 164 (zu A. L.R. II, 18, §. 574). Entsch. der Ges.Commiss. vom 13. März 1798 (Stengel, Bd. VII, S. 279). Vergl. R. v. 18. April 1797, ad 2 (Stengel, Bd. V, S. 101; Rabe, Bd. IV, S. 97).

7) A. L.R. II, 2, §§. 352, 354, 355.

8) Andere Erben mußten vorher die Erbschaft ab intestato antreten. L. 6, §. 2; L. 7, 8 pr. D. de inoff. test. (V, 2); L. 2 C. eodem (III, 28). — Den innern Grund s. o. S. 718, Note 7.

Grundsätzen des A. L.R. das Recht selbst, erlischt, und das Testament wird durchaus giltig: 1) wenn der Verletzte das Testament ausdrücklich anerkennt[9]), wofür jedoch in dieser Beziehung die bloße Annahme eines ihm darin ausgesetzten Vermächtnisses nicht erachtet wird[10]); 2) durch eine zweijährige Verjährung von der Zeit der erlangten Kenntnis von der Verfügung[11]). III. Wird die Klage mit Erfolg gebraucht, so ist die Folge davon bloß, daß dem Verletzten, soviel sein Pflichttheil beträgt oder daran fehlt, „aus der Erbschaft verabfolgt," oder die darauf gelegte Last oder Einschränkung aufgehoben werden muß; in allen andern Stücken bleibt das Testament bei Kräften[12]). Ist der dem Verletzten entzogene Theil einem Miterben oder Vermächtnisnehmer zugewendet, so hat dieser den Verletzten abzufinden; sonst müssen dazu sämtliche Erben und Legatarien verhältnismäßig beitragen[13]). Danach bestimmt sich auch die Person des Beklagten. Zur Berechnung des Pflichttheils müssen die Miterben alles einwerfen, was sie ab intestato zu conferiren schuldig sein würden, weil der Pflichttheil ein Theil desjenigen ist, was der Berechtigte erhalten haben würde, wenn die gesetzliche Erbfolge stattgefunden hätte[14]). Deshalb werden auch rechtmäßig enterbte und solche Kinder, welche ihrem Erbrechte durch Vertrag entsagt haben, bei Berechnung des Pflichttheils der übrigen mitgezählt[15]). Besteht die Abfindung in einer Summe (Forderungsrecht), so kann der Berechtigte, behufs Bestimmung derselben, nicht den öffentlichen Verkauf der Nachlaßgegenstände verlangen, sondern er muß mit der Ausmittelung nach der Taxe zufrieden sein; gebührt ihm aber eine Quote, so hat er die Rechte eines Miterben bei der Theilung[16]). In jedem Falle

9) A. L.R. a. a. O. §. 438; I, 12, §. 612.

10) Ebend. II, 2, §. 439. Anders nach L. 14 pr.; L. 10, §. 3 u. L. 3, §. 16 D. de bonor. possess. contra tabul. (XXXVII, 4); L. 12 pr., §. 1 D. de inoff. test. (V, 2); L. 8, §. 1 C. eod. (III, 28). Auch nach A. L.R. I, 12, §. 612 gilt in anderer Beziehung die unbedingte Annahme eines Legats für ein Anerkenntnis des Testaments.

11) A. L.R. II, 2, §. 440. Die Erlöschung der Ansprüche des enterbten Kindes binnen zweier Jahre bezieht sich nicht auf den Fall, wenn eine bloße, durch das Testament für sich allein nicht ersichtliche Schmälerung der Legitima behauptet wird. Pr. 251, vom 29. Mai 1837.

12) A. L.R. a. a. O. §§. 433, 436. Vergl. o. Note 1 zu §. 856.

13) A. L.R. a. a. O. §§. 434, 435.

14) Ebend. §. 392. Gilt auch in Beziehung auf Enkel (s. o. §. 857 a. E.) und in Beziehung auf Ehegatten. Pr. 944, vom 16. November 1840 (Entsch. VII, 1).

15) A. L.R. a. a. O. §§. 417, 488. Ueber die Berechnung s. Schweikart, in der Jur. Wochenschr. 1836, S. 557 flg.

16) Anh. z. A. L.R. §. 164 (zu II, 18, §. 574). Vergl. die Rescripte v. 8. Januar und 26. Februar 1836 (Jahrb. Bd. XLVII, S. 284, 289).

muß der Pflichttheilsberechtigte zu den später noch zum Vorschein kommenden Schulden verhältnismäßig beitragen; im zweiten Falle kann er auch von den Gläubigern belangt werden.

§. 863.

V. Uebergehung aus Irrthum.

An das zweite Princip in Beziehung auf die Uebergehung schließen sich folgende Regeln an: I. Der Grundsatz bezieht sich überhaupt nur auf Kinder, folglich finden die damit in Verbindung stehenden Regeln so wenig auf Ehegatten[1]) wie auf Ascendenten Anwendung, vielmehr haben diese Notherben immer nur den Pflichttheil zu fordern[2]). II. Der Fall, daß ein Descendent aus Irrthum übergangen wird, kann dreifach verschieden vorkommen. 1) Der zur unmittelbaren Erbfolge berechtigte Abkömmling kann schon zur Zeit der Testamentserrichtung vorhanden sein. Wird vollständig erwiesen („wenn erhellet"), daß darüber der Testirer im Irrthume gewesen, indem er das Dasein nicht gewußt oder die Person für todt gehalten, so hat der Uebergangene ein jus accrescendi, wie nach älterm R. R. die übergangenen Kinder und Enkel außer dem Sohne in väterlicher Gewalt überhaupt, auch ohne jenen Nachweis des Irrthums, der vermuthet wurde, hatten[3]), d. h. er tritt den eingesetzten Erben von selbst hinzu (scriptis heredibus accrescit), und zwar wenn dieselben gleich bedacht sind, in partem virilem, sonst auf soviel wie der am wenigsten Begünstigte erhält, aber in keinem Falle auf weniger als sein Pflichttheil beträgt[4]). Der Hinzugetretene muß folgerecht als Testamentserbe gelten und die Auflagen des Erblassers mittragen, indem das Testament sonst in allen Stücken bei Kräften bleibt[5]); doch steht damit die Bestimmung, daß auch die Legatarien zu der „Abfindung" beitragen sollen[6]), in dem Falle, wo der Hinzugetretene mehr als seinen Pflichttheil erhält, nicht in Einklang. 2) Der zur Zeit der Testamentserrichtung vorhanden gewesene Irrthum ist nachher wieder aufgehoben. Dann wird unterschieden. Stirbt der Testator

1) S. darüber den Rechtsfall in den Entsch. des Obertrib. Bd. VII, S. 1.

2) A. L.R. II, 2, §. 518. S. o. §. 833.

3) Ulpian, Fragmenta, XXII, §§. 16, 17; Gajus, II, §§. 123, 124; Pr. J. de exheredat. liber. (II, 13). Aufgehoben durch die L. 4 C. de lib. praeter. (VI, 26).

4) A. L.R. a. a. O. §§. 444—448. Wie nach L. 3 C. de inoff. test. (III, 28) für Posthumi bestimmt ist. Ueber die zweifelhafte Berechnungsart s. o. §. 819, Note 28.

5) A. L.R. a. a. O. §. 449.

6) Ebend. §. 447. In diesem Punkte ist das A. L.R. wieder unklar.

innerhalb des ersten Jahres nach gehobenem Irrthume, so tritt der Uebergangene, wie in dem vorigen Falle, den eingesetzten Erben hinzu; lebt der Testator länger, so ist das Testament rumpirt[7]), vorausgesetzt daß der Uebergangene den Erbanfall erlebt. In diesem Falle ist die gesetzliche Erbfolge eröffnet, es bedarf keiner Klage zur Beseitigung des Testaments, indem, wenn der Testamentserbe klagend oder einwandsweise sich darauf berufen wollte, excipiendo oder replicando die Ruption bewiesen wird, und daraus folgt von selbst, daß hier nicht die Regeln und die Verjährung der Pflichttheilsklage Anwendung finden, wie denn in den Fällen der irrthümlichen Uebergehung überhaupt nicht von einem Pflichttheile Rede ist. 3) Der Uebergangene ist erst nach der Testamentserrichtung hinzugekommen (posthumus)[8]). Hier wird so unterschieden wie in dem vorigen Falle[9]), doch mit zwei Modificationen: a) wenn die Agnation sich auf Adoption gründet, so ist das Testament sogleich mit der Bestätigung des Adoptionsvertrages rumpirt[10]); durch die Aufhebung der Adoption wird es wieder hergestellt[11]); b) wenn das Hinzutreten des Notherben sich darauf gründet, daß ein dazwischen stehendes Kind stirbt, also der oder die Enkel unmittelbare Erben des Testators werden, so tritt gar keine Veränderung hinsichtlich des Testaments ein, weil die übergangenen Enkel von selbst ganz an die Stelle des verstorbenen Kindes des Testators treten[12]).

---

7) Ebend. §§. 450, 451. Der dabei zu Grunde liegende Gedanke ist mir unbekannt. Vermuthlich hat man dabei an die L. 3 C. de inoff. test. gedacht, wo Liebloſigkeit angenommen und die querela inoff. test. gegeben wird, wenn das Testament, im Falle ein Posthumus dazu kommt, nicht mehr geändert worden ist, obwohl es doch noch hätte geändert werden können. Das paßt nicht zu den landrechtlichen Grundansichten. Vergl. m. Beurtheilung der ersten zehn Bde. der Entsch. des Obertrib. S. 463 ff.

8) Posthumi heißen nicht bloß die post mortem parentis, sondern auch die post testamentum agnati. L. 3, §. 1 D. de injusto rupto (XXVIII, 3).

9) A. L.R. a. a. O. §§. 454—456.

10) Ebend. §. 456. Der Zeitpunkt ist die Insinuation der Bestätigung.

11) Ebend. §. 715: „Dadurch (durch die Wiederaufhebung) verliert sie alle Wirkungen."

12) Ebend. §. 443. Dies ist die s. g. transmissio Theodosiana. L. un. C. de his qui ante apertas tabulas hereditatem transmittunt. (VI, 52).

Zweiter Abschnitt.

Von der Erwerbung der Erbschaft.

Erstes Capitel.

Von der Antretung und Ausschlagung der Erbschaft.

A. L.R. I, 9, §§. 350—499. — Mühlenbruch, Fortsetzung von Glück's Commentar, Bd. 42, S. 289 flg., und Bd. 43, S. 1—367. — Westphal, system. Commentar über die Gesetze von Vorlegung und Eröffnung der Testamente, Annehmung und Ablehnung der Erbschaft, den Rechten und Pflichten des Erben, auch dessen possessorischen und petitorischen Rechtsmitteln. Leipzig 1794.

I. Bei einer Universalsuccession.

§. 864.

1. Das Allgemeine.

I. Die Erwerbung, d. i. die Rechtsbegebenheit, wodurch eine angefallene Erbschaft (delata hereditas) ein Theil des eigenen Vermögens des Erben wird, ist nicht, wie im R. R., nach der Delation der Erbschaft verschieden, sondern immer dieselbe: sie geschieht in allen Fällen von selbst (ipso jure), ohne alle Erklärung oder Handlung, selbst ohne Wissen des Erben, und fällt mit der Delation auf denselben Zeitpunkt zusammen[1]), wenn nicht die Delation eine bedingte ist[1a]). Mit diesem deutschrechtlichen Grundsatze ist der röm. Grundsatz von der Einheit der Person des Erben und des Erblassers in dem Sinne, daß der Erbe den Erblasser auch in dem Verhältnisse der Gläubiger zu ihm vorstelle, unvereinbar; vielmehr war der Erbe gegen die schädlichen Folgen, welche die deutschrechtliche Erbschaftserwerbung mit der röm. Personeneinheit unabwendbar haben würde, durch einen andern Grundsatz des alten Rechts völlig gesichert, durch den nemlich: daß der Erbe nicht mit seinem Vermögen, selbst nicht einmal unbedingt mit dem Ererbten, für die Verbindlichkeiten des Erblassers haftete. In der Regel

1) A. L.R. I, 9, §. 368. Der Grundsatz galt zwar auch im R. R. bei den Zwangserben (heredes necessarii) §. 1, 2 J. de heredum qualitate (II, 19); L. 12 D. qui test. fac. poss. (XXVIII, 1); L. 15 D. de acquir. hered. (XXIX, 2); L. 26, §. 1 D. de hered. instit. (XXVIII, 5); Gajus II, §§. 152, 153, 156, 157. Doch hängt damit der landrechtliche Grundsatz nicht zusammen. S. o. §. 811, Note 5, und §. 812, Note 7.

1a) A. L.R. I, 12, §§. 478—480. Dann nimmt der bedingt Berufene die Stellung eines Fideicommissarius ein.

brauchte er nur mit der ererbten fahrenden Habe einzustehen[2]), und auch davon waren wohl noch das Heergeräthe und die Gerade ausgenommen[3]). Dieser Grundsatz hat sich in manchen Particularrechten wenigstens insofern erhalten, als der Erbe, ganz abgesehen von dem röm. beneficium inventarii, nicht mit eigenem Vermögen für die Schulden des Erblassers haftet und sich durch eidlich zu bestärkende Specification der Verlassenschaft und der schon bezahlten Schulden, zu jeder Zeit, von dem Anspruche eines Erbschaftsgläubigers freimachen kann[4]). Anstatt dessen ist von den Verfassern des A. L. R. der röm. Grundsatz von der Personeneinheit und von der Befugnis, die Erbschaft zurückzuweisen, mit jenem deutschrechtlichen Grundsatze über die Erwerbung in Verbindung gebracht worden[5]). Damit war zugleich die Nothwendigkeit eines Kennzeichens dafür: ob der Erbe die Erbschaft behalten habe oder nicht, gegeben. Hieraus erklärt sich, daß von einer zu dem Grundsatze gar nicht passenden Antretung der Erbschaft die Rede ist; folgerichtig wäre es hinreichend gewesen, bloß Bestimmungen über die Aufgebung der Erbschaft (Abstention) und über die Erwerbung oder Erhaltung des beneficii inventarii zu treffen. II. Die Antretung der Erbschaft geschieht: 1) durch wörtliche Erklärung vor dem Erbschaftsrichter[6]); 2) durch Einmischung (immixtio, nicht eigentliche pro herede gestio)[7]); 3) durch bloßes Stillschweigen bis zum Ablaufe der Ueberlegungsfrist[8]). Diese beträgt in der Regel sechs Wochen vom Tage der erlangten Wissenschaft, bei einer Entfernung des Erben über vierzig Meilen von dem letzten Wohnorte des Erblassers aber drei Monate[9]). Für einen Pflegebefohlenen beginnt die Frist erst mit dem Tage, an welchem der demselben bestellte Vormund von dem Anfalle der Erbschaft an den Erben Kenntnis erhalten hat[10]). Der Anfang dieser Frist ist daher für den Testamentserben der Tag der Publication oder, für den dabei nicht gegenwärtigen Erben, der Tag der Zustellung des Testa-

2) Sächs. Landrecht, B. I, Art. 6.
3) Ebend. Bd. I, Art. 22—24, 27; B. II, Art. 15; B. III, Art. 38, 76.
4) Z. B. nach Sächs. R. Haubold, Sächs. Priv.R. §. 348 flg. — Carpzow, Jurisprud. I, c. VIII, d. 8.
5) A. L. R. I, 9, §. 383. Auch auf den Fiscus ist das Princip anwendbar. Pr. 1025, vom 26. Juni 1841 (Entsch. Bd. VII, S. 155).
6) A. L. R. I, 9, §§. 392, 393, 413.
7) Ebend. §. 420. Unaufschiebbare Handlungen zum Besten des Nachlasses gelten dafür noch nicht. §. 388 daf.
8) Ebend. §. 421. Buchholz, über den Einfluß der Zeit auf Antretung und Ausschlagung der Erben, in Linde's Zeitschr. Bd. X, S. 386.
9) A. L. R. §§. 384, 385 d. T. Vergl. unten Note 15.
10) Pr. 1893, vom 2. Juli 1847 (Entsch. Bd. XIV, S. 470).

ments; für den zunächst berufenen Intestaterben, so wie für den nothwendigen Erben, der Tag, an welchem ihm der Tod des Erblassers bekannt geworden. Treffen bei dem nothwendigen Erben zwei Anfallsgründe zusammen, d. h. wird derselbe zugleich durch Testament gerufen, so müßte, weil die gesetzlich nothwendige Erbfolge — wenn auch nicht auf das Ganze — der testamentarischen vorgeht, die Frist doch vom Tage des ihm bekannt gewordenen Todes des Erblassers anfangen, denn für ihn ist nicht das Testament sondern das absolute Gesetz der Anfallsgrund, er weiß also, daß er Erbe geworden, sobald er den Tod des Erblassers erfahren hat. (§. 812.). Eine unwissenschaftliche Praxis nimmt jedoch das Gegentheil an[11]). III. Wem die Erbschaft nicht ansteht, der kann davon abstehen. Das A. L. R. nennt die Abstehung von der Erbschaft Entsagung. Sie muß schriftlich[12]) und vor dem Ablaufe der Ueberlegungsfrist geschehen[13]); und ist unwiderruflich[14]). IV. Macht der zunächst Berufene von seiner abstinendi potestas Gebrauch, so ist die Bedingung eingetreten, unter welcher der Nächste nach ihm die Erbschaft ebenfalls erworben hat (§. 847). Ihm kommt von der Zeit, wo er von der Entsagung des Vorgehenden durch den Erbschaftsrichter[15]) Nachricht erhalten hat, dieselbe Ueberlegungsfrist zu Statten wie dem ersten; und wenn er innerhalb derselben absteht, so kommt die Reihe an den Folgenden[16]). Wollte er zum Vortheile eines andern oder auch eines von mehreren Gleichberufenen entsagen, so würde, wenn er diesem wirklich die Erbschaft übertrüge, darin eine Verfügung über die-

11) Pl. Beschl. (Pr. 2264) des Obertrib. v. 6. Januar 1851 (J. M. Bl. S. 51 u. Entsch. XX, 10). Die Entscheidungsgründe sind nicht rechtswissenschaftlich; von den vorhandenen verschiedenen Anfallsgründen (s. o. §. 812) kommt darin nichts vor, man kennt nur zwei davon, der dritte wird ignorirt. Die Minorität beruft sich auf ihn, doch nicht in so prägnanter Weise, daß es die Majorität — wenigstens nach den protokollirten Gründen — aufgefaßt und widerlegt hätte.

12) A. L. R. §§. 398—400 d. T.

13) Ebend. §. 412. Nicht bloß dem Erbschaftsgläubiger, sondern auch dem Miterben gegenüber, kann derjenige Erbe, welcher die Erbschaft einmal angenommen, oder sich innerhalb der gesetzmäßigen Frist gar nicht erklärt hat, der Erbschaft nicht mehr entsagen. Pr. 1583, vom 28. Juni 1845. — Einem Dritten gegenüber darf der Erbe sich auf eine verspätete Entsagung überhaupt nicht berufen, ohne daß der Dritte zu beweisen hätte, daß ihn durch die verspätete Entsagung ein materieller Schade treffe. Pr. 1894, vom 2. Juli 1847 (Entsch. Bd. XIV, S. 470). — §. 5 J. de hered. qualit. (II, 19); L. 11, 12, 57 pr. D. de acquir. hered. (XXIX, 2); L. 4 C. de repud. hered. (VI, 31).

14) A. L. R. §. 411 d. T. Ein Irrthum des Entsagenden über die Größe der Erbschaft macht dessen Entsagung nicht ungiltig. Pr. 752, vom 9. Novbr. 1839.

15) A. L. R. §§. 407, 408 d. T. Auf seine Privatwissenschaft kommt nichts an. Pr. 1704, vom 21. Februar 1847 (Entsch. XIII, 140).

16) A. L. R. §§. 406—409 d. T.

selbe, also eine Antretung, liegen; die Entsagung selbst wird dadurch, den Gläubigern des Entsagenden gegenüber, nicht unkräftig [17]).

§. 865.

2. Bedingungen der möglichen Antretung oder Entsagung.

Die Voraussetzungen einer Erbschaftsantretung oder Entsagung sind: 1) Die Erbschaft muß bereits angefallen sein, außerdem ist die Erklärung nichtig [1]). 2) Der Erklärende muß geschäftsfähig sein [2]). Für Pflegebefohlene muß der Vormund oder der Curator die Erklärung geben, und wenn die Erbschaft ohne Vorbehalt der Rechtswohlthat des Inventariums angenommen oder, wenn sie ausgeschlagen werden soll, ist zur Giltigkeit der Erklärung die obervormundschaftliche Autorisation oder Approbation erforderlich [3]). Ist der Erbe in Concurs verfallen, so muß der Verwalter der Masse sich erklären [4]). Der Vormund eines Abwesenden ist zwar wesentlich ein bloßer Güterpfleger [5]), gilt aber nach Pr. R. für einen Vormund (§. 791, 5). Minderjährige Kinder unter väterlicher Gewalt werden ohne Mitwirkung des Vormundschaftsgerichts hierbei vertreten (§. 775). Volljährige Kinder haben sich unter Beitritt des Vaters selbst zu erklären; sind beide verschiedener Meinung, so kann das Kind die Erbschaft behalten und der Vater in seinem Interesse derselben entsagen, wovon die Folge ist, daß das Kind auch den Nießbrauch erhält, aber für seine Person den Gläubigern nicht verhaftet wird. Fallen die Erklärungen umgekehrt aus, so schadet die Entsagung des Kindes dem Nießbrauche des Vaters nicht, aber wenn der Nießbrauch aufhört, fällt die Erbschaft an den Nächsten nach dem Entsagenden [6]). Von Ehe-

17) Pr. des Obertrib. v. 15. März 1850 (Entsch. Bd. XIX, S. 121).

1) A. L.R. §. 383 d. T. — L. 21, §. 2; L. 3, 27 D. de acquirenda hereditate (XXIX, 2); L. 13 pr., §. 1, 2 D. eodem. Die Ausnahme s. o. §. 842.

2) A. L.R. a. a. O. §§. 389, 392.

3) Ebend. §. 390; II, 18, §§. 643, 644; und Anh. §. 165.

4) A. L.R. I, 9, §. 391; Conc.Ordn. §§. 1 u. 262. Die Bestätigung der Erklärung seitens des Gerichts oder Verwaltungsraths ist nicht vorgeschrieben. A. L.R. a. a. O. §§. 158, 159 u. 222, 223.

5) Daher waren Zweifel darüber: welcher Richter diesen „Curator" anzustellen hätte. Anh. z. A. L.R. (I, 9, §. 468) §. 10. — Der gemeinrechtliche Zweifel: ob ein solcher Curator auch Erbschaften für den Abwesenden antreten könne (Heise und Cropp, jur. Abhandl. Bd. II, S. 171 flg.), ist durch den §. 390 d. A. L.R. a. a. O. entschieden. Dadurch wird jedoch der curator absentis noch immer kein Vormund, der den Willen des Abwesenden zu vertreten oder zu ergänzen hätte. S. o. §. 791, I, 5.

6) A. L.R. II, 2, §. 125; I, 21, §§. 23 flg. — L. 8 pr., §. 1, 3 C. de bonis quae liberis (VI, 61). Eine Anwendung dieser Grundsätze ist A. G.O. I, 1, §§. 13, 14.

frauen gilt, rücksichtlich des Ehemannes, das gleiche (§§. 749, 750). 3) Die Antretung und Entsagung muß immer auf das Ganze (in solidum) gehen, und außer dem Vorbehalte der Rechtswohlthat des Inventariums unbedingt und auch ohne Zeitbestimmung sein, sonst wird die ganze Erklärung für nicht geschehen erachtet[7]). 4) Nur die wirklich angefallene Erbschaft kann man behalten (antreten) zu wollen erklären; man kann also außer dem Falle, wo gegen den Willen des Erblassers succedirt wird (§. 856 flg.), eine testamentarische oder vertragsmäßige Erbschaft nicht ausschlagen, um ab intestato zu succediren[8]); und der Intestaterbe kann die Erbschaft nicht antreten, bevor nicht der berufene Testaments- oder Vertragserbe die Erbschaft ausdrücklich ausgeschlagen hat und ihm dieses bekannt gemacht worden ist[9]).

§. 866.

3. Wirkungen des Erwerbs.

I. So lange der Erbe sich noch nicht erklärt hat und die Ueberlegungsfrist noch nicht abgelaufen ist, hat er gegen die Gläubiger keine Verbindlichkeit; er braucht auf deren Forderungen sich nicht einzulassen, noch die unbeendigt gebliebenen Processe, die so lange ruhen müssen, fortzusetzen[1]); es steht ihm aber frei, einstweilige Verwaltungsmaßregeln zu treffen, ohne besorgen zu müssen, daß er sich dadurch immiscire, weil dazu Verfügungen in der Absicht, sich als wirklicher Erbe die Erbschaft anzueignen, gehören[2]); ebenso sind den Gläubigern einstweilige Sicherungsmaßregeln durch

---

7) A. L.R. I, 9, §§. 394—396. — L. 1, 2, 10, 80 pr., §. 1; L. 51, §. 2 D. de acquir. vel omitt. hered. (XXIX, 2); L. 77 D. de reg. jur. (L, 17); L. 20 C. de jure deliber. (VI, 30). — Wenn einer Erbschaft unter Bedingungen entsagt worden ist, so wird die Entsagung selbst, und nicht bloß die beigefügte Bedingung für nicht geschehen erachtet. Die unter Bedingung geschehene Entsagung erlangt dadurch keine Giltigkeit, daß sie zu Gunsten eines Miterben erfolgt ist. Pr. 1212, vom 1. Novbr. 1842 (Entsch. Bd. VIII, S. 244).

8) A. L.R. I, 9, §§. 401—405; I, 12, §. 642; II, 1, §§. 490, 491.

9) (3. A.) Ebend. I, 12, §. 277. Vergl. Pr. des Obertrib. 2437, vom 24. Februar 1853 (Entsch. Bd. XXV, S. 155).

1) A. L.R. I, 9, §. 386. — L. 4 pr. D. de reb. auct. jud. poss. (XLI, 5); L. 23, §§. 1—4 D. de hered. instit. (XXVIII, 5). Stirbt eine Partei kurz vor oder bald nach Insinuation des Erkenntnisses erster oder zweiter Instanz, so läuft die ihren Erben zustehende Deliberationsfrist neben, d. h. gleichzeitig mit den, in den §§. 21 und 22 der V. vom 14. Decbr. 1833, Art. 13 der Declar. vom 6. April 1839, und §§. 17 u. 27 der V. vom 21. Juli 1846 über die Anmeldung und Einführung der Rechtsmittel festgesetzten Fristen, insofern jene Frist gemäß A. L.R. §. 383 ff. d. T. nicht erst nach deren Ablauf beginnt. Pr. 1964, vom 25. Januar 1848.

2) A. L.R. a. a. O. §§. 388, 420. Ebenso nach L. 5, §. 1; L. 6; L. 7, §. 3 D. de jure deliberandi (XXVIII, 8).

Versiegelung des Nachlasses, unter den Voraussetzungen eines Arrestschlags, gestattet[3]). II. Nimmt kein Verwandter die Erbschaft an, so erfolgt auf Antrag der Gläubiger die Beschlagnahme derselben (missio in possessionem rei servandae causa) und die Concurseröffnung[4]). III. Die Annahme der Erbschaft kann mit oder ohne Vorbehalt der Rechtswohlthat des Inventariums geschehen. Die Annahme ohne Vorbehalt erfordert eine mit Worten ausgedrückte Erklärung, worin die bestimmte Entsagung der Rechtswohlthat enthalten sein muß, ohne daß gerade diese Worte zu gebrauchen nothwendig wäre. Die Erklärung muß schriftlich sein und entweder vor dem Erbschaftsrichter abgegeben oder bei ihm mittelst einer Vorstellung eingereicht werden. Die Unterschrift soll zwar gerichtlich oder von einem Rechtsanwalte beglaubigt sein, doch gehört solches nicht zur Giltigkeit der Erklärung, sondern dient bloß zur Beglaubigung[5]). Sie kann bis zum Ablaufe der Ueberlegungsfrist und, wenn der Erbe noch nicht über die Substanz der Erbschaft verfügt hat, wieder, jedoch nur gerichtlich, zurückgenommen werden[6]). Wer die Erbschaft ohne Vorbehalt angenommen hat, kann darüber frei verfügen, haftet aber für alle Schulden des Erblassers sowie für die Legate solidarisch[7]), und hat nicht nöthig ein Inventarium zu errichten. IV. Wer mit Vorbehalt der Rechtswohlthat annimmt, was sowohl durch ausdrückliche formlose Erklärung als durch stillschweigende Antretung mittelst Einmischung oder Ablauf der Ueberlegungsfrist geschieht[8]), haftet für die Schulden nur soweit das Vermögen der Erbschaft hinreicht[9]). Diese Rechtswohlthat ist durch die Niederlegung eines gehörigen Inventariums, innerhalb der bestimmten Frist, bei dem Erbschaftsrichter[10]), bedingt, dergestalt daß, wenn das Inventarium gar nicht, oder nicht bis zum Ablaufe der Zeit eingereicht[10a]) ist, oder nicht

3) A. L.R. a. a. O. §§. 387, 437. — Vergl. L. 5 pr. D. eodem. — Anh. z. A. G.O. §. 382.

4) A. L.R. a. a. O. §. 410; Anh. §. 9. — A. G.O. I, 50, §. 8 und Anh. dazu §. 317. — L. 8, 9 D. quibus ex causis in poss. (XLII, 4); L. 5, 6 C. de bonis auct. jud. possid. (VII, 72).

5) A. L.R. I, 9, §§. 414, 415, 398, 399. — Schles. Arch., Bd. V, S. 336.

6) A. L.R. a. a. O. §§. 416, 417.

7) Ebend. §§. 418, 419. — L. 22 C. de jure deliberandi (VI, 30); §. 6 J. de hered. qual. (II, 19). Pr. 1170, vom 8. August 1842.

8) A. L.R. a. a. O. §§. 420, 421.

9) Ebend. §. 422. — L. 22, §. 4 sqq. C. de jure deliberandi (VI, 30).

10) A. M. ist ein Min.Erlaß vom 18. Mai 1816 (Jahrb. Bd. VII, S. 182).

10a) Hat der Erbe innerhalb der im §. 424 vorgeschriebenen Frist den Antrag auf gerichtliche Aufnahme des Inventars gestellt, so wird durch diesen Antrag, ohne Rücksicht darauf, ob und wann das Gericht demselben wirklich genügt hat, die Beneficialerbenqualität gewahrt. Pr. 1809, vom 23. Novbr. 1846.

die gehörige (V, 1) Form hat, die Rechtswohlthat ipso jure verloren ist und der Erbe für einen solchen ohne Vorbehalt gilt[11]). Dagegen ist auch der Einwand, daß der Erblasser kein Activvermögen nachgelassen habe, nicht statthaft[12]). Eine Ausnahme gilt zu Gunsten der Pflegebefohlenen; deren Vormünder und Curatoren versäumen die Rechtswohlthat nicht[12a]). V. Die Erfordernisse zur Erfüllung dieser Bedingung sind: 1) Das Inventarium muß ein vollständiges sein. Darunter wird nicht ein nach der für gerichtliche Inventarien vorgeschriebenen Form verfaßtes[13]), sondern ein solches verstanden, aus welchem zu ersehen: welche Vermögensstücke zur Erbschaft gehören, welchen Werth sie haben, und welche Ansprüche an die Erbschaft gemacht werden[14]). Es ist dann Sache der Gläubiger, die Unvollständigkeit nachzuweisen, und wenn sich

11) A. L.R. a. a. O. §§. 423, 427. Vergl. das vorhin genannte R. und das R. vom 23. Decbr. 1839 (J. M. Bl. 1840, S. 5 und 8); Suarez, Schlußvorträge in Jahrb. Bd. XLI, S. 12 und 26—27. Auch den Legatarien muß der Erbe, der wegen versäumter Einreichung eines vorschriftsmäßigen Inventars für einen Erben ohne Vorbehalt anzusehen ist, vollständig und ohne Rücksicht auf die Zulänglichkeit des Nachlasses gerecht werden. Pr. 1170, vom 8. August 1842, u. Pr. v. 26. April 1850 (Entsch. Bd. XIX, S. 124). — Das bezieht sich aber nur auf das Verhältnis der Erben zu Fremden (Dritten). Einer von mehreren Miterben kann daher in einem solchen Fall der Versäumnis, wegen eines ihm vermachten Prälegats (A. L.R. I, 12, §. 262) gegen seine Miterben den Verlust der Rechtswohlthat nicht geltend machen und die unbedingte Verurtheilung derselben in Zahlung des Prälegats, auch über die Kräfte des Nachlasses hinaus, nicht verlangen. Pr. 1394, vom 18. Decbr. 1843. Hat nur bei unwissenschaftlicher Auffassung in Frage kommen können.

12) Pr. 242, vom 7. März 1837 (Entsch. Bd. I, S. 304). — Das Oberappellationsgericht des Königreichs Bayern hat, nach den Grundsätzen des A. L.R., das gerade Gegentheil mittelst Plenarbeschlusses vom 31. Decbr. 1844 angenommen. Schles. Archiv, Bd. VI, S. 173. Dieser Beschluß beruhet darauf, daß nach dem A. L.R. zum Begriffe einer Erbschaft das Vorhandensein eines positiven Factors gehöre, folglich Schulden ohne Sachen und Rechte eine Erbschaft nicht bilden. Das ist entschieden unrichtig. Das A. L.R. hat den Begriff einer Erbschaft nicht neu bestimmt. Nach dem bis dahin angenommenen und unverändert gebliebenen Begriffe von Erbschaft ist dieselbe ein Rechtsbegriff (juris nomen) und besteht auch ohne einzelne Rechtsgegenstände. L. 50 pr. D. de hered. petit. (V, 3): „Hereditas etiam sine ullo corpore juris intellectum habet." Nicht mit Unrecht ist die Bestimmung an sich hart gefunden (Min.Bl. 1840, S. 3 ff.); das liegt aber nicht in dem an sich ganz richtigen Satze, sondern darin, daß man das beneficium inventarii aus dem R. R. mit dem deutschen Grundsatze über die Erwerbung der Erbschaft verbunden hat, was nicht paßt.

12a) A. L.R. I, 9, §§. 430, 431. Nach erreichter Großjährigkeit treten, in Betreff der Pflicht zur Einreichung eines Inventars und der Folgen der Versäumnis der hierzu gesetzlich bestimmten Frist für den gewesenen Curanden, die sonst bestehenden Vorschriften §§. 423 ff. d. T. ein. Pr. 1930, vom 8. Novbr. 1847.

13) A. G.O. II, 5, zu §. 56. Auch die gerichtlichen Inventarien sind darum noch nicht ungiltig, weil die Form nicht völlig beobachtet worden. S. den angezogenen §. 56.

14) A. L.R. I, 9, §§. 434, 435, 439. Plenarbeschluß des Obertrib. (Pr. 1546) vom 28. Febr. 1845 (Entsch. Bd. X, S. 373, und J. Min. Bl. 1845, S. 103).

daraus eine wissentliche Unterschlagung ergibt, muß das Beneficium wegfallen, weil die Bedingung nicht erfüllt ist[15]). Das Inventarium kann, wenn nicht die Gläubiger dazwischen kommen (Note 3), gerichtlich oder außergerichtlich aufgenommen, versiegelt oder offen dem Gerichte übergeben werden[16]). Dieses zum Ausweis gegen die Gläubiger dienende Inventarium wird nicht ersetzt durch ein solches, welches zum Zwecke der Bestimmung der Stempelsteuer-Abgabe, von der dazu berufenen Behörde, eingefordert oder im Zwangswege aufgenommen wird. Sonst aber kommt das von Einem Erben eingereichte Inventarium allen übrigen zu Statten. Die Gläubiger und Legatarien haben die Befugnis, das Inventarium anzufechten, und der Erbe oder Erbschaftsbesitzer muß nicht allein jeden geforderten Aufschluß darüber geben, sondern auch, wenn es ein Privatinventarium ist, immer, und wenn es ein gerichtliches ist, alsdann, wenn die Siegelung gar nicht oder später als 24 Stunden nach dem Tode des Erblassers nachgesucht worden ist, dasselbe eidlich bestärken[17]). 2) Die Zeit muß inne gehalten werden. Sechs Monate nach dem Ablaufe der Ueberlegungsfrist[18]) machen die Regel; der Richter darf jedoch aus erheblichen Ursachen, nach seinem Ermessen, die Frist sowohl auf Ansuchen des Erben verhältnismäßig verlängern, als auf Antrag auch nur Eines Erbschaftsgläubigers oder Legatars verkürzen[19]). VI. Die Wirkungen der Erwerbung unter Vorbehalt der Rechtswohlthat sind: 1) Der Erbe erlangt nur ein eingeschränktes Eigenthum des Nachlasses, es wird aber die Einschränkung nicht mehr, wie früher vorgeschrieben war, von Amts wegen auf die Grundstücke im Grundbuche eingeschrieben[20]), und die Veräußerungen sind auch nicht ungiltig oder seitens der Gläubiger widerruflich[21]). Diese Einschränkung ist dem R. R. fremd und beruhet auf der Ansicht der Neuern, daß

15) Nach L. 22 C. de jure deliberandi (VI, 30) sollte der Erbe das Doppelte prästiren.

16) A. L.R. I, 9, §§. 423, 436. Wo das Inventarium bei dem Gerichte verwahrt wird, ob bei den Acten oder im Depositorio, ist gleichgiltig.

17) Ebend. §§. 440—442.

18) Diese kann bei einer testamentarischen Folge nicht vor Publication des Testaments beginnen (ebend. I, 12, §. 442), wenn auch der Testamentserbe nächster Intestaterbe gewesen sein würde. Denn er ist nicht Intestaterbe geworden, folglich kann er als ein solcher nicht beurtheilt werden. Simon's Rechtssprüche, Bd. II, S. 54. — Vergl. o. die Note 10a.

19) A. L.R. I, 9, §§. 424—426.

20) Ebend. §. 443. Die §§. 447—451 das. sind durch die V. vom 28. März 1840 (G.S. S. 103) aufgehoben.

21) A. L.R. a. a. O. §. 446. Ueberhaupt haben wegen ungerechtfertigter Verfügungen des Erben nur die einzelnen benachtheiligten Gläubiger einen Anspruch gegen den Beneficialerben. Vergl. Pr. 609, vom 4. Februar 1839.

beide Vermögen, im Falle des Antritts mit Vorbehalt, getrennt blieben. 2) Der Erbe muß den Erbschaftsgläubigern, wenn er von der Rechtswohlthat gegen sie Gebrauch machen will, wie ein Verwalter fremder Güter, Rechnung legen und haftet bei der Verwaltung für ein grobes und mäßiges Versehen[22]); er ist deshalb aber doch Geschäftsherr und haftet aus der Verwaltung persönlich[23]). 3) Er muß die Erbschaftsgläubiger nicht, wie sie sich melden[24]), sondern nach ihrer gesetzlichen Rangordnung bezahlen, sonst haftet er den vorzüglichen Gläubigern persönlich, wenn er den Nachlaß durch Befriedigung schlechterstehender Gläubiger erschöpft. Um sich hierbei gegen Verantwortlichkeit zu sichern, hat er das Mittel des erbschaftlichen Liquidationsverfahrens[25]). Die Eröffnung dieses Verfahrens, welchen der Richter auf einseitigen Antrag auch nur Eines Miterben verfügt und sich auf den ganzen Nachlaß bezieht[25a]), hemmt die Execution gegen den Erben, und die Gläubiger und Legatarien müssen den Ausgang abwarten, hindert sie aber weder an der Beschlagnahme der Masse im Wege des Arrestes[26]), noch ist sie ihnen präjudicirlich, vielmehr bleibt ihnen der Nachweis unbenommen, daß der Erbe der Rechtswohlthat verlustig. VII. Das richterliche Erkenntnis, welches den Erben der Rechtswohlthat verlustig erklärt, wirkt wie ein Präjudicium[27]).

§. 867.

4. Transmission der Erbschaft.

Weil die Delation und die Erwerbung der Erbschaft auf denselben Zeitpunkt zusammenfallen, so gilt die s. g. transmissio ex capite suitatis des R. R. im Pr. R. als allgemeine Regel[1]). Stirbt also der Erbe während der Ueberlegungsfrist, so geht sein Recht unverändert auf seine Erben über, diese haben mithin, gleich ihrem Erblasser, freie Wahl: ob sie die Erbschaft behalten oder ausschlagen wollen (transmissio Justinianea)[1a]). Dazu haben sie nicht

22) A. L.R. a. a. O. §§. 444, 445.

23) Deshalb haftet er auch für die Kosten der Processe, die er als Erbe führt; doch kann er sie, wenn die Masse nicht zureicht, in Rechnung bringen. Vergl. den Rechtsfall in der Jur. Wochenschrift 1843, Col. 233 ff.

24) So verlangt es die L. 22, §§. 4 — 9 C. de jure deliberandi (VI, 30).

25) A. L.R. a. a. O. §§. 452 — 456. S. o. §. 504, I.

25a) (3. A.) Conc.Ordn. v. 8. Mai 1855, §. 342. War vorher streitig.

26) V. I vom 4. März 1834, §. 2; Concursordn. §. 345.

27) A. L.R. a. a. O. §. 429.

1) Ebend. §. 370. Den besondern Grund der röm. Ausnahme hinsichtlich des Suus s. o. §. 812, Note 7.

1a) L. 19 C. de jure deliberandi (VI, 30)

bloß die noch übrige Deliberationsfrist, sondern die ganze Ueberlegungsfrist, welche ihnen wegen der eigenen Verlassenschaft ihres Erblassers zusteht[2]).

§. 868.

5. Legitimation der Erben.

Wenn der Erbe die Erbschaft angenommen oder behalten zu wollen erklärt hat, ist er noch nicht in der Lage, darüber zu verfügen, vielmehr hat er, um dahin zu gelangen, sich noch erst zu legitimiren, ein Erfordernis, welches nur dem Pr. R. eigenthümlich ist und auf dem Legalitätsprincip beruhet, vermöge welches der Richter von Amts wegen auf die Zuständigkeit der Privatrechte, worüber jemand verfügen will, sehen soll. Nach G. R. und nach andern europäischen Rechten fragt keine Behörde nach der Legitimation dessen, welcher als Erbe eines Verstorbenen über dessen Verlassenschaft verfügen will, und wer sich als Erbe gerirt, kommt nicht eher in den Fall sein Erbrecht nachzuweisen, als bis ihm dasselbe bestritten wird und er von der Erbschaftsklage Gebrauch macht oder er sich gegen den Erbanspruch eines andern behaupten will. Ganz anders nach Pr. R. Dieses verlangt, daß der Erbprätendent gleichsam die hereditatis petitio mit dem Richter durchmache, indem dieser als Besitzer der Erbschaft auftritt. Zwar ist in den meisten Fällen der Prätendent selbst im Besitze, denn der Richter darf, außer den bestimmten Fällen, die Erbschaft nicht in seine Gewahrsam nehmen; der Erbe kann mithin über die Erbschaft und die einzelnen Stücke thatsächlich wohl verfügen, was hinsichtlich der körperlichen Mobilien für das Bedürfnis auch ausreicht. Allein über Immobilien, Hypotheken und Gerechtigkeiten kann er keine Rechtshandlungen vornehmen, weil hierzu die Mitwirkung des Richters erfordert wird. Dadurch wird er mittelbar gezwungen, sich auch in dem Falle, wo der Richter die Erbschaft nicht in seine Gewahrsam genommen hat, mit ihm in ein processualisches Verfahren einzulassen, in welchem er keinen andern Gegner als den urtheilenden Richter selbst hat. I. Die Fälle, in welchen der Richter die Verlassenschaft eines Verstorbenen durch Versiegelung oder andere angemessene Anstalten von Amts wegen in seine Gewahrsam zu nehmen hat, sind: 1) Wenn sich zu dem Nachlasse bald nach dem Tode des Erblassers niemand meldet;

2) A. L. R. a. a. O. §. 397. Diese Abweichung von der L. 19 all. ist vorbedacht und folgerichtig. Der Grund der Transmission ist nach Pr. R. ein anderer als nach jener Verordnung Justinian's.

2) wenn keiner von den bekannten oder vermuthlichen Erben anwesend ist; 3) wenn Minderjährige oder andere Unfähige sich unter denselben befinden und kein hinterbliebener Ehegatte in der Sterbewohnung gegenwärtig ist; 4) wenn die vermuthlichen Erben Ausländer sind; 5) wenn besondere Zeit- oder andere Umstände es nach dem Ermessen des Richters nothwendig machen, mit vorzüglicher Sorgfalt zu bewirken, daß der Nachlaß in dem Stande, worin er sich zur Zeit des Todes befindet, erhalten werde [3]). Ein schriftliches oder dem Richter zu Protokoll gegebenes Verbot des Erblassers hindert auch in diesen Fällen die Siegelung, ausgenommen wenn sich Umstände hervorthun, nach welchen nicht vorhergesehene Gefahr zu besorgen ist, besonders wenn die Person, mit Beziehung auf welche die Siegelung verboten worden, nicht mehr am Leben oder nicht am Orte zugegen ist [4]). Außer diesen Fällen findet die Siegelung statt: 1) Auf Antrag eines Erbinteressenten und zwar so lange noch kein Besitzer der Erbschaft vorhanden, ohne weitere Erörterungen, später aber, nachdem sich schon jemand als Erbe in den Besitz des Nachlasses gesetzt hat, nur unter den Voraussetzungen eines Arrestschlags [5]); 2) auf Antrag eines Erbschaftsgläubigers sowie auf Antrag eines Gläubigers des Erben oder eines Miterben, unter denselben Voraussetzungen [6]). II. Der unter Sperre genommene Nachlaß wird nur demjenigen verabfolgt, welcher sich als den wahren und einzigen Erben dem Richter ausweist [7]). Von drei Fällen muß einer eintreten. 1) Der muthmaßliche Erbe ist seiner Person, aber nicht seinem Aufenthalte nach bekannt. In diesem Falle wird derselbe und dessen nächste Verwandte, nach Verlauf von drei Monaten nach dem Tode des Erblassers, durch öffentliche Bekanntmachung ohne Präjudiz aufgefordert sich zu melden, und zugleich wird ihm von dem Richter seines letzten bekannten Wohnorts ein Abwesenheitsvormund bestellt, welcher die Legitimation zu führen und für die Verwaltung der Erbschaft zu sorgen hat. Der endliche Ausgang ist entweder die Rückkehr oder die Todeserklärung

---

3) A. L.R. a. a. O. §§. 460—462; II, 18, §§. 354, 371; A. G.O. II, 3, §§. 4, 5. Anh. §. 432. Den im Sterbehause anwesenden Verwandten oder Hausgenossen des Verstorbenen und dem Hauswirthe liegt ob, bei eigener Vertretung, dem Richter den Sterbefall anzuzeigen. §. 23 das.

4) A. L.R. II, 18, §§. 372—375.

5) A. G.O. II, 5, §§. 8—10. Ein processualisches Arrestverfahren findet in der Regel nicht statt, sondern die Sache wird gewöhnlich in das Geleise der Nachlaßregulirung gebracht.

6) A. L.R. a. a. O. §§. 11—13; I, 9, §. 387.

7) Ebend. I, 9, §§. 482, 483, 486, 492.

des Abwesenden[8]). 2) Der muthmaßliche Erbe ist auch nach seiner Person unbekannt. Dann wird dem Nachlasse ein Curator bestellt, und die Erbschaft öffentlich aufgeboten (§. 808, VI). 3) Es meldet sich ein Erbe. Dieser „muß sein Erbrecht dem Richter gehörig nachweisen“[9]). Gründet er solches auf ein Testament oder auf einen Erbvertrag, so hat er bloß die Urkunde darüber vorzulegen. Will er Intestaterbe sein, so muß er den Grad seiner Verwandtschaft mit dem Erblasser durch Kirchenzeugnisse und, wenn solche nicht herbeizuschaffen sind, durch andere Beweismittel nachweisen (§. 42, III). Bei dieser Beweisführung tritt nun der Uebelstand ein, daß der Richter selbst die Stelle eines Gegners einnehmen soll. Man hilft sich damit, daß man in zweifelhaften Fällen dem Nachlasse einen Curator bestellt und mit diesem den Prätendenten seine Verwandtschaft contradictorisch ausmachen läßt (§. 808, VI). a) Ist das Verwandtschaftsverhältnis festgestellt, so muß noch nachgewiesen werden, daß keine näheren oder gleich nahen Verwandten vorhanden sind. Der Richter soll prüfen: ob Grund sei zu vermuthen, daß noch nähere oder gleich nahe Verwandte vorhanden. Finden sich solche Vermuthungen, so wird darüber zwischen dem Prätendenten und dem Curator verfahren[10]). Nach Befinden des Richters muß der Prätendent, zur Ergänzung seiner Legitimation, noch ein öffentliches Aufgebot aller derjenigen, welche ein näheres oder gleich nahes Erbrecht zu haben vermeinen, ausbringen. Meldet sich darauf niemand, und schwört der Prätendent, daß er die von ihm angezeigten Bemühungen, um den Aufenthalt näherer oder gleich naher Verwandten des Erblassers zu entdecken, wirklich angewendet, dennoch weder vor noch nach erlassener Citation davon Nachricht erhalten habe, so wird, der zu erlassenden Warnung wegen des Ausbleibens gemäß, erkannt: daß alle unbekannten Erben mit ihren Ansprüchen an den Nachlaß zu präcludiren, der Extrahent für den rechtmäßigen Erben zu erachten, ihm, als solchem, der Nachlaß zur freien Verfügung zu verabfolgen; und der sich etwa später noch meldende nähere, oder gleich nahe Erbe alle seine Handlungen und Verfügungen anzuerkennen und zu übernehmen schuldig; von ihm weder Rechnungslegung noch Ersatz der gehobenen Nutzungen zu fordern

8) Ebend. §§. 465—470. Die öffentliche Bekanntmachung hat nur einen factischen Zweck.

9) Ebend. §§. 482, 483.

10) Ebend. §§. 485, 487. Das geschieht natürlich alles auf eigene Kosten des Erben. Es wird ihm dadurch also, ohne daß er einen Widersacher hat, ein Theil des Seinigen von Amts wegen entzogen.

berechtigt, sondern sich lediglich mit dem, was alsdann noch von der Erbschaft vorhanden, zu begnügen verbunden[11]). Dieses Urtel, wenn es rechtskräftig, legitimirt den Prätendenten vollständig. b) Ist gewiß, daß nähere oder gleich nahe Verwandte vorhanden gewesen sind, aber ungewiß: ob dieselben noch am Leben; so entscheidet die Vermuthung über die wahrscheinliche Lebensdauer eines Menschen (§. 43, Nr. 2). c) Finden sich keine dergleichen Vermuthungen, so ist von allen sich meldenden Erben an Eidesstatt zu versichern, daß ihnen keine näheren oder gleich nahen Verwandten des Erblassers bekannt sind[12]). Darauf fertigt der Richter den Erben eine Legitimationsurkunde (Erbeslegitimationsattest) aus[13]). d) Ist nicht Verwandtschaft sondern Ehe der Grund des Erbrechts, so hat der hinterbliebene Ehegatte seinen Trauschein vorzulegen und, wenn von Blutsverwandten des Verstorbenen keine Nachricht vorhanden ist, zu seiner Legitimation als alleinigen Erben bloß an Eidesstatt zu versichern, daß ihm keine Verwandten des Erblassers bekannt seien; eines Aufgebots soll es nicht bedürfen[14]).

§. 869.

II. Bei einer Singularsuccession.

Auch hierbei ist der Anfall von der Erwerbung zu unterscheiden. Es gilt aber schon im R. R. der Grundsatz, daß in der Regel das Erbrecht aus einer Singularsuccession mit der Delation ipso jure erworben wird[1]), doch so, daß jeder die ihm erworbene Succession ganz, niemals bloß theilweise, zurückweisen (repudiiren) darf, welches dann die Wirkung hat, als wenn sie niemals deferirt

---

11) Ebend. §. 488. — A. G.O. I, 51, §§. 148—153.

12) A. L.R. I, 9, §. 486. Diese Bestimmung verursacht unendliche Schwierigkeiten und eine große Menge Kosten, wenn die Erben zahlreich und zerstreut sind, ja es ist in vielen Fällen, wo sie sich zum Theil im Auslande aufhalten, oder wenn einzelne wegen ihrer Verschuldung oder wegen bereits erhaltener Abfindung kein Interesse mehr dabei haben, ganz unmöglich, diese Versicherungen zu erlangen. Dadurch werden oft Jahre lang die Erben an der Verfügung über ihre Erbschaft verhindert, und zuletzt wird doch nicht der Bestimmung entsprochen, sondern der Knoten zerhauen.

13) Hyp.Ordn. Tit. II, §. 72. (3. A.) Das competente Gericht dazu ist das Erbschaftsgericht. Ausnahmsweise soll der Realrichter zu dem Legitimationsverfahren dann competent sein, wenn der Erblasser ein Ausländer ist und das ausländische Erbschaftsgericht ein Legitimationsattest zu ertheilen ablehnt. R. des J. M. v. 7. Decbr. 1840 (J. M. Bl. 1841. S. 71).

14) Anh. z. A. L.R. (I, 9, §. 477) §. 11. — R. v. 12. Febr. 1798 und die Anfrage der Westpr. Reg. v. 30. Januar 1798 (Rabe, Bd. V, S. 40).

1) Gajus, II, §. 195. — L. 81, §. 6 D. de leg. I; L. 77, §. 3 D. de leg. II; L. 6 C. quando dies legati vel fideicommissi cedit (VI, 53).

worden wäre[2]). Die Delation geschieht mit dem Tode des Erblassers, mithin ist in der Regel der Todestag auch der Zeitpunkt des Erwerbs (dies legati cedit)[3]). Eine Ausnahme machen die bedingten Legate, bei welchen erst mit dem Eintritte der Bedingung dies cedit[4]). Diese Sätze des R. R. sind im Pr. R. unverändert beibehalten[5]). Aber in einer andern Hinsicht weicht dieses von jenem ab. Was nemlich nach R. R., mit dem Augenblicke des Anfalls, zugleich ipso jure erworben wird, ist bloß das jus successionis oder jus legati. Davon unterscheiden die röm. Juristen den Inhalt oder Gegenstand desselben: zu dessen Erwerb kann es, da die Singularsuccession auf einer Universalsuccesssion beruht und eine delibatio hereditatis ist, wobei der Erbe mitzuwirken hat, erst nach dem Erwerbe der Erbschaft kommen. Damit verhält es sich im Pr. R. anders. Die Verfasser des A. L.R. unterscheiden nicht zwischen der Erwerbung des jus legati und der dessen Inhalts[6]). Da jedoch in der Wirklichkeit der Erwerb des Gegenstandes von so wichtigen Voraussetzungen abhängt, daß dabei der Erbe, ohne dessen Rechte zu verletzen oder gar zu vernichten, unmöglich bei Seite gesetzt werden kann: so wird der Erfolg jenes Unterschiedes durch das positive Verbot der eigenmächtigen Besitznahme zu erreichen gesucht, so daß also der Vermächtnisnehmer doch nur durch den Erben zum Besitze und Genusse seiner Sachen und Rechte soll gelangen dürfen[7]). Für die Ausschlagung einer Singularsuccession gibt es keine Fristbestimmung.

Zweites Capitel.

Vom Verluste der Erbschaft.

§. 870.

1. Gründe des Verlustes.

Das ältere R. R. kannte zwei Gründe, aus welchen eine giltig deferirte und erworbene Succession wieder entzogen wurde: die

2) L. 38 pr., §. 1 D. de leg. I; L. 4, 6, 58 D. de leg. II; L. 44, §. 1; L. 69 pr.; L. 86, §. 2 D. de leg. I.

3) L. 5 pr., §. 1 D. quando dies legat. (XXXVI, 2); Ulpian, XXIV, §§. 30, 31; L. un., §. 1, 5 C. de caducis tollendis (VI, 50).

4) L. 5, §. 2 D. quando dies leg. (XXXVI, 2); L. 41 D. de condit. et demonstrat. (XXXV, 1); Ulpian, XXIV, §. 31; L. un., §. 7 C. de cad. toll. (VI, 53).

5) A. L.R. I, 12, §§. 288, 366, 372, 478, 482—484. S. o. §. 829, I.

6) A. L.R. a. a. O. §. 288: „Das Eigenthum der in einem Testamente jemandem zum Legate ausgesetzten Sachen und Rechte geht — mit dem Todestage des Erblassers auf den Legatarium über."

7) A. L.R. I, 12, §. 311. Vergl. I, 9, §§. 358, 359. S. oben §. 824, I.

Unfähigkeit (Incapacität) und die Unwürdigkeit (Indignität). Die Incapacität bezog ſich nur auf teſtamentariſche Succeſſionen und gilt im Juſtinianeiſchen Rechte nicht mehr; und die in demſelben aufgekommenen neuen Fälle der Incapacität, nemlich die Unfähigkeit der Kinder eines Hochverräthers[1]), der Ketzer[2]) und der Abtrünnigen[3]), haben nicht Eingang in das Pr. R. gefunden. Dagegen ſind folgende Fälle der Unwürdigkeit beibehalten: 1) Wer den Erblaſſer an ſeiner freien Verfügung hindert, verliert ſeine dadurch erlangte Succeſſion[4]). Dahin gehört: a) Wer die Errichtung eines Teſtaments hindert, verliert die Inteſtaterbfolge und auch die Succeſſion aus einem ſchon vorhin errichteten Teſtamente[5]). b) Wer die gerichtliche Uebergabe eines ſchon gefertigten Teſtaments hindert, verliert gleichfalls ſeine Succeſſion und muß die Bedachten entſchädigen[6]). c) Wer den Widerruf eines errichteten Teſtaments durch Zwang oder Betrug hindert, verliert die ihm darin zugedachte Succeſſion und muß diejenigen, zu deren Beſten der Widerruf geweſen ſein würde, entſchädigen[7]). d) Wer jemand zur Errichtung eines Teſtaments zwingt oder betrüglich verleitet, verliert auch die Inteſtatſucceſſion oder wird, wenn er kein geſetzliches Erbrecht hat, mit einer öffentlichen Strafe belegt[8]). 2) Wer eine letztwillige Verfügung verheimlicht, verliert alle ihm darin zugedachten Vortheile zum Beſten des Teſtaments- oder Inteſtaterben[8a]) und wird mit Gefängnis und zugleich mit Geldbuße beſtraft[9]). 3) Folgende Fälle der Impietät des Erben gegen den Erblaſſer: a) Wenn der Erbe oder Legatarius durch Vorſatz oder grobes Verſehen den Tod des Erblaſſers verurſacht und von dem Erblaſſer nicht Verzeihung erhalten hat,

---

1) L. 5, §. 1; L. 3 C. ad leg. Jul. majestatis (IX, 8).
2) L. 4, §. 2; L. 19 pr. C. de haereticis (I, 5).
3) L. 3 C. de apostatis (I, 7).
4) L. 19 D. de his quae ut indignis (XXXIV, 9); Tit. D. si quis aliquem testari prohib. (XXIX, 6); Tit. C. id. (VI, 34); L. 1 D. quibus non competit (XXXVIII, 13).
5) A. L.R. I, 12, §. 605. Bezieht ſich nicht auf Codicille.
6) Ebend. §. 606. Iſt bloße Caſuiſtik; Grundſatz iſt die Verhinderung der giltigen Teſtamentserrichtung; wie ſie ausgeführt wird, iſt gleichgiltig.
7) Ebend. §. 607. — Pr. des Obertrib. vom 9. Juni 1856 (Entſcheid. Bd. XXX, S. 57).
8) A. L.R. a. a. O. §§. 609, 610. Vergl. I, 3, §. 35. Das neue Strafgeſetzbuch hat dafür kein paßliches Fach. Der Verf. hat das Pr. R. nicht recht in ſeiner Gewalt gehabt, oder nicht beachten wollen, wodurch denn die ſo nöthige Principieneinheit im Rechtsſyſtem nichts gewonnen hat.
8a) Nach R. R. nahm es der Fiscus.
9) A. L.R. a. a. O. §. 608; II, 16, §§. 17, 18; Strafgeſ.B. §. 243, Nr. 7. — Vergl. L. 26 D. de lege Cornelia (XLVIII, 10); L. 25 C. de legatis (VI, 87).

so verliert er die ihm zugedachten Vortheile[10]; b) wenn der Intestaterbe den in Noth und Elend gerathenen Erblasser zu ernähren auf ausdrückliche Aufforderung dazu und bei eigenem Ueberflusse sich geweigert hat, so verliert er sein Erbrecht zum Vortheil dessen, der sich des Erblassers dauernd angenommen hat (§. 854, II). 4) Einer der Fälle der Impietät gegen den Erblasser nach dessen Tode, nemlich: wenn der im Testamente ernannte Vormund sich excusirt, so soll er die ihm im Testamente zugedachten Vortheile verlieren, wenn er nicht beweist, daß ihm solche dennoch zugewendet worden sein würden[11]. 5) Wenn der Erbe mit dem Erblasser in einer verbrecherischen Geschlechtsverbindung gestanden, namentlich Ehebruch oder Blutschande betrieben hat, so ist er unwürdig, vorausgesetzt daß durch den Ehebruch die Trennung einer Ehe verursacht worden, oder der Erblasser sonst des Verbrechens gerichtlich überführt worden ist und keine Ehe zwischen den Ehebrechern, nach vorher erlangter Dispensation, geschlossen worden ist (§. 818, I, 3). Die übrigen im R. R. noch vorkommenden zahlreichen Fälle der Indignität sind nicht anerkannt und gelten auch nicht in Folge von allgemeinen Grundsätzen[12].

§. 871.

2. Bedingung und Folgen der Entziehung.

Die Bedingung der Entziehung ist, daß die Succession giltig deferirt und erworben sein muß. Die Folge der Entziehung war nach R. R., daß der Erbe ipso jure Erbe blieb und nur thatsächlich so behandelt wurde, als wenn er es nicht wäre, indem die Klagen ihm versagt und dem Fiscus übertragen wurden, welcher per universitatem in die ereptoria[13] succedirte und daher Schulden und Legate bezahlte[14]. Eine Folge davon, daß das Erbrecht des Erben ipso jure nicht für aufgehoben galt, war, daß die von selbst eingetretenen rechtlichen Wirkungen nicht wieder wegfielen, z. B.

10) A. L.R. a. a. O. §§. 599, 600. — L. 3 D. de his quae ut indignis (XXXIV, 9); L. 10 C. eod. (VI, 35); L. 7, §. 4 D. de bonis damnator. (XLVIII, 20).

11) A. L.R. II, 18, §§. 218, 219. — L. 5, §. 2 D. de his quae ut indignis (XXXIV, 9); L. 28, §. 1; L. 32 D. de excusat. (XXVII, 1).

12) Ueber die Frage: ob der, welcher den letzten Willen des Erblassers erfolglos angefochten hat (Paulus, IV, 5, §. 10; L. 8, §. 14 D. de inoff. testam. [V, 2]), nach dem A. L.R. unwürdig sei, s. Gründler und Amelang's Archiv, Bd. II, S. 17 flg. Wird natürlich verneint.

13) Ereptorium, vulgo ereptitium, wird von Ulpian., Fragm. XIX, §. 17, dem caducum entgegengesetzt.

14) L. 18, §. 1; L. 16, §. 2 D. de his quae ut indignis (XXXIV, 9).

die Forderungen, welche durch den Erwerb der Erbschaft confundirt worden waren, durch die Ereption nicht restituirt wurden [15]). Anders nach Pr. R. Die Caduca (die übrigens im Pr. R. nicht vorkommen) und die Ereptoria fallen nicht dem Fiscus zu [16]), sondern demjenigen, zu dessen Gunsten die Einziehung geschieht, oder zu Gunsten des gesetzlichen oder sonst berufenen Erben, auch ist es nach Pr. R. so anzusehen, daß dem Unwürdigen das Recht selbst ganz entzogen wird, so als wenn es ihm nie angefallen gewesen wäre, daher er auch von seinen eigenen, zur Erbschaft gehörigen, Schulden nicht befreit ist.

Zweite Abtheilung.

Von dem Rechte oder dem Inhalte der Succession.

Erstes Capitel.

Von den Rechten der Universalsuccession.

I. Im allgemeinen.

§. 872.

Das Recht der Succession hat eine doppelte Beziehung: es ist ein Recht auf die Erbschaft als Ganzes, welches wesentlich darin besteht, daß der Erbe die Persönlichkeit des Erblassers in Ansehung der Vermögensrechte desselben vorstellt [1]); und vermöge dieser Bedeutung zugleich ein Recht auf alle in dem Ganzen begriffenen Sachen und Rechte mit dem daran haftenden Lasten und Pflichten hat. Die beiden Rechte, nemlich das Recht auf den Inbegriff und das auf die einzelnen Sachen sind zu unterscheiden; sie bestehen auch nach der Besitznahme der Erbschaft in der Vorstellung nebeneinander fort, wie sich an den Rechtsmitteln, namentlich an der Erbschaftsklage (hereditatis petitio) zeigt, welche nicht dazu gebraucht werden kann, einzelne Gegenstände der Erbschaft einzufordern [2]). I. Das Recht auf die Universitas, nicht bloß als ein dingliches Recht im gewöhnlichen Sinne, sondern als ein Recht eigenthümlicher Art von dinglichem Charakter zu betrachten, kann von dem Erben weiter auf

15) L. 8, 17, 18, §. 1 D. eodem.

16) A. L.R. II, 16, §. 18. Hier ist der Unfähigkeit, die doch im Sinne des R. R. nicht vorkommt, und der Unwürdigkeit gedacht.

1) Vergl. die Nov. 148 pr. Im A. L.R. ist der Satz nicht ausdrücklich ausgesprochen, er wird jedoch von der Praxis nicht bezweifelt. Schles. Archiv, Bd. IV, S. 13.

2) Vergl. A. L.R. I, 9, §§. 618, 619.

einen andern, mittelst eines Geschäfts unter Lebenden, übertragen werden (§. 526, II, 5 und §. 682), und zwar der Substanz nach, was dem R. R. fremd ist. Dieses kennt zwar ebenfalls einen Erbschaftskauf, aber dadurch entsteht bloß die Verbindlichkeit des Verkäufers, das Eigenthum der einzelnen Sachen auf den Käufer zu übertragen (§. 682), mit Ausnahme des Falles, wenn der Fiscus Verkäufer ist: dessen Abkäufer wird als wirklicher Erbe (successor per universitatem) angesehen [3]). II. Durch die Universalsuccession tritt der Erbe in der Regel in alle einzelnen, in dem Vermögensinbegriffe enthaltenen einzelnen Rechte ipso jure, doch gibt es auch unter den Vermögensrechten einzelne höchst persönliche Rechte, welche nicht übergehen. Zu den Stücken eines Vermögens gehören: 1) Eigenthum körperlicher Sachen. Solches geht vollständig auf den Erben von selbst über, so daß er den Gegenstand mit der Vindicationsklage einfordern kann. 2) Besitz. In dieser Hinsicht findet sich eine Verschiedenheit zwischen dem R. und Pr. R. Der Besitz körperlicher Sachen geht durch die Erwerbung der Erbschaft nicht auf den Erben über, weil derselbe auf einem thatsächlichen Zustande, der Gewahrsam, beruhet, welcher nicht durch eine juristische Handlung hervorgebracht werden kann; der Erbe muß daher den Besitz für sich besonders erwerben, und dieser Besitz ist eigentlich keine Fortsetzung des Vorigen [4]). Daraus müßte die Unterbrechung der Ersitzung folgen; allein zum Behufe der Ersitzung wird die Fortdauer des Besitzes, während der Ueberlegungsfrist, bis dahin, wo der Erbe solchen wirklich erwirbt, fingirt und der Besitz des Erben wird in dieser Beziehung für eine Fortsetzung des Besitzes des Erblassers angesehen [5]). Bis hierher stimmen beide Rechte überein. Allein die weitere, im R. R. anerkannte Folge, daß hinsichtlich der Bedingungen der Ersitzung nicht auf den Besitzerwerb des Erben, sondern auf den des Erblassers gesehen wird, gilt nach Pr. R. nicht, vielmehr kann der Erbe, wenn er unredlicher Besitzer ist, die Ersitzung nicht fortsetzen, so wie umgekehrt, wenn er redlicher Weise

3) L. 54 pr. D. de hered. petit. (V, 3); L. 1 C. de hered. vend. (IV, 39).

4) A. L.R. I, 9, §§. 368, 370. — L. 23 pr. D. de acquir. poss. (XLI, 2); L. 1, §. 15 D. si is qui testam. liber. (XLVII, 4).

5) A. L.R. a. a. O. §§. 613, 616. — L. 31, §. 5; L. 40, 44, §. 3 D. de usucap. (XLI, 3); L. 6, §. 2 D. pro emtore (XLI, 5). In keiner andern Beziehung wird angenommen, daß der Erbe, ohne körperliche Besitzergreifung, Besitz habe. Deshalb hat er auch nicht die possessorische Klage auf Wiederherstellung oder Schutz des Besitzes, wenn die Störung seines Rechts zum Besitze vor der Besitznahme der Erbschaft vorgefallen ist. Plenarbeschl. (Pr. 2161) vom 7. November 1849 (Entsch. Bd. XVIII, S. 3).

den Besitz erwirbt und die Sache nur nicht geraubt oder gestohlen ist, eine Ersitzung für sich ohne weiteren Titel, also pro herede, anfangen [6]). 3) Jura in re gehen ohne weiteres über und der Erbe hat die entsprechende dingliche Klage. 4) Die Obligationen gehen, soweit sie nicht ausnahmsweise durch den Tod des Erblassers erlöschen (§. 520), gleichfalls ipso jure auf den Erben über. Die Passivobligationen (Schulden) übernimmt der Erbe in solidum, daher die Gläubiger auch das eigene Vermögen des Erben angreifen können [7]). Davon gilt jedoch eine doppelte Ausnahme: die eine liegt in der Rechtswohlthat des Inventariums (§. 866, V), die andere in dem den Erbschaftsgläubigern zustehenden Rechte der Separation [8]). 5) Auch ein Erbrecht, welches der Erblasser erworben hat, ohne noch die Erbschaft in Besitz genommen zu haben, geht als ein Vermögensrecht mit über [9]). III. Mehrere Miterben haben das Recht auf das Ganze nach Verhältnis ihrer Erbportion [10]). Dieses wird zwar nach R. R. auch auf die einzelnen Gegenstände, soweit sie an sich theilbar sind, übertragen, so daß an körperlichen Sachen für alle Miterben ein Miteigenthum zu individuellen Theilen pro parte hereditaria entsteht, worüber jeder verfügen kann. Allein das Pr. R. nimmt ein solches Miteigenthum der Miterben zu bestimmten Theilen an den einzelnen Stücken nicht an und gestattet mithin auch keine Verfügung des einzelnen über einzelne Sachen oder Antheile daran, vielmehr muß das Theilungsverfahren abgewartet werden [11]).

II. Besondere Verhältnisse.

1. Verhältnis der Erben zu Dritten.

§. 873.

a) Das Allgemeine.

Das Erbrecht oder das Recht des Erben auf das Ganze kann wegen seines dinglichen Charakters möglicherweise von jedem Dritten verletzt und muß deshalb auch gegen jeden Dritten geschützt

6) A. L.R. a. a. O. §§. 613—615, 617—619.

7) Ebend. §§. 418, 419. Unter mehrere Miterben sind jedoch, gegen die Regel, die Passiva ipso jure getheilt. Vergl. Pr. 727, vom 19. August 1839 und Pr. 938, vom 10. October 1840.

8) A.G.O. II, 5, §. 12. — S. oben §. 493, A, I.

9) A. L.R. I, 9, §. 370. — L. 3 D. de hered. petit. (V, 3); L. 7, §. 2 D. de acquir. vel omitt. hereditate (XXIX, 2).

10) A. L.R. a. a. O. §. 382.

11) Schlesisches Archiv, Bd. IV, S. 16.

werden. Nach Analogie der Schutzmittel gegen Verletzungen dinglicher Rechte an einzelnen Sachen ist die ordentliche Klage die Erbschaftsklage, eine Species der Vindicationsklage, hinsichtlich welcher sich das Pr. R. an das R. R. anschließt. Ein der Publicianischen Klage entsprechendes Rechtsmittel gibt es für die Erbschaft nicht mehr, die prätorische h. p. possessoria ist im Justinianeischen Rechte nicht mehr gebräuchlich. Außer der Klage und dem im neuern R. unpraktischen interdicto quorum bonorum gibt das R. R. noch für gewisse Fälle provisorische Rechtsmittel (missiones in possessionem), wovon das remedium ex lege ultima Codicis de edicto D. Hadriani tollendo und die bonorum possessio ventris nomine im Pr. R. noch übrig sind.

§. 874.

b) Erbschaftsklage (hereditatis petitio).

Arndts, über das Wesen der hereditatis petitio, in Dessen Beiträgen zum Civilrechte und Civilproceſſe (Bonn 1837), S. 1 flg. — Roßhirt, das testamentarische Erbrecht (Heidelberg 1840), Bd. II, S. 1 flg. — Fabricius, Bemerkungen über die hereditatis petitio; im Rhein. Museum, Bd. IV, S. 165 flg. — Buchholz, juristische Abhandlungen (Königsberg 1833), Nr. 1. — Korte, über die dem Erben zustehenden Rechtsmittel, in Ulrich's Archiv, Bd. VI, S. 117 flg.

Diese Klage ist das ordentliche Rechtsmittel des Erben, wodurch er sein Recht auf das Ganze, das jus successionis, gegen jeden Dritten, welcher das Recht thatsächlich verletzt, geltend macht. Sie ist nach dem Muster der Eigenthumsklage gebildet und wird auch hereditatis vindicatio genannt[1]), aber unter dem Namen einer actio in rem de universitate der Vindicationsklage als einer actio in rem specialis entgegengesetzt[2]). In manchen Beziehungen ist sie aber auch den persönlichen Klagen darin ähnlich, daß sie auf persönliche Leistungen des Beklagten geht, nemlich in Fällen, wo derselbe als Erbschaftsbesitzer in gutem Glauben sich bereichert hat[3]); sie ist hierin also der condictio sine causa neben der Reivindication (§. 642, §. 239, II, 3, a) ähnlich. Sie hat mit der Reivindication (§. 239) gleiche Schicksale gehabt[4]). Die pr. Gesetzgebung erwähnt dieser

1) L. 8 D. de hered. petit. (V, 3); L. 19 i. f. D. de inoff. testam. (V, 2); L. 3 D. expil. hered. (XLVII, 19); Gajus, II, §. 120.

2) L. 1 pr.; L. 27, §. 3 D. de reivind. (VI, 1); L. 7 C. de hered. pet. (III, 31).

3) L. 25, §. 18; L. 16 pr. §§. 1, 3—7; L. 13, §. 15; L. 14, 15 D. de hered. pet. (V, 3). Hierauf bezieht sich die „mixta personalis actio" in der L. 7 C. eod.

4) Gajus, IV, §§. 91—95. — Cicero in Verrem, I, 45.

Klage nirgend; was darauf bezogen werden kann, ist die Bestimmung, daß auch der Eigenthümer eines Rechts dieses sein Eigenthum gegen jeden Anmaßer desselben verfolgen kann, daß aber die Frage: in wiefern die darunter begriffenen Befugnisse nur gegen gewisse Personen, oder auf gewisse Sachen oder gegen jeden Besitzer derselben ausgeübt werden können, nach der Natur und Beschaffenheit des Rechts zu beurtheilen[5]). Hier ist das Recht auf ein Ganzes, als Gegenstand der Eigenthumsverfolgung, verschieden gedacht von den darunter begriffenen einzelnen Befugnissen. Danach wird die Vindicationsklage in ihrer Anwendung auf eine Erbschaft von der gewöhnlichen Reivindication nicht weiter unterschieden, doch aber ist der aus ihrem Gegenstande sich von selbst ergebende Unterschied, wonach dabei bloß auf das Recht als Ganzes, nicht auf die darunter begriffenen einzelnen Gegenstände zu sehen, hervorgehoben, womit auch die wesentlichen Eigenthümlichkeiten der Erbschaftsklage anerkannt sind. Diese treten jedoch in der Gerichtspraxis nicht so deutlich hervor, weil die Gerichte sich des Erbregulirungswesens und der Gewahrsam der Erbschaften (§. 866) als einer Staatsangelegenheit von Amts wegen bemächtigen, daher in den Erbstreitigkeiten meistentheils nicht zu bestimmen ist: wer als Kläger und wer als Beklagter anzusehen[6]). Abgesehen hiervon und von den Fällen, wo keine Partei, sondern der Richter die Erbschaft in Gewahrsam hat, sind die besondern Grundsätze der Erbschaftsklage im wesentlichen wie nach R. R. I. Bedingungen. 1) In der Person des Klägers ist das erworbene Erbrecht die Hauptbedingung; der Kläger muß dasselbe beweisen, d. h. in der preuß. Rechtssprache: er muß seine Erbeslegitimation führen. Mit derselben Klage klagt sowohl der Alleinerbe (ex asse) als der Miterbe; der letztere fordert einen ideellen, nicht einen reellen Theil der Erbschaft[7]), die wirkliche Abtheilung geschieht demnächst durch das Theilungsverfahren (familiae erciscundae)[8]). Wird der Kläger mit seiner auf einen bestimmten Delationsgrund gestützten Klage abgewiesen, so hindert das nicht, die Erbschaft von neuem aus einem andern Grunde zu fordern[9]). 2) In der Person des Beklagten wird vorausgesetzt, daß er das Erbrecht des Klägers bestreite und, wenn nicht das Ge-

5) A. L.R. I, 15, §§. 3, 5, vergl. mit I, 9, §§. 368, 350, 351 und I, 2, §§. 33, 34.
6) A.G.O. I, 46, §§. 3, 6.
7) L. 1, §§. 1—4 D. si pars hereditatis petatur (V, 4).
8) A.G.O. I, 46, §§. 8 flg. — L. 7, 8 D. eodem.
9) L. 3 C. de hereditatis petitione (III, 31).

richt die Erbschaft in Gewahrsam hat, daß er dasselbe thatsächlich durch Vorenthaltung der dazu gehörigen Gegenstände oder auch nur einzelner wenn noch so geringer Stücke verletze[10]). Ist die Erbschaft hinter dem Richter, so genügt das bloße Bestreiten. Gleichgiltig ist, in Beziehung auf die Anwendbarkeit der Klage: ob der Beklagte pro herede (unter dem Vorwande, selbst Erbe zu sein), oder pro possessore besitze[11]), wenn er nur das Erbrecht des Klägers bestreitet; thut er dies nicht, so muß der Erbe eine andere Klage, etwa die Reivindication, gebrauchen[12]). Aber in Beziehung auf die Legitimation (den Beweis) ist es bei dem bloßen Besitzer pro possessore genug, wenn der Kläger überhaupt nur ein Successionsrecht hat[12a]). Der Erbe des Beklagten haftet vor der Insinuation der Klage nur in eigenem Namen, d. i. wenn er pro herede oder possessore besitzt oder reicher ist[13]). II. Gegenstand der Klage ist hauptsächlich der Ausspruch, daß der Kläger Erbe sei. Dabei bewendet es, wenn die Erbschaft in den Händen des Richters ist; dieser veranlaßt dann das Weitere wegen Verabfolgung derselben an den Erben[14]). Ist aber der Beklagte im Besitze von Sachen oder Vortheilen aus der Erbschaft, so verurtheilt ihn zugleich der Richter zur Herausgabe alles dessen, was sich hinter ihm befindet. Diese Leistungen sind persönliche, wegen welcher die Klage zugleich als eine actio mixta bezeichnet wird (Note 3). In Ansehung dieser Leistungen wird zwischen einem redlichen und unredlichen Erbschaftsbesitzer unterschieden. a) Für einen unredlichen Besitzer wird derjenige angesehen, welcher eigenmächtig in die Verwaltung einer fremden Erbschaft sich eindrängt oder wer eine Erbschaft als seine, wissend daß er nicht Erbe, in Besitz nimmt. Ein solcher muß für das geringste Versehen bei der Verwaltung einstehen, und wenn er der Treulosigkeit in der Verwaltung verdächtig ist, oder wenn er die Erbschaft mit seinem Vermögen so vermischt, daß der wahre Betrag derselben nicht mehr zuverlässig auszumitteln ist: so steht dem Erben das juramentum in litem zu[15]). b) Von dem redlichen oder unrechtfertigen Besitzer der Erbschaft gelten die allge-

---

10) A. L.R. I, 12, §. 243. — L. 9; L. 10 pr.; L. 16, §. 1; L. 18, §. 1 D. eodem (V, 3).

11) L. 11, 12, 13 pr. §. 1 D. eod.; §. 3 J. de interd. (IV, 15).

12) L. 4 C. in quibus causis cessat (VII, 34); L. 7 C. de hered. pet. (III, 31).

12a) A. L.R. I, 12, §. 243.

13) L. 19, §. 3; L. 11 D. eodem. — Paulus, I, 13, §. 10.

14) A. L.R. I, 9, §§. 486, 492.

15) Ebend. §§. 457—459. — L. 25, §§. 9, 10 D. eodem.

meinen Grundſätze (§. 239, II, 3). Iſt er juris possessor, d. i. wenn er die Erbſchaft ganz oder zum Theil gegen Entgelt veräußert hat, ſo muß er den empfangenen Preis herausgeben, doch hatte er dabei nach älterem Rechte das beneficium competentiae [16]); dieſer Competenzfall iſt aber als ungerechtfertigt durch die Concursordnung v. 8. Mai 1855 in den §§. 434, 435 u. 439 abgeſchafft [16a]). Unentgeltlich veräußerte Stücke hat er nicht zu erſetzen, dagegen hat der Empfänger die Sache oder den Vortheil davon, ſoweit er noch im Beſitze iſt, an den Erben herauszugeben [17]). III. Auch der Grundſatz des R. R. bezüglich auf die Verjährung gilt nach Pr. R.: gegen die hereditatis petitio, als eine actio perpetua, findet nicht die praescriptio longi temporis (10- beziehlich 20jährige Verjährung) ſtatt, wie gegen die Vindicationsklage; ſondern nur die 30jährige Verjährung [18]). IV. Die Erbſchaftsklage iſt als ein Präjudicium andern Klagen, welche der Erbe gegen andere oder andere gegen den Erben gebrauchen können, präjudicirlich. Deshalb gelten folgende Sätze: 1) Die Legatarien müſſen, wenn der Inteſtaterbe mit der Erbſchaftsklage gegen das Teſtament auftritt, die rechtskräftige Entſcheidung der Sache abwarten [19]). Das Urtel gilt für und wider alle Legatarien, daher dürfen ſie auch acceſſoriſch interveniren und das Teſtament vertheidigen helfen; ſie dürfen auch, wie jeder Interventionsberechtigte, allein appelliren [20]). 2) Die Erbſchaftsgläubiger ſind nicht ſchuldig zu warten und können ihre Klage gegen den Erbſchaftsbeſitzer, oder, wenn die Erbſchaft in gerichtlicher Gewahrſam iſt, gegen den Nachlaßcurator, oder, wenn ein ſolcher nicht vorhanden, gegen beide ſtreitende Parteien anbringen und die Execution in die Erbſchaft vollſtrecken laſſen [21]). 3) Gegen die Erb-

16) A. L. R. a. a. O. §§. 494, 495, 497—499. — L. 16, §. 1; L. 28 D. eodem.

16a) Motive zu §. 434 des gedr. Entwurfs, S. 149 a. E.

17) A. L. R. a. a. O. §. 496. Die hereditatis petitio hat danach die Natur der condictio sine causa neben der reivindicatio. S. oben §. 642, S. 358.

18) L. 7 C. eod.; L. 4 C. in quibus causis cessat (VII, 34); L. 3 C. de praescript. XXX (VII, 39). — Vergl. A. L. R. I, 9, §. 494 und Anh. (zu I, 12, §. 217) §. 39, verb. mit II, 18, §§. 847, 852.

19) A. L. R. I, 12, §. 295. Nach der Verordnung Juſtinian's, L. 12 pr. C. de hered. petit. (III, 31), hatten ſie die Wahl, zu warten oder gegen Cautionsbeſtellung das Legat zu fordern.

20) A. L. R. a. a. O. §§. 298, 299. — L. 2, §. 1 D. de condict. ind. (XII, 6); L. 8, §. 16; L. 29 pr. D. de inoff. test. (V, 2); L. 5, §. 1; L. 14 pr. D. de appellat. (XLIX, 1).

21) A. L. R. I, 12, §. 248; I, 17, §§. 161—163; A. G. O. I, 20, §. 4; I, 7, §. 33a. — L. 12, §§. 1, 2 C. de hered. pet. (III, 31). — Nach älterem R. fand die exceptio ne fiat praejudicium ſtatt, welche Juſtinian abgeſchafft hat.

schaftsschuldner und Besitzer einzelner Sachen kann der Erbschaftsbesitzer, um Nachtheilen, z. B. der Verjährung, zuvorzukommen, gleichfalls klagen [22]), doch werden diese Schuldner, wenn nicht der Besitzer durch den Richter eingewiesen und dadurch rechtmäßig zum Verwalter eingesetzt worden ist, ein Depositionsgesuch begründen können (§. 579).

§. 875.

c) Einweisung in den Besitz (missio in possessionem).

Die aus dem R. R. beibehaltenen provisorischen Rechtsmittel sind: 1. Das s. g. remedium ex lege ultima Codicis de edicto Divi Hadriani tollendo [1]). Durch ein Edict des Kaisers Hadrian wurde dem Testamentserben die Befugnis, die missio in possessionem von allen zur Zeit des Todes des Erblassers in der Verlassenschaft befindlichen körperlichen Sachen nachzusuchen, gegeben. Das Edict hat Justinian aufgehoben, aber nicht die Mission [2]). Nach seiner Bestimmung kann der Testamentserbe, der ein äußerlich fehlerfreies Testament, welches angegriffen wird, vorlegen kann, bei dem Erbschaftsrichter um die Einweisung in den Besitz der einzelnen Erbschaftsstücke, die aus einem rechtlichen Grunde noch in keines andern Besitze sind, bitten. Dadurch wird über das Erbrecht nichts entschieden; dem Gegner steht der Gebrauch der Erbschaftsklage frei [3]). Das Pr. R. gestattet unter derselben Voraussetzung die Einweisung des Testamentserben in den Besitz, doch nicht, wie das R. R., in den Besitz der einzelnen Stücke, sondern in den „der Erbschaft" [4]). Diese Einweisung kann auf einseitigen Antrag erfolgen. Wenn aber mehrere Prätendenten den Besitz fordern, muß es zwischen ihnen zur Verhandlung kommen, wobei lediglich die äußere Form des Testaments und, wenn mehrere Testamente zum Vorscheine kommen, das Alter eines jeden in Betracht kommt, denn der in dem spätern Testamente eingesetzte Erbe soll den Vorzug haben [5]). In diesem Falle muß ein ordentliches Erkenntnis ergehen, gegen welches die gewöhnlichen Rechtsmittel stattfinden [6]). Durch

22) L. 49; L. 25, §. 17 D. de hered. pet. (V, 2).

1) Paulus, III, 5, §§. 14—18. — Tit. C. VI, 33.

2) L. 3 C. eodem.

3) L. 1 C. ubi de hereditate (III, 30).

4) A. L.R. I, 12, §. 244. Das ist etwas ganz anderes; daraus entsteht eine juris possessio.

5) Ebend. §. 245. Das Verfahren ist das Possessorium.

6) Die Vorschrift der A.G.O. I, 31, §. 18 findet hier bei dem interdicto

eine kurze Verjährung ist das Rechtsmittel nicht ausgeschlossen[7]). Die Einweisung soll, wenn das Recht des Gegners einigermaßen bescheinigt ist, nach einem gerichtlich aufzunehmenden Inventarium geschehen; andere Sicherheitsmaßregeln kann der Erbschaftsprätendent nur unter den Voraussetzungen eines Arrestschlags fordern[8]). II. Die missio in bona ventris nomine[9]). Zum Vortheile eines Ungebornen, welcher, wenn er geboren wäre, Erbe sein würde, wird Besitz von der Erbschaft genommen, bis es gewiß ist: ob ein solcher Erbe vorhanden ist oder nicht. 1) Die Voraussetzungen sind: a) es muß eine schwangere Frau[10]) vorhanden sein; b) sie muß aus einer rechten Ehe schwanger sein; c) der Ungeborne muß in einem solchen Verhältnisse zu dem Erblasser stehen, daß er dessen unmittelbarer Erbe sein würde, wenn er lebensfähig geboren wäre. 2) Die Wirkungen sind: a) Der der Leibesfrucht zu bestellende Curator erhält den Besitz und die Verwaltung des Nachlasses, indem er zugleich zum Nachlaßcurator bestellt wird[11]). Sind mehrere gleich nahe Erben, welche von der Leibesfrucht, wenn sie lebendig geboren würde, nicht ausgeschlossen werden, vorhanden, so haben diese, nach R. R., neben dem Curator, die bonorum possessio; nach Pr. R. aber können sie selbst die Verwaltung des Nachlasses übernehmen, müssen aber den Curator der Leibesfrucht zuziehen[12]). b) Die Verpflegungskosten der Leibesfrucht und deren Mutter werden in beiden Fällen aus der Erbschaft genommen und nicht zurückerstattet, wenn auch die Frucht nicht lebendig geboren wird[13]). 3) Die Maßregel hört auf, wenn die Geburt erfolgt ist oder es gewiß geworden, daß keine erfolgen werde[14]).

---

adipiscendae possessionis nicht Anwendung, sondern gilt nur für die interdicta retinendae und recuperandae possessionis. — Vergl. L. 7 pr. D. de appell. recip. (XLIX, 5); L. 6 C. quorum appellationes non recip. (VII, 65).

7) Die frühere Beschränkung auf ein Jahr, nach Paulus l. c. §. 16, ist durch die L. 3 C. de edicto D. Hadriani (VI, 33) beseitigt, und nach Pr. R. verjähren die Besitzklagen überhaupt nicht in einer bestimmten kurzen Zeit. S. oben §. 185, III, 2.

8) A. L.R. I, 12, §§. 246, 247. Vergl. L. 3 C. l. c.

9) A. L.R. I, 9, §§. 371—381. — Tit. D. de ventre in possess. mitt. (XXXVII, 9).

10) Sie muß just nicht die Witwe des Erblassers, sie kann auch dessen geschiedene Frau sein; es können selbst mehrere schwangere Frauen vorhanden sein: eine geschiedene und die Witwe des Erblassers und eben so viel auch von vorverstorbenen Söhnen desselben.

11) A. L.R. a. a. O. §§. 372—374. — L. 1, §§. 17, 21, 22, 26 D. eod.

12) A. L.R. a. a. O. §§. 378, 379. — L. 7, §. 2 D. eodem.

13) A. L.R. a. a. O. §. 381. — L. 1, §§. 19, 28; L. 3, 9 D. eodem.

14) A. L.R. a. a. O. §§. 371, 375, 380. — L. 1, §. 27 D. eodem.

2. Verhältnis der Miterben unter sich.

A. L.R. I, 17, §§. 115—168. — A.G.O. I, 46. — Westphal, System der Lehre von den einzelnen Vermächtnissen und der Erbtheilungsklage. Leipzig 1793.

§. 876.

a) Natur der Gemeinschaft.

Das Recht eines jeden von mehreren Miterben ist durch das des andern beschränkt, jeder hat einen ideellen Theil des Ganzen, nicht so auch an jedem einzelnen darin enthaltenen Gegenstande. Auf diese Weise entsteht unter mehreren Erben eine zufällige Gemeinschaft (§§. 664, 669), welche, ohne Unterschied des Delationsgrundes, immer die nemliche gegenseitige Obligation auf Auseinandersetzung unter den Miterben erzeugt. Die Auseinandersetzung kann gerichtlich oder außergerichtlich geschehen. Die außergerichtliche Auseinandersetzung (§. 669) hat die Natur eines Vergleichs oder Innominatcontracts, aus welchem die actio praescriptis verbis stattfindet[1]). Zum Behufe der gerichtlichen Theilung dient das judicium oder die actio familiae erciscundae, in welchem der Richter nach R. R. freie Gewalt hatte, nach seinem Ermessen durch Adjudication und Condemnation die Gemeinschaft aufzuheben, nach Pr. R. aber ein anderes Verfahren vorgeschrieben ist (§. 670), welches in der Praxis als Nachlaßregulirung bekannt ist und, wenn ein Ehegatte concurrirt, „Auseinandersetzung" heißt[1a]).

b) Gerichtliche Erbtheilung.

§. 877.

aa) Natur und Bedingungen des Rechtsmittels.

I. Die Erbtheilungsklage ist eine persönliche und entsteht aus der durch die Gemeinschaft gegründeten vertragsähnlichen Obligation[1b]), welche zuletzt auf dem Erbrechte beruhet, daher diese Klage, wie die übrigen Theilungsklagen (§§. 664, 670), eine actio mixta genannt wird[2]). Das Verhältnis der Parteien ist das eines jeden judicium duplex: jeder Betheiligte ist Kläger und Beklagter zugleich, ohne Rücksicht darauf, ob einer und wer von ihnen die Erbschaft ganz oder zum Theil besitzt[3]); daher kann es nicht durch

1) L. 23 C. fam. ercisc. (III, 36); Schles. Arch. Bd. II, S. 1 flg.

1a) A. L.R. II, 18, §§. 34—36, 414, 970, 972, 973. — Tit. 46 der Pr.O.

1b) §. 4 J. de obligat. quae quasi ex contractu (III, 28).

2) §. 20 J. de actionibus (IV, 6).

3) L. 25, §. 2 D. familiae erciscundae (X, 2).

bloße Verurtheilung oder Abweisung eines Theils erledigt werden[4]). Ein jeder auf einen Theil des Ganzen berufene Miterbe kann das Verfahren in Antrag bringen; wer solches thut, heißt Provocant[5]). Im pr. Erbregulirungsverfahren ergeht bloß über einzelne streitige Punkte richterliche Entscheidung, auf Grund welcher dann der Erbreceß abgefaßt und von den Erben wie ein Vertrag vollzogen wird[6]). Wird die Genehmigung und Unterzeichnung verweigert, so muß noch darüber verfahren und erkannt werden. Sachgemäß kann hier bloß darüber erkannt werden: ob der entworfene Erbreceß zu vollziehen (auszuführen), oder die Theilung nach dem Begehren der Widersprechenden anders zu bewerkstelligen; die Praxis geht jedoch dabei sehr unbeholfen zu Werke. Ueberhaupt aber ist das Theilungsverfahren zwischen uneinigen Erben dadurch, daß nicht mehr der Richter die Theilung selbst, versteht sich mit Berücksichtigung der Vereinbarungen und Wünsche der Parteien, nach seinem Ermessen, in Form eines Urtels auszusprechen hat, sehr weitschweifig, langwierig und verworren geworden. II. Das Erbrecht und die Unstreitigkeit desselben so wie der Antheile sind Bedingungen der Theilnahme an dem Verfahren. Wird also dem Provocanten das Erbrecht überhaupt oder der von ihm in Anspruch genommene Antheil bestritten, so muß solches zuvörderst durch die hereditatis petitio rechtskräftig ausgemacht werden und das Theilungsverfahren ruhet bis dahin[7]), wegen der exceptio ne praejudicium fiat (exc. praejudicialis). Wird das Erbrecht nicht bestritten, so ist damit dasselbe noch nicht unabänderlich anerkannt, vielmehr ist, wenn sich späterhin zeigt, daß der eine Theilnehmer nicht Erbe, das ganze Verfahren ungiltig[8]). Vollständig läßt die Gemeinschaft sich nur mit Zuziehung aller Miterben aufheben; dies hindert jedoch nicht, das Judicium giltig zu verhandeln, ohne daß sich alle einlassen[9]), die Folge davon ist nur, daß der übergangene Miterbe später gegen die übrigen das Judicium von neuem anbringen kann[10]). Das Verfahren kann sich, der Kürze wegen, auch auf mehrere Erbschaften derselben Parteien be-

4) L. 2, §. 3; L. 44, §. 4; L. 27 D. eodem.

5) A. L.R. I, 17, §. 117. — A.G.O. I, 46, §§. 8, 9. — L. 43 D. eodem.

6) A. L.R. a. a. O. §§. 15—17, 20, 22, 25.

7) A. L.R. I, 17, §. 166; A.G.O. I, 46, §§. 2—4. — L. 1, §. 1 D. eodem; L. 7 D. si pars hereditatis petatur (V, 4).

8) L. 36, 37 D. famil. erciscundae (X, 2).

9) A. L.R. I, 17, §. 167. — L. 2, §. 4 D. eodem.

10) L. 44, §. 2 D. eodem; L. 17 C. eod. (III, 36).

ziehen, wenn auch bei der einen oder der andern noch Dritte als Miterben intereſſiren [11]).

§. 878.

bb) Gegenſtand.

Die Theilungsklage hat zwei Hauptgegenſtände: die Theilung der einzelnen Sachen und Rechte, und perſönliche Leiſtungen [12]). Gegenſtand der Theilung aber iſt nur der eigenthümliche Nachlaß des Erblaſſers, fremdes Eigenthum kann nicht hineingezogen werden [13]). Eine Ausnahme davon macht die Collation. Ausgeſchloſſen von der Theilung bleiben auch Urkunden, welche ſich nicht ausſchließlich auf einzelne Stücke beziehen, ſolche bleiben gemeinſchaftliches Eigenthum, aber in Gewahrſam desjenigen, dem der größte Antheil an der Erbſchaft zufällt, oder, bei gleichen Antheilen, desjenigen, den das Loos beſtimmt [14]). Die wirkliche Theilung iſt ſonach durch Ausſcheidung des Fremden oder Untheilbaren und Heranziehung der Conferenda vorzubereiten.

cc) Theilung der einzelnen Stücke.

§. 879.

α) Ausſcheidung des Fremden.

Als fremde Gegenſtände ſind auszuſondern: 1) Lehen und Fideicommiſſe, welche von Seiten des Berechtigten nicht eigenmächtig in Beſitz genommen werden dürfen, vielmehr nur aus den Händen des Erben gegen Erlegung deſſen, was dem Erblaſſer davon für Verwendungen, rückſtändige Nutzungen, Früchte und dergl. zuſteht und welches alles zu ſeiner Erbſchaft gehört, empfangen werden können [1]). 2) Die zum Heergeräthe, zur Gerade oder Niftel gehörigen Stücke, wo dergleichen Singularſucceſſionen nach Provinzialrechten oder Statuten vorkommen [2]). Das A. L.R. hat zum Behufe der Auslegung dunkler Vorſchriften ſolcher Particularrechte [3])

---

11) L. 25, §§. 3—5 D. eod. — Kommt in der Praxis oft vor, beſonders wenn ein Miterbe vor der Theilung ſtirbt, in welchem Falle man beide Erbſchaften in Einem Judicium zu theilen pflegt.

12) L. 22, §. 4 D. eodem.

13) A. L.R. I, 9, §. 353. — L. 53 D. eodem. In Anſehung fremder Stücke hat die Adjudication keine Wirkung. Deshalb haben die Miterben einander Gewähr zu leiſten.

14) A. L.R. I, 17, §§. 124, 125. — L. 5, 6 D. eodem.

1) A. L.R. I, 9, §§. 354—358; II, 1, §. 501.

2) A. L.R. II, 1, §§. 502, 539. Iſt als obſolet zu betrachten.

3) Ebend. §§. 536—538. Dieſer Titel de significatione verborum gilt alſo für jedes Particularrecht.

folgende Bestimmungen: a) Heergeräthe begreift Sachen eines Mannes zu seinem persönlichen Gebrauche, namentlich: das beste Pferd; den im gewöhnlichen Gebrauche gewesenen Degen; einen vollständigen Anzug; ein Bette nächst dem Besten, bestehend in Ober- und Unterbette, Pfühl, zwei Kopfkissen, Ueberzug und Laken; ein Tischtuch mit drei Servietten; zwei Schüsseln von gemeinem Metall; das was der Erblasser im Felde oder in der Garnison im Dienste gewöhnlich gebraucht hat[4]). Nur eine Mannsperson kann Heergeräthe hinterlassen und zwar seinem nächsten männlichen Verwandten von männlicher Seite. Es ist untheilbar; von mehreren gleich Nahen fällt es an denjenigen, welcher in vaterländischen Kriegsdiensten steht; sonst an den Aeltesten. Geistliche in einem wirklichen Kirchenamte hinterlassen und erben keine Heergeräthe[5]). b) Die Niftelgerade enthält Weibersachen, namentlich: die allein zum weiblichen Gebrauche gewidmeten Geräthe, Kleidungsstücke, Wäsche, Kostbarkeiten (Schmuck und Geschmeide), sofern sie nicht vom Manne herkommen und für geliehen gelten, nebst den Behältnissen; alles was zu weiblicher Leibwäsche oder Kleidungsstücken zugeschnitten, in Arbeit gegeben oder genommen ist[6]). Niftelgerade verläßt eine Frauensperson ihrer nächsten weiblichen Verwandtin von weiblicher Seite. Mehrere gleich Nahe gehen in gleiche Theile. Zwischen den Linien ist nicht unterschieden, es concurrirt mithin die Mutter mit der Tochter der Erblasserin, und die Schwester mit der Enkelin[7]). Eheliche Töchter schließen die unehelichen, diese aber alle entferntere Verwandtinnen aus[8]). c) Witwengerade oder volle Gerade ist das was die Witwe als Ersatz für eingebrachte Mobilien oder deren Verringerungen aus dem Nachlasse des Mannes nimmt, und begreift alle vorhin genannten Sachen, und außerdem die zum täglichen Gebrauche bestimmten Mobilien; alle Arten von Leinwand, verarbeitet und unverarbeitet, auch Flachs und Garn, sofern diese Sachen zum Wirthschaftsgebrauche bestimmt sind; die Vorräthe an Eßwaaren für die Wirthschaft; bei Adlichen die im persönlichen Ge-

4) Ebend. §§. 523, 524.
5) Ebend. §§. 503—507. — Witte, Intestaterbrecht, S. 219.
6) A. L.R. a. a. O. §§. 525—528.
7) Ebend. §§. 509, 510. — A. M. ist Witte a. a. O. S. 218.
8) A. L.R. a. a. O. §. 511. Das Uebergehen der Mutter der Erblasserin bei dieser Bestimmung ist ein Argument für Witte's Meinung. Sollte die Großmutter mit ihren Enkelinnen concurriren, so hätte sich hierbei wohl eine nähere Bestimmung erwarten lassen. Uebrigens ist die ganze hypothetische Vorbestimmung todt, sie mag in dem vergangenen halben Jahrhunderte noch nicht Einmal angewendet worden sein.

brauche der Eheleute gewesene Kutsche und Pferde[9]). d) Heergeräthe, Gerade und Niftel können nicht durch Verfügungen von Todes wegen entzogen, wohl aber durch Veräußerungen unter Lebendigen geschmälert oder vereitelt werden[10]). e) Das Recht dieser Singularsucceſſionen und die darunter begriffenen Sachen werden nicht ipso jure erworben, sondern müſſen binnen Jahresfriſt vom Anfalle an gerechnet, bei Verluſt derſelben, durch gerichtliche Anmeldung der Forderung beſonders erworben werden[11]). f) Wer entweder nach ſeinen perſönlichen Zuſtänden oder nach den Rechten ſeines Wohnorts Heergeräthe oder Niftel nicht verlaſſen kann, kann auch dergleichen von andern nicht ziehen; ſie fallen dann nicht dem Nächſten zu, ſondern bleiben im Nachlaſſe; fällt aber bei der Niftel von mehreren gleich Nahen nur einer aus, ſo tritt das Anwachsrecht ein[12]). g) Die Schulden gehen vor; iſt dadurch die Erbſchaft erſchöpft, ſo findet nicht Heergeräthe, Niftel noch Gerade ſtatt[13]). 3) Der Erbſchatz[14]). 4) Das eigenthümliche Vermögen des überlebenden Ehegatten, außer dem Falle der ehelichen Gütergemeinſchaft[15]). 5) Die Schulden, welche nach Pr. R. wie fremdes Gut von der Maſſe abgerechnet und ausgewieſen werden müſſen[16]).

β) Collation.

A. L.R. II, 2, §§. 303—347, 359—365. — Witte, über die Collation nach pr. Landrecht; in der Jur. Wochenſchrift von 1837, S. 89 flg. Als Viertes Buch, Capitel 1 im Inteſtaterbrechte, S. 222 flg. — Franke, civiliſtiſche Abhandlungen, Gött. 1826, S. 174 flg., und dazu Zimmern, in Schunk's Jahrbüchern der juriſtiſchen Literatur, Bd. VI, S. 41 ff. — Fein, das Recht der Collation. Heidelberg 1842. Dazu v. d. Pfordten in Richter's und Schneider's krit. Jahrbüchern, Bd. VIII, S. 865.

§. 880.

αα) Geſchichtliches.

I. Die Collation im R. R. iſt von dem Prätor mit der Berufung des Emancipatus zur bonorum possessio zugleich eingeführt worden und hat urſprünglich eine andere Bedeutung als im Juſti-

9) A. L.R. a. a. O. §§. 508, 528—535. — Witte a. a. O. S. 95.
10) A. L.R. a. a. O. §§. 513—516.
11) Ebend. §. 517. Der Grund iſt, weil der Anſpruch ſich auf ein Forderungsrecht auf beſtimmte Sachen zurückführen läßt, welche erſt ausgemittelt werden ſollen.
12) Ebend. §§. 518—521.
13) Ebend. §. 522. Eben weil die Sachen nicht von ſelbſt dem Berechtigten gehören und ſein Forderungsrecht den Gläubigern nachſteht.
14) Ebend. §§. 540—542. Iſt ebenfalls etwas ganz todtes.
15) Ebend. §§. 543—617.
16) Ebend. §§. 618—620; I, 17, §§. 127—130. S. oben §. 521.

nianeischen R. Das Kind in väterlicher Gewalt (der suus) erwarb nicht sich sondern dem Vater, wogegen der Emancipatus seine Erwerbungen für sich behielt. Dagegen wurde dieser aber auch von dem Suus bei der Succession in den väterlichen Nachlaß ausgeschlossen. Als nun der Prätor bei der Succession ab intestato und contra tabulas den Emancipatus neben dem Suus berief und dadurch gewissermaßen zu dessen Vortheil die Emancipation als nicht vorhanden behandelte, wollte er ihn nicht in einen bessern Zustand, als in welchem der Suus war, setzen, und zu diesem Zwecke verordnete er, daß der Emancipatus, wenn er die bonorum possessio agnoscire, in den väterlichen Nachlaß einwerfe, was er nach der Emancipation erworben hatte und dem Vater erworben worden sein würde, wenn er nicht emancipirt gewesen wäre. Auch das, was ein Kind von dem Vater selbst erhalten hatte, selbst Geschenke, nicht weniger die der Tochter gegebene Dos [1]) und die für den Sohn gegebene donatio ante nuptias [2]), mußte conferirt werden. Es gab also zwei Fälle der Collation: die des Emancipirten und die des vom Ascendenten begabten Descendenten. Die erstere fiel von selbst weg, sobald das Kind in väterlicher Gewalt nach Justinians Verordnung für sich selbst erwerben konnte; und die letztere ist die Grundlage der im heutigen R. R. vorkommenden Collation [3]). 1) Justinian verordnete [4]), daß jeder Descendent, welcher erben wolle [5]), sei es ex testamento oder ab intestato, zum Vortheile eines jeden andern Descendenten, nicht aber eines andern Erben, alles in die Masse einwerfen müsse, was er von dem Erblasser mit Rücksicht auf die künftige Erbschaft erhalten habe. Danach kommt es auf die Absicht des Gebers an. Ist dieselbe nicht erklärt worden, so hängt die Frage: ob eine gewisse Zuwendung conferirt werden solle, von der Willensauslegung ab. Justinian gibt die Regel: daß alles conferirt werden soll, was auf die Legitima angerechnet werden kann [6]). Dahin gehört die Dos, die donatio propter nuptias, alles was zum Ankaufe einer Militia gegeben worden, simple Geschenke in den zwei Fällen, wenn es der Geber bestimmt hatte und wenn von den concurrirenden Descendenten der eine ein einfaches Geschenk erhalten und ein anderer eine Dos oder donatio propter nuptias conferiren

1) L. 4, 12 C. de collat. (VI, 20); L. 1 pr.; L. 9 D. de dotis collat. (XXXVII, 7).
2) L. 17 C. de collat. (VI, 20); L. 29 C. de inoff. test. (III, 28).
3) L. 20, 21 C. de collationibus (VI, 20).
4) L. 19, 20 C. eod. — Nov. 18, c. 6.
5) L 25 C. familiae erciscundae (III, 36).
6) L. 20 pr. C. de collationibus (VI, 20).

mußte. Legate und Schenkungen von Todes wegen sind streitig. Aus diesen Fällen hat man die Regel gezogen: daß alles das, was wegen eines Umstandes, der den Geber veranlaßt, das Erbtheil voraus zu geben, in der Absicht gegeben worden ist, um als Capital erhalten zu werden [7]), zu conferiren. In jedem besonderen Falle hat das richterliche Ermessen zu entscheiden. 2) Da die Collation in der Einwerfung der dazu geeigneten Gegenstände in die Erbschaft bestand, so folgte, daß nur das, was zur Zeit des Todes des Erblassers noch wirklich vorhanden, einzuwerfen war; nur dolose verursachte Verluste mußten ersetzt werden [8]). 3) Der Conferirende hatte die Wahl: ob er den Gegenstand selbst zur Theilung bringen oder sich den Werth anrechnen lassen wollte [9]). II. Nach deutscher Rechtssitte ist die Absonderung der Kinder und die Vertheilung der künftigen elterlichen Erbschaft unter die Kinder, bei Lebzeiten der Eltern, von Alters hergebracht und besonders in den Gutsabtretungsverträgen noch jetzt häufig in Gebrauch. Dabei ist Regel, daß ein abgeschichtetes Kind, neben unabgefundenen Kindern, in die elterliche Erbschaft anders nicht succediren kann, als wenn es sich das bei Lebzeiten des Erblassers auf Abschlag seines Erbtheils Empfangene anrechnen läßt. Aus dieser Ansicht folgt, daß es nicht auf das zur Zeit des Erbanfalls noch Vorhandene, sondern auf das Empfangene ankommt [10]).

§. 881.

ββ) Preußisches Recht.

Auf dem deutschen Grundsatze beruhet die landrechtliche Gesetzgebung [11]). Nach demselben gelten folgende Regeln: 1) Jeder Descendent, welcher neben Descendenten einen Ascendenten beerben will, muß conferiren, und jeder Descendent hat auch Anspruch gegen den andern auf die Collation; ein anderer Miterbe, namentlich der hinterbliebene Ehegatte, hat in keinem Falle die Collation zu

7) Daher werden z. B. Alimente, Studierkosten, Reisekosten und dergl. nicht conferirt. L. 50 D. famil. ercisc. (X, 2). (3. A.) Der Grundsatz: daß ein Descendent alles zu conferiren verbunden, was er von dem zu beerbenden Ascendenten bei dessen Lebzeiten unentgeltlich als freie Gabe, ohne dessen Schuldner geworden zu sein, empfangen hat, ist als ein in Deutschland gemeinrechtlicher nicht zu betrachten. Pr. des Obertrib. 2332, vom 8. December 1851.

8) L. 6 C. de collat. (VI, 20); L. 1, §. 23; L. 2, §. 2 D. eod. (XXXVII, 6).

9) L. 1, §. 12 D. eodem.

10) Sächs. Landr., Bd. I, Art. 13 und Art. 5, §. 2. — Witte, Intestaterbrecht, S. 223.

11) A. L.R. II, 2, §§. 303, 306, 312. — Suarez, amtliche Vorträge, Jahrb. Bd. XLI, S. 141.

fordern[12]). 2) Concurriren Enkel oder noch entferntere Abkömmlinge, so conferiren die Linien sich in gleicher Weise wie die Kinder ersten Grades. Enkel müssen das, was ihr Vater oder ihre Mutter, hätten sie Theil genommen, würden zu conferiren gehabt haben, conferiren, wenn sie auch nicht deren Erben geworden[13]); desgleichen müssen sie conferiren, was sie unmittelbar von dem Erblasser erhalten haben, vorausgesetzt daß sie damals bereits dessen unmittelbare Erben waren, wogegen das ihnen noch bei Lebzeiten ihres unmittelbaren Parens Gegebene weder diesem noch ihnen selbst, zum Vortheil der übrigen Linien, angerechnet werden kann[14]). In den Linien selbst (unter den Enkeln) geschieht die Ausgleichung hinsichtlich dessen, was die Enkel unmittelbar erhalten haben und ihre Linie, den andern Linien gegenüber, solchergestalt conferiren muß, ebenso als wenn der begabte Enkel die Gabe von seinen unmittelbaren Eltern erhalten hätte; was der Linie nicht angerechnet werden darf, also z. B. alles, was Enkel noch bei Lebzeiten ihrer unmittelbaren Eltern von den Großeltern erhalten haben, das haben die Enkel auch nicht unter sich in ihrer Linie auszugleichen[15]). 3) Der Gegenstand der Collation ist nicht nach einer allgemeinen Regel durch richterliches Ermessen zu bestimmen, sondern der Gesetzgeber selbst hat ihn generisch bestimmt. Danach ist der Collation unterworfen: a) Alles was von dem Erblasser zur Ausstattung gegeben worden, worunter alles verstanden wird, was Kinder bei ihrer Verheirathung, bei Errichtung einer besondern Wirthschaft, bei Anstellung eines eigenen Gewerbes, oder bei Uebernehmung eines Amts von den Eltern erhalten haben. Was dahin zu rechnen, ist

12) A. L.R. a. a. O. §§. 323—326. Der §. 326, wonach eine in Gütergemeinschaft lebende Ehefrau, wenn der Mann seine Kinder aus früheren Ehen ohne Einwilligung der Frau über das nothwendige (reichlich) ausgestattet hat, und wenn das gemeinschaftliche Vermögen nach dem Tode des Mannes nicht mehr so viel beträgt, daß die Frau ihr Eingebrachtes zurückerhalten kann, von den ausgestatteten Kindern das Fehlende aus dem, was sie über die Nothdurft an Ausstattung erhalten haben, zurückfordern kann — diese Bestimmung begründet durchaus keinen Collationsanspruch, sondern ein Revocationsrecht wegen der mangelnden Einwilligung der Frau zu den freigebigen Verfügungen. Vergl. A. L.R. II, 1, §. 382. Sehr gut darüber Witte, Intestaterbrecht, S. 229.

13) A. L.R. a. a. O. §. 362. Ist Folge des deutschen Princips. Gemeinrechtlich streitet man darüber. S. aber Witte a. a. O. S. 231. Vergl. oben §. 857 a. E.

14) A. L.R. a. a. O. §§. 359—361, 363, 364.

15) Ebend. §. 365. Witte a. a. O. S. 230 versteht den §. 365 auch von Geschenken ꝛc., welche Enkel noch bei Lebzeiten ihrer unmittelbaren Eltern von den Großeltern erhalten haben. Doch beruhet das wohl nur auf einem Irrthume; der §. 365 ist nicht ein Gegensatz von §. 364, sondern bestimmt nur diesen näher und kann mit ihm durch ein „und" in Verbindung gebracht werden.

nicht ganz ausgemacht. Genannt sind: die Mitgabe der Töchter; ein aus dem Vermögen der Eltern bestellter Erbschatz; Ehevermächtnis; Gegenvermächtnis oder Witthum; die Kosten einer dem Kinde zu seiner Versorgung gekauften Präbende oder Rente; die Brautgeschenke; überhaupt alles was von den Eltern zu dem Ende gegeben worden, damit das Kind in die Lage komme, seine Heirath zu vollziehen, oder die abgesonderte Wirthschaft, das Gewerbe oder Amt anzutreten[16]). Lehrgeld und Studienkosten, Kosten für Handwerkszeug, Bücher und dergl., werden wohl einstimmig nicht dazu gerechnet, wiewohl sie ebenfalls zu dem Ende gegeben worden sind, um das Kind in den Stand zu setzen, das Gewerbe zu beginnen und das Amt anzutreten; aber doch möchte daraus nicht die Regel zu ziehen sein, daß die Zuwendungen unmittelbar bei jener Gelegenheit müssen gemacht worden sein; sie können ganz wohl schon voraus, wenn nur zu dem bestimmten Zwecke der Heirath oder der Niederlassung, geschehen[17]): dieser Zweck unterscheidet solche Verwendungen von jenen, welche die Unterweisung oder Verschaffung der persönlichen Fähigkeiten zu einem künftigen Gewerbe oder Amte bezwecken. Auch wird das, was auf das Aufgebot, die Trauung und auf das Hochzeitsmahl (die Ausrichtung) verwendet worden, als zur Ausstattung gehörig, zu conferiren sein, weil alles dazu gerechnet werden soll, was die Kinder „bei der Verheirathung" und „zu dem Ende um die Heirath zu vollziehen," erhalten[18]). Nach der Fassung der landrechtlichen Bestimmung muß auch die von den Eltern bestrittene erste Equipage eines Officiers, wodurch er in den Stand kommt, seinen Officierdienst anzutreten, nicht aber die Unterstützung und Beihilfe collationspflichtig sein. b) Solche Geschenke, welche in Grundstücken, Gerechtigkeiten und Capitalsforderungen, wozu also auch die dem Geschenknehmer verschaffte Forderung an den Schenker selbst (Schenkungsverspre-

16) A. L.R. a. a. O. §§. 303—305. (3. A.) Schulden des Descendenten an den Ascendenten aus einem Negotium, z. B. einem Kaufe, bilden nach des letzteren Tode eine Nachlaßforderung, nicht aber ein Conferendum des ersteren. Erk. des Obertrib. vom 31. December 1851 (Entsch. Bd. XXII, S. 385).

17) A. M. Witte a. a. O. S. 234. Die Ausstattung wird sogar in der Regel vor der Heirath, nicht erst bei der Heirath, und oft sogar lange vor der Heirath angeschafft; dennoch wird eine solche vorher angeschaffte Ausstattung oder die „zur Ausstattung" geschehene Anschaffung conferirt werden müssen.

18) A. L.R. a. a. O. §§. 303, 305. — A. M. Witte a. a. O. S. 235. — Bemerkenswerth ist, daß, wenn bei den Güterabtretungen der Uebernehmer die Ausstattung seiner Schwestern übernimmt, dazu auch das Hochzeitsmahl, nicht selten sogar mit Angabe der Personen- und Schüsselzahl oder des einzuschlachtenden Viehes, der anzuschaffenden Getränke u. s. w. gerechnet wird, — ein Beweis, daß man diese Ausgabe als mit zur Ausstattung gehörig ansieht.

chen) zu rechnen, so wie darunter auch die auf jeden Inhaber lautenden öffentlichen Geldpapiere begriffen sind, bestehen [19]). c) Alles was außerdem der Geber der Collation unterworfen hat. Die Form der Auflage ist verschieden nach der Zeit. Wird die Auflage bei der formlosen Hingabe gemacht und angenommen, so ist das Geschäft eine datio ob causam oder donatio sub modo (§. 611, III) und die mündliche Rede genügt wie bei allen von einer Seite erfüllten Verträgen (Realcontracten); soll aber die Collationspflicht hinterdrein aufgelegt werden, so kann es nur unter Angabe des Betrags in einer divisio parentum inter liberos geschehen, wenn nicht eine andere letztwillige Verordnung beliebt wird [20]). d) Die Abfindung (§. 843) wird immer conferirt [21]). 4) Der Werth der nicht in Geldsummen oder ausstehenden Forderungen, die nach dem Nennwerthe gerechnet werden [22]), bestehenden Conferenda wird nach der Zeit der Zuwendung bestimmt, daher auf Verringerungen oder Verluste, aber auch auf Nutzungen und Zinsen nicht gesehen wird [23]). Eine Ausnahme machen Mobilien, wenn sie ohne Werthbestimmung gegeben worden sind: solche werden nur nach dem Werthe, welchen sie zur Zeit der Erbtheilung wirklich haben, angeschlagen, und auf Stücke, die ohne grobes Versehen des Kindes untergegangen oder verloren sind, wird nicht Rücksicht genommen [24]). Hat der Geber den Werth bestimmt, so behält es bei Mobilien dabei sein Bewenden [25]); bei Grundstücken oder Gerechtigkeiten aber ist zu unterscheiden. a) Ist die Werthbestimmung zu hoch und das Kind hat den Gegenstand dafür einmal übernommen, so ist der Einwand, daß sie zu hoch sei, unstatthaft; ist aber der Werth nach der Uebernehmung einseitig bestimmt worden, so kann das Kind die Ausmittelung des wahren Werths verlangen und dann wählen: ob es den Gegenstand dafür behalten oder zur Masse zurückgeben und dann mit den Geschwistern gleich theilen wolle; in

19) A. L.R. a. a. O. §§. 327—329, 308. — Witte a. a. O. S. 240. Pr. 1317a, vom 19. Juni 1843. (Z. A.) Bank-Giroanweisungen werden nicht zu den ausstehenden Capitalien gerechnet. Erk. des Obertrib. vom 12. Januar 1857 (Entsch. Bd. XXXIV, S. 245).

20) A. L.R. a. a. O. §§. 386—388.

21) Ebend. §. 376. Dazu ist in dieser Beziehung auch das zu rechnen, was Eltern bei ihren Gutsverkäufen von den Kaufgeldern den Kindern zuschreiben lassen. Vergl. §. 843, II, 1 und Note 16 dazu.

22) A. L.R. a. a. O. §. 332. Oeffentliche werden nach dem Course zur Zeit des Empfanges berechnet.

23) Ebend. §§. 333, 336, 306, 307.

24) Ebend. §§. 345—347. Vorausgesetzt, daß der Geber nichts anderes bestimmt hat.

25) Ebend. §. 345.

diesem Falle muß es Verringerungen gleich einem redlichen Besitzer erstatten, Verbesserungen hingegen kann es nicht vergütet verlangen, sondern nur mit Verringerungen compensiren[26]). b) Ist die Werthbestimmung zu niedrig, so dürfen die Geschwister den wahren Werth ausmitteln lassen, und wenn sich findet, daß der bestimmte Preis noch nicht die Hälfte desselben erreicht, so muß der Empfänger die Hälfte des wahren Werths conferiren[27]). Diese geringere Werthbestimmung muß, wenn die übrigen Kinder sie gelten lassen sollen, in der für Willenserklärungen im allgemeinen vorgeschriebenen Form geschehen, ohne Unterschied, ob sie bei der Hingabe oder erst später einseitig getroffen ist. Fehlt die Werthbestimmung bei Grundstücken oder Gerechtigkeiten ganz, so wird der Werth nach dem Ertrage zur Zeit der Zuwendung, oder, wenn solcher nicht auszumitteln, nach dem Erwerbspreise angenommen; im letztern Falle können die Parteien Verbesserungen oder Verringerungen aus der Zwischenzeit von der Erwerbung bis zur Zuwendung nachweisen[28]). 5) Die Collation geschieht auf die Weise, daß jedes der Geschwister des Conferirenden aus der Erbmasse, soviel das Conferendum beträgt, vorweg nimmt und daß erst das übrige unter alle zu gleichen Theilen getheilt wird; bleibt nichts übrig, oder reicht die Masse nicht zu, so scheidet der Conferirende ganz aus: in keinem Falle hat er das mindeste zur Masse herauszugeben. Auf gleiche Weise wird verfahren, wenn mehrere Conferirende mit ungleichen Summen vorhanden sind: die größte Summe wird zunächst genommen, so daß die minder Ausgestatteten zuerst die erforderliche Zulage erhalten, um sie gleich zu machen, und die Unausgestatteten die ganze Summe; reicht dazu die Masse nicht hin, so scheidet der am meisten Begünstigte ganz aus und es wird das nächst mindere Conferendum zum Grunde gelegt, u. s. w.[29]). Hiernach ist ein Conferendum durchaus kein Nachlaßactivum, welches allen Erben gemeinschaftlich zustände und eingefordert werden könnte, vielmehr besteht es lediglich in einer gewissen Ausgleichungsart oder Rechnungsweise, welche ein Descendent des Erblassers im Verhältnisse zu den übrigen, bei der Theilung der Verlassenschaft des Parens, sich gefallen lassen muß, und welche jeder

26) Ebend. §§. 340—344. Im Falle der Rückgabe gewinnt es die Abnutzungen während der Besitzzeit.

27) Ebend. §§. 338, 339. Der §. 338 hat einen Redactionsfehler, statt „die Hälfte übersteigt" muß es das Doppelte heißen.

28) Ebend. §§. 333—335.

29) Ebend. §§. 309—312. Pr. 1468b, vom 28. Juni 1844 (Entscheid. X, 191).

einzelne für sich allein gegen den Verpflichteten, mit der familiae erciscundae [30]), durchsetzen kann [31]). Daraus, daß ein Conferendum kein Bestandtheil der Erbschaft ist und die Collation wesentlich in der Ausgleichung oder in einer eigenthümlichen Berechnung und Vertheilung der Nachlaßgegenstände besteht, folgt, daß die Erbschaftslasten und Schulden nur nach der wirklichen Activmasse, und von jedem einzelnen nach Verhältnis dessen, was er daraus erhält, zu tragen sind, so daß ein Conferirender nur nach Maßgabe des bei der Erbtheilung wirklich empfangenen Betrags haftet, gleichwie er, wenn er nichts erhält oder ausscheidet, für Schulden und Legate gar nicht verpflichtet ist [32]). Uebrigens versteht es sich von selbst, daß die Collation bei der Theilung der Verlassenschaft des Gebers, und nur bei dieser geschieht, und daß folglich der Descendent, welcher an der väterlichen Erbschaft nicht Theil nimmt, weil sein Conferendum mehr beträgt, als jedes der übrigen Geschwister daraus erhalten kann, den Betrag, um welchen sein Conferendum die Summe des väterlichen Erbtheils der Geschwister übersteigt, später noch bei der mütterlichen Erbschaft zu conferiren nicht schuldig ist, soweit nicht aus dem mütterlichen Vermögen conferirbare Gegenstände gegeben worden sind [33]).

§. 882.

γ) Theilung selbst.

Durch die Theilung werden die ideellen Antheile der Erben, nach den allgemeinen Grundsätzen (§§. 669, 670), in reelle Theile verwandelt; werden dabei einzelne Stücke übergangen oder vorbehalten, so können sie später, nach den Regeln der actio communi dividundo, getheilt werden; die Erbtheilungsklage kann wegen derselben Erbschaft nur einmal durchgeführt werden [34]). Zur Theilung kommen nicht bloß körperliche Sachen und dingliche Rechte, sondern auch die ausstehenden Forderungen (§. 523). Wird nicht jede Sache reell getheilt, sondern dem einen diese dem andern eine andere zugetheilt, so treten die Erben dadurch in das Verhältnis

30) A.G.O. I, 46, §. 20. — L. 1 pr. D. de dotis collatione (XXXVII, 7). Auch wurden dem, welcher die Collation verweigerte, nach R. R. die actiones hereditariae versagt. L. 11, 12, 14 C. de collat. (VI, 20).

31) Der Grundsatz, daß Erbschaftsactiva vor der Theilung nur von den Erben gemeinschaftlich eingezogen werden können, findet hierauf keine Anwendung. Pr. 1468a, vom 28. Juni 1844 (Entsch. X, 191).

32) A. L.R. I, 11, §. 1133. — Witte a. a. O. S. 251.

33) Entsch. des Obertrib. Bd. X, S. 198. Bei Abfindungen kann es jedoch vorkommen. S. oben §. 843, I, 2, c.

34) L. 25, §. 20; L. 20, §. 4 D. famil. ercisc. (X, 2).

des Tausches; wird dem einen alles gegen Gelderſatz an die übrigen zugewieſen, ſo gelten die Regeln vom Kaufe[35]). Das Alleineigenthum entſteht durch das Accreſcenzrecht, indem die Abgefundenen ausſcheiden; die Erwerbungsart bleibt daher unverändert die Ererbung.

§. 883.

dd) Perſönliche Leiſtungen.

Die perſönlichen Leiſtungen der Erben, welche mit in das Theilungsverfahren zu ziehen, ſind: 1) Herausgabe oder Einwerfung der gezogenen Nutzungen[36]); 2) Erſatz des von jedem Erben aus grobem oder mäßigem Verſehen (§. 469) an Erbſchaftsſachen verurſachten Schadens; 3) Erſtattung der von jedem animo heredis verwendeten Koſten[37]). Ein jeder Miterbe, welcher im Beſitze von Erbſchaftsſachen iſt, hat zu dieſem Ende ein Verzeichnis derſelben beizubringen und, wenn nutzbare Sachen darunter ſind, Verwaltungsrechnung zu legen; er wird dazu ohne weiteres, ſobald nur der Beſitz unſtreitig iſt, durch Execution angehalten[38]).

Zweites Capitel.

Von den Rechten der Singularſucceſſion.

§. 884.

1. Rechte des Vermächtnisnehmers.

I. Im ältern R. R. war in Hinſicht der Rechtsmittel ein Unterſchied zwiſchen Legaten und Fideicommiſſen, und bei den Legaten zwiſchen den Formen. Juſtinian hat beide Hauptarten der Singularſucceſſionen und die verſchiedenen Vermächtnisformen zu Einem Inſtitute verſchmolzen und angeordnet, daß mit jeder Art und Form alle früheren Wirkungen verbunden ſein ſollten[1]). Folge war eine actio in personam[2]), und bei vermachten beſtimmten Sachen und Rechten auch eine actio in rem[3]). 1) Die letztere iſt immer diejenige, welche mit dem Gegenſtande des Vermächtniſſes ſelbſt verbunden iſt. Nach Pr. R. gilt ein gleiches[4]). 2) Die perſönliche

35) L. 25, §. 21 D. eod.; L. 14 C. eod. (VI, 20).
36) L. 19; L. 44, §. 2; L. 56 D. eod.; L. 9 C. eod. (VI, 20).
37) L. 25, §. 15; L. 39 pr.; L. 49 D. eod.; L. 18, §. 1 C. eod.
38) A.G.O. I, 46, §§. 7, 10.
1) L. 1, 2 C. communia de legatis (VI, 43).
2) Gajus, II, §§. 204, 213.
3) Gajus, II, §§. 194, 222.
4) A. L.R. I, 12, §§. 288, 301, 305, 314.

Verbindlichkeit wird als eine obligatio quasi ex contractu[5]), und die dadurch begründete Klage als eine actio personalis ex testamento, auch actio legati bezeichnet[6]), und bezieht ſich auf ſolche Vermächtniſſe, deren Gegenſtand nicht eine beſtimmte Sache oder ein ſolches Recht iſt. 3) Zur Sicherheit dieſer Obligation gab Juſtinian dem Legatar noch eine geſetzliche Hypothek[7]). Auch dieſe findet ſich im Pr. R. in der ihm eigenthümlichen Bedeutung, d. h. als Titel zur Hypothek, wieder, ſo daß der Vermächtnisnehmer, auch ohne beſondere Einwilligung des Erben, ſeine Forderung auf dasjenige, was nach Abzug der Nachlaßſchulden übrig bleibt, alſo mit Vorbehalt der Rechte der jedenfalls vorgehenden Nachlaßgläubiger, auf die im Nachlaſſe befindlichen Grundſtücke und Hypotheken einſchreiben laſſen kann[8]), ſo lange der Erbe den Nachlaß den Gläubigern und Legatarien nicht zu ihrer Befriedigung überliefert hat. Dieſer Titel zur Hypothek ſteht überhaupt wegen jeder Forderung aus einem Vermächtniſſe, im Gegenſatze zu einer vermachten Sache oder einem dinglichen Rechte, zu, dergeſtalt daß der Legatar auch wegen des Werths der Sache oder des Rechts, inſofern der Erbe ſolchen leiſten muß, ſowie wegen der Nebenverbindlichkeiten (Zinſen, Schäden und Koſten), jene Sicherheit nehmen kann[9]). 4) Bei eintretender Colliſion der perſönlichen Gläubiger des Erben mit den Legatarien haben die letzteren ein Jahr lang das Separationsrecht[10]). 5) Wegen ſolcher Legate, deren Entrichtung noch nicht gefordert werden darf, kann Sicherheitsbeſtellung (cautio servandorum legatorum causa) nach Pr. R. nicht anders als unter den Vorausſetzungen eines Arreſtſchlags verlangt werden[11]). II. In Anſehung der Leiſtungen des Belaſteten gilt folgendes: 1) Der vermachte Gegenſtand muß in der Regel ſelbſt geleiſtet werden und der Belaſtete kann ſich nicht mit Zahlung des Werths befreien[12]); eine

5) §. 5 J. de oblig. quae quasi ex contr. (III, 28).
6) L. 75 D. ad legem Falcidiam (XXXV, 2).
7) L. 1 C. communia de leg. (VI, 43); §. 2 J. de leg. (II, 20).
8) A. L.R. I, 12, §. 290. Der Vorbehalt der Rechte der Nachlaßgläubiger bei ſolcher Eintragung verſteht ſich von ſelbſt, ſo daß der Ceſſionar der Hypothek unter Berufung auf den Glauben des Hypothekenbuchs die Gläubiger nicht ausſchließen kann, indem ihm der Inhalt des Inſtruments die Beſchaffenheit der Forderung zeigt.
9) Ebend. §. 291.
10) Ebend. §§. 290, 297; A.G.O. I, 50, §. 277. — S. oben §. 493. — L. 6 pr. D. de separation. (XLII, 6).
11) A. L.R. I, 12, §§. 481, 482; I, 9, §. 387, verb. mit I, 12, §. 297. Darin iſt alſo das R. R. (D. XXXVI, 4; C. VI, 54) abgeändert.
12) A. L.R. I, 16, §. 11. — L. 71, §§. 3, 4 D. de leg. I (XXX, 1); L. 67, §. 8 D. de leg. II (XXXI, 1).

Ausnahme gilt nur bei vermachten fremden Sachen, wenn der Eigenthümer den Gegenstand gar nicht oder nur unter unverhältnismäßigen Bedingungen ablassen will[13]). 2) Vermachte bestimmte Sachen und Rechte werden in dem Zustande gegeben, in welchem sie sich zur Zeit des endlichen Erbanfalls (nicht des Todes des Erblassers, da, wenn mehrere nach einander die Erbschaft ausschlagen, erhebliche Veränderungen eintreten können) befinden; bis zur Uebergabe ist der Erbe schuldig, den Gegenstand zu verwahren und zu verwalten, wobei er nur für ein grobes Versehen haftet (§. 468)[14]). Ist oder wird der Gegenstand bis dahin litigiös durch Anspruch eines Dritten, so ist der Erbe nur schuldig, dem Legatar davon Nachricht zu geben, nicht aber den Proceß zu führen oder die Kosten zu tragen[15]). 3) Gewährleistung hat der Legatar von dem Erben nur in dem Falle zu fordern, wenn der Erbe eine Handlung vorzunehmen hat, um den Legatar zum Eigenthümer zu machen, also wenn er ihm eine Sache anschaffen oder aus mehreren auswählen muß; sonst nicht[16]). III. Nebenpunkte. 1) Die Leistung muß mit dem Eintritte des dazu bestimmten Tages erfolgen (dies venit). Die Bestimmung des Erblassers ist dabei nur dann maßgebend, wenn danach der Termin später eintritt, als der Legatar zu warten von Rechts wegen verpflichtet ist. Jedenfalls muß der Ablauf der Ueberlegungsfrist abgewartet werden. Der Erbe ohne Vorbehalt muß alsdann sogleich leisten, ausgenommen wenn über die Giltigkeit des letzten Willens gestritten wird, in welchem Falle der Legatar auf den Ausgang warten muß; der Beneficialerbe braucht erst dann zu leisten, wenn feststeht, daß der Nachlaß hinreicht[17]), der Legatar kann ihn aber durch Einforderung des Legats zum erbschaftlichen Liquidationsprocesse drängen[18]). Soll eine fremde Sache angeschafft werden, so bestimmt der Richter eine angemessene Zeit[19]). 2) Hinsichtlich des Orts gelten die allgemeinen Regeln (§. 480). 3) Nebenverbindlichkeiten sind: a) Zinsen, und zwar α) die von

13) A. L.R. I, 12, §. 378. — L. 71, §. 3 D. de leg. I (XXX, 1); L. 14, §. 2; L. 30, §. 6 D. de leg. III (XXXII, 1).

14) A. L.R. a. a. O. §§. 305, 306, 308.

15) Ebend. §. 301. Anders nach Nov. 112, c. 1.

16) A. L.R. a. a. O. §§. 325, 397, 398, 391, 409. — L. 45, §. 2 D. de leg. I (XXX, 1).

17) A. L.R. a. a. O. §§. 294—296, 303.

18) Ebend. §. 297. — V. I, vom 4. März 1834, §. 2.

19) A. L.R. I, 5, §§. 230, 231. Daß diese sich unmittelbar nur auf Verträge beziehende Bestimmung auch hier Anwendung findet, folgt aus der rechtlichen Natur dieser Verbindlichkeit als einer vertragsähnlichen (quasi ex contractu). L. 47 pr.; L. 71, §. 1 D. de leg. I (XXX, 1).

den vermachten Capitalien erhobenen, insoweit sie nach dem Tode des Erblassers fällig geworden[20]), was auch von vermachten Renten und Zehnten, nicht aber von dem Nießbrauche eines Grundstücks oder Gebäudes gilt[21]); β) Verzugszinsen, welche vom Ablaufe der Ueberlegungsfrist ohne Mahnung anfangen und selbst durch mora accipiendi nicht gehoben werden[22]). b) Früchte und Nutzungen, soviel der Erbe selbst erhoben hat, nach eingetretener Zögerung aber wie ein unredlicher Besitzer[23]). c) Ersatz für solche Verschlimmerungen, welche durch grobes Versehen des Erben verursacht sind, im Falle der Mora aber auch für solche, welche ein unredlicher Besitzer erstatten muß[24]). d) Leistung des Interesses bei unmöglicher Erfüllung, nach Maßgabe der Verschuldung des Erben[25]).

§. 885.

2. Rechte des Belasteten.

I. Der Erbe ist berechtigt: 1) von dem Legate, soviel nach Erschöpfung der Erbschaft noch dazu erforderlich, zur Bezahlung der Schulden zu verwenden, wenn er Beneficialerbe ist: die Legate vermindern sich dann um soviel von selbst[26]); 2) die auf die Verwahrung und Verwaltung des vermachten Gegenstandes verwendeten Kosten, nach den Regeln von der Geschäftsführung, sowie 3) die Kosten der Uebergabe oder Verabfolgung des Legats, bei Forderungen an Dritte also auch die Kosten der Cession, erstattet zu verlangen[27]). II. Er hat dieserhalb folgende Rechtsmittel: 1) Fordert der Legatar das Vermächtnis ganz, obwohl die Schulden noch nicht bezahlt sind, oder ohne sich zur Erstattung der Kosten zu verstehen, so hat der Erbe das Retentionsrecht (exceptio doli)[28]).

---

20) A. L.R. I, 12, §§. 408, 304.

21) Ebend. §§. 302—304. Hier tritt Theilung nach Verhältnis der Zeit des laufenden Jahres ein.

22) Ebend. §§. 450, 451, 328, 329. Ein Grund zu dieser Anomalie ist nicht. Nach altem R. R. konnten Zinsen ex mora nicht gefordert werden, weil die Klage eine actio stricti juris war. Gajus, II, §. 280. Anders nach Just. R. L. 23, 39, §. 1 D. de leg. I (XXX, 1).

23) A. L.R. a. a. O. §§. 307, 309, 310.

24) Ebend. §. 310. — S. oben §. 468, I, 1. Nach R. R. haftet der Belastete für culpa levis, wenn er Vortheil aus der Erbschaft hat; für culpa lata, wenn er nichts behält (L. 26, §. 1; L. 47, §. 5; L. 108, §. 12 D. de leg. I [XXX, 1]); für casus, wenn er in mora ist. L. 3 C. de usuris et fruct. leg. (VI, 47); L. 39, §. 1; L. 47, §. 6; L. 108, §. 11 D. de leg. I.

25) A. L.R. a. a. O. §. 313. — S. oben §. 471.

26) Vergl. L. 73, §. 5 D. ad legem Falcidiam (XXXV, 2).

27) A. L.R. I, 12, §§. 306, 312.

28) Ebend. §. 296. — Vergl. L. 15, §. 1 D. eodem.

2) Hat der Erbe das Vermächtnis vor der Zeit oder ohne auf den Abzug oder die Erstattung der Kosten zu dringen, gegeben, so kann er den Theil, um welchen das Legat durch Beitrag zur Schuldentilgung vermindert worden ist, condiciren und die Kosten können durch die Geschäftsbesorgungsklage gefordert werden. 3) Hat der Legatar sich eigenmächtig in den Besitz des vermachten Gegenstandes gesetzt (§. 824, I), so kann der Erbe denselben mit dem interdictum quod legatorum zurückfordern [29]). Dieses Rechtsmittel beruhet lediglich auf der eigenmächtigen Besitzanmaßung und geht auch auf unkörperliche Sachen [30]), folglich auch auf eine vermachte Hypothekenpost, welche der Richter für den Legatar, lediglich auf Grund des demselben ertheilten Auszugs aus dem Testamente, ohne Einwilligung des Erben, im Grundbuche umgeschrieben hat [31]). In diesem Falle muß für den Erben vorläufig eine Protestation eingetragen werden, um die weitere Veräußerung der Post an einen redlichen Dritten zu verhindern.

29) A. L.R. a. a. O. §. 311. — L. 7, §§. 146, 147, 150; L. 1, §. 2 D. quod legatorum (XLIII, 3).

30) L. un. C. quorum legator. (VIII, 3); L. 1, §. 8 D. eodem.

31) S. oben §. 824 die in der Note 2 angeführte Abhandlung.

Sachregister.

Die römische Ziffer bezieht sich auf den Band, die arabische auf die Seitenzahl.

A.

Abandonnement I, 778; II, 468, 499.
Abdeckerei-Gerechtigkeit I, 660.
Abdication des Vormundes II, 697.
Abfassung der Gesetze I, 94.
Abfindung der Kinder II, 801.
Abgaben und Lasten, deren Rangordnung im Concurse II, 98.
Abgefundene Kinder II, 591.
Abhanden gekommene Wechsel, s. verlorene Wechsel.
Ableitung des Regenwassers II, 272.
Ablösung der Dienste I, 603.
— der Reallasten I, 588, 603.
Abordage I, 771.
Abschoß I, 662.
Absonderung des Lehns I, 506.
Abstention II, 834, 835.
Abtretung des Vermögens an Kinder II, 801.
Abwesenheit I, 144; II, 711, 836, Note 5.
Abwesenheitsvormund II, 666, 697, 836, Note 5.
Academien I, 199.
Academischer Unterricht über das pr. R. I, 67.
Acceptant per honor II, 326, 327.
Acceptation, s. Annahme.
Acceptation des Wechsels II, 324.
Accession I, 219, 453.
Accessorische Forderungen II, 504.
Accidentalia I, 235.
Accord II, 107, 240.
Acquisitivverjährung I, 286, 295.
Actenversendung I, 18, 117.
Actienunternehmungen I, 668.
Actio ad exhibendum I, 436; II, 273; — ad supplendam legitimam II, 829; — aquae pluviae arcendae II, 272; — communi dividundo II, 411, 869; — confessoria I, 442, 532, 586; — de effusis et dejectis II, 221, 548; — de filiatione II, 619; — de maternitate II, 619; — de pastu pecoris II, 540; — de paternitate II, 619; — de pauperie II, 540; — de statu herili II, 644; — doli II, 545; — exercitoria II, 213; — ex testamento II, 749, 771, 871; — familiae erciscundae II, 829, 853, 858, 869; — finium regundorum II, 413; — funeraria II, 99, 265; — furti II, 537; — hypothecaria I, 633; — in factum wegen Bereicherung II, 358; — injuriarum II, 534; — in personam, — in rem I, 352; — institoria II, 213; — judicati I, 366; II, 9; — legati II, 871; — legis Aquiliae II, 539; — mandati II, 389; — negatoria I, 443, 586; — negotiorum gestorum II,

394; — Pauliana II, 110, 245, 803; — pignoratitia II, 375; — pro socio II, 405; — Publiciana I, 441, 444; — quanti minoris II, 205, 449; — quod metus causa II, 545; — rationibus distrahendis II, 704; — redhibitoria II, 200, 205; — Serviana I, 606; — syndicatus II, 546; — tutelae contraria II, 706; — directa II, 704; — subsidiaria II, 660, 663, 694, 704; — vi bonorum raptorum II, 537.
Actuarien, können nicht Cessionarien sein II, 141; — können Wechselproteste aufnehmen II, 335.
Addictio in diem II, 522.
Adelstand I, 156.
Ademtion eines Legats II, 784.
Adjectus solutionis causa II, 165, 211, 224.
Adjudication I, 466.
Adjudicationsbescheid II, 445.
Adjunction I, 457.
Admiralschaft I, 742.
Adoption I, 154; II, 620, 806, 807, 832.
Adresse bei Wechseln II, 325.
Aedilitisches Edict II, 196.
Aeltern, s. Eltern.
Affinität I, 153.
Afterbelehnung I, 481, 499.
Afterbürge II, 506.
Agnation I, 152.
Agnitions-Resolution I, 376.
Alimentations-Verbindlichkeit II, 255, 818.
Alimentenklage II, 262.
Alimentenkontrakt II, 453.
Allgemeine Gerichtsordnung I, 53.
Allgemeines Landrecht I, 34.
Allmende I, 207.
Allodification I, 515.
Alluvion I, 454.
Alonge bei Wechseln II, 320.
Altentheil II, 455.
Altentheilsvertrag II, 454.
Alter der Menschen I, 149.
Alternative Obligation II, 7.
Amtsgeräthschaften im Concurse II, 96.
Analogie I, 114.
Anatocismus II, 33.
Anbietung der Leistung II, 63.
Aneclogistus tutor II, 702.
Anerkenntnis II, 179, 520.
Anfall der Erbschaft II, 717.
Angabe an Zahlungsstatt II, 233.
Angefälle II, 711.
Angeld I, 191.
Annahme an Kindesstatt, s. Adoption.
Annahme bei Verträgen II, 173.
Annuitäten II, 454.
Anomalien I, 3.
Anrüchtigkeit I, 159.
Anstalten, milde, deren Vorrecht II, 99.
— öffentliche I, 200.
Antichresis II, 377.
Antretung der Erbschaft II, 833, 834.
An- und Zuwüchse I, 219, 453, 613.
Anwachsrecht, s. jus accrescendi.
Anwartschaft I, 496.
Anweisung, s. Assignation.
Anwüchse I, 453.
Apotheken, deren Erwerbung I, 685.
Apothekerberechtigung I, 681.
Appellation an die Reichsgerichte I, 17.
Apprehension, s. Besitzergreifung.
Approbation der Techniker I, 675.
Appropriation I, 515.
Arbeitshäuser I, 199.
Arbitrium bei Testamenten II, 772.
Armenanstalten, deren Erbrecht II, 819, 824, 828.
Armenhäuser I, 199.
Armenpflege I, 155.
Arrest I, 377.
Arrha, s. Angeld.
Arztlohn, dessen Vorrecht II, 99.
Ascendenten, deren Pflichttheil II, 826.
Assecuranz-Compagnie II, 454, 460, 462.
Assecuranz-Contract II, 459.
— Prämie II, 460, 464.
Assignation II, 155.
Assignationen, kaufmännische II, 347.
Assistenten der Parteien II, 714.

Attraction des Concurses II, 116.
Auction I, 625; II, 444, 448.
Aufenthaltsort I, 396.
Aufgebot, eheliches II, 551, 561, 566.
Augenschein I, 357.
Aufhebung der Gesetze I, 106.
Aufseher II, 219.
Auftrag II, 48, 213.
Auftraggeber II, 219.
Auscultatoren I, 19, 116; — können Wechselproteste aufnehmen II, 335.
Auslegung der Gesetze I, 101; — der Rechtsgeschäfte I, 262; — der Testamente II, 773.
Auslobung einer Prämie II, 502.
Auslobungen II, 210.
Ausrichtung ist zu conferiren II, 866.
Ausrüstungsgegenstände, Rechte des Fiscus wegen der Vorschüsse dazu I, 617.
Ausschlagung der Erbschaft II, 835.
Aussicht, Recht auf I, 560.
Ausspielvertrag II, 437.
Ausstattung, Vermächtnis einer II, 763, 767; — ist zu conferiren II, 865.
Ausstattungsverbindlichkeit II, 264.
Aussteuerkasse I, 199.
Auszug, s. Altentheil.
Aval II, 318.
Avisbrief II, 313.
Avulsion I, 454.

B.

Baares Vermögen I, 211.
Bank, Verpfändungen an die I, 652.
Banken I, 703.
Bankerutirer I, 719; II, 109.
Bannmeile I, 660.
Bannrechte, aufgehoben I, 659.
Baraterie II, 466.
Bauen I, 427, 455; — an der Grenze I, 427.
Bauergut, dessen Kennzeichen I, 433.
Bauernstand, I, 156.
Baulinie an der Grenze I, 428.
Baumaterialien, fremde, sind aus den für das Gebäude eingehenden Geldern vorzüglich zu vergüten II, 96.
Beamten, Rechtsverhältnisse aus deren Dienstverrichtungen II, 496; — wiefern sie durch unerlaubte Handlungen den Staat verpflichten II, 220.
Beamtenstand I, 157.
Bearbeitung des preuß. Rechts I, 70.
Bedenkfristen I, 290.
Bedingungen I, 246; — bei Testamenten II, 767.
Beerdigungsverbindlichkeit II, 264.
Befehl II, 381.
Befrachtung des Schiffs I, 752.
Begräbniskosten II, 99.
Begräbnisplätze I, 206.
Behandlung der Gläubiger, s. Accord.
Behandlungsweise des pr. Rechts I, 7.
Beischlaf, unehelicher II, 534, 610.
Beistände II, 667, 714.
Belehnung I, 479.
Beleidigung, s. Ehrenkränkung.
Beneficium cedendarum actionum II, 511, 513, Note 5; — competentiae II, 4, 81, 510, Note 10; — legis et inventarii II, 834, 837, 838, 839, Note 12, 851; — ordinis II, 511, Note 8; — separationis II, 92; — der Legatarien II, 871.
Berechtigungen, selbständige I, 657.
Bereicherung II, 358.
Bergwerksberechtigungen I, 662.
Beschränkungen des Eigenthums wegen Staatswohls I, 393.
Beschreibung I, 259; s. Demonstration.
Besitz I, 317.
Besitzer des verpfändeten Grundstücks, dessen Rechte bei bezahlter Hypothek II, 143.
Besitzergreifung I, 330.
Besitzfähigkeit II, 740, 758.
Besitzklagen I, 342, 850, Note 5.
Besitzstörungen II, 538.
Besitztitelberichtigung I, 464.
Besitzübertragung I, 463.
Besserungsinstitute I, 199.
Bestäder I, 732.
Bestallungen I, 675.

Bestandtheile, s. Substanztheile.
Bestärkung der Verträge II, 190.
Bestätigung II, 191.
Betrug I, 228; II, 545, 737; s. Dolus.
Betrunkene I, 236.
Beute I, 451.
Bevollmächtigungsvertrag II, 380.
Bewässerungsanstalten II, 268, Note 4.
Bewegliche Sachen I, 207.
Bewegungsgrund I, 258; — bei Testamenten II, 773.
Beweis der Schuld II, 50.
Beweisführung I, 354.
Beweismittel I, 356.
Beylbrief I, 733, 776.
Billon II, 13, Note 34.
Bittweise Besitzstörung I, 349.
Blaue Montage verboten I, 194.
Blinde, deren Geschäftsfähigkeit I, 237. — deren Testamente II, 727.
Blödsinnige I, 150, 236; II, 657, 737.
Bodmerei I, 773.
Bodmereibrief I, 776.
Bona fides I, 295, 322.
Bona vacantia II, 712, Note 32, 821.
Bonität einer Forderung II, 152.
Bonorum possessio ventris nomine II, 852, 857.
Bonorum venditio II, 713.
Borkenschälen I, 579.
Börsen I, 703.
Brandschäden II, 416.
Brandversicherung II, 471.
Brantweinbrennen I, 678.
Braugerechtigkeit I, 678.
Brautkinder II, 623.
Brautschatz II, 266.
Briefwechsel II, 179.
Broker, s. Mäkler.
Brückengeld-Gerechtigkeit I, 663.
Brunnen I, 427.
Brunnenrecht I, 581.
Buchhandel I, 700.
Bücherkunde I, 75.
Büchernachdruck II, 542.
Bültenhieb I, 559, 581.
Bürgerstand I, 156.
Bürgschaft II, 506; — der Frauenspersonen II, 515.
Butenland I, 591.
Bylbrief, s. Beylbrief.

C.

Caducum II, 849.
Canäle, s. Kanäle.
Canon I, 601.
Cargadeur I, 738.
Cassatorische Clausel II, 195.
Casus, s. Zufall.
Causa I, 258; II, 170, 177, 296.
Causalverbindung I, 270.
Cautio damni infecti II, 270; — indiscreta II, 304; — Muciana II, 768; — ratam rem haberi II, 508; — rem pupilli salvam fore II, 686, 704; — servandorum legatorum causa II, 871.
Certioration II, 515.
Cessationis periculum II, 693.
Cessio bonorum II, 79.
Cession II, 134.
Chartepartie I, 753.
Chirographarien II, 98.
Civilbesitz I, 322.
Civilobligation II, 4.
Civilstandsrechte I, 214, 221.
Civilstandsregister II, 550.
Clausula codicillaris II, 722, Note 5.
Cloake, s. Kloake.
Codicille, s. Kodizille.
Cognation I, 152.
Coinvestitur I, 482.
Collation, s. Kollation.
Collision der dinglichen Rechte I, 406. — mehrerer Rechte I, 224. — mit Staatswohl I, 393.
Colonatrecht I, 546; II, 720, Note 13.
Colonus partiarius II, 473.
Commis, s. Handlungsdiener.
Commissionshandel I, 696, 701.
Commixtio I, 457; II, 296.
Commodat, s. Kommodat.
Commodum II, 45.

Communio bonorum prorogata II, 590, 688.
Communio incidens II, 410.
Compenſation II, 234; — im Concurſe II, 113; — während des Moratoriums II, 79.
Competenz, richterliche I, 366.
Compossessio I, 328.
Compromiß, ſ. Kompromiß.
Comptoirbediente I, 709.
Concubinat II, 609.
Concurrenz mehrerer Rechte I, 224; II, 241.
Concurs, ſ. Konkurs.
Concurſifex II, 104, Note 3.
Concursus actionum I, 357; — duarum causarum lucrativarum II, 224, 759, 783.
Concuſſion II, 538.
Condictio II, 348; — ex mutuo II, 301; — furtiva II, 348, 356; — indebiti I, 100; II, 6, 351; — Juventiana II, 300; — ob causam II, 356; — ob turpem causam II, 357, 503; — sine causa II, 348, 358; — wegen Bereicherung II, 358.
Conditio, ſ. Bedingungen.
Conducteure I, 713.
Confessio in jure I, 356.
Confirmation, ſ. Beſtätigung.
Confiscation I, 394.
Confuſion, ſ. Konfuſion.
Conjuncti II, 742, 811.
Connoiſſement I, 757.
Consolato del mare I, 726.
Conſolidation I, 512; II, 241, Note 1.
Constitutum debiti II, 179, 520.
Contirte Wechſel II, 312.
Contrat à la grosse I, 774.
Contumacialurtel I, 376.
Convaleſcenz I, 261.
Conventionalſtrafen, ſ. Konventionalſtrafen.
Converſion der Rechtsgeſchäfte I, 261.
Convoy I, 742.
Correalobligation, ſ. Korrealoblig.
Cours II, 12, 13.
Courtage I, 712.
Courtier, ſ. Mäkler.
Creditbrief I, 721.
Creditum, ſ. Obligation.
Crida, ſ. Konkurs.
Culpa, I, 141; II, 46; — deren Beweis II, 50.
Curatel II, 707.
Cura absentis II, 711, 836, Note 5; — bonorum II, 709; — im Concurſe II, 713; — hereditatis jacentis II, 711; — pupillorum II, 709; — ventris II, 708.
Curatorium II, 707.

D.

Dämme, ſ. Deich- und Siellaſt.
Damnum II, 39; — injuria datum II, 539.
Darlehn II, 293; — deſſen Eingehung II, 15, 295.
Datio in solutum II, 233.
Datowechſel II, 316.
Debitor, ſ. Obligation.
Debitum, ſ. Obligation.
Decem I, 593.
Deichlaſt und Siellaſt I, 590.
Delation der Erbſchaft II, 717.
Del credere ſtehen I, 698.
Delegation II, 158, 166.
Deliberationsfriſt II, 834, 837, Note 1.
Demonſtration I, 259; — bei Teſtamenten II, 774.
Depoſita im Concurſe können vindicirt werden II, 96.
Depoſition II, 230.
Depositum II, 366; — irregulare II, 371; — miserabile II, 370.
Deſerteure können auf Ehetrennung belangt werden II, 596.
Deſertion vernichtet das militäriſche Teſtament II, 729.
Desponsatio II, 552, 559, 563.
Desuetudo I, 106.
Deteriorationen I, 220.
Diebſtahl II, 536.
Dienſtbotenverhältnis II, 3; ſ. Geſindeverhältnis.

Dienste und Frohnen I, 603.
Dienstherren II, 219.
Dienstmiethe II, 473.
Dies, Termin I, 254; II, 69, 770.
— bei Legaten II, 770.
— interpellat etc. II, 63, 771, Note 31.
— legati cedit II, 770, 846.
— venit II, 770, 872.
Dingliche Klagen I, 352; — sind cessibel II, 137.
Dingliche Rechte I, 222, 405.
Disciplinargewalt, Personen in I, 237.
Disjunctive Obligationen II, 7.
Diskretionstage II, 331.
Dispache I, 770.
Dispensation in Ehesachen II, 564.
Disponenten I, 706, 709.
Dissensus II, 207.
Distractio bonorum II, 713.
Divisio parentum inter liberos II, 732, 804, 867.
Dogmatik, was sie sei I, 8.
Dokumente I, 356.
Dolus I, 228, 274; II, 46, 545.
Domicil I, 396.
Dominien juristische Personen I, 196.
Dominium reservatum II, 521.
Donatio II, 276; — ad pias causas II, 289; — inofficiosa II, 284; — mortis causa II, 278, 289; — omnium bonorum II, 286; — propter nuptias II, 796; — remuneratoria II, 287; — sub modo II, 287.
Dorfgemeinden I, 175.
Dorfgerichtliches Testament II, 730.
Dos II, 573.
Dos legata II, 763, 767.
Dotalitium, s. Leibgedinge.
Dotalverträge II, 593.
Draufgabe II, 191.
Dritten, Vertrag zum Vortheil eines II, 211.
Drohung I, 226.
Düngergruben I, 426.
Duplik I, 364.
Dupondium II, 742, Note 28.

E.

Edictum aedilitium II, 196.
Editionsverbindlichkeit II, 274.
Effekten I, 211.
Ehe II, 551; — zur linken Hand II, 606.
Ehebrecher, können einander nichts vermachen II, 736, 740, 848.
Ehefrauen bei Rechtsgeschäften I, 237; II, 214, 569, 576; — in wiefern sie den Mann verbindlich machen II, 214.
— deren Intercession für den Mann II, 516.
— deren Rechtsverhältnis zum Manne II, 568; — wegen des Schuldenmachens II, 576.
— deren Vorrecht im Concurse II, 101.
Ehegatten, deren Succession II, 814; — deren Pflichttheil II, 827; — deren wechselseitige Testamente II, 775; — deren Enterbung II, 827; — deren Erbverträge II, 794.
Ehehindernisse II, 553.
Eheliche Verhältnisse II, 550.
Ehemänner, verpflichtet durch unerlaubte Handlungen der Frau II, 221.
Ehescheidung II, 594.
Ehescheidungsstrafe II, 601.
Eheverlöbnis II, 559.
Ehevermächtnis II, 795.
Eheverträge II, 559, 593.
Ehre, bürgerliche I, 158.
Ehrenkränkung II, 531.
Ehrenrechte, bürgerliche I, 158.
Ehrenvormund II, 679, 685.
Ehrlosigkeit I, 159.
Eichellese I, 580.
Eid I, 356; — im Concurse II, 118.
Eigenhandel I, 695.
Eigenthum I, 419 ff.
Einfältige I, 151.
Einfriedigung der Grundstücke I, 430.
Einführungspatente I, 691.
Eingebrachtes der Ehefrau II, 573; — des Miethers und Pächters I, 617.
Einkindschaft II, 623, 807.
Einlagerrecht I, 704.

Einmischung in eine Erbschaft II, 834, 838.
Einquartierungslast II, 477.
Einschränkungen des Eigenthums I, 423.
Eintragung I, 414.
Eintrittsrecht I, 622; s. jus subintrandi.
Eisenbahngerechtigkeit I, 665.
Elterliche Gewalt II, 613, 635.
Eltern II, 219; — Verhältnis zwischen ihnen und Kindern II, 612 ff.
Embargo I, 749.
Empfehlungen II, 514, 546; — kaufmännische I, 720.
Emphyteuse I, 529.
Emtio venditio, s. Kauf.
Entbindungs- und Taufkosten, s. Schwächung.
Enterbung II, 824, 828.
Enterbungsursachen bei Descendenten II, 825; — bei Ascendenten II, 826; — bei Ehegatten II, 827.
Entführung II, 534.
Entsagung von Einwendungen I, 388; II, 190; — einer Erbschaft II, 835.
Entziehung der Rechte wegen Staatswohls I, 393.
Equipirungsgelder im Concurse I, 617; II, 95.
Erbe II, 717, 738.
Erben, deren Solidarität II, 129, 851.
Erben und Nachkommen, wer darunter zu verstehen I, 108.
Erbentsagungsverträge II, 799.
Erbeseinsetzung II, 735, 737, 740.
Erbeslegitimation II, 842, 853.
Erbeutung I, 451.
Erbfolge, s. Succession.
Erbkuxe, deren Nießbrauch I, 535.
Erblehn I, 489.
Erbpacht I, 545; II, 762.
Erbpachtsgeld I, 601.
Erbrecht II, 716.
Erbschaft I, 201; II, 716, 737.
— deren Anfall II, 717.
— deren Erwerbung II, 717.
— deren Antretung II, 833, 834.
— deren Entsagung II, 835.
— deren Verlust II, 846.
Erbschaftliches Liquidationsverfahren II, 104, 131, 841.
Erbschaftsgläubiger II, 129, 841.
— deren Sicherung II, 837, 841, 843.
Erbschaftskauf II, 442.
Erbschaftsklage, s. hereditatis petitio.
Erbschatz II, 572, 583, 862.
Erbtheilung II, 809, 858.
— privilegirte der Eltern zwischen Kindern, s. Divisio parentum.
Erbtheilungsklage, s. actio familiae erciscundae.
Erbtochter I, 490.
Erbverträge II, 720, 789; — unter Eheleuten II, 794.
Erbzins I, 601.
Erbzinsgut I, 529.
Erderhöhungen an der Grenze I, 429.
Ereption II, 849.
Erfindungspatente I, 691.
Erfüllung II, 222.
Erkenntnis I, 365.
Erklärungsfristen I, 290.
Erlaß I, 388; II, 240.
Ermessen bei Testamenten II, 772.
Erpressung II, 538.
Ersitzung I, 286, 295; II, 717, Note 2.
Erwerbung der dinglichen Rechte I, 408.
Essentialien der Geschäfte I, 235.
Eventualbelehnung I, 482, 495.
Evictionsleistung II, 196.
Exceptionen I, 359.
— in wiefern sie cessibel II, 137.
Exceptio dominii s. recensioris dominii I, 437.
— excussionis s. ordinis II, 511, Note 8.
— ex SC. Macedoniano II, 4.
— imminentis evictionis II, 199.
— mercis non traditae II, 418, Note 11.
— pacti dilatoria II, 74.
— ne praejudicium faciat II, 859.
— nondum impleti contractus II, 196.
— non numeratae pecuniae II, 301.
— non rite impleti contractus II, 199.
— plurium litisconsortium II, 131.
— praejudicialis II, 859.

Exceptio quod quisque juris II, 5.
— rei judicatae I, 365, 368.
— solutionis II, 225.
— sub- et obreptionis I, 120.
— veritatis II, 533.
Executor testamenti, ſ. Teſtamentsexecutor.
Exegeſe, was ſie ſei I, 7.
Exekution I, 371; II, 10.
Exekutionsgeſuch iſt materiell die actio judicati II, 9, Note 13.
Exkluſivberechtigungen, deren Beeinträchtigung II, 542.
Expensae I, 219.
Expromiſſion II, 168.
Expropriation I, 393, 548.
Extinctivverjährung I, 287, 302; II, 4.

F.

Fabrikunternehmer I, 705.
Fährgerechtigkeiten I, 663.
Fälſchung, ſ. Verfälſchungen.
Faktoren, ſ. Disponenten.
Familie II, 549.
Familienfideicommiß I, 516; — im Concurſe II, 95.
Familienrechte II, 716.
Fautfracht I, 756, Not. 19.
Fehler bei Thieren II, 203.
— des Beſitzes I, 347.
Felonie I, 483.
Fenſterrecht I, 428.
Feuerſocietätsgelder, deren Vorzug II, 99.
Fictio juris I, 355, Note 5.
Fideijussio indemnitatis II, 506; — ſ. Bürgſchaft.
Fideikommiß I, 517; II, 95, 757; — iſt ceſſibel II, 140.
Fideikommiſſariſche Subſtitution II, 743, 748.
Fideikommiſſarius II, 748.
Fiduciarius II, 748.
Filiationsklage II, 619.
Findelhäuſer I, 199.
Finden I, 445.
Finderrecht I, 447.
Findlinge, ſ. Pflegekinder.
Fingirter Beſitz I, 327.
Firma, Rechte der I, 719.
Fiscaliſches Vorrecht II, 99.
Fiscus I, 170; — deſſen Erbrecht II, 712, 821; — deſſen Vorrechte I, 615; II, 99.
Flußbetten, ausgetrocknete I, 455.
Flußſchiffahrt I, 729.
Foenus II, 19.
— nauticum I, 773.
Förmlichkeiten I, 245.
Forderungenrecht I, 221.
Forderungsrecht, ſ. Obligation.
Forenſen I, 130.
Form der Codicille II, 733.
— der Rechtsgeſchäfte I, 245.
— der Teſtamente II, 722.
— der Verträge II, 177.
Formgebung I, 457.
Frachtfahrer I, 712; II, 497.
Frachtſchiffe, deren Verpfändung I, 646; ſ. Schiffe.
Frauen, deren Interceſſionen II, 5, 515.
Fraus II, 545.
Freimaurerlogen I, 199.
Fremde I, 131.
Freundeskauf I, 551.
Friſt, darf der Richter nicht geben II, 22, Note 5.
Frohndienſte I, 603.
Fruchterwerb I, 325, 453.
Früchte I, 218.
Führung des Schiffsvolks I, 751.
Fuhrleute, ſ. Frachtfahrer.
Fundrecht, ſ. Finderrecht.
Fungible Handlungen II, 129; — Sachen I, 209.
Furcht I, 226.

G.

Ganerbenrecht I, 548.
Gantproceß, ſ. Konkurs.
Gaſtwirthſchaft I, 676.
Gebäude an der Grenze I, 427.
Gebrauchsrechte I, 530, 543; II, 761.
Geburt, deren Beweis I, 142.
Gegenrevers hindert die Beweiskraft der Quittung II, 226.

Gegenstand der Rechtsgeschäfte I, 240.
Gegenvermächtnis II, 796.
Geisteskranke I, 150; II, 736.
Geistlicher Stand I, 157.
Geldobligation II, 11.
Geldpapierhandel I, 696.
Geldpapierkauf II, 438.
Geldstrafen I, 101.
Geldwechsel II, 448.
Gelübde II, 210.
Gemeindegut I, 207.
Gemeindelasten I, 592.
Gemeine Haverie I, 764.
Gemeine Substitution II, 742, 743.
Gemeines Recht I, 10.
Gemeinschaft, zufällige II, 410.
Genehmigung I, 265.
Generalquittungen II, 227.
Genus I, 209.
Gerade I, 212; II, 860.
Geräthschaften I, 211.
Gerechtigkeiten I, 657.
Gericht, vollständig besetztes II, 186, 722.
Gerichtliche Form II, 185.
Gerichtsbarkeit I, 365.
Gerichtsgebrauch I, 117.
Gerichtsherrliche Abgaben I, 600.
Gerichtskosten, im Concurse II, 90.
Gerichtspersonen bei Cessionen II, 141.
Gesamthänder I, 482.
Gesandte, deren Testamente II, 732.
Geschäftsführung ohne Auftrag II, 48, 216, 394.
Geschichte der Quellen I, 12.
Geschlecht I, 148.
Geschwächte, deren Rechte, s. Schwächung.
Gesellen I, 193.
Gesellschaft II, 402.
Gesellschaften, privilegirte I, 163.
Gesetzbücher, deren Verhältnis zueinander I, 56.
Gesetze, deren Begriff I, 2; und Arten I, 93.
Gesetzgeber, dessen Beruf I, 5.
Gesetzgebung, allgemeine, deren Geschichte I, 33; — neuere I, 57.
Gesetzkunde, deren Begriff I, 6.
Gesetzrevision I, 61.
Gesindelohn, dessen Vorrecht II, 99.
Gesindeverhältnis II, 473, 643.
Gespilderecht I, 548.
Geständnis I, 356; — im Concurse II, 117.
Gestio negotiorum, s. Geschäftsführung ohne Auftrag.
Gesundheit, Verschiedenheit der Menschen nach der I, 150.
Getheiltes Eigenthum I, 469.
Gewährsleistung II, 196; — bei Cessionen II, 152.
Gewalt, juristische II, 213.
— körperliche I, 226.
— väterliche I, 221; II, 613, 635.
Gewerbeabgaben I, 660, 662.
Gewerbeberechtigungen I, 659, 672.
Gewerbeinstitute I, 199.
Gewerbsleute II, 219.
Gewerbsstand I, 157.
Gewissensehe II, 609.
Gewohnheitsrecht I, 3, 110.
Giro, s. Indossament.
Gläubiger, bevorzugte, haben die condictio indebiti gegen irrthümlich bezahlte Nachstehende II, 355.
Glaube, s. bona fides.
Gnadenrescripte I, 120.
Grenze, Baum an der I, 428.
Grenzrain I, 429.
Grenzregulirung, s. actio finium regundorum.
Grenzzeichen, s. actio finium regundorum.
Groschen II, 13.
Großjährige Kinder I, 237.
Grundbücher I, 409.
Grundgerechtigkeiten I, 553 ff.; — nothwendige II, 267; — Vermächtnis von II, 761.
Grundzinsen I, 599.
Gültenkauf II, 441.
Güterabtretung II, 79.
Güterbestätiger I, 732.
Gütergemeinschaft der Eheleute II, 572,

584; — deren Eingehung bei Bevormundeten II, 700.
Gutsabtretungsvertrag II, 454.
Gutsherren I, 196.
Gutsherrliche Abgaben I, 601.
Gymnasien I, 198.

H.

Habitation I, 544.
Hammerschlagsrecht I, 431.
Handelsberechtigungen I, 693.
— billets II, 346, 347.
— bücher I, 718; — ersetzen die schriftliche Vertragsform II, 179.
— frau I, 705.
— gesellschaften I, 721.
— stand I, 157.
Handgeld II, 191.
Handlungen I, 225; II, 210; — Dritter II, 211.
Handlungsbücher, s. Handelsbücher.
— diener I, 709.
— commanditen, deren Separation im Concurse II, 94.
— lehrlinge I, 709.
— reisende I, 709.
— vorsteher I, 706.
Handwerker I, 186, 195.
Handwerkszeug als Executionsobject II, 75.
Harzscharren I, 581.
Hauptsachen u. Nebensachen I, 214.
Hauptstuhl II, 20.
Hausgeräth I, 211.
Hausirer I, 704.
Hauskind, ist handlungsunfähig II, 4.
Hausofficianten II, 655.
Hauswirthe II, 221.
Haverei I, 763.
Havereirechnung I, 770.
Hazardspiele II, 503.
Hebammenlohn II, 99.
Heckenanlagen I, 428.
Heergeräthe I, 212.
Heimatsrecht I, 154.
Heimlichkeit beim Besitze I, 348.
Hereditas I, 201; II, 716, 737.
— jacens I, 201; II, 711, 809.
Hereditas legitima II, 804.
— necessaria II, 719, 823.
Hereditatis petitio II, 842, 849, 852.
— — partiaria II, 829, 853.
— — qualificata II, 805.
Herkommen I, 3.
Herkunft I, 154.
Herrschaften II, 221.
Heuer der Matrosen, deren Vorrecht I, 647.
Heuercontract I, 745.
Hochverräther II, 847.
Hoffnungskauf II, 434.
Hofkammer, deren Vorrecht I, 100.
Holzdiebstahl II, 537.
Holzungsgerechtigkeit I, 576.
Homagium I, 483.
Honorar eines Vormundes II, 682.
Hordenschlag, s. Pferchrecht.
Hospitäler I, 199; — deren Erbrecht, s. Armenanstalten.
Hütungsgerechtigkeit I, 562.
Hyperrocha II, 375.
Hypothekenbücher I, 409.
— klage I, 633.
— post, deren Zahlung II, 143.
— recht I, 640.
— schuldner II, 143.

J.

Jagddienste I, 603.
Jahrmärkte I, 702.
Jahr und Tag I, 401.
Ignorantia juris I, 101.
Illaten der Ehefrau; — des Miethers und Pächters, s. Eingebrachtes.
Immission I, 375; II, 856.
Immixtion, s. Einmischung.
Immobilien I, 207.
Immunität von Lasten, aufgehoben, I, 659, 662.
Impedimenta matrimonii II, 553.
Impensae I, 219.
Impietät II, 847.
Imputation I, 272.
Incapacität, s. Unfähigkeit.
Indigenat I, 154.
Indignität II, 794, 847.

Individuum I, 209.
Indoſſament II, 319.
— in bianco II, 320.
— pro cura II, 322.
Indult, ſ. Moratorium.
Infamie I, 158.
Infeudation I, 479.
Inhalt einer Obligation II, 2.
Injurie II, 531.
Injurienklage nicht ceſſibel II, 140.
Inkapacität II, 847.
Innominatcontracte II, 495, 499.
Innungen I, 186.
Inofficioſitätsquerel II, 829.
Inſeln I, 454.
Instrumenta indiscreta II, 304.
Intabulationsklauſel I, 618.
Interceſſion II, 504.
— der Frauensperſonen II, 5, 515.
Interdicte, poſſeſſoriſche I, 342.
Interdictum de glande legenda II, 274.
— de liberis exhibendis II, 619, 641.
— de liberis exhibendis utile II, 644, 647.
Interdictum de tabulis exhibendis II, 275.
Interdictum fraudatorium II, 110.
— quod legatorum II, 874.
— quorum bonorum II, 852.
Intereſſe II, 39, 53.
Interimswechſel II, 312.
Interpellation II, 62.
Interpretation der Geſetze I, 101.
— der Rechtsgeſchäfte I, 262.
— der Teſtamente II, 773.
Interruption I, 304.
Interuſurium II, 36.
Intervention, vermittelt paſſive Ceſſion II, 155.
Inteſtabilität II, 735, 736.
Inteſtaterbfolge II, 804.
Inventarium, Begriff I, 212; — deſſen Form II, 839.
Inveſtitur I, 479.
Irrthum I, 230.
— bei Teſtamenten II, 737.
Juden I, 157.
Judengemeinden ſind juriſtiſche Perſonen I, 168, Note 7.
Judex qui litem suam facit II, 546.
Judicatklage I, 368.
Judicatzinſen II, 21, 24, 25, 33.
Jura personalissima I, 221.
Juramentum calumniae II, 275.
— in litem II, 58, 59, 854.
— integritatis II, 564.
— Zenonianum II, 60.
Jura personalissima I, 221, 223.
Jura praediorum I, 553.
Jurisdiction, ſ. Gerichtsbarkeit.
Jurisprudenz, ſ. Rechtswiſſenſchaft.
Juriſtenrecht I, 115.
Juriſtiſche Perſonen I, 162; II, 740.
Jus accrescendi II, 718, 742, 743, Note 3, 754, 756, Note 37, 761, Note 2, 792, 810, 815, 831.
Jus ad rem I, 223.
— calcis coquendae I, 562.
— cloacae mittendae I, 560.
— commune I, 3.
— fluminis I, 560.
— generale I, 3.
— in re I, 222.
— interstitii I, 428.
— navigandi I, 562.
— ne prospectui officiatur I, 561.
— offerendi I, 622.
— oneris ferendi I, 560.
— personale I, 222.
— primae licitationis II, 138.
— privatum I, 12.
— prospectus I, 428.
— protemiseos I, 547.
— publicum I, 11.
— scriptum et non scriptum I, 3,
— singulare I, 3, 107.
— stillicidii I, 560.
— subintrandi II, 102.
— tigni immittendi I, 560.
Jussus, ſ. Befehl.
Justa causa I, 462.
Juſtizcollegien I, 182, 184.
Juſtizminiſter, deſſen geſetzgeberiſche Befugniſſe I, 94, 121.
Juſtizperſonen als Ceſſionarien II, 141.
Juſtizreform I, 35.
Juſtizreſcripte I, 120.

K.
Kabinetsordres I, 93.
Kämmereien, deren Vorrecht II, 99.
Kalender I, 398.
Kalkbrennen I, 581.
Kammergericht I, 15.
Kanäle I, 427.
Kapital II, 20.
Kapitalsvermögen I, 211.
Kaplaken I, 741.
Kassirte Instrumente II, 228.
Kauf II, 422.
— ad mensuram II, 427.
— auf Probe II, 428.
— in Bausch und Bogen II, 427.
— per aversionem II, 427.
— von Forderungen II, 438.
Kauffrauen I, 705.
Kaufkontrakt II, 421.
Kaufleute I, 704.
Kaufmännische Assignationen II, 347.
Kaufmannswaaren, deren Verpfändung I, 648.
Kautionen I, 376; s. cautio.
Kautionsbestellung für befürchteten Schaden II, 270.
Kautionseid II, 74.
Kehrbezirke der Schornsteinfeger I, 660, Note 11.
Kiehnholen I, 579.
Kinder, sind willensunfähig I, 236.
— wer darunter zu verstehen I, 150; II, 774.
Kinder aus rechter Ehe II, 615.
— aus einer Ehe zur linken Hand II, 638.
— deren Erbrecht II, 816.
— deren Erwerbsfähigkeit II, 213.
— uneheliche II, 639.
— — deren Erbrecht II, 817.
Kirchen I, 198.
Kirchenbücher II, 550.
Kirchenrecht I, 12.
Klagen I, 350 ff.
Kleine Haverie I, 763.
Kloake I, 426.
Klostergelübde macht testamentsunfähig II, 735.
Kodizillarklausel II, 722, Note 5.
Kodizille II, 733.
König, der, hat seine Rechtssachen den Gerichten unterworfen I, 132.
Körperbeschädigung II, 534.
Kohlenbrennen I, 581.
Kollation II, 862.
Kollegien I, 181.
Kolonatrecht I, 546.
Kommissionsgüter im Concurse II, 96.
Kommissionshandel I, 696.
Kommodat II, 361.
Kommunkosten II, 90.
Kompensation II, 234.
— im Concurse II, 113.
— während des Moratoriums II, 79.
Kompetenz, s. beneficium competentiae.
Kompromiß II, 528.
Kondiktionen II, 348.
Konfiscation, s. Confiscation.
Konfusion I, 637; II, 241.
Konkubinat II, 609.
Konkurrenz II, 241.
— mehrerer immittirter Gläubiger I, 374.
— mehrerer Titel I, 465.
Konkurs II, 88 ff.
Konkurskuratel II, 713.
Konkurskurator, s. Verwalter der Konkursmasse.
Konkursproceß II, 103.
Konsolidation II, 241, Note 1.
Konstitutum, s. constitutum debiti.
Kontrakt II, 172.
Kontremandat bei Wechseln II, 343.
Kontumacialurtel I, 376.
Konvention II, 171.
Konventionalstrafe II, 193; — ist cessibel II, 139.
Konzeptionszeit II, 615, 617, 640.
Konzession I, 674.
Koppelhut I, 566.
Korporationen I, 163.
Korrealobligation II, 121, 241.
Korreus II, 120, 121, 241.
Kosten I, 219.
Kours II, 13.

Kourtier I, 710.
Krämer I, 696, 705; II, 23, Note 12.
Krahnrecht I, 704.
Krankenanstalten I, 199.
Krankenpfleger, haben ein Vorrecht I, 99.
Kreditor, s. Obligation.
Kreiskassen, deren Vorrecht II, 100.
Kriegsschäden II, 416.
Krugverlag I, 681.
Krugverlagsrecht, ist ablösbar I, 661.
Kühlgeld I, 742, Note 10.
Kündigungsfrist I, 303; II, 22, Note 5.
Kuratel II, 49, 707.
Kurkosten gehören zum Unterhalte II, 256.

L.

Laesio enormis II, 417, 433.
Lagerholz I, 578.
Landesherr, dessen Vorrecht wegen Privatrechten, s. Hofkammer.
Landgemeinden I, 175.
Landgüterpacht II, 483.
Landgut, Begriff von I, 216, 541.
Landkutscher I, 712; II, 497.
Landsassiat I, 130.
Landseen, abgelassene, deren Betten I, 455.
Laßgüter I, 546.
Laudum II, 530.
Lebensalter, wahrscheinliches I, 145.
Lebensunterhalt, s. Alimente.
Lebensversicherung II, 472.
Leckage I, 761.
Ledigkeitseid II, 564.
Legate, s. Vermächtnisse.
Legatum ademtum II, 784.
— alimentorum II, 766.
— annuum II, 766.
— debiti II, 763.
— dotis II, 763, 767.
— heredi praesenti injunctum II, 734.
— liberationis II, 765.
— menstruum II, 765.
— nominis II, 763.
— optionis II, 755.
— partitionis II, 738.
Legatum poenae nomine relictum II, 768, 772, Note 42.
— sub modo II, 767, 771.
— universitatis juris II, 738.
Legitimation der Erben II, 842, 853.
— unehelicher Kinder II, 622.
Legitimität der Kinder II, 615.
Legitimum tempus I, 303; II, 22, Note 5, 70.
Lehn I, 472.
— im Concurse II, 95.
— als Vermächtnis II, 762.
Lehnauftragung I, 480.
Lehnbrief I, 480.
— folge I, 487.
— folgefähigkeit I, 488.
— folgeordnung I, 489.
— hof I, 484.
Lehnsanwartschaft I, 495.
— aufhebung I, 511.
— curie I, 484.
— dienste I, 483.
— eid I, 483.
— erneuerung I, 485.
— errichtung I, 479.
— gerichtsbarkeit I, 484.
— inventarium I, 507.
— kanon I, 601.
— kompetenz I, 493, 506; II, 83, 85.
— kontrakt I, 480, 510, Note 20.
— kuratel II, 710.
— protektion I, 486.
— revers I, 481.
— schein I, 480.
— schulden I, 500, 503.
— stamm I, 504.
— theilung I, 491.
— träger II, 479, 485.
— treue I, 483.
— veräußerungen I, 496.
— verbesserungen I, 507.
— verschlimmerungen I, 510.
Lehrlinge I, 190.
Lehrstand I, 157.
Leibgedinge II, 797.
Leibrentenkontrakt II, 450.
Leihkontrakt II, 361.
Leiterrecht I, 431.

Le mort saisit le vif II, 717, Note 5.
Leseholz I, 578.
Lettres au porteur payables II, 438.
Levis notae macula I, 159.
Lex Anastasiana II, 144.
— Aquilia II, 540.
— commissoria II, 523.
— Falcidia II, 756.
Liberation II, 221.
Lichtrecht I, 428.
Licitationis, jus primae II, 138.
Liedlöhner II, 99.
Lieferungscontract II, 500.
Liegegelder I, 754.
Liegende Erbschaft, s. hered. jacens.
Liquidation im Concurse II, 116.
Liquidationskosten der Gläubiger II, 101.
Liquidationsproceß, s. erbschaftliches Liquidationsverfahren.
List, was sie sei I, 348.
Literärgeschichtliches I, 70.
Litigiosität II, 142.
Litisdenunciation II, 200.
— vermittelt passive Cession II, 155.
Litiskontestation novirt nicht II, 163.
Löschung der Hypotheken I, 644.
Logen, s. Freimaurerlogen.
Lohgruben I, 426.
Loos II, 437.
Lotterievertrag II, 435.

M.

Mählbrief I, 732.
Mäkler I, 710.
Mäklerjournale II, 711; — Auszüge daraus II, 179.
Mängel der Rechtsgeschäfte I, 259.
Märkte I, 702.
Mahlschatz II, 191.
Mahlzwang aufgehoben I, 660.
Mahnung I, 306; II, 62.
Majorat I, 526.
Majorennitätserklärung II, 695.
Mala fides I, 295, 322.
Mandatscontract II, 48, 380.
Mandatum qualificatum II, 514.
Mangel der Erfüllung II, 209.
Mangel der Form, dessen Folgen bei Verträgen II, 182.
Manifest I, 754.
Marktberechtigung I, 662.
Marktwechsel II, 316; s. Meßwechsel.
Maskopeien I, 721.
Massegläubiger II, 90.
Massenverwalter II, 115.
Mastungsrecht I, 579.
Mauer, gemeinschaftliche I, 430.
Medizinalkosten II, 99.
Meinungen der Rechtslehrer I, 116.
— der Schriftsteller I, 3.
Meister I, 189.
— deren Verpflichtung durch unerlaubte Handlungen der Gehilfen II, 221.
Meisterwitwen I, 190.
Meliorationen I, 220.
Mennoniſten I, 157.
Menschenraub II, 534.
Merkpfahl, s. Vorfluth.
Messebrief I, 733.
Messen I, 702.
Messer I, 715, 733.
Meßwechsel II, 316, 323, 332.
Methoden der Behandlung des Rechts I, 7.
Miethe II, 472.
Militärisches Testament II, 729, 742.
Militärpersonen I, 157, 237; — deren Willenserklärungen II, 177.
Militärstand I, 157.
Minderjährige I, 149, 236.
Ministerialverordnungen I, 121.
Minorat I, 527.
Misbrauch I, 278.
Misgeburten I, 143.
Missio in possessionem II, 109, 838, 852, 856.
Missio in possessionem ventris nomine II, 857.
Mitbelehnte I, 482.
Mitbelehnung I, 482, 495.
Mitbesitz I, 328.
Miteigenthümer, dessen Anwachsrecht II, 822.
Miteigenthum I, 467; II, 437.
Miterben II, 718.

Mitgabe II, 266.
Mithut I, 566.
Mitrheder I, 730.
Mobiliarvermögen I, 211.
Möbeln I, 211.
Mobilien I, 211.
Mönche II, 735.
Modus I, 255; s. Zweck.
Monat I, 400.
Monopole, aufgehobene I, 660.
Monopolisirte Berechtigungen I, 681.
Monstra, s. Misgeburten.
Mora II, 15, 60.
Moralische Personen I, 162; II, 740.
Moratorium II, 76, 107.
Morganatische Ehe, s. Ehe zur linken Hand.
Morgengabe, wird im Concurse zurückgesetzt II, 101.
Mortification II, 228.
Moventien I, 212.
Mühlengerechtigkeit I, 662.
Mühlenpacht II, 490.
Mündliche Nebenabrede II, 181.
Münzveränderung II, 13.
Mundium II, 613, 660.
— des Ehemannes II, 569, 570.
Musterrolle I, 746.
Mutuum, mutui datio II, 293.
Mutuus dissensus II, 207, 240.

N.

Nachbildung, s. Nachdruck.
Nachdruck I, 700; II, 542.
Näherrecht I, 547; — bei Schiffen I, 736.
Naturalbesitz I, 324.
Naturalien der Rechtsgeschäfte I, 235.
Naturalobligation II, 4, 5, 6.
Naturrecht II, 3.
Nebenabreden I, 181.
Nebenvormünder, s. Ehrenvormünder.
Necessarii heredes, s. Notherben.
Negatorische Klage I, 443.
Negotiorum gestio, s. Geschäftsführung ohne Auftrag.
Nemo pro parte testatus II, 718, 719, Note 9, 742.
Nichtigkeit der Rechtsgeschäfte I, 259.
Nichtigkeitsklage I, 260; II, 805.
Nießbrauch I, 553.
— dessen Dauer bei juristischen Personen I, 543.
— legirter II, 757, 761.
Niftel I, 212; II, 860.
Niftelgerade II, 861.
Nomina non divisa II, 129.
Nonnen II, 735.
Nothadressen II, 313, 316, 325.
Notherben II, 719, 823.
Nothzucht II, 534.
Nothwendige Cession II, 143.
— Erbfolge, s. Notherben.
— Servitut II, 267.
— Subhastation II, 444.
Notirung zur künftigen Eintragung I, 640.
Novation II, 162.
Nützliche Verwendung II, 216.
Nullitätsklage, s. Nichtigkeitsklage.
Nutzbares Eigenthum I, 431.
Nutzen, was er ist I, 55.
Nutzungs- und Gebrauchsrechte I, 530.

O.

Obervormundschaft II, 661, 693.
Oblatio II, 64.
Obligatio impediendi II, 219.
Obligation, deren Begriff II, 2.
Obmann II, 529.
Obreption, s. exceptio sub- et obreptionis.
Observanz I, 113.
Occupation I, 444.
Oeffentliche Sachen, s. res publicae.
Operis novi nuntiatio II, 271.
Opinio communis I, 116.
Optio, s. Wahl u. legatum.
Ort der Erfüllung II, 72.

P.

Pacht II, 472.
Pacotille I, 751.
Pactum II, 172.
Pactum antichreticum I, 627; II, 377.
— claudicans II, 179.

Pactum commissorium II, 523.
— de cambiando II, 312.
— de mutuo dando II, 289.
— de non petendo II, 70, 240.
— de non praestanda evictione II, 201.
— de retrovendendo II, 290, 524.
— displicentiae II, 524.
— geminatum II, 520.
— in favorem tertii II, 174.
— remissorium II, 240.
— reservati dominii II, 521.
Papiergeld II, 12, 13, 18.
Parochiallasten I, 593.
Partialzahlungen, s. Theilzahlungen.
Particuläre Haverei I, 763.
Passive Cession II, 155.
Patente I, 107.
— auf Erfindungen I, 108, 691.
Paternitätsklage, s. actio de paternitate.
Patrimonialgerichte I, 117, 197.
Patrimonialgerichtsbarkeit, aufgehoben I, 197, 662.
Patronatrecht I, 662.
Paulianische Klage, s. actio Pauliana.
Pausch u. Bogen, s. Kauf.
Peculium II, 99, 630.
Periculum II, 40.
— cessationis II, 693.
— deteriorationis II, 42, 66.
Perioden der Rechtsgeschichte I, 12.
Persecutio extra ordinem II, 380.
Persönliches Recht I, 222.
Person I, 141; II, 716.
Personalarrest II, 74, 108.
— gerechtigkeit I, 657.
— statuten I, 134.
Personen, deren Begriff und Eintheilung I, 141.
Personenstand, s. Civilstandsregister.
Pertinenzstücke I, 215, 612.
Petitio tutoris II, 672, 693.
Pfändungsrecht I, 384.
Pfandbriefe I, 654.
— gläubiger II, 95.
— kontrakt II, 372.
— leihgewerbe II, 379.
Pfandrecht I, 605.
— schein II, 179.
Pfennigszins I, 605, Note *.
Pferchrecht I, 575.
Pflanzen I, 455.
Pflegebefohlene, deren Vorrecht II, 100.
— deren Vertretung durch den Vormund bei Rechtsgeschäften II, 215.
Pflegeeltern, deren Erbrecht II, 641.
— kinder II, 641.
Pfleger, deren Erbrecht II, 819.
Pflichttheil der Kinder bei Scheidungen II, 603.
Pflichttheilsberechtigte II, 824; s. Notherben.
Physische Personen I, 142.
Pia corpora, deren Vorrecht II, 99.
Pignus praetorium II, 109.
Plaggenhieb I, 559, 581.
Pluspretium II, 592, 690.
Polizeiliche Verfügungen, Rechtsmittel gegen I, 343.
Pollicitationen II, 210.
Possessorische Klagen I, 342; II, 850, Note 5.
— sind cessibel II, 137.
Posthumus II, 832.
Post omnes II, 101.
Postulatio tutoris, s. petitio tutoris.
Potestas II, 213.
Prädialservituten I, 553.
Präjudicialsache II, 530.
Präjudicien I, 117, 119.
Präklusion I, 365, 390.
— der Gläubiger II, 117.
Prälegat II, 741, 757, 839, Note 11.
Prämienauslobung II, 502.
Präscription II, 4; s. Verjährung.
Präsentation des Wechsels II, 323.
Präsumtionen I, 355; s. Fictionen.
Präterition II, 831.
Prahmgerechtigkeit I, 663.
Praktiker, Schule der I, 5.
Precarium II, 365.
Pretium affectionis II, 55, 56, 59.
Pretium succedit in locum rei I, 214, 462, 505, Note 5.
Preußisches Recht, dessen Begriff I, 10.

Primogenitur I, 527.
Priorität I, 374; II, 119.
Prioritätsordnung II, 98.
Privatflüſſe I, 426.
— gerichte, ſ. Patrimonialgerichte.
— poſten I, 662.
— recht, deſſen Begriff I, 12.
— ſachen, ſ. res privatae.
— ſtrafen II, 69.
Privation I, 394.
Privilegien I, 106.
Privilegirte Teſtamente II, 728.
Privilegium de non appellando I, 17.
Procurator in rem suam II, 134, Note 3, 155.
Prodigus, ſ. Verſchwender.
Prokura II, 706, 709.
Prolongation eines Wechſels II, 344.
Proprehandel I, 695.
Proprietät I, 432.
Prospectus coeli I, 428.
Protestatio pro conservando jure et loco I, 641.
Proteſtationen I, 386.
Protokolle, ſtehen dem ſchriftlichen Vertrage gleich II, 179.
Protutor II, 692, 705.
Provinz, wann darunter ein Obergerichtsbezirk zu verſtehen I, 295, 314.
Provinzialgeſetzgebung I, 64.
Provinzial- und Ortsrecht I, 10.
Proviſion I, 697.
Prozeßkoſten, in wiefern ſie zum Unterhalte gehören II, 256, 257, Note 3.
Prozeßkoſten, ſind unter mehrere ipso jure getheilt II, 123.
Publicianiſche Klage, ſ. actio Publiciana.
Publikation der Geſetze I, 97.
— eines Teſtaments II, 785.
Punktationen II, 173, 179.
Pupillarſubſtitution II, 742, 745.
— zinſen II, 703.
Pupillengüter, deren Veräußerung II, 690.
Purgatio morae II, 29, 67.

Q.

Quarta Trebelliana II, 751.
Quasiususfructus I, 542.
Querela nullitatis II, 805.
Qui dolo desiit I, 327; II, 142, 273.
— liti se obtulit I, 328, 435.
Quittung II, 226.
— als Ceſſion II, 144.
Quod quisque juris etc. II, 5, 546.

R.

Raffholz I, 578.
Rahmbrennen I, 581.
Ramp I, 771.
Rangordnung der Gläubiger II, 98.
— der Erben II, 809.
Raptus II, 534.
Raſende, ſ. Wahnſinnige.
Rath II, 382.
Ratihabition I, 265; II, 520, Note 1.
Raub II, 537.
Realgerechtigkeiten I, 657.
— kontrakte II, 183, 188.
— laſten I, 583.
— ſervituten I, 553.
— ſtatuten I, 134.
Rechnungen, Vergleich über II, 527.
— unterſchriebene II, 179.
Rechnungslegung des Vormundes II, 700; — des Verwalters II, 397.
Recht, Begriff von I, 1.
— deſſen Entſtehung I, 4.
Rechte I, 220.
Rechtsanwalte, als Ceſſionare II, 141.
— fähigkeit, deren Begründung I, 142; — Aufhebung I, 144.
Rechtsgeſchäfte I, 235.
— kraft I, 336.
— kreis I, 220.
— kunde I, 6.
— verhältniſſe I, 220.
— wiſſenſchaft I, 6.
— zuſtändigkeit I, 336.
— zuſtand I, 220.
Rectawechſel II, 312.
Redhibition, ſ. actio redhibitoria.
Reductio ad arbitrium boni viri II, 427, Note 42.
Referendarien I, 117; — können Wechſelproteſte aufnehmen II, 335.

Refutation I, 513, 515.
Regenwasserableitung II, 272.
Regierungen, deren gesetzgeberische Befugnisse I, 95.
Regredienterbin I, 491.
Regreß bei Assignationen II, 158.
Regreßverbindlichkeit der Beamten I, 184.
Rei judicatae exceptio I, 368; II, 4, 352.
Reinfeudation I, 481.
Rekognitionsschein über deponirte Testamente II, 726.
Religion I, 157.
Religionsanstalten I, 197, 198.
— gesellschaftsrecht I, 12.
Reliqua II, 703.
Relocation II, 474.
Remedium ex lege ult. Cod. II, 852, 856.
Remission, s. pactum remissorium.
Remotion II, 698.
Rentenkauf II, 441.
Renunciation I, 388; II, 190.
Replik I, 364.
Repräsentationsrecht II, 807, 812, Note 35.
Repudium II, 562.
Res communes I, 205.
— divini juris I, 206.
— extra commercium I, 203, 207.
— fungibiles et non I, 209.
— infeudari solita I, 481.
— judicata I, 366.
— — novirt nicht II, 163.
— privatae I, 207.
— publicae I, 205, 207.
— succedit in locum pretii, s. pretium succedit etc.
— universitatis I, 207.
Rescission I, 261; II, 208.
Rescripte I, 120.
Reservationen I, 386.
Reservatum dominium II, 521.
Respittage II, 331.
Responsa prudentum I, 3.
Restitutio in integrum II, 243.
Restitutionsklage II, 245.
Resubhastation II, 195, Note 44.
Retentionsrecht I, 383.
— im Concurse I, 384; II, 113.
Retorsion I, 132.
Retractklage I, 550.
Rettungs-Institute I, 199.
Reubuße II, 192.
Reuvertrag, s. pactum displicentiae.
Rezeptum der Gastwirthe II, 50, 52, 497; — der Schiedsrichter II, 529.
Rheder I, 734, 738.
Rhederei I, 730.
Richtersprüche, s. Präjudizien.
Rinnen I, 427.
Riskorno I, 779; II, 470.
Rittergüter I, 433.
Rohrhauen I, 579.
Rückbürge II, 506.
Rücktritt vom Vertrage, s. Rescission.
Rückwechsel II, 341.
Rückwirkung der Gesetze I, 123.
Rutscherzins I, 603.

S.

Sache, res I, 203.
Sachverständige I, 356.
Säen und Pflanzen, s. Pflanzen.
Schadenersatz II, 38.
Schäden I, 219.
Schäfereigerechtigkeit I, 567.
Schätzung des Interesses II, 56.
Schätzungseid, s. juramentum in litem.
Schaffner I, 715.
Schalttag I, 402.
Schankwirthschaft I, 676.
Schatz I, 448.
Schauer I, 715.
Scheidemünze II, 13.
Scheidewände I, 430.
Scheidung II, 594.
Schenkung II, 48, 276; s. donatio.
Schenkungen im Concurse II, 101.
Scherz I, 238.
Schiedsmannsvergleiche I, 376.
Schiedsrichter II, 528.
Schiedsrichterliche Urtel I, 376.
Schiffe, deren Begriff und Erwerbung I, 730; s. Frachtschiffe.

Schiffer I, 736.
Schifffahrtsrecht I, 721.
Schiffsdirector I, 735.
— gläubiger I, 647.
— journal I, 743.
— kapitän I, 736.
— rath I, 743.
— volk I, 744.
Schilfhauen I, 579.
Schirrholz I, 577.
Schlüſſelgewalt II, 613.
Schlußzettel I, 711.
Schmerzengeld II, 534.
Schornſteinfeger, ſ. Kehrbezirke.
Schriftliche Form II, 178.
Schriftſteller, deren Meinungen I, 3.
Schrot und Korn II, 12.
Schuld, ſ. Culpa.
Schuldarreſt II, 74.
— ſchein II, 301 ff.
— — in Wechſelform II, 348.
— — ohne Angabe der causa debendi, ſ. cautio indiscreta.
Schulen I, 198.
Schulgeld II, 99.
Schutzherrſchaft I, 600.
Schwächung II, 609.
Schwägerſchaft I, 153.
Schweineſtälle I, 426.
Schwund I, 761.
Sclaven I, 141; II, 657.
Seeaſſecuranz II, 460.
Seeleute I, 744.
— mannſchaft, ſ. Schiffsrath.
— proteſt I, 769; II, 467.
— recht I, 729.
— reiſende, deren Teſtament II, 730.
— wechſel I, 777.
Selbſthilfe I, 381.
Sen. Cons. Macedonianum II, 4.
Senſale I, 710.
Separatio feudi ab allodio I, 506.
Separationsrecht II, 92, 851.
— der Legatarien II, 871.
Sequeſtration I, 375; II, 371.
Servituten I, 553 ff.
— geſetzliche I, 423.
— nothwendige II, 267.
Setzſchiffer I, 736.
Sichtwechſel II, 316.
Siellaſt I, 591.
Simulation I, 238.
Singularſucceſſion II, 717.
Societät II, 402.
Socius liberalitatis principis II, 822.
Soldatenſtand I, 157.
Solidarität II, 120, 121, 129.
Solution II, 222.
Sopra protesto Acceptation II, 326.
Sors II, 19.
Sortimentshandel I, 701.
Spatenrecht I, 591.
Species I, 209.
Specification I, 457; — bei Legaten II, 760.
Speditionshandel I, 699.
Spielſchulden II, 4.
Spielvertrag II, 503.
Spolium I, 347.
Staat, deſſen Verpflichtung durch unerlaubte Handlungen ſeiner Beamten II, 220.
Staatsbeamte, Beſchädigung durch II, 546.
— bürgerſchaft I, 158.
— papiere im Handel II, 440.
— rath, ſoll die Geſetze prüfen I, 96.
— recht, Begriff von I, 11.
— verträge, deren Auslegung I, 103, 264.
— wohl I, 393.
Stadtgemeinden I, 173.
Stand I, 156.
Standesrechte I, 214, 221.
Stapelrecht I, 704.
Statuta personalia etc. I, 134.
Stauer I, 715.
Stauungsrecht II, 272.
Stellvertretung bei Verträgen II, 213.
Stempelmeiſter I, 715.
Sterbekaſſen I, 199.
Stiftungen I, 200.
Stille Geſellſchafter I, 723.
Stillſchweigende Ceſſion I, 146.
Stillſchweigendes Pfandrecht I, 614.
Stockjobberei II, 440.

Strafen, deren Platz im Concurse II, 101.
Strafrecht I, 12.
Strafsache u. Civilsache präjudiciren sich nicht II, 530.
Streurechen I, 579.
Stromassecuranz II, 460.
Stromschiffahrt I, 729.
Stumme, deren Geschäftsfähigkeit I, 237.
— deren Testament II, 727.
Stundung II, 74, 107.
Stuprum, s. Schwächung.
Subditi temporarii I, 130.
Subhastation I, 624; II, 195, 444.
Subloeation II, 477.
Subreption, s. exceptio.
Substanztheile I, 215, 611.
Substitutio exemplaris II, 747.
— fideicommissaria II, 743, 748.
— pupillaris II, 742, 745.
— vulgaris II, 742, 743.
Substitutionen II, 742.
Successio contra tabulas II, 719.
Successio graduum II, 809, 829.
Succession I, 387; II, 717; — in Familienfideicommisse I, 524.
Successionsfähigkeit II, 806.
Successionsordnung II, 812.
Supercargo I, 738.
Superficies I, 208, 582.
Syndikatsklage II, 546.
Syndikus I, 169.

T.

Tag I, 399.
Tagwechsel II, 316.
Taube, deren Geschäftsfähigkeit I, 237.
— deren Testament II, 726.
Tauben II, 541, Note 12.
Taubstumme, deren Testamente II, 727.
Tauf- und Entbindungskosten II, 611, 709, Note 8.
Tauschcontract II, 448.
Tempus judicati II, 22, Note 5, 236; s. legitimum tempus.
Termin, dies, s. dies.
— bei Legaten II, 770.
Terminalzahlung, s. Theilzahlungen.
Territorialrechte I, 133.
Testamente II, 721 ff.
Testamenti factio II, 735, 739.
Testamentsexecutor II, 787.
Testamentsmündigkeit II, 737.
Testamentum correspectivum II, 775.
— destitutum II, 783.
— injustum II, 778.
— irritum II, 779.
— militare II, 728.
— misticum II, 739.
— mutuum II, 775.
— non perfectum II, 778.
— nullum II, 778.
— parentum II, 732.
— peregrinantium II, 730.
— principi oblatum II, 728.
— reciprocum II, 775.
— ruptum II, 779.
— ruri conditum II, 730.
— tempore pestis II, 730.
Thatbestand als Beweismittel I, 357.
Theerschwelen I, 581.
Theilzahlungen II, 74; — bei Wechseln II, 332.
Thiere I, 210.
— Beschädigung durch II, 740.
Thierfang I, 449.
Titel I, 408, 462.
— zur Verjährung I, 296.
Tod, bürgerlicher I, 144.
— dessen Beweis I, 145.
— dessen Einfluß auf Verträge II, 129.
Todesanzeige, Verbindlichkeit zur II, 276, 843, Note 3.
Todeserklärung I, 147; II, 699.
Todtkranke I, 236.
Todttheilung I, 492.
Tödtung I, 535.
Tontinen II, 454.
Tradition, s. Uebergabe.
Traktaten II, 172.
Translation eines Legats II, 781, 784.
Transmission der Erbschaft II, 810, 832, 841.
Tratte II, 309.
— auf eigene Ordre gilt nicht II, 310.
Trauung II, 564.

Treuloſigkeit bei Verträgen II, 209.
Trockener Wechſel II, 309, 346.
Trödelhandel I, 696.
Trödelvertrag II, 499.
Trödler I, 704.
Tumult II, 538.
Tutel, ſ. Vormundſchaft.
Tutorium I, 676.

U.

Uebergabe I, 459.
Uebergehung II, 831.
Ueberlegungsfriſt, ſ. Deliberationsfriſt.
Umwandlung der Rechtsgeſchäfte I, 262.
Unbenannte Geſellſchaften I, 723.
Unbewegliche Sachen I, 207.
Uneheliche Kinder II, 620, 622, 639.
— — deren Alimentation II, 258.
Uneheliche Kinder, deren Erbrecht II, 817, 824.
Uneheliche Verwandtſchaft I, 152; II, 805.
Unehrlichkeit I, 159.
Unerlaubte Handlungen I, 219; II, 219, 530.
Unfähigkeit zum Erwerbe einer Erbſchaft II, 806, 847.
Ungiltigkeit der Ehe II, 554.
— der Rechtsgeſchäfte I, 259.
— der Teſtamente II, 778.
Unio prolium, ſ. Einkindſchaft.
Unitas actus II, 728.
Univerſalſucceſſion II, 129, 717, 737, 751, 849.
Univerſitäten I, 198.
Universitas juris I, 214; II, 717.
— personarum I, 163.
— rerum I, 213.
Unmöglichkeit der Erfüllung II, 208.
Unmündige I, 150, 236.
— deren Obligationen II, 5.
Unterpfandsrecht I, 604.
— als Vermächtnis II, 762.
Unterrichtsanſtalten I, 197, 198.
— koſten, gehören zum Unterhalt II, 256.
Unterſtützungsanſtalten I, 197, 199; — geſellſchaften II, 454.
Unterzeichnung eines Wechſels II, 316.
Unwürdigkeit zur Erbſchaft II, 847.
Unzünftige Handwerker I, 195.
Urkunden I, 356.
Urkundenedition II, 274.
Urtel, ſ. Erkenntnis.
Uſowechſel II, 316, Note 11.
Uſucapion, ſ. Verjährung.
Usurae, ſ. Zinſen.
Uſus I, 543; — legirter II, 761.
Uſusfructus, ſ. Nießbrauch.

V.

Vacante Erbſchaft II, 711.
Väterliche Gewalt, ſ. Gewalt.
Venia aetatis II, 695.
Venter inspiciendus II, 619.
Veränderte Umſtände II, 209.
Veräußerung von Pupillengütern II, 690.
Verbeſſerungen I, 220.
Verbindlichkeit, ſ. Obligation.
Verdingungscontract II, 493.
Vereinigung, ſ. Konfuſion.
Verfälſchungen bei Wechſeln II, 329.
Vergleich II, 524.
Vergleiche in Prozeſſen I, 376.
Verität einer Forderung II, 152.
Verjährung I, 280.
— auf Kündigung ſtehender Forderungen I, 303.
Verlagscontract II, 457.
Verlagshandel I, 700.
Verlagsrecht I, 700.
Verlaſſenſchaft I, 201; II, 716.
Verletzung, enorme, ſ. laesio enormis.
Verlöbnis II, 559, 563.
Verloosung, ſ. Loos.
Verlorene Wechſel II, 327.
Verluſt der Rechte I, 387.
— der dinglichen Rechte I, 415.
— des Eigenthums I, 466.
— der Erbſchaft II, 846.
Vermächtniſſe II, 734, 738, 751.
— deren Erwerbung II, 845.
Vermächtnis einer Ausſtattung II, 763, 767.
— einer Forderung II, 763.

Vermächtnis einer Grundgerechtigkeit II, 761.
— eines Nießbrauchs II, 761.
— eines Pfandrechts II, 762.
— einer Sache II, 758.
— einer Summe II, 761, 764, 766.
Vermischte Statuten, s. statuta.
Vermögen I, 213.
Vermögensrechte I, 222.
Vermuthungen, beim Besitz I, 325; s. Präsumtionen.
Vernichtung II, 242.
Verschlimmerungen I, 220.
Verschollene I, 144; II, 666, 836, Note 5.
Verschwender I, 151, 236; II, 736.
— deren Obligationen II, 5.
Versehen, s. Culpa.
Versicherungsgesellschaften I, 199; II, 454, 460, 461.
— vertrag II, 459.
Versiegelung II, 688, 843.
Versio in rem II, 216.
Versorgungsanstalten I, 199; — gesellschaften II, 454.
Versteigerung, s. Subhastation, Auction.
Verträge II, 171 ff.
Verwahrungsvertrag, s. Depositum.
Verwalter der Concursmasse II, 115, 713.
Verwaltung fremder Sachen II, 396.
Verwandte, wer damit in Testamenten gemeint sei II, 774.
Verwandtschaft I, 152.
— ist Grund zur Alimentation II, 256.
Verwendungen I, 219.
Verzichtleistung I, 388.
Verzug II, 61.
Verzugszinsen II, 21.
Vidualitium, s. Witthum.
Viehpacht II, 489.
Viehverstellung II, 489.
Viktualienhändler I, 704.
Vindikanten im Concurse II, 96.
Vindikationsklage I, 434.
Vitalitiencontract II, 453.
Volksauflauf II, 538.
Volksrolle I, 746.
Volles Eigenthum I, 419.
Vollmachtsauftrag II, 213, 381.
Vorbehalt bei der Zahlung II, 223.
— der Rechtswohlthat des Inventariums II, 837.
— eines bessern Käufers II, 560.
Vorbehaltenes Vermögen II, 573, 581; — hat kein Vorrecht im Concurse II, 101.
Vorfluth, deren Verschaffung I, 425; II, 272.
Vorkaufsrecht I, 547; II, 289.
Vormund, dessen Bedeutung II, 660, 679.
Vormundschaft II, 48, 215, 657.
Vorsatz, s. Dolus.
Votum, s. Gelübde.

W.

Waarenhandel I, 695.
Wäger I, 715.
Wahl, bei alternativen Obligationen II, 7.
— bei Legaten II, 754.
Wahnsinnige I, 150, 236; II, 657, 737.
Waisenanstalt, deren Erbrecht II, 820.
— häuser I, 199.
Waldberechtigungen I, 576.
Wandelpön II, 192.
Wasserbehälter an der Grenze I, 427.
Wasserleitungsrecht I, 581.
— schöpfungsrecht I, 581.
Wechsel II, 305.
— an eigene Ordre II, 310.
— au porteur gelten nicht II, 315.
Wechselacceptation II, 324.
— bürgschaft II, 317.
— fähigkeit II, 308, 314.
— form II, 315.
— handel I, 696.
— klausel II, 314, 347.
— präsentation II, 323.
— prolongation II, 344.
— protest II, 333.
— provision II, 342, 345.
— regreßklage II, 336.
— verbindlichkeit II, 305 ff.

Wechselverfälschungen II, 329.
— zahlung II, 327, 331.
Wechselseitiges Testament II, 775.
Wegegerechtigkeit I, 561.
Wegegeldgerechtigkeit I, 663.
Weiberlehn I, 489, 491.
Werkhäuser I, 199.
Werk, s. Verdingungscontract.
Werth einer Sache II, 55.
Wette II, 503.
Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, s. restitutio in integrum.
Wiederkauf II, 14, 290, 524.
Wiederkaufsrecht nicht cessibel II, 141.
Wilde Thiere II, 541.
Wildschaden II, 541.
Willenserklärungen I, 226.
Windbruch I, 578.
Witthum II, 457, 797.
Witwengerade II, 861.
Witwenhäuser I, 199.
Witwenkassen I, 199.
Woche I, 400.
Wochenmärkte I, 702.
Wohnsitz I, 396.
Wohnungsrecht I, 544.
Wucher II, 30.
Würdigungseid, s. juram. in litem.

Z.

Zahlung II, 222.
Zehnten I, 593.
Zeit der Erfüllung II, 69.
Zeitbestimmung I, 254; s. dies.
— bei Legaten II, 770.
Zeitrechnung I, 398.
Zerstückelung der Grundstücke I, 425.
Zerstückelungsverträge I, 464.
Zeugen I, 356.
Zeugenschaftsverbindlichkeit II, 276.
Ziegelbrennerei I, 581.
Zinsen II, 19; s. auch Pupillarzinsen.
— kaufmännische I, 715.
— im Concurse II, 102.
— von Zinsen II, 33.
— wiederkäufliche II, 441.
Zinsfuß, erlaubter II, 30.
— gut I, 529.
— wucher II, 30.
Zögerung, s. Verzug.
Zögerungszinsen II, 21.
Zollgerechtigkeit I, 662.
Zucht, elterliche II, 614.
Zünfte I, 185.
Zufall I, 272; II, 40.
— dessen Folgen II, 40, 420.
Zugeständnis I, 356.
Zurechnung I, 272.
Zurückforderung von Alimenten II, 264; — s. condictio.
Zusammenstoßen dee Schiffe, s. Ramp.
Zustandsrechte I, 223; II, 716.
Zuwachsrecht, s. jus accrescendi.
Zuwüchse, s. An- und Zuwüchse.
Zwang I, 226; II, 545.
Zwangs-Kehrbezirke der Schornsteinfeger, s. Kehrbezirke.
Zwangs- und Bannrechte aufgehoben I, 660.
Zweck I, 255.
— bei Testamenten II, 771.
Zwitter I, 148.

VERIFICAT 2007
BIBLIOTECA CENTRALĂ UNIVERSITARĂ BUCUREȘTI

Im Verlage von J. Guttentag in Berlin ist so eben erschienen:

Archiv für Rechtsfälle,

die zur Entscheidung

des Königlichen Ober-Tribunals

gelangt sind.

Herausgegeben und redigirt

von

Theodor Striethorst,

Kammergerichtsrath.

Neue Folge. Erster Jahrgang. I. Band.

(Des Ganzen: Fünfundzwanzigster Band.)

Preis für den Jahrgang 4 Thlr. 20 Sgr.

Die folgenden Bände werden rechtzeitig erscheinen.

Früher sind erschienen:

Dr. C. F. Koch.

Das Wechselrecht, nach den Grundsätzen der Allgemeinen Deutschen Wechselordnung und nach seiner Anwendung in den Preußischen Ländern. 1850. 2 Thlr.

Formularbuch für instrumentirende Gerichtspersonen und Notarien, mit kurzen Angaben über die Erfordernisse der einzelnen Urkunden und mehreren als Anhang beigefügten Tax-Instrumenten. 5te verm. u. verbess. Ausg. 1854. 1 Thlr. 15 Sgr.

Das Preuß. Civil-Prozeß-Recht in 2 Bänden:

I. Band. **Handbuch des Preuß. Civil-Prozesses.** 2te vermehrte und verbesserte Ausgabe. 1854. 4 Thlr.

II. Band. **Prozeß-Ordnung.** 3te vermehrte und verbesserte Ausgabe. 1855. 5 Thlr.

Beurtheilung der Entscheidungen der ersten zehn Bände des Königlichen Ober-Tribunals. Mit einem Sachregister. 1847. 3 Thlr. 16 Sgr.

Das Werk ist für die Rechtsentwicklung wie für die Praxis von gleich großem Werthe und Nutzen. In ersterer Hinsicht liefert es einen bedeutenden Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Begründung oder Widerlegung der in den Entscheidungen ausgesprochenen und angewendeten Rechtssätze, je nachdem sie in dem geltenden Rechte, nach der Ansicht des Verfassers, Grund haben oder nicht. In praktischer Hinsicht gibt es eine so vollständige Uebersicht aller in den zehn Bänden enthaltenen Entscheidungen, daß man, auch ohne diese zehn Bände zur Hand zu haben, den wesentlichen Inhalt ersehen kann.

Die Preuß. Konkurs-Ordnung, mit Kommentar, unter Benutzung der Materialien und Einschaltung der Ministerial-Instruktion an den betreffenden Stellen. 1855. 1 Thlr. 10 Sgr.

Allgemeine Hypotheken-Ordnung für die gesammten Königlichen Staaten, sammt den dieselbe ergänzenden und abändernden Gesetzen, Verordnungen und Verfügungen, herausgegeben mit Glossen. 1856. 2 Thlr.

Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten. Unter Andeutung der obsoleten oder aufgehobenen Vorschriften und Einschaltung der jüngeren noch geltenden Bestimmungen, herausgegeben mit Kommentar in Anmerkungen. 4 Bände mit Register. (I. Bd. 3te verm. Aufl. II. bis IV. Bd. 2te verm. Aufl.) 1856. 7. 21 Thlr. 25 Sgr.

Buddee, Karl, Kammergerichts-Rath. Die Grundsätze des heutigen preußischen Civilprozesses und ihre Anwendung beleuchtet. 15 Sgr.

Druck von Fr. Frommann in Jena.