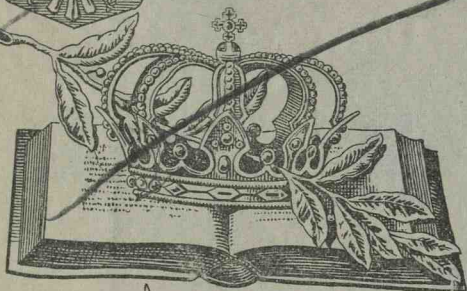




BIBLIOTECA
FUNDATIVNEI
UNIVERSITARE
CAROL I.



Nº Curent 46648 Format -

Nº Inventar A59456 Anul -

Secția Dezvolt Răstul III

Inv. 159.756.

Von den Pandekten ²³⁰³²⁸

zum

Bürgerlichen Gesetzbuch.

↓
Eine dogmatische Einführung

in das

Studium des Bürgerlichen Rechts

von

Dr. jur. Ludwig Kuhlenbeck,

Rechtsanwalt in Jena.

Erster Theil, erste Hälfte.



BERLIN.

Carl Heymanns Verlag.

1897.



11991

CONTROL 1955

BUCHSTABEN
Cote 46648
inventar 41644

PCMS

1956

Juristische Schriften desselben Verfassers:

1. Der Check. Seine wirthschaftliche und juristische Natur, zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Gelde, vom Wechsel und der Giro-Bank.

Leipzig, Verlag von C. L. Hirschfeld. 1890. (222 S.) 3 M.

2. Der Schuldbegriff als Einheit von Wille und Vorstellung in ursächlicher Beziehung zum Verantwortlichkeitserfolg.

Leipzig, Verlag von C. L. Hirschfeld. 1892. (142 S.) 2 M.

3. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts in Beziehung auf die wichtigsten Begriffe und Institute des Civilrechts, in systematischer Folge dargestellt und kritisch besprochen.

Berlin, W. Moeser. Hofbuchhandlung. 1896. Bislang 5 Hefte (400 S.) à 2 M.

Carl Heymanns Verlag, Berlin W.

Rechts- und Staatswissenschaftlicher Verlag.

Einführung in das Studium des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

Ein Lehrbuch des bürgerlichen Rechts.

Von

Dr. F. Endemann,

ord. Professor der Rechte in Halle.

Dritte völlig neubearbeitete Auflage.

ERSTER THEIL.

Einleitung und Allgemeiner Theil.

Preis M. 5, bei postfreier Zusendung M. 5,30.

Die Fortsetzung wird in rascher Folge erscheinen.

B.C.U. Bucuresti



C71644



**Donațiunea
N. MANDREA**

GELEITWORT.*

„Durch das römische Recht, aber über dasselbe hinaus — das ist der Wahlspruch, in dem für mich die Bedeutung des römischen Rechts für die moderne Welt beschlossen liegt.“

*v. Ihering, Geist des röm. Rechts,
I. S. 14 (3. Aufl.).*

An jeden Juristen innerhalb der Grenzen des Deutschen Reichs tritt in demselben Grade, in dem das zwanzigste Jahrhundert näerrückt, die ernstliche Aufgabe näher heran, sich mit dem bürgerlichen Gesetzbuche vertraut zu machen. Die Frage ist nur, wie erzielt man dies am gründlichsten und ohne grossen Zeitverlust.

Ob für diesen Zweck von vornherein das Studium ausführlicher Commentare das richtige ist, kann mit Recht bezweifelt werden. Zwar bin ich weit entfernt, die Verdienstlichkeit dieser Arbeiten herabzuwürdigen. So unschön auch auf den ersten Blick ein Commentar, d. h. ein mit dem Ballast des an Motiven und Protocollen der legislativen Faktoren zusammengesetzten Materials unter jedem Paragraphen belastetes Buch sich darstellt, so unerquicklich auch diese Art von Lektüre den meisten Lesern sein mag, — für die praktische Rechtsanwendung erscheint nun einmal diese Art von Literatur unentbehrlich zu sein. Den besten Beweis liefert die bekannte Thatsache, dass selbst gesetzliche Verbote bei früheren Codificationen, z. B. Const. Tanta § 21 und Einleitung zum Preuss. Landrecht § 6, die Entstehung und praktische Bedeutung zahlreicher Commentare nicht haben verhüten können. Der Commentar scheint eben die naturgemäss erste Form der Bearbeitung jedes neuen

* Titel und vollständiges Vorwort werden dem Schlusstheil des ersten Bandes beigegeben.



Gesetzbuchs zu sein, obwohl er gewiss nicht die wissenschaftlich vornehmste ist. — Dennoch dürfte zur ersten Orientirung über die Tragweite einer umfassenden Neugestaltung des Rechts das fortlaufende Studium solcher Arbeiten, die gewiss schon vor dem Beginn des neuen Jahrhunderts wie Pilze aus dem Boden schiessen werden, weder den bequemsten noch den geradesten Weg bieten. Die meisten Praktiker werden das Studium des blossen Gesetzestextes, etwa mit Bevorzugung solcher kurz paraphrasirter Ausgaben, wie die von Achilles (J. Guttentag) herausgegebene eine ist, für richtiger halten und sich darnach, sei es schriftlich, sei es bloss im Kopfe, sozusagen einen *usus modernus* ihres bisherigen juristischen Systems construiren. Dabei wird sich die Aufgabe des Praktikers sehr verschieden gestalten, je nachdem er bisher mit dem sog. gemeinen Rechte, dem preussischen Landrechte, dem französischen oder dem sächsischen bürgerlichen Gesetzbuche zu thun gehabt hat. Aller Wahrscheinlichkeit nach wird die Einarbeitung in das neue Gesetzbuch nicht für alle diese verschiedenen Interessenten dieselben Schwierigkeiten bieten. Dankenswerth wird daher in jedem der bisherigen particularen Rechtsgebiete der Versuch erscheinen, eine Ueberleitung von diesem speciellen Rechtsgebiete in das neue bürgerliche Recht als eine wissenschaftliche Beihülfe zu der gedachten praktischen Aufgabe zu bieten. Auch werden gewiss die zahlreichen schon in Aussicht gestellten Commentare, je nachdem ihr Verfasser ein Landrechtler, ein Rheinländer, ein Sachse, ein Gemeinrechtler, Baier, Schwabe u. s. w. ist, sich verschiedener Liebhaberkreise und durchaus nicht gleichwerthigen Renommés der Brauchbarkeit in den verschiedenen bisherigen Rechtsgebieten des Reichs erfreuen. Leider liegt aber darin eine gewisse Gefahr, dass der Particularismus, den ja gerade die einheitliche Codification beseitigen soll, gleichwohl noch eine geraume Weile in der Anwendung und Auffassung des neuen Rechtsstoffes nachklingen werde. Ganz kann diese Gefahr, eine nothwendige Consequenz des bisherigen faktischen Zustandes nicht nur, sondern auch der Verschiedenheit der juristischen Anlage je nach den Stammescharakteren nicht eliminirt werden. Zum Glück aber bietet ein Umstand eine

Gewähr dagegen, dass sie sehr ernstlich werden könnte, nämlich der Primat des gemeinen römischen Rechts in der juristischen Bildung.

Obwohl das Pandektenrecht nach richtiger staatsrechtlicher bzw. rechtshistorischer Auffassung mindestens seit 1806 nicht mehr den Namen eines gemeinen deutschen Rechtes, sondern nur noch den eines Landesrechtes beanspruchen kann, wie ja auch die gesetzliche Terminologie des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuch und anderer Reichsgesetze richtig voraussetzt, so ist es doch in Wahrheit ein gemeines Recht in dem Sinne geblieben, dass es nach wie vor das die verschiedenen Particularrechte einende wissenschaftliche Band gebildet hat. Genau genommen hat es diese Bedeutung nicht nur für die verschiedenen Landesrechte Deutschlands, sondern der Welt. Darüber, dass das Studium des römischen Rechts für alle Zeiten eine unumgängliche wissenschaftliche Propädeutik für alle Juristen bilden wird, etwa wie das Studium der Antike für den plastischen Künstler, sind alle wirklich sachverständigen Leute ja einverstanden, ihre classische Darlegung hat diese Wahrheit in dem berühmten Capitel: Die Bedeutung des römischen Rechts für die moderne Welt § 1. der „Geist des römischen Rechts“ von R. v. Ihering gefunden.

„Es gab eine Zeit, wo man dies glaubte. (das fernere Studium des römischen Rechts entbehren und dasselbe lediglich den Gelehrten überweisen zu können) und in den Ländern mit neueren Gesetzbüchern die wissenschaftliche Verbindung mit dem römischen Rechte abbrach. Die Erfahrung hat die Voreiligkeit dieser Annahme dargethan; die Oede und Dürre, welche die erste Literaturepoche dieser neuen Rechte kennzeichnet, hat erst dann einem frischeren Leben Platz gemacht, seitdem man jene Verbindung wieder aufgenommen hat.“ Geist des römischen Rechts I. S. 14. Aber allerdings wird die Stellung des Juristen zum römischen Recht eben durch die Beseitigung seiner unmittelbar practischen Gültigkeit eine freiere, wissenschaftlich günstigere, mit einem Wort eine kritischere. Und eben diese kritische Bildung muss wiederum dem Verständniss der modernen Rechtsbildungen und ihrer Fortentwicklung zu Gute kommen.

Indem ich also als gemeinrechtlicher Jurist zunächst einem rein practischen Ziele, der Einführung in das neue Bürgerliche Gesetzbuch vom Pandektenrecht aus zustrebe, befinde ich mich in der angenehmen Lage, auch wissenschaftlich einen günstigeren Ausgangspunkt für die Verarbeitung des neuen Rechtsstoffes nehmen zu können, als etwa derjenige vom Standpunkt eines der anderen erwähnten Particularrechte sein würde.

Meine Absicht ist, in einer ungezwungenen, wenn auch nicht systemlos sich entwickelnden Reihenfolge einzelner Aufsätze das bisherige gemeine Pandectenrecht mit dem neuen Bürgerlichen Rechte zu vergleichen, die alten unveränderten Begriffe und Normen in ihrer neuen Form wieder aufzusuchen, die neuen Rechtssätze dogmatisch und dogmengeschichtlich den alten anzugliedern, eventuell auch kritisch das neue an dem alten zu messen.

Verzeichniss der Abkürzungen.

B.G.B. = Bürgerliches Gesetzbuch.

C.P.O. oder R.C.P.O. = Deutsche Civilprozessordnung vom 30. Januar 1877.

H.G.B. = Deutsches Handelsgesetzbuch.

R.C.O. oder C.O. = Deutsche Concursordnung vom 10. Februar 1877.

R.G. = Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen (herausgegeben von den Mitgliedern des Gerichtshofs).

Seuffert = Seufferts Archiv für Entscheidungen.

Die wichtigeren Handbücher der Pandekten und des deutschen Privatrechts sind bloss mit den Namen der Verfasser bezeichnet.

Sind Paragraphen ohne weiteren Zusatz allegirt, so sind es solche des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

Druckfehler-Berichtigung.

Seite 1 Zeile 6 statt „Justianeischen“ lies: Justinianeischen.

Seite 83 Zeile 11 statt „und der Fähigkeit“ lies: Aber beseitigt ist die Unfähigkeit, u. s. w. Vergl. S. 134.

Seite 162 Zeile 17 statt „salo granis“ lies: grano salis.

I. Buch.

Allgemeiner Theil.

Erster Abschnitt.

Die Rechtsnormen des bürgerlichen Rechts.

§ 1.

Die Begriffe Privatrecht, Pandektenrecht, bürgerliches Recht.

Literatur: Die Pandektenlehrbücher. Ferner: Endemann-Gareis, Einführung in das Studium des B.G.B. f. d. Deutsche Reich. 2. Aufl. Berlin 1896. Merkel, Juristische Encyclopädie. §§ 84—98. Neuner, Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse, Kiel 1862 (§ 2). Thon, Rechtsnorm und Subjektives Recht. Weimar 1878.

1. Pandektenrecht ist Privatrecht, genauer das gemeine Privatrecht römischen Ursprungs. Es ist üblich geworden, letzteres schlechtweg Pandektenrecht zu nennen, *quia denominatio fit a potiori*, weil die Digesten oder Pandekten d. h. der aus den Excerpten der wissenschaftlichen römischen Rechtsliteratur bestehende Theil der Justianeischen Codifikation von jeher den bedeutsamsten Theil des sog. *corpus juris* gebildet hat. In Zukunft wird dies noch weit mehr der Fall sein, die Pandekten werden nach Beseitigung ihrer unmittelbar praktischen Geltung in den heute noch sog. gemeinrechtlichen Rechtsgebieten sowohl als juristisches Bildungsmittel überhaupt als auch praktisch als Hilfsmittel zur Auslegung des Bürgerlichen Gesetzbuchs eine grosse Bedeutung bewahren,

während der Codex und die Novellen mehr in den Hintergrund rein rechtsgeschichtlicher Betrachtung und Würdigung treten müssen. Eine gründliche wissenschaftliche Verarbeitung des im Bürgerlichen Gesetzbuch neu codifizierten gemeinen Privatrechts ist nur auf der Grundlage des Pandektenrechts, des gemeinsamen Mutterbodens jedes wissenschaftlichen Privatrechts möglich.

2. Die Pandekten definieren den Begriff des Privatrechts in *l. 181 D. de justitia et jure I 1 (Ulpianus)* als *jus, quod ad singulorum utilitatem spectat* (im Gegensatz zum *jus publicum, quod ad statum rei Romanae spectat*): *sunt enim quaedam publice utilia quaedam privata*.

Obwohl diese Definition kein zuverlässiges Kriterium bietet, um mit ihrer Hülfe in allen Fällen ohne Weiteres die privatrechtliche Natur eines objektiven Rechtssatzes oder eines subjektiven Rechts festzustellen, ist es der Wissenschaft doch nicht gelungen, ein bestimmteres Kriterium zu entdecken. Allgemeinbegriffe dieser Art lassen sich eben am schwersten definieren. „Der Allgemeinbegriff gilt uns nur als Denkform, welche ihren Inhalt, von irgend welchem Standpunkte aus, so auffasst, dass aus dieser Auffassung Folgerungen zu ziehen sind, welche an bestimmten Punkten richtig wieder mit dem zusammentreffen, was aus diesem Inhalt selbst, aus der Sache selbst fließt; nach der Wahl jener Standpunkte, für deren jeden sich die Sache anders projiziert, kann es daher verschiedene gleich richtige und gleich fruchtbare logische Begriffe desselben Gegenstandes geben“. (Lotze, Logik S. 48.) Thon, Rechtsnorm und Subjektives Recht, S. 108—146, kommt zu dem Resultate, dass es nur ein formelles Kriterium für den Begriff des Privatrechts gebe, er nennt privatrechtliche Normen diejenigen, deren Uebertretung für den in seinem Interesse Verletzten einen Privatanspruch begründe. v. Ihering, Geist des römischen Rechts III § 61, bezeichnet dies Kriterium als „Selbstschutz des Interesses“. Aber praktisch wird sich das Interesse an der Unterscheidung des Privatrechts immer gerade um die Frage drehen, ob eben im einzelnen Falle ein Privatanspruch, ein Selbstschutz des Interesses gegeben ist oder nicht, ob z. B. der Rechtsweg zulässig ist

oder nicht. Da kann dann jene rein formelle Definition nichts nützen. Der Anspruch ist nur ein *Criterion ex consequentia*, das wirklich entscheidende Moment ist doch die materielle Würdigung des Interesses. Nun lehrt die Rechtsgeschichte, dass die Werthung eines Interesses als blossen Sonderinteresses flüchtig ist und vielfach der öffentlichen Interessenschätzung weicht und umgekehrt; z. B. sind zahlreiche *delicta privata* des älteren Rechts jetzt *publica*. Einen so historisch wandelbaren Begriff inhaltlich festlegen zu wollen, ist vergebliches Bemühen. Inhaltlich genau wird die Definition des Privatrechts nur durch die systematische Darstellung aller zur Zeit der Privatrechtsverfolgung überlassenen Ansprüche und hierauf bezüglichen Normen erschöpft. Dabei ist die Verfolgbarkeit im eigentlichen Civilprozeß nicht ausschliesslich massgebend; privatrechtlicher Natur ist auch der Anspruch auf Busse, den der Nebenkläger im Strafprozeß erhebt, privatrechtlicher Natur sind viele Ansprüche, die nur im Verwaltungsstreitverfahren oder vor einem der zahlreichen Sondergerichte erhoben werden können. Auch giebt es zahlreiche Rechtsnormen, die einen gemischten, sowohl öffentlich- wie privatrechtlichen Charakter tragen (z. B. im Privatfürstenrecht). Auf keinen Fall ist Privatrecht mit Vermögensrecht zu identifizieren; es giebt zahllose Privatrechtsansprüche, die keinen Vermögenswerth repräsentiren.

3. Das Bürgerliche Gesetzbuch will das bisherige Landesprivatrecht in seiner Gesamtheit aufheben, soweit nicht es selber oder sein Einführungsgesetz (Art. 56—152) Vorbehalte macht.

Hiernach kann zunächst die Frage praktisch werden, ob eine landesgesetzliche Bestimmung privatrechtlicher oder öffentlich-rechtlicher Natur ist. Sofern nun das oben erwähnte alte Eintheilungsprinzip Ulpian's zur Entscheidung dieser Frage noch kein genügendes Kriterium bietet, muss in erster Linie der Standpunkt des Bürgerlichen Gesetzbuches selber entscheiden; dasselbe will lediglich eine Codifikation des Privatrechts darstellen: alle Materien also, die es behandelt und, sei es auch nur theilweise, regelt, sind Privatrechte.

Sodann entscheidet das in Frage kommende Landesrecht

in zweiter Linie, subsidiär; eventuell ist zu prüfen, ob nach dem Standpunkte der herrschenden Wissenschaft und Gesetzgebungstendenz in der fraglichen Rechtsmaterie der privatrechtliche oder öffentliche Interessenstandpunkt vorwiegt.

4. Den wissenschaftlichen Gegensatz zum Landesrecht oder Particularrecht bildete bislang das gemeine Recht im Sinne der Pandektenwissenschaft.

Die Pandektenwissenschaft spricht von gemeinem Recht in doppelter Hinsicht. Einmal bezeichnet *jus commune* den Gegensatz zum *jus singulare* (Ausnahmerecht). Gemeines Recht in diesem inhaltlichen Sinne ist zwar nicht ein aus allgemeinen philosophischen Prinzipien deduzirbares, wohl aber ein den Grundsätzen des in Frage kommenden Rechtsgebiets und ihrem systematischen Zusammenhange (*ratio et tenor juris*) entsprechendes Recht. Es wäre besser, diesen Gegensatz als den des normalen und anormalen Rechtes zu bezeichnen.

Dagegen bezieht sich die andere Bedeutung des Adjektivs „gemein“ auf die räumliche Geltung der Rechtsnorm innerhalb eines als Ganzen von seinen Theilgebieten unterschiedenen Staatsgebietes und sein Gegensatz ist hier das particuläre. Ein essentielles Begriffsmoment für diesen Begriff des gemeinen Rechts ist aber das Vorhandensein einer gemeinsamen Rechtsquelle im Sinne eines rechtserzeugenden Faktors (nicht einer Fundquelle). Gesetzlich gemeines Recht kann daher nur in einem Einheits- oder Bundesstaat, nicht in einem blossen Staatenbunde entstehen. Hierdurch unterscheidet sich das gemeine Recht von einem bloss gemeinsamen, das auch innerhalb eines blossen Staatenbundes, ja überhaupt auch innerhalb eines Complexes ganz selbständiger Staaten entstehen kann. Daher galt das Deutsche Handelsgesetzbuch bis zur Entstehung des Norddeutschen Bundes bzw. des Deutschen Reichs nur als allgemeines, nicht als gemeines Recht. Die gesetzliche Rechtsquelle kann aber durch die gewohnheitsrechtliche ersetzt werden, und letztere ist nicht an die Grenzen eines Staates gebunden, ja nicht einmal an die einer Nationalität, wie es denn zweifellos auch ein gemeines Gewohnheitsrecht im Völkerrecht giebt.

Generell versteht man also unter gemeinem Recht für

ein in Theilgebiete zerlegbares Rechtsgebiet die von einem einheitlichen zentralen rechtserzeugenden Faktor ausgehenden Normen, während Particularrecht diejenigen Normen sind, die von den autonomen rechtserzeugenden Faktoren der Theilgebiete ausgehen. Das Rangverhältniss der zentralen und partikulären Rechtsquellen kann nun ein zweifaches sein. Als das natürlichste wird es erscheinen, dass das gemeine Recht dem particulären vorgeht, letzteres also nur in die vom gemeinen Recht gelassenen Lücken ergänzend eintritt, mit einem Worte, dass das gemeine Recht absolut, das particuläre subsidiär ist. Allein im heiligen römischen Reiche deutscher Nation war leider, eine Folge des übermässig dezentralistisch ausgearteten deutschen Stammes- und Sonderbewusstseins, das umgekehrte Rangverhältniss zur Anerkennung gelangt, das sich in dem Spruche ausdrückte: Willkür bricht Stadtrecht, Stadtrecht bricht Landrecht, Landrecht bricht gemeines Recht.

Das Pandektenrecht wurde durch einen gemeinsamen, rechtserzeugenden Faktor, nämlich durch Rezeption auf gewohnheitsrechtlichem Wege, somit das subsidiär gemeine Privatrecht des alten deutschen Reichs.

Mit der Auflösung des alten Reichs musste die Frage entstehen, ob das Pandektenrecht diesen Charakter eines subsidiär gemeinen Rechts durch den Fortfall jeder einheitlichen Gesetzgebungsgewalt eingebüsst habe. Die Frage hatte zwar nur ein theoretisches Interesse. Die Mehrheit der Theoretiker und Praktiker verneinte sie und fuhr fort, nach wie vor vom Pandektenrecht als vom gemeinen Recht zu reden, indem man auch hier den Grundsatz zur Anwendung brachte: *cessante causa non cessat effectus*; da überdies ja die gemeinsame Quelle des Gewohnheitsrechts, dem man die Rezeption des römischen Rechts verdankte, vom Fortbestande des Staatsverbandes nicht abhängig ist und in der That auch ein gemeinsames gewohnheitsrechtliches lebendiges Band der Wissenschaft und Praxis als Juristenrecht nach wie vor die deutschen Rechtsgebiete des römischen Rechts umschlungen hielt, so hatte man ein gewisses Recht dazu.

5. In dem neuen deutschen Reich ist aber das Verhältniss

des gemeinen zum Particularrecht ein anderes. Art. II der Reichs-Verfassung sanktionirt den Grundsatz, dass Reichsgesetze den Landesgesetzen vorgehen. Das gemeine Recht des Deutschen Reichs ist jetzt absolut, das Particularrecht subsidiär. Die Gesetzessprache des neuen Reichsrechts bezeichnet das Particularrecht, das Sonderrecht der einzelnen Bundesstaaten, durchweg als Landesrecht, Landesgesetze; sie kennt kein älteres neben diesem Landesrecht existirendes gemeines Recht. Daraus erhellt, dass im Sinne der Gesetze des Deutschen Reichs das Pandektenrecht oder das bis dahin sog. gemeine römische Recht unter die Particularrechte oder Landesgesetze bzw. Landesrechte zählt.

Es unterliegt hiernach nicht dem mindesten Zweifel, dass mit dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches am 1. Januar 1900 das Pandektenrecht sowohl als Landesrecht wie auch als sog. subsidiär gemeines Recht in denjenigen deutschen Ländern, in denen es bis dahin noch als solches galt und nicht schon durch Particulargesetz aufgehoben war, vollständig beseitigt wird.

6. Dennoch werden einzelne Bestimmungen des Pandektenrechts als Landesprivatrecht nach wie vor in diesen Landestheilen gültig bleiben, soweit sie eben bis 1900 noch nicht durch neuere landesgesetzliche Bestimmungen verdrängt sein werden.

Als solche landesgesetzliche Vorschriften, die nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch unberührt bleiben, kommen in Frage erstens nach Art. 65 des Einführungsgesetzes dem Wasserrecht angehörige Normen, sowie Vorschriften der Bewässerung und Entwässerung der Grundstücke, also etwa *actio aquae pluviae arcendae*, ferner die Normen des römischen Rechts über Alluvionen (Anlandungen), *insula in flumine nata* und *alveus relictus* (entstehende Inseln und verlassene Flussbetten). Ferner nach Art. 124 der Einf.-Ges. die nachbarrechtlichen Vorschriften, welche das Eigenthum an Grundstücken noch anderen, als den im Bürgerlichen Gesetzbuch bestimmten Beschränkungen unterwerfen; „dies gilt insbesondere von den Vorschriften, nach welchen Anlagen, sowie Bäume und Sträucher nur in einem bestimmten Abstände von der Grenze gehalten werden dürfen;“

also beispielshalber *l. 17 pr. D. si serv. VIII. 5.* (Ausweichen der Nachbarwand bis auf $\frac{1}{2}$ Fuss) und *l. 13 D. finium regundorum 10, 1*, wonach bei Erbauung eines neuen Gebäudes eine Entfernung von 2 Fuss von der Grenze beobachtet werden muss; letzteres wenigstens für die Provinz Hannover nach dem Präjudiz der K.O.A.G. Celle vom 8. I. 1845. Dagegen sind die gemeinrechtlichen Vorschriften über den Ueberhang, das *interdict. de glande legenda* und den Nothweg durch Regelung im B.G.B. §§ 910, 911, 917 beseitigt.

[Der § 912 hat die gedachte *l. 13 pr. D. 10, 1* nicht beseitigt, da er sich nur auf die Rechtsfolgen des Ueberbaues, statt der *actio negatoria* Entschädigung bei blosser *culpa levis*, bezieht. —]

Die meisten übrigen vorbehaltenen Bestimmungen des früheren gemeinen deutschen Privatrechts sind nicht römisch-rechtlichen, sondern deutsch-rechtlichen Ursprungs, also hier nicht zu behandeln.

Eine andere Stellung als zu dem bisherigen Landesprivatrecht, also auch zu dem Pandektenrecht nimmt das neue Bürgerliche Gesetzbuch zu dem sog. Reichscivilrecht, d. h. dem seit Begründung des neuen Reichs durch Reichsgesetze begründeten Privatrecht, wie wir es beispielsweise von v. Mandri in dem systematisch gründlichen Buche: *Der civilrechtliche Inhalt der Reichsgesetze* verarbeitet finden.

Das Reichscivilrecht bleibt bestehen, soweit nicht ausdrücklich aus dem Bürgerlichen Gesetzbuch oder dem Einführungsgesetze sich die Aufhebung ergibt.

Wir schliessen diesen Paragraph mit dem Bemerken, dass durch die Gesetzessprache des Bürgerlichen Gesetzbuches nunmehr für Privatrecht der Ausdruck „bürgerliches Recht“ eingeführt worden ist. Obgleich diese sprachliche Neuerung, die schon in anderen Reichsgesetzen, z. B. § 13 des Gerichtsverfassungsgesetzes vorkommt, eine etwas plumpe Uebersetzung des französischen *droit civil, code civile* u. s. w. mit Recht von Sprachkennern beanstandet worden ist, können wir uns ihr nunmehr im praktischen Leben nicht mehr entziehen.

§ 2.

**Das Recht der äusseren Autorität: Gesetz,
Gewohnheitsrecht, Staatsvertrag als Privatrechtsquelle.**

Literatur: Brinz, Pandekten §§ 18—21. Dernburg, Pandekten. Windscheid, Pandekten §§ 14—18. Wächter, Pandekten § 14.

Merkel, Encyclopädie § 102ff. und die dort angegebene Spezialliteratur. v. Ihering, Geist des römischen Rechts I. (3. Aufl.) S. 28 ff. II. S. 334 ff.

Recht im objektiven Sinne ist die vom Staate mittels des Zwanges gehandhabte äussere Ordnung des Lebens.

Der Staat kann eine Anordnung für einen concreten Fall, für ein concretes Verhältniss aufstellen, z. B. die Thronfolge in einem besonderen Fall bestimmen, Individualgesetz. Er kann aber auch, und dies geschieht in der Regel, abstracte Normen aufstellen, und letztere sind die Gesetze im weiteren Sinn.

„In der allgemeinen Bedeutung einer Regel ist alles Recht Gesetz“, sagt Brinz, Pand. § 18.

Diesem Sprachgebrauch folgt auch das Bürgerliche Gesetzbuch, vergl. Einführungsgesetz Art. 2:

„Gesetz im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs und dieses Gesetzes ist jede Rechtsnorm.“

Auch in früheren Reichsgesetzen, z. B. Einf.G. zur C.P.O. § 12, zu R.O. § 2, zur St.P.O. § 7 war der Ausdruck in diesem weiteren Sinne schon zur Anerkennung und Verwendung gelangt. Die Motive zum B.G.B. I S. 2 bemerken: „Massgebend ist vornehmlich das Bedürfniss gewesen, welches sich nach einem einheitlichen, umfassenden Ausdrucke für die vielfach in Bezug zu nehmenden, auf verschiedenen Rechtsquellen beruhenden Sätze des materiellen Landesrechts geltend gemacht hat.“¹⁾

1. Gesetz im engeren technischen Sinne dagegen ist die durch absichtliche, bewusste Satzung seitens der Staatsgewalt geschaffene Rechtsnorm.

¹⁾ Vergl. R.G. XIII S. 215. Gesetz im Sinne des § 511 C.P.O. ist „jede nach den Grundsätzen des öffentlichen Rechts des Deutschen Reichs und seiner Mitgliedstaaten geschaffene Norm des objektiven Rechts“.

Noch enger ist der hier, im Civilrecht nicht interessirende technische Begriff des Gesetzes im Sinne des Staatsrechts, besonders des konstitutionellen Staatsrechts. Letzteres unterscheidet Gesetze, d. h. Anordnungen, die nur unter Mitwirkung der sog. gesetzgebenden konstitutionellen Faktoren entstehen können, von Verordnungen, die von delegirten Organen des Staats erlassen werden können.

Schon das römische unserem „Gesetz“ entsprechende Wort *lex* hatte diesen weiteren und engeren Sinn; ursprünglich bezeichnete *lex* bloss das vom ganzen Volke in den Centuriatkomitien angenommene Gesetz, später auch die Plebiszite, endlich in den Pandekten alles, *quod legis habet vigorem*, nämlich Senatusconsulte, *constitutiones principum*, und Gewohnheitsrechte.

Der civilrechtliche Begriff des Gesetzes umfasst also zweifellos auch blosse Verordnungen; es müssen aber Rechtsverordnungen, nicht blosse Verwaltungsverordnungen sein.¹⁾

2. Neben dem civilrechtlichen Gesetz im engeren Sinne als der bewussten Satzung tritt das Gewohnheitsrecht.

Der erste Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuchs wollte gewohnheitsrechtliche Normen nur insoweit anerkennen, als das Gesetz ausdrücklich darauf verweisen würde. In der endgiltigen Fassung des Gesetzes ist man in besserer Erkenntniss der wissenschaftlichen Natur des Gewohnheitsrechts davon zurückgekommen: das Bürgerliche Gesetzbuch giebt keinerlei Vorschriften über das Gewohnheitsrecht. Zweifellos begreift es die gewohnheitsrechtlichen Normen mit unter dem Ausdruck Gesetz.

Ob und unter welchen Umständen Gewohnheitsrecht entsteht, bleibt also nach wie vor der Wissenschaft und Praxis überlassen. Die Wissenschaft und Praxis aber hat sich in dieser Hinsicht, wenn auch in freier philosophisch-kritischer Haltung, an dem Pandektenrecht entwickelt. Wir geben im folgenden in kurzgefasster dogmengeschichtlicher Entwicklung den gegenwärtigen Standpunkt der Wissenschaft.²⁾

¹⁾ Vergl. über diesen Gegensatz Laband, Staatsrecht I § 58, Entsch. des R.G. XIX 20. IX S. 261. XXII S. 254. XXVIII 300. des Verf. „Rechtsprechung des R.G.“ I S. 3 ff.

²⁾ Literatur: Puchta, das Gewohnheitsrecht, 2 Theile (1828, 1837). Savigny, System I. 48 ff. G. Beseler, Volksrecht und Juristen-

Die Theorie der Glossatoren und Postglossatoren lief auf folgende zwei Sätze hinaus: 1. das Gewohnheitsrecht entsteht durch Gewohnheit. 2. Seine Geltung ist bedingt durch stillschweigende gesetzliche Genehmigung. Man bezeichnet diese Theorie wohl als Gestattungstheorie.

Ihr setzten schon einige Theoretiker gegen Ende des Mittelalters, besonders aber die vom philosophischen Naturrecht beeinflussten Dogmatiker des vorigen Jahrhunderts die Willens- oder Consensual-Theorie entgegen, anknüpfend an *l. 32 D. de legibus I, 3. Consuetudo non fit sine consensu*. In Fortbildung dieser Theorie unter eingehenderer Würdigung der grossen historischen Bedeutung des Gewohnheitsrechts gelangte dann Puchta zu folgenden Hauptthesen: 1. die Gewohnheit ist nicht die Entstehungsursache des Gewohnheitsrechts, sondern lediglich seine äusserliche Erscheinungsform; es entsteht durch die Ueberzeugung des Volkes oder der rechtserzeugenden Volkskreise. 2. Die Geltung des Gewohnheitsrechts, seine Auctorität ruht in ihm selber. 3. Das Gewohnheitsrecht erscheint vom Standpunkt der historischen Schule als die normalere, gesündere, sog. organische Bildungsform des Rechts.

Die neuere Jurisprudenz hat die Puchtasche Auffassung einmal als eine einseitig spiritualistische berichtigt; insbesondere ist ihr gegenüber z. B. von Windscheid mit Recht betont worden, dass die Gewohnheit mehr als blosser Erscheinungsform sei, dass die Uebung für das Gewohnheitsrecht mindestens dieselbe Bedeutung beanspruche, wie die Publikation für das Gesetz.

Nach v. Ihering ist das Gewohnheitsrecht nur aus dem Gesichtspunkt einer unbewussten sozialen Mechanik zu begreifen, es entsteht wie die Sitte und zweigt sich von dieser ab, sobald das Moment der rechtlichen Verpflichtung hinzutritt. Die soziale Mechanik kennt folgende Stufen des Verhaltens: 1. die blosser Thatsächlichkeit des fortgesetzten allgemeinen Handelns nach einer gewissen Regel, blosser Ge-

recht (1843). Weiteres s. Windscheid, Pand. I § 15. v. Ihering, Zweck im Recht II S. 138 ff. Zitelmann, Gewohnheitsrecht und Irrthum, im civilist. Archiv 66.

wohnheit, 2. die sich zu dieser hinzugesellende gesellschaftlich verbindende Geltung dieser Regel, Sitte; -

3. die Verdichtung der sozialen Verpflichtung zur rechtlichen, Gewohnheitsrecht. Das praktische Motiv einer solchen ist immer die Selbsthülfe des Lebens für Zwecke, die der Befriedigung bedürfen; die rechtliche Geltung beruht auf der Macht der Thatsache, der sich auf die Dauer, wie Windscheid Pand. § 15 bemerkt, kein menschliches Gemüth entziehen kann.

Wir haben demnach bei jedem Gewohnheitsrecht, wie übrigens bei fast allen Begriffen des Rechts, zwei Seiten, eine subjektive und eine objektive, die völlig äquivalent sind. Das subjektive Moment ist nicht der *consensus* einer mystischen Allgemeinheit, sondern die *opinio necessitatis* (bezw. bei permissiven Rechtsnormen die *opinio libertatis*) des nach der Norm Handelnden. Der Handelnde muss aber überzeugt sein, einen abstrakten Rechtssatz zu verwirklichen. Dadurch unterscheidet sich das Gewohnheitsrecht von dem auf Entstehung eines concreten Rechtes gerichteten Herkommen.

Der Inhalt des Gewohnheitsrechts muss als Rechtssatz möglich sein. Dies und nicht mehr besagt das Erforderniss der Rationabilität. I. 2 Cod. VIII 53, Art. 218 der Peinl. Gerichtsordnung (C.C.C.): „Von Missbräuchen und unvernünftigen Gewohnheiten“. Dagegen ist Legalität im Sinne eines geschriebenen Rechtes oder Vernünftigkeit im Sinne des sog. Naturrechts kein Erforderniss des Gewohnheitsrechts.

Nach richtiger Ansicht¹⁾ wird auch durch einen Irrthum über das geschriebene Recht die Bildung einer dieses derogirenden oder ausdehnenden Gewohnheitsrechts nicht ausgeschlossen.

Die Rechtsgeschichte bietet zahlreiche Beispiele dafür, dass ein ursprünglicher Irrthum in der Auslegung eines Gesetzes schliesslich zu einer gewohnheitsrechtlich authentischen Interpretation geführt hat; z. B. im gemeinen Recht die Beschränkung

¹⁾ Anders freilich das Reichsgericht in zahlreichen Entscheidungen, R.G. II 49, III 59, XII S. 294, XXXI 270, worüber Zitelmann, civilist. Archiv 66. Vergl. Kahlenbeck, Rechtsprechung des R.G. I S. 24.

der Haftung des Erben auf den Nachlass bei Schadensersatz. Da das Wohnheitsrecht hiernach dem gesetzlichen gleichwerthig, aber auch nur gleichwerthig ist, so ergibt sich für das bürgerliche Recht, wie für das Reichsrecht überhaupt, dass ein particuläres Wohnheitsrecht gegen eine Bestimmung des bürgerlichen Rechts, wie des Reichscivilrechts überhaupt nicht aufkommen kann.

3. Auch Staatsverträge können als Privatrechtsquellen in Betracht kommen, aber nur wenn sie in der offiziellen Gesetzsammlung, für das Reich im Reichsgesetzblatt publizirt sind. Beispiel: die im Reichsgesetzblatt vom 30. September 1887 publizirte Berner Konvention über den Schutz geistigen Eigenthums.

Das Bürgerliche Gesetzbuch lässt auch die Staatsverträge, die ein Bundesstaat mit einem ausländischen Staate vor dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches geschlossen hat, unberührt, Art. 56 des Einf.Ges.

§ 3.

Autonomie.

Literatur: Stobbe, Deutsches Privatrecht I §§ 19, 20. Heffter, Die Sonderrechte der souveränen und der mediatisirten vormals reichsständigen Häuser. 1871. v. Gerber, Archiv für civilist. Praxis XXXVII.

Neben der in Gesetz, Verordnung, Staatsvertrag sich äussernden rechtserzeugenden Staatsgewalt (also der Reichs- und der Bundesstaaten), aber selbstverständlich mit deren ausdrücklicher oder stillschweigender Einwilligung giebt es rechtserzeugende Faktoren, die Rechtsnormen in einer beschränkten Richtung und mit Gültigung für die ihnen unterworfenen Personenkreise schaffen können. 1. Es sind dies zunächst die öffentlich-rechtlichen Korporationen, sofern sie das Recht haben, durch Statuten ihren Mitgliedern bestimmte durch Rechtsfolgen, deren Befolgung der Staat gewährleistet, erzwingbare Regeln des Verhaltens vorzuschreiben.

Man nennt dieses Recht kleinerer Kreise (Provinzen, Gemeinden, Kreise und sonstiger öffentlich-rechtlicher Korpo-

rationen), innerhalb ihres Interessenbereichs Rechtsregeln aufzustellen, Autonomie. Sofern diese Rechtsregeln bewusst nach Massgabe der Korporationsverfassung aufgestellt und schriftlich fixirt werden, heissen sie Statuten. Natürlich darf ein solches Statut nicht *contra legem* sein, sondern nur *praeter legem*, es muss sich innerhalb des der Korporation gewährten gesetzlichen Rahmens halten.

2. Nächst den öffentlichrechtlichen Korporationen, auf deren Statutenrecht wir bei Behandlung des Korporationsrechts vorher eingehen werden, kommen für das deutsche Privatrecht als Träger einer solchen autonomen Gewalt in Betracht lediglich die souveränen Häuser und die des mittelbaren hohen und des gleichgestellten Adels, und zwar wirkt die Autonomie dieser in privatrechtlicher Beziehung nicht nur *praeter*, sondern, da für sie das Privatrecht nur subsidiär ist, auch *contra legem*.

a) In Ansehung der Landesherrn und der landesherrlichen Familien (souveräner Häuser) bestimmt Art. 57 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche, dass die Vorschriften desselben nur insoweit Anwendung finden sollen, als nicht besondere Vorschriften der Hausverfassungen oder der Landesgesetze abweichende Bestimmungen enthalten. Die Aufrechterhaltung des Sonderrechts dieser Häuser ist ebensowohl durch deren besondere staatsrechtliche Stellung, als auch durch den engen Zusammenhang geboten, in welchem dieses Sonderrecht mit dem Staatsrecht steht. Die Normen, betreffend die Volljährigkeit, das Vormundchaftswesen, die Unveräusserlichkeit des Familienguts, die in dasselbe stattfindende Individualsuccession, bilden, obwohl sie in Ansehung der Mitglieder der regierenden Familien als privatrechtliche erscheinen, doch gleichzeitig die Grundlage staatsrechtlicher Verhältnisse, gehören also zu der gemischten Gattung, die in § 1 sub. 2 S. 3 erwähnt wurde.

Zufolge eines Vertrags (Accessionsvertrag vom 7. Dez. 1849) und durch preussisches Gesetz vom 12. März 1850 gewährten Rechts hat man in Art. 57 den gleichen Vorbehalt auch auf die Mitglieder der fürstlichen Familie Hohenzollern erstreckt, ebenso zufolge der mit diesen depossedirten Häusern

geschlossenen Verträge auf die Mitglieder des vormaligen Hannoverschen Königshauses und des vormaligen Kurhessischen und vormaligen Herzoglich Nassauischen Fürstenhauses.

b) Die Autonomie der mediatisirten, vormals reichsständischen Häuser ist zur Anerkennung gelangt in dem Art. XIV der Bundesakte vom 8. Juni 1815, welcher u. A. bestimmt:

„2. werden nach den Grundsätzen der früheren deutschen Verfassung die noch bestehenden Familienverträge aufrecht erhalten und ihnen (sc. den Mediatisirten) die Befugniß zugesichert, über ihre Güter und Familienverhältnisse verbindliche Verfügungen zu treffen, welche jedoch dem Souverän vorgelegt und bei den höchsten Landesstellen zur allgemeinen Kenntniß und Nachachtung gebracht werden müssen. Alle bisher dagegen erlassenen Verordnungen sollen für künftige Fälle nicht weiter anwendbar sein.“

Die Reichsgesetzgebung hat nun zwar die früheren Sonderrechte dieses sog. mittelbaren hohen Adels in Ansehung der Gerichtsbarkeit beseitigt, indem § 15 des G.V.G. die Privatgerichtsbarkeit schlechthin aufgehoben hat. Dagegen hat man sich für die Aufrechterhaltung ihrer materiellen privatrechtlichen Autonomie aus folgenden Motiven entschieden:

„Es liegt im öffentlichen Interesse, dass diesen Familien die Möglichkeit gewährt wird, die auf ihrer Ebenbürtigkeit beruhende Standesgenossenschaft mit den regierenden Häusern aufrecht zu erhalten, und dies hat eine entsprechende Sondergestaltung ihres Güter- und Familienrechtes zur nothwendigen Voraussetzung. Dazu kommt, dass eine völlige Beseitigung des bezüglichen Sonderrechtes nicht wohl angängig ist. Vermöge der eigenartigen Natur des autonomen Rechtes, welcher zufolge die Setzung der Norm und die rechtsgeschäftliche Anwendung der gesetzten Norm vielfach zusammenfallen, würde namentlich die Beseitigung des besonderen Güterrechtes einen schweren Eingriff in erworbene Rechte und rechtlich geschützte Aussichten

enthalten. Die Stammgutsverbände können nicht für aufgelöst, die Familiengüter nicht für freies, dem gewöhnlichen Erbganze unterworfenen Vermögen erklärt werden. Eine solche Umwälzung privater Verhältnisse, welche mit dem Entwicklungsgange der Rechtsgeschichte in unmittelbarem Zusammenhange stehen, ihrer Natur nach auf die Dauer von Geschlechtern berechnet sind und den Mittelpunkt grosser, weitverzweigter, über den Familienkreis hinausreichender Interessen bilden, wäre nur dann gerechtfertigt, wenn sie von dem öffentlichen Wohle in gebieterischer Weise gefordert würde. Soweit es aber bei dem bestehenden Sonderrecht zu bewenden hat, ist auch die Möglichkeit zu eröffnen, dieses Recht nach Massgabe der jeweiligen Verhältnisse und Bedürfnisse zu ändern, dasselbe zeitgemäss fortzubilden, zu ergänzen und zu läutern. Eine erhebliche Einschränkung der Rechtseinheit ist damit nicht verbunden.“ (Motive z. B.G.B. I S. 13.)

Demnach bestimmt Art. 58 des Einführungsgesetzes auch in Ansehung der Familienverhältnisse und der Güter derjenigen Häuser, welche vormalis reichsständisch gewesen und seit 1806 mittelbar geworden sind oder welche diesen Häusern bezüglich der Familienverhältnisse und der Güter durch Beschluss der vormaligen deutschen Bundesversammlung oder vor dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches durch Landesgesetz gleichgestellt worden sind, dass die Vorschriften der Landesgesetze und nach Massgabe der Landesgesetze die Vorschriften der Hausverfassungen unberührt bleiben.

c) Auch dem vormalis reichsritterschaftlichen Adel war durch Art. XIV der B.A. die Autonomie gewährleistet, doch hat dieselbe in den einzelnen Bundesstaaten nicht in demselben und nicht überall in dem gleichen Umfange Anerkennung gefunden, wie die der unter b. genannten ehemaligen Reichsstände. Soweit sie landesgesetzlich gewährleistet ist, hat sie im Wesentlichen nur die Regelung der Stammgüter und Familienfideikommisse zum Gegenstande,

Diesem reichsritterschaftlichen Adel sind dann in einzelnen Staaten noch Familien sonstiger Kategorien des niederen landsässigen Adels gleichgestellt. Nach Art. 58 Abs. 2 des Einführungsgesetzes soll nun auch dieser Theil der Landesrechte, soweit ihm nicht bereits durch den oben citirten § 15 der G.V.G. derogirt ist, unberührt bleiben. Es bleibt also das Landesrecht für den Umfang der Autonomie dieser Familien ausschlaggebend.

§ 4.

Die Auslegung des Gesetzes, Analogie und das Recht der Wissenschaft oder der inneren Autorität.

Literatur: v. Ihering, Geist des römischen Rechts II, 2 § 44.

I. Während das Pandektenrecht zahlreiche Sätze über die Auslegung der Gesetze aufstellt, auch andere Privatrechtsgesetzbücher, z. B. das Preussische Allg. Landrecht, das Sächsische Gesetzbuch allgemeine Vorschriften für die Auslegung zu geben, nicht unterlassen haben, hat das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich, insofern dem Vorbilde der *code civil* folgend, von jeder die Auslegungsmethoden betreffenden Vorschrift Abstand genommen.¹⁾ Dies ist in hohem Grade zu billigen; die allgemeinen gesetzlichen Vorschriften über die Auslegung, besonders diejenigen, welche wie das Preussische Allgemeine Landrecht und das Sächsische Gesetzbuch die sog. grammatische Interpretation vorschreiben, haben einen sehr nachtheiligen Einfluss auf den Geist der Rechtspflege gehabt. Die Frage der Auslegung ist eine rein wissenschaftliche Frage; es ist nun nicht Sache des Gesetzgebers zu unterweisen, sondern zu disponiren.

Er thut daher wohl daran, auch die Entscheidung etwaiger Meinungsverschiedenheiten über die Grenzen erlaubter und gebotener Auslegung, z. B. Analogie u. s. w. einer rein wissenschaftlichen, durch keine positive Vorschrift gehemmten Jurisprudenz zu überlassen.

¹⁾ Das Bürgerliche Gesetzbuch giebt abgesehen etwa von § 134 keine allgemeine Auslegungsvorschriften; dagegen erhält es allerdings verschiedene sehr wichtige spezielle Auslegungsvorschriften, z. B. §§ 186—193.

Umsomehr dürfte es angezeigt sein, hier über Zweck und Wesen der juristischen Auslegung eine dem Standpunkt der gegenwärtigen Wissenschaft und Praxis entsprechende Darstellung zu bieten. Es wird sich dabei zeigen, dass die Pandekten gerade für diesen Gegenstand zahlreiche und wichtige Sätze bieten, die somit nach Beseitigung ihrer positivrechtlichen Geltung erst zur Anerkennung ihres inneren Werthes als Ansprüche allgemeiner Rechtswahrheiten gelangen.

1. *Scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim ac potestatem* l. 17 D. de legibus l. 3. Mit diesem Satze hat schon das *corpus juris* (Celsus) die sog. grammatische oder Wortinterpretation zutreffend als unzulässig verworfen. Denn der Zweck der Auslegung ist der, den Sinn des Gesetzes zu erfassen. Dass hierzu aber eine bloße receptive Aufnahme des Wortes ohne logische Thätigkeit nicht ausreichend, dass das gesprochene oder geschriebene Wort niemals einen objektiven, vom Standpunkt des Schreibenden oder Sprechenden trennbaren, absoluten Inhalt hat, ergibt sich aus dem Wesen der Gedankenmittheilung. Eine Objektivirung des Gedankens ist ein Unding. „Der Gedanke ist und bleibt“, sagt v. Ihering, „ein innerer Vorgang des subjektiven Geisteslebens, eine Thätigkeit, eine Bewegung, eine Denkwelle.“ Es kann sich also bei der Gedankenmittheilung nur um das geeignetste Mittel handeln, eine möglichst identische subjektive Bewegung, wie sie der Mittheilende hat, auch im Gehirn des Anderen hervorzurufen. Die Wahl des geeignetsten Mittels dazu ist bedingt durch die Situation und den Zweck und durch die Natur des Empfängers der Mittheilung nicht minder wie durch den Willen des Mittheilers. Unter Umständen genügt eine Geberde, ein Zeichen, ein Signal. Auch wenn Worte als Mittel benutzt werden, bestimmt sich deren Wahl nach dem Zweck. Das Wort so gut wie jedes andere Zeichen giebt nie den Gedanken selbst, auch wenn die Formulirung desselben eine noch so genaue ist, sondern „gewährt nur die Aufforderung und den Anhaltspunkt, sich ihn zu rekonstruiren“.

a) Die sog. grammatische Interpretation nun sündigt gegen dieses Wesen der Gedankenmittheilung und führt daher geradezu zur Umgehung des Gesetzes.



H1911

L. 29 D. *legibus* I. Paulus: *Contra legem facit, qui id facit quod lex prohibet, in fraudem vero, qui salvis verbis legis sententiam ejus circumvenit.* „Sie hält sich, wie es die Sprache nennt, an das todte Wort; todt, weil es ihr nicht dient, um das Denken des Sprechenden in sich zu reproduziren, den Gedanken zu neuem Dasein zu erwecken, sondern weil es ihr nichts weiter ist als die Todtenmaske des Gedankens. Ihr einziges Augenmerk ist nur darauf gerichtet, den Sinn anzugeben, den die Worte als solche nach Massgabe des Sprachgebrauchs haben, den objektiven Wortgehalt; ob derselbe der wirklichen Meinung des Redenden entspricht, ist für sie gleichgültig und muss ihr gleichgültig sein, wenn sie sich nicht selbst verleugnen will“ (v. Ihering, a. a. O. S. 447). Als vorherrschende Auslegungsmethode gehört die grammatische oder buchstäbliche rückständigen Bildungsstufen an, wie etwa der Talmud-Jurisprudenz oder der vorklassischen römischen. Vergl. Gajus, IV § 30. Dem Wesen der geistigen Mittheilung entspricht allein die logische Interpretation, wie denn das griechische Wort *λογος* den Begriff mit einschliesst und das Stammwort der Logik ist.

b) Hiernach sind die einzigen Regeln der juristischen Interpretation oder Auslegungskunst die Regeln der Logik, und daher sollte ein *Collegium logicum* auch heute noch für jeden angehenden Juristen obligatorisch sein. Denn es ist ein laienhaftes Vorurtheil, dass die bewusste Durchdringung der Denkgesetze keinen Vortheil über den Naturalisten verschaffe. Gewiss kann, wer kein gesundes Denkorgan hat, durch die Logik nicht denken lernen. Aber wie der geschulte Reiter oder Fechter besser reitet und fechtet als der ungeschulte (bei gleicher Naturanlage), so wird auch der bewusste Logiker einen grossen Vortheil über den unbewussten erlangen. Juristische Interpretation ist jedoch nicht reine, sondern angewandte Logik, und es lassen sich daher allerdings einige besondere Anweisungen herausstellen, um den Willen eines Gesetzes möglichst klar zu begreifen.

c) Als das am meisten ausschlaggebende Moment der juristischen Auslegung betrachte ich den ersichtlichen vernünftigen Zweck des Gesetzes, die *ratio legis*. Der soziale

Zweck ist das κατ' ἐξοχήν rechtsbildende Prinzip. Um diesen richtig zu erfassen, ist neben der Logik die Volkswirthschaftslehre eine unentbehrliche Hülfswissenschaft des Juristen.

d) Zweifellos bilden bei den modernen Gesetzen die Motive und Verhandlungsprotokolle vortreffliche Erkenntnisquellen, um in Zweifelsfällen den Sinn und die Tragweite des gesetzgeberischen Willens abzumessen. Entscheidende Bedeutung gewinnen sie aber nur, wenn den dabei zu Tage getretenen Intentionen im Gesetze selbst ein wenigstens indirekt erkennbarer Ausdruck verliehen ist; gerade bei der besonderen Art des vielfach aus Compromissen widerstreitender Ansichten erwachsenden modernen constitutionellen Gesetzgeberwillens sind diese Erkenntnisquellen nur mit grosser Vorsicht zu verwerthen. Sie bilden nur einen Theil der geschichtlichen Voraussetzungen des Gesetzes.

e) Die geschichtliche Entwicklung des gesetzgeberischen Gedankens ist daher eine fernere unumgängliche Bedingung seines Verständnisses. Die Jurisprudenz ist deshalb, und nur deshalb, zugleich eine historische Wissenschaft.

Nur der historisch und volkswirtschaftlich gebildete Jurist hat den Schlüssel zum Verständniss des Gesetzes. Um den Willen des Gesetzes zu verstehen, muss man sich die Situation vergegenwärtigen, in der es gegeben ist, und diese ist eine historisch bedingte. Die moderne Gesetzgebung und so insbesondere auch das Bürgerliche Gesetzbuch ist nun von der anscheinend noch vom Allgemeinen Preussischen Landrecht getheilten Illusion zurückgekommen, sich jedem Laien verständlich machen zu wollen. Es wendet sich an den Juristen, der allein auch den für die Auslegung der einzelnen Bestimmung so wichtigen Normenzusammenhang¹⁾ und die systematische Gliederung des Gesetzes erfassen kann. Die logische Erfassung des Normenzusammenhangs, der „Struktur“ der fraglichen Rechtsinstitute heisst „juristische Construction.“

f) Unter den einzelnen Auslegungsregeln, die durch

¹⁾ l. 24 D. de legibus I, 3 Celsus: Incivile est nisi tota lege perspecta una aliqua particula ejus proposita judicare vel respondere.

einseitige Anwendung leicht zu Irrthümern führen können, ist zunächst das sog. *argumentum a contrario* zu beachten. Dasselbe ist eine Anwendung des logischen Satzes: *unius positio est alterius negatio*. Allein gerade dieser Satz ist nur unter vorsichtiger Würdigung des gesetzgeberischen Standpunktes für richtig zu erachten, da er sonst leicht zu einer *interpretatio in fraudem legis* führen kann. Denn oft hat das Gesetz nicht alle Fälle, die von dem Prinzip beherrscht werden, von dem es ausgeht, klar vor Augen gehabt. Vielfach würde die Bezeichnung aller Fälle auch zu einer pedantisch schwerfälligen oder gar lächerlichen Ausdrucksform zwingen. l. 12 D. de legibus I. 3: *Julianus: Non possunt omnes articuli singillatim aut legibus aut senatus consultis comprehendere, sed cum in aliqua causa sententia eorum manifesta est, is qui jurisdictioni praeest ad similia procedere atque ita jus dicere debet.*

Lediglich einen Anwendungsfall dieser Regel bildet der Satz: *exceptio firmat regulam*; ferner *quod lex in praeteritum indulget, in futurum vetat*. Das Sächsische Bürgerliche Gesetzbuch gab in § 27 eine Auslegungsregel für allgemeine Vorschriften dahin, dass davon Fälle ausgenommen bleiben sollten, über welche besondere Bestimmungen vorhanden seien, selbst wenn derselben bei den allgemeinen Vorschriften keine Erwähnung geschehe. Aus dem unter e erwähnten Prinzip des Normenzusammenhangs ergibt sich aber von selbst, dass eine Rechtsnorm, obwohl sie Ausnahmen nicht vorbehält, ausser Anwendung bleiben muss, sofern aus einer anderen Rechtsnorm für den in dieser geregelten Fall ihre Unanwendbarkeit folgt. Dennoch hat bei derartigen gesetzlichen Allgemeinvorschriften das neue Bürgerliche Gesetzbuch in der Regel aus Vorsicht den Zusatz beigefügt: „sofern nicht das Gesetz ein Anderes bestimmt“. Das Fehlen dieses Zusatzes an einzelnen Stellen aber darf, weil er nur aus besonderen Gründen Selbstverständliches zum Ausdruck bringt, nicht zu einer gegen-theiligen Schlussfolgerung benutzt werden. Das wäre eine falsche Anwendung des *arg. a contrario*.

g) Allerdings ist, wie v. Ihering II 2 § 39 seines „Geist des römischen Rechts“ treffend ausführt, die juristische Thätigkeit wesentlich Analyse, d. h. Scheiden, Unterscheiden; jede

Entscheidung beruht auf Scheidung, jedes Urtheilen auf Theilen. Es sollen aber keine Unterscheidungen in das Gesetz hineingetragen, „untergelegt“ werden,¹⁾ an die der Gesetzgeber nicht gedacht haben kann. Dies schärft uns die werthvolle *regula juris* der Pandekten ein: *Lege non distinguente nec nostrum est distinguere.*

2. Die logische Auslegung führt durch das Mittel der Abstraktion und Verallgemeinerung des gesetzgeberischen Gedankens weiter zu seiner analogen Ausdehnung, d. h. zur Anwendung der Norm auf Fälle, die sich nicht nur durch den Wortlaut des Gesetzes nicht decken, sondern an die der Gesetzgeber auch gar nicht gedacht hat, ja vielleicht, weil derartige Fälle zu seiner Zeit, — man denke an technische Erfindungen —, noch gar nicht möglich waren, nicht denken konnte. Dass die Pandekten die analoge Ausdehnung gestatten und fordern, zeigt nicht nur die schon unter 1 f. citirte *l. 12 de legibus*, der wir hier die *l. 27 D. de legibus* I 3 nachfügen:

*Tertullianus: semper quasi hoc legibus inesse credi oportet,
ut ad eas quoque personas et ad eas res pertinerent, quae
quandoque similes erunt,*

viel mehr wird es durch die ganze Entwicklungsgeschichte des römischen Privatrechts bewiesen. Gerade der stetigen Bethätigung dieser logischen Methode verdankt das römische Recht ja seine für alle Zeiten mustergültige Anpassungsfähigkeit. In Rom brauchte das praktische Leben nicht alle Augenblicke, wie es die moderne Welt vielfach thut, eine „Lücke im Gesetz“ zu konstatiren und ein neues Gesetz zu fordern,

„das matte Blüthen langsam treibt“,

das römische Gesetz besass vor allem in den Prätores und Juristen eine *viva vox legis civilis*. Der abstrakte Gedanke, das Prinzip eines Gesetzes, die legislative Idee pflegt ursprünglich erst bei einem einzelnen Punkt, den v. Ihering treffend den historischen Durchbruchpunkt desselben nennt, (Geist des röm. Rechts II 1. § 39) zum Vorschein zu kommen und erst nach und nach die Ausdehnung und Ausbreitung zu

¹⁾

„Im Auslegen seid frisch und munter,
Legt Ihr's nicht aus, so legt es unter.“

erlangen, die ihr ihrer Natur nach gebührt. „Ihr Anspruch auf Allgemeinheit und damit die Inkonsequenz, deren man sich durch ihre Beschränkung auf ein einzelnes Verhältniss schuldig macht, kann sich auf die Dauer der Wahrnehmung nicht entziehen; denn die Konsequenz ist eine Macht, die langsam, aber sicher, die unbewusst, aber nicht minder wirksam im Geiste fortarbeitet, die längst empfunden und gefühlt wird, bevor sie erkannt ist.“ (v. Ihering a. a. O. S. 342.)

a) Die Berechtigung und Nothwendigkeit der analogen Ausdehnung hat selbst ein so casuistisches und der Judicatur gegenüber misstrauisches Gesetzbuch, wie das Preussische Allgemeine Landrecht (§ 49 Einl.) anerkannt. Der § 1 des I. Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs wollte sie mit dem Satze:

„Auf Verhältnisse, für welche das Gesetz keine Vorschriften enthält, finden die für rechtsähnliche Verhältnisse gegebenen Verhältnisse Anwendung“

für zulässig und nothwendig erklären. Wenn dieser Satz bei der zweiten Lesung gestrichen worden ist, so ist der Grund dafür, wie die Protokolle ergeben, nur ein redactioneller gewesen; man hielt diese Fassung für schwerfällig und nicht einwandfrei und kam mit Recht zu dem Schlusse, dass eine befriedigende Fassung der analogen Ausdehnung ohne doctrinäre Ausführlichkeit nicht zu finden sei. Die analoge Ausdehnung ist vielmehr als selbstverständlich für die Anwendung des Bürgerlichen Gesetzbuches vorauszusetzen. Die Motive unterscheiden dabei richtig eine blosse Gesetzesanalogie und die noch weiter gehende Rechtsanalogie. „Das Bürgerliche Gesetzbuch muss (zunächst) aus sich selbst, aus dem in ihm enthaltenen Rechtssysteme ergänzt werden. Es enthält nicht eine todte Masse nebeneinander gestellter Rechtssätze, sondern ein organisches Gefüge innerlich zusammenhängender Normen. Die ihnen zu Grunde liegenden Prinzipien tragen den Keim weiteren Ausbaues in sich. Dieser Ausbau vollzieht sich im Wege der Analogie. Ist ein Fall im Gesetze nicht entschieden, aber ein rechtsähnlicher Fall geregelt, so ist die für den letzteren getroffene Entscheidung für die Beurtheilung des erstern massgebend (Gesetzesanalogie). — Lässt sich

mittels der Gesetzesanalogie zu keinem Ergebnisse gelangen, so ist die Entscheidung aus dem Geiste des gesammten, als ein Ganzes aufgefassten Rechts abzuleiten (Rechtsanalogie).“ Motive I S. 16.

Eine Schranke findet die analoge Ausdehnung nur an den sog. singulären Rechtssätzen: *L. 16 D. de legibus I. 3: Paulus:*

Jus singulare est, quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium introductum est. — Von diesem sagt derselbe Paulus, *L. 14 eod: — non est producendum ad consequentias.*

Es handelt sich hier um das in § 1, 4 bereits erwähnte anormale Recht, in dem aus einem praktischen Bedürfnisse die abstracte Regel zu Gunsten eines besonders eigenthümlichen Verhältnisses geopfert sind, vor allem also Privilegien im weiteren Sinne, Ausnahmerechte für gewisse Personen oder Sachen. Solches Ausnahmerecht ist nicht mit dem sog. Spezialrecht, z. B. Handelsrecht, Wechselrecht, Seerecht u. s. w. zu verwechseln. Letzteres enthält an sich keine Abweichung vom Allgemeinen, sondern nur die Ausgestaltung einer gewissermassen durch die Individualität der Spezies lokalisirten besonderen *ratio*.¹⁾

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat mit der stillschweigenden Voraussetzung der analogen Ausdehnung natürlich auch diese Schranke derselben anerkannt, zum Ueberflusse ergibt sich dies aus den Motiven S. 17: „Das Sächsische Gesetzbuch zieht der Gesetzesanalogie insofern eine Schranke, als in § 26 verordnet ist, dass die Ausdehnung auf ähnliche Fälle nicht stattfinde bei Gesetzen, welche aus besonderen, für einzelne Fälle bestehenden Gründen eine Ausnahme von allgemeinen Rechtssätzen enthalten. Die Vorschrift ist in dieser allgemeinen Fassung bedenklich; soweit sie Richtiges besagt, erscheint sie als selbstverständlich.“

¹⁾ Ob und wieweit im Strafrecht die analoge Ausdehnung zulässig oder durch den Grundsatz *nulla poena sine lege poenali* (§ 2 R.St.G.) ausgeschlossen ist, ist eine hier nicht interessirende Frage. Vergl. Wächter, über Gesetzes- und Rechtsanalogie im Strafrecht, Archiv des Kriminalr. N. F. 1844. S. 413 ff., 535 ff.

II. Mit der analogen Ausdehnung tritt die Interpretation schon in ein höheres Stadium, aber die analoge Ausdehnung fällt dennoch unter den Begriff der Auslegung, der Jurist bleibt auch jetzt noch ein blosser Diener des Gesetzes, wird noch nicht produktiv, wirft sich nicht zum Gesetzgeber, zum rechtserzeugenden Faktor auf, nur dass er hier nach v. Iherings Worten eine „höhere Kritik und Interpretation, eine Kritik und Interpretation nicht der Worte, sondern des legislativen Gedankens“ bethätigt. Aber die Frage ist, ob die Rechtswissenschaft und zwar vor allem in Beziehung auf das Privatrecht ihren Beruf mit der Auslegung des Gesetzes erschöpft hat oder ob sie nicht vielmehr eine höhere Würde beanspruchen kann, gerade heraus gesagt, ob nicht die Wissenschaft selbst produktiv werden kann und als eine dem Gesetz und Gewohnheitsrecht ebenbürtig zur Seite stehende selbstständige Rechtsquelle gelten darf. Obwohl diese Frage von der positivistisch-historischen Schule in der Regel verneint worden ist, stehe ich nicht an, sie mit v. Ihering zu bejahen. Dass die römische Jurisprudenz völlig abgesehen von der sich an die Gesetze anlehnennden analogen Ausdehnung zahlreiche und sehr wichtige Rechtssätze auf rein wissenschaftlichem Wege geschaffen hat, kann kein Pandektist in Abrede nehmen; es genügt an die Lehren von der Spezifikation, der Accession, der Confusion, den Prädialservituten, der Theilbarkeit und Untheilbarkeit der Rechte, den Grundsätzen über Irrthum, Schuld, Gefahr, *confusio*, *consolidatio* zu erinnern. Die Berechtigung dazu lag aber nicht bloss in dem *jus respondendi* und der dadurch gewissermassen gewährten amtlichen Stellung der alten *Jurisconsulti*. Auch die nachrömische und die moderne Jurisprudenz hat diesen ihren vornehmsten Beruf, Rechtssätze zu schaffen, stets behauptet, und zwar handelt es sich dabei keineswegs um mehr oder minder massgebliche Vorschläge *de lege ferenda*, vielmehr um direkt von der Praxis angenommene, praktische Anerkennung fordernde Lehren. Die Legitimation zu dieser produktiven Thätigkeit liegt in dem jedem positiven Gesetzesrecht anhaftenden Mangel, dass es wie der todte Buchstabe dem fortschreitenden Leben nur mit der Krücke nachhinkt. Die Jurisprudenz würde sich selber

aufgeben, wenn sie diesen Beruf der Produktion neuen Rechtes aufgeben wollte. Die berechtigten Vorwürfe, die man gegen die sog. naturrechtliche Schule erhoben hat, treffen nicht das eigentliche Recht der Wissenschaft, der Natur der Sache oder inneren Autorität. Es handelt sich hier nicht um eine Deduktion aus vermeintlich angeborenen apriorischen Begriffen, nicht um eine reine Rechtslogik ohne Berücksichtigung substantieller Momente, sondern um eine soziale Mechanik. Die wichtigsten juristischen dabei massgebenden Gesichtspunkte sind:

1. Die Idee des Zwecks. Dabei ist freilich der Zweck der Institute nicht nur vom Standpunkte der Individuen, sondern vor allem auch von dem des Gemeinwesens aus, vom sozialitären und nationalen Gesichtspunkte aus zu bestimmen.
2. Die Idee der Gerechtigkeit und Billigkeit d. h. Anwendung der wahren (proportionalen) Gleichheit auf Dinge des Rechts, Herstellung des Gleichgewichts zwischen dem, was einer leistet und dafür erhält, was einer verschuldet und dafür erleidet u. s. w.
3. Die Rechtslogik.
4. Die praktische Durchführbarkeit, die sog. Praktikabilität im Recht, die *utilitas* der alten Römer. Letztere steht oft in scheinbarem Konflikt mit der Rechtslogik oder Gerechtigkeit; gleichwohl aber kann gerade die produktive Rechtswissenschaft auch in richtiger Abschätzung der in Frage kommenden individuellen oder sozialen Werthe ihr Gewicht den Ausschlag geben lassen.

Gewiss kann dieses Recht der Wissenschaft nicht *contra*, sondern nur *praeter legem*, da wo das Gesetz Lücken lässt, als subsidiäre Quelle eintreten. Aber es bedarf keiner ausdrücklichen Autorisation des Gesetzes, keines besonderen Hinweises darauf im Gesetz, um den Richter an diese Quelle zu verweisen. Mit Recht äusserte einmal v. Ihering in seinem Pandektenkolleg, dass der lateinische Spruch: *Jurisconsultus sine lege erubescit* in sein direktes Gegentheil umzukehren sei: *Jurisconsultus sine lege non erubescens verus denique Jurisconsultus est*. Die Jurisprudenz ist nichts als ein Zweig und

zwar der vorgeschrittenste der praktischen Philosophie. „Nicht die engen Schranken des positiven Gesetzes bezeichnen ihr die Grenzmarken ihres Reiches, nicht die unmittelbar praktischen Fragen die Pfade, die sie zu wandeln hat. Frei und ungehindert, wie in der Philosophie, kann der Gedanke hier schweifen und forschen und dennoch sicher gegen die Gefahr sich zu verlieren. Denn die praktische Natur der Welt, in die er (der Jurist) sich versetzt findet, lenkt ihn immer wieder zu den realen Dingen zurück. Aber dass er, indem er zurückkehrt, sich gestehen darf, nicht einem bloss subjektiven Erkenntnissdrange genügt zu haben, dass er nicht die blosser Erinnerung an einen hohen geistigen Genuss, sondern etwas für die Welt und Menschheit Werthvolles mitzurückbringt, dass die Gedanken, die er gefunden, keine blossen Gedanken bleiben, sondern praktische Potenzen werden, — eben das giebt all unserem Philosophiren und Construiren in der Dogmatik erst seinen wahren Werth, und die römischen Juristen hatten nicht Unrecht, wenn sie von ihrer Wissenschaft rühmten: *veram (nisi fallor) philosophiam, non simulatam affectantes*“ (L. 1, § 1 *de J. et 7. 1, 1*) v. Ihering, Geist des römischen Rechts II. § 41.

Das neue Bürgerliche Gesetzbuch, obwohl es zahlreiche lediglich durch die römische und moderne Rechtswissenschaft eruirte Sätze jetzt zu gesetzlichen Normen stempelt, hat selbstverständlich diese Rechtsquelle nicht fassen oder gar verstopfen wollen. Das wäre eine Unmöglichkeit. Allerdings gilt sie nicht *contra*, sondern nur *praeter legem*. Das Bedürfniss aus ihr zu schöpfen, wird ungeschwächt weiter bestehen. Damit ist auch, da alle Wissenschaft auf der Continuität des menschlichen Geisteslebens beruht, die hohe praktische Bedeutung des Pandektenrechts als Fundgrube der Privatrechtswissenschaft für alle Zeit besiegelt. Auch die Motive zum Bürgerlichen Gesetzbuche erkennen dies (I S. 17) mit dem Satze an: „Mit der Ablehnung des bisherigen Rechts als Hülfrecht ist selbstverständlich der reiche Schatz von allgemeinen Rechtswahrheiten, welcher in den Quellen des gemeinen Rechts niedergelegt ist, keineswegs preisgegeben.“

§ 5.

Die verbindende Kraft der Rechtsnormen in intensiver Beziehung. Zwingendes, subsidiäres und hypothetisches Recht.

Literatur: Dernburg, Pandekten I §§ 31. 32. Merkel, Encyklopädie § 99. Savigny, System I § 57 ff. Regelsberger, Pandekten I § 32. Stobbe, Privatrecht I S. 132 ff. Windscheid I § 30. Wilde, Autonomie in Weiskes Rechtslexikon I S. 539—560. v. Gerber, über den Begriff der Autonomie, Archiv f. civilist. Praxis XXXVII S. 35—62.

Eine der wichtigsten Auslegungsfragen ist die Frage des Verhältnisses einer Rechtsnorm zum Individualwillen. Eine Rechtsnorm kann hinsichtlich ihrer intensiven Verbindlichkeit und Kraft in dreifach verschiedenem Verhältnisse zum Privatwillen gedacht werden:

I. Es giebt Rechtssätze, die sich gegen den Willen des Subjekts verwirklichen. Beispiel: das Notherbrecht. Diese Rechtssätze nennt man absolute oder zwingende (*jus cogens*). Ihr Sitz ist vornehmlich das öffentliche Recht, und nur insofern sagt *l. 38 D. de pactis II*, 14: *Jus publicum privatorum pactis mutari non potest*. Doch giebt es auch nichtzwingendes, dispositives öffentliches Recht; beispielsweise ist das Prozessrecht an sich öffentlichrechtlichen Charakters, vergl. jedoch Bülow, dispositives Civilprozessrecht im Archiv für civilistische Praxis Bd. 64. — Dagegen ist das Privatrecht vorwiegend ein Gebiet des freien Individualwillens, z. B. hängt es vom freien Belieben der Parteien ab, ob sie einen Vertrag so oder so abschliessen wollen, weshalb es ihnen in der Regel auch freisteht, demselben einen andern Inhalt zu geben, als er gesetzlich haben würde, wenn nicht die Parteien eben etwas Besonderes vereinbart hätten. Man hat diese Vertragsfreiheit der Parteien, die das Gesetz ausschliesst, — „Willkür bricht Stadtrecht u. s. w.“ siehe oben S. 5, — ebenfalls als Autonomie bezeichnet und zwar als Privatautonomie,¹⁾ wobei im Gegensatz zu der unter § 3 abge-

¹⁾ Savigny, System VIII S. 112 ff., Puchta, Gewohnheitsrecht, I S. 158 II S. 107 n. 49 u. Andere wollen die Bezeichnung der Privatwillküren durch Autonomie vermieden wissen. Vergl. aber Stobbe, a. a. O. S. 132 ff.

handelten, Rechtssätze schaffenden Autonomie nur an die Befugniß zu denken ist, concrete Rechtsverhältnisse wesentlich nach eigenem Belieben zu schaffen und zu gestalten. Das Privatrecht enthält jedoch auch zahlreiche absolute oder zwingende Vorschriften, sowohl aus Rücksichten des allgemeinen Wohles wie der Sittlichkeit, als auch aus Gründen rechtspolizeilicher Natur. Die absoluten Rechtssätze des Privatrechts zerfallen ihrer Natur nach in zwei Arten: 1. in solche, die sich nur durch direkten oder indirekten Zwang verwirklichen lassen, Gebote und Verbote; ihr Verwirklichungsmittel ist bei den Geboten Zwang und Strafe, bei den Verboten Strafe. 2. in solche, die sich unabhängig vom Privatwillen verwirklichen lassen, und diese sind entweder wieder a) negative, z. B. Verbote gewisser Rechtsgeschäfte mit der Massgabe, dass das Gesetz seinen Zweck durch sich selber erreicht, indem es solchen Geschäften jede Rechtswirkung entzieht, so dass eine rechtswirksame Uebertretung des Verbotes juristisch undenkbar ist (Beispiel: Nichtigkeit der Schenkung unter Ehegatten im römischen Recht). b) positive, z. B. die Bestimmungen über die Rechtsfähigkeit, die Handlungsfähigkeit; niemand kann sich der Rechts- oder Handlungsfähigkeit durch Vertrag begeben.

Hierauf beruht die alte Eintheilung der Gesetze durch Ulpian in *leges perfectae*, *minus quam perfectae* und *imperfectae*. Die unter 2a und b genannten sind *perfectae*, weil ihre Uebertretung nichtig ist, die unter 1. genannten *imperfectae*, sofern ihre Uebertretung zwar Strafe, aber nicht die Ungültigkeit des Rechtsgeschäfts nach sich zieht (Beispiel: die Stempelspflichtigkeit vieler Geschäfte nach einzelnen Stempelgesetzen). Gesetze, deren Uebertretung sowohl Strafe, wie Nichtigkeit nach sich zieht, hat man daneben noch als *leges plus quam perfectae* bezeichnen wollen. *Leges imperfectae* nennt man dagegen solche, die weder Strafe noch Nichtigkeit nach sich ziehen; Beispiel: im älteren römischen Recht die *lex Cincia*, jetzt u. A. B.G.B. § 5. Reichsgesetz über die Beurkundung des Personenstandes vom 4. II. 1875 § 37.

Welche Wirkung ein Gesetz sich in intensiver Beziehung hat beilegen wollen, das ist eine Frage der wissenschaftlichen Auslegung. Denn in der Regel verzichtet der Gesetzgeber

darauf, ausdrücklich den einen oder anderen Charakter hervorzuheben, da die hierzu erforderliche Schwerfälligkeit und Umständlichkeit in keinem Verhältnisse zu dem erstrebten Gewinne stehen würde. Die Reichsgesetze haben freilich vielfach durch ihre Terminologie gewisse Anhaltspunkte gegeben, indem sie z. B. wesentliche Vorschriften, deren Uebertretung Nichtigkeit nach sich zieht, mit „muss“, andere sog. blosse Ordnungsvorschriften mit „soll“ einführen, wonach man *leges perfectae* auch als Muss-, *leges imperfectae* als Sollvorschriften bezeichnet; auch das Bürgerliche Gesetzbuch folgt dieser Terminologie (§ 5 cit.). Das römische Recht hatte in der *l. 5 C. de legibus* 1, 14 von Theodosius und Valentinian eine allgemeine Auslegungsregel dahin, dass gesetzliche Verbote, sofern nicht das Gegentheil erhellt, die Nichtigkeit der Zuwiderhandlung bestimmen wollen. Dieser Bestimmung entspricht im Bürgerlichen Gesetzbuch der § 134:

„Ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstösst, ist nichtig, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein Anderes ergibt.“¹⁾

Wir glauben nicht, dass diese Bestimmung, deren Fassung wir nicht für besonders glücklich halten können²⁾ und die besser in Wahrung des sonst vom Bürgerlichen Gesetzbuch gewährten Principis, keine allgemeinen Auslegungsvorschriften zu geben, weggelassen wäre, auf einen ausdrücklichen Vorbehalt zu beschränken ist; vielmehr kann auch aus dem, vergl. § 4 oben, oft nur durch eingehende wissenschaftliche Untersuchung zu ermittelndem Sinn des Gesetzes „sich ein Anderes ergeben“.

Bei der Frage, ob ein Verbotsgesetz eine *lex perfecta* oder *imperfecta* sein will, ist vor allem zu untersuchen ob das gesetzliche Verbot sich auf den Rechtserfolg des Geschäftes erstrecken will, weil etwa dieser der staatlichen oder gesellschaftlichen Ordnung widerspricht, oder ob es sich nur auf Umstände bezieht, die das Geschäft in seiner äusseren Entwicklung berühren, die aber mit dem

¹⁾ Vergl. auch Pr. A.L.R. § 6 I 4 § 68 I 5.

²⁾ Sie gleicht einigermaßen folgender ärztlicher Prognose: „Patient ist unheilbar, wenn nicht doch die genauere Diagnose (oder der Erfolg) ergibt, dass er heilbar ist“.

Rechtserfolg nichts zu thun haben. Beispielsweise will ein Gesetz, das den Handel zur Kirchzeit verbietet, nicht den Rechtserfolg selbst, sondern nur die Herbeiführung desselben zu unpassender Zeit unter Verletzung höherer idealer Güter verbieten; es wäre daher widersinnig, es als *lex perfecta* auszulegen.¹⁾ Anders verhält es sich z. B. mit Veräußerungsverboten im öffentlichen Interesse.

Selbstverständlich ist bei Gesetzen der ersteren Art, die also einen gewissen wirtschaftlichen Erfolg verhindern wollen, auch die Frage der Umgehung des Gesetzes anders zu beurtheilen als bei ersteren. Logisch genau kann ein Gesetz überhaupt nicht umgangen werden; entweder fällt die Handlung unter die von ihm verbotene Kategorie von Handlungen oder nicht; im ersteren Fall verstösst sie gegen das Verbot, im letzteren ist sie legal und der Vorwurf einer Handlungsweise *in fraudem legis* ungerechtfertigt.²⁾ Die Frage der Nichtigkeit oder Strafbarkeit einer sog. Gesetzesumgehung löst sich wissenschaftlich rein auf in die nach dem logischen Umfang und der *ratio* des Gesetzes.

Einen absoluten zwingenden, durch keine Privatvereinbarung zu verletzenden Charakter haben alle Gebote der Sittlichkeit im weitesten Sinne. Denn wenn auch Recht und Moral keine Wechselbegriffe sind, so ordnet sich doch das Recht der Moral insofern unter, als es niemals in bewussten Gegensatz zur Moral treten will. Daraus ergibt sich die im römischen Recht überall stillschweigend vorausgesetzte und von keinem Privatrechte zu verleugnende Ungültigkeit aller gegen die Sittlichkeit, *contra bonos mores*, verstossenden Rechts-

¹⁾ Vergl. neben Endemann, *l. c.* auch Kohler, die Ideale im Recht, Archiv f. Bürgerl. Recht V, S. 231 ff. Kühlenbeck, Rechtsprechung I S. 253 ff.

²⁾ Vergl. Kohler, Studien über Mentalreservation in Iherings Jahrb. Bd. 16 S. 144. Hellwig, Archiv f. civilist. Praxis 64 S. 369 ff. Bähr, Urth. des Reichsgerichts S. 52. Barthelmes, das Handeln *in fraudem legis*, Göttinger Inaug.-Diss. Berlin 1889. Iwo Pfaff, z. B. von dem sog. *fraudem legis agere* 1892. Urff, Beiträge zur Lehre von der *fraus legi facta*, Berlin, Inaug.-Diss. 1895. Leist, die Sicherung von Forderungen. Jena 1889 S. 88 ff. Linkelmann, die Sicherheitsübereignung, Archiv f. bürgerl. Recht VII S. 209.

geschäfte. Es handelt sich dabei um Sittlichkeit im weitesten Sinne d. h. nicht nur um den Standpunkt der privaten Moral, sondern um eine höhere sozusagen gesellschaftliche Moral, die wesentlich auf einer angemessenen Schätzung der Rangordnung der Interessen basirt. Der Jurist hat unter Umständen auch solche Verträge und Individualverfügungen als nichtig zu behandeln, die zwar unmittelbar vom rein individualistischen Standpunkte aus nicht als unsittlich erscheinen, die aber gegen höhere Interessen, insbesondere gegen das Wohl der Gesellschaft und des Staates verstossen. Dahin gehören vornehmlich alle Geschäfte, welche die Freiheit der Persönlichkeit in übertriebener Weise beschränken und Entschlüsse erzeugen sollen, die vom höheren ethischen Standpunkte aus nur der Ausdruck freier Ueberzeugung sein dürfen. Das Interesse des Staates an der Freiheit seiner Bürger ist eine über der Vertragsfreiheit stehende absolute Norm. Wollte man die Freiheit des individuellen Willens nicht durch die objective „öffentliche Ordnung“ beschränken, so würde sie sich selbst das Grab graben können. Aber als Bedingung sittlicher Entwicklung ist die persönliche Freiheit etwas über dem subjectiven Belieben erhabenes, ein Gut, das der Mensch rechtlich weder sich selbst noch seinen Nachkommen verkümmern darf.

Mit welchem feinen sittlichen Takte die römischen Juristen diese Objectivität des Freiheitsbegriffes auf allen Gebieten des Privatrechts zu würdigen verstanden, darüber vergl. v. Ihering, Geist des röm. Rechts I § 33.

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat diesen äusserst wichtigen Grundsatz ausdrücklich in § 138 sanktionirt, dessen Absatz 2 besonders auf die indirekte Freiheitsbeschränkung durch wucherische Verträge — Wucher im weitesten Sinne genommen — aufmerksam macht. Der entsprechende § 106 des Entwurfs I bot zwar insofern eine weitere Fassung des Absatzes 1 dieser Bestimmung, als er auch den Verstoss „gegen die öffentliche Ordnung“ mitbetonte. Wenn letzterer Begriff von der II. Commission ausgeschieden ist, so hat damit keineswegs eine grössere Begrenzung der moralischen Kontrolle des Richters eingeführt werden sollen; die Protokolle ergeben, dass die gegen die öffentliche Ordnung verstossenden Rechtsgeschäfte

auch als gegen die guten Sitten gerichtet anzusehen sein sind; denn mit letzterem Ausdrucke ist die gesellschaftliche Moral gemeint, wie denn überhaupt die Moral ein wesentlicher sozialer Begriff ist.

Ein nicht geringer Theil des absoluten Privatrechts verdankt seinen absoluten Charakter jedoch lediglich rechtspolizeilichen Motiven, so z. B. diejenigen Rechtssätze, welche aus Gründen der Rechtssicherheit eine gewisse Form als nothwendig verschreiben. Solche Formvorschriften sind absolut. Denn ein Vorstoss gegen die Form macht das Rechtsgeschäft nichtig. Anders verhält es sich mit Formen, die, wie z. B. Stempelpflicht aus einem fiskalischen oder wenigstens nicht rechtspolizeilichen Motive eingeführt sind. Die Stempelpflicht z. B. macht das Rechtsgeschäft nicht zu einem formellen; es bleibt juristisch gültig, wenn auch die Partei der Stempelstrafe verfällt.

II. Wie bereits gesagt, besteht die grössere Masse des Privatrechts aus nichtzwingenden Rechtssätzen, d. h. aus solchen, die sich zwar ohne den Willen des Individuums, aber nicht gegen denselben verwirklichen. Beispiel: das Intestaterbrecht. Die Intestaterbfolge kommt nur dann zur Anwendung, wenn der Erblasser sie nicht ausdrücklich durch eine letztwillige Verfügung ausschliesst. Keineswegs ist die Anwendung solcher Rechtssätze bedingt durch den positiven Willen des Individuums, vielmehr treten ihre Rechtsfolgen auch ein für nicht rechtlich willensfähige Subjecte; höchstens kann man von einer negativen Bedingtheit durch den Willen reden, sie treten ein, sofern das Subject es nicht anders gewollt hat. Diese Rechtssätze sind also von subsidiärem oder ergänzendem Charakter. Wo die Wichtigkeit oder Zweifelhafteit des Falles eine besondere Klarstellung erheischt, hat das Bürgerliche Gesetzbuch vielfach durch den Zusatz: „sofern nicht durch Rechtsgeschäft ein Anderes bestimmt ist“, oder durch eine ähnliche Redewendung auf den bloss subsidiären Charakter der Norm hingewiesen.

III. Neben diesem grössten Bestandtheil des Privatrechts kommen zahlreiche andere Rechtssätze vor, die nur durch den Willen des Subjekts sich verwirklichen, hypothe-

tische Rechtssätze, die zur Anwendung kommen, falls das Subject eine gewisse Rechtswirkung gewollt hat, und die in allen Punkten, wo die Parteien die nähere concrete Ausgestaltung des Rechtsverhältnisses unterlassen haben, nichts als deren präsumtiven Willen verwirklichen wollen. Sie sind fast durchweg entstanden als Niederschlag des gesunden Menschenverstandes im freien Rechtsverkehr. Das Hauptbeispiel bilden die sog. *naturalia negotii* bei den verschiedenen Obligationen, ferner Auslegungsregeln bei Testamenten. Die Motive zum Bürgerlichen Gesetzbuch I zu bezeichnen sie auch als auslegende Rechtssätze.

In der Regel pflegt man die Rechtssätze unter II. und III. nicht zu unterscheiden und allgemein als dispositives oder vermittelndes Recht dem unter I. gekennzeichneten absoluten Recht gegenüberzustellen.

§ 6.

Verbindende Kraft der Norm in extensiver Beziehung.

I. Zeitliche Herrschaft der Rechtsnormen.

Uebergangsbestimmungen des Einführungsgesetzes.

Authentische Interpretation.

Literatur: Merkel, Encyclopädie §§ 315—324. v. Savigny, System Bd. VIII. R. Schmid, Die Herrschaft der Gesetze nach ihren räumlichen und zeitlichen Grenzen, Jena 1863. Aloria, *della retroattività delle leggi*. 1868. Rintelen, über den Einfluss neuer Gesetze auf die zur Zeit ihrer Emanation bestehenden Rechtsverhältnisse, 1877. H. Göppert, Das Prinzip „Gesetze haben keine rückwirkende Kraft“, geschichtlich und dogmatisch entwickelt, herausgegeben von E. Eck. 1884. Die Lehr- und Handbücher der Pandekten und des Strafrechts.

I. Sog. Verbot der rückwirkenden Kraft. Die Frage nach der verbindenden Kraft des Gesetzes in zeitlicher Hinsicht ist ebenfalls nur eine besondere Frage der Auslegung. Selbstverständlich kann jedes Gesetz seine Wirkung erst mit dem Moment erzeugen, wo er selbst „in Kraft tritt“. Diese Wirkung besteht darin, dass der Richter zu seiner Anwendung verpflichtet ist. Vor den Richter können nun aber zumal in der ersten Zeit nach dem Inkrafttreten des Gesetzes noch zahlreiche Fälle zur Entscheidung gelangen, deren thatsäch-

liche Voraussetzungen ganz oder theilweise in die Zeit zurückreichen, in der das neue Gesetz noch nicht bestand und entweder ein anderes durch das neue Gesetz beseitigtes (*lex posterior derogat priori*) ganz andere Rechtsfolgen an dieselben tatsächlichen Voraussetzungen knüpfte oder auch gar kein Gesetz darüber existirte. Soll nun der Richter das neue Gesetz auch auf diese in die Vergangenheit zurückreichenden Thatbestände anwenden? Das römische Recht hat diese Frage für das Privatrecht im allgemeinen verneinend beantwortet und ein allgemeines sog. Verbot der Rückwirkung aufgestellt, vergl. *L. 7 Cod. de leg. 1, 14: leges et constitutiones futuris certum est dare formam negotiis, non ad facta praeterita revocari, nisi nominatim et de praeterito tempore et adhuc pendentibus negotiis cautum sit*. Darnach soll dem Gesetze eine Rückwirkung auf vor seinem Inkrafttreten verwirklichte Thatbestände nur beigelegt werden, wenn das Gesetz sie in bestimmter Weise gebietet. Dass der Gesetzgeber sie gebieten kann, ist zweifellos; der Gesetzgeber ist ja souverän, allein man betrachtet das Verbot der Rückwirkung als eine aus der Idee der Gerechtigkeit und Billigkeit sich von selbst ergebende Interpretationsregel.

Bei näherer Betrachtung zeigt sich aber, dass diese allgemeine Regel in der Anwendung nicht so einfach ist, wie es auf den ersten Blick scheint, da eben die Thatbestände, an welche sich gesetzliche Folgen knüpfen, sehr verschiedenartiger Natur sind. Die gemeinrechtliche Wissenschaft hat sich daher hauptsächlich mit der näheren Präcisirung des Begriffes der *facta praeterita* im Sinne der zitierten *l. 8 Cod.* beschäftigt und ist dabei im Wesentlichen zu folgenden Unterscheidungen gelangt:

a) Nur solche Thatfachen entziehen sich der Subsumtion unter das neue Gesetz, welche bereits eine Rechtsfolge nach dem bei ihrem Eintritt bestehenden Recht gewährleisten, nicht also blosse Möglichkeiten und Erwartungen rechtfertigen. Beispielsweise entsteht ein Erbrecht gemeinrechtlich in der Regel erst mit dem Tode des Erblassers; vor demselben hat der, welcher nach dem zur Zeit bestehenden Erbgesetz als künftiger Erbe erscheint, nur eine Erwartung, nur die Hoffnung Erbe zu werden. Aendert sich also in der Zwischenzeit

das Erbrecht, so kann er sich nicht über einen gesetzlichen Eingriff in wohlerworbene Rechte beklagen.

b) Es giebt gesetzliche Thatbestände, die sich ihrer Natur nach über einen längeren Zeitraum erstrecken, die man als laufende Thatbestände bezeichnen kann; hierher gehören vor allem die Verjährung und Ersitzung, ferner können obligatorische Verhältnisse, z. B. Miethverträge für einen längeren Zeitraum abgeschlossen sein. Offenbar ist bei diesen dauernden Rechtsverhältnissen wieder zu unterscheiden, ob sich die Ursache der Rechtsfolge selbst, der Verwirklichungsprozess, oder nur die Folgewirkung der Rechtsvoraussetzungen in den Zeitraum erstreckt, innerhalb dessen das neue Gesetz eintritt. Dadurch unterscheidet sich z. B. der Fall der Verjährung oder Ersitzung von dem des Miethvertrags. Bei ersterem kann das neue Gesetz sozusagen den laufenden Faden der Ursache, bei letzterem den der Wirkung zerschneiden. Es liegt auf der Hand, dass die ersteren Fälle denen der blossen Erwerbung oder Möglichkeit gleich stehen, sofern zum Rechtserwerb der Ablauf des Zeitraums erforderlich ist, während von erworbenen Rechten nur in letzteren Fällen die Rede sein kann.

c) Endlich können in einem Akte mehrere Rechtsgeschäfte der Art liegen, dass z. B. ein Kontrakt zunächst auf ein Jahr abgeschlossen, zugleich aber vereinbart wird, er solle bei Nichtkündigung nach Ablauf des Jahres stillschweigend als verlängert gelten. Soll nun der verlängerte Kontrakt nach dem alten oder neuen Gesetz beurtheilt werden? Offenbar handelt es sich hier um einen, wenn auch stillschweigend (durch concludente Handlung) so doch neuen Abschluss, der unter die Herrschaft des neuen Gesetzes fällt.

Der Kern der fraglichen Auslegungsregeln ist hiernach nur die Achtung vor den sog. wohlerworbenen Rechten, d. h. die Erwägung, dass der Staat als Hüter der Rechtsordnung mit sich selbst in Widerspruch treten würde, wenn er den unter dem Schutze seiner Gesetze und unter deren Garantie gehörig erworbenen Rechten und Rechtsverhältnissen später ihre Wirksamkeit in willkürlicher Weise wieder entziehen wollte.

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat sich nun, wie bereits im

§ 5 bemerkt, jeder allgemeinen Auslegungsregel enthalten, und ist so auch dem Vorgange des *Corp. juris* und der meisten späteren Codifikationen, die wie z. B. *Cod. civil art. 2*: „*la loi ne dispose que pour l'avenir; elle n'a point d'effet rétroactif*“ eine entsprechende Allgemeinregel aufstellten,¹⁾ nicht gefolgt. Dennoch geht es von der Anerkennung der darin enthaltenen Rechtswahrheit stillschweigend aus; „die Annahme, dass der Staatswille auf ein Verfahren gerichtet sein sollte, welches das dem Gesetze entgegengebrachte Vertrauen täuschen, die Rechtssicherheit gefährden, das Rechtsbewusstsein erschüttern und schliesslich die Staatsautorität untergraben müsste, verbietet sich von selbst“ (Motiv I 21).

II. Uebergangsbestimmungen. Allein das Prinzip der Wahrung wohlervorbener Rechte muss sich gleichwohl im Interesse sowohl der blossen Praktikabilität als auch höher stehender öffentlichrechtlicher Gesichtspunkte manche Durchkreuzung gefallen lassen; ohne alle Rückwirkung auf bestehende Rechte ist keine Reform durchführbar. So finden wir denn auch im Einführungsgesetz, dass verschiedene Uebergangsbestimmungen ausdrücklich das neue Recht auch auf bestehende Verhältnisse zurückwirken lassen.

Diese Uebergangsbestimmungen berühren zunächst (Art. 153—162) das Personenrecht und zwar die Handlungsfähigkeit. Die Volljährigkeit gilt als ein erworbenes Recht, wenn sie auf Grund der bisherigen Bestimmungen schon vor dem einundzwanzigsten Lebensjahr erworben ist, z. B. auf Grund des partikularrechtlichen Satzes: „Heirath macht mündig“ (Art. 153). Das Bürgerliche Gesetzbuch hat sich in diesem Punkte mit Recht gegen die von Windscheid Pandekten § 32 Note 4 vertretene Ansicht entschieden, dass Volljährigkeit kein erworbenes Recht, sondern nur die Fähigkeit sei, in gewisser Weise rechtlich thätig zu werden. Natürlich konnte es auch die Verwirrung nicht wollen, die daraus entstehen würde, wenn ein Volljähriger wieder zum Minderjährigen würde. Dagegen sollen die Folgen einer nach dem bisherigen Rechte eingetretenen Entmündigung, sei es wegen Geisteskrankheit oder

¹⁾ Pr. Allg. Landrecht Einl. § 14. Sächs. G.B. § 2.

Verschwendung, nach den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs beurtheilt werden (Art. 155. 156). Nicht dagegen sollen sich hiernach die Wirkungen einer vor dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches erfolgten Todeserklärung bestimmen, nur dass der Ehegatte einer für todt erklärten Person eine neue Ehe eingehen kann, auch wenn dies nach dem bisherigen Rechte nicht zulässig war (Art. 159), und dass jedenfalls nach Massgabe des Bürgerlichen Gesetzbuches die etwaige elterliche Gewalt, die Vormundschaft, die Pflegschaft, sowie das Amt als Vormund, Gegenvormund, Pfleger oder Beistand oder Mitglied eines Familienrechts in Folge der früher erfolgten Todeserklärung als beendet anzusehen ist (Art. 160). Massgebend bleiben auch die bisherigen Gesetze für ein zur Zeit des Inkrafttretens des Bürgerlichen Gesetzbuches anhängiges Verfahren, das eine Todeserklärung, eine Verschollenheitserklärung oder die Einweisung des muthmasslichen Erben in den Besitz oder Genuss des Vermögens zum Gegenstande hat (Art. 161); — soweit jedoch die Wirkungen einer Todeserklärung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche sich weiter erstrecken, ist zur Erlangung dieser Wirkungen, z. B. zur Erlangung des Rechtes der Wiederverheirathung eine neue Todeserklärung nach dessen Vorschriften zulässig. (Art. 162).

Die zur Zeit des Inkrafttretens des B.G.B. bestehenden juristischen Personen sollen den Normativvorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches über Verfassung, Verantwortlichkeit bzw. Haftung zum Schadensersatz, Mitgliederrechte, Auflösung, Entziehung der Rechtsfähigkeit und Folgen derselben bzw. der Auflösung für das Vereinsvermögen unterstellt sein. (§§ 25—53. 85. 89 des B.G.B. Art. 161 des Einf.Ges.)

Am wenigsten Interesse hat die Gesetzgebung an einer rückwirkenden Geltung ihrer Bestimmungen für das der Privatautonomie in weitestem Umfange freigegebene Gebiet der Schuldverhältnisse. Daher soll nach Art. 170 für ein Schuldverhältniss, das vor dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs entstanden ist, das bisherige Recht massgebend bleiben. Dagegen sieht Art. 171 dem schon oben unter c gedachten Falle vor, dass ein bestehendes Mieth-, Pacht-,

oder Dienstverhältniss stillschweigend verlängert wird und unterwirft es für die Zeit nach dem Kündigungstermin dem Bürgerlichen Gesetzbuch.

Eine Ausnahme macht das Einführungsgesetz aus Gründen der Utilität und Verkehrssicherheit für Schuldverschreibungen auf Inhaber (nicht jedoch für Karten und Marken des § 102 des Einf.Ges.), die es in gewisser Richtung, nämlich hinsichtlich des Umtausches beschädigter Urkunden (§ 798 B.G.B.), der Kraftloserklärung (§§ 799, 800) Zahlungssperre (§ 802) und Umschreibung auf den Namen (§ 806) dem neuen Gesetzbuch unterstellt. Dagegen soll die Verjährung der Ansprüche aus solchen Schuldverschreibungen sich nach den bisherigen Gesetzen bestimmen, — was ausdrücklich anzuordnen allerdings wohlgethan war, da es sich keineswegs aus den allgemeinen wissenschaftlichen Grundsätzen hätte deduciren lassen.

Aufgehoben wird durch Art. 176 des Einf.Ges. die Ausserkurssetzung solcher Schuldverschreibungen und zwar so, dass selbst eine vorher erfolgte Ausserkurssetzung mit dem Inkrafttreten der B.G.B. ihre Wirkung verliert.

Auf dem Gebiete des Sachenrechts dagegen legt die absolute Natur der auf die Dauer berechneten dinglichen Rechte dem Gesetzgeber die Einwirkung auf die bestehenden Rechtsgestaltungen näher, als die relative Natur der der Erledigung zustrebenden vorübergehenden Forderungsrechte. Das Einführungsgesetz unterwirft daher die zur Zeit seines Inkrafttretens bestehenden Besitz- und Eigenthumsverhältnisse vom 1. Januar 1900 ab den Normen des Bürgerlichen Gesetzbuches, nur dass es die etwa particularrechtlich bestehenden und an sich vom Bürgerlichen Gesetzbuch nicht anerkannten nicht intellektuell getheilten Miteigenthumsverhältnisse und Sondereigenthumsverhältnisse an stehenden Erzeugnissen eines Grundstückes, z. B. das in Baiern und Württemberg und im Gebiete des französischen Rechts mögliche Sondereigenthum als wohlerworbene Rechte anerkennt, so auch das sog. Stockwerkseigenthum (Art. 181 u. 182). In Bezug auf Waldbäume sollen solche *in concreto* begründete, von den Normen des Bürgerlichen Gesetzbuches abweichende Rechtsverhältnisse

„bis zur nächsten Verjüngung des Waldes“ in Kraft bleiben (Art. 183).

Auch schon begründete Rechte an einer fremden Sache, z. B. Hypotheken bleiben als wohlerworbene Rechte mit dem sich aus den bisherigen Gesetzen ergebendem Inhalte und Range bestehen (Art. 184); es soll aber nach Anlegung des Grundbuchs ein etwa in der Vorzeit bestelltes Pfandrecht als Hypothek ohne Hypothekenbrief gelten und bei Unbestimmtheit des Forderungsbetrages, für den er besteht, als Sicherungshypothek (Art. 192 der Einf.Ges. 1184ff. des B.G.B.).

Vor Anlegung des vom Bürgerlichen Gesetzbuch geforderten Grundbuchs entstandene Grunddienstbarkeiten bedürfen an sich als wohlerworbene Rechte nicht der Eintragung; die Eintragung kann aber sowohl von dem Berechtigten als auch vom Eigenthümer des belasteten Grundstücks verlangt werden, die Kosten hat der Antragsteller zu tragen (Art. 187 Einf.Ges.). Auch gesetzliche Pfandrechte, die etwa nach Landesrecht schon vor Anlegung des Grundbuchs erworben sind, bedürfen bis zum 1. Januar 1910 nicht der Eintragung, um ihre Wirksamkeit gegenüber dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs zu wahren, falls dies durch landesherrliche Verordnung ausdrücklich gebilligt wird; ebenso können etwaige nach Landesrecht dingliche Mieth- und Pachtrechte während des gleichen Zeitraums durch landesherrliche Verordnung gegenüber dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs conservirt werden (Art. 187. 188 Einf.Ges.).

Die durch Anlegung eines Grundbuchs bedingten Rechtsnormen des Bürgerlichen Gesetzbuchs über den Erwerb und Verlust des Eigenthums sowie die Begründung, Uebertragung, Belastung und Aufhebung eines dinglichen Rechts an einem Grundstück (oder eines Rechts an einem solchen Rechte) können natürlich erst von dem Augenblicke der Fertigstellung des Grundbuchs an zur Anwendung kommen, es werden also auch nach dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches die hierauf bezüglichen Normen des älteren Rechts bis zu dem fraglichen Zeitpunkt, der für verschiedene Bezirke ein sehr verschiedener sein wird, in Geltung bleiben (Art. 189 Einf.Ges.). Der Zeitpunkt, in welchem

das Grundbuch für einen Bezirk als angelegt anzusehen ist, soll durch landesherrliche Verordnung bestimmt werden (Art. 186). Bis zu diesem Zeitpunkt werden auch quasipossessorische Ansprüche nach dem bisherigen Landesrecht beurtheilt.

Zu den strittigsten Fragen des gemeinen Rechts gehörte in der Lehre von der zeitlichen Wirkung des Gesetzes die nach dem Einfluss neuer Verjährungsgesetze auf eine nach dem früheren Recht schon begonnene Verjährung. Die herrschende Meinung ging zwar mit Recht davon aus, dass sowohl die subjectiven und objectiven Erfordernisse (*bona fides*) (*res habilis*) wie die etwaigen Vorschriften über Unterbrechung oder Hemmung der laufenden Verjährung nach dem älteren Recht für die Zeit vor dem neuen Gesetz zu beurtheilen seien. Dagegen konnte man sich nicht darüber einigen, ob sie nach Inkrafttreten des neuen Gesetzes nunmehr nach diesem oder nach dem alten Recht vollendet werden könne. Bezüglich der Verjährungsfrist waren drei Ansichten vertreten, eine zu Gunsten des alten entscheidende (Puchta, Vorlesungen Bd. I § 111), eine zu Gunsten des neuen (Windscheid § 32 n. 10) und eine mittlere, wonach bei einer in dem neuen Gesetz angeordneten Verlängerung von dem Zeitpunkte an, in welchem das neue Gesetz in Kraft tritt, dessen Frist, allerdings unter Anrechnung der schon abgelaufenen Zeit, zu fordern sei, dagegen bei Verkürzung der Verjährungszeit durch das neue Gesetz der Schuldner sich nach seiner Wahl entweder auf die alte nach Inkrafttreten des neuen Gesetzes weiter laufende längere oder auch auf die neue, dann aber jetzt erst beginnende kürzere Frist berufen könne (Savigny, System VIII. S. 429. RG. XXIV Nr. 53). Das Einführungsgesetz Art. 169 hat bezüglich der Verjährungsfrist diese letztere mittlere Ansicht, mit der Modification acceptirt, dass bei Verkürzung der Verjährungsfrist die kürzere Frist von dem 1. Januar 1900 ab beachtet werden soll, die Verjährung aber, wenn die ältere längere Frist früher als diese, vom 1. Januar 1900 ablaufende, ablaufen würde, nach der älteren Frist vollendet werde. Hemmung und Unterbrechung sollen sich für die Zeit vor 1. Januar 1900 nach den bisherigen Gesetzen bestimmen, dagegen alle übrigen Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs

über Verjährung auf die noch nicht vollendeten Verjährungen Anwendung erleiden mit Ausnahme der Verjährung aus dem vor dem 1. Januar 1900 ausgestellten Schuldverschreibungen auf den Inhaber, die sich ausschliesslich nach dem bisherigen Recht bestimmt (Art. 174 Einf.Ges.).

Auf dem Gebiete des Familienrechts verhält es sich ähnlich wie auf dem Gebiete des Sachenrechts: „Die reinen Familienrechte sind vorwiegend nur die Kehrseite von Pflichten, die in der Sphäre der Sittlichkeit wurzelnd, zu Rechtspflichten erhoben sind; der Gemeinwille hat deshalb auch hier häufigere und dringendere Veranlassung, sich mit besonderer Energie zu bethätigen“ (Motive zum B.G.B. I S. 24). Daraus ergibt sich jedoch natürlich nicht, dass etwa die Formvorschriften der Eheschliessung eine rückwirkende Kraft haben könnten; der Satz des Art. 198 des Einf.Gesetzes bestimmt aber ausserdem noch ausdrücklich, dass die materiellen Voraussetzungen der Gültigkeit einer vor dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches geschlossenen Ehe principiell nach den bisherigen Gesetzen beurtheilt werden sollen, nur zu Gunsten der Aufrechterhaltung der Ehe ist von diesem Grundsatz eine Ausnahme gemacht worden: sofern die Ehe nur den Vorschriften des neuen Gesetzes über Gültigkeit und Anfechtung genügt, soll sie nach den bisherigen Gesetzen nicht mehr für nichtig erklärt oder angefochten werden können. Dagegen erlangen die neuen Vorschriften über die persönlichen Rechtsbeziehungen der Ehegatten, insbesondere über die gegenseitige Unterhaltungspflicht, auch für die schon früher geschlossenen Ehen Geltung.

Zu den wohlerworbenen Rechten, die das neue Recht respectirt, gehören aber die in bestehenden Ehen nach dem früheren Recht begründeten Güterrechtsverhältnisse (Art. 200 des Einf.G.), nur dass fortan der bis dahin etwa vorhanden gewesene zwingende Charakter desselben als beseitigt gilt, also eine vertragsmässige Aenderung des Güterstandes möglich wird, wo dies früher unzulässig war. Besonders beachtenswerth ist dabei die positive, meines Erachtens nicht gerade gerechte und glückliche Bestimmung, dass auch eine Beschränkung der Ehefrau in der Geschäfts-

fähigkeit da, wo sie nach dem bisherigen Güterstande als Folge des Güterrechts besteht, in Kraft bleiben soll, solange der bisherige Güterstand besteht. Da der bisherige Güterstand nicht einseitig, sondern nur durch neue vertragsmässige Einigung der Eheleute geändert werden kann, hätte die sonst principiell erstrebte erweiterte Durchführung der privatrechtlichen Gleichheit beider Geschlechter es eigentlich erfordert, diesen Schlusssatz des Art. 200 fortzulassen, um mit allen abnormen Particularitäten endgültig und schnell aufzuräumen.

Einen absoluten, zwingenden Charakter besitzt das Ehescheidungsrecht, sofern es vorwiegend auf sittlichen und die Freiheit des Individuums garantirenden Grundsätzen beruht, denen gegenüber der Gesichtspunkt des wohlerworbenen Rechts zurücktreten muss. Daraus rechtfertigt sich die in Art. 201 des Einf.Ges. ausdrücklich getroffene Bestimmung, dass auch die Scheidung und die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft vor dem 1. Januar 1900 geschlossener Ehen von diesem Zeitpunkt ab nach den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches erfolgen soll. Sofern aber der Scheidungsgrund in einer vor dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches verwirkten Verschuldung des einen Theils gesucht wird, soll nur dann auf Scheidung oder Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft erkannt werden, „wenn die Verfehlung auch nach den bisherigen Gesetzen ein Scheidungs- oder Trennungsgrund war“. Letzteres entspricht der Analogie eines auch im Strafrecht allgemein gewährten Rechtssatzes, wonach schuldhaftes Handeln bei zeitlicher Wandelung der Satzung nach der milderen zu beurtheilen sind.

Die Ehelichkeit eines Kindes bestimmt sich selbstverständlich nach den zur Zeit seiner Geburt geltenden Gesetzen. Die Stellung der aus einer vor 1. I. 1900 geschlossenen Putativehe geborenen Kinder (Art. 207) dagegen bestimmt sich auch dann nach den bisherigen Gesetzen, wenn sie nach dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches geboren werden. Im Uebrigen soll sich nach Art. 203 des Einf.Ges. das Rechtsverhältniss zwischen den Eltern und einem vor dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches geborenen ehelichen Kinde vom ersten Januar 1900 ab ausschliesslich nach dem Bürger-

lichen Gesetzbuch bestimmen, und zwar gilt dies, — insofern also eine Ausnahme vom Princip des wohlerworbenen Rechts, — auch in Ansehung des Vermögens, welches das Kind vorher erworben hat. Anordnungen der Behörden, durch welche der Vater oder die Mutter in der Sorge für die Person oder für das Vermögen des Kindes beschränkt sind, bleiben in Kraft, solange sie nicht vom Vormundschaftsgericht aufgehoben werden. Die mit der Zwangserziehung eines Kindes verbundene Beschränkung des Vaters oder der Mutter in der Verwaltung oder Nutzniessung des Kindesvermögens ist jedoch auf Antrag aufzuheben, wenn sie nicht durch die in § 1666 dafür vom Bürgerlichen Gesetzbuch aufgestellten Voraussetzungen gerechtfertigt erscheint. (Art. 204.)

Die Erziehungs- und Alimentationsrechte und entsprechenden Pflichten bezüglich der Kinder aus vor dem 1. Januar 1900 geschiedenen oder aufgelösten oder getrennten Ehen bleiben unberührt; das Vormundschaftsgericht kann aber doch eine abweichende Anordnung treffen, wenn eine solche aus besonderen Gründen im Interesse des Kindes geboten ist; und in allen Fällen erhält nach dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches auch der Ehegatte, dem die Sorge für die Person des Kindes nach den bisherigen Gesetzen nicht zusteht, die Befugniss, mit dem Kinde persönlich zu verkehren, vorbehaltlich näherer Regelung dieses Verkehrs durch das Vormundschaftsgericht. (Art. 206.)

Für die vor dem 1. Januar 1900 geborenen unehe-lichen Kinder bleiben in wichtigster Beziehung d. h. hinsichtlich der Anerkennung der Vaterschaft, des Rechts auf den Familiennamen und die Alimentation die bisherigen Gesetze massgebend, besonders auch etwaige besondere Rechtsvorschriften für sogen. Brautkinder, letztere auch, wenn solche nur vor dem 1. Januar 1900 erzeugt sind. In allen übrigen Beziehungen soll sich aber die rechtliche Stellung auch der vor dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches nach dessen Vorschriften bestimmen. (Art. 208.)

Die Wirkungen einer Adoption oder Legitimation aus der Zeit vor dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches bleiben durch dieses unberührt. (Art. 209.)

Auf alle Erbfälle, die vor dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches eintreten, weil der Erblasser vor diesem Zeitpunkt stirbt, findet das bisherige Erbrecht, einschliesslich der Vorschriften über die Rechtsstellung der Erben und Nachlassgläubiger Anwendung; und zwar einerlei ob es sich um eine Erbfolge auf Grund einer Verfügung von Todeswegen oder kraft Gesetzes handelt, ob eine zur Acquisition erforderliche Antrittserklärung schon abgegeben ist oder nicht, ja selbst, wenn die Berufung, etwa weil sie noch suspensiv bedingt ist, erst nach dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches erfolgt. (Art. 213.)

Bei Verfügungen von Todeswegen ist es zweifelhaft, ob die entscheidende Ursache rechtlicher Wirksamkeit in dem Akte der Errichtung, z. B. des Testaments, oder erst im Tode des letztwilligen Verfügenden zu suchen ist. Offenbar ist aber der eigentliche Rechtsgrund in dem Willensakt des Verfügenden zu sehen. Dieser kann seinen Willen ja bis zum Tode jederzeit ändern und eine andere Verfügung treffen, ein wohlerworbenes Recht ist hier also vor dem Tode des Verfügenden keinesfalls anzunehmen. Dennoch empfiehlt es sich gewissermassen unter analoger Ausdehnung des Satzes: *locus regit actum in tempus regit actum* solche Verfügungen in Bezug auf ihre formellen und materiellen Erfordernisse ausschliesslich dem zur Zeit ihrer Errichtung gültigen Rechtsnormen zu unterwerfen. Das Einführungs-Gesetz hat aus dieser Erwägung den Art. 214 aufgenommen, der sich ausdrücklich auch auf gemeinschaftliche Testamente und Erbverträge sowie Erbverzichtsverträge (Art. 217) erstreckt. Auch die vor dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches erlangte Fähigkeit zur Errichtung einer Verfügung von Todeswegen wird bezüglich einer bis zu diesem Zeitpunkt schon errichteten Verfügung durch die etwaige abweichende Vorschrift des neuen Gesetzbuchs, insbesondere durch die von demselben geforderte Altersgrenze nicht mehr in Frage gestellt, wenn sie auch, was *per arg. a contrario* aus Art. 215 des Einf.Ges. zu entnehmen ist, für neu zu errichtende Verfügungen lediglich nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche zu beurtheilen ist. Das Testament eines Entmündigten ist gültig, wenn der Entmündigte noch

vor Eintritt der Unanfechtbarkeit des Entmündigungsbeschlusses stirbt; selbst ein Testament, das der Entmündigte nach der Stellung des Antrags auf Wiederaufhebung der Entmündigung errichtet, soll gültig sein, wenn der Antrag Erfolg hat, und diese Bestimmung (§ 2230 des B.G.B.) findet auch auf Testamente Anwendung, die ein nach dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs gestorbener Erblasser vor diesem Zeitpunkt errichtet hat.

III. Authentische Interpretation.

Wir haben soeben gesehen, dass der Gesetzgeber an sich nicht gehindert ist, seinen neuen Bestimmungen eine rückwirkende Kraft zu verleihen, sei es, dass er ausdrücklich die auf Grund des früheren Rechtszustandes erworbenen Rechte aufhebt oder auch gewisse Rechte insofern nach „rückwärts“ einräumt, als er gebietet, dass Laien und Richter von nun an so denken und handeln sollen, als ob jene Rechte bezw. deren Aufhebung schon früher entstanden oder erfolgt wäre, (ficticische Rückdatirung, vergl. Brinz, Pand. § 21). Als ein besonderes Mittel nun, einem Gesetze in diesem Sinne rückwirkende Kraft zu verleihen, gilt seit der römischen Kaiserzeit die authentische Interpretation. Durch diese wird dem Richter vom Gesetzgeber mit bindender Kraft eine bestimmte Auslegung, unter Umständen selbst eine dem logischen Sinne widersprechende, eines bestehenden Gesetzes vorgeschrieben.

Zweifelhaft ist nur, ob auch der Berufungsrichter, wenn eine solche authentische Interpretation dem Richter der ersten Instanz noch nicht vorgelegen hat, sie zu berücksichtigen hat. Die Novelle 19 *pr.* spricht dagegen, Novelle 115 *cap.* 1 dafür. Die in letzterer vertretene Ansicht dürfte aus allgemeinen Gründen vorzuziehen sein.

Da es sich bei der authentischen Interpretation in Wahrheit um einen gesetzgeberischen Akt handelt, so müssen für sie dieselben Erfordernisse verfassungsmässiger Entstehung und Publikation gelten, wie für Gesetze.

Auch völkerrechtliche Verträge können authentische Interpretationen und zwar nicht nur von früheren Verträgen, sondern auch von Gesetzen des einen oder anderen Staates ent-

halten. Ein Beispiel R.G. XXVII Nr. 15. (Die sog. Berner Convention.)

Das Bürgerliche Gesetzbuch enthält sich jeder Bestimmung über die authentische Interpretation.

§ 7.

Verbindende Kraft der Norm in extensiver Beziehung.

II. Räumliche Herrschaft der Rechtsnormen.

(Sog. Statutencollision und internationales Privatrecht.)

Literatur: v. Bar, Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts. v. Savigny, System VIII. Zeitschrift für Internationales Privatrecht und Strafrecht. Die Pandekten- und Privatrechtslehrbücher. Wächter im Archiv für civilist. Praxis Bd. 24 u. 25.

Die Frage nach dem räumlichen Geltungsgebiet der Rechtsnormen ist wohl die schwierigste aller Auslegungsfragen. Den besten Beweis liefert die Thatsache, dass sie inzwischen zu einer selbständigen wissenschaftlichen Disciplin ausgewachsen ist, die man als internationales Privatrecht bezeichnet; gleichwohl müssen, um der bisherigen Gewohnheit gerecht zu werden, die für das Privatrecht wesentlichsten Sätze dieser Auslegungslehre auch innerhalb der systematischen Darstellungen des Privatrechts ihre Stelle finden.

Die Pandekten freilich bieten für die hier in Frage kommenden Auslegungsregeln so gut wie gar keine Anhaltspunkte. Es war kein praktisches Bedürfniss gegeben, so lange innerhalb des grossen römischen Reiches wesentlich nur das zu einem wahren *jus gentium* gewordene römische Recht von Gerichten angewandt wurde, die alle unter der obersten Jurisdiction des Kaisers standen, während diejenigen Völker, die der römischen Herrschaft nicht unterworfen waren, auf einer zu niedrigen Kulturstufe standen, als dass aus Gründen einer internationalen Connivenz Fragen dieser Art hätten auftauchen können.

Nach der Völkerwanderung wurde dies anders. Damals trat an die Stelle des vorher bei der factischen Rechtseinheit unbewusst angewandten Territorialitätsprinzips der germanische Grundsatz der Personalität der Rechte, demzufolge Jeder, einerlei vor welchem Gerichte er es suchte, das Recht seiner Nationalität in Anspruch nahm.

Erst als nunmehr das römische Recht zur Glossatorenzeit wieder nach unbedingter Herrschaft strebte, diese aber bei der particulären Verschiedenheit nicht einmal innerhalb derselben Staatsgrenzen unbedingt durchzuführen war, führte die Frage, welchem particularen Rechtsgebiet des einzelnen Staates ein concretes Rechtsverhältniss zuzusprechen sei, die Glossatoren zur Ausbildung der besonders an den Namen Bartolus geknüpften Statuentheorie. Diese musste davon ausgehen, dass derselbe, wenn auch fictive Gesetzgeber, auf dessen Anordnung oder Zulassung der verschiedenen Rechtssätze zurückgeführt werden musste, sich nicht habe widersprechen wollen. Man sprach dabei sehr unangemessen von einer Collision der Statuten, verstand darunter aber die Lehre, wie der Schein einer solchen Collision in eine Harmonie der Statuten aufzulösen sei. Denn zwischen Rechtsnormen desselben Staates ist eine eigentliche Collision nicht denkbar. Wohl aber ist letztere denkbar zwischen Gesetzen verschiedener Staaten, da zwei verschiedene souveräne Mächte sich über dasselbe Rechtsverhältniss als Herrscher geltend machen können. Für letztere führte nun die sog. *comitas gentium* zu einer der eigentlichen Statutenlehre analogen Auslegungsmethode, die sich, wie gesagt, zu einer selbständigen Disciplin, dem internationalen Privatrecht entwickelt hat. Das reale Geltungsprincip des internationalen Privatrechts findet v. Bar in einer Rechtsgemeinschaft der civilisirten Völker. Das internationale Privatrecht ist, um mit Brinz, Pand. § 23 zu reden, „nicht eins weder mit dem Rechte des Inlandes noch mit dem Rechte des Auslandes noch mit einem angeblichen Gesetze des Inlandes, wonach der Fremde bald diesem, bald jenem Rechte unterworfen sein soll, sondern Völkerrecht, das weder in diesem noch in jenem bestimmten Lande oder Volke, auch wie vieles andere Völkerrecht nicht in einem Völkervertrage, sondern in stillschweigender, wachsender Uebereinstimmung der im Verkehr mit einander begriffenen, unabgeschlossenen Völker seinen Grund hat.“ Das heuristische Princip dieser Disciplin ist, soweit nicht positive Gesetze, Staatsverträge oder Gewohnheitsrechte unmittelbaren Anhalt bieten, die sog. Natur der Sache, das mit sach-

logischer Nothwendigkeit sich geltend machende Bedürfniss des Verkehrs und der gegenseitigen Anerkennung der verschiedenen Staaten. Sie bietet mehr als fast alle anderen Rechtsdisciplinen ein Recht der inneren Autorität und Raum zu productiver Bethätigung.

Eine völlige Verkennung dieses Wesens der Lehre findet sich bei Wächter, der nur zwei Leitsätze für die Frage der räumlichen Geltung einer Rechtsnorm gelten lässt:

1. dass der einen Rechtsstreit entscheidende Richter zunächst unbedingt an die Gesetze seines Territoriums gebunden sei;
2. dass nur zu untersuchen sei, ob nicht in gewissem Umfange eben diese Gesetze nach Sinn und Geist die Beurtheilung von Rechtsverhältnissen, die auf Ausländer oder das Ausland Bezug haben, von sich ab- und der Entscheidung der einen oder der anderen auswärtigen Gesetzgebung zuweisen.

Das internationale Privatrecht, von dem die sog. Statutencollision nunmehr nur aus Gründen der Analogie einen integrierenden und bei Mangel jeder praktischen Differenz unterschiedslosen Theil bildet, ist wissenschaftlich nicht als ein Theil des internen Rechts der einzelnen Staaten zu betrachten. Freilich ist da, wo ein einzelner Staat positive Vorschriften über die Anwendung der Rechtssätze in räumlicher Hinsicht gegeben hat, die nicht nur die sog. interne Statutencollision, sondern auch das internationale Privatrecht betreffen, der Richter dieses Staates selbstverständlich zunächst an diese positiven Bestimmungen gebunden und nur subsidiär auf das wissenschaftliche internationale Privatrecht zurückzugreifen berechtigt.

In dieser Lage nun wird sich nach dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches (leider!) der deutsche Richter befinden. Denn das Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch hat in Art. 7—30 eine Reihe von hier einschlägigen Bestimmungen gegeben, die zwar keineswegs eine erschöpfende Regelung der Materie bezwecken ¹⁾, die aber nicht nur unmittelbar, sondern

¹⁾ Das Einführungsgesetz enthält sich dabei im allgemeinen solcher

auch mittelbar, sofern sie grundsätzlich Stellung nehmen zu einigen bisherigen Controversen dieses Gebietes, von grösster Tragweite sind.

Eine allgemeine wissenschaftliche Formel für die Lösung der hier fraglichen Probleme ist selbstverständlich ein Unding, der Satz v. Savigny's, dass man zur Bestimmung des anzuwendenden Gesetzes „dasjenige Rechtsgebiet aufzusuchen habe, welchem das einzelne Rechtsverhältniss seiner Natur nach angehört, in welchem es seinen Sitz hat“, ist entweder eine blosser Verweisung auf die von uns bereits betonte „Natur der Sache“ oder eine praktisch werthlose rein bildliche Formulirung des Problems. Denn einen räumlichen Sitz erlangen Rechtsverhältnisse erst dadurch, dass ihnen die Wissenschaft oder das Gesetz auf Grund räumlicher Beziehungen der an ihnen theilhaftigen Subjekte oder Objekte einen solchen zuspricht.

Immerhin lassen sich als allgemeine Prinzipien, um deren richtige Auswahl und Anwendung es sich in jedem einzelnen Falle umsomehr handelt, als diese Prinzipien in demselben collidiren können, folgende herausstellen:

1. Soweit dispositives Privatrecht in Frage steht, hat man zunächst zu fragen, ob nicht die Rechtssubjekte ausdrücklich oder stillschweigend sich diesem oder jenem Rechte unterworfen haben. Eventuell ist der aus verständigen sachlogischen Erwägungen resultirende zweckmässigste Wille zu subintelligiren.
2. Dagegen ist es gerade hier von grossem Interesse, zwingendes absolutes Recht von dispositivem zu unterscheiden. *Jus publicum cogens*, sei es dieses nun aus besonderen Polizei- oder Staatszwecken oder aus allgemeineren sittlichen Anschauungsgründen, entzieht sich jeder Disposition, und der Richter hat es unbedingt und ausschliesslich anzuwenden, wenn er es als solches an-

Bestimmungen hinsichtlich der Ausländer und beschränkt sich z. B. bei den Personalstatuten auf die Inländer, ausgenommen, wo der Gesichtspunkt des *ordre public* überwiegt. Doch ist auf die principielle Stellung des Gesetzgebers zu den einschlägigen Fragen des internationalen Privatrechts auch aus den auf Inländer beschränkten Regeln meistens durch Verallgemeinerung zu erschliessen.

erkennen muss. (In Dingen des *ordre public* entscheidet stets die *lex fori*.)

3. Wie bei der Frage nach der zeitlichen Geltung, so muss auch bei der nach der räumlichen eine billige Rücksichtnahme auf wohl erworbene Rechte massgebend sein.

Nicht ganz werthlos ist endlich, wenn auch bloss im Sinne einer Classifikation, die schon von Bartolus herrührende Unterscheidung aller Rechtssätze in 1. *statuta personalia*, 2. *realia* und 3. *mixta*, wobei man unter 1. die sich wesentlich auf Personen, unter 2. die sich wesentlich auf Sachen, unter 3. die sich wesentlich auf Handlungen beziehenden Rechtssätze begreift. Doch ist mit dieser Classifikation weder ein sicheres Criterium zwischen den einzelnen Gebieten selbst noch ein solches für die Anwendung des Gesetzes gegeben.

I. *Statuta personalia*.

Um in üblicher Weise mit den Personalstatuten zu beginnen, so stossen wir hier gleich auf die wissenschaftliche Controverse, ob die Statuten d. h. Rechtsnormen des Domicils oder der Staatsangehörigkeit für die personenrechtlichen Verhältnisse entscheidend sein sollen. Der französische *Code civil*, das österreichische Bürgerliche Gesetzbuch, das italienische und sächsische Bürgerliche Gesetzbuch haben das Princip der Staatsangehörigkeit angenommen, während die englisch-nordamerikanische Rechtsprechung durchweg dem Domicilprincip huldigt. Auch die gemeinrechtliche Theorie und Praxis folgte bislang überwiegend dem Domicilprincip. Dagegen erklärt sich offenbar das Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch, indem es in den von ihm ausdrücklich getroffenen Bestimmungen für personenrechtliche Verhältnisse die Staatsangehörigkeit entscheiden lässt.

Zweifellos als Personalstatuten gelten zunächst die Vorschriften über Rechtsfähigkeit. Hier ist aber gleich zu bemerken, dass die allgemeine Anerkennung der Rechtsfähigkeit physischer Personen als Theil des aus sittlichen Gründen zwingenden Rechtes gilt, dass also für Beschränkungen der Rechtsfähigkeit nicht das Gesetz des Staates, dem die Person angehört, vielmehr, sofern die Frage vor einem deutschen Ge-

richte erhoben wird, ausschliesslich das deutsche Gesetz entscheidet.

Anders liegt die Sache bei juristischen Personen. Hier sprechen wieder zwingende Gründe politischer Natur gegen die unbedingte Anerkennung der Rechtsfähigkeit ausländischer juristischer Personen. Daher bestimmt Art. 10 des Einführungsgesetzes, dass eine ausländische juristische Person nur unter der Bedingung als rechtsfähig gelten soll, wenn ein besonderer auf Anerkennung ihrer Rechtsfähigkeit gerichteter Beschluss des Bundesraths vorliegt. Nicht anerkannte ausländische juristische Personen sind vor unseren Gerichten als Gesellschaften (§§ 705—740) des Bürgerlichen Gesetzbuches zu behandeln; doch soll ausländischen Vereinen durch eine ausdrückliche Ergänzung der Civil-Prozessordnung die passive Parteifähigkeit beigelegt und die Zwangsvollstreckung in das Vermögen derselben auf Grund eines gegen sie erlassenen Urtheils zugelassen werden.¹⁾ Ferner haftet aus Rechtsgeschäften, die im Namen eines solchen Vereins vorgenommen werden, der Handelnde persönlich; handeln Mehrere, so haften sie als Gesamtschuldner (§ 54 des B.G.B.).

Eine gesetzliche Präsuntion für das Ende der Rechtsfähigkeit durch Tod wird durch die Todeserklärung eines Verschollenen begründet. Die Voraussetzungen und Wirkungen der Verschollenheit und Todeserklärung sind nun nach herrschender Lehre nach den Personalstatuten, also nach den Gesetzen des Staates zu beurtheilen, dem der Verschollene angehörte.²⁾ Aus Zweckmässigkeitsgründen bestimmt aber der Art. 9 des Einföhrungs-Gesetzes, dass ein Verschollener im Inlande nach den deutschen Gesetzen für todt erklärt werden kann, wenn er nur bei dem Beginne der Verschollenheit die deutsche

¹⁾ Anl. II zur Denkschrift § 49 a:

„Vereine, die nicht rechtsfähig sind, können verklagt werden, wie wenn sie rechtsfähig wären.“

§ 670 a: „Zur Zwangsvollstreckung in das Vermögen eines nicht rechtsfähigen Vereins genügt ein gegen den Verein erlassenes Urtheil.“

²⁾ Vergl. Zeitschrift für Internation. Recht IV 72. Bolze, Reichsgerichtssentsch. XVII 1.

Reichsangehörigkeit besass. Aber auch ein Ausländer kann mit Wirkung für diejenigen Rechtsverhältnisse, welche sich entsprechend sonstigen Regeln des internationalen Privatrechts nach den deutschen Gesetzen bestimmen, sowie mit Wirkung für sein im Inlande befindliches Vermögen für todt erklärt werden kann. Ohne Beschränkung, also mit voller Wirkung kann der ausländische Ehemann einer im Inlande zurückgebliebenen oder dahin zurückgekehrten Ehefrau, die ihre deutsche Reichsangehörigkeit mindestens bis zur Verheirathung mit dem Verschollenen behalten hat, im Inlande auf deren Antrag für todt erklärt werden, falls er nur seinen letzten Wohnsitz im Inlande gehabt hat (Art. 10 Abs. 3).

In der Regel ist bislang die Handlungsfähigkeit, die sich in rechtsgeschäftliche (Geschäftsfähigkeit) und Deliktsfähigkeit scheidet, von der Theorie ohne Weiteres unter die Personalstatuten subsumirt worden, wie sie denn auch systematisch ihre Stellung zweifellos im Personenrecht hat. Dennoch hat die nordamerikanische Jurisprudenz sie von jeher nicht als Personalstatut, sondern nach der *lex loci contractus* beurtheilt. Auch der für ihre Beurtheilung in der Deutschen Wechselordnung Art. 84 und früher schon im Preussischen Allgemeinen Landrecht Einleitung § 35 zum Ausdruck gelangte Satz, dass Verträge mit Ausländern nach denjenigen Gesetzen beurtheilt werden sollen, „nach welchen die Handlung am besten bestehen kann“, lässt sich schwerlich aus dem Princip des Personalstatuts ableiten. Offenbar kreuzt sich mit dem Princip des Personalstatuts hier dasjenige der Sicherheit des Verkehrs. Hieraus erklärt sich die Bestimmung des Art. 7 des Einführungsgesetzes, demzufolge im allgemeinen für die Geschäftsfähigkeit das Gesetz des Staates massgebend ist, dem die Person angehört; aber der hiernach geschäftsunfähige oder in seiner Geschäftsfähigkeit beschränkte Ausländer für ein im Inlande abgeschlossenes Rechtsgeschäft „gilt insoweit als geschäftsfähig, als er nach den deutschen Gesetzen geschäftsfähig sein würde“. Nur für familienrechtliche und erbrechtliche Rechtsgeschäfte fällt diese Rücksicht auf die Verkehrssicherheit wieder weg, und daher sind diese

von der Ausnahme des Abs. 3 des Art. 7 wieder ausgenommen. Endlich ergibt sich als Ausfluss des Principis von der Wahrung wohlverworbener Rechte der Absatz 2 des Art. 7, wonach ein Ausländer, der nach den Gesetzen seines Staates volljährig ist oder die rechtliche Stellung eines Volljährigen hat, auch nach Erwerb der Reichsangehörigkeit volljährig bleibt und diese rechtliche Stellung behält, selbst wenn er nach den deutschen Gesetzen nicht volljährig ist. Wir haben hier auf räumlichem Gebiete die Analogie des Art. 153 des Einführungsgesetzes, der dasselbe Princip für den zeitlichen Geltungsumfang¹⁾ aufstellt.

Zu den wohlverworfenen Statusrechten, die durch Wechsel der Staatsangehörigkeit nicht berührt werden, gehört auch die *testamentifactio*, genauer allgemein die Fähigkeit zu Verfügungen von Todeswegen. Allgemein entscheidet darüber die Staatsangehörigkeit zur Zeit der Errichtung (auch der Aufhebung); ein Ausländer behält sie, wenn er die Reichsangehörigkeit erwirbt, selbst wenn er das nach den deutschen Gesetzen erforderliche Alter noch nicht erreicht hätte. (Art. 24 Einf.Ges.)

Eine fernere Beschränkung des allgemeinen Principis, das die Geschäftsfähigkeit dem Gesetz der Staatsangehörigkeit unterwirft, enthält Art. 8 des Einf.Ges., der die Entmündigung eines Ausländers nach deutschen Gesetzen zulässt, wenn derselbe seinen Wohnsitz im Inlande oder, falls er überhaupt keinen Wohnsitz hat, auch nur seinen Aufenthalt im Inlande hat. Auch hier ist die Rücksicht auf Verkehrssicherheit das ausschlaggebende legislative Moment gewesen.

Offenbar gehört zu den Personalstatuten im weiteren Sinne auch der familienrechtliche *status*. Das Einführungsgesetz bestimmt bezüglich der Frage, ob eheliche Abstammung anzunehmen oder nicht, nur für den Fall, dass der Ehemann der Mutter zur Zeit der Geburt des Kindes Deutscher ist oder, falls er vor der Geburt des Kindes gestorben ist, zuletzt Deutscher war d. h. die Reichsangehörigkeit besass. In diesem Fall ist zufolge Art. 18 die Frage nach den deutschen Gesetzen zu beurtheilen. Man wird darin nicht mit Unrecht nur eine specielle Anerkennung des allgemeinen Principis erkennen,

¹⁾ Vergl. S. 36 Abs. 3.

wonach die Ehelichkeit eines Kindes nach den Gesetzen des Staates zu beurtheilen ist, welchem der Ehemann zur Zeit der Geburt oder, wenn er vor der Geburt des Kindes gestorben ist, zuletzt angehört hat. Nicht massgebend ist also der Zeitpunkt der Zeugung. Dem Art. 18 analog unterwirft Art. 22 des Einf.Ges. für den Fall, dass der Vater zur Zeit der Legitimation oder der Adoptirende zur Zeit der Adoption die Rechtsangehörigkeit besitzt, auch die Legitimation eines unehelichen Kindes sowie allgemein die Annahme an Kindesstatt den deutschen Gesetzen. Abgesehen davon werden für die Legitimation eines unehelichen Kindes sowie die Adoption allgemein die Gesetze des Staates massgebend sein, welchem der Vater zur Zeit der Legitimation angehört. Nur hinsichtlich des Erfordernisses der Einwilligung des Kindes und der Einwilligung dritter Personen, zu welchen das Kind in einem familienrechtlichen Verhältnisse steht, soll, wenn das Kind die Reichsangehörigkeit besitzt, das deutsche Recht massgebend sein. Ich finde auch hierin nur die Anerkennung des allgemeinen Princip, dass für diese Erfordernisse der Legitimation und Annahme an Kindesstatt die Gesetze des Staates massgebend sind, dem das Kind zur Zeit der Legitimation angehört. Es handelt sich um die Wahrung wohlervorbener Rechte sowohl der fraglichen Personen selbst als auch des Staates.

Die sämmtlichen sonstigen familienrechtlichen Verhältnisse zwischen Eltern und Kindern sind nach herrschender Theorie den Gesetzen des Staates unterworfen, dem der Vater angehört, und, wenn der Vater gestorben ist, nach den Gesetzen des Staates, dem die Mutter angehört. Eine ausdrückliche Anerkennung dieses Grundsatzes für Kinder eines deutschen Vaters und einer deutschen Mutter giebt Art. 19 des Einf.Ges. Dieser dehnt aber die Herrschaft des deutschen Rechts auch auf den Fall aus, dass zwar die Reichsangehörigkeit des Vaters oder der Mutter erloschen, die des Kindes aber bestehen geblieben ist. Beansprucht wird jedoch die Geltung des deutschen Gesetzes in diesen Familienrechtsverhältnissen nicht für Gegenstände, die sich in einem fremden Staatsgebiete befinden, sofern solche dort von besonderen Gesetzesvorschriften erfasst

werden. (Art. 28.) — In der Consequenz des bisher festgehaltenen Principis wird auch die Vaterschaftsklage und zwar sowohl die der ehelichen, wie der unehelichen Kinder nach der Staatsangehörigkeit derjenigen zu beurtheilen sein, der als Vater in Anspruch genommen wird, und zwar ist massgebend die Staatsangehörigkeit zur Zeit der Geburt des Kindes, entsprechend der in Art. 18 gegebenen Rechtsanalogie. Die *ratio* für den Zeitpunkt der Geburt scheint mir folgende zu sein: Wenn auch die Erzeugung eine nothwendige Bedingung der Vaterschaft bildet, so entsteht doch die Thatsache und der rechtliche Begriff der Vaterschaft erst mit dem Zeitpunkte, in welchem der in Anspruch genommene durch die Geburt eines Kindes in Folge der von ihm geschehenen Zeugung Vater wird.¹⁾ Auf keinen Fall wird nach Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches mehr das Domicilprincip zu Grunde gelegt werden dürfen.

Vom Anspruch auf Anerkennung der Vaterschaft ist wohl zu unterscheiden der Alimentenanspruch des unehelichen Kindes gegen seinen präsumtiven Erzeuger. Nach welchem örtlichen Recht derselbe zu bestimmen sei, ist bislang wissenschaftlich und praktisch um deswillen sehr streitig gewesen, weil die Konstruktion dieses Anspruchs (Deliktsnatur? Quasidelikt? Präsumtion der Verwandtschaft?) durchaus zweifelhaft war. Nach Art. 21 des Einf.Ges. soll nun dieser Anspruch ebenso wie derjenige der Mutter auf Ersatz der Schwangerschafts- und Entbindungskosten und des Unterhalts nach den Gesetzen des Staates beurtheilt werden, dem die Mutter zur Zeit der Geburt des Kindes angehört. Doch sind die deutschen Gesetze insofern für Voraussetzung und Umfang der Ansprüche zu berücksichtigen, als weitergehende Ansprüche nicht geltend gemacht werden können. Die Rechtsverhältnisse zwischen einem unehelichen Kinde und seiner Mutter sind nach Art. 20 des Einf.Ges., wenn die Mutter eine Deutsche ist, nach deutschen Gesetzen zu beurtheilen, auch wenn die Reichsangehörigkeit der Mutter erloschen sein sollte, sofern nur die des Kindes bestehen geblieben ist.

¹⁾ R.G. XXIX Nr. 71.

Allgemein wird man in analoger Verwerthung dieser gesetzlichen Entscheidungen und in Annahme der im internationalen Privatrecht vorherrschenden Ansicht die gesetzliche Unterhaltspflicht unter Verwandten, soweit nicht Specialbestimmungen entgegenstehen, nach den Gesetzen des Staates zu beurtheilen haben, welchem die Verwandten zu der für die Unterhaltspflicht in Betracht kommenden Zeit angehören. Wie aber, wenn sie zu dieser Zeit verschiedenen Staaten angehören? Dann ist die Unterhaltspflicht nur insoweit begründet, als sie nach den Gesetzen beider in Betracht kommenden Staaten begründet ist.

Auch die erbrechtlichen Fragen sind nach überwiegender Ansicht stets unter die Personalstatuten subsumirt worden und zwar unter diejenigen des Erblassers. Im gemeinen Recht entschied das Domicil des Letzteren. Mit Art. 24 und 25 des Einf.Ges. wird aber in Zukunft zunächst die Staatsangehörigkeit zur Zeit des Todes entscheiden, und zwar sowohl die des Deutschen, wenn er seinen Wohnsitz im Auslande, wie die des Ausländers, wenn er seinen Wohnsitz im Inlande hat. Nur in Ansehung der Nachlassverbindlichkeiten können sich die Erben auch auf die an dem Wohnsitze des Erblassers geltenden Gesetze berufen, wenn ein Deutscher zur Zeit seines Todes seinen Wohnsitz im Auslande hatte (Art. 24, 2).

Eine Einschränkung erleidet das Princip der Staatsangehörigkeit zu Gunsten deutscher Staatsangehöriger, die erbrechtliche Ansprüche am Nachlass eines in Deutschland domicilirten Ausländers erheben. Sie können sich auf das deutsche Erbrecht berufen. Offenbar ist dies eine singuläre politische Bestimmung, die daher auch in allen den Fällen fortfällt, wo das Recht des Staates, dem der Erblasser angehörte, selber das Princip der Staatsangehörigkeit für die Beerbung der in ihm domizilirten Deutschen respektirt. (Vergl. deutsch-russische Convention vom 12. Nov. 1874 G.S. 1875 S. 136, Convention mit Brasilien vom 10. Jan. 1882, mit Serbien vom 6. Jan. 1883, mit der Südafrikanischen Republik vom 22. Jan. 1885, mit Griechenland vom 26. Nov. 1888.) Wie bereits oben § 3 S. 12 bemerkt,

werden besondere Staatsverträge über die Regulirung erbrechtlicher Verhältnisse nicht durch das Einführungsgesetz und das Bürgerliche Gesetzbuch berührt.

Zu den Personalstatuten wird auch das Vormundschaftsrecht zu ziehen sein. Es ist darnach selbstverständlich, dass ein Deutscher, mag er im Inlande oder Auslande wohnen, in Deutschland bevormundet wird, ebenso dass für Ausländer ein entsprechendes Recht ihres Heimathstaates anzuerkennen ist. Aus Gründen der Zweckmässigkeit und Humanität bestimmt aber Art. 23 des Einf.Ges., dass auch über einen Ausländer im Inlande eine Vormundschaft oder Pflegschaft angeordnet werden kann, sofern der Staat, dem er angehört, die Fürsorge nicht übernimmt, wenn der Ausländer nach den Gesetzen seines Staates der Fürsorge bedarf oder (gemäss Art. 8) im Inlande entmündigt ist. Auch kann das deutsche Vormundschaftsgericht im Interesse von Ausländern vorläufige Massregeln treffen, wenn eine Einleitung der Vormundschaft oder Pflegschaft über dieselben im Auslande zu erwarten ist.

Zweifellos als Personalstatuten, also nach der Staatsangehörigkeit zu beurtheilen, sind alle sog. Individualrechte, u. A. das Recht am Namen.

II. *Statuta realia.*

Bei sachenrechtlichen Fragen ist ziemlich unbestritten in der Theorie des internationalen Privatrechts der Satz, dass die *lex rei sitae*, das Gesetz desjenigen Ortes entscheidet, wo die Sache sich befindet. Allerdings machte die ältere Lehre einen Unterschied zwischen unbeweglichen und beweglichen Sachen; für letztere stellte sie den Grundsatz auf: *Mobilia ossibus inhaerent* oder *Mobilia personam sequuntur*; man ging davon aus, dass Mobilien nicht wie die Grundstücke an einen bestimmten Ort festgebannt sind, sondern leicht der sie besitzenden Person in ein anderes Rechtsgebiet folgen können und unterwarf sie daher der *lex domicilii* der betreffenden Personen. Dieser übrigens in ihrer Anwendung sehr unsicheren Regel folgt unter Anderm das Oesterreichische Bürgerliche Gesetzbuch § 300, sowie die englisch-amerikanische Rechtsprechung (*personal property has no locality*). Die neuere

Theorie hat diese Unterscheidung und den für Mobilien aufgestellten Sondergrundsatz durchweg verworfen. Mit Recht; denn wenn z. B. mehrere Personen in Betracht kommen, ergeben sich aus der Regel die grössten Schwierigkeiten; wessen Domicil soll entscheiden, das des Eigenthümers, Besitzers Erwerbers oder Veräusserers? Ueberdiess ist nunmehr ja allgemein an die Stelle des Domicilprincips das Nationalitätsprincip getreten.

Das Einführungs-Gesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch regelt zwar die Frage nicht ausdrücklich, es nimmt nur in Artikel 11 Rechtsgeschäfte, durch die Rechte an einer Sache begründet werden, von der Regel aus: *locus regit actum*. Daraus ergibt sich aber indirect, dass es sie der *lex rei sitae* unterwerfen will, und dabei ist erheblich, dass es keinen Unterschied zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen macht. Auch aus der Vorgeschichte des Gesetzes, den Protokollen (S. 1309) ergibt sich, dass der Gesetzgeber bezüglich der Realstatuten auf dem auch schon im Preussischen Landrecht, sowie im Sächsischen Bürgerlichen Gesetzbuch § 10, und im *Codex Maximilian*. I § 2, § 17 gewahrten Standpunkt steht, wonach die Rechte an einer Sache sowie der Besitz ausschliesslich nach den Gesetzen des Ortes beurtheilt werden, an welchem die Sache sich befindet. Des Näheren sind Erwerb und Verlust eines Rechtes an einer beweglichen Sache, sowie Erwerb und Verlust des Besitzes einer solchen Sache nach den Gesetzen des Ortes zu beurtheilen, an welchem die Sache zur Zeit der Verwirklichung des für den Erwerb oder Verlust in Betracht kommenden Thatbestandes sich befunden hat. Von Wichtigkeit ist es nur, die Realstatuten auf speciell sachenrechtliche Vorschriften einzuschränken, d. h. auf diejenigen Vorschriften, die allein das dingliche Recht zum Gegenstand haben, wie z. B. Fähigkeit einer Sache, zu Eigenthum erworben zu werden, (in *commercio esse*), Erfordernisse der Eigenthumsübertragung oder des Erwerbes bezw. Verlustes eines dinglichen Rechtes, den Inhalt solcher Rechte, die Ansprüche aus demselben, Eigenthumsklage, *actio confessoria* u. s. w. Rechtsgeschäfte, die den Erwerb einer Sache erst zu weiteren Folge

haben, sind wohl zu unterscheiden von solchen, die das dingliche Recht unmittelbar begründen.¹⁾ Nur für letztere gilt die *lex rei sitae* ausschliesslich.

III. *Statuta mixta* und sonstige Regeln des internationalen Privatrechts.

Unter dieser Ueberschrift werden wir die verschiedenartigsten juristischen Thatbestände und Rechtseffekte zusammenfassen müssen, die nicht bereits unter den beiden bisherigen Kategorien Platz fanden.

a) Was zunächst allgemein die Form der Rechtsgeschäfte betrifft, so ist die alte Rechtsregel der Postglossatoren *locus regit actum* immer noch von grossem praktischen Werth. Eine wichtige Ausnahme haben wir zwar soeben hinsichtlich der Rechtsgeschäfte mit unmittelbar dinglicher Wirksamkeit constatirt. Die Regel muss aber noch dahin erweitert werden, dass unter Umständen auch eine andere Form, als die des Ortes, wo das Geschäft abgeschlossen wird, zulässig erscheinen kann, nämlich die desjenigen Rechtsgebietes, in welchem das Rechtsgeschäft zu wirken bestimmt ist. Nach Art. 11 des Einf.-Ges. „genügt jedoch die Beobachtung der Gesetze des Ortes, an dem das Rechtsgeschäft vorgenommen wird.“ So wird z. B. die Errichtung oder die Aufhebung einer Verfügung von Todeswegen einerseits nach den Gesetzen des Staates genügen, welchem der Erblasser zur Zeit der Errichtung oder Aufhebung angehört hat; andererseits aber genügt es auch, wenn sie nur den am Orte der Errichtung oder Aufhebung geltenden Gesetzen entspricht. Die Form einer Eheschliessung im Inland sowohl für Ausländer als für Inländer soll sich nach Art. 13 Abs. 3 des Einf.-Ges. jedoch ausschliesslich nach den deutschen Gesetzen bestimmen.

Besondere Schwierigkeit hat von jeher die Unterordnung der obligatorischen Ansprüche unter ein bestimmtes örtliches Recht bereitet: a) Bei den Vertragsobligationen sind fünf verschiedene Momente von verschiedenen Theoretikern

¹⁾ Vergl. R.G. XVIII. 45.

als ausschlaggebend in Vorschlag gebracht worden: 1. der Ort der Klage (*lex fori*), 2. der Ort der Entstehung (*lex loci contractus*), 3. der Ort der Erfüllung, 4. das Domicil des Gläubigers, 5. das Domicil des Schuldners.

Die italienische und französische Rechtspflege lässt fast durchweg das Moment 2., den Ort der Entstehung entscheiden. Savigny lässt, sobald er sein dunkles Bild vom Sitze der Obligation bei Anwendung auf concrete Fragen ins Begriffliche umsetzt, meistens das Moment 3., den Ort der Erfüllung, den Ausschlag geben. Das Moment 5. wird u. A. von Windscheid, Thöl, Stobbe, auch von v. Bar bevorzugt. Die zweite Commission für das Deutsche Bürgerliche Gesetzbuch hatte unter ihren vorläufigen Beschlüssen einen § 7 (5), der folgendermassen lautete:

„Das Schuldverhältniss aus einem Rechtsgeschäfte unter Lebenden wird nach den Gesetzen des Ortes beurtheilt, an welchem das Rechtsgeschäft zum Abschlusse gelangt ist.

Ist nach den Umständen des Falles anzunehmen, dass von den Betheiligten die Anwendung der Gesetze eines anderen Ortes vorausgesetzt sein muss, so sind die Gesetze dieses Ortes massgebend.“

Man wollte sich also der französisch-italienischen Theorie, wonach *lex loci contractus* (2.) massgebend ist, anschliessen. Eine entsprechende Bestimmung ist aber in das Einführungsgesetz nicht aufgenommen worden. Die Frage ist also eine offene geblieben. Zwecks ihrer Entscheidung haben wir in erster Linie den Gesichtspunkt der Privatautonomie zu berücksichtigen; da kaum ein Gebiet des Civilrechts einen dispositiveren Charakter trägt, als das der Vertragsobligationen, so ist zunächst für die Frage, nach welchem Rechte die durch Vertrag begründeten Rechtsverhältnisse zu beurtheilen sind, der Wille der Contrahenten entscheidend. Ist dieser Wille, wie es häufig der Fall sein wird, nicht zum Ausdruck gekommen, so bleibt nichts übrig, als den mangelhaften Parteiwillen im Sinne eines *in concreto* vernunftgemässen auf das Recht eines bestimmten Territoriums gerichteten Unterwerfungswillens zu ermitteln. Dass dieser präsumtive Unterwerfungs-

wille nun, wie v. Savigny meint, auf das Gesetz des Erfüllungsortes gerichtet sein müsse, lässt sich keineswegs allgemein behaupten. Vielmehr scheint in Ermangelung besonderer Anhaltspunkte in der That die *lex loci contractus*, wie auch die Mehrheit der zweiten Commission für das Bürgerliche Gesetzbuch gemeint hat, wenigstens dann die angemessenste zu sein, wenn ein Vertrag zwischen Parteien verschiedener Nationalität geschlossen wird. Schliessen dagegen Angehörige einer und derselben Nationalität, die sich nur zufällig vielleicht auf einer Reise im Auslande zusammen befinden, einen Vertrag, so ist doch wohl ihr stillschweigender oder richtiger unbewusster Wille dahin zu ergänzen, dass das Recht ihres Staates massgebend sein soll: beispielsweise wenn zwei Deutsche auf einer Reise durch Frankreich einen Vertrag schliessen, wird in Ermangelung eines abweichenden ausdrücklichen Willens, zumal wenn der Vertrag in Deutschland erst erfüllt werden soll, ihre Unterwerfung unter das deutsche Privatrecht zu unterstellen sein. Es ist demnach keine abstrakte Regel für die Ermittlung des präsumtiven Willens aufzustellen; vielmehr kommt es, wie der Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuchs sehr richtig hervorhob, auf „die Umstände des Falls“ an, und nur subsidiär, wenn gar kein *praesumptio facti* zu begründen, wird man auf die *lex loci contractus* zurückgreifen, als auf das Gesetz, das principiell nach dem Territorialprincip alle in seinem räumlichen Geltungsgebiet geschehenen Rechtshandlungen beherrscht. Die Cession einer Forderung ist unabhängig von dem durch sie übertragenen Forderungsrecht selbst, als abstractes Rechtsgeschäft, gewissermassen *quasi-traditio*, also principiell weder von dem Recht des Domicils des Schuldners noch von dem Recht, das am Domicil des Cedenten gilt, abhängig, vielmehr ist m. E. auch hier der Ort, wo dieser einzelne Rechtsakt vorgenommen wird, in letzter Linie massgebend, falls nicht nach den Umständen des Falls ein abweichender präsumtiver Unterwerfungswille begründet werden kann. Dies gilt besonders für die etwaigen Formrequisite. Dagegen können selbstverständlich Gesetze, die am Orte des Schuldners gelten und gewisse Forderungen für uncessibel erklären, als Gesetze von zwingendem Charakter nicht durch Abschluss der Cession

in einem anderen Rechtsgebiete umgangen werden. Die Verjährung der Forderungen gilt nach ziemlich einstimmiger Meinung der bisherigen deutschen Theorie und Praxis als ein Institut des materiellen Rechtes und wird daher ihre Beurtheilung von der leider oft so zweifelhafte Frage, welchem Rechte die Obligation überhaupt unterzuordnen sei, abhängig gemacht. Mir persönlich erscheint die in der englischen und amerikanischen Jurisprudenz vorherrschende Meinung, dass sie als ein wesentlich processuales Institut zu gelten und von der *lex fori* abhängen müsse, aus praktischen Gründen den Vorzug zu verdienen. Auch wenn man das Institut der Verjährung nicht dem Prozessrecht einreihen will, sollte man seinen singulären rechtspolizeilichen Charakter nicht verkennen und es aus diesem Grunde zu den zwingenden Gesetzen zählen, für die allein die *lex fori* massgebend sein kann.

b) Von einem auch nur präsuntiven Unterwerfungswillen kann nicht die Rede sein bei den Delictsobligationen. Bei diesen, wie bei den ihnen hinsichtlich unserer Frage ganz gleichstehenden Obligationen *ex quasi contractu* und *quasi-delicto* ist nicht ein auf die Hervorbringung der Obligation gerichteter Parteiwille, — diesem wäre es gewiss lieber den Rechtsfolgen zu entgehen, — sondern das Gesetz der wesentliche Entstehungsgrund. Dagegen wird der secundäre Entstehungsgrund in allen diesen Fällen auf eine Handlung im weitesten Sinne, einschliesslich Unterlassungen, hinaus laufen. Man wird also zunächst den Ort der Handlung entscheiden lassen, wobei zum Begriff der Handlung zwecks Bestimmung des Thatorts nach herrschender Lehre auch die Wirkung zu rechnen ist. Zu beachten ist aber, dass dieser Grundsatz eine Einschränkung erleiden muss durch den zwingenden Charakter sowohl etwaiger positiver Gesetze über unerlaubte Handlungen als auch umgekehrt der sittlichen und rechtlichen Anschauungen, die negativ ein fremdes Gesetz über solche als ungerecht und verwerflich erscheinen lassen können. Aus letzterem Grunde hat das Einführungsgesetz, des im übrigen die *lex loci actus* stillschweigend als massgebend voraussetzt, in Art. 12 ausdrücklich bestimmt, dass aus einer im Auslande begangenen unerlaubten Handlung „nicht weitergehende

Ansprüche geltend gemacht werden können, als nach den deutschen Gesetzen begründet sind.“ Ob ein deutsches Gesetz sich auch auf im Auslande begangene unerlaubte Handlungen erstreckt, dies festzustellen, ist Sache der Gesetzesauslegung im Einzelnen.

Besonders zu behandeln sind hier schliesslich noch einige Verhältnisse und Institute des Familienrechts, die weil mehrere Personen dabei in Frage kommen oder weil der Gesichtspunkt des *ordre public* oder zwingenden Rechts vorwiegt, nicht einfach nach dem Personal-Statut zu bestimmen waren. Wenn ein Gesetzbuch, wie unser Bürgerliches § 1297 das Verlöbniß für unklagbar erklärt, so ist dies ein Grundsatz sittlichen, also zwingenden Charakters. Es kann daher auch aus einem im Auslande und selbst von Ausländern geschlossenen Verlöbniß im Inlande nicht geklagt werden. Im übrigen ist streitig; ob die Wirkungen des Verlöbnisses sich nach dem Recht am Ort des Abschlusses oder der beabsichtigten ehelichen Niederlassung¹⁾ oder nach den beiderseitigen Personalstatuten²⁾ bestimmen. Der letzteren Ansicht ist wohl der Vorzug zu geben und im Fall einer zwischen den beiderseitigen Personalstatuten (bei verschiedener Staatsangehörigkeit) sich ergebenden Collision zu Gunsten des verklagten Theils zu erkennen (z. B. wegen Verpflichtung zur Rückgabe von Brautgeschenken).

Die Ehemündigkeit, sowie sonstige Voraussetzungen der persönlichen Verhältnisse zur Eingehung einer Ehe, Verwandtschaftshindernisse, auch Einwilligung von Eltern, Behörden u. s. w. rechnet Art. 13 des Einf. Ges. zu den Personalstatuten und lässt demnach „in Ansehung eines jeden Verlobten die Gesetze des Staates“ entscheiden, dem er angehört. Allein auch hier ist der durch Art. 30 des Einf. Ges. besonders sanktionirte Grundsatz des diese Anwendung eventuell ausschliessenden zwingenden Rechtes wohl zu beachten. Daher ist z. B. zweifellos auch einem Mohamedaner die Eingehung einer Ehe mit einer Deutschen zu versagen, falls er schon verheirathet ist,

¹⁾ RG. XX, S. 334.

²⁾ v. Bar, I. 479.

und die trotzdem etwa geschlossene Ehe ist von deutschen Gerichten als nichtig zu behandeln.

Für das Ehescheidungsrecht nahm bislang die überwiegende Meinung an, dass aus seinem zwingenden Charakter die ausschliessliche Anwendung der *lex fori* sich ergebe.¹⁾ Anders hat sich grundsätzlich der Art. 17 des Einf. Ges. entschieden: die Gesetze des Staates sollen massgebend sein, dem der Ehemann zur Zeit der Erhebung der Klage angehört. Doch wird auch dieser Artikel durch den Art. 30 in der Praxis manche Einschränkung erfahren. Eine wichtige Einschränkung ist auch die durch Abs. 2 der Art. 17 gebotene Beschränkung derjenigen Scheidungsgründe, die in einer Zeit entstanden sind, als der Mann einem anderen Staate angehörte, als demjenigen, dem er zur Zeit der Klageerhebung angehört.

Die vermögensrechtlichen Folgen der Eheschliessung ordnet Art. 15 des Einführungs-Gesetzes den deutschen Gesetzen unter, wenn der Ehemann zur Zeit der Eheschliessung ein Deutscher war. Damit ist die bislang im gemeinen Recht in der Praxis befolgte Anwendung des Domicilprinzips, — Domicil der ersten ehelichen Niederlassung — für die Zukunft ausgeschlossen; offenbar setzt das Einführungs-Gesetz allgemein für das eheliche Güterrecht die Gesetze des Staates voraus, dem der Ehemann zur Zeit der Eheschliessung angehört; aber für den Fall, dass in einem ausländischen Staate auf diesem Rechtsgebiet dieselbe statutarische Verschiedenheit herrscht, wie bis dato in Deutschland, wird man doch auf das Domicilprincip zurückgreifen müssen. Ein Wechsel der Staatsangehörigkeit nach Eingehung der Ehe ist ohne Einfluss, ebenso wie bislang ein Wechsel des Domicils, da es sich hier um wohlerworbene Rechte handelt; — nur wird durch solchen Wechsel der Einfluss etwaiger die Vertragsfreiheit hemmenden Vorschriften des bis dahin massgebenden Rechts beseitigt, aus dem Grundsatz des Art. 30 (Art. 15, Abs. 2 a. E.)

Da das Einführungs-Gesetz allgemein von dem Grundsatz ausgeht, dass die Staatsangehörigkeit die Personalstatuten be-

¹⁾ RG. IX 191.

stimmt, so wurde noch eine Ergänzungsbestimmung nothwendig für den nicht unmöglichen Fall, dass eine Person keinem Staate angehört, vielleicht weil sie ihre frühere nach den Gesetzen über Erwerb und Verlust der Staatsangehörigkeit verloren und eine neue noch nicht wieder erworben hat. In solchen Fällen soll nach Art. 29 das Recht der früheren Nationalität fort dauern; falls die Person aber auch früher keinem Staate angehört hat, soll das Recht des Domicils, event. des Aufenthaltsorts (zu der massgebenden Zeit) angewandt werden.

Ein eigenthümliches Dilemma entsteht für das internationale Privatrecht dadurch, dass es nicht selten vorkommt, dass der auswärtige Staat, nach dessen Gesetzen nach den inländischen Bestimmungen über internationales Recht ein Recht oder Rechtsverhältniss zu beurtheilen ist, seinerseits dieses Recht oder Rechtsverhältniss dem inländischen (von seinem Standpunkt aus ausländischen) Gesetz zuweist, beispielsweise etwa weil sein positives internationales Recht in einem Falle das Domicilprincip oder die *lex loci contractus* zu Grunde legt, wo das diesseitige vom Nationalitätsprincip ausgeht. Dieses Dilemma der Rückverweisungen beseitigt Art. 18 des Einf. Ges., es soll in solchen Fällen das deutsche Gesetz angewendet werden. Man will dadurch einem negativen Conflict vorbeugen. Vollständig freilich werden solche negative, wie nicht minder positive Conflicte auch in Zukunft nicht zu umgehen sein. So kann es vorkommen, dass keiner der für einen Fall in Betracht kommenden Staaten ein Individuum als ihm zugehörig anerkennen will (negativer Conflict), oder auch, dass mehrere Staaten gleichzeitig ein Individuum als ihm zugehörig betrachten oder einen Anspruch desselben oder ein Rechtsverhältniss nach ihren materiell verschiedenen Gesetzen beurtheilen. Endgültig werden solche im einzelnen Fall für die dadurch betroffenen Personen sehr lästige Conflicte nur durch internationale Vereinbarungen zu lösen sein.

Ueberhaupt ist das internationale Privatrecht in befriedigender Weise nicht auf dem Wege einseitiger Gesetzgebung, sondern nur durch Staatsverträge zu lösen. Je mehr der Verkehr die Angehörigen der verschiedensten Staaten durcheinanderwürfelt, um so dringlicher erscheint die Einbe-

rufung eines allgemeinen Staatencongresses zur Vereinbarung eines die wichtigsten Grundsätze des internationalen Privatrechts feststellenden gemeinsamen Vertrages.

Bevor eine solche allgemeine Convention das positive internationale Privatrecht zu einem wahren Weltrecht gestaltet, wird unausbleiblich auch das völkerrechtliche Kampfmittel der Retorsion oder Wiedervergeltung einzelnen Staaten gegenüber, die den Ausländer unbillig behandeln, unentbehrlich. Daher behält der Art. 30 des Einf.-Ges. dem Reichskanzler vor, unter Zustimmung des Bundesraths anzuordnen, dass „gegen einen ausländischen Staat sowie dessen Angehörige und ihre Rechtsnachfolger ein Vergeltungsrecht zur Anwendung gebracht werde“; durch solche Anordnungen können also die in Vorstehenden entwickelten Grundsätze und positiven Satzungen im einzelnen Falle wieder ausser Kraft gesetzt werden.

Endemann ¹⁾ tadelt nicht mit Unrecht diesen Artikel deswegen, weil der vom Einführungs-Gesetz nur hinsichtlich der Beerbung von Ausländern, die in Deutschland wohnen, in Art. 25 befolgte Grundsatz der Gegenseitigkeit (Reciprocität) besser zur allgemeinen Voraussetzung der Anwendung fremdländischer Gesetze erhoben wäre. „Politisch weise ist es; nicht erst nach übelen Erfahrungen den Fremden zu entziehen, was ihnen nach den Reichsgesetzen gebührt: sondern die Vortheile der Anerkennung nur dem zu gewähren, der gleiche Anerkennung dem Deutschen in seinem Staate gewährleistet.“

Ueberhaupt kann die positive Regelung des internationalen Privatrechts im Einf.Ges. kein legislatives Lob beanspruchen; es wäre besser gewesen, mit dem ersten Entwurf diese ganze Materie unberührt zu lassen und sie lediglich unter Aufhebung der verschiedenen einschlägigen positiven landesgesetzlichen Vorschriften der Wissenschaft und Praxis zu überlassen. Denn letztere sind elastischer und anpassungsfähiger. Zur positiven Regelung berufen ist für diese, eigentlich zum Völkerrecht gehörige Materie, ausschliesslich der Staatsvertrag. Je mehr die einzelnen Staaten in Befolgung der oben von

¹⁾ Einführung in das Studium des B.G.B. S. 44.

uns als falsch gekennzeichneten Wächterschen Auffassung durch einseitige Regelung in dieses Rechtsgebiet eingreifen, um so grössere Schwierigkeiten erwachsen der internationalen Verständigung. Das Schlimmste ist noch, dass diese einseitige Gesetzgebung der einzelnen Staaten, — und dies gilt wieder ganz besonders von dem Einführungs-Gesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch, — immer nur sehr bruchstückweise verfahren. Indem z. B. das Einführungs-Gesetz grundsätzlich sich auf die Ordnung der Rechte und Rechtsverhältnisse deutscher Staatsangehöriger beschränkt und nach staats- und völkerrechtlichen Grundsätzen beschränken musste, entsteht ein sehr unerquickliches, wieder nur durch das möglicherweise auf ganz anderen Grundlagen argumentirende Recht der Wissenschaft auszufüllendes *vacuum*; schon der Versuch einer Darstellung des Gegenstandes, wie wir ihn hier leider nicht umgehen konnten, wird die durch diese fragmentarische Regelung erwachsene Unzufräglichkeit sehr fühlbar gemacht haben.

Zieht man nun noch in Betracht, dass die Normen des Einführungs-Gesetzes über internationales Privatrecht nicht gelten für die vielen Gebiete, die dem Landesrechte vorbehalten sind, so ist der durch das Einführungs-Gesetz geschaffene Zustand als ein höchst unerquicklicher zu bezeichnen.

Zweiter Abschnitt.

Allgemeine Theorie der Rechte.

§ 1.

Begriff und Natur des Rechts im subjectiven Sinne.

Literatur: v. Ihering, Geist des römischen Rechts Bd. 3 Abth. 1 § 60ff. Dernburg, Pandekten I § 39.

Die Begriffsbestimmung des Rechts im objectiven Sinne ist ziemlich einfach und unbestritten. Recht im objectiven Sinne ist die Summe aller Rechtsnormen. Dabei ist nur zu

beachten, dass nicht die geschriebenen Normen als solche, sondern die durch Staat und Gesellschaft gewährleistete Verwirklichung solcher, die eventuell durch Zwang gesicherte Ordnung des Gemeinlebens (vgl. S. 8 oben) das Wesen des objectiven Rechtes ausmacht. „Das Wesen des (objectiven) Rechts, was immerhin auch seine Aufgabe, sein Ziel, sein Inhalt sein möge, besteht in der Verwirklichung, die Voraussetzung dazu aber ist die Macht, das Organ und der Träger der Macht aber der Wille.“ (Ihering, a. a. O. S. 318). Insofern ist es nicht unrichtig, das objective Recht als einen „allgemeinen Willen“ zu bezeichnen.

I. Aber es wäre verfehlt, hieraus den Schluss zu ziehen, dass das Recht im subjectiven Sinne nun ebenfalls nichts anderes sei, als die durch diesen allgemeinen Willen gedeckte individuelle Willensmacht, das Recht im subjectiven Sinne zu definiren sei es als die Befugniss zu handeln, sei es als ein „Wollendürfen“ (Windscheid, Pand. 1 § 37. Puchta, Pand. § 22, § 118), oder (Kierulf, Civilrecht) als „concrete Einheit des Staats- und Einzelwillens.“ Die Verfehltheit dieser Definitionen lässt sich leicht darlegen. Zunächst kann bei einem unmündigen Kinde, einem Geisteskranken von einem Wollendürfen im rechtlichen Sinne, wie wir später sehen werden, nicht die Rede sein. Andererseits war z. B. der römische Sklave rechtlos, aber wohl willensfähig im rechtlichen Sinne, er konnte durch seine Handlungen unter Umständen seinen Herrn verpflichten. Vor allem aber liegt das Wesen vieler Rechte für das Subject, dem sie zukommen, viel weniger in einem positiven Wollendürfen, in der Ausübung einer Befugniss, dies oder das zu thun oder zu lassen, als vielmehr darin, den Willen Anderer zu beschränken, zu verlangen, dass sie nicht eingreifen in seine Rechtssphäre; man denke z. B. an das Recht auf körperliche Integrität, auf Ehre, oder auch nur an das Eigenthum und andere dingliche Rechte, auch an absolute Rechte, wie das des Urhebers geistiger Erzeugnisse. Es ist das Verdienst v. Iherings, die aus der Hegel'schen Rechtsphilosophie entsprungene formale Auffassung des Rechts im subjectiven Sinne als einer Willensmacht widerlegt und das substantielle Moment der subjectiven Rechte zur Geltung gebracht zu haben.

Das Recht im subjectiven Sinne ist ein Werthbegriff. Es gab bereits Rechte im subjectiven Sinne, bevor es eine allgemein anerkannte objective Rechtsordnung gab. In dieser vorgeschichtlichen Zeit beanspruchte und verwirklichte das Individuum als seine Rechte Alles, woran es ein hinreichendes Interesse nahm, um seine Willenskraft und Thatkraft, — Selbsthülfe war damals das einzige Schutzmittel der Rechte — gegen andere Willensmächte einzusetzen, soweit es dieses mit Erfolg vermochte. Interesse heisst gefühlsmässige Erkenntniss der Lebensbedingtheit durch subjective oder objective Umstände. Alles, was für uns ein Interesse hat, nennen wir ein Gut. Sofern wir vom Besitz solcher innerer oder äusserer Güter unser Leben — Leben hier ebenfalls im weitesten Sinne nicht als blosse Existenz, sondern als freiste Bethätigung des Daseinsgenusses genommen — für bedingt erkennen, sprechen wir von Lebensgütern. Ein solches Lebensgut braucht keineswegs ein greifbarer Gegenstand der Aussenwelt oder des Sinnengenusses zu sein, ein Lebensgut im eminentesten Sinne ist z. B. die Freiheit, die Ehre u. s. w.

Die Schaffung einer objectiven Rechtsordnung, die wichtigste Bedeutung des Staates nun läuft vor allem darauf hinaus, Jedem, auch dem zum eigenen willens- und thatkräftigen Schutz seiner Lebensgüter nicht genügend mächtigen Individuum eine gewisse Summe solcher Lebensgüter durch den Schutz des objectiven Rechts, d. h. der staatlichen Ordnung zu gewährleisten. In diesem Sinne können wir mit v. Ihering das Recht im subjectiven Sinne als ein staatlich geschütztes Interesse definiren. Dabei ist freilich zu beachten:

1. dass nicht der rein subjective Interessenmassstab, nicht die rein individuelle Werthschätzung, sondern die Werthschätzung, welche der allgemeine und dadurch objective Schätzungsmassstab deckt, ein Interesse des Schutzes der staatlichen Rechtsordnung theilhaft macht. Rechte sind nur diejenigen Interessen, die der Gesetzgeber für würdig erachtet, geschützt zu werden, nicht diejenigen, die er für unsinnig oder gar unsittlich hält, z. B. unsinnige Servituten (*servitus fundo utilis esse debet*), unsittliche Verträge. Daher reichen

die Rechte eines jeden Zeitalters nur soweit, als der Interessenhorizont seiner rechtbildenden Faktoren. Erst in unserer modernen Zeit konnten z. B. die Rechte des sog. geistigen Eigenthums, ja sogar Rechte an der Photographie u. s. w. zur allmählichen Anerkennung gelangen. Gerade an diesem objectiven Interessenmassstab erweist sich die Verfehltheit der Willens- theorie, das Recht ist nicht dazu da, ein Spielraum abstracter Willensfreiheit zu sein, die sich unter Umständen sogar zu einer selbstmörderischen Freiheit gestalten könnte. Vgl. S. 31 oben.

2. Das Interesse bildet den Zweck und die Voraussetzung des Rechts im subjectiven Sinne nur *in abstracto*, nicht *in concreto*. Ein concretes Interesse braucht in den meisten Fällen zur Erlangung des staatlichen Rechtsschutzes nicht nachgewiesen zu werden. (Allerdings fordert das Recht zuweilen auch diese Voraussetzung, z. B. im Fall der Feststellungsklage.)

3. Nichts wäre verfehlter, als den Begriff des Interesses mit dem des Geldinteresses zu identificiren, wie beispielsweise die bislang vorherrschende ganz falsch Theorie des Obligationenrechts (Puchta, Pand. § 220) L. 14 § 1 *D. de serv. corrupt.* 11, 3. l. 54 *D. mand.* 17. 1. Auch im Privatrecht, das daher sehr zu Unrecht vielfach mit Vermögensrecht verwechselt wird, kommen zahlreiche nicht auf Geld reducirbare Interessen zur Geltung.

Das substantielle Element des Rechts im subjectiven Sinne ist also die abstracte Möglichkeit eines Genusses; denn das Wesen eines „Guts“ besteht in der Möglichkeit seines Genusses. Die Form des Genusses kann sich verschieden gestalten. Einmal kann der Genuss mit dem Rechte selber gegeben sein, als dauernder Zustand, Freiheit, Ehre, negative Servituten. Sodann kann er ein jeweiliges Handeln voraussetzen; und diese Genussform kann wiederum sein eine reale, *uti, frui*, unmittelbare, oder eine ideale, juristische, letztere durch Verwerthung (mittels Kauf, Tausch, Miethe) entweder a) der Sache oder b) des Gebrauchs oder auch c) durch liberale Verwendung zu Gunsten Anderer.

Das formale Moment des Rechts im subjectiven Sinne

ist der von der objectiven Rechtsordnung gewährte Schutz. Solange dieser Schutz nur indirect durch öffentliche, sei es polizeiliche, sei es staatsrechtliche Verwaltungsmassregel gewährt wird, z. B. Schutzzölle, kann ebenfalls von einem Privatrecht keine Rede sein. Ein subjectives Privatrecht ist erst dann gegeben, wenn der Staat sei es durch Klage, sei es durch Gestattung der Selbsthilfe den Selbstschutz des fraglichen Interesses garantirt. Vgl. oben § 1 S. 2. Die privatrechtliche Klage ist die dem Individuum anheimgestellte Initiative zur Verwirklichung eines Rechts, ein staatlich bevormundetes Selbsthülfeverfahren. „Die Klage ist das Kriterium der Privatrechte“. (v. Ihering, Geist des röm. Rechts II. 2. § 61 S. 340).

II. Aus dem Begriffe des Rechts im subjectiven Sinne ergibt sich von selbst der Begriff des Rechtsverhältnisses. Rechtsverhältniss ist das durch das subjective Recht begründete Verhältniss zwischen dem Subject und einem Gegenstande (im weitesten Sinne) oder einem anderen Subject. Ein Rechtsverhältniss ist auch der Besitz. Nur mit dem Recht der Persönlichkeit und seinen unmittelbaren Abzweigungen ist kein Rechtsverhältniss verbunden. Dagegen vereinigt sich mit diesem sowie mit allen absoluten Rechten der Begriff des Rechtszustandes. Rechtszustand ist die durch das objective Recht bestimmte rechtliche Qualität (Zweckbestimmung) einer Person oder Sache. Siehe näheres unter III. Nicht zu verwechseln mit dem subjectiven Recht ist die Befugniss (Dispositionsbefugniss), ein Begriff, der keinerlei andere Bedeutung hat als Freiheit in der Wahl der Genussformen.

Dagegen ist als eine untaugliche Schöpfung Windscheids¹⁾ der zweifelhafte Begriff „Anspruch“ zu bezeichnen, der aber leider in die Terminologie des Bürgerlichen Gesetzbuchs übergegangen ist. Man soll darunter bald eine processualisch geltend gemachte Behauptung einer Leistungspflicht des Processgegners, bald wieder die gegenwärtige „Befugniss auf Thun oder Unterlassen“, ein Recht auf Leistung gegenüber einer gewissen Person oder gar (bei absoluten Rechten)

¹⁾ Windscheid, Die Actio des römischen Civilrechts 1856.

„gegen Niemanden nicht“ (Windscheid) d. h. gegen Jedermann verstehen, sich einer jeden Antastung zu enthalten. Der Begriff ist entweder identisch mit concreter Geltendmachung des subjectiven Rechts auf einen Gegenstand und überflüssig oder, wenn er an Stelle des römischen *actio* bezw. des subjectiven Rechts von seiner formalen Seite betrachtet treten soll, falsch bezeichnet. Nach dem deutschen Wortsinne charakterisiren sich, wie Dernburg, Pand. § 39, 3 richtig bemerkt, Ansprüche durch den Leistungsgegenstand, Rechte durch ihren Entstehungsgrund, und derselbe Anspruch kann auf verschiedenen Rechten im subjectiven Sinne beruhen, und umgekehrt können aus demselben Rechte im subjectiven Sinne verschiedene Ansprüche erwachsen. (Anspruch auf Schadensersatz bei Concurrenz der *actio legis Aquiliae* und *actio locati*, Ansprüche auf Rückgewähr und Schadensersatz aus dem *interdict. unde vi*.)

III. Die Wirkungen der Rechte sind entweder active oder passive. (Vgl. v. Ihering, Jahrb. f. Dogmatik X. S. 387 ff.)

1. Die active Wirkung besteht darin, dass das Subject in die Lage versetzt wird, die Macht, die ihm das Recht gewährt, in seinem Interesse auszubeuten. Nach altrömischer Auffassung war diese active Seite des Rechts eine persönliche Qualification, ein von der Person untrennbares Prädicat, daher an sich unübertragbar. Nur auf Umwegen konnte die Ausübung übertragen werden (z. B. Cession galt nicht als Uebertragung der Forderung, sondern als eine Art der Stellvertretung).

Im modernen Recht gilt das Recht im subjectiven Sinne nach seiner activen Seite hin als ein ideales Object, als *res incorporalis* und ist daher der Regel übertragbar. Unübertragbar sind jedoch auch jetzt noch Familienrechte, auch das Recht der Mitgliedschaft bei einem Verein.¹⁾

Uebrigens kennen wir sogar subjective Rechte, die im Interesse ihrer Circulationsfähigkeit nicht an die individuell bestimmte Person geknüpft sind, sondern an Voraussetzungen bestimmter Art, die ihre Subjecte wechseln können; ein Bei-

¹⁾ § 38 B.G.B.

spiel dieser Art von subjectiven Rechte bildete schon im römischen Recht die Prädialservitut; die aktive Seite des Rechts wechselte hier mit dem Besitz eines Grundstücks; heutzutage gehören hierher vor allem die Rechte aus Inhaberpapieren.

2. Die passive Wirkung kommt nur bei relativen Rechten vor und besteht in der Gebundenheit des Gegenstandes an eine dem activen Rechte entsprechende Zweckbestimmung.

Udenkbar ist natürlich der Begriff eines subjectlosen Rechtes, obwohl Windscheid, Pand. I § 49 solche Rechte annimmt. Wohl ist es möglich, dass die passive Wirkung eines Rechtes nach Erlöschen der activen Wirkung fortbestehen kann als eine (passive) Gebundenheit eines Gegenstandes für zukünftige menschliche Zwecke. Hierauf beruht die Möglichkeit, dass ein in einer Person erloschenes Recht in einer anderen mit gleichem Inhalt wieder auflebt. Wenn das *praedium dominans* derelinquirt ist, lebt die Servitut bei neuer Occupation für den Eigenthümer wieder auf; ebenso kann der Occupant die Rechte aus derelinquirten Inhaberpapieren geltend machen.¹⁾

Diese passive Gebundenheit eines Gegenstandes oder einer Person kann auch das eigenthümliche zwischen Sein und Nichtsein schwebende werdende Recht oder Rechtsverhältniss schützen. So ist z. B. eine (suspensiv) bedingte Forderung noch nicht existent, das Recht ist „noch in der Schweben“; gleichwohl darf der eventuelle Schuldner seine Entstehung nicht wider Treu und Glauben vereiteln, l. 161. *D. de reg. jur.* 50, 17. l. 24 *D. de cond. et dem.* 35, 1. Er ist passiv gebunden.

Auch die Regel: *nasciturus pro jam nato habetur, quotiens de commodis ejus agitur* lässt sich, wenn man dem keimenden Leben noch keine Rechtssubjectivität beilegen will, aus dem Gesichtspunkt der passiven Gebundenheit verständlich machen.

Ferner ist nach römischem Recht der Ehemann zwar Eigenthümer der Dotalsachen, aber sein Eigenthum ist zu Gunsten der nach Auflösung der Ehe wieder in volle Wirksamkeit

¹⁾ Ein interessantes anderes Beispiel siehe weiter unten § 3. (Wiederaufleben einer Ehe bei Anfechtung der später geschlossenen, nach Todeserklärung des ersten Ehegatten.)

tretenden Rechte der Frau passiv gebunden, z. B. durch das Veräußerungsverbot das *fundus dotalis*.

§ 2.

Das Rechtssubject. Recht der Persönlichkeit. Rechtsfähigkeit und Handlungsfähigkeit.

1. Aus dem im vorigen Paragraphen entwickelten Begriffe des Rechts im subjectiven Sinne ergibt sich von selbst der Begriff des Rechtssubjects. Rechtssubject ist eben jedes Wesen, das als Träger staatlicher geschützter Interessen, als Theilhaber von Rechtsgütern, d. h. von Lebensgütern, deren Schutz die jeweilige Rechtsordnung gewährleistet, in Betracht kommen kann. Da das subjective Recht das objective Recht voraussetzt, so ergibt sich zugleich die positive Natur dieses Begriffes. Welcher Art dieses Wesen sein müsse, ob z. B. jeder Mensch als Rechtssubject zu gelten hat oder nicht, ob auch Thiere oder gar Sachen oder auch künstlich geschaffene Gedankendinge, imaginäre Wesen als Rechtssubjecte anzusehen sind, ist Sache der positiven Gesetzgebung. Die Rechtsgeschichte zeigt uns, dass nicht immer alle Menschen als mögliche Träger von Rechten gegolten haben. Denn Sklaverei ist nichts anderes als Verneinung der Rechtssubjectivität. Umgekehrt werden wir auch im heutigen Rechte unter den sog. juristischen Personen auf imaginäre Wesen stossen, denen das positive Recht Rechtssubjectivität beilegt, wie das römische Recht seiner Zeit imaginären Wesen, z. B. den einzelnen Göttern subjective Rechte zuerkannte.¹⁾

Ein Wesen als Rechtssubject anerkennen heisst nichts

¹⁾ Anders liegt die Sache für die Rechtsphilosophie d. h. die Theorie vom Rechte, wie es sein soll, nicht wie es ist. Hier mag die Frage erörtert werden, ob alle Menschen als Rechtssubjecte anzuerkennen sind, ob die Sklaverei, der „bürgerliche Tod“ zu verwerfen ist oder nicht, hier mag auch erörtert werden, ob auch der noch Ungeborene oder der Verstorbene, ob eventuell auch Thiere als Rechtssubjecte anzuerkennen sein sollten oder nicht; hierher gehört meines Erachtens auch die vielfach Unrecht in den Systemen des Privatrechts eingehend discutierte Frage nach der Zulässigkeit der Rechtsfähigkeit bloss imaginärer Wesen, der „juristischen Personen“.

anderes als es in juristischer Hinsicht als Selbstzweck anerkennen, d. h. es aus der Reihe der blossen Objecte, der als Mittel, als Daseinsbedingungen für Andere geltenden Gegenstände zum Subject, zu einem für sich Seienden erheben! Synonym mit Rechtssubjectivität ist das Wort Persönlichkeit geworden. Man bezeichnet daher auch die allgemeine Fähigkeit, Träger von subjectiven Rechten zu sein, als Recht der Persönlichkeit, welches somit das juristische Unrecht im subjectiven Sinne ist. Denn der Mensch als Selbstzweck gedacht heisst Person.

Die Person ist Träger des subjectiven Rechts d. h. das Recht ist ihretwegen da; die Interessen, die Zwecke der Person sollen durch das Recht gesichert und geschützt werden, und zwar gilt das (subjective) Recht als eine Eigenschaft, als Qualität der Person. Diese Eigenschaft der Person als Rechtsträgers ist wohl zu unterscheiden von derjenigen als Destinatärs des Rechts. Beide können auseinanderfallen, es kann die eine Person Rechtsträger, die andere Destinatär des Rechts sein d. h. das Recht soll ihrem Vortheil, ihrem materiellen oder ethischen Wohle dienen. Ein solches Beispiel des Auseinanderfallens des Destinatärs und Rechtsträgers bietet einmal die *fiducia*, sodann die juristische Person, bei der wir darauf zurückkommen werden.

Regelmässig ist endlich auch die Person Disponent des Rechts d. h. ihr steht es zu, das Recht geltend zu machen oder aufzugeben. Eine Ausnahme macht jedoch zunächst das Recht der Persönlichkeit selbst, sowie andere unverzichtbare Rechte, vgl. S. 31 oben.

Von der Persönlichkeit oder Rechtssubjectivität möchten wir aber unterscheiden die Rechtsfähigkeit, obwohl auch dieser Begriff meistens mit der Rechtssubjectivität identificirt wird (auch im Bürgerlichen Gesetzbuch). In der Persönlichkeit sind keine Stufen denkbar, wohl aber in der Rechtsfähigkeit. Vor allem ist es möglich, dass ein positives Recht einen grossen Unterschied macht zwischen der Fähigkeit, Träger von öffentlichen, politischen Rechten und von blossen Privatrechten zu sein. Zur Zeit noch entbehrt die grössere Hälfte der Menschheit, das weibliche Geschlecht, fast jeglicher

Rechtsfähigkeit in activ politischer Hinsicht. Hier haben wir uns freilich nur mit den Privatrechtsfähigkeit zu beschäftigen.

Das gemeine römische Recht, wie es sich nach der Reception des römischen Rechts durch die moderne Entwicklung gestaltet hat, erkennt die Privatrechtsfähigkeit aller Menschen an.

Die Frage aber, von welchem Augenblicke an der Mensch als für sich seiendes Wesen zu gelten habe, entscheidet man durch den Satz, dass die Leibesfrucht noch ein untrennbarer organischer Theil der Mutter, *portio viscerum*¹⁾ sei, dahin, dass die Privatrechtsfähigkeit des Menschen erst mit der Geburt beginne.

Geburt ist vollständige Trennung vom Mutterleibe.

Wie diese Trennung geschehen, ob natürlich oder gewaltsam, ist gleichgültig.²⁾ Nur muss das Kind lebend zur Welt kommen. Nicht nöthig ist aber, wie dies einzelne ältere deutsche Particularrechte, dass es ein äusserliches Lebenszeichen etwa durch Schreien von sich gebe, „die vier Wände beschrieen habe“. Das Gegentheil beweist die *cit. l. 12*. Heutzutage ist es leicht für den medizinischen Sachverständigen festzustellen, ob ein Kind auch nur einige Minuten nach der Geburt gelebt hat oder nicht (Lungenprobe). Hat es auch nur für Augenblicke getrennt vom Mutterleibe gelebt, so ist ein Rechtssubject vorhanden gewesen, das Rechte erwerben konnte, eine zumal für die Gestaltung erbrechtlicher Verhältnisse oft sehr erhebliche Thatsache.

Uebrigens kann vom Standpunkte unserer Definition der Rechte im subjectiven Sinne die Frage, ob die Rechtspersönlichkeit des Menschen wirklich erst mit der Geburt und nicht schon mit der Empfängniss beginne, ungeachtet des eben gegebenen zunächst einleuchtenden Grundsatzes gewissen Bedenken unterliegen. Einmal steht es fest, dass wie schon im römischen Recht (*l. 39 D. de poenis 48, 19. l. 38 § 5*

¹⁾ *l. 111 D. de insp. ventre 25, 4.*

²⁾ *L. 12 D. de liberis et postumis XXVIII. 2: natum accipe et si exsecto ventre editus sit: nam et hic rumpit testamentum. — Quid tamen, si non integrum animal editum sit, cum spiritu tamen, an adhuc testamentum rumpat? et tamen rumpit. (Ulpian libro IX. ad Sabinum.)*

D. de mortuis infer. XI, 8. l. 18 *D. de statu hominum* I, 5¹⁾ so auch im jetzigen Strafrecht, §§ 218—220 St.G.B., das keimende Leben criminell geschützt wird. Aber auch privatrechtlich werden die Interessen des concipierten, aber noch ungeborenen Wesens geschützt, er kann als schon *in rerum natura* vorhanden zum Erben eingesetzt werden; da es ungewiss ist, wie viel geboren werden, sollen zur Wahrung der Intestaterbrechte drei Erbtheile zurückbehalten werden,²⁾ indem man die Möglichkeit, dass noch mehr als Drillinge geboren werden als zu unwahrscheinlich für das Recht ausser Acht liess.³⁾ Ja, es kann ihm ein Curator ernannt werden.⁴⁾

Allgemein wird daher die Regel aufgestellt: *nasciturus pro jam nato habetur quotiens de commodis ejus agitur* l. 7 *D. de statu hominum* 5. 1. — Alles dies für eine bloss dogmatische Fiction zu erklären ist keine Erklärung. Vielmehr hat Rudorff nicht mit Unrecht daraus den Schluss gezogen, dass der ungeborenen Leibesfrucht in gewissem Sinne doch die Rechtsfähigkeit nicht abzusprechen ist; nur widersteht es unserem natürlichen Gefühl, sie schon als Person zu betrachten.

Der Natur der Sache nach liegt nichts Unlogisches in der Annahme, sofern nur berücksichtigt wird, dass diese Rechtsfähigkeit wie die Persönlichkeit eine bedingte ist, bedingt durch die nachfolgende Geburt zum Leben. Es handelt sich eben um eine werdende Persönlichkeit, und das Recht kann die Kategorie des Werdens, des Uebergangs vom Nichtsein zum Sein so wenig leugnen und unbeachtet wie die Metaphysik und Ontologie. Es wäre ganz verfehlt zu behaupten, es wollte hier nicht die Interessen des keimenden Lebens selber schützen, sondern nur öffentliche Interessen (Sittlichkeit u. s. w.) wahrnehmen; offenbar ist es das werdende Indi-

¹⁾ Die Vollziehung von Leibesstrafen ist aufzuschieben gegen eine Schwangere bis nach der Geburt.

²⁾ l. 3 § 9 l. 6 l. 7. *D. de suis et legitimis* 38. 16.

³⁾ l. 3 *D. si pars hered.* 5. 4: — τὸ γὰρ ἀπαξ ἢ δις, ut ait Theophrastus, παραβαίνειν οἱ νόμοιται.

⁴⁾ l. 1 § 17 *D. h. t.* 37. 9. B.G.B. § 1912.

viduum, dessen Interessenschutz sowohl das Strafrecht wie das Civilrecht hier in erster Linie bezweckt.¹⁾

Auch das Bürgerliche Gesetzbuch, das in seinem § 1 dem Pandektenrechte folgend die „Rechtsfähigkeit des Menschen mit der Vollendung der Geburt beginnen“ lässt,²⁾ hat sich dieser Anerkennung der bedingten Rechtsfähigkeit des Angeborenen nicht entziehen können: nach § 1923 „gilt, wer zur Zeit eines Erbfalls noch nicht lebte, aber bereits erzeugt war, als vor dem Erbfall geboren“; nach §§ 2101, 2178 kann sogar der noch nicht erzeugte zum Erben eingesetzt und mit einem Vermächtniss bedacht werden, die Einsetzung oder das Vermächtniss gilt als suspensiv bedingt durch die Geburt, mit welcher der Anfall erfolgt (§ 2179) (§ 2106). Der Anfall wird in seinen rechtlichen Wirkungen auf die Zeit des Erbfalls zurückdatirt.

Wegen Ungewissheit der Geburt der Zahl nach hat man von der Regel der *l. 3 D. 5, 4* Abstand genommen und in § 2043 die Auseinandersetzung bis zur Hebung der Unbestimmtheit überhaupt ausgeschlossen. Im § 844 wird dem noch Ungeborenen, aber zur Zeit der Verletzung Erzeugten ein Anspruch auf Schadensersatz gewährleistet gegen Jeden, der eine Person durch unerlaubte Handlung tötet, die für den Fall seiner Geburt zu seinem Unterhalt verpflichtet gewesen wäre; der Verletzer muss ihm nach der Geburt durch Entrichtung einer Geldrente insoweit Schadensersatz leisten, als der Getödtete während der muthmasslichen Dauer seines Lebens zur Gewährung des Unterhalts verpflichtet gewesen wäre.

¹⁾ Anderer Ansicht Adamkiewicz, der Rechtbegriff der Curatel. Heymann 1892. S. 57 ff., 204 ff.

²⁾ Es wäre gewiss besser gewesen, diesen doctrinären Satz wegzulassen oder sich darauf zu beschränken, die Rechtsfähigkeit jedem Menschen beizulegen. Vergl. Hölder, Archiv f. civilist. Praxis Bd. 73 S. 20; — „so wäre die Berücksichtigung des in der Entstehung begriffenen Menschen als einer in der Entstehung begriffenen Person vollständig offen gelassen und jeder falsche Schluss von der Geburt als dem Anfangspunkte der Rechtsfähigkeit auf die rechtliche Bedeutungslosigkeit des *nasciturus* ausgeschlossen“.

Im übrigen vergleiche man zur juristischen Construction dieser bedingten Rechtswirkungen die Lehre von der passiven Gebundenheit § 1 S. 73 oben.

Schon bemerkt ist, dass auch das noch so kurze Zeit nach der Geburt wieder verstorbene Kind als Rechtssubject in den Vollbesitz aller bedingt seiner wartenden Rechte gelangt ist.

Diese Behauptung führt aber auf die Streitfrage, ob das Kind lebensfähig gewesen sein müsse oder nicht, um Rechte zu erwerben (Vitalität). Nach römischem Rechte kommt es zweifellos bei einem nach dem vollendeten sechsten Monate der Schwangerschaft geborenen nicht darauf, an ob das Kind nach der Geburt in Folge einer ihm anhaftenden natürlichen Schwäche oder auch organischen Krankheit oder eines erst hinzukommenden äusseren Umstandes, durch erworbene Krankheit oder falsche Behandlung u. s. w. gestorben ist. In diesem Sinne ist Lebensfähigkeit zweifellos nicht Voraussetzung der Privatrechtsfähigkeit. Dagegen ist nicht zu bestreiten, dass die vor dem siebenten Monat der Schwangerschaft eintretende Geburt nicht als Geburt, sondern als Fehlgeburt (*abortus*) galt. Man stützte diese Absicht auf die Physiologie, wie sie bereits von den Pythagoräern (allerdings mit Hinsicht auf deren Zahlenmystik) gelehrt wurde. Vgl. Pauli, *sententiae recept.* IV, Tit. 9 § 5.¹⁾

Insofern hält Wächter, Pand. I § 40²⁾ mit Recht gegen Savigny, System II Beil. III S. 385—413, an dem Erforderniss der Vitalität fest, und nichts anderes meint auch wohl Dernburg, Pand. I § 50: „Das Kind muss vital oder lebensfähig sein — *partus perfectus* — d. h. mindestens nothdürftig ausgetragen sein, was angenommen wird, wenn es sich sechs Monate im Mutterleibe befand.“

Dagegen ist nach dem Pandektenrecht eine weitere Anforderung an die Vitalität nicht zu stellen,

¹⁾ *Septimo mense natus matri prodest: ratio enim Pythagoraei numeri hoc videtur admittere, ut aut septimo pleno aut decimo mense partus maturior videatur.*

²⁾ Vergl. auch Wächter, *de partu vivo non vitali Partt.* Lips. 1863—66.

man würde damit, da Lebensfähigkeit ein sehr unsicherer, relativer Begriff ist, eine sehr bedenkliche, unpraktikable Voraussetzung für die Rechtsfähigkeit aufstellen und die sichere Rechtsanwendung gefährden.

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat die Streitfrage nicht ausdrücklich entschieden. Allerdings meinen die Motive, es möge „Manches für die innere Berechtigung jenes Erfordernisses sprechen“. Abgesehen von dem Fall der eigentlichen Fehlgeburt (*abortus*) vermögen wir eine innere Berechtigung des Erfordernisses der Vitalität nicht zu erkennen. Für die Frage aber, ob eine Geburt — eine solche fordert § 1 der B.G.B. — oder eine Fehlgeburt (*abortus*) vorliegt, ist nicht mehr die römische Präsuntion, sondern ein im einzelnen Falle zu erhebendes sachverständiges Gutachten entscheidend. Dem Mediziner wird dabei die Frage vorzulegen sein, ob die, auf welche Weise immer vom Mutterleibe getrennte zunächst lebende Leibesfrucht bereits im Besitz aller zur Lebensfähigkeit absolut erforderlichen Organe war oder ob sie den hierzu nöthigen embryonalen Entwicklungsprocess noch nicht abgeschlossen hatte. Im grossen und ganzen soll dies allerdings erst nach Ablauf des sechsten Monats der Fall sein.

Rechtsfähigkeit wird nur dem Menschen zuerkannt; sofern also es möglich sein sollte, was die moderne Naturwissenschaft zwar entschieden bestreitet, dass nicht nothwendig ein menschliches Wesen durch die Geburt hervorgebracht würde, sondern ein *monstrum*, ein auf keinen Fall zur *Species homin sapiens* zu rechnendes Geschöpf, — etwa in Folge verbrecherischer Bestalität, — würden wir auch nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch diesem Product die Rechtsfähigkeit absprechen. Im übrigen war eine blossе Missgeburt, ein abnorm gebildetes, aber immerhin noch menschliches Wesen auch nach der römischen Auffassung rechtsfähig (Pauli, *sent. rec.* IV 9 § 4) und ist es zweifellos nach dem B.G.B. Die Motive verstehen augenscheinlich unter *monstrum* eine blossе Missgeburt in letzterem Sinne, wenn sie I S. 29 schreiben: „Das B.G.B. übergeht das Monstrum in dem Sinne, das dasselbe bei Vorhandensein der sonstigen Erfordernisse von der Rechtsfähigkeit nicht ausgeschlossen ist.“ Andernfalls würde ihre

Meinung dem Wortlaut des § 1 gegenüber unmassgeblich sein. Ein wirkliches Monstrum ist eben kein Mensch.

2. Die Rechtsfähigkeit ist selbst ein Recht und zwar das angeborene Urrecht der Person, zugleich die Voraussetzung aller anderen Rechte. Mit Hinweis auf letzteres hat man ihr den Charakter eines subjectiven Rechts vielfach absprechen wollen. Allein das eine widerstreitet nicht dem anderen, ein Recht kann als solches sehr wohl die Voraussetzung anderer Rechte sein, z. B. die Forderung ist (nach römischem Recht) Voraussetzung des Pfandrechts. Eben aus der möglichen Negation des Rechts der Persönlichkeit durch die Sklaverei ergibt sich, dass es ein Recht ist. Allerdings hat eine Analyse des Rechts der Persönlichkeit mehr Interesse für die Rechtsphilosophie, als für das Privatrecht. Immerhin kannte das römische Recht einige Civilklagen, die speziell seinem Schutze dienten. Zunächst die Präjudizialklage auf Anerkennung dieses Rechts selber, die *actio praejudicialis de statu*. Die praktische Bedeutung derselben ist bei uns gering, wenn auch die Möglichkeit immer noch gegeben sein mag, dass ein ausländischer Sklave auf deutschem Boden seinem vermeintlichen Eigenthümer gegenüber eine analoge Feststellungsklage anstellte. Sodann diene vorzüglich zum Schutze des Rechts der Persönlichkeit die *actio injuriarum*.

Injuria im Sinne des Pandektenrechts ist keineswegs lediglich die Beleidigung im modernen strafrechtlichen Sinne; im weiteren Sinne ist *injuria* jede Verletzung der gesammten Rechtsstellung der Person, und der Schutz der *actio injuriarum* dehnt sich über das gesammte Rechtsgebiet des Privatrechts aus; diese Klage ist, wie v. Ihering nachgewiesen hat, gegen jede frivole d. h. bewusste Rechtsverletzung, in der sich eine Missachtung des Rechts der Persönlichkeit ausspricht, gegeben und hat einen subsidiären Charakter. So dient sie vor allem zum Schutze des Gemeingebrauchs, *usus publicus* l. 13 § 7 D. 47, 10 ¹⁾ aber auch zur Ergänzung des Eigenthumsschutzes, des

¹⁾ *Si quis me prohibeat in mari piscari vel everriculum ducere, an injuriarum judicio possim eum convenire. Sunt qui putent injuriarum me posse agere et ita Pomponius et plerique esse huic similem eum, qui*

Besitzesschutzes, *l. 25 D. de act. empti* 19, 1 *l. 24 D. de injur.* 47, 10 *l. 5 § 4 D. h.* 1. 47, 10, zur Ergänzung der *actio legis Aquiliae l. 27 § 28 ad leg. Aqu.* 9, 2.

Das Bürgerliche Gesetzbuch lässt eine derartige allgemeine Klage zum Schutz des Rechts der Persönlichkeit als solcher leider vermissen, dieser Rechtsschutz ist heutzutage zum grösseren Theil dem Strafrecht und der Polizeiverwaltung überwiesen; es gehören aber hierher die §§ 12, 1004, 1065, 1227.

3. Von der Rechtsfähigkeit ist wohl zu unterscheiden die Handlungsfähigkeit d. h. die civilrechtliche Zurechnungsfähigkeit, nicht bloss die Fähigkeit, durch positive Willens-thätigkeit rechtliche Wirkungen hervorzurufen, sondern auch negativ durch Unterlassungen verantwortlich zu werden.

Man unterscheidet bei ihr neuerdings Geschäftsfähigkeit und Delictsfähigkeit, und versteht unter ersterer ausschliesslich die Fähigkeit zum Abschluss von Rechtsgeschäften.

Das moderne Recht kennt keine generelle Stufen innerhalb der privatrechtlichen Rechtsfähigkeit, wie beispielsweise das antik-römische mit seiner Eintheilung der Freien in a) *ingenui*, b) *libertini*, α) *cives Romani*, β) *Latini Iuniani*, γ) *dedicii* und der Unterscheidung des *status libertatis, civitatis, familiae*. Letztere Unterscheidung beruhte auf der Uridee, dass Jemand ein Recht hatte nur im Kreise seiner Genossen; Trennung von dieser Genossenschaft war Verlust der Rechtsfähigkeit. Da man die Rechtsfähigkeit auch als *caput* bezeichnete, gab es demgemäss eine *capitis deminutio maxima, media* und *minima*.

Wohl aber kennt das Pandektenrecht und auch das Bürgerliche Gesetzbuch noch gewisse Beschränkungen der Privatrechtsfähigkeit. Zunächst ist hierfür das Geschlecht erheblich. Allerdings sind nach *l. 1 D. de V. S.* 50, 16¹⁾ im Zweifel die Rechtssätze für beide Geschlechter bestimmt.

in publicum lavare vel in cavea publica sedere vel in quo alio loco agere sedere conversari non patitur, aut si quis re mea uti me non permittat etc.

¹⁾ *Verbum hoc, si quis, tam masculos quam feminas complectitur,*

Nach Pandektenrecht sind aber Frauen unfähig zur Bürgerschaft im weitesten Sinne (*Intercession*, S.C. *Vellejanum*) zur *patria potestas*, zur Vormundschaft (mit einer Ausnahme: Mütter und Grossmütter über ihre Kinder und Enkel) und zum Solennitätszeugniss. Das Bürgerliche Gesetzbuch hat davon beseitigt die Beschränkung in Ansehung der *Intercession*, aber abgesehen von seinen tief eingreifenden indirecten Beschränkungen der Frau durch das Ehe- und Familienrecht noch aufrecht erhalten Beschränkungen in Ansehung der elterlichen Gewalt (§§ 1684 ff.), der Vormundschaft (§ 1783) und der Fähigkeit, Solennitätszeuge bei der Eheschliessung (§ 1318) und beim Testament (§ 2237) zu sein.

Das religiöse Bekenntniss begründet keinen Unterschied mehr in der Rechtsfähigkeit, ebenso wenig die Ausländerqualität.

Eine wichtige Privatrechtsbeschränkung, die sich aus dem Berufsstande ergibt, verdient aber hier hervorgehoben zu werden, obwohl sie weder dem Pandektenrecht noch dem Bürgerlichen Gesetzbuch, sondern dem Reichscivilrecht angehört.

Es ist dies die durch § 95 des Unfallversicherungsgesetzes eingeführte Beschränkung aller der nach Massgabe dieses Gesetzes versicherten Personen und deren Hinterbliebenen hinsichtlich der aus dem gemeinen Rechte sich ergebenden Schadensersatzansprüche. Sie können solche gegen Betriebsunternehmer, deren Bevollmächtigte und Repräsentanten, Betriebs- oder Arbeiteraufseher nur geltend machen, sofern durch strafgerichtliches Urtheil festgestellt ist, dass sie den Unfall vorsätzlich herbeigeführt haben. Das Einf.Ges. zum B.G.B. hat diese exorbitante, sich weder aus Gründen der Zweckmässigkeit noch des öffentlichen Wohles rechtfertigende Singularität ausdrücklich aufrecht erhalten. Wenn z. B. ein Eisenbahnunfall geschieht, so können die Hinterbliebenen der Reisenden, die dabei getödtet sind, aus dem Haftpflichtgesetz auf vollen Schadensersatz klagen, die Hinterbliebenen der Schaffner und sonstigen versicherungspflichtigen Beamten können aber selbst gegen den etwaigen fahrlässigen Verursacher des Unfalls keinen Anspruch erheben, vielmehr höchstens $\frac{2}{3}$

des wirklich erlittenen Schadens von der Berufsgenossenschaft im Verwaltungswege erstreiten. Man bezeichnet als Motiv dieser Singularität eine „sozialrechtliche Compensation“. *Durabit, quantum Deo placebit*, würde Azo sagen.

4. Rechtsfähigkeit und Handlungsfähigkeit sind nicht bloss *privati*, sondern *publici juris* d. h. man kann sich ihrer durch Privatübereinkunft weder ganz noch theilweise begeben.¹⁾ Wichtig ist dies, wie bereits in § 5 hervorgehoben, auch besonders für das internationale Privatrecht.

§ 3.

Das Ende der Persönlichkeit. Lebensvermuthung und Todeserklärung. Vermuthung früheren Todes. Beurkundung des Personenstandes.

I. Wie die Geburt den natürlichen Anfang, so bildet der Tod das natürliche Ende der rechtlichen Persönlichkeit; das Recht kennt nicht, wie die Religion oder Philosophie, eine Unsterblichkeit des Individuums.²⁾ Das alte römische Recht kannte aber eine künstliche Aufhebung der rechtlichen Persönlichkeit durch die *capitis deminutio maxima*, wie auch das deutsche Recht die „Friedlosigkeit“ als vollkommene Zerstörung der Rechtspersönlichkeit (Gierke, Privatrecht 364) und das französische Recht bis 1854 einen sogenannten bürgerlichen d. h. fingirten Tod kannte. Dem gemeinen Recht ist diese künstliche Aufhebung der Rechtsfähigkeit, wie jegliche *deminutio capitis* fremd. Auch kennt das gemeine Recht weder eine Vermuthung des Lebens noch des Todes einer Person; Leben und Tod eines Menschen hat zu beweisen, wer Rechte darauf stützt. Dagegen stellten zunächst die Glossatoren eine sogenannte Lebenspräsumtion auf, indem sie die vermuthlich erreichte

¹⁾ R.G. IV S. 162.

²⁾ Allerdings hat man eine solche im Erbrecht construiren wollen, indem man (Unger, System I S. 218 Puchta, Pand. § 446, Neuner, Rechtsverh. S. 93) dieses als die Fortsetzung der vermögensrechtlichen Persönlichkeit durch den Erben construirte. Geistreich verspottet diese Auffassung v. Jhering, Scherz u. Ernst S. 30. ff. Wir werden beim Erbrecht darauf zurückkommen.

Altersgrenze auf 100 Jahre ansetzten; die spätere Praxis (seit dem 17. Jahrhundert) verkürzte diese Zeit unter Berufung auf den 90. Psalm auf 70 Jahre.

II. Aber auch diese Lebenspräsumtion wurde nach richtiger Ansicht aufgegeben ¹⁾ oder vielmehr nur negativ dahin beschränkt, dass ein Verschollener nach dem 70. Lebensjahre als nicht mehr lebend vermuthet wurde, nicht aber positiv vermuthet wurde, dass er bis dahin gelebt habe.

Um übrigens den Beweis der Thatsache des Todes unter schwierigen Verhältnissen zu erleichtern, bildete sich gewohnheitsrechtlich das Institut der gerichtlichen Todeserklärung aus. ²⁾ Die erste Voraussetzung der Todeserklärung ist Verschollenheit d. h. eine qualificirte Abwesenheit, eine Abwesenheit, bei der seit längerer Zeit jede Nachricht von oder über den Verschollenen ausgeblieben ist, so dass man nicht mehr weiss, ob er noch lebt und wo er lebt. Hinsichtlich der Dauer der Verschollenheit bestanden zwei Systeme, das sächsische und schlesische: nach ersterem konnte man den Antrag auf gerichtliche Todeserklärung erst stellen, wenn der Verschollene das siebenzigste Lebensjahr vollendet haben würde, nach letzterem, wenn seit der letzten Nachricht 30 Jahre verflossen waren; spätere Partikularrechte, z. B. das preussische Allgemeine Landrecht verkürzte diese Zeit auf 10 Jahre. Die zweite Voraussetzung war eine auf Antrag vom zuständigen Gerichte, d. h. vom Gerichte des letzten inländischen Wohnortes erlassene Edictalladung, eine öffentliche Aufforderung an den Verschollenen sowie an Dritte, die etwa von dessen Leben Kunde haben, dem Gerichte Nachricht zu geben. Als zum Antrag berechtigt galten Blutsverwandte, der Ehegatte, der Vertrags-, Testaments- oder Intestaterbe, der Abwesenheitscurator des Verschollenen, endlich der Fiscus.

Nach fruchtlosem Ablauf der Edictalfrist erging ein gerichtliches Urtheil, in dem der Verschollene für todt erklärt wurde. Streitig war im gemeinen Recht beim säch-

¹⁾ R.G. XXV S. 143.

²⁾ Literatur: Bruns, Verschollenheit, in Bekkers Jahrbuch Bd. 1 u. 5., kleine Schriften Bd. 1 u. 3, Riesenfeld, Verschollenheit 1801. Strohal in Jherings Jahrb. Bd. XXX S. 144. ff.

sischen System, ob nach Erlass dieses Urtheils der Verschollene als todt gelte *ex tunc* d. h. vom Augenblicke der Vollendung des 70. Lebensjahres oder *ex nunc* d. h. vom Augenblicke der Rechtskraft des Urtheils, mit andern Worten, ob die Todeserklärung declaratorisch oder constitutiv wirke.

Nach dem schlesischen System, insbesondere dem preussischen Allgemeinen Landrecht hatte sie zweifelsohne constitutive Bedeutung und galt der Zeitpunkt der Rechtskraft des Urtheils als der des Todes.

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat nun die materiellen Voraussetzungen der Todeserklärung in den §§ 13—19 in folgender Weise neu geregelt. Es unterscheidet 4 Arten von Verschollenheit:

1. die allgemeine Altersverschollenheit, die es nach dem Vorgange des preussischen Allgemeinen Landrechts annimmt, wenn seit 10 Jahren keine Nachrichten von dem Leben des Verschollenen eingegangen sind; die Todeserklärung darf aber nicht vor Schluss desjenigen Jahres erfolgen, in dem der Verschollene das 31. Lebensjahr vollendet haben würde; bei einem Verschollenen, der das 70. Lebensjahr vollendet haben würde, kann Todeserklärung schon erfolgen, wenn seit 5 Jahren keine Nachricht von ihm eingegangen ist.¹⁾

Der Zeitraum von 5 oder 10 Jahren beginnt jedoch erst mit dem Schlusse des Jahres (31. Dezember) an zu laufen, in dem die letzte Nachricht eingetroffen ist.

2. Kriegverschollenheit: Die Theilnahme an einem Kriege berechtigt gegen den während desselben Vermissten mit höchster Wahrscheinlichkeit die Annahme seines Todes. Daher kann nach § 15 jeder, der als Angehöriger einer bewaffneten Macht an einem Kriege theilgenommen hat und während des Krieges vermisst worden und seitdem verschollen ist, schon nach Ablauf von 3 Jahren seit dem Friedensschlusse für todt erklärt werden, und zwar ist es einerlei, ob er als Combattant oder als Nichtcombattant, auch als Arzt, Krankenpfleger, als freiwilliger Krankenpfleger, als Telegraphist, Postbeamter, Marke-

¹⁾ Hier also noch eine Nachwirkung des Psalmworts bzw. des gemeinen Rechts.

tender oder in irgend welchem Amts-, Dienst oder Hülfeleistungsverhältnisse der bewaffneten Macht folgte. Da nicht alle Kriege, z. B. solche mit uncivilisirten Völkerschaften, durch einen formellen Friedensschluss beendet werden, so beginnt der dreijährige Zeitraum nach einem solchen Kriege mit der thatsächlichen Einstellung der Operation.

3. Seeverschollenheit: Die höchste Wahrscheinlichkeit des Todes ist natürlich gegeben, wenn jemand sich auf einem nachweisbar während einer Seefahrt untergegangenen Schiffe befunden hat und seit diesem Schiffsuntergange verschollen ist. Er soll daher nach § 16 schon nach einem Jahre seit dem Untergange des Schiffes für todt erklärt werden. Häufig aber versinkt ein Schiff im Meere spurlos mit Mann und Maus, ohne dass ein Augenzeuge diese Thatsache zu bekunden vermag. So verschwand Ende der 80.er Jahre mit seinem Schiffe spurlos der sich Johann Orth nennende ehemalige Erzherzog Johann v. Oestreich. Für solche Fälle ergänzt § 16 die Seeverschollenheit durch eine gesetzliche Vermuthung des Schiffsuntergangs und setzt für die Schiffsverschollenheit, jenachdem die Fahrt des Schiffes ein näheres oder entfernteres Ziel hatte, verschiedene Grenzen; der Schiffsuntergang wird vermuthet, wenn

bei Fahrten innerhalb der Ostsee ein Jahr, bei Fahrten innerhalb anderer europäischer Meere, mit Einfluss des Mittelländischen, Schwarzen und Azowschen Meeres zwei Jahre,

bei Fahrten, die über europäische Meere führen, drei Jahre seit dem Antritt der Reise verstrichen sind.

Falls spätere Nachrichten seit dem Antritte der Reise vorliegen, sei es aus irgend einem Hafen, einer Rhede oder von einer Schiffsbegegnung auf hoher See, beginnen diese Fristen erst mit dem Ablaufe des Tages, auf welchen die Kunde sich erstreckt.

4. Unfallverschollenheit: Bei vielen lebensgefährlichen Ereignissen, besonders Massenunfällen, Bränden, Ueberschwemmungen, Bergwerkskatastrophen, aber auch bei Einzelunternehmungen, wie Bergbesteigungen, ist oft die hohe Wahrscheinlichkeit begründet, dass ein dabei Anwesender oder

Betheiligter und seitdem Vermisster umgekommen ist, ohne dass die Leiche aufgefunden oder auch mit Sicherheit identificirt werden kann. Daher ist auch in dem Falle, dass jemand in einer durch solche Ereignisse oder Unternehmungen begründeten Lebensgefahr nachweislich vor der letzten über ihn vorhandenen Nachricht sich befunden hat, eine kürzere Verschollenheitsfrist gegen ihn gesetzt; er kann nach Ablauf von drei Jahren seit dem lebensgefährlichen Ereignisse oder der lebensgefährlichen Unternehmung für todt erklärt werden.

Die Wirkung des Urtheils, durch das der Verschollene für todt erklärt wird, ist nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch nicht constitutiv, sondern declarativ, d. h. das Urtheil soll ausdrücklich den Zeitpunkt feststellen, in dem der Verschollene vermuthlich gestorben ist. Das Gesetz will dadurch mit Hinsicht auf die Wahrscheinlichkeitsberechnung die thunlichste Uebereinstimmung des festgestellten mit dem wirklichen Todestage ermöglichen, wie sie nach den zwecks dieser Feststellung zu machenden Ermittlungen sich ergibt. Sofern dagegen diese Ermittlungen für eine wahrscheinlichere Feststellung keinen Anhalt bieten, soll der Richter bei der Altersverschollenheit den Zeitpunkt, in dem die Todeserklärung zulässig geworden ist,¹⁾ bei der Kriegverschollenheit den Zeitpunkt des Friedensschlusses oder den Schluss des Jahres, in welchem der Krieg beendet worden ist (falls nämlich kein formeller Friedensschluss stattgefunden hat), bei der Seeverschollenheit den Zeitpunkt des Untergangs des Fahrzeugs (eventuell den, von welchem an dieser Untergang vermuthet wird), bei der Unfallverschollenheit den Zeitpunkt, in dem das Ereigniss (oder die gefahrvolle Unternehmung) stattgefunden hat, als Zeitpunkt des Todes feststellen.

Wenn das Urtheil, — und dies wird meistens der Fall sein —, die Todeszeit nur dem Tage nach feststellt, so gilt als Moment des Todes das Ende des Tages, also die Mitternachtstunde.

¹⁾ Also beispielsweise bei einem, der im 15. Lebensjahr verschollen ist, den Schluss (31. December) des Jahres, in dem er das 31. Lebensjahr vollendet haben wird.

Im Gegensatze zum gemeinen Recht, das, wie wir sahen nur eine negative Lebensvermuthung kennt, verbindet nun das Bürgerliche Gesetzbuch mit dieser Todesvermuthung eine positive Lebensvermuthung: das Fortleben des Verschollenen soll bis zu dem Zeitpunkte angenommen werden, der nach dem Ergebniss der concreten Ermittlungen oder, wo diese ergebnisslos sind, bis zu dem Zeitpunkte, der nach den eben mitgetheilten besonderen Vermuthungen des § 18 als Zeitpunkt des Todes anzunehmen ist. Diese Lebensvermuthung ist eine selbständige; sie gilt, solange die Todeserklärung noch nicht erfolgt ist, auch wenn sie noch gar nicht zulässig war.

Die Wirkung der Todeserklärung liegt zunächst lediglich auf dem Gebiete des gesetzlichen Beweisrechts, einem Grenzgebiete zwischen dem materiellen Privatrecht und dem Prozessrecht. Es wird eine Rechtsvermuthung, *praesumptio juris*, begründet,¹⁾ und zwar eine solche, die durch Gegenbeweis widerleglich ist, keine sog. *praesumptio juris et de jure*, die unwiderleglich ist, keine Fiction. Sobald also bewiesen wird, dass der Verschollene zu einer anderen Zeit gestorben ist, oder dass er noch lebt, tritt wieder die der wirklichen Sachlage entsprechende Beurtheilung ein, wie wenn eine Todeserklärung nicht erfolgt wäre. Nach gemeinem Rechte kann der für todt Erklärte mit einer Universalklage nach Analogie der *hereditatis petitio* von denjenigen, die sein Vermögen als Erben in Besitz genommen haben, Alles zurückfordern, was noch vorhanden ist. Dagegen hat er keinen Anspruch auf Schadensersatz, sofern nicht gegen den Antragsteller die *actio doli* oder gegen den Richter die Syndicatsklage begründet ist. Das Bürgerliche Gesetzbuch hat ihm in § 2031 denselben Anspruch gewährt, er „kann Herausgabe seines Vermögens nach den für den Erbschaftsanspruch geltenden Vorschriften verlangen“. Der Anfang der Verjährung dieses Anspruchs, — es ist die 30 jährige —, wird *utiliter* berechnet, sofern sie nicht vor Ablauf eines Jahres nach dem Zeitpunkte vollendet wird, in welchem er von der

¹⁾ Vgl. Burkhard, die civilistischen Präsumtionen 1866. *Ferrini, presunzioni in diritto romano, rivista italiana per le scienze giuridiche* 14 S. 258 ff.

Todeserklärung Kenntniss erlangt. Auch kann der fälschlich für todt Erklärte verlangen, dass der Besitzer eines auf Grund der Todeserklärung ertheilten Erbscheins diesen an das Nachlassgericht zurückgebe.

Der vermeintliche Erbe oder auch der bloss vermeintliche Erbschaftsbesitzer (d. h. der auf Grund eines Erbscheins oder auch ohne solchen in den Besitz seines Vermögens gelangte) hat natürlich eventuell unter Ableistung des Offenbarungseides über den Bestand des Vermögens und den Verbleib aller einzelnen Theile desselben Auskunft zu ertheilen.¹⁾ An Stelle der gemeinrechtlichen *actio doli* treten im Falle eines delictischen Verhaltens der Antragsteller oder Putativ-Erbschaftsbesitzer die Schadensersatzansprüche des Bürgerlichen Gesetzbuchs wegen unerlaubter Handlungen (§ 823, 830, 840), subsidiär auch gegen den Richter der Anspruch aus § 839.

Weiter gehen die Wirkungen der Todeserklärung auf dem Gebiete des Familienrechts:

Vor allem kommt hier der Einfluss der Todeserklärung auf eine etwaige Ehe des für todt Erklärten in Frage. Nach der reinen Rechtslogik würde die Entscheidung unstreitig dahin ausfallen müssen, dass die Todeserklärung an sich eine bestehende Ehe nicht auflöst, da sie ja lediglich eine widerlegbare Vermuthung, nicht die Fiction des Todes begründet. Andererseits schafft aber diese gesetzliche Vermuthung dem Ehegatten des Verschollenen die Möglichkeit, eine neue Ehe zu schliessen; denn die gerichtliche Todeserklärung hat durchaus denselben documentarischen Werth, wie eine Sterberkunde. Wie nun, wenn der für todt Erklärte, nachdem sein Ehegatte eine neue Ehe eingegangen ist, wieder auftaucht? Offenbar müsste in diesem Falle nach der Rechtsconsequenz die neue Ehe, da ihr ein *impedimentum dirimens publicum* im Wege stand, für nichtig erklärt werden. Dies ist auch der Standpunkt des gemeinen sowohl katholischen wie protestantischen Ehrechts, wobei letzteres vom ersteren nur insoweit abweicht, als wenigstens nach vorherrschender Ansicht

¹⁾ §§ 2370. 2362.

die nichtige neue Ehe convalescirt, wenn der für todt erklärte Ehegatte stirbt, bevor die Nichtigkeit der neuen Ehe geltend gemacht ist. Dennoch haben die meisten neueren Particularrechte ¹⁾ aus praktischen Erwägungen es vorgezogen, die neue Ehe aufrecht zu erhalten und die alte mit dem Abschluss der neuen für aufgelöst zu erklären. Und diese Lösung des Conflictes hat auch das Bürgerliche Gesetzbuch in § 1348 sich angeeignet. „In den Fällen der Todeserklärung,“ heisst es in den Motiven IV S. 642, „liegen die Verhältnisse regelmässig so, dass entweder die Voraussetzungen der Scheidung wegen bösslicher Verlassung begründet, aber nicht erweislich sind, oder doch den für todt erklärten Ehegatten, namentlich im Hinblick auf die Leichtigkeit des heutigen Verkehrs selbst von entfernten Welttheilen aus, um deswillen ein grobes Verschulden trifft, weil er keine Nachricht von sich gegeben hat. Ausnahmen sind allerdings möglich; allein das Gesetz hat die Verhältnisse nicht mit Rücksicht auf die seltenen Fälle, sondern nach der Regel des Lebens zu gestalten. Aber selbst in solchen Ausnahmefällen ist es misslicher, eine Ehe, welche seit Jahren vielleicht bestanden hat und die Grundlage neuen gedeihlichen Fortkommens und ehelichen Glücks geworden ist, zu trennen, als eine Ehe, welche seit langen Jahren faktisch ohnehin nicht mehr bestanden hat, als aufgehoben zu behandeln, zumal die Annahme gerechtfertigt ist, dass der Ehegatte des für todt erklärten Ehegatten, welcher trotz Ungewissheit des Todes des letzteren sich zur Eingehung einer neuen Ehe entschliesst, demselben geistig nicht mehr so nahe verbunden ist, um bei dessen Rückkehr in sittliche Conflicte zu gerathen, wenn die neue Ehe als gültig behandelt wird.“ Diese Anschauung der Motive erhielt auch in der Reichstagscommission die Billigung der Majorität, und zwar wurde hier zu ihren Gunsten noch geltend gemacht, dass die neue Ehe auf Grund einer staatlichen Ermächtigung geschlossen sei, es also

¹⁾ Pr. A.L.R. II 1 § 666. Hannov. Ges. v. 23. Mai 1848 § 16. Bayr. Ges. v. 23. Februar 1879. Art. 118. 121, Brem. Verordnung v. 30. December 1829, §§ 21. 20. Lübeck. Verordnung v. 30. December 1829. Hamburg. Verordnung v. 14. Juli 1879.

correct erscheine, dass sie in Geltung bleiben solle; es liege daher in der That ein Bedürfniss vor, hier eine von den allgemeinen Grundsätzen abweichende Regelung zu treffen; das Bedürfniss trete besonders in solchen Gegenden hervor, wo die Seeverschollenheit häufig sei, in solchen Gegenden werde eine Regelung, wie der Entwurf sie treffe, allgemein als wohlthätig empfunden und sogar als unentbehrlich erklärt werden.¹⁾ Doch hat das Bürgerliche Gesetzbuch²⁾ für den Fall, dass beide Ehegatten wissen, dass der Verschollene die Todeserklärung überlebt hat (§ 1348 Abs. 1 S. 2) wieder eine Ausnahme gemacht, in diesem Falle ist die neue Ehe nichtig. Diese Ausnahme dürfte nicht ohne kritische Bedenken sein, zunächst sofern sie auf die Kunde vom Fortleben des Verschollenen zur Zeit der Todeserklärung gestellt ist. Wie, wenn der Verschollene zu dieser Zeit zwar noch lebte, aber zur Zeit des Abschlusses der neuen Ehe wirklich gestorben war? Nach der positiven Bestimmung des § 1348 ist auch dann die neue Ehe nichtig, obwohl dann doch keine gegen das Verbot der Bigamie (§ 171 St.G.B.) verstossende verbrecherische Eheschliessung, sondern höchstens (im Fall der noch bestehenden irrthümlichen Annahme des Fortlebens) ein Putativdelict vorliegt. Wir können nicht umhin, hier eine unnöthige Uebertreibung des formalen Gesichtspunkts und eine Ueberschätzung des subjectiven Moments zu constatiren, die der Entwurf I § 1464 (Motive I S. 463) aus gutem Grunde ausdrücklich abgelehnt hatte. Jedenfalls dachte der Entwurf I juristischer, wenn er die Nichtigkeit der neuen Ehe lediglich durch die *mala fides* des Ehegatten des für todt Erklärten bedingt sein liess, nach § 1464 Entw. I kam es nur darauf an, ob dieser zur Zeit der Schliessung der neuen Ehe von dem Fortleben des Verschollenen Kenntniss hatte. Durch die jetzige Bestimmung des § 1348 ist überdies eine unnöthige Incongruenz zwischen der strafrechtlichen und civilrechtlichen Behandlung des Falles entstanden.

Da übrigens bei dem Gegensatz der jetzigen bürger-

¹⁾ Bericht der Reichstags-Commission S. 108.

²⁾ Entsprechend dem § 16. des Hannover. Ges. v. 28. Mai 1848.

lichen Regelung des Falles zu den Grundsätzen des katholischen und protestantischen Kirchenrechts sich bei Rückkehr des für todt erklärten Ehegatten schwere religiöse und sittliche Conflictte ergeben können,¹⁾ so hat (im Gegensatz zum Entw. I) das Bürgerliche Gesetzbuch in § 1350 jedem Ehegatten der neuen Ehe das Recht gegeben, unter Berufung auf das Fortleben des Verschollenen binnen 6 Monaten von dem Zeitpunkt an, in welchem er die Kunde davon erlangt, die neue Ehe anzufechten. Ausgeschlossen wird dies Anfechtungsrecht durch Kenntniss des Fortlebens (hier nicht, wie in § 1348 zur Zeit der Todeserklärung, sondern²⁾ zur Zeit der Eheschliessung, ferner, wenn der anfechtungsberechtigzte Ehegatte, nachdem er die Kenntniss von dem Leben des für todt Erklärten erlangt hat, auf das Anfechtungsrecht verzichtet oder, wie das Gesetz sich ausdrückt, die neue Ehe bestätigt. Offenbar bedarf diese Bestätigung (§§ 144, 1325) nicht der für die Eheschliessung selbst bestimmten Form, kann vielmehr sogar eine stillschweigende sein.

Die frühere Ehe soll nach Ansicht der Denkschrift, S. 265, im Fall der erfolgreichen Durchführung dieser Anfechtungsklage „wiederaufleben“. Man kann, da das Gesetz darüber schweigt und das „Wiederaufleben“ eines Rechtsverhältnisses ein juristisch schwer zu construirender Begriff ist, zunächst zweifeln, ob diese, wenngleich in gewissem Sinne autoritative Behauptung richtig ist, da ja doch die alte Ehe durch die Schliessung der neuen, zunächst gültigen Ehe, aufgelöst war. Dennoch ergibt sich wohl die Richtigkeit jener Behauptung aus der rückwirkenden Kraft der Anfechtung des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Denn nach § 142 B.G.B ist ein mit Erfolg angefochtenes Rechtsgeschäft als von Anfang an nichtig anzusehen.³⁾ Im übrigen erhält nach der An-

¹⁾ In feiner psychologischen Ausführung findet man diese Conflictte in dem Epos des englischen Dichters Tennyson. Enoch Arden behandelt, dem ein wirklicher Fall zu Grunde gelegen haben soll.

²⁾ Eine Inconsequenz, die unsern Vorwurf gegen die Fassung des § 1348 bestätigt.

³⁾ Man kann das „Wiederaufleben“ der Ehe mit dem für todt Erklärten als Beispiel der passiven Wirkung eines relativen Rechtes auffassen, siehe S. 73 oben (§ 1).

fechtung der neuen Ehe der andere Ehegatte, der nunmehr wieder ehelos wird, falls er nicht bei Schliessung der Ehe *sciens dolo malo* war, dieselben Ansprüche, wie bei der Scheidung der Ehe der unschuldige Theil gegen den schuldigen (Recht auf Unterhalt §§ 1578—1582).

Anders ist die Wirkung einer Anfechtungsklage, welche nicht gegen die neue Ehe, sondern gegen die Todeserklärung selbst gerichtet ist. Es soll nämlich durch einen Ergänzungsparagraphen zur Civilprozessordnung (Anl. II der Denkschrift § 836 o, p) jedem, der an der Aufhebung der Todeserklärung oder an der Berichtigung des Zeitpunktes des Todes ein rechtliches Interesse hat, eine Anfechtungsklage gegeben werden, wenn die Todeserklärung mit Unrecht erfolgt oder der Zeitpunkt des Todes des Verschollenen unrichtig festgestellt ist, — anzustellen innerhalb Monatsfrist vom Erlass des sog. Ausschluss-Urtheils (der gerichtlichen Todeserklärung) gegen denjenigen, der die Todeserklärung erwirkt hat, eventuell, falls dieser selbst die Klage erhebt oder verstorben ist oder sein Aufenthalt unbekannt ist, gegen den Staatsanwalt. Das einer solchen Anfechtungsklage stattgebende Urtheil wirkt zwar im Allgemeinen, wie die Todeserklärung selbst, *in rem* d. h. für und gegen Alle; nur soll diese Wirkung *in rem* scheitern an der neuen Ehe, die frühere Ehe vielmehr bleibt nach ausdrücklicher Bestimmung (§ 1348 Abs. 2 S. 2) auch dann aufgelöst, wenn die Todeserklärung in Folge der Anfechtungsklage aufgehoben wird.¹⁾

Dagegen soll die Anfechtungsklage ein *impedimentum prohibens*, ein aufschiebendes Ehehinderniss bilden, solange sie anhängig ist. Da neben der neu durch § 836 o, p. einzuführenden besonderen Anfechtungsklage auch noch die allgemeine Anfechtungsklage, die gegen jedes Ausschlussurtheil nach § 834 der C.P.O. gegeben wird, zulässig ist, die Nothfrist dieser aber nach § 835 C.P.O. erst mit dem Tage beginnt, an

¹⁾ Auch hierin finde ich Inconsequenz oder eine Bestätigung meines Vorwurfs gegen die in Abs. 1 dieses § gegebene Fixirung der Kenntniss des Fortlebens zur Zeit der Todeserklärung und ihrer Wirkung. Nicht die Todeserklärung, sondern die Schliessung der neuen Ehe ist offenbar der erheblichste Akt.

welchem der Kläger Kenntniss von dem Ausschlussurtheil erhalten hat, so fällt dieses aufschiebende Ehehinderniss nach § 835 C.P.O., wonach die Anfechtungsklage mit 10 Jahren von dem Tage der Verkündung des Ausschlussurtheils an gerechnet überhaupt verjährt, nach Ablauf dieser 10 Jahre weg. Es scheint mir daher ein überflüssiger Zusatz in § 1349 zu sein: „es sei denn, dass die Anfechtung erst 10 Jahre nach Verkündung des Urtheils erfolgt ist“, nach § 835 C.P.O. ist ja dann eine Anfechtung gar nicht mehr zulässig.

Weitere familienrechtliche Wirkungen der Todeserklärung sind folgende: 1. Die Verwaltung und Nutzniessung des Ehemanns endigt mit dem Zeitpunkte, der als Zeitpunkt des Todes gilt (§ 1420). Wenn aber der für todt erklärte Mann noch lebt, so kann er auf Wiederherstellung seiner Rechte klagen (§ 1425, 1 S. 2). Dasselbe gilt bei der fortgesetzten Gütergemeinschaft (§ 1494) bei der Errungenschaftsgemeinschaft (§§ 1544, 1547). 2. Die elterliche Gewalt des Vaters endigt mit demselben Zeitpunkte (§ 1679) und geht auf die Mutter über (§ 1684). 3. Ebenso endigen begreiflicher Weise Beistandsamt, Vormundschaft, Familienrechtsamt, Gegenvormundschaft und Pflegschaft (§§ 1694, 1878, 1884, 1885, 1895, 1897, 1915, 1221) mit dem Zeitpunkte, für den der Mündel bzw. Pflegling für todt erklärt wird. Ein von dem Abwesenheitscurator vorgenommenes Rechtsgeschäft wird übrigens nicht unwirksam, wenn etwa später der Beweis erbracht wird, dass der Verschollene zur Zeit der Vornahme des Geschäftes oder auch vor Abschluss desselben, ja selbst schon vor der Bestellung des Abwesenheitsvormundes, also jedenfalls vor dem im Ausschlussurtheil festgestellten Zeitpunkte todt gewesen.¹⁾

III. Das römische Recht, dem, wie gesagt, das Institut der Todeserklärung fremd war, kannte von der allgemeinen Regel, wonach Leben oder Tod eines Menschen zu einer bestimmten Zeit von Jedem zu beweisen war, der daraus Rechte ableiten wollte, eine Ausnahme nur für den Fall, dass Eltern und Kinder in einer gleichzeitig über sie hereingebrochenen Gefahr umgekommen waren. Nach *l. 9 § 1. 4. l. 22, 23 de*

¹⁾ RG. XII 68. Kühlenbeck, Rechtsprechung S. 85.

rebus dubiis 34. 5 sollte dann vermuthet werden, dass geschlechtsreife Kinder nach, nicht geschlechtsreife vor den Eltern gestorben seien.¹⁾ Die gemeinrechtliche Theorie und Praxis (z. B. Mühlenbruch, Archiv f. civilist. Praxis IV S. 412) wollte diese Präsumtion verallgemeinern und stets analog zur Anwendung bringen, wenn Mündige mit Unmündigen in einer Gefahr verstarben.

Das Bürgerliche Gesetzbuch stellt dagegen für den Fall, dass Mehrere in einer gemeinsamen Gefahr umkommen, die Vermuthung gleichzeitigen Todes auf (§ 20). Die kurze Spanne Zeit, die bei gemeinsamen Unfällen zwischen dem Tode der mehreren umgekommenen Personen liegt, meinte man unbeachtet lassen zu sollen, zumal der Zweck, zu welchem der Erbanfall, — nur für diesen würde ja die Präsumtion Bedeutung haben —, dem Ueberlebenden vom Rechte zugewendet wird, nämlich der Genuss der damit verbundenen Vorthelle in solchen Fällen für den zuletzt Sterbenden selber doch nicht erreicht wird.

IV. Die grosse Bedeutung welche die Geburt, der Tod und die Eheschliessung sowohl für das private wie das öffentliche Recht haben, hat schon frühzeitig in allen geordneten Staaten zu einer öffentlichen Beurkundung dieser Ereignisse geführt. Im Mittelalter war es die Kirche, welche durch die von ihren Geistlichen geführten Kirchenbücher diese rechtspolizeiliche Aufgabe erfüllte. Specieell geregelt wurde dieses Amt der Pfarrer für die katholische Kirche durch *sessio* 24 *Cap.* 1 u. 2 des *concil. Tridentinum*.

Die meisten modernen Staaten haben zugleich mit der Einführung einer bürgerlichen Eheschliessungsform die öffentliche Beurkundung dieser Ereignisse staatlichen Beamten überwiesen. Für das Deutsche Reich ist massgebend das Gesetz vom 6. Februar 1875 über die Beurkundung des Personenstandes und die Eheschliessung.²⁾ Das Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch hat nur die §§ 28—40, 42, 43, 51—53 dieses Gesetzes aufgehoben, welche sich auf die Eheschliessung

¹⁾ Noch verwickeltere Vermuthungen stellt der *Code civil* auf. Art. 720—722.

²⁾ Commentar von Hinschius.

beziehen. An deren Stelle treten die (später im Eherecht zu behandelnden) Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Die Bestimmungen dieses Gesetzes über die Beurkundung von Geburts- und Sterbefällen bleiben unberührt. Hier ist darüber nur zu bemerken, dass die Geburten und Sterbefälle durch die Einträge in die dafür zu führenden Standesamtsregister voll bewiesen werden, obwohl der Standesbeamte weder eigene Wissenschaft von ihnen noch einen Beweis durch öffentliche Urkunden bezüglich derselben vorliegen hat. Genau betrachtet ist es also das Urtheil des Standesbeamten über die Wahrheit der ihm angezeigten Thatsache, was einmal durch den Eintrag bewiesen und weiterhin durch das Gesetz so qualificirt wird, dass es späteren Beweis der betreffenden Thatsache überflüssig macht.¹⁾ Diese volle Beweiskraft ist aber an die Voraussetzung gebunden, dass das betreffende Standesamtsregister im Allgemeinen ordnungsmässig geführt ist (§ 15 des Ges.) und die betreffende Eintragung nach Art und Form den Vorschriften des Gesetzes entspricht (§ 15 *cit.*). Der Gegenbeweis ist nicht ausgeschlossen, vielmehr in § 15 *cit.* ausdrücklich auf Gegenbeweis durch Nachweis der Fälschung, der unrichtigen Eintragung und der Unrichtigkeit der Anzeigen bzw. Feststellungen hingewiesen.

§ 4.

Die Handlungsfähigkeit (Geschäftsfähigkeit) und ihre Beschränkungen. Altersstufen. Volljährigkeitserklärung.

Bereits im vorigen Paragraphen definirten wir die Handlungsfähigkeit im Gegensatz zur Rechtstfähigkeit allgemein als civilrechtliche Zurechnungsfähigkeit, der zufolge das Rechtssubject sowohl für seine Handlungen wie für seine Unterlassungen civilrechtlich verantwortlich (haftbar) werden kann. Wir bemerkten, dass man neuerdings mit Recht innerhalb dieses allgemeinen Begriffs Werth legt auf den Unterschied der Fähigkeit, Rechtsgeschäfte abzuschliessen (Geschäftsfähigkeit) und der Zurechnungsfähigkeit für Delicte d. h. Verantwortlichkeit für ein die Rechte Anderer verletzendes, auf ein schuldhaftes

¹⁾ v. Mandri, der civilrechtliche Inhalt der Reichsgesetze, S. 138. ff. Kahlenbeck, Vom Pandektenrecht zum Bürg. Gesetzb.

Wollen oder Nichtwollen zurückführbares Verhalten (Delictsfähigkeit).

I. Sowohl die Geschäftsfähigkeit wie die Delictsfähigkeit ist bedingt durch ein Mass moralischer Reife und intellectueller Urtheilskraft, welches erst mit einem gewissen Alter erfüllt wird. Selbstverständlich ist dies bei den verschiedenen Individuen sehr verschieden je nach der Beschleunigung ihrer körperlichen und geistigen Entwicklung. Von grosser Bedeutung ist dafür der Eintritt der Pubertät (Geschlechtsreife). Im älteren römischen Recht war nur sie für das Privatrecht bedeutsam. Man unterschied nur *impuberes* und *puberes*, geschlechtsunreife und geschlechtsreife Personen. Die ersteren waren unmündig d. h. nicht handlungsfähig, die letzteren mündig oder handlungsfähig. Ob die Mündigkeit erreicht war oder nicht, wurde individuell durch die Meinung der Familie entschieden, welche den jungen Mann durch Verleihung der *toga virilis* unter ihre mündigen Mitglieder aufnahm; die Mädchen galten wahrscheinlich von jeher allgemein mit dem vollendeten 12. Jahre für geschlechtsreif. Unter den römischen Juristen entstand dann später ein Streit über die Bestimmung dieser Altersgrenze, die Sabinianer wollten an der individuellen Bestimmung festhalten, die Proculen dagegen hielten eine absolut generalisirende Behandlungsweise für richtiger und erklärten das Weib mit dem zurückgelegten 12., den Mann mit dem zurückgelegten 14. Lebensjahre für mündig.¹⁾ Justinian hat sich für die Ansicht der Proculen entschieden.²⁾ Allein um die Nachtheile der absolut generalisirenden Reifefeststellung den möglichen individuellen Verschiedenheiten gegenüber auszugleichen, sah sich das römische Recht zur Aufstellung weiterer Unterscheidungen veranlasst. — So unterschied es zunächst:

a) innerhalb der *Impuberes*: 1. Die *Infantes* und 2. die *Infantia maiores*.

1. Die *Infantia* (d. h. das Alter, in dem die Geistesent-

¹⁾ Es gab noch eine vermittelnde Meinung, die des *Priscus: verum Priscus eum puberum esse, in quem utrumque concurrit et habitus corporis et numerus annorum*; und diese war schliesslich bis auf Justinian die herrschende.

²⁾ *pr. J. quibus modis tutela finitur* 1, 22.

wicklung es in der Regel noch nicht zur ausreichenden Sprechfähigkeit gebracht hat, *fari*) liess man bis zum zurückgelegten siebenten¹⁾ Lebensjahre dauern. Ein *Infans* konnte durchaus keine juristische Handlung weder für sich noch für andere vornehmen, nicht einmal *tutore auctore* und zwar ebenso wenig zu seinem Vortheile, wie zu seinem Nachtheile; nur hinsichtlich des Besitzerwerbs machte l. 32 § 2 *D. h. t.* 41, 2 aus singulärem Grunde eine Ausnahme,²⁾ und bei Schenkungen sah dann die l. 3 *C. cod.* 7, 32³⁾ sogar von der *auctoritas tutoris* ab.

2. *Infantia maiores* hiessen die *Impuberes* vom zurückgelegten 7. bis zum zurückgelegten 12. bzw. 14. Lebensjahre. Diese konnten solche Rechtsgeschäfte abschliessen, durch die sie ausschliesslich berechtigt wurden. Ausschliesslich verpflichtende Rechtsgeschäfte aber und Veräusserungen konnten sie nur *auctoritate tutoris*, unter Mitwirkung des Vormunds vornehmen, sofern sie *sui juris* waren d. h. nicht unter väterlicher Gewalt standen. Für Geschäfte aber, die zugleich berechtigen und verpflichten, trat bei Mangel der vormundschaftlichen Mitwirkung das eigenthümliche Rechtsverhältniss des *negotium claudicans* ein: der andere Contrahent musste sich, wenn der Vormund das Geschäft genehmigte, die Convalescenz desselben gefallen lassen, durch welche dann für beide Theile Gültigkeit des Geschäfts eintrat, während er durch seinen Willen diese Convalescenz nicht herbeiführen konnte.⁴⁾

Hinsichtlich der Verantwortlichkeit für Delicte kam es bei den *infantia maiores* lediglich auf die individuelle Entwicklung an, und zwar konnte auch diese nicht abstract, sondern

¹⁾ Ursprünglich kam es auch hier auf individuelle Feststellung an. Warum man dann auf die Zahl 7 verfiel, darüber vergl. Dernburg. Persönl. Rechtstellung. Bodemeyer, die Zahlen des römischen Rechts.

²⁾ l. 32 § 2 cit.: *Infans possidere recte potest, si tutore auctore coepit. nam iudicium infantis suppletur auctoritate tutoris. utilitatis enim causa hoc receptum est, nam alioquin nullus sensus est infantis accipiendi possessionem.*

³⁾ *Lex Donatarum rerum* von Kaiser Decius.

⁴⁾ *pr. J. de auct. tut.* 1, 21. l. 13 § 29 *D. de A. E. V.* 19. 1. l. 34. § 3 *D. de contr. empl.* 18. 1 l. 7 § 1 *D. de resc. vend.* 18. 5. Näheres siehe nachher unter II.

immer nur concret in Hinblick auf die in Frage kommende Handlung festgestellt werden; ¹⁾ dies galt auch für delictische Haftung, *dolus* und *culpa*, innerhalb contractlicher Verhältnisse. ²⁾ Man hat irrigerweise unter Verkennung dieser individuellen Zurechnung auch die *infantia maiores* wiederum allgemein in die zwei Unterabtheilungen der *infantiae* und *pubertati proximi* zertheilen wollen unter Halbierung des Zwischenraums zwischen 7 und 14, bzw. 12, so dass 10 $\frac{1}{2}$ bzw. 9 $\frac{1}{2}$ die Scheidegrenze bilden würde. Das Gegentheil dieser zu den unbilligsten Consequenzen führenden Ansicht geht deutlich aus unbefangener Würdigung zumal der *l. 23 D. de furt. 47, 2* und *l. 5 § 2 D. ad leg. Aqu. 9, 2* hervor, es kam lediglich darauf an, ob der Einzelne *doli* bzw. *injuriae capax* war.

b) Die *Puberes* wurden im älteren Recht als vollständig handlungsfähig behandelt; nur für einzelne Rechtsakte z. B. Arrogation verlangte man die sog. *plena pubertas*, das Alter von 18 Jahren. Allein im 6. Jahrhundert der Stadt setzte die *lex Plaetoria* auch unter den *Puberes* eine neue Altersgrenze fest, die dann schliesslich an privatrechtlicher Bedeutung bei weitem die erheblichste geworden ist. Jenes Gesetz, eine Folge der grösseren moralischen und intellectuellen Anforderungen, die entwickeltere Culturverhältnisse mit ihren grösseren Versuchungen und complicirteren Geschäftsformen an den Menschen machen, ³⁾ stellte alle jungen Leute unter 25 Jahren unter den Schutz eines *judicium publicum*; gegen den, der einen jungen Menschen unter 25 Jahren geschäftlich übervorthelt hatte, konnte Jedermann eine den Verurtheilten infamirende Klage erheben (Popularklage). Um sich aber vor der Gefahr dieses *judicium* zu sichern, konnte der andere Contrahent die Bestellung eines *Curatos* für den *pubes minor* provociren; hatte der *curator* seinen Consens zum Geschäfte ertheilt, so war die *actio* bzw. *eceptio legis Plaetoriae* ausgeschlossen.

Hierin sowie in der *restitutio in integrum*, die der Prätor

¹⁾ *l. 22 pr. D. 48. 10. l. 1. l. 9, 24. l. 14 D. de dolo 4, 3.*

²⁾ *l. 1 § 15 D. dep. 16, 3. l. 46 de O. et A. 44 7. J.*

³⁾ v. Jhering, Geist des röm. Rechts III S. 118—120. *l. 1 D. pr. de minoribus: fragile et infirmum hujusmodi aetatis consilium, et multis captionibus suppositum, multorum insidiis expositum.*

allen *minores* gegen schädliche Geschäfte zusagte, liegt der Ursprung des Begriffs der Minderjährigkeit einerseits und der Volljährigkeit (*aetas legitima*) andererseits; neben dem *impubes* stand jetzt der *pubes minor* und neben dem *tutor*, der für ersteren seine *auctoritas* interponirte d. h. den an sich unvollkommenen Willen ergänzte, trat jetzt — eine im Interesse der eigenen Geschäfts- und Creditfähigkeit allmählich allgemein von den mündigen Minderjährigen angenommene Beistandschaft — der *curator*, der den Consens d. h. die Zustimmung zu dem an sich vollkommenen Willen erteilte. Im Einzelnen herrscht über die Rechtsstellung des mündigen Minderjährigen im klassischen römischen Recht keine volle Uebereinstimmung; sicher ist, dass Diocletian die Minderjährigen, die unter Curatel standen, für veräußerungsfähig erklärt hat, zweifelhaft, wie weit sie sich verpflichten konnten.¹⁾ Ehefähig und testamentsfähig waren alle mündigen Minderjährigen, ob sie nun einen Curator hatten oder nicht.

Durch die *venia aetatis* d. h. durch Concession des Regenten konnte übrigens auch vor dem vollendeten 25. Lebensjahre die Volljährigkeit d. h. die Freiheit von diesen Beschränkungen der Handlungsfähigkeit verliehen werden, was indessen ein Alter von wenigstens 20 Jahren bei männlichen, von 18 bei weiblichen Personen und den Nachweis eines verständigen und sittlichen Lebenswandels voraussetzte;²⁾ doch zur Veräußerung unbeweglicher Sachen bedurfte auch ein so für volljährig Erklärter noch eines Decrets der Obrigkeit.

Für das gemeine Recht hat dann die Reichspolizeiordnung von 1548 bezüglich der Geschäftsfähigkeit (nicht Delictsfähigkeit) den Unterschied zwischen mündigen und unmündigen Minderjährigen und Curatoren und Tutoren vollständig verwischt; die Praxis wenigstens fand in diesem Gesetz den Willen, dass die Minderjährigen hinsichtlich der Geschäftsfähig-

¹⁾ Vgl. v. Jhering, Jahrb. f. Dogmatik XII S. 347 ff. Wächter, Pand. I § 48. Marezoll in Lindes Zeitschrift Bd. 2 S. 374. ff. Vangerow, Pand. I § 291 n. 2., Ubbelohde in Grünhuts Zeitschrift Bd. 4 S. 696 ff. Huschke, Zeitschr. f. Rechtsgeschichte Bd. 13 S. 311. Conta, Verpflichtungsfähigkeit Minderjähriger, Göttingen, Dissertation. 1891.

²⁾ *Cod. II 45 de his qui veniam aetatis impetraverunt.*

keit genau so zu behandeln seien und unter Vormundschaft stehen sollten, wie die *Impuberes*. Im gewöhnlichen Leben ist seitdem der Ausdruck Mündigkeit und Volljährigkeit identisch geworden, der Jurist aber sollte nach wie vor zwischen unmündigen und mündigen Personen einerseits und minderjährigen und volljährigen mündigen Personen anderseits unterscheiden.

Unbestritten ist, dass auch im gemeinen Recht der mündige Minderjährige, also das Mädchen mit vollendetem 12. der Knabe mit vollendetem 14. Lebensjahre zu einseitigen letztwilligen Verfügungen fähig waren.

II. Durch das Bürgerliche Gesetzbuch ist nun die im römischen Recht so wichtige Altersgrenze der präsumtiven Geschlechtsreife, das 14. bzw. 12. Lebensjahr, für die privatrechtliche Handlungsfähigkeit völlig bedeutungslos geworden. Es stellt für die Geschäftsfähigkeit nur zwei Altersgrenzen auf, indem es (§ 2) die Volljährigkeit mit dem vollendeten 21. Lebensjahr¹⁾ erreichen lässt und (§ 104, 1) die *infantia*, das völlig handlungsuntfähige Kindesalter, mit dem vollendeten 7. Lebensjahre abschliesst.²⁾ Das Kind bis zum vollendeten 7. Lebensjahre ist völlig geschäftsunfähig, seine Willenserklärungen sind (§ 105) nichtig. Auch die Ausnahme des römischen Rechts hinsichtlich der Schenkungen ist beseitigt worden; die Motive sagen: „Die Regel in der letzteren Hinsicht zu durchbrechen, ist kein Bedürfniss; die Annahme der einem Geschäftsunfähigen zugedachten Schenkung kann nicht bloss durch den gesetzlichen Vertreter, sondern auch durch einen Dritten im Wege der Geschäftsführung ohne Auftrag geschehen“ (Mot. I S. 130). Ich vermag diese Ansicht der Motive nicht für richtig zu erachten. Nach der Rechtslage auf Grund des Bürgerlichen Gesetzbuchs ist vielmehr in der That so ziemlich jede nicht vom Vormunde angenommene Schenkung an ein noch nicht siebenjähriges Kind ausgeschlossen. Der Fall, dass ein Dritter als Geschäftsführer des Vormundes da-

¹⁾ Im Anschluss an das Reichsgesetz v. 17. Februar 1875.

²⁾ Nach dem Vorgange des Preuss. Gesetzes vom 12. Juli 1875, betr. Geschäftsfähigkeit Minderjähriger.

bei eintritt und letzterer es nachher genehmigt, wird im Leben selten vorkommen. Der Schenker selbst kann nicht zugleich als Geber und Annehmer (Namens des Vormundes) gelten. Darnach gelangt also das einem solchen Kinde als Geschenk gegebene Geldstück gar nicht in seinen Besitz und in sein Eigenthum und kann ihm ungestraft von Dritten abgenommen werden.

Man sieht also, die *lex Donatarum rerum* des Kaisers Decius (die übrigens auf ein *responsum consultissimi viri Papiniani* zurückzuführen ist), war keineswegs so unpraktisch, wenn auch viele bloss formal logisch denkende Juristen sie nicht verstanden haben und Azo sie auf Kastanien beschränken wollte. (Vgl. Savigny, Recht des Besitzes § 21. Puchta, kl. civilist. Schriften S. 306.) Ungeachtet noch rechtzeitig Hölder (Archiv f. civ. Praxis 73, S. 30) auf die somit im Bürgerlichen Gesetzbuch entstandene Lücke hinwies, hat die spätere Commission sie offen gelassen. Ein gestellter Verbesserungsantrag wurde leider in der Reichstagscommission mit 9 gegen 9 Stimmen abgelehnt. (Vgl. Bericht der Reichstagscommission S. 24.)

Ebenso, wie im römischen Recht, ist das noch nicht siebenjährige Kind auch nicht delictsfähig, „nicht verantwortlich für einen Schaden, den es einem Andern zufügt“. (§ 828) Vom vollendeten 7. Lebensjahre ab ist der Minderjährige in seiner Geschäftsfähigkeit beschränkt: Wie der römische *Impubes infantia major* kann er ohne seinen gesetzlichen Vertreter (Vater oder Vormund) solche Rechtsgeschäfte abschliessen, durch die er ausschliesslich berechtigt wird; zu Willenserklärungen, durch die er „nicht lediglich einen rechtlichen Vortheil erlangt“, bedarf er der Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters (§ 107). Schliesst er ein solches Geschäft ohne dessen Einwilligung ab, so gilt dasselbe ebenso, wie im römischen Recht beim *Impubes infantia major*, als *negotium claudicans* (hinkendes Geschäft) d. h. der andere Contrahent ist einstweilen passiv gebunden,¹⁾ so dass z. B. Puchta Pand. § 232 meint, der Vormund entscheide erst über die Existenz der Obligatio, aber freilich involvire diese Ent-

¹⁾ *Ex uno latere consistit contractus: nam qui emit, obligatus est pupillo, pupillum sibi non obligat. l 13 D. de act. empti venditi 19. 1* Vgl. Savigny, System III S. 40 IV S. 541. Vgl. oben S. 73.

scheidung nothwenig auch die Entstehung der Verbindlichkeiten der Pupillen aus der obligatio (mit rückwirkender Kraft). Andere, Arndts Pand. § 234 a. E. (3. Aufl.), Brandis (Giesener Zeitschrift VII S. 121 ff.)¹⁾ wollen das Verhältniss als theilweise Nichtigkeit erklären, wieder Andere (Vangerow Pand. I § 279) nehmen eine *obligatio naturalis* auf Seiten der Pupillen an. Die richtige Gesamtauffassung ergibt sich nach v. Ihering allein aus der historischen Entwicklung des zweiseitigen Contractes bei den Römern. In früherer Zeit (vor Klagbarwerden der Verträge *juris gentium*) wurden die zweiseitigen Contracte, z. B. der Kauf in Gestalt zweier selbständigen Stipulationen abgeschlossen, *stipulatio empti* und *stipulatio venditi*. Klagte nun der eine Contrahent, z. B. der Verkäufer aus der *stipulatio empti*, so hatte er sich selbstverständlich ebenso wie jetzt der Vormund beim *negotium claudicans* seinerseits zur Leistung zu erbieten; die *stipulatio venditi* dagegen des Käufers ward dann ungültig. Diese Structur des Verhältnisses haben nun die römischen Juristen auch in der späteren Zeit noch beibehalten, das Kaufgeschäft nennen sie stets *emptio venditio*, Miethe *locatio*, *conductio* u. s. w. Für sie war es daher gar nichts abnormes, dass ein solches Geschäft einseitig gültig und einseitig nichtig war.

Ganz dasselbe Verhältniss, wie beim *negotium claudicans* legten sie zu Grunde in zahlreichen anderen Fällen, z. B. beim Kauf auf Probe (§ 4 J. 3, 23), bei Collusion des Käufers mit dem Procurator des Verkäufers (*l.* 13 § 27, 26 *D.* 19. 1), bei wissentlichem Kauf einer *res aliena* (*l.* 34 § 3 *D.* 18. 1) bei Kündigung einer Societät (*l.* 17 § 1 *D. ht. l.* 65 § 4, 6, 78 *ht.* 17, 2), beim Mandat (*l.* 3 § 2 *l.* 4. *D. mand.* 17, 1).

Das *negotium claudicans* bezeichnete demnach eine ganz allgemeine Form beschränkter oder geminderter Haftung bei (wesentlich oder zufällig) zweiseitigen Contracten. Allerdings nimmt bei diesem partiellen Bestehen der nicht zur juristischen Existenz gelangte Gegenanspruch des anderen Theils den Charakter einer Bedingung der Realisirung des gegnerischen Anspruchs an,

¹⁾ Vgl. das eingehende Referat bei Wächter, Pand. § 84 Beil. II. A. B. C. S. 434 ff.

— eine Art der indirecten Verpflichtung des Gegners, auf welche die römischen Juristen den Begriff und den Ausdruck der *obligatio naturalis* angewandt haben.¹⁾ Die Motive zum B.G.B. lehnen zwar die Construction des Verhältnisses als *negotium claudicans* ausdrücklich ab, sowohl beim Geschäft des Minderjährigen, wie bei den analogen Fällen z. B. Kauf auf Probe; sie wollen, dass man den Widerspruch denke, es liege ein einheitlicher gegenseitiger Vertrag vor, der jedoch für den einen Theil nicht bindend sei, zugleich sei die Verpflichtung des anderen Theils aufschiebend bedingt (!) Mot. I. S. 164. 136. Selbstverständlich können die Motive für die wissenschaftliche Auffassung eines Rechtsverhältnisses noch weniger Autorität beanspruchen, als für die unmittelbare Auslegung des Gesetzes. Auf diesem Gebiete bilden Logik und Rechtsgeschichte die einzige Autorität.

Wenn übrigens der Vormund (überhaupt der andere Contrahent beim *negotium claudicans*) die Entscheidung ungebührlich hinauszieht, so kann der passiv Gebundene, um nicht un- ausgesetzt in Ungewissheit zu bleiben, nach *l. 13 § 27, 28 D. 19, 1*²⁾ seine Entscheidung verlangen.

Das Bürgerliche Gesetzbuch nun gibt dem anderen Contrahenten dasselbe Recht, normirt es aber in § 108 näher dahin, dass, wenn der Andere Vertreter des Minderjährigen zur Erklärung über die Genehmigung auffordert, diese Erklärung „nur ihm gegenüber erfolgen kann; eine vor der Aufforderung dem Minderjährigen gegenüber erklärte Genehmigung oder Verweigerung der Genehmigung wird unwirksam.“ Es ist dies nur die Anwendung eines allgemein für die Form der Genehmigung (Ratihabition) gültigen Rechtsgrundsatzes,³⁾ wenigstens gemäss § 177 B.G.B. für das Bürgerliche Gesetzbuch.

¹⁾ v. Ihering, Geist des röm. Rechts (II. Buch I. Abschnitt III) IV S. 196 ff. „Der Gedanke der Gegenseitigkeit ist kein ursprünglicher Gedanke des römischen Civilrechts, das specifisch Römische ist die Einseitigkeit.“

²⁾ *Si quis colludente procuratore meo ab eo emit, an possit agere ex empto? Et puto hactenus, ut aut stetur emptioni aut discedatur.*

³⁾ Gemeinrechtlich wollen L. Seuffert, die Lehre von der Ratihabition S. 114, 139. Zimmermann, d. Lehre von der stellver-

Neu aber ist es, dass das Bürgerliche Gesetzbuch die Genehmigung an eine gesetzliche Frist von 2 Wochen nach dem Empfange der Aufforderung bindet; wird sie (innerhalb dieser Frist) nicht erklärt, so gilt sie als verweigert (§ 108, Abs. 2, 177 Abs. 2). Fast selbstverständlich ist der Satz, dass, wenn inzwischen der Minderjährige die volle Geschäftsfähigkeit erlangt, seine Genehmigung an die Stelle des Vertreters tritt.

Abweichend von den Grundsätzen des *negotium claudicans* im römischen Rechte ist das durch § 109 B.G.B. auch dem anderen Contrahenten bis zur Genehmigung des Vertrages verliehene Widerrufsrecht. Seine passive Gebundenheit ist also jetzt keine unbedingte mehr, gebunden ist er unter einer zeitlich begrenzten rein potestativen Resolutivbedingung. Ausgeschlossen wird dies Widerrufsrecht, wenn er die Minderjährigkeit gekannt hat, es sei denn, dass wiederum andererseits der Minderjährige der Wahrheit zuwider die Einwilligung des Vertreters behauptet hat. (Auch die *l. 2 Cod. si minor se major* 2, 43 versagte in diesem Fall die *restitutio in integrum*.) Doch wird gegen diese *exceptio doli* wiederum die *replica doli* (*compensatio doli*) zugelassen: er kann auch in diesem Falle nicht widerrufen, wenn ihm das Fehlen der Einwilligung bei dem Abschlusse bekannt war. Sein Widerruf kann aber (insofern eine Abweichung vom strengen bezüglich der Genehmigung gewährten Stellvertretungsgrundsatz) auch dem Minderjährigen gegenüber erklärt werden. Dieses Widerrufsrecht ist erst durch die II. Commission unter folgender Begründung eingeführt worden: „Der Ausschluss des Rücktrittsrechtes für den anderen Theil wäre in dem Falle unbillig, wenn der andere Theil die Minderjährigkeit oder den Mangel der von dem Minderjährigen als erfolgt bezeichneten Einwilligung nicht gekannt hat. Der für den Ausschluss des Rücktrittsrechtes angeführte Grund, dass der Schutz der Minderjährigen den für die Regelung entschei-

tretenden *negot. gestio*. S. 162 behaupten, die Ratihabition könne gegenüber Jedermann geäußert werden. Vgl. jedoch Regelsberger, krit. Vierteljahrsschrift Bd. 11 S. 375 ff.

denden Gesichtspunkt zu bilden habe, steht nicht im Einklang mit der Tendenz des Bürgerlichen Gesetzbuchs, alle Privilegien der durch eine gesetzliche Vertretung geschützten Minderjährigen zu beseitigen. Uebrigens geschieht der Rücksicht auf Schutz der Minderjährigen Genüge, wenn das Gesetz dafür sorgt, dass ein für den Minderjährigen unvortheilhafter Vertrag ohne die Genehmigung des gesetzlichen Vertreters nicht wirksam werden kann. Es ist eine Frage abwägender Gerechtigkeit, wie weit man in der Bindung des anderen Theils gehen soll. Hierbei kommt, sofern derselbe sich nicht wissentlich mit einem ohne Einwilligung handelnden Minderjährigen eingelassen hat, in Betracht, dass für jenen aus der Gebundenheit positiver Vermögensschaden entstehen kann, während für den Minderjährigen nur das Entgehen eines möglichen Gewinnes in Frage steht, und dass zu dem auf Seiten des Minderjährigen auch ein illoyales Verhalten vorliegen kann. Der letztere Grund rechtfertigt auch, dem Minderjährigen den Beweis der das Rücktrittsrecht ausschliessenden Kenntniss des Vertragsgegners aufzuerlegen. Die Vorschrift schliesst sich überall dem § 178 des Bürgerlichen Gesetzbuchs an.“

„Das Rücktrittsrecht schon bei fahrlässiger Nichtkenntniss des anderen Theils auszuschliessen, ist nicht gerechtfertigt, da man hierdurch dem Anderen eine oft kaum erfüllbare Erkundigungspflicht auferlegt und den Minderjährigen aus der Leichtgläubigkeit des Anderen einen unbilligen Vorthail ziehen lässt.

„Mit Rücksicht auf die Besonderheit des Falles erleichtert das Bürgerliche Gesetzbuch den Rücktritt noch dadurch, dass es die Erklärung auch gegenüber dem Minderjährigen zulässt, obwohl hierbei nicht verkannt ist, dass hierdurch von § 131 Abs. 2 abgewichen wird.“ (Commiss.-Prot. S. 130—131. 8255. Vgl. Haidlen, Commentar zu § 109.)

Eine wichtige Ausnahme erleidet übrigens wieder die Beschränkung der Geschäftsfähigkeit des Minderjährigen, oder vielmehr seine Geschäftsfähigkeit wird anerkannt insofern, als

ihm auch nach dem modernen Recht eine Art von *peculium* d. h. ein nicht rechtlich, sondern faktisch von dem sonstigen Vermögen sei es seines Gewalthabers oder des der vormundschaftlichen Verwaltung unterliegenden Gesamtvermögens abgesonderter Theil zu freier Verfügung überlassen werden kann. Zunächst fällt darunter das sog. Taschengeld; es kann sich aber auch um grössere Summen und Vermögens-Complexe handeln, z. B. Wechsel der Studirenden. Aus solchem „Peculiarvermögen“ ¹⁾ kann der Minderjährige zunächst Baarzahlungen auch auf Grund von nicht speziell genehmigten Rechtsgeschäften mit voller Rechtswirkung bestreiten, so dass die *condictio sine causa* nicht gegeben wird (§ 110). „Der § 110 trägt der Sitte Rechnung, dass heranwachsenden Minderjährigen gewisse Geldbeträge zur freien Verfügung überwiesen werden. Ein grösseres oder geringeres Taschengeld ist fast allgemein üblich. Mitunter werden auch aus sonstigen Gründen Vermögenswerthe Minderjährigen in der gedachten Art überlassen. Wie weit der gesetzliche Vertreter auf Grund eigener Machtvollkommenheit hierin gehen kann, ergeben die §§ 1644, 1824. Die Rechtsordnung hat jener Sitte dadurch gerecht zu werden, dass der Ueberweisung die durch den Zweck erforderte rechtliche Wirkung beigelegt wird. Aus dem Zwecke der Ueberweisung folgt unmittelbar, dass der Minderjährige zu denjenigen Rechtsgeschäften, durch welche er das überwiesene Vermögen veräussert, einer besonderen Einwilligung des Vertreters nicht mehr bedarf. Dem praktischen Bedürfnisse wird aber durch die Wirksamkeit der von dem Minderjährigen geschlossenen einschlagenden dinglichen Verträge nicht genügt. Den Verträgen dieser Art liegt immer ein materieller Rechtsgrund, in der Regel ein Schuldverhältniss, zu dessen Erfüllung der dingliche Vertrag dient, zu Grunde. Dem Minderjährigen, welchem ein Taschengeld gegeben ist, und welcher Gegenstände mit demselben kauft, ist nicht damit geholfen, dass der Vertrag, durch welchen er die den Betrag des Kaufpreises

¹⁾ *cum grano salis*, das *peculium profectitium* der Römer soll nur zur analogen Veranschaulichung herangezogen werden.

bildende Summe dem Verkäufer zu Eigenthum überträgt, gültig ist; — auch der Kaufvertrag muss, wenn der Zweck der Ueberweisung erreicht werden soll, gültig sein.“ (Commissionsprotokolle S. 141, 142. Haidlen, Commentar S. 122.) Das Bürgerliche Gesetzbuch hat nun hinsichtlich solcher Peculiarvermögen die beschränkte Haftung des römischen Rechtes, *actio de peculio*, nicht übernommen; die Commission (a. a. O.) meinte, selbst wenn eine in dieser Art begrenzte Haftung an sich unbedenklich wäre, würde sie doch im vorliegenden Falle zu Schwierigkeiten und Zweifeln mancher Art führen. Man hat vielmehr den obligatorischen Vertrag zunächst voll und ganz unter der für die Verträge der Minderjährigen geltenden Regel stehen lassen, er ist, so lange er nicht erfüllt wird, *negotium claudicans*. Tritt aber Erfüllung von Seiten des Minderjährigen ein, so wirkt dieselbe so, wie die Genehmigung des Vertreters oder des Minderjährigen nach erlangter Geschäftsfähigkeit: Der Vertrag gilt dann als von Anfang an wirksam (rückwirkende Kraft der Erfüllung!), wenn der Minderjährige die vertragsmässige Leistung mit Mitteln bewirkt, die ihm zu diesem Zwecke oder zu freier Verfügung von dem Vertreter oder mit dessen Zustimmung von einem Dritten überlassen worden sind. Die Ueberweisung braucht natürlich keine ausdrückliche zu sein. Eine stillschweigende kann besonders dann anzunehmen sein, wenn der Minderjährige den Lebensunterhalt sich selbst verdient und der Vertreter (Vater oder Vormund) ihm das Erworbene belässt.

Noch mehr erweitert wird die Geschäftsfähigkeit des Minderjährigen, wenn ihm solche Vermögenstheile mit der Ermächtigung zum selbständigen Betriebe eines Erwerbsgeschäftes überwiesen werden, was freilich der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedarf: alsdann wird er für alle Rechtsgeschäfte unbeschränkt geschäftsfähig, die der Geschäftsbetrieb dieses Erwerbsgeschäftes mit sich bringt (§ 112). Nur die Rechtsgeschäfte sind von seiner so erweiterten Peculiargegeschäftsfähigkeit ausgenommen, zu denen der Vertreter selbst

der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedürfen würde (§§ 1821, 1822).

Ist einmal eine solche Ermächtigung zum Betriebe eines selbständigen Erwäbsgeschäftes ertheilt, so kann sie auch nur mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes zurückgenommen werden, im Interesse der Sicherheit des Verkehrs und weil ja die Genehmigung desselben auch zur Ertheilung der Ermächtigung erforderlich war.¹⁾

Abgesehen von der Ermächtigung zum selbständigen Betriebe eines Erwerbsgeschäftes können die Verhältnisse einen Minderjährigen nöthigen, sich seinen Unterhalt bereits selber dadurch zu beschaffen, dass er in Dienst oder Arbeit tritt. Es wäre sehr lästig sowohl für den Minderjährigen wie für die ihm gegenüberstehende Dienstherrschaft oder Unternehmerschaft in solchen Fällen stets auf die vormundschaftliche Genehmigung zurückkommen zu müssen, die gemeinrechtliche Praxis nahm daher schon vielfach an, dass ein generelles Consens vom Vater oder Vormunde für solche Fälle anzunehmen sei.

Im Gegensatz zum I. Entwurf, der ebenfalls diese Annahme eines Generalconsenses zu Grunde legte, hat das Bürgerliche Gesetzbuch in § 113 die Minderjährigen auf Grund derartiger Ermächtigung persönlich für unbeschränkt geschäftsfähig erklärt für alle Rechtsgeschäfte, welche die Eingehung oder Aufhebung eines Dienst- oder Arbeitsverhältnisses der gestalteten Art oder die Erfüllung der sich aus einem solchen Verhältnisse ergebenden Verpflichtungen betreffen. Auch hier sind die Verträge, zu denen der gesetzliche Vertreter selber der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedarf, also z. B. die Eingehung eines Dienstverhältnisses für länger als 1 Jahr (§ 1822, Nr. 7) ausgenommen. Dagegen bedarf es zur Ertheilung der Ermächtigung, in Dienst oder Arbeit zu treten, keiner Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes. Diese Ermächtigung scheint mir dem römischen Begriffe des *jussus* zu

¹⁾ *Fere quibuscunque modis obligamur, iisdem in contrarium actis liberamur l. 153 D. de regulis juris.*

entsprechen (*l. 1 § 1 § 2 § 4 D. h. t. 15. 4*); sie ist 1) eine einseitige Willenserklärung des Vaters oder Vormunds, die abgegeben werden kann in beliebiger Form, mündlich oder schriftlich, unmittelbar oder mittelbar, vor Zeugen oder ohne solche, ausdrücklich oder stillschweigend; 2) sie kann sich beziehen auf ein einzelnes Geschäft oder auf eine ganze Reihe von Geschäften, kann und wird meistens generell gefasst sein. — Die für den einzelnen Fall ertheilte Ermächtigung gilt (nach gesetzlicher Auslegungsregel) im Zweifel als allgemeine Ermächtigung (§ 113 Abs. 4). 3) Sie kann vor oder bei Abschluss des Geschäftes gegeben werden, auch durch nachträgliche Genehmigung ersetzt werden (*l. 1 § 7 l. 3 pr. h. t. 15. 4*). 4) Sie besteht lediglich in der zustimmenden oder billigenden Erklärung zum Geschäftsabschluss, erforderlich ist weder der Wille, den Minderjährigen zum Abschluss des Geschäftes zu zwingen (*l. 1 § 3 cit.*) noch der Wille, ihn zu bevollmächtigen im Namen des Vertreters zu handeln (*l. 5 § 2 D. 15. 3*). 6) Sie braucht, um wirksam zu sein, dem dritten Contrahenten nicht bekannt geworden zu sein (*l. 3 § 4 D. 4. 4*). Da sie allein vom gesetzlichen Vertreter ertheilt werden kann, so kann sie von diesem auch jeder Zeit ohne Genehmigung des Vormundschaftsgerichts zurückgenommen oder eingeschränkt werden.

Wenn jedoch der Minderjährige nicht unter elterlicher Gewalt, sondern unter Vormundschaft steht und der Vormund die Ermächtigung verweigert, so kann das Vormundschaftsgericht sie ersetzen, wenn sie im Interesse des Mündels liegt (§ 113, 3), in diesem Falle kann natürlich auch nur das Vormundschaftsgericht sie zurücknehmen oder einschränken.

Um dem Minderjährigen noch einen besonderen Schutz bei auf Grund solcher Ermächtigung von ihm eingegangenen Abhängigkeitsverhältnissen zu gewähren, war in der Reichstagscommission ein Zusatz zu § 113 beantragt worden dahin, dass der Vertreter solle die sofortige Auflösung des Dienst- oder Arbeitsvertrages fordern können, wenn durch dessen Fortsetzung die Gesundheit oder die Sittlichkeit des Minderjährigen gefährdet sei. Der Antrag ist nicht angenommen

worden, aber lediglich deshalb, weil der Minderjährige, wie auch, wenn er selbst nicht einwillige, sein Vertreter auch ohne solche Sonderbestimmung auf Grund des § 113, 2 in Verbindung mit § 626, das Dienst- oder Arbeitsverhältniss ohne Einhaltung der Kündigungsfrist aufheben könne.

Eine besondere Vorschrift gibt das Bürgerliche Gesetzbuch noch für einseitige Rechtsgeschäfte (unter Lebenden) des Minderjährigen z. B. Kündigung, Mahnung. Dieselben sind, sofern sie nicht unter die eben gedachten Ausnahmen erweiterter oder unbeschränkter Geschäftsfähigkeit fallen, nicht bedingt, sondern unbedingt unwirksam, wenn der Minderjährige sie ohne die erforderliche Einwilligung (vorherige Zustimmung) des gesetzlichen Vertreters vornimmt. Ueberdiess aber kann, — eine Analogie des in § 174 allgemein für einseitige Rechtsgeschäfte eines Bevollmächtigten aufgestellten Satzes —, der Andere, dem gegenüber das einseitige Rechtsgeschäft vorgenommen ist, dasselbe unverzüglich zurückweisen und dadurch unwirksam machen, wenn der Minderjährige die Einwilligung nicht in schriftlicher Form vorlegt. Die *ratio hujusce legis* liegt in der Unbilligkeit, die darin liegen würde, Personen, welche von solchen einseitigen Rechtsgeschäften berührt werden, unter der Ungewissheit leiden zu lassen, die bis zur Bestätigung durch den Vertreter darüber bestehen würde, ob ihre Rechtslage wirksam verändert sei oder nicht. Daher entfällt dieses Requisit der Schriftform und wird die Zurückweisung unzulässig, wenn der Vertreter den Anderen auf andere Weise von der Einwilligung in Kenntniss gesetzt hat (§ 111). Uebrigens dürfte die Fassung des letzten Satzes des § 111 unabsichtlich zu eng gerathen, und das Zurückweisungsrecht auch dann ausgeschlossen sein, wenn der Andere nicht direct vom Vertreter, sondern auf anderem Wege zuverlässige Kenntniss von der Einwilligung hat (*exceptio doli generalis*). —

Nach dem Reichsgesetz vom 6. Februar 1875 § 28, 2 trat die sog. Ehemündigkeit d. h. die besondere Fähigkeit zum Abschluss einer Ehe, als Ausnahme von der sonstigen Beschränkung der Geschäftsfähigkeit des Minderjährigen, für Männer

mit dem vollendeten 20., für Weiber mit dem vollendeten 16. Lebensjahre ein. Bezüglich der Männer hat nunmehr § 1303 B.G.B. diese Ausnahme beseitigt, auch eine Ehe darf der Mann vor dem Eintritte der Volljährigkeit nicht eingehen. Dagegen ist es für die Frau bei dem früheren Eintritt der Ehemündigkeit mit dem 16. Lebensjahre verblieben. — Männern, obwohl sie erst mit dem 21. Jahre ehemündig werden, kann kein Dispens von dem Erfordernisse der Volljährigkeit bewilligt werden, wohl aber — ein sanitär und moralisch bedenkliches Privilegium — den Frauen, die also eventuell noch vor dem 16. Lebensjahre heirathen können. Der hin und wieder particularrechtlich noch geltende Satz: Heirath macht mündig, ist beseitigt.

Es erübrigt, die Geschäftsfähigkeit der Minderjährigen zu Rechtsgeschäften von Todeswegen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch zu bestimmen. Die *testamentifactio activa* der Minderjährigen ist durch § 2229 B.G.B. um zwei Jahre gegen das römische Recht hinausgerückt; nach dem vollendeten 16. Lebensjahre kann ein Minderjähriger ohne Zustimmung des gesetzlichen Vertreters ein Testament errichten, vorher (§ 2064) überhaupt nicht. Auch nach dem vollendeten 16. Lebensjahre kann er es nur in einer Form errichten, nämlich durch mündliche Erklärung vor einem Richter oder vor einem Notar, nicht aber schriftlich, weder *privatim* noch durch Uebergabe an einen Richter oder Notar (§§ 2238 Abs. 2, 2247). Erbverträge lässt das Bürgerliche Gesetzbuch nur unter Volljährigen zu, nur Ehegatten und Verlobte können trotz Minderjährigkeit sowohl Ehe- und Erbverträge (*uno actu*) als auch blosse Erbverträge schliessen. (§ 2275.)

Zu einem Erbverzicht ist, auch bei dem unter elterlicher Gewalt stehenden Minderjährigen, die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts erforderlich, es sei denn dass der Vertrag lediglich unter Ehegatten oder unter Verlobten geschlossen wird (§ 2347.)

Wir kommen endlich auf die Delictsfähigkeit der Minderjährigen. Wie es mit derselben nach römischem Rechte sich verhielt, ist oben dargestellt. Gemeinrechtlich aber bestand seit dem deutschen Strafgesetzbuch eine Controverse darüber,

ob mit Hinsicht auf § 56 des St.G.B. auch auf civilrechtlichem Gebiete bis zum zurückgelegten 18. Lebensjahre die Haftbarkeit von der individuellen Reife (*doli capacitas* und *rei intellectus*) abhängig zu machen und überdiess diese individuelle Reife aus den im Strafgesetzbuche festgestellten Gesichtspunkten zu beurtheilen sei. Dernburg (Preuss. Privatrecht § 119 Nr. 5, Pandekten I § 55 S. 128) bejahte dies, während z. B. v. Mandri, Reichscivilrecht S. 5 u. 8 mir mit Recht für die Verneinung einer Einwirkung jener strafgesetzlichen Bestimmung auf das gemeine Civilrecht einzutreten scheint; „denn principiell und abgesehen von den Bestimmungen des positiven Rechtes differiren civilistische und criminalistische Zurechnungsfähigkeit; das innere Verhältniss derselben würde aber nur den Schluss rechtfertigen, dass, wo criminalistische Zurechnungsfähigkeit (als das Plus) anerkannt ist, die civilrechtliche (als das Minus) nicht fehlen kann.“ Auch das römische Recht hat die Identificirung der civilrechtlichen und criminalistischen Zurechnungsfähigkeit, ungeachtet sich seine Bestimmungen über beide nach Regel und Ausnahme decken, keineswegs nachweisbar zum Princip erhoben und die Bestimmungen über strafrechtliche Zurechnungsfähigkeit auch nach der civilrechtlichen Seite hin nicht für massgebend erklärt.

Auch das Bürgerliche Gesetzbuch lässt die Analogie des Strafrechts nicht durchaus, sondern nur mit der Erweiterung walten, dass die civilrechtliche Zurechnungsfähigkeit schon, wie nach römischem Recht, mit dem vollendeten 7. Jahre möglich wird: Nach § 828 ist, wer das 7. Lebensjahr noch nicht vollendet hat, für einen Schaden, den er einem Anderen zufügt, nicht verantwortlich; wer das 7., aber nicht das 18. Lebensjahr vollendet hat, ist dann verantwortlich, wenn er bei der Begehung der schädigenden Handlung die zur Erkenntniss der Verantwortlichkeit erforderliche (concrete) Einsicht hat. Diese Einsicht gehört als Klagfundament zur Beweislast des Geschädigten.

III. Durch Kaiserliches Rescript (Tit. *Cod. de his qui veniam* 2, 45) konnten nach römischem Rechte Minderjährige, Männer nach Vollendung des 20., Weiber nach Vollendung des 18. Lebensjahres auf ihren Antrag für grossjährig erklärt

werden. Gemeinrechtlich wurde die Grossjährigkeitserklärung den Vormundschaftsgerichten überlassen. Durch sie wurde die Bevormundung aufgehoben, der für grossjährig Erklärte wurde veräußerungs- und verpflichtungsfähig, nur die Veräußerung von Grundstücken blieb an die Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes gebunden. Nach § 3 u. 4 B.G.B. kann jeder Minderjährige, einerlei ob Mann oder Weib, nach vollendetem 18. Lebensjahr mit seiner Einwilligung (vorherigen Zustimmung) durch Beschluss des Vormundschaftsgerichtes für volljährig erklärt werden; doch ist, wenn er unter elterlicher Gewalt steht, auch die Einwilligung des Gewalthabers erforderlich, ausgenommen bei einer minderjährigen Wittve oder, wenn dem Gewalthaber aus gewissen Gründen (§§ 1635, Ehescheidung, 1647, Concurseröffnung, 1666, Zwangserziehung 1670, 1676—1681, Ruhen der elterlichen Gewalt) weder die Sorge für die Person noch die Sorge für das Vermögen des Kindes zusteht.

Durch die Volljährigkeitserklärung erlangt der Minderjährige die volle Rechtsstellung eines Grossjährigen, die römische Beschränkung bezüglich der Grundstücke ist beseitigt. Er wird insbesondere auch ehemündig. Während nach römischem Rechte, wo Minderjährigkeit und väterliche Gewalt durchaus getrennte Begriffe waren, auch der grossjährige Haussohn unter väterlicher Gewalt blieb, so lange er nicht emancipirt ward, beseitigt nach § 1626 B.G.B. die Volljährigkeitserklärung auch die elterliche Gewalt.

§ 5.

Geisteskrankheit. Geistesschwäche. Verschwender.
Trunksucht. Entmündigung.

Literatur: Juristische: l. 25 *Cod. de nuptiis* 5. 4. l. 8 § 1 *D. de tut. dat.* 26. 5. l. 6. *D. de curat. fur.* 27. 10. l. 28 *Cod. de episc. aud.* 1. 4. l. 28 § 1 *Cod. de admin.* 5. 37. l. 2 *D. de post.* 3. 1. l. 21 *D. de reb. auct. jud.* 32. 5. § 4 *J. de cur.* I 23. *Cicero, Tusc.* III. 5. *Pernice, Labeo* I S. 324 ff. *Audibert, la folie et la prodigalité in nouvelle revue historique* Bd. 14 S. 846 ff. und *études sur l'histoire du droit romain* I 1892. *Savigny-Zeitschrift* Bd. 14. S. 260. *Adamkiewicz, Rechtsbegriff der Curatel* S. 35 ff. *Steiniger, Entmündigung des Verschwenders* 1890. *Ad. Schwarz, Entmündigung des Verschwenders*, Tübingen 1891. Medicinische: *Mendel in Eulenburgs Vierteljahrsschrift für gerichtl. Medicin n. F.* Bd. 49. 2. *Ziehen, Psychiatrie, Einleitung u. S.* 399–453.

I. Handlungsfähigkeit im juristischen Sinne ist nicht die psychologische Fähigkeit schlechthin, Handlungen vorzunehmen, sondern die Handlungsfähigkeit eines geistig normal entwickelten, gesunden Menschen. Sie wird deshalb abgesehen von der normalen Rückständigkeit der geistigen Entwicklung des Kindesalters auch ausgeschlossen durch abnorme über das Kindesalter hinausreichende Rückständigkeit der Entwicklung oder durch pathologische Störungen, denen der anfänglich geistig-gesunde Mensch anheimfallen kann, durch abnorme Geistesschwäche und durch Geisteskrankheit. Anscheinend trennten schon die Römer diese beiden Ursachen der juristischen Handlungsfähigkeit, indem sie *furiosi*, Wahnsinnige, von den *dementes* oder *menti capti, insani, fatui* unterschieden; die XII Tafeln stellten die *furiosi* unter die *potestas* der Agnaten, eventuell der Gentilen, später unter eine von Rechtswegen eintretende Curatel. Die *dementes* erhielten einen Curator vom Magistrat. Bestimmungen, welche für die *dementes* getroffen waren, betrafen die *furiosi* nicht direct, sondern nur in analoger Ausdehnung. Im Justinianischen Rechte ist aber jedenfalls mehr ein Unterschied der rechtlichen Behandlung für beide Kategorien zu constatiren.

Auch das Bürgerliche Gesetzbuch unterscheidet (§ 6, § 104, § 114.) 1) Geisteskrankheit und 2) Geistesschwäche.

3) Daneben kennt es den Begriff einer „krankhaften Störung der Geistesthätigkeit, welche die freie Willens-

bestimmung ausschliesst“ und zwar eine dauernde (§ 104) oder vorübergehende (§ 105), endlich den (vorübergehenden) Zustand der Bewusstlosigkeit (§ 105).

Die rechtlich sehr erhebliche Definition dieser verschiedenen Begriffe und ihr Verhältniss zu einander ist nicht so einfach und verdient eine genauere Berücksichtigung, als gewöhnlich angenommen wird. Welchen Werth das Bürgerliche Gesetzbuch auf diese Unterscheidungen legt, erhellt aus den sehr verschiedenen Rechtsfolgen, die es an die Constatirung der einzelnen Begriffe für die Geschäftsfähigkeit knüpft: 1. Der Geisteskranke und Geistesschwache kann entmündigt werden, wenn er in Folge seiner Krankheit oder Schwäche seine Angelegenheiten nicht zu besorgen vermag. Nach der Entmündigung ist der Geisteskranke absolut geschäftsunfähig (§ 104, 3), der Geistesschwache dagegen beschränkt geschäftsfähig, letzterer steht einem Minderjährigen gleich, der das 7. Lebensjahr vollendet hat (§ 114).

2) Wer sich in einem die freie Willensbestimmung ausschliessenden Zustande krankhafter Störung der Geistesthätigkeit befindet, sofern nicht der Zustand seiner Natur nach ein bloss vorübergehender ist, ist absolut (allgemein) geschäftsunfähig (§ 104, 1).

3) Bei dem sog. Bewusstlosigkeitszustande und bei vorübergehender Störung der Geistesthätigkeit, welche die sog. freie Willensbestimmung ausschliesst, ist nur die concrete in solchem Zustande abgegebene Willenserklärung nichtig (§ 105).

4) Die Frage der Delictsfähigkeit ist dagegen beim Geisteskranken in jedem einzelnen Falle durch eine Prüfung seiner Zurechnungsfähigkeit bedingt: Der wegen Geisteskrankheit Entmündigte ist nicht allgemein delictsunfähig; nach § 827 B.G.B. ist, „wer im Zustande der Bewusstlosigkeit oder in einem die freie Willensbestimmung ausschliessenden Zustande krankhafter Störung der Geistesthätigkeit einem Anderen Schaden zufügt, für den Schaden nicht verantwortlich“. Dagegen ist der Geistesschwache, da er einem Minderjährigen gleich steht, der das 7. Lebensjahr vollendet hat, nach § 828

B.G.B. „für einen Schaden, den er einem Andern zufügt, nicht verantwortlich, wenn er bei der Begehung der schädigenden Handlung nicht die zur Erkenntniss der Verantwortlichkeit erforderliche Einsicht hat“.

Die richtige Anwendung dieser so verschiedenen Bestimmungen fordert unbedingt eine gewisse allgemeine Orientirung über den gegenwärtigen Standpunkt der Psychiatrie. Denn wenn auch selbstverständlich der Jurist die thatsächliche Feststellung des den gesetzlichen Voraussetzungen entsprechenden concreten rein medicinischen Sachverhaltes ausschliesslich dem psychiatrischen Sachverständigen zu überlassen hat, so ist doch eine gewisse allgemeine Kenntniss des gegenwärtigen psychologischen und psychiatrischen Wissens für ihn unentbehrlich sowohl deshalb, weil häufig gerade der Jurist die erste Veranlassung hat, die Frage der civilistischen oder criminellen Zurechnungsfähigkeit anzuregen, überhaupt die Initiative zu einem sachverständigen Gutachten zu nehmen, als auch um den Sachverständigen, der nur ein Gehülfe des Richters werden soll, verstehen und sein Gutachten durch zweckentsprechende Fragen in die richtigen Bahnen leiten zu können. Die Wichtigkeit der Psychologie und daneben der Psychiatrie als Hilfswissenschaft der Jurisprudenz ist leider bislang vielfach verkannt und daher von Seiten der Juristen nicht nur in der Rechtsprechung, sondern selbst in der Gesetzgebung positiv und negativ stark gesündigt worden. Vor allem tritt dies jetzt noch hervor in der gesetzlichen Aufstellung des wissenschaftlich sehr bedenklichen Kriteriums der sog. freien Willensbestimmung. Weit entfernt die Willensfreiheit durchaus leugnen zu wollen,¹⁾ muss ich sie doch für ein rein metaphysisches Problem erklären, das für eine positive Gesetzesdefinition, für eine Begriffsbestimmung der civilistischen und criminellen Verantwortlichkeit den denkbar ungeschicktesten Ausgangspunkt bildet.

Die empirische Psychologie kennt keine freie Willensbestimmung, ja sie kennt überhaupt kein abstractes Willensver-

¹⁾ Vgl. meinen Schuldbegriff S. 78–139. (Der Schuldbegriff von Dr. L. Kuhlenbeck, Leipzig (Hirschfeld). 1892).

mögen, wie es zu den Lehren der gänzlich überwundenen leeren Scholastik der sog. rationalen Psychologie gehörte. Die ältere Jurisprudenz stand der Wahrheit immer noch näher, wenn sie als Kriterium der Zurechnungsfähigkeit den normalen Vernunftgebrauch hinstellte, obwohl auch der Begriff der Vernunft, — die meisten Psychologen verstehen darunter im Gegensatz zum Verstande die Fähigkeit zu abstracten Vorstellungs- und Urtheils-Combinationen im Gegensatz zu sinnlichen —, ein sehr unsicherer war. Praktisch brauchbar wird das Kriterium der sog. freien Willensbestimmung nur, wenn man darunter die von psychischen Störungen oder Hemmungen freie normale Urtheilskraft versteht.

Nun ist es richtig, dass nicht jede sog. Geisteskrankheit eine solche Störung oder Hemmung sofort verursacht. Insofern steht das Gesetzbuch, wenn es diejenige krankhafte Störung der Geistesthätigkeit, „welche die freie Willensbestimmung ausschliesst“, von der Geisteskrankheit überhaupt unterscheidet oder vielmehr ihr als qualificirten Sonderfall subordinirt, mit der Wissenschaft im Einklang. Wissenschaftlich ist eine Geisteskrankheit (Psychose) zunächst nichts als Erkrankung der Hirnrinde. Eine solche Erkrankung kann sich nun anfänglich bloss durch Störungen oder Hemmungen der primitivsten Elemente des Seelenlebens, der Empfindungen, weiter aber auch durch Störungen der Erinnerungsbilder und Vorstellungen, ferner durch Störungen der Affecte und intellectuellen Gefühlstöne und schliesslich durch Störungen des zwischen diesen primitiven und secundären Elementen der Seele verlaufenden Processes der Ideenassociation geltend machen. Aus allen diesen Störungen können sich, da der sog. Wille und die von ihm bedingte Handlung nichts als eine nothwendige Resultante dieses Processes ist, Störungen des Handelns ergeben. Erst die letzteren fordern das Interesse des Juristen heraus. Handlungen können bedingt sein durch Empfindungsstörungen (z. B. Sinnes-täuschungen), durch Defecte des Vorstellungsvermögens (Zwangsvorstellungen), des Erinnerungsvermögens, durch Affectstörungen (krankhafte Reizbarkeit, Exaltation, Apathie, partielles Fehlen der Gefühlstöne, besonders der ethischen Begriffe, endlich durch Störungen der Ideenassociation (Beschleunigung,

Verlangsamung, Incohärenz). Erst sobald diese Störungen bei einer Geisteskrankheit den Grad erreichen, dass der Kranke in Folge dessen „seine Angelegenheiten nicht mehr zu besorgen vermag“, und nur dann ist zunächst die gesetzliche Voraussetzung der Entmündigung gegeben. Während es ausschliesslich Sache des Mediziners ist, jene Störungen selber festzustellen, ist die Beurtheilung der practischen Folge nicht ausschliesslich dessen Sache, sie schliesst vielmehr ein juristisches und auch rein praktisch-geschäftliches Urtheil ein, das der Jurist und der vernünftige Laie controliren kann. Keineswegs ist daher jeder im medizinischen Sinne Geisteskranke ohne Weiteres zu entmündigen. Es gibt Psychosen, z. B. Neurasthenie, melancholische Verstimmung, in denen der Kranke, wenn auch unter etwas erschwerten Bedingungen, ungeachtet einzelner Störungen, z. B. Gemüthsdepression, selbst Zwangsvorstellungen, selbst Sinnestäuschungen, so lange er deren blosser Subjectivität beherrscht, noch sehr wohl zur Besorgung seiner Angelegenheiten fähig ist. Innerhalb der einzelnen Geisteskrankheit handelt es sich hier lediglich um eine nur mit Hülfe des Arztes zu erledigende *quaestio facti*.

Wenn das Gesetz von der Geisteskrankheit die Geisteschwäche unterscheidet, so ist es aber zweifelhaft, ob unter letzterer auch der erworbene Schwachsinn zu verstehen sein soll. Eine Geisteskrankheit kann nämlich soweit gedeihen, dass sie Vorstellungen völlig zerstört, die bei dem gesunden Menschen stets vorhanden sind und das Handeln beeinflussen; am ersten sind dieser Zerstörung gerade die abstracten Begriffe des Rechtes und der Ethik (z. B. Eigenthum, Pflicht, Recht, Unrecht) ausgesetzt. Die Psychiatrie bezeichnet als solche erworbene Defectpsychosen *dementia paralytica* (sog. Gehirn-erweichung), *dementia senilis* (Altersblödsinn), die nach verschiedenen unheilbaren sonstigen Psychosen eintretende secundäre Demenz, die *dementia epileptica* und endlich *dementia alcoholica*, letztere eine häufige Folge des chronischen Alkoholismus, die in ihren Anfangsstadien nur zu häufig übersehen wird. Diesen ist die angeborene Geistesschwäche gegenüberzustellen, die von den Psychiatern nach drei Grad-

abstufungen als Idiotie, Imbecillität und Debität classificirt wird.

Die erstere der drei Gradabstufungen des angeborenen Schwachsinn's wird selbst von Laien nie verkannt, die zweite schon eher, obwohl das Urtheilen des Imbecillen sich meist auf die Verknüpfung von Empfindungen mit einfachen concreten Partialvorstellungen und Begriffen beschränkt, ihm auch zwar das Addiren und Subtrahiren, aber fast niemals das Multipliciren gelingt.¹⁾ Sehr leicht aber übersieht der Laie den geringsten Grad der angeborenen Geistesschwäche, die Debität.²⁾ Diese ist, da sich bei den debilen Individuen vielfach auch abstracte Begriffe leidlich entwickelt finden und dann nur die ethischen Gefühlstöne fehlen, oft schwer von einer bloss mangelhaften Erziehung zu unterscheiden. Selbst der psychiatrische Sachverständige kann hier eine sichere Diagnose vielfach erst neben selbstverständlicher körperlicher Untersuchung auf längere Beobachtung stellen.

„Durch abgelauschte, auswendig gelernte Phrasen und äussere Routine verdecken sie ihrer Umgebung gegenüber den intellectuellen Defect oft vollständig. Die weitere Lebensentwicklung hängt nun sehr von der socialen Stellung ab. Der debile Sohn des Reichen ist niemals regelmässig bei der Arbeit, spielt den Eleganten, ergibt sich dem Spiel, macht Schulden und vergreift sich gelegentlich an der Kasse seines Principals. Der Sohn des Aermern verfällt der Vagabondage. Meist gelangt er schon früh auf die Verbrecherlaufbahn, da schon früher eine gesetzliche Befriedigung seiner egoistischen Affecte in Folge seiner pecuniären und socialen Lage, welche ihm Borgen und Schuldenmachen nicht gestattet, unmöglich ist. Alkoholexcesse fehlen sehr selten.“³⁾

¹⁾ Ziehen, Psychiatrie S. 404.

²⁾ Die bisherige juristische Terminologie versteht unter *debiles* sog. bresthafte Personen, die wegen körperlicher Gebrechen ihre Angelegenheiten nicht selbst besorgen können und daher auf ihr Ansuchen einen Curator erhalten.

³⁾ Ziehen, a. a. O. S. 408.

Nach dieser allgemeinen Characteristik der erworbenen und angeborenen Geistesschwäche kann die gesetzliche Regelung des Bürgerlichen Gesetzbuchs, die den entmündigten Geistesschwachen hinsichtlich der Geschäftsfähigkeit höher stellt, als den entmündigten Geisteskranken, indem sie ersteren (§ 114) einem Minderjährigen gleichstellt, der das 7. Lebensjahr vollendet hat, ihn also für beschränkt geschäftsfähig erklärt, letzteren dagegen für schlechthin geschäftsunfähig erklärt (§ 104, 2), nicht als gerechtfertigt erscheinen. Einzelnen Geisteskrankheiten, bzw. gewissen Stadien derselben gegenüber muss nicht nur die erworbene Geistesschwäche, sondern auch die Idiotie und Imbecillität als der bei weitem erheblichere Defect erscheinen.

Man kann übrigens nach dem Wortlaut des Gesetzes, wie schon bemerkt, zweifeln, ob nicht richtiger die erworbene Geistesschwäche im Sinne des Gesetzes unter den Begriff der Geisteskrankheit fällt; ich meinerseits bin geneigt, dies zu bejahen, da man sonst zu dem absurden Resultate käme, den Geisteskranken, wenn seine Krankheit sich bis zur Demenz entwickelt, in der juristischen Handlungsfähigkeit avanciren zu lassen. Um so mehr tritt damit zu Tage, dass der Standpunkt des Justinianeischen Rechtes, das Geistesranke und Geistesschwache principiell gleich behandelte, richtiger war, als der jetzige des Bürgerlichen Gesetzbuchs; sodann, dass der moderne Gesetzgeber seine Regelung ohne jede zuvorige Orientirung bei der Psychiatrie getroffen hat.

Eine besondere Erklärung fordert endlich noch der in § 106 u. 827 B.G.B. nach dem Vorgange des § 51 des St.G.B. vorkommende Begriff des „Zustandes der Bewusstlosigkeit“. Wie schon die bisherige Criminalpraxis ausser Zweifel lässt, ist dabei keineswegs an Bewusstlosigkeit im wörtlichen Sinne zu denken. Andernfalls würden diese Bestimmungen nie praktisch werden können, ja absurd sein. Denn im Zustande vollkommener Bewusstlosigkeit sind psychische Vorgänge, geschweige denn Handlungen und Willenserklärungen unmöglich. Erst das Bewusstsein ¹⁾ scheidet das Psychologische vom

¹⁾ Ungeachtet aller Philosophie des Unbewussten. Vgl. Ziehen. Leitfaden der Physiologischen Psychologie (Jena 1893) S. 4.

rein Physiologischen. Es sind in Wahrheit mit jenem unpassenden Worte nur gewisse Bewusstseinstrübungen, abnorme Bewusstseinszustände gemeint, bei denen das Gesamtbewusstsein bzw. die volle Persönlichkeit des Individuums theilweise latirt und für die ein ziemlich sicheres Kriterium *ex post* der Mangel einer diese Zustände mit dem normalen Wachbewusstsein verbindenden Erinnerungsbrücke bildet (Amnesie). Es gehören hierher das Schlafwandeln, Somnambulismus, Traumbewusstsein, Fieberdelirien, sog. Dämmerzustände der Epileptiker, endlich vor allem die zur Zeit so viel geübte Hypnose und die Bewusstseins-Alterationen auf Grund alkoholischer Intoxication.

In Anschluss besonders an letztere haben wir eine neue Bestimmung des Bürgerlichen Gesetzbuchs, durch die die sog. *actio libera in causa* allerdings mit Beschränkung auf den Schuldgrad der Fahrlässigkeit civilrechtliche Sanktion erhält, als durchaus anerkennenswerthen Fortschritt zu begrüßen. Hat sich nämlich Jemand „durch geistige Getränke oder ähnliche Mittel in einen vorübergehenden Zustand dieser Art versetzt, so ist er für einen Schaden, den er in diesem Zustande widerrechtlich verursacht, in gleicher Weise verantwortlich, wie wenn ihm Fahrlässigkeit zur Last fiel; die Verantwortlichkeit tritt nicht ein, wenn er ohne Verschulden in den Zustand gerathen ist“. (§ 827 S. 2.)

Ueber diesen, einer logischen Rechtsauslegung wohl auch nach gemeinem Pandektenrecht schon deduzirbar erscheinenden Satz geht noch hinaus die positive Bestimmung des § 829: Es soll darnach sowohl der, welcher in einem Zustande der „Bewusstlosigkeit oder in einem die „freie Willensbestimmung ausschliessenden“ Zustande krankhafter Störung der Geistesthätigkeit delictisch handelt, als auch im gleichen Falle das Kind unter 7 Jahren und der Geistesschwache, ungeachtet der verneinten Verantwortlichkeit den von ihm verursachten Schaden gleichwohl insoweit ersetzen, als die Billigkeit nach den Umständen, insbesondere nach den Verhältnissen der Betheiligten, eine

Schadloshaltung erfordert und ihm nicht die Mittel entzogen werden, deren er zum standesmäßigen Unterhalte sowie zur Erfüllung seiner gesetzlichen Unterhaltungspflichten bedarf (§ 829). Es handelt sich hier um die Singularität eines Schadenersatzanspruchs ohne Verschulden. Die Commission¹⁾ war sich bewusst, dem individuellen Ermessen des Richters damit eine schwierige Aufgabe zu überweisen; ihre Mehrheit meinte, es sei darauf zu vertrauen, dass die Rechtsprechung im einzelnen Falle unter Würdigung aller in Betracht kommenden Verhältnisse zu einer dem gesunden Rechtsgefühl entsprechenden Entscheidung gelangen werde.

II. Einen grossen Fortschritt weist unser Bürgerliches Gesetzbuch auf, sofern es neben Geisteskrankheit und Geisteschwäche und der gleich unter III. zu behandelnden Verschwendung die Trunksucht als selbständigen Entmündigungsgrund eingeführt hat (§ 6, 3). Bislang kam dieses Laster nur als ätiologisches Moment der Geisteskrankheit oder Geistesschwäche oder der Unzurechnungsfähigkeit *in concreto* oder auch der Verschwendung zur Geltung. Das Privatrecht verkannte, dass ihm auch eine sittlich erziehende und zum mindesten eine vorbeugende Aufgabe zukommt und dass ihm diese Aufgabe vor allem gegen den die grösste Gefahr für die Volksgesundheit bildenden Alkoholismus, den Wein-, Bier- und Branntwein-Teufel obliegt.

In der That aber ist der Alkohol eines der bedenklichsten Gifte, das zumal die Gesundheit des deutschen Volkskörpers bedroht und einer allmählichen Degeneration entgegenführen muss, wenn nicht noch die ernstesten gesetzgeberischen und erzieherischen Massregeln zu seiner Bekämpfung ergriffen werden.²⁾ Hier ist nicht der Ort, um die schädlichen Wirkungen auch verhältnissmässig geringer Quantitäten spirituöser Getränke auf den Körper, wie sie gerade

¹⁾ Vgl. Reatz, I S. 382.

²⁾ Vgl. Bunge, die Alkoholfrage, Leipzig 1887. Vor allem Ziehen, Einfluss des Alkohols auf das Nervensystem. (Im Verlag des Deutschen Vereins gegen Missbrauch geistiger Getränke, Hildesheim 1896.)

neuerdings mit grösster wissenschaftlicher Genauigkeit erwiesen sind, darzustellen, — der regelmässige Genuss grösserer Quantitäten, zumal in der concentrirten Form des Branntweins, führt unabweislich lange, bevor er sein Opfer tödtet oder in Säuferdelirium, alkoholische Demenz, Alkoholmanie oder Alkoholparanoia stürzt und somit dem eigentlichen Geisteskranken gleichstellt, zu einer Charakter-Degeneration; „der unaufhaltsame Niedergang der Willenskraft lässt alle Besserungsvorsätze zu Schanden werden“, — „die alkoholistische psychische Degeneration (ohne ausgeprägte Psychose) ist charakterisirt durch eine zunehmende Schwäche des Gedächtnisses, Verlangsamung der Auffassung und des Urtheils und Verlust der ethischen und ästhetischen Vorstellungen und Gefühle. Lügenhaft und verleumderisch, jähzornig und doch feig sind fast alle Alkoholisten.“¹⁾

Der Richter hat den vornehmen Beruf, dieser das eigene Wohl des Trinkers und seiner Familie, wie nicht minder die Gesellschaft (90 % aller Verbrecher sind Alkoholisten) gefährdenden Degeneration bei Zeiten zu steuern und den Trinker einer Heilanstalt zu überweisen. Dies ist ihm jetzt durch § 6, 3 S. 3 des B.G.B. ermöglicht. Trunksucht im Sinne dieses Paragraphen ist der gewohnheitsmässige, übermässige Genuss des Alkohols in irgend welchen Formen, also nicht bloss Branntweingenuss, sondern auch der Genuss von Bier, Wein oder etwaigen sonstigen berauschenden Getränken. Die Trunksucht braucht auch keine continuirlich dauernde zu sein, nüchterne Zwischenperioden sichern den Trinker nicht, insbesondere ist auch der sogenannte Quartalsäufer der Entmündigung nicht entzogen. Ein Antrag in der Reichstagscommission, den Quartalsäufer durch den Zusatz „dauernder“ (Trunksucht) von der Entmündigung auszuschliessen, ist von der Majorität ausdrücklich abgelehnt worden, da von anderer Seite dargelegt wurde, dass der Zustand des Quartalsäufers für die wirthschaftlichen und Familienverhältnisse des Betreffenden keineswegs weniger schlimm, ja wegen der ausserordentlichen Intensität, mit der dieses Laster auftrate, noch gefährlicher

¹⁾ Ziehen, Psychiatrie S. 224.

sei, als andere Formen der Trunksucht. (Bericht der Reichstagscommission S. 8.) Neben dieser Thatsache der Trunksucht d. h. des unwiderstehlichen Hanges zum unmässigen Genuss berauschender Getränke muss aber, um die Entmündigung zu rechtfertigen, eine von drei alternativ neben einander stehenden Wirkungen derselben in die Erscheinung getreten sein:

1. Es genügt, dass der Gewohnheits-Trinker in Folge der Trunksucht „seine Angelegenheiten nicht mehr zu besorgen vermag“. Dieses Kriterium ist ein rein individuell zu bestimmendes, je nach dem Stande und der Stellung des Trinkers in der Gesellschaft leichter oder schwerer eintretendes Symptom. Unter Angelegenheiten sind keineswegs blosse Rechtsangelegenheiten zu verstehen, sondern die persönlichen Interessen im weitesten Sinne, Geschäfts-, Berufs-, Familienangelegenheiten. Darnach wird ein Trinker, der einen grossen Kreis derartiger Angelegenheiten hat, beispielsweise ein Familienvater, der zugleich eine wichtige Berufsstellung bekleidet, eher in Gefahr kommen, aus diesem Gesichtspunkte entmündigt zu werden, als etwa ein alleinstehender Arbeiter, der nur einen äusserst beschränkten Kreis an die intellektuelle Fähigkeit geringe Anforderungen stellender Angelegenheiten hat.¹⁾

2. Es genügt, dass der Gewohnheitstrinker „sich oder seine Familie der Gefahr des Nothstandes aussetzt“. Diese Bedingung fällt keineswegs, wie es auf den ersten Blick scheinen könnte, mit der ersteren Voraussetzung zusammen. Es gibt Trinker, die zwar ihre Angelegenheiten wohl noch besorgen können, wenn sie wollen, z. B. die geschickte Arbeiter sind, die aber zu Folge der aus der Alkoholintoxication resultirenden Charakterdepravation sich freiwillig dem Müssiggang und der Liederlichkeit ergeben; es kommt vor, dass solche Gewohnheits-Trinker bei regelmässigem Wirthshausleben wohl für ihre eigene Person Sorge tragen, aber ihre Familie darben lassen, indem sie ihren gesammten Verdienst in die Kneipe tragen. Dieser Trinkertypus ist eigentlich nur

¹⁾ Dies gegen die sozialdemokratische Befürchtung, Bericht der Reichstags-Comm. S. 8 Reichst.-Sitz.-Prot. (Sitz. 109 S. 2730).

eine Spezies des Verschwenders, nur dass diese Verschwendung nicht aus einem allgemeinen Hang zur Verschwendung, sondern nur der Trunksucht entspringt; auch der blosse Müssiggang, der, wie wir sehen werden, einen Menschen noch nicht zum Verschwender stempelt, genügt, wenn er eine Folge der Trunksucht ist und zum Nothstand, insbesondere zu vagabondirender Bettelei und Vernachlässigung der Familienpflichten führt.

3. Es genügt, dass ein Gewohnheits-Trinker, bei dem weder die erste noch die zweite Voraussetzung zutrifft, wiederholt im berauschten Zustande Gewaltthätigkeiten gegen Andere ausgeübt oder auch nur ernstlich gedroht hat: er gefährdet in Folge seiner Trunkenheit die Sicherheit seiner Nebenmenschen.

Die Wirkung der Entmündigung des Trunksüchtigen ist die, dass er unter Vormundschaft gestellt wird und hinsichtlich der Geschäftsfähigkeit einem Minderjährigen gleichgestellt ist, der das siebente Lebensjahr vollendet hat. Er erhält demnach einen Vormund. Auch „ruht“ die elterliche Gewalt des Entmündigten (§ 1676). Ihre Ausübung geht (mit Ausnahme der Nutzniessung am Kindesvermögen) zunächst auf die Mutter über, wenn eine Ehe besteht; auch wenn die Ehe aufgelöst ist, hat das Vormundschaftsgericht der Mutter auf ihren Antrag die Ausübung zu übertragen, wenn keine Aussicht besteht, dass der Grund des Ruhens wegfallen werde; in diesem Falle erlangt die Mutter auch die Nutzniessung an dem Vermögen des Kindes. Wenn keine Mutter da ist, ist ein Vormund für die minderjährigen Kinder zu bestellen. Doch steht dem Entmündigten neben der Mutter bzw. dem Vormunde noch die Sorge für die Person des Kindes zu; nur ist er nicht zur Vertretung des Kindes berechtigt, und bei Meinungsverschiedenheit zwischen dem gesetzlichen Vertreter und ihm geht die Meinung des Ersteren vor (§ 1676). Dagegen befreit ihn die Entmündigung an sich nicht von der delictischen Verantwortlichkeit. Diese unterliegt der concreten Untersuchung im einzelnen Falle, wobei der unter I erwähnte § 827 B.G.B. zur Anwendung kommt. Die Geschäftsfähigkeit des Gewohnheitstrinkers bis zur Entmündigung

ist eine unbeschränkte.¹⁾ — Die Unfähigkeit zur Errichtung eines Testamentes, eine weitere spezielle Folge der Entmündigung, die über die Beschränkung des Minderjährigen hinausgeht, tritt schon mit der Stellung des Antrags ein, auf Grund dessen die Entmündigung erfolgt (§ 2229). Dem Trinker fehlt in der Regel die erforderliche Widerstandsfähigkeit gegen ungehörige Beeinflussung durch Andere, weshalb zu besorgen ist, dass er von dem Rechte, ein Testament zu errichten, nur zum Nachtheil seiner Familie Gebrauch machen werde. Der Wegfall der *testamenti factio* mit der Stellung des Antrags hat seinen Grund in der Gefahr, dass der Trinker gerade die Zeit von der Stellung des Antrags bis zur Entmündigung noch benutze, um aus unlauteren Beweggründen, etwa aus Rachsucht, sein Vermögen durch letztwillige Verfügung der Familie zu entziehen.

Wünschenswerth wäre es, wenn die Zulässigkeit der Entmündigung vom Trunksüchtigen auch auf andere moderne Laster, durch die ohne Alkoholgenuss durch Gebrauch anderer Nervengifte, z. B. Morphium, die Dispositionsfähigkeit beeinträchtigt wird, ausgedehnt würde.

III. Das römische Recht (*l. 1 pr. D. de curator. urios. 27. 10. l. 12. § 2 D. de tutoribus 26, 5. Pauli sentent. III 4a § 7*) stellte auch den Verschwender hinsichtlich der Handlungsfähigkeit dem *furiosus*²⁾ gleich, aber erst auf Grund eines ausdrücklichen prätorischen Interdicts.³⁾ Er erhielt einen Curator, auf den die Administration seines Vermögens übertragen wurde. Auch zu letztwilligen Verfügungen war der Verschwender unfähig. Dagegen ist es selbstverständlich, dass er sich durch Delicte verpflichten konnte.

Das Bürgerliche Gesetzbuch gestattet ebenfalls die Entmündigung des Verschwenders, in seiner Definition schliesst es sich an das prätorische Interdict an, sofern gefordert wird,

¹⁾ Wie beim Verschwender, tritt die Beschränkung der Geschäftsfähigkeit erst ein durch den Entmündigungsbeschluss.

²⁾ Dem *furiosus*, nicht dem Pupillen. Vgl. Brintz, Pand. § 54. 1.

³⁾ *Quando tibi bona paterna avitaque nequitia tua disperdis liberosque tuos ad egestatem perducis, ob eam rem tibi ea re (alieno aere) commercioque interdico. Pauli sentent. a. a. O.*

dass Jemand durch die Verschwendung sich oder seine Familie der Gefahr des Nothstandes aussetzt. Daneben ist entsprechend der gemeinrechtlichen Begriffsbestimmung und dem Zweck des Gesetzes erforderlich, dass die Verschwendung einem eingewurzelten Hange, einer Charakterdisposition entspringe (vgl. Dernburg, Pand. § 57 1, b). „Das Moment, auf welches es ankommt, ist, dass die Person einen Hang zur zweck- und nutzlosen Vermögensverschleuderung besitzt, welcher die Besorgniss begründet erscheinen lässt, dass sie durch ihr entsprechend an den Tag gelegtes Verhalten sich und ihre Familie dem Nothstande preisgibt.“ „Erforderlich ist auch nicht, dass die Person Vermögen besitzt; selbst der mittellose Schuldenmacher kann entmündigt werden. Ebensowenig ist erforderlich, dass bereits ein bedeutender Theil des Vermögens durchgebracht sei. Fruchtlöse Besserungsversuche, die erfahrungsgemäss in der Regel nur dazu führen, dass die Entmündigung erst in einer Zeit erfolgt, in welcher sie wenig mehr nützt, bilden gleichfalls keine Vorbedingung“ (Motive I S. 64).

Dagegen ist gegenüber einem anders lautenden, übrigens dem eben citirten widersprechenden Satze der Motive daran festzuhalten, dass Verschwendung ein positives Ausgeben bzw. Schuldenmachen involvirt, dass ein bloss unwirtschaftliches passives Verhalten, Müssiggang oder auch eine gelegentliches vom rein lucrativen Gesichtspunkte aus unzweckmässig erscheinendes unwirtschaftliches Verhalten nicht zum „Verschwender“ stempelt.

Die Wirkung der Entmündigung des Verschwenders ist dieselbe, wie die der Entmündigung wegen Trunksucht; nur dass die Möglichkeit fehlt, den Verschwender einer Heilanstalt zu überweisen.

Im Gegensatz zum I. u. II. Entwurf hält das B.G.B. (§ 2229) an der römischrechtlichen Bestimmung fest, dass der wegen Verschwendung Entmündigte auch die Fähigkeit zu letztwilligen Verfügungen verliert. Er bietet ebensowenig wie der wegen Trunksucht Entmündigte die nöthige Gewähr dafür, dass er von dem Rechte, ein Testament zu errichten, den angemessenen, dem Interesse der Familie entsprechenden Gebrauch machen werde. Auch für ihn setzt das Bürgerliche

Gesetzbuch fest, dass der Eintritt der Untfähigkeit zur Errichtung eines Testamentes sich nach dem Zeitpunkte bestimmt, in dem der Antrag auf Entmündigung gestellt ist, aus demselben Grunde, wie beim Trinker.¹⁾

Uebrigens erleidet der Grundsatz, dass der Entmündigte unfähig ist, ein Testament zu errichten, für alle Fälle der Entmündigung dann eine Ausnahme, wenn der Entmündigte nach der Stellung des Antrags auf Wiederaufhebung der Entmündigung ein Testament errichtet, falls dieser Antrag Erfolg hat (§ 2230). Denn durch den Erfolg des Antrags wird ja in unzweifelhafter Weise dargethan, dass der Mangel, der zur Entmündigung geführt hatte, zur Zeit der Errichtung des Testamentes gehoben war. Es ist daher eine Forderung der Billigkeit, dass die Entmündigung der Gültigkeit des Testamentes in diesem Falle nicht weiter entgegenstehe. Hat ferner ein Entmündigter ein Testament errichtet, bevor der Entmündigungsbeschluss unanfechtbar geworden war und ist er darauf noch vor Ablauf der Anfechtungsfrist gestorben, so fehlt es an einer rechtskräftigen Grundlage für die Annahme, dass er zur Zeit der Errichtung des Testamentes geschäftsunfähig gewesen. Deshalb soll auch in diesem Falle die Entmündigung der Gültigkeit des Testamentes nicht entgegenstehen (§ 2230 S. 1). Natürlich ist deshalb der Beweis, dass Testator gleichwohl *in concreto* wegen Geisteskrankheit, Geistesschwäche oder vorübergehender Bewusstseinstrübung geschäftsunfähig gewesen, nicht ausgeschlossen.

IV. Das Entmündigungsverfahren selbst gehört als processuales Institut nicht hierher. Es ist aber zu bemerken, dass der Reichstag seine Zustimmung zu den materiellen Voraussetzungen der Entmündigung nur in der Erwartung ertheilt hat, dass bessere Garantien gegen eine ungerechte Entmündigung geschaffen werden, als die R.C.P.O. bislang bietet. Die Denkschrift veröffentlicht in Anl. II § 593—627 a bereits eine Reihe von Abänderungen. Ich halte auch die Garantien dieser Novelle nicht für zulänglich. Einerseits zwar könnten, wie bereits oben angedeutet, die materiellen Voraussetzungen der Entmün-

¹⁾ Denkschrift S. 427.

digung sehr wohl noch ausgedehnt werden. Andererseits ist aber wohl zu bedenken, dass es sich bei der Entmündigung wenn auch nicht um eine Beschränkung der Rechtsfähigkeit, um eine *capitis deminutio* im älteren Sinne, so doch um eine derselben sehr nahe kommende Beseitigung des wichtigsten Rechtes der Persönlichkeit, der Handlungsfähigkeit, handelt. Der Rechtsschutz nun sollte im Verhältniss zum Werthe des bedrohten Rechtsgutes stehen. Zur Zeit — und auch nach den Bestimmungen der Denkschrift-Anlage wird dies so sein — stehen uns in Deutschland bessere Rechtsmittel zu Gebote, wenn es sich um eine geringfügige Geldforderung handelt, als wenn die persönliche Handlungsfähigkeit, mit anderen Worten die Persönlichkeit selber und ihre Freiheit in Frage gestellt wird. Bei den Römern entschied über die *querela inofficiosi testamenti* bloss deshalb, weil dies eine Klage war *hoc colore quasi non sanae mentis testator fuerit*, der angesehenste Civilgerichtshof, das Centumviralgericht, unter Umständen gar in Plenarsitzungen, also mit mehr als 100 Geschworenen. Der blosse Schatten einer unzurechnungsfähigen Handlungsweise sollte nicht ohne die denkbar grösste Rechtsgarantie auf den Namen eines Verstorbenen fallen. Bei uns ist der Lebende der Entmündigung auf Grund einer oberflächlichen *causae cognitio* durch den Einzelrichter ausgesetzt. Mag auch die Natur der Entmündigungsvoraussetzungen oft ein schnelles Eingreifen, wie es nur dem Einzelrichter möglich ist, wünschenswerth erscheinen lassen, so sollten sich dessen Befugnisse doch nur auf vorläufige Massregeln erstrecken; die Entmündigung selbst sollte in einem Staate, der ein Rechtsstaat in wahrem Sinne sein will, zum Mindesten nur durch Schwurgerichte unter vollkommenster Gewähr aller Vertheidigungsmittel ausgesprochen werden dürfen.

V. Zu erwähnen ist zu diesem § ad I. noch das sog. *dilucidum intervallum*, der sog. lichte Zwischenraum im Zustande der Geisteskrankheit. Nach römischem Rechte galt der Geisteskränke, welcher solche lichte Zwischenräume hatte, während derselben für handlungsfähig, auch wenn er entmündigt war und einen Curator hatte. Dernburg, Pand, § 56. 4 folgert daraus, dass auch Geisteskranke, die partiell krank, aber von ihrer fixen Idee ab-

gesehen bei Vernunft sind, insoweit handlungsfähig seien, „als ihre Vernunft reicht, auch wenn sie unter Vormundschaft stehen“. Nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch aber findet eine Berücksichtigung lichter Zwischenräume bei dem entmündigten Geisteskranken nicht mehr statt. Beim nicht entmündigten bleibt es eine concrete *quaestio facti*, ob Nichtigkeit einer Willenserklärung nach § 105, 2 vorliegt oder nicht.

§ 6.

Körperliche Gebrechen.

Körperlichen Gebrechen räumt das Pandektenrecht einen erheblichen Einfluss weder auf die privatrechtliche Rechtsfähigkeit noch auch auf die Handlungsfähigkeit ein. Zweckmässig unterscheidet es freilich eine bloss vorübergehende Schwäche oder Krankheit (*morbus*) und dauernde nicht mehr zu beseitigende Gebrechen (*vitium*) (l. 101 D. de V. S. 50, 16). Letztere können der Natur der Sache zu gewissen Rechtsgeschäften unfähig machen; ein Stummer kann nicht mündlich testiren, ein Castrat keine Ehe schliessen. Endlich sind *debiles personae* von der Pflicht zur Uebernahme von Vormundschaften frei und können beantragen, *quia in ea causa sunt, ut superesse rebus suis non possint*,¹⁾ dass ihnen ein Curator bestellt werde. Diese *cura debilium* hatte den Character einer blossen Procuratur und schloss keineswegs ein Subordinationsverhältniss der Curanden ein;²⁾ dem Tauben steht, ebenso wie dem Stummen zunächst frei, sich selber einen Procurator zu wählen. Wenn er dies aber nicht kann, wenn ihm das Verständniss hierfür abgeht, so bestellt die Obrigkeit einen Curator. Dem Blinden ist diese Vergünstigung nicht zugestanden, weil er sich selbst einen Procurator bestellen könne (Paul. Sentent. IV 12 § 9).

Eigentliche Beschränkungen der Rechtsfähigkeit des Gebrechlichen (besonders im Lehnrecht) und der Handlungsfähigkeit (z. B. Testirunfähigkeit im Siechthum) kannte das deutsche

¹⁾ § 4 J. de curationibus I. 23.

²⁾ Vgl. Adamkiewicz, der Rechtsbegriff des Curatel. Berlin (Carl Heymanns Verlag 1892) S. 37.

Privatrecht.¹⁾ Das Bürgerliche Gesetzbuch unterscheidet ebenfalls nach dem Vorgange des Pandektenrechts Krankheit (*morbis*) und dauernde Gebrechen. Wie im römischen Recht, kann die Uebernahme einer Vormundschaft ablehnen, wer durch Krankheit oder durch Gebrechen verhindert ist, die Vormundschaft ordnungsgemäss zu führen (§ 1786). Auch kann ein Volljähriger, der nicht unter Vormundschaft steht, einen Pfleger für seine Person und sein Vermögen erhalten, wenn er in Folge körperlicher Gebrechen, insbesondere, weil er taub, blind²⁾ oder stumm ist, seine Angelegenheiten nicht zu besorgen mag. Abgesehen von dieser allgemeinen, die Person und das Vermögen umfassenden Pflegschaft kann auch einem solchen Volljährigen, der nicht unter Vormundschaft steht, der aber in Folge geistiger oder körperlicher Gebrechen einzelne seiner Angelegenheiten oder einen bestimmten Kreis seiner Angelegenheiten nicht zu besorgen vermag, ein specieller Pfleger für diese Angelegenheiten bestellt werden. Eine solche Pflegschaft (allgemeine oder specielle) darf nur mit Einwilligung des Gebrechlichen angeordnet werden, es sei denn, dass eine Verständigung mit ihm nicht möglich ist (§ 1910). Die Unfähigkeit der Castraten zur Eheschliessung ist schon durch das Reichsges. vom 6. Februar 1875 § 30 (§ 28–37) beseitigt worden und im Bürgerlichen Gesetzbuch nicht wieder eingeführt.

§ 7.

Geschlechtsunterschied.

Der Geschlechtsunterschied³⁾ hatte an und für sich für das Privatrecht schon in der Justinianischen Codification nur noch eine sehr unerhebliche Bedeutung. Die theilweise Beschränkung

¹⁾ Vgl. Gierke, Deutsches Privatrecht I S. 390 f.

²⁾ Hierin liegt also eine Ausdehnung im Verhältniss zum römischen Recht.

³⁾ Eine völlige Unentschiedenheit des Geschlechtes (Zwitterbildung, Hermaphroditismus) erkannte schon das Pandektenrecht (*l. 10 D. de statu hom. 1, 5 l. 15 § 1 D. de testibus* [22, 5] *l. 6 § 2 D. de lib. post.* 28, 2) nicht an. Die Ungewissheit ist durch sachverständige Feststellung zu beseitigen. Auf demselben Standpunkte steht das B.G.B. (Motive I S. 26).

der Rechtsfähigkeit des weiblichen Geschlechts, seine Zurücksetzung im Erbrecht, endlich die übrigens schon von Cicero als leere Formalität bezeichnete *tutela mulierum* war beseitigt. Nur zur Vormundschaft wurde das Weib nicht zugelassen mit Ausnahme der Mutter und Grossmutter für ihre Kinder bzw. Enkel; daneben ergab sich begrifflich die Unfähigkeit zur *patria potestas* als selbstverständlich. Endlich bestanden die aus wohlwollender Berücksichtigung der weiblichen Schwäche zu rechtfertigenden Verbote der sog. Intercession d. h. des Eintritts in die Schulden Dritter, um diesen Credit zu verschaffen (*S. C. Vellejanum*). Daneben bestand noch die historisch durch den Mangel politischer Rechte zu erklärende Unfähigkeit der Weiber, als Solennitätszeuginnen bei Testamenten mitzuwirken. Hiervon abgesehen hatte das römische Recht im Princip die Gleichberechtigung beider Geschlechter in privatrechtlicher Hinsicht anerkannt. Daher l. 1 D. de V. S. (50, 16): *hoc verbum, si quis, tam masculos quam feminas complectitur*. Das römische Recht bekundete dadurch seinen hohen Culturgrad und zwar im Abschluss seiner Entwicklung umsomehr, als es auch die mittelbare Beschränkung der privaten Rechtsfähigkeit des Weibes, die sich aus dem antiken Familienrecht, besonders aus der Manus-Ehe ergab, durch die freie Ehe vollständig beseitigt hatte.

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat nun auch die wenigen allgemeinen Beschränkungen der privatrechtlichen Rechtsfähigkeit der Weiber, die das Justinianeische Recht noch kannte, beseitigt. Die schon partikularrechtlich fast überall, auch bereits reichsrechtlich für die Handelsfrau, beseitigten Intercessionsverbote sind nicht von ihm aufgenommen, auch kann das Weib als Zeugin beim Testament wie bei anderen Solennitätsakten (Eheschliessung) fungiren; ausserdem hat das Bürgerliche Gesetzbuch, indem es an Stelle der väterlichen Gewalt den weiteren Begriff einer elterlichen Gewalt einführt und diese unter gewissen Voraussetzungen der Mutter zuspricht (§§ 1684—1698), die familienrechtliche Rechtssphäre des Weibes erweitert. Dagegen lässt sich die indirecte, durch die Ehe, besonders durch das eheliche Güterrecht bedingte Rechtstellung der Frau im Bürgerlichen Gesetzbuch vom Stand-

punkte der auf eine vollkommene privatrechtliche Freiheit und Unabhängigkeit der Frau gerichteten Bestrebungen aus nur als ein Rückschritt gegen das römische Recht bezeichnen. Die nähere Darstellung und Kritik dieser indirekten Unterordnung der Frau gehört aber in das Familienrecht, ebenso wie die auch nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch noch sehr beschränkte Theilnahme der Frau an der elterlichen Gewalt und ihre Beschränkung im Vormundschaftsrecht bei Behandlung dieser besonderen Rechtsinstitute ihre nähere Darstellung finden müssen.

§ 8.

Einfluss des religiösen Bekenntnisses, des Standes und der Staatsangehörigkeit.

I. Nicht aus dem rein weltlichen Geiste des eigentlichen Pandektenrechtes, sondern aus dem kirchlichen der christlichen römischen Kaiser entsprangen eine Reihe von erheblichen privatrechtlichen Beschränkungen der Ketzer, Apostaten und Paganen (*Cod. 1, 5 de haereticis et Manichaeis l. 7 de apostatis l. 11. de paganis*). Das christliche Mittelalter recipirte und verschärfte sogar (im kanonischen Recht und durch Kaisergesetze) vielfach diese *privilegia odiosa* der nicht rechtgläubigen Personen (*Authentica Credentes Frid. II. C. de haeret. l. 5*).¹⁾

Durch die Reformation wurde nur erst die Gleichberechtigung der christlichen Religionsparteien erkämpft und zwar für die Reichstände; die Unterthanen blieben dem landesherrlichen Religionsbanne (*ius reformandi*) unterworfen, der jedoch den Besitzstand des sog. Normaljahres 1624 zu respectiren hatte (*Instr. Pacis Osnabrugensis Art. 5—7*); duldete der Landesherr, der darnach das Recht hatte nicht durch diesen Besitzstand gesicherte Andersgläubige des Landes zu verweisen,²⁾ Anhänger anderer christlicher Bekenntnisse in seinem Lande, so musste er ihnen neben Gewissensfreiheit mit Hausandacht den Genuss des Privatrechtes (vor allem Erbrechts),

¹⁾ Vgl. Hinschius. Kirchenrecht V 393 ff.

²⁾ Auswanderung ohne Vermögensverkürzung (sog. *flebile beneficium emigrationis*).

der Theilnahme an Kaufmannsgilden und Zünften, der Rechte aus Stiftungen und des ehrlichen Begräbnisses gewähren (J.P.O. Art. V. § 35).¹⁾

Nachdem der Geist der Aufklärung im 18. Jahrhundert bereits particularrechtlich die Unerheblichkeit des Bekenntnisses für das Privatrecht, vielfach auch schon für politische Rechte sanctionirt hatte (Pr.A.L. R. II 11 § 1—8, Toleranzedikt Josephs II. v. 1781), verfügte die Deutsche Bundakte vom 8. Juni 1815 Art. 16, die dann von den noch in dieser Hinsicht rückständigen Landesgesetzgebungen zur Ausführung gebracht ward, zunächst nur, dass die Verschiedenheit der christlichen Religionsbekenntnisse keinen Unterschied im Genuss der bürgerlichen und politischen Rechte begründen dürfe. Auf nichtchristliche Religionsbekenntnisse wurde diese Bestimmung erst in späteren Landesverfassungen ausgedehnt (z. B. Preuss. V.U. Art. 12).

Erst das Reichsgesetz vom 5. Juli 1869 betr. Gleichberechtigung der Confessionen u. s. w. hat diesen Grundsatz zu zwingendem gemeinen Recht erhoben. Das Bürgerliche Gesetzbuch ist davon nicht abgewichen, hat vielmehr durch Einführung eines rein bürgerlichen materiellen Ehe-rechtes, — das Reichsgesetz vom 6. Februar 1876 hatte nur theilweise (z. B. § 39 Beseitigung des Ehehindernisses der Religionsverschiedenheit) in das materielle Eherecht eingegriffen, — ihn erst zur vollen Ausführung gefördert.

Das Religionsbekenntniss hat nunmehr nur noch insofern einige Bedeutung, als bei der Auswahl eines Vormundes auf das religiöse Bekenntniss des Mündels Rücksicht zu nehmen ist (§ 1779). Ausserdem kann die Sorge für die religiöse Erziehung des Mündels dem Vormunde von dem Vormundschaftsgerichte entzogen werden, wenn der Vormund nicht dem Bekenntniss angehört, in dem der Mündel zu erziehen ist (§ 1801).

Im übrigen bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften über die religiöse Erziehung der Kinder unberührt (Art. 134 des Einf.Ges.). Daher ist auch durch die Bestimmungen des

¹⁾ Doch blieben Beschränkungen im Erwerb von Grundeigenthum zulässig. Stobbe, Privatrecht § 45, n. 3.

Bürgerlichen Gesetzbuches über Handlungsfähigkeit und Geschäftsfähigkeit hinsichtlich des Alters, in dem die freie Wahl des Glaubensbekenntnisses möglich wird, des sog. *annus discretionis*, nichts geändert. Dies ergibt sich schon daraus, dass diese freie Wahl des Religionsbekenntnisses nicht dem Privatrecht, sondern dem Kirchenrecht oder allgemein dem öffentlichen Rechte unterzuordnen ist.¹⁾

II. Der Einfluss des Standes auf das Privatrecht beschränkte sich im römischen Recht abgesehen von den nicht recipirten Bestimmungen über Patriciat, Senatoren, *personae illustres* auf Privilegien des Soldatenstandes, besonders im Erbrecht (Militärtestament). Durchgreifender wurde der Einfluss des Standes im deutschen Privatrecht. Dieses unterscheidet Berufs- und Geburtsstände. Von den Geburtsständen des deutschen Privatrechtes, die als hoher Adel, niederer Adel, Bürgerstand und Bauernstand aus dem Mittelalter hervorgingen, hat allein der hohe Adel seine privatrechtliche Sonderstellung behauptet, auch gegenüber dem Bürgerlichen Gesetzbuch, vgl. oben § 3 (S. 13 ff.) Im übrigen kommt nunmehr nur noch die Verschiedenheit der Berufsstände in Betracht. Hinsichtlich des Militärstandes hat das Bürgerliche Gesetzbuch in §§ 9 (Wohnsitz), 15 (Kriegsverschollenheit), 411 (Abtretung von Gehaltsansprüchen), 570, 596 (Kündigungsrecht bei Miethe und Pacht im Fall einer Versetzung), 1315 (dienstliche Erlaubniss zur Eheschliessung) eine Reihe von Sonderbestimmungen. Neben denselben sind die reichsrechtlichen Vorschriften, namentlich das Reichsmilitärsgesetz vom 2. Mai 1874 in Kraft geblieben. (Vgl. v. Mandri, Reichscivilrecht S. 80 ff.); Art. 32 des Einf.Ges. (Art. 54, Art. 45 daselbst.) Auch der

¹⁾ Früher nahm man vielfach an, dass gemeinrechtlich auf Grund des *conclusum* des *Corp. Evangelicorum* vom 14. April 1752 das 14. Lebensjahr als *annus discretionis* zu gelten habe. Vgl. aber Richter-Dore, Kirchenrecht 1016, 1017. Jedenfalls tritt nach Pr. A.L.R. II 2 § 84 und anderen Particulargesetzen, z. B. hannov. Verordnung vom 1. Juli 1826 § 7 mit dem vollendeten 14. Lebensjahre das Recht der freien Religionswahl ein, entsprechend der in diesem Jahre üblichen Confirmation. Einzelne Landesgesetze fordern jedoch das 16. Lebensjahr. Ueber die religiöse Erziehung bei gemischten Ehen vgl. Zeitschrift für Kirchenrecht XXI S. 170 ff.

Beamtenstand ist einmal in den bereits für den Militärstand als erheblich citirten §§ 411, 570, 596, 1315, sodann noch in §§ 839, 840 (wegen Verletzung der Amtspflicht) 1784, 1888 (Erlaubniss zur Uebernahme einer Vormundschaft) besonders berücksichtigt. Die landesgesetzlichen Vorschriften über die vermögensrechtlichen Ansprüche und Verbindlichkeiten der Beamten, der Geistlichen und der Lehrer an öffentlichen Unterrichtsanstalten aus dem Amts- oder Dienstverhältnisse mit Einschluss der Ansprüche der Hinterbliebenen, sowie über die Uebertragbarkeit solcher Ansprüche und über die Aufrechnung gegen solche Ansprüche bleiben nach Artt. 80, 81 des Einf.Ges. unberührt. Unberührt ist ferner das Reichsgesetz betr. die Rechtsverhältnisse der Reichsbeamten vom 31. März 1873 mit Ausnahme des aufgehobenen und durch § 411 B.G.B. ersetzten § 6 Abs. 2 dieses Gesetzes (betr. lediglich Benachrichtigung der Kasse bei Cession, Verpfändung oder sonstiger Uebertragung des Gehaltes).

Die vielfachen, den Kaufmanns-, Gewerbe- und Bauernstand nach betreffenden Specialnormen gehören nicht hierher, sondern in die Specialrechte, (Handelsrecht, Gewerberecht, Agrarrecht u. s. w.). Hervorzuheben ist nur, dass nach Art. 64 die landesgesetzlichen Vorschriften über das Anerbenrecht in Ansehung landwirthschaftlicher und forstwirthschaftlicher Grundstücke nebst deren Zubehör unberührt bleiben; doch können die Landesgesetze das Recht des Erblassers, über das dem Anerben unterliegende Grundstück von Todeswegen zu verfügen, nicht beschränken.

III. Das Pandektenrecht, als wahres *jus gentium*, hatte den Grundsatz der privatrechtlichen Gleichstellung Staatsangehöriger und Staatsfremder. Doch wurde dieser gemeinrechtliche Grundsatz particularrechtlich in einzelnen Beziehungen durchbrochen. Zwar die älteren im deutschen Privatrechte vorkommenden Abnormitäten des *droit d'aubaine*, des Strandrechtes und Wildfangsrechtes (vgl. Gierke, Deutsches Privatrecht S. 447 n. 19—21) sind längst allgemein beseitigt, es bestehen aber noch hier und da, z. B. in Hamburg, landesgesetzliche Vorschriften, die den Erwerb von Grundstücken durch Ausländer von staat-

licher Genehmigung abhängig machen. Diese bleiben nach Art. 88 des Einf.Ges. unberührt. Selbstverständlich gelten als Ausländer nunmehr nur Nicht-Reichsangehörige. Nach § 1315 Abs. 2 B.G. B. dürfen Ausländer, für die nach den Landesgesetzen zur Eingehung einer Ehe eine besondere Erlaubniss oder ein Zeugniss erforderlich ist, nicht ohne diese Erlaubniss oder ohne dieses Zeugniss eine Ehe eingehen. Ein solches Landesgesetz ist das preuss. Gesetz vom 13. März 1854 betreffend die Zulassung von Ausländern zur Eingehung einer Ehe in den königl. Landen. Unberührt bleibt hiernach auch das Bayrische Reservatrecht aus dem Schlussprotokolle zu III § 1 Abs. 1 des Bündnissvertrages vom 23. November 1870 betr. Verehelichungszeugnisse. Das in § 1315 bestätigte landesgesetzliche Erforderniss begründet ein *impedimentum prohibens*, ein aufschiebendes Ehehinderniss.

Endlich können Ausländer, wie sich *per arg. a contrario* aus § 1785 B.G.B. ergibt, die Uebernahme einer Vormundschaft ablehnen.

Im übrigen ist wegen der Rechtstellung der Ausländer auf das internationale Privatrecht (§ 7 S. 46—66 oben) zu verweisen. Dorthin gehört auch das Recht der Retorsion (Wiedervergeltung, Vergeltung, Gegenkehrung), vermöge dessen Ausländer den gleichen Rechtsnachtheilen unterworfen werden, die nach dem Rechte ihres Heimathstaates unsere Staatsangehörige als Fremde treffen. Einf.Ges. Art. 30 bindet die Ausübung dieses Rechtes an besondere unter Zustimmung des Bundesrathes zu erlassende Anordnungen des Reichskanzlers.¹⁾

§ 9.

Wohnsitz.²⁾

Die Bedeutung der räumlichen Beziehung (Localisation) einer physischen Person ist bereits oben I. § 7, S. 46 bei Be-

¹⁾ Anders bisher in Preussen, Dernburg, Pr. Privatrecht I § 45 Anm. 5.

²⁾ Literatur: Bar, Theorie und Praxis des internationalen Rechts Bd. 1 S. 151; Kierulff, Theorie des gem. Civilrechts I 122 ff; Savigny, System VIII 68 ff.; Regelsberger, Pand. I § 47; Dernburg, Pand. I § 46.

handlung der extensiven Geltung der Rechtsnormen hervorgetreten. Ausserdem ist das Verhältniss der Person zum Raume in vielen sonstigen öffentlich-rechtlichen, sowie besonders in civilprocessualen und auch in rein civilrechtlichen Beziehungen von Einfluss. Das römische Recht unterschied *origo* und *domicilium*; ersteres war ein Recht und zwar das umfangreiche öffentliche Rechten und Pflichten mit sich führende Bürgerrecht, das hier als Recht zum Wohnen zu unterscheiden ist von letzterem, als der blossen Thatsache des Wohnsitzes.¹⁾ Aber auch das zunächst rein thatsächliche *domicilium* hatte bereits bei den Römern zahlreiche rechtliche Folgen, weshalb seine Begriffsbestimmung im Gegensatz zu blosser Anwesenheit nothwendig wurde. Eine fast poetisch gefasste Legaldefinition giebt *Diocletian l. 7 § 1 C. de incolis* 10, 4.²⁾ Die gemeinrechtliche Wissenschaft pflegt den Wohnsitz als Mittelpunkt der Lebensverhältnisse eines Menschen zu bezeichnen. Es ist aber nicht in Abrede zu stellen, dass diese Definition allein praktisch sehr geringen Werth hat; denn *in concreto* kommt es immer erst darauf an, festzustellen, ob wir Juristen einen bestimmten Ort als den Mittelpunkt der Lebensverhältnisse gelten lassen wollen, da meistentheils der Einzelne sich keineswegs einer solchen örtlichen Beziehung bewusst wird und seine einfache Behauptung nicht genügen kann. Schwierigkeiten bereitet diese Feststellung freilich nur für den freiwilligen Wohnsitz. Ein wichtiges Kriterium für diesen bildet zunächst subjectiv der Wille des regelmässigen Verweilens an einem Orte, wie er von *Dicoletian* ganz zutreffend characterisirt wird, dahin dass die Person eine Unterbrechung dieses Aufenthaltes als Ausnahmezustand empfindet (Verreisen). Es genügt jedoch nicht die blosse formelle Erklärung dieses Willens, *domicilium re et facto transfertur, non nuda contestatione* (*Paulus, l. 20 D. 50, 1*), der Wille muss durch entsprechende Handlungen, vor allem Beziehen einer Wohnung (*domicilium a domo*) dokumen-

¹⁾ *Titulus Dig. 50, 1 ad Municipalem et de incolis.*

²⁾ *Et in eodem loco singulos habere domicilium non ambigitur, ubi quis larem rerumque ac fortunarum suarum summam constituit, unde rursus non sit discessurus, si nihil avocet, unde cum profectus est, peregrinari videtur, quosi rediit peregrinari jam destitit.*

tirt sein, und zwar nicht bloss einer für einen von vornherein vorübergehend erscheinenden Wohnungszweck (z. B. Saisonwohnung). Ist eine derartige häusliche Niederlassung begründet, so heben häufige Unterbrechungen, die rein zeitlich selbst die Ausnahme des Verreistseins zur Regel machen, z. B. beim Geschäftsreisenden, das Domicil nicht auf.¹⁾ Im Gegensatz zu der wissenschaftlichen Definition, die das Domicil als örtlichen Mittelpunkt der Lebensthätigkeit bezeichnet, da es doch nur einen Mittelpunkt geben kann, hielt schon Paulus (l. 5 D. 50, 1) in ausdrücklichem Widerspruch gegen Labeo mehrere gleichzeitige Wohnsitze für zulässig.²⁾

Auch die moderne gemeinrechtliche Theorie und Praxis erkennt dies an (v. Bar, a. a. O. I 160 ff.) im Gegensatz zum französischen Recht.

Ein Wohnrecht ist zur Begründung des Wohnsitzes nicht erforderlich.³⁾

Ein nothwendiges Domicil haben nach römischem Rechte Beamte an ihrem Amtssitze, Ehefrauen am Orte des Domicils ihres Ehemannes.

Das Bürgerliche Gesetzbuch definirt Wohnsitz als den Ort der ständigen (dauernden) Niederlassung einer Person (§ 7), auch erkennt es die Möglichkeit gleichzeitigen Wohnsitzes an mehreren Orten an (§ 7 Abs. 2). In den Motiven (I 71), heisst es darüber: „Dass Jemand einen mehrfachen Wohnsitz hat, kommt der Natur der Sache nach nur selten vor. Wo das Verhältniss vorzuliegen scheint, wird des Oeffteren eine genaue Prüfung ergeben, dass der Wohnsitz in Wahrheit nur an einem Orte begründet ist. Der Ansicht, dass ein mehrfacher Wohnsitz begrifflich unmöglich sei, lässt sich nicht beipflichten. Eine Person kann sehr wohl den Aufenthalt zwischen mehreren Orten dergestalt theilen, dass jeder derselben in gleichem

¹⁾ Vgl. folgende gerichtliche Entscheidungen: Seuffert, VII. Nr. 242, XIV Nr. 65, XX Nr. 183, XL Nr. 7. R.O.H.G. XIII 363. R.G. XV Nr. 95, XXX S. 384.

²⁾ *Labeo iudicat eum, qui pluribus locis ex aequo negotietur, nusquam domicilium habere: quosdam autem dicere refert pluribus eum incolam esse aut domicilium habere: quod verius est.*

³⁾ R.G. VIII Nr. 37.

Masse als Hauptsitz ihrer Verhältnisse und Thätigkeit erscheint, keiner den anderen ausschliesst, weder der eine, noch der andere nur als Mittelpunkt eines abgesonderten Kreises des wirthschaftlichen Lebens sich betrachten lässt.“

Wie zur Begründung, so fordert das Bürgerliche Gesetzbuch auch zur Aufhebung des Wohnsitzes, dass die Gestaltung des thatsächlichen Verhältnisses zum Raume mit dem Willen zusammentreffe (§ 7, 3).

Begründung und Aufhebung des Wohnsitzes ist zwar keine rechtsgeschäftliche Willenserklärung, wohl aber eine Rechtshandlung, eine Handlung mit rechtlichen Folgen. An sich würde sie daher die sog. Geschäftsfähigkeit, d. h. der Fähigkeit zur Vornahme von Rechtsgeschäften nicht voraussetzen. Das Bürgerliche Gesetzbuch ordnet aber im § 8 ausdrücklich an, dass volle Geschäftsfähigkeit zur Begründung oder Aufhebung des Wohnsitzes erforderlich ist. Für Minderjährige und Entmündigte bestimmt also der Wille des gesetzlichen Vertreters in Verbindung mit einer dementsprechenden (*re et facto*) Niederlassung des Mündels oder Pfleglings dessen Wohnsitz; in der Regel wird der gesetzliche Vertreter es beim alten lassen; Unterbringung in eine Heilanstalt in der Hoffnung eines Heilungsversuchs, auch wenn sie sich über Jahre hinaus erstreckt, ändert an sich den Wohnsitz nicht; anders liegt der Fall, wenn etwa ein für unheilbar erklärter Geisteskranker einer Anstalt in der Absicht, hier ein definitives Asyl für ihn zu schaffen, überwiesen wird.

Einen nothwendigen (gesetzlichen) Wohnsitz haben nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche: 1. Militärpersonen d. h. Linienoffiziere, Linienunteroffiziere, Militärärzte und sonstige Militärbeamte an ihren Garnisonorten.

Als Wohnsitz einer Militärperson, deren Truppentheil im Inlande keine Garnison hat, gilt der letzte inländische Garnisonort des Truppentheils (§ 9). Militärpersonen, die nur zur Erfüllung der Wehrpflicht dienen, also die nicht-freiwilligen Gemeinen, Einjährig-Freiwilligen, die Reserveoffiziere und Reserveunteroffiziere, Reserveärzte behalten ihren durch ihr Civilverhältniss begründeten Wohnsitz; auch andere Militärpersonen erlangen, so lange sie noch minderjährig sind, nicht

den gesetzlichen Wohnsitz des Garnisonortes, sondern behalten den vor ihrem Dienst Eintritt begründeten Wohnsitz.¹⁾

2. Ehefrauen theilen den Wohnsitz des Ehemannes, es sei denn, dass der Mann seinen Wohnsitz im Auslande an einem Orte begründet, an den die Frau ihm nicht folgt und zu folgen nicht verpflichtet ist (§ 10).²⁾

3. Eheleiche Kinder theilen den Wohnsitz des Vaters, uneheliche den Wohnsitz der Mutter, legitimirte und Adoptivkinder den des Legitimirenden bzw. Adoptirenden, letztere jedoch nur sofern die Legitimation bzw. Adoption vor dem Eintritt der Volljährigkeit erfolgt. Die Kinder behalten diesen Wohnsitz auch nach Eintritt der Volljährigkeit, bis sie ihn rechtsgültig aufheben. (Abgeleiteter Wohnsitz.)

Einen nothwendigen Wohnsitz des Strafgefangenen, der im gemeinen Rechte von Einigen behauptet, von anderen verneint wurde (v. Bar, a. a. O. I 155, n. 15), kennt das Bürgerliche Gesetzbuch nicht, ebenso wenig einen nothwendigen Wohnsitz der Civilbeamten und Geistlichen; in der Regel werden letztere aber nach den allgemeinen Grundsätzen ihren freiwilligen Wohnsitz am Dienstorte haben.

Wie im Pandektenrecht (I. 27 § 2 D. 50, 1),³⁾ so ist auch im Bürgerlichen Gesetzbuche die Möglichkeit anerkannt, dass Jemand keinen Wohnsitz hat (§ 10 Abs. 2). Wenn ein Ehemann keinen Wohnsitz hat, kann die Ehefrau einen selbständigen Wohnsitz haben.

Entsprechend der *origo* des römischen Rechtes kennt natürlich auch das heutige Recht ein Wohnrecht oder Heimathsrecht, das sich aus dem Bürgerrechte ergibt; neben diesem Heimathsrecht existirt aber für ganz Deutschland (mit Ausnahme von Bayern und Elsass-Lothringen) der sog. Unterstützungswohnsitz, geregelt durch das Reichsgesetz vom 6. Juni 1870 nebst Novelle vom 12. März 1894, der mehr dem öffentlichen Rechte, als dem Privatrechte angehört. Er ent-

¹⁾ So schon unter Aufhebung der preussischen Kabinettsordre vom 2. November 1833 das Reichsmilitärsgesetz vom 2. Mai 1874.

²⁾ Vgl. §§ 1353, 1354 B.G.B.

³⁾ Ulpian: *difficile est sine domicilio esse quemquam: puto et hoc procedere posse, si quis domicilio relicto naviget vel iter faciat.*

steht durch zweijährigen ununterbrochenen Aufenthalt seit Vollendung des 18. Lebensjahres und giebt einen Unterstützungsanspruch gegen den Ortsarmenverband im Verarmungsfalle.

§ 10.

Privatrechtliche Bedeutung der Ehre.

Die Ehre ist kein primär juristischer Begriff, sondern ein sittlich sozialer,¹⁾ ein Begriff des Lebens, den das Recht nicht schafft, sondern anerkennen muss. Sie ist eine Qualität, die mit der Person aufs engste zusammenhängt. Als solche ist sie zunächst *subjectiv* die Ueberzeugung, nichts mit dem Zwecke, der Idee der Persönlichkeit unvereinbares gethan zu haben, ein Urtheil der Selbstkritik über den Werth der eigenen Persönlichkeit. *Objectiv* wird die Ehre, sofern dieses eigene Urtheil vom fremden, vom Urtheil der Gesellschaft und des Staates anerkannt wird, der gute Name, sofern er dem inneren Werthe entspricht, das Werthbewusstsein, das sich aus dem Bewusstsein der Uebrigen reflectirt, „der rechtlich anerkannte Verkehrskurs eines Menschen.“²⁾ Dieser soziale und schliesslich auch rechtlich anzuerkennende Werth setzt sich aus zwei verschiedenen Bestandtheilen zusammen, aus einem *angeborenen*, der allgemeinen Menschenehre und dem hinzutretenden *specifisch angeborenen persönlichen Werthe*, und einem *erworbenen*. Erworben wird Ehre, Sozialwerth, durch Pflichterfüllung und darüber hinausgehende spontane Förderung des Ganzen. Da der Mensch dem Ganzen in der Regel innerhalb eines besonderen Berufes und Standes dient, so ergiebt sich neben der allgemeinen Menschenehre, sodann neben der bürgerlichen Ehre eine grosse Variation der verschiedenen Ehrbegriffe nach Stand und Beruf als *berechtigt* und *nothwendig*, Offiziersehre, Beamtenehre, kaufmännische Ehre, Gelehrtenehre u. s. w.

Die juristische Bedeutung der Ehre ist eine relativ untergeordnete; sie besteht 1. in der Frage nach ihrer Verletzbarkeit und der Möglichkeit eines juristischen Schutzes;

¹⁾ Gierke, Privatrecht I § 52.

²⁾ Vgl. Binding, die Ehre und ihre Verletzbarkeit, Leipzig 1892.

2. darin, dass sie durch Richterspruch wegen ehrlosen Verhaltens entzogen werden kann, 3. darin, dass sie Voraussetzung für Erwerb und Fortbestand bestimmter Rechte bildet, die einen intakten Träger verlangen.

1) Im römischen Rechte war der Rechtsschutz der Ehre gegen Verletzungen vorwiegend ein privatrechtlicher, *actio injuriarum aestimatoria*. Injurie ist jede Aeussderung einer die Person herabsetzenden Gesinnung. Heutzutage ist der Rechtsschutz aus dem Privatrecht in das öffentliche, das Strafrecht überwiesen, wenngleich auch hier eventuell mit der Privatklage verfolgbar, also im Grenzgebiete des öffentlichen und privaten Rechtes befindlich. Daneben ist natürlich die Ehrennothwehr zulässig (§ 53, § 199 St.G.B.). Die Unzulänglichkeit eines juristischen Schutzes der Ehre beweist die immer noch geübte Sitte des Zweikampfes, der kein „Mysterium“, wie Binding a. a. O. S. 7 meint, sondern eine sehr begreifliche, gesellschaftlich sanktionirte Form der Selbsthilfe des nur bis zu einem gewissen Punkte vom Staate erfolgreich einzudämmenden Urrechtes jeder energischen, von subjectivem Ehrgefühl erfüllten Persönlichkeit ist.

2) Hinsichtlich Entziehung der Ehre unterschieden die Römer zunächst völlige und theilweise Entziehung, Ehrverlust und Ehrenminderung, *consumtio* oder *deminutio existimationis*. Erstere trat ein mit der *capitis deminutio maxima* (l. 5 § 1 D. 50, 13). Die Ehrenminderung zerfiel wieder in zwei Arten, nämlich in Infamie und *turpitude* (Anruchigkeit) oder auch nach neuerer Terminologie in *infamia juris* und *infamia facti*. Erstere war eine rechtlich bestimmte, letztere eine rein gesellschaftliche Infamie. Die *infamia juris* zerfiel wieder in eine *infamia juris immediata* und *mediata*. Die *infamia juris immediata* trat *ipso jure* ein mit der Vornahme gewisser Handlungen, der Ausübung gewisser Gewerbe: Kuppler, Witwen, die das Trauerjahr verletzten, Bigamisten, Thierkämpfer, fahrende Künstler waren *eo ipso infam*. Die *infamia juris mediata* dagegen trat erst in Folge eines obrigkeitlichen Ausspruchs¹⁾ ein, 1. bei Verurtheilung in *judicio publico* wegen

¹⁾ Vgl. Karlowa in Zeitschrift für Rechtsgeschichte Bd. 9 S. 220 ff.
Kuhlenbeck, Vom Pandektenrecht zum Bürg. Gesetz. 10

eines Verbrechens, 2. bei Verurtheilung in *judicio privato* auf Grund einer delictischen *actio famosa*, nämlich der *actio furti injuriarum, de dolo*, 3. bei Verurtheilung aus gewissen Contractsklagen wegen schnöder Verletzung des Vertrauens, *actio tutelae, mandati, pro socio, fiduciae, depositi*.

Uebrigens kannte das römische Recht für solche Fälle eine *restitutio famae* von Seiten des Kaisers. Die Wirkungen der *infamia juris*, die der Jurist Tertullian als halbe *capitis deminutio* bezeichnet, lagen grossentheils auf dem Gebiete des öffentlichen Rechtes (Unfähigkeit zur Bekleidung von Ehrenämtern, Verlust des Wahlrechtes), privatrechtliche Wirkungen waren: Verbot der Ehe mit *personae nobiles*, Ausschluss von der gerichtlichen Stellvertretung.

3) Die *infamia facti* d. h. die auf schimpflichem Lebenswandel beruhende sociale Missachtung, auf Grund thatsächlicher individueller Momente vom Richter zu constatiren, hatte zur Folge, dass die mit ihr behafteten „*personae turpes*“, „*personae levis notae maculae*“, nicht zu Vormündern bestellt werden sollten, als Zeugen nicht volle Glaubwürdigkeit genossen, und dass bei der *querela inofficiosi testamenti* ihre Erbeinsetzung einen Anfechtungsgrund bildete.

Wie das römische, so unterschied auch das deutsche Recht Ehrverlust und Ehrenminderung. Der völligen *capitis deminutio* entsprach die Echtlosigkeit, der *infamia juris* die Rechtlosigkeit, die wiederum zerfiel in solche kraft Urtheils, kraft Berufsmakels und kraft Geburtsmakels (vgl. Gierke, D. Privatrecht I, § 52). Der *turpitudine* entsprach die Ehrlosigkeit, Bescholtenheit. Zweifellos ist, dass die römische Lehre später recipirt ist, wenn auch mit gewissen deutschrechtlichen Modificationen, insbesondere ohne Aufnahme der *infamia juris mediata* als Folge von Contractsklagen.

Völlig beseitigt ist das Institut der römisch-rechtlichen *infamia juris* durch die Neuregelung des Ehrverlustes im Reichsstrafgesetzbuch §§ 32–37 (vgl. v. Mandri, der civilrechtl. Inhalt der Reichsgesetze § 8). Dagegen blieb die *infamia facti* durch diese reichsgesetzliche Regelung unberührt. Wegen der öffentlich-rechtlichen Wirkung der Aberkennung des bürgerlichen Ehrenrechte siehe §§ 33, 34 R.St.G.B. (Verlust der aus

öffentlichen Wahlen hervorgegangenen Rechte, dauernder Verlust öffentlicher Aemter, Würden, Titel, Orden, Ehrenzeichen, Unfähigkeit, die Landeskokarde zu tragen, im deutschen Heer oder in der Marine zu dienen, Verlust aller politischen Rechte). Die privatrechtlichen Wirkungen der Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte sind auf Grund des Bürgerlichen Gesetzbuch folgende: Unfähigkeit zum Amte eines Vormundes (§ 1781), zur Zeugenschaft bei Errichtung eines Testamentes (§ 2237), bei Eheschliessung (§ 1318). Uebrigens hat sich auch das Bürgerliche Gesetzbuch der Anerkennung einer neben der juristischen Aberkennung sich rein durch das sociale Urtheil geltend machenden *infamia facti, turpitude* oder Bescholtenheit bezw. Verächtlichkeit nicht entziehen können: „Ehrloses oder unsittliches Verhalten“ kommt in Betracht als Ehescheidungsgrund (§ 1568), als Grund theilweiser Entziehung elterlicher Gewalt (§ 1666), ehrloser und unsittlicher Lebenswandel als Enterbungsgrund (Entziehung des Pflichttheils § 2333, No 5, 2336, S. 4).

§ 11.

Das Recht am Namen.¹⁾

Der Name ist eine überall in der menschlichen Gesellschaft (auch bei den Naturvölkern schon) als nothwendig erkannte dauernde Bezeichnung der Person, um sie von anderen

¹⁾ *Inst.* II 20 *de legat.* § 29 *Dig.* XXXVI 1 *ad S. C. Trebellian.* l. 63 (l. 65) § 10. *Dig.* XXXVIII 10 *de lege Cornelia* l. 13 *pr. Codicis l. unica de mutatione nominis* IX. 25. Bynkershoek, *Observationes per. Rom. Ed.* 1723. *Lib.* III c. 7. Fr. Geissler, *Diss. de nominis mutatione Lips.* 1669. Beier, *disputatio de nomine proprio et appellativo*, Jena 1694. J. Chr. Schröter, *Diss. de nominis proprii expressione*, Jena 1704. Schröter, *Progr. Fasne ac jus fuerit Romanis, prout collibitum esset vel assumere nomen etc.* Rheticus, *de nomine proprio*. Richter, *Diss. de cond. nominis Lips.* 1780. Krebs, *Diss. de nominis mutatione*. Wiarda, über deutsche Vornamen und Geschlechtsnamen, Berlin und Stettin 1800, Abschn. III. Einert, *Erörterungen einzelner Materien des Civilrechts*, Dresden 1846 Nr. 2. Hermann, im *Archiv für civilist. Praxis* Bd. 45 Nr. 6: Ueber das Recht der Namensführung und Namensänderung. Sarwey, *Württemberg. Archiv* Bd. 15 S. 18 ff. Gareis,

zu unterscheiden. *Nomina significandorum hominum causa reperta sunt* (Inst. II § 29). Sofern Jedermann verpflichtet ist, einen Namen zu führen, fällt das Namenrecht in das Gebiet des öffentlichen, speziell des Verwaltungsrechts. Zugleich aber bildet der Name eine Qualität der Person, und insofern ein subjectives Privatrecht; die Person steht zu ihm nicht in dem Verhältniss eines Eigenthümers zur Sache (im weitesten Sinne), wie die französische Jurisprudenz hin und wieder das Namenrecht construirt hat, sondern das Recht am Namen ist ein Persönlichkeitsrecht oder Individualitätsrecht.¹⁾

Die Behandlung dieses Persönlichkeitsrechtes wie auch anderer analoger Persönlichkeitsrechte ist im römischen Rechte eine sehr dürftige. Offenbar war der fast international demokratischen Gesellschaft des absolutistischen römischen Kaiserreichs der grosse Werth des Namens abhanden gekommen; die *l. unica Cod. IX 25* stellte die freie Aenderung des Namens in das Belieben Jedermanns, nur eine Namensänderung zu

Busch, Archiv für Handelsrecht Bd. 35 S. 197 ff. J. Kohler, Das Individualrecht als Namensrecht. im Archiv für bürgerl. Recht Bd. V Nr. 4 (Note 2 zu S. 4) S. 77 ff. O. Fischer, Archiv für bürgerl. Recht VI 306 ff. v. Ihering, Jahrb. für Dogmatik XXIII 320 ff. Bekker *ib.* XXX 278. Thon, Rechtsnorm S. 153. Rösler, Verwaltungsrecht I § 19. G. Meyer, Verwaltungsrecht I § 31. v. Sicherer, Art und Namensgebung in Stengels Wörterbuch II 158 ff. Kaserer, Ueber Personennamen und deren Aenderung nach österr. Gesetzen, Wien 1879. Huber, Schweizer Privatr. I 417 ff. Rechtsgutachten von Schneider, Kohler und Laband i. S. Orelli w. Corregioni d'Orelli, Zürich 1889. Gierke, D. Privatr. I § 83. Gierke, Entw. S. 86 ff. Stobbe, D. Privatr. III § 163. Dernburg, Pand. I § 22 Nr. 9. Sigm. Levi, Vorname und Familienname im Recht 1888. Scialoja, *del diritto al nome*. Roma 1889. Nippold, Vorname und Familienname nach dem Entw. des B.G.B. und nach sächs. R. (Sächs. Archiv für bürgerl. R. und *proc.* VI 306 ff. R.G. V S. 172 XXIX S. 123. Kuhlenbeck, Rechtsprechung des R.G. I S. 91—100.

¹⁾ Zu meiden ist der von Gareis a. a. O. und Kohler gebrauchte Ausdruck Individualrecht. Individualrechte sind, wie wir später bei Beginn des Sachenrechtes ausführen werden, Rechte auf ausschliessliche Benutzung einer Sache im Gegensatze zum Rechte des Gemeingebrauchs oder auch Sonderrechte Einzelner innerhalb der Corporationen. Zulässig erscheint dagegen der Ausdruck Individualitätsrecht, da der Name zur Kennzeichnung des Individuums dient.

fraudulosen Zwecken fiel unter die *lex Cornelia de falsis*. Doch war jedenfalls die *actio injuriarum* bei absichtlichem Missbrauch des Namens begründet. Auch entband der Prätor einen Legatar von der Bedingung, einen schimpflichen Namen anzunehmen (l. 65 § 10 D. 36, 1: *nihil autem male est honesti hominis nomen adsumere*). Grösseren Werth legte von jeher die germanische Auffassung auf den Namen, die *lex Visigothorum* VII § 6 verbot schon jede willkürliche Namensänderung. Die meisten Pandektisten waren bisher im Banne der romanistischen Auffassung befangen, bis auf Leyser erkannten sie ein Recht am Namen überhaupt nicht an. Selbst noch v. Ihering (Geist des römischen Rechtes III S. 340) meint, Schutz des Namens sei lediglich Sache der Verwaltung, hier höre die Möglichkeit des civilrechtlichen Schutzes auf. Und auf demselben Standpunkte stehen sogar Germanisten, wie Gerber, D. Privatr. § 34 u. 1 und Stobbe, a. a. O. § 163, III S. 53. Die Praxis trug jedoch seit Ende vorigen Jahrhunderts der deutschen Rechtsanschauung zunächst beim kaufmännischen Namen (Firma), dann auch allgemein beim adligen und bürgerlichen Namen Rechnung, und man kann unbedingt zur Zeit schon die römischrechtlichen Bestimmungen, soweit sie der Anerkennung des Namenrechts als eines absoluten Privatrechtes entgegenstanden, durch ein gemeinrechtliches Gewohnheitsrecht für derogirt erkennen.¹⁾

In der That sind die Bedenken v. Iherings gegen den civilrechtlichen Schutz des Namens ungerechtfertigt; er meint zwar mit Recht, der Civilrichter könne nur diejenigen Interessen schützen, welche die Gestalt fester Körper an sich tragen; „wo sie diese Form abstreifen und in den luftförmigen Zustand übergehen, sich ins völlig Unbestimmte verlieren, hört seine Macht auf, — man kann Wolken nicht in einen Sack oder eine Kapsel fangen, — der Richter aber muss die Sache fassen und greifen können, um sie mit Sicherheit zu beurtheilen, es gilt für ihn dasselbe, was Cicero von den Gesetzen sagt: *tollunt astutias, quatenus manu tenere possunt*“. — Diese Vorwürfe treffen jedoch das Namenrecht nicht, es ist nichts luft-

¹⁾ Vgl. die Entscheidungen des Reichsgerichts in Nr. 1.

förmiges, es gestattet genaue Begrenzung der Klage nach Person, Gegenstand und Voraussetzungen. Andererseits verdient der Name in hohem Grade als höchst werthvolles Symbol der Persönlichkeit und Kennzeichen angeborener und erworbener Ehre den privatrechtlichen Schutz. Wenn Goethe sagt: Name ist Schall und Rauch, so hat ihn bereits Shakespeare widerlegt, wenn er in Julius Cäsar den Poeten Cinna wegen Namensgleichheit mit dem Versworfenen Cinna ein Opfer der Volkswuth werden lässt, unter dem Geschrei: „Reißt ihm seinen Namen aus dem Herzen!“ — Der mit dem Herzen verwachsene Name verlangt als subjectives Privatrecht gebieterisch seine Anerkennung. Mit Recht hat daher das Bürgerliche Gesetzbuch (§ 12) das Privatrecht am Namen ausdrücklich anerkannt:

„Wird das Recht zum Gebrauch eines Namens dem Berechtigten von einem Anderen bestritten oder wird das Interesse des Berechtigten dadurch verletzt, dass ein Anderer unbefugt den gleichen Namen gebraucht, so kann der Berechtigte von dem Anderen Beseitigung der Beeinträchtigung verlangen. Sind weitere Beeinträchtigungen zu besorgen, so kann er auf Unterlassung klagen.“

Zunächst gilt es den Begriff des Namens im Sinne dieses Paragraphen festzustellen. Das Gesetz selber giebt keine Definition, es kommt also auf den wissenschaftlichen Umfang des berechtigten Interesses am Namen an.

1. Der bürgerliche Name ist derjenige Name, der im bürgerlichen Verkehr, insbesondere im Rechtsverkehr, zur Bezeichnung der Persönlichkeit dient. In Deutschland und den meisten christlichen Culturstaaten¹⁾ besteht er aus einem Familiennamen und Vornamen; ²⁾ ersterer bezeichnet die Zugehörigkeit zu einer durch (agnatischen) Geschlechtszusammen-

¹⁾ Anders noch bei den Muhamedanern, die Türken z. B. kennen keine Familiennamen, die Person benennt sich bei ihnen wie dies im Alterthum z. B. bei den Griechen der Fall war, mit dem Vornamen und dem Zusatz des Vaters.

²⁾ Der Gebrauch des Familiennamens ist erst in unserem Jahrhundert ein allgemeiner geworden. Vgl. Levi a. a. O. S. 1 ff.

hang bestimmten Familie (entsprechend dem Gentilnamen der Römer); letzterer dient als Unterscheidungsmerkmal der einzelnen Mitglieder der Familie. Der Familiennamen wird in der Regel durch Geburt erworben. Das uneheliche Kind, das keine agnatische Verwandtschaft hat, — im römischen Sinne *sine patre natus* (s. p. *spurius*, vgl. Böcking, Institutionen § 17) — erhält den Familiennamen der Mutter (§ 1706 B.G.B.); führt die Mutter in Folge ihrer Verheirathung einen anderen Namen, so erhält es den Familiennamen, den die Mutter vor der Verheirathung geführt hat. Der Ehemann der Mutter kann durch Erklärung gegenüber der zuständigen Behörde (welche durch das Reichsgesetz über die freiwillige Gerichtsbarkeit bestimmt werden soll, bis dahin landesgesetzlich normirt wird) dem Kinde mit Einwilligung des Kindes und der Mutter seinen Namen ertheilen (auch wenn er nicht der Vater ist); die Erklärung des Ehemanns sowie die Einwilligungserklärungen des Kindes und der Mutter sind in öffentlich beglaubigter Form abzugeben (§ 1706). Uneheliche Kinder erhalten ferner durch Legitimation den Namen des Vaters (§ 1719). Adoptivkinder den Namen des Adoptirenden; das Kind darf dem neuen Namen seinen früheren Familiennamen hinzufügen, wenn nicht das Gegentheil ausdrücklich im Adoptionsvertrag ausgemacht ist.¹⁾ (§ 1758.) Findelkinder erhalten einen „Familiennamen“ (richtiger bloss ein Analogon) durch behördliche Verleihung. Eine Aenderung des Familiennamens erfolgt für die Frau mit deren Verheirathung, sie erhält dann den Namen des Mannes (§ 1355 B.G.B.)²⁾ Doch dürfte sie berechtigt sein, mit dem Zusatz „geborene“ den früheren Familiennamen weiterzuführen. Als Wittve behält sie den Familiennamen des Mannes; ebenso behält die geschiedene Frau den Familiennamen des Mannes. Doch kann ihr der Mann die Führung seines Namens untersagen, wenn sie allein für schuldig an der Scheidung erklärt ist.

¹⁾ Dagegen verleiht die Adoption, sofern nicht landesherrliche Verleihung des Adels und Agnatenconsens hinzutritt, keinenfalls den Adel (weder hoher noch niederer). Vgl. Entsch. des Reichsger. vom 17. Dezember 1896 i. S. v. Bülow c. v. Bülow VI 233/96. Jurist. Wochenschr. 1897 S. 117. 118 (Nr. 44).

²⁾ Ausnahme bei Ehen zur linken Hand im hohen Adel.

Die Untersagung muss durch eine in öffentlich beglaubigter Form gegenüber der zuständigen Behörde abzugebende Erklärung erfolgen. Alsdann erhält sie ihren Familiennamen wieder. Auch die nicht für schuldig erklärte Frau kann ihren Familiennamen wieder annehmen, auch den Namen, den sie, wenn sie schon vor Eingehung der geschiedenen Ehe verheirathet war, zur Zeit der Eingehung der letzteren hatte, (es sei denn, dass ihr jener Name untersagt ist, § 1577).

Das Recht eigenmächtiger Namensänderung, wie es die *l. un Cod. de mut. nominis* 9, 15 anerkennt, ist wenn es gemeinrechtlich überhaupt noch besteht,¹⁾ jedenfalls durch die meisten Landesgesetze²⁾ beseitigt.

Eine besondere gewohnheitsrechtlich sanktionirte Namensänderung kennt übrigens noch das bauerliche Recht in einzelnen Theilen Norddeutschlands, z. B. in den nördlichen Theilen der Provinz Hannover, hier nimmt der auf einen Bauernhof (eine

¹⁾ Vgl. Gierke, D. Privatr. §§ 3 und 11.

²⁾ Für Preussen ist massgebend der Allerhöchste Erlass betr. die Ertheilung und Genehmigung zu Namensänderungen vom 12. Juli 1867. Die Entscheidung über die Anträge ist den Regierungen überwiesen. Wird die Annahme des Namens einer bestimmten Familie beabsichtigt, so soll die Genehmigung nur dann ertheilt werden, wenn da, wo ein Privatinteresse der beteiligten Familie ersichtlich ist, festgestellt wird, dass von dieser nicht ein begründeter Widerspruch erhoben werden kann, und es sind deshalb die nächsten männlichen Mitglieder dieser Familie über den Antrag zu hören. — Die bisherigen deutschen landesgesetzlichen Bestimmungen, welche diese freiwillige Namensänderung nur vom Ermessen der Verwaltungsbehörden abhängig machen, vertragen sich schlecht mit dem nunmehr durch § 12 B.G.B. anerkannten Privatrecht. Ein französisches Gesetz (vom 9. Germinal XI) verstattet wenigstens binnen Jahresfrist nach Veröffentlichung der behördlichen Genehmigung gegen die Namensänderung allen Personen, deren Interesse dadurch verletzt wird, Einspruch zu erheben (*opposition*), dem stattzugeben ist, wenn er begründet erscheint. Es wäre dringend erwünscht, dass nunmehr auch für Deutschland die Frage der öffentlichen Namensänderung durch ein Reichsgesetz geregelt würde, das einen solchen im Verwaltungsstreitverfahren zu verfolgenden Einspruch der beteiligten Privatrechtsinteressenten zulässig macht, — andernfalls wird der § 12 B.G.B. bei behördlich genehmigten Aenderungen des Namens, da alsdann von unbefugter Namensführung nicht mehr die Rede sein kann, illusorisch.

Erbtochter) heirathende Wirth den Namen des „Hofes“ an, unter Beibehaltung seines Familiennamens mit dem Zusatz: geborener (z. B. Colon Sundermann geb. Niemeyer).

Der Familienname wird hiernach, abgesehen von den erwähnten Namensänderungen, mit „der Geburt“ erworben, gilt als angeborenes, persönliches, nicht als ererbtes Recht.¹⁾ Er ist unübertragbar und unverzichtbar.²⁾ Der Vorname wird durch Beilegung erworben, das Recht der Beilegung steht zunächst dem Vater, darnach der Mutter, event. dem Vormunde zu. Vornamen, die gegen die gute Sitte, die Ordnung oder das religiöse Gefühl verstossen, sollen nicht in das Standesamtsregister eingetragen werden.

2) Neben dem bürgerlichen Namen hat die Sitte (man kann schon sagen ein Gewohnheitsrecht) für bestimmte Verhältnisse auch *angenommene* Namen (Pseudonyme) für zulässig erklärt (Schriftstellernamen, Künstlernamen, Theaternamen). Fällt auch ein solches Pseudonym unter den Schutz des § 12 B.G.B.? Allerdings hat die II. Commission (Protok. bei Reatz I S. 14 Note) sich einstimmig dahin geäußert, dass dem Pseudonym der Rechtsschutz nicht zugedacht sei. Allein in der Fassung des Gesetzes ist dieser Gedanke nicht zum Ausdruck gekommen. Auch der angenommene Name kann sich vermöge des unter ihm erworbenen Ruhmes zu einem werthvollen Persönlichkeitsgute entfalten, nicht nur die Vermögensinteressen eines Autors, auch seine Ehre, ja sein Nachruhm können durch den unlauteren Wettbewerb eines Anderen, der unter gleichem Namen ähnliche Schriften veröffentlicht, geschädigt werden, wie nicht minder die Interessen des Publikums selbst. Die französische und englische Rechtsprechung hat daher kein Bedenken getragen, auch ein Privatrecht am schriftstellerischen und künstlerischen Pseudonym anzuerkennen.³⁾ Mit *Endemann* (Einf. in d. Studium des B.G.B. S. 50, 51), Riedel (D. B.G.B.

¹⁾ Gierke, D. Privatr. I 720 Nr. 21, R.G. V S. 175.

²⁾ Der Familienname allein kann weder unter Lebenden noch von Todeswegen auf einen anderen übertragen werden. R.G. V Nr. 24 S. 221 ff.

³⁾ Vgl. J. Kohler, Archiv für bürgerl. R. V S. 79 ff., Kühlenbeck, Rechtsprechung S. 100.

im Vergl. mit d. Preuss. Recht S. 55) glaube daher auch ich ungeachtet jener Mittheilung aus den Commissionsprotokollen den Rechtsschutz des § 12 nicht auf den Familiennamen beschränken zu müssen; die Bedeutung der Motive und Verhandlungsprotokolle für die Auslegung des Gesetzes findet ihre Schranke an dem Wortlaut des Gesetzestextes, vgl. S. 19 oben, in Verbindung mit der nicht subjectiven, sondern objectiven *ratio legis*.¹⁾ Auch der Name der juristischen Personen, und zwar sowohl der Vereine (Verbandsnamen) wie der Stiftungen fällt unter den Schutz des § 12, wenngleich letzterer seine Stellung in dem Titel von den natürlichen Personen erhalten hat.²⁾ Juristische Personen erlangen ein Recht auf einen bestimmten Namen durch eigene Wahl bezw. Verleihung bei Stiftungen, durch staatliche Verleihung oder Bestätigung oder durch Unvordenklichkeit.

3) Der § 12 will das Namenrecht gegen jegliche Beeinträchtigung schützen. Als Beeinträchtigung, — insofern ist dieser § auch erheblich für die Begriffsbestimmung dieses noch vielfach an anderen Stellen im B.G.B. gebrauchten Wortes —, erscheint zunächst die Bestreitung des Rechtes zum Gebrauch des Namens durch den Dritten. Offenbar genügt aber nicht die blosse dem Namensträger oder einem Dritten gegenüber hingeworfene Behauptung, dem ersteren stehe dieser Name nicht zu. Denn für diesen Fall genügt, allerdings unter der für jede Feststellungsklage zu fordernden Voraussetzung eines rechtlichen Interesses, der Schutz des § 231 der C.P.O., die Präjudicialklage des römischen Rechtes. Die aus § 12 resultirende Klage soll vielmehr den als nicht ausreichend erkannten Schutz dieser ergänzen, sie ist auf Beseitigung der Beeinträchtigung gerichtet; folglich setzt sie zum Mindesten entweder einen in der Oeffentlichkeit zum Ausdruck gekommenen Widerspruch voraus, an dessen öffentlichen Widerruf der Kläger ein Interesse hat, oder ein sonst irgend wie sei es durch schriftliche Fixirung sei es auf andere Weise sich als dauernden Widerspruch kennzeichnendes Ver-

¹⁾ Vgl. auch R.G. I 250 XVI S. 194.

²⁾ Vgl. Endemann, a. a. O. S. 51, Gierke, D. Privatr. I S. 713.

halten voraus, das beseitigt werden kann. Es genügt also nicht zum Fundament der Klage die Thatsache, dass der Verklagte einmal irgendwie und irgendwann das Recht des Klägers zur Führung seines Namens bestritten habe.

Die Klage ist eine *actio quasinegatoria*, setzt also eine wenigstens in ihren Wirkungen noch bestehende Störung voraus. Andererseits aber setzt sie als solche keine subjective, schuldhafte, sondern lediglich eine objective Rechtsverletzung voraus. Als Beeinträchtigung erscheint ferner jede positive Verletzung des Interesses des Berechtigten dadurch, dass ein Anderer unbefugt den gleichen Namen gebraucht.

Es genügt Interessenverletzung im weitesten Sinne, es braucht kein Vermögensinteresse in Frage stehen, auch ein rein gesellschaftliches, ja ein individuelles Affectionsinteresse, z. B. das Interesse nicht als verwandt mit dem unbefugten Namensträger zu erscheinen, ist ausreichend.¹⁾ Irgend ein Interesse muss aber ersichtlich sein, bei weitverbreiteten vulgären Familiennamen (Meyer, Müller, Schulze, Lehmann u. s. w.) kann unter Umständen das Interesse zu verneinen sein; es ist eine Frage richterlichen verständigen Ermessens im einzelnen Fall. Beispielshalber kann selbst der Name Meyer schutzbedürftig erscheinen, wenn etwa eine geschiedene Frau widerrechtlich (nachdem sie als schuldiger Theil geschieden) den Namen weiterführen würde oder Jemand, um den Anschein zu erwecken, der Verwandte eines bestimmten Meyer zu sein, sich diesen Namen zulegte.²⁾

Zur Beseitigung der Beeinträchtigung gehört die Einwilligung in die Abänderung der dem Rechte des Namensträgers widersprechenden Einträge in Standesregistern, Handelsregistern, Grundbüchern, Notariatsurkunden, ja auch die Beseitigung aus blossen Privaturkunden, die Beseitigung des angemassen Namens aus Briefformularen, Geschäftsanzeigen, Schildern, Visitkarten u. s. w.

4) Gebrauch des Namens endlich ist nicht bloss die eigene Anmassung desselben durch den Anderen, sondern

¹⁾ R.G. V S. 221.

²⁾ Kohler a. a. O. (Archiv für bürgerl. R. V S. 95).

auch ein Missbrauch des Namens durch Verwendung zur Bezeichnung von Rollen in dramatischen Erzeugnissen, Romanen u. s. w., wenn dadurch das Publikum auf die Person des berechtigten Namensträgers als wahrscheinliches Modell aufmerksam gemacht wird. Der Name ist eine Qualität der Persönlichkeit und die Klage aus § 12 bezweckt eben die Persönlichkeit in dieser Hinsicht zu schützen. In solchen Fällen würde auch eine unwesentliche orthographische Aenderung die Klage nicht elidiren.¹⁾

Nach Analogie der *actio negatoria* (*cautio de non amplius turbando*) kann, im Fall weitere Beeinträchtigungen zu besorgen sind, Sicherstellung (§ 775 C.P.O.) oder Androhung von Strafe gegen weitere Beeinträchtigungen gefordert werden.

Endlich hat der Verklagte, wenn neben der objectiven Beeinträchtigung die subjectiven Voraussetzungen der Schadensersatzansprüche, Vorsatz oder Fahrlässigkeit (§ 823 B.G.B.) nachgewiesen werden, den nach freiem Ermessen des Richters (§ 260 C.P.O.) zu schätzenden, durch die Beeinträchtigung verursachten Vermögensschaden des Klägers zu erstatten. Auch dies ergibt sich aus den allgemeinen Grundsätzen sowohl der *actio negatoria* als auch aus der Analogie der in diesem Falle römisch rechtlich begründeten *actio injuriarum*.

§ 12.

Verwandtschaft. Schwägerschaft. Hausunterthänigkeit.

I. Die Verwandtschaft. Die Verwandtschaft ist kein Recht, auch kein Rechtsverhältniss, sondern ein natürliches Verhältniss zwischen physischen Personen, das vielfache rechtliche Wirkungen erzeugt, also ein Rechtszustand. Die Wirkungen, die sich daran knüpfen können, sind theils positiver Art, z. B. Erbrecht, theils negativer, z. B. Eheverbote. Das römische kannte zwei verschiedene Arten der Verwandtschaft, die *agnation* und *Cognation*. Die erstere beruhte auf der Mitgliedschaft zum römischen Hause, Agnaten hiessen alle

¹⁾ Vgl. Kohler a. a. O.; Kühlenbeck, Rechtsprechung S. 100; Duredy c/a Zola (Pataille 1882 p. 173, 175).

Personen, die unter derselben Hausherrschaft, *patria potestas* standen oder noch stehen würden, wenn das gemeinsame Familienhaupt noch lebte; denn der Tod des letzteren hob das Agnatenverhältniss nicht auf. Es wurde begründet durch jeden Eintritt in die römische Hausgemeinschaft, durch Geburt, Adoption, *manus*-Ehe der Frau (letztere kam dadurch in die rechtliche Stellung einer Haustochter), es wurde aufgehoben durch Emancipation (*capitis deminutio minima*). Fortgepflanzt wurde diese Agnation nur durch Männer, da nur diese Träger der *patria potestas* sein konnten, die Kinder der verheiratheten Frau fielen unter die Agnation des Ehemanns, daher der Satz: *mulier caput ac finis familiae*.

Der römische Agnationsbegriff ist, nachdem er schon im justinianischen Recht (mit Ausnahme der Adoptivverwandtschaft), alle Bedeutung verloren, in Deutschland nicht recipirt.¹⁾

Der deutschrechtliche Agnationsbegriff bezeichnet lediglich eine Blutsverwandtschaft, die durch den Mannsstamm vermittelt ist, die Verwandtschaft der dauernden Träger des Familiennamens (§ 11 oben S.).

Allerdings ist auch letztere noch in erbrechtlicher Beziehung (bei der agnatisch-linearischen Erfolge, besonders im Privatfürstenrecht) erheblich.

Die *Cognition* ist Blutsverwandtschaft schlechthin, darauf beruhend, dass entweder von zwei Personen die eine von der andern oder dass beide von derselben dritten Person abstammen. Im ersteren Fall heissen beide in gerader Linie verwandt; diejenigen, von denen ein Mensch (mittelbar oder unmittelbar) abstammt, sind seine Ascendenten, Ahnen oder Vorfahren. Umgekehrt heissen diejenigen, die von ihm (unmittelbar oder mittelbar) abstammen, seine Descendenten oder Nachkommen. Descendenten und Ascendenten sind also stets in gerader Linie mit einander verwandt. Dagegen heissen diejenigen Cognaten oder Blutsverwandten, die nur durch einen gemeinsamen Ascendenten (sei er Stammvater oder Stamm-mutter) verbunden sind, Seitenverwandte oder Collateralen. Die Entfernung der Verwandtschaft misst das römische Recht

¹⁾ Vgl. Regelsberger, Pand. S. 274.

so, dass jede Zeugung (Geburt), die sie vermittelt, als ein Grad zählt (*quot generationes tot gradus*). Diesen römischen Begriff der Blutsverwandtschaft nebst der Gradberechnung hat das Bürgerliche Gesetzbuch in § 1589 unverändert übernommen.¹⁾ Unter den Seitenverwandten stehen sich am nächsten die Geschwister, vollbürtige (*germani*), wenn sie Vater und Mutter, halbbürtige, wenn sie nur den Vater²⁾ oder die Mutter³⁾ gemeinsam haben.

Das innigste und nächste Verwandtschaftsverhältniss besteht darnach zwischen Eltern und Kindern, und dieses hat auch die wichtigsten Rechtsfolgen. Zu unterscheiden ist dafür aber eheliche und uneheliche Geburt:

a) Eheliche Geburt: Während die Geburt, der Akt, der die Verwandtschaft mit der Mutter begründet, als eine in der äussere Wahrnehmung fallende Thatsache unschwer zu beweisen ist, ist ein directer Beweis der Erzeugung, wenn nicht unmöglich, so doch ausserordentlich schwer. Auf diesen Gegensatz beziehen sich Rechtsparömien: *mater semper certa est — pater incertus — pater est, quem nuptiae demonstrant*. Dem Beweis der Vaterschaft kamen darnach die Römer durch die Präsumtion zur Hülfe, dass das während der Ehe von der Ehefrau geborene Kind als Kind des Ehemannes zu gelten habe. Allein diese Präsumtion wurde durch eine gesetzlich angenommene Conceptionszeit begrenzt: da sie auf die Autorität des Hippokrates hin annahmen, dass für lebend geborene Kinder 6 Monate die kürzeste, 10 Monate die längste Schwangerschaftszeit⁴⁾ sei, so beschränkten sie die Rechtsvermuthung auf das nach Ablauf des 6. Monates (nach dem 181. Tage⁵⁾) nach Schliessung

¹⁾ Die Berechnung des kanonischen Rechts. von Bedeutung nur für die Ehehindernisse der katholischen Kirche, wich insofern von der römischen ab, als bei der Seitenverwandtschaft nur die bis zum gemeinsamen Ascendenten führenden Zeugungen (Geburten), nicht aber, wie im römischen Recht durch letzteren hindurch wieder abwärts bis zum Seitenverwandten gezählt wurde.

²⁾ *consanguinei*.

³⁾ *uterini*.

⁴⁾ Vgl. oben II § 1 (Vitalität).

⁵⁾ Der Tag der Hochzeit und Geburt wird nicht mitgerechnet.

und vor dem Ablaufe des 10. Monats (vor dem 302. Tage) nach Lösung der Ehe geborene Kind. Da es sich um eine *praesumptio juris*, nicht um eine Fiction oder *praesumptio juris et de jure* handelt, war Gegenbeweis zulässig.¹⁾ Es genügte aber nicht der Beweis eines Ehebruchs der Frau bzw. eines geschlechtlichen Verkehrs derselben vor oder nach der Ehe mit Anderen, erforderlich war der Beweis der Unmöglichkeit der Abstammung; z. B. wegen thatsächlichen Nichtverkehrs mit der Frau in der kritischen Periode. Streitig ist, ob die blossе Unreife oder Reife des Kindes zum Gegenbeweis genügte. Die Mehrzahl der Praktiker und Theoretiker ist gegen die Zulässigkeit eines solchen Indicienbeweises (Vgl. Stinzing, Iherings Dogmat. Jahrb. IX, 5.). Die herrschende Ansicht meinte, die Zulassung dieses Gegenbeweises verstosse gegen den legislativen Zweck der Präsumtion (Vermeidung von sittlichem Aergerniss, Heiligkeit der Ehe²⁾). Die Pandekten führen als Unmöglichkeitsgründe nur an Abwesenheit während der kritischen Periode, Krankheit, Zeugungsunfähigkeit, doch nicht als erschöpfend (l. 1 § 14 *D. de agnosc. lib.* 25,3, *vel alia causa*).

Weit künstlicher und complicirter und daher theoretisch schwerer zu construiren ist die Regelung der ehelichen Verwandtschaft in Bürgerlichen Gesetzbuch; ob auch praktischer und gerechter, wird erst die Erfahrung lehren.

Zunächst kennt es nicht die einfache Vermuthung: *pater est quem nuptiae demonstrant*. Statt dessen erklärt es (§ 1591) jedes Kind für ehelich, „das nach der Eingehung der Ehe“ (von der Ehefrau) „geboren wird“, „wenn die Frau es vor oder während der Ehe empfangen hat“, (was doch wohl selbstverständlich sein dürfte, da es sonst nicht geboren werden kann³⁾) „und der Mann innerhalb der Empfängnisszeit der Frau beigewohnt hat“. Nach Ansicht von Fischer und Henle (Handausgabe n. 1 zu § 1591)

¹⁾ L. 6 *J. de his qui sui* 1, 6 l. *D. 1 § 14 de agnosc. lib.* 25, 3 l. 29 *D. de prob.* 22, 3 l. 11 § 9 *D. ad leg. Jul. de ad.* 48, 5.

²⁾ R.G. VI Nr. 40 S. 168.

³⁾ Der § 1591 ist ein wahres Muster schlechter Gesetzgebungsredaktion, indem er ganz überflüssige Voraussetzungen ausdrückt, die gesetzlich erheblichen aber möglichst ungeschickt formulirt.

soll dies keine Vermuthung sein, sondern eine „positive Bestimmung“; auch bei anderen Juristen (z. B. bei Gareis, Einf. in d. Studium des B.G.B. II § 650) finde ich die Bezeichnung Vermuthung für diesen Satz vermieden. In meinen Augen kann es gleichwohl nichts anderes, als eine Vermuthung sein. Denn es wird sich gleich zeigen, dass der Gegenbeweis, wenn auch beschränkt, zulässig ist. Die Ausdrucksform des Gesetzgebers (ist ehelich) ist gegenüber der sachlichen Tragweite dieser positiven Bestimmungen — auch Vermuthungen sind positive Bestimmungen — unerheblich. Jedenfalls ist es keine Legaldefinition, der Begriff der Ehelichkeit, der sich mit dem der natürlichen Abstammung vom Ehemanne deckt, hat doch nicht abgeändert werden sollen. Auch ist es keine Fiction; denn, wie gesagt, ist der Gegenbeweis nicht völlig ausgeschlossen.

Dieser ersten Vermuthung nun stellt das Bürgerliche Gesetzbuch (in Abs. 2 des § 1591) die weitere Vermuthung zur Seite, dass der Mann innerhalb der Empfängnisszeit der Frau beigewohnt habe.

Demnach haben zunächst nach dem B.G.B. alle Kinder für eheliche zu gelten, die von einer Ehefrau nach Eingehung der Ehe, sei es auch schon am ersten Tage nach der Eheschliessung oder an diesem Tage (nach der Trauung) geboren werden. Soweit jedoch in diesem Falle die Empfängnisszeit in die Zeit vor der Ehe fällt, soll die zweite Prämisse dieser Gesamtvermuthung, die Specialvermuthung, dass der Mann ihr innerhalb der Empfängnisszeit beigewohnt habe, nur gelten, wenn der Mann gestorben ist, ohne die Ehelichkeit des Kindes angefochten zu haben. Die Voraussetzungen dieser Anfechtung werden wir gleich näher kennen lernen.

Hinsichtlich der Empfängnisszeit schliesst sich das Bürgerliche Gesetzbuch zunächst insofern an das römische Recht an, als es wie dieses eine gesetzlich fixirte Conceptionsperiode aufstellt, dahin, dass ein Kind als empfangen gilt innerhalb der Zeit von dem 181. bis zum 302. Tage vor dem Tage seiner Geburt, mit Einschluss des 181. und 302. Tages (§ 1592, 1). Dennoch ist diese gesetzliche Empfängnisszeit hinsichtlich

ihrer Maximalgrenze wieder keine absolute, sondern nur präsumtiv. Kann nämlich festgestellt werden (§ 1592, 2), „dass das Kind innerhalb eines Zeitraumes empfangen ist, der weiter als 302 Tage vor dem Tage der Geburt des Kindes zurückliegt, so gilt zu Gunsten der Ehelichkeit des Kindes dieser Zeitraum als Empfängnisszeit“. ¹⁾

Was nun der Gegenbeweis gegen die Vermuthung ²⁾ des § 1591 anlangt, so ist derselbe nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche in weiterem Umfange gestattet, als nach dem bisherigen gemeinen Rechte. Zu unterscheiden ist alsdann wegen der für diesen Fall nur bedingt geltenden (§ 1591 Abs. 2 S. 2) Vermuthung der Beiwohnung innerhalb der Empfängnisszeit

a) ob die gesetzliche Empfängnisszeit innerhalb der Ehe liegt,

b) ob sie ganz oder theilweise vor derselben liegt.

Im ersteren Fall (ad a) „ist (§ 1591 S. 2) das Kind nicht ehelich, wenn es den Umständen nach offenbar unmöglich ist, dass die Frau das Kind von dem Manne empfangen habe“; d. h. offenbar: die Präsumtion des S. 1 § 1591 kann durch den Beweis der Unmöglichkeit der Vaterschaft widerlegt werden. Gefordert ist Unmöglichkeit, nicht blosse Unwahrscheinlichkeit. Im übrigen aber ist dieser Gegenbeweis nicht auf die in den Pandekten bezeichneten Fälle zu beschränken, noch weniger, wie es freilich Absicht des Entwurfs I. (I, § 1469) war, auf

¹⁾ Die Veranlassung zu dieser Ausnahme gaben moderne medizinische Einwendungen gegen die alte Regel des Hippokrates. Allerdings soll eine Schwangerschaft von 310, ja 312 Tagen nicht unmöglich sein (Schürmayer, gerichtl. Medizin § 118; Olshausen, Magazin für deutsches R. VIII S. 323 ff.). Andererseits erklärt die jetzige Gynäkologie die Zeit zwischen dem 210. und 302. Tage vor der Geburt für die regelmässige Empfängnissperiode. Wir haben also ein nur theilweises Compromiss des Gesetzgebers in Richtung der höchsten Dauer zu constatiren, vermeintlich im Interesse des Kindes, der Ehre der Ehefrau und Ruhe der Familie, Mot. IV S. 149 ff.

²⁾ Die Denkschrift S. 320. „gilt als vom Manne erzeugt“, scheint mit uns eine Vermuthung anzunehmen.

den Nachweis, dass der Ehemann innerhalb der Empfängniszeit mit der Ehefrau den Beischlaf nicht vollzogen habe. Denn mit diesem Nachweise wird ja die Voraussetzung der Hauptvermuthung, bezw. die sie unterstützende Hilfsvermuthung schon hinfällig. Vielmehr beabsichtigt das Gesetz, durch diesen Satz auch einem innerhalb der kritischen Periode concumbirt habenden Gatten den Beweis der Nichtvaterschaft zu gestatten. Die Motive zum Bürgerlichen Gesetzbuche sind daher für die Tragweite dieses Gegenbeweises völlig unbrauchbar geworden, sie sind ausdrücklich von der schliesslichen Redaction desavouirt. Auch ein Indizienbeweis, „aus den Umständen“, ist zulässig. Wenn die Denkschrift (S. 320) meint, der Nachweis, dass die Frau sich innerhalb der Empfängniszeit eines Ehebruchs schuldig gemacht habe, selbst in Verbindung mit anderen Anzeichen, welche auf die Vaterschaft eines Dritten führen, sei der Regel nach unerheblich, so ist das eine bloss *cum salo gravis* nehmende Bemerkung; es kommt eben nur auf die Schlüssigkeit der hinzutretenden anderen Anzeichen an. Ausdrücklich soll in der Commission II. des Falles gedacht sein, dass eine Rassenverschiedenheit des Kindes, (es wird ein Mulatte geboren) oder die schon vor der letzten ehelichen Beiwohnung constatirte Schwangerschaft den Schluss auf einen anderen Erzeuger unabweislich mache¹⁾. Aber auch aus dem Grade der Reife des Kindes kann unter Umständen mit Sicherheit geschlossen werden, dass es unmöglich aus einem, wenn auch innerhalb der gesetzlichen Conceptionszeit, so doch relativ zu spät geschehenen Beischlafe entstammen kann.²⁾ Im Gegensatz zu den Motiven (IV, S. 655) hat also die schliessliche Fassung des Bürgerlichen Gesetzbuches in dieser, im gemeinen Rechte streitigen Frage sich für die bejahende Ansicht entschieden.

¹⁾ Vgl. Jahrb. für Nationalökonomie und Statistik N. F. VIII S. 252 (Jahrg. 1894).

²⁾ Nehmen wir z. B. den Fall, dass eine Frau während monatlicher Abwesenheit ihres Mannes ehebrecherischen Verkehr gepflegt hat, nach dessen Rückkehr der Mann, ohne dass dieser von der bereits begonnenen Schwangerschaft Kenntniss hatte, wieder mit ihr in ehelichen Verkehr trat, worauf die Frau etwa am 181. Tage nach der Rückkehr des Mannes

Vage Vermuthungen, Unwahrscheinlichkeit z. B. wegen anscheinender Unähnlichkeit oder Aehnlichkeit des Kindes sind natürlich bei der Fassung des Gesetzes („offenbar unmöglich“) ausgeschlossen; doch ist die freie Beweiswürdigung in der Zulassung der einzelnen Umstände, die zum Gegenbeweis benutzbar sind, durch jene lediglich eine strenge Beweiswürdigung fordernden Worte nicht beschränkt.

In dem Falle (ad b), dass die Empfängnisperiode ganz oder theilweise vor der Ehe liegt, wird der Gegenbeweis noch dadurch erleichtert, dass die Vermuthung der Beiwohnung wegfällt, wenigstens wenn, was die Regel sein dürfte, der Mann selber die Ehelichkeit bestreitet. Dagegen ist die Lage des Mannes, wenn er eine Anticipation der Beiwohnung zugeben muss, in diesem Falle nicht einfach die des als ausserehelichen Vaters in Anspruch genommenen Concubenten; denn er hat nicht, wie letzterer (§ 1717) die *exceptio plurium*; vielmehr befreit auch ihn nur der Nachweis der Unmöglichkeit der Vaterschaft, oder mit andern Worten: die Möglichkeit, dass er Vater des Kindes ist, stempelt ihn juristisch zum wirklichen und zwar zum ehelichen Vater, auch wenn das Kind vor dem 183. Tage nach der Hochzeit geboren ist.¹⁾

Eine wichtige praktische Einschränkung des Gegenbeweises gegen die gedachte Ehelichkeitsvermuthung ist aber durch die höchst formelle Regelung der Geltendmachung der Unehelichkeit im B.G.B. gegeben. Nach § 1593 kann nämlich die Unehelichkeit eines Kindes, das während der Ehe oder innerhalb 302²⁾ Tagen nach Auflösung der Ehe geboren ist, nur geltend gemacht werden, wenn der

ein völlig reifes 9 Monatskind zur Welt bringt. (Seuffert, VI 210, XXI 9, XI 11, XX 9, XXI 8, XII 161). Eine Rechtspflege oder Gesetzgebung, die in solchen Fällen dem Ehemanne auch die Vaterschaft des Bastards aufzwingen möchte, verstiesse gegen jedes gesunde Gefühl, und es ist schon bedauerlich genug, dass die Commission I (Mot. IV 655) solchen Mangel an gesundem Rechtsgefühl aktenkundig gemacht hat.

¹⁾ Nach gemein. Recht hielt dies schon für richtig Stinzing, Jahrb. für Dogm. IX 5. Dagegen Hölder, Pand. § 24 S. 111 und 5.

²⁾ Kommt auch in diesem Falle dem Kinde die Ausnahme des § 1592 Abs. 2 (individuelle Festsetzung einer längeren Conzeptionszeit) zu Gute? Man muss es, ungeachtet der ungünstigen Stellung der fr. Be-

Mann die Ehelichkeit angefochten hat, oder, ohne das Anfechtungsrecht verloren zu haben, gestorben ist. Unter Anfechtung aber versteht das B.G.B.:

a) Bei Lebzeiten des Kindes eine gegen dieses zu richtende negative Feststellungsklage (Präjudicialklage), die es als „Anfechtungsklage“ schlechthin bezeichnet (§ 1596).

Für den Process ist natürlich dem Kinde ein Pfleger, (*curator litis*) zu bestellen (§ 1909). (Motive IV, S. 670.) Die in erster Linie interessirte Mutter kann als Nebenintervenantin (§ 63 C.P.O.) ihre und des Kindes Rechte im Prozesse überwachen. Bis zur Erledigung des Processes kann die Unehelichkeit nicht anderweit, also auch nicht von etwa an der Thatsache rechtlich interessirten Dritten geltend gemacht werden (§ 1596 Abs. 3). Dagegen kann, wenn durch das auf die Anfechtungsklage ergehende Urtheil die Unehelichkeit des Kindes rechtskräftig festgestellt ist, sich jeder Dritte darauf berufen, Wirkung eines Urtheils *in rem* (*extra partes*). Uebrigens wird eine Novelle zur C.P.O. (Denkschrift Anl. II § 592 a Abs. 2, 3) für diese Prozesse besondere Vorschriften über Wirkung eines Anerkenntnisses, gerichtliches Geständniss und Eideszuschreibung bezw. Eideserlass im Sinne einer Beschränkung der Verhandlungsmaxime schaffen. Insbesondere soll auch der in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Ehemann für diese Anfechtungsklage processfähig sein. (§ 1595 Abs. 1.) Für einen geschäftsunfähigen Mann kann mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes sein gesetzlicher Vertreter die Ehelichkeit anfechten. Abgesehen davon kann die Anfechtungsklage von keinem Vertreter angefochten werden, auch nicht vom *curator absentis*.¹⁾

stimmungen (§ 1593 folgt unmittelbar auf diese Ausnahme, ohne sie zu erwähnen), doch wohl bejahen. Es ist anzunehmen, dass der Gesetzgeber bei Wiederholung der Regel auch die Ausnahme hat stillschweigend wiederholen wollen. Allerdings wieder ein Charakteristikum einer Redaction, die stellenweise Selbstverständlichkeiten wiederholt, stellenweise durch Aposiopesen räthselhaft wird.

¹⁾ So schon nach gem. R., vgl. Bekker, Pand. I S. 188. Seuff. Arch. I 164 für das B.G.B., vgl. Mot. IV S. 668 zu § 1474.

b) Nach dem Tode des Kindes genügt¹⁾ als Anfechtung eine in öffentlich beglaubigter Form abzugebende Erklärung des Ehemanns gegenüber dem Nachlassgerichte (§ 1597).

Diese Anfechtung der Ehelichkeit kann aber nur binnen Jahresfrist von dem Zeitpunkte ab erfolgen, in welchem der Mann die Geburt des Kindes erfährt.

Ausgeschlossen wird die Anfechtung der Ehelichkeit durch Anerkennung des Kindes als ehelichen seitens des Mannes nach der Geburt. Doch unterliegt eine solche Anerkennung, die nicht unter einer Bedingung oder Zeitbestimmung erfolgen kann (*actus legitimus, qui non recipit diem vel conditionem*) wieder den allgemein für Rechtsgeschäfte zulässigen Anfechtungsklagen (wegen Irrthums, Täuschung, Zwang), nur dass auch auf diese Anfechtungsklagen wieder die Vorschriften der §§ 1595—1597 entsprechende Anwendung finden (§ 1599). — Liegt in der Anzeige der Geburt des Kindes beim Standesamte eine Anerkennung?

Die Motive IV S. 666 meinen, es hänge von der Beurtheilung des einzelnen Falles ab. Bekker, Pand. I § 56, Beil. I, S. 186 c: „Ist die Eintragung auf Anzeige des Ehemannes geschehen, so kann ihm selber die Verleugnungsklage nur unter besonderen Umständen gestattet werden, z. B. wenn er behaupten könnte bei der Anzeige wahnsinnig gewesen zu sein.“ Allein jedenfalls ist ihm die Anfechtung der etwa darin zu befindenden Anerkennung auch wegen Irrthums (§ 119) zu gestatten.

c) Für den Fall, dass der Mann gestorben ist, ohne das Anfechtungsrecht verloren zu haben, steht es nach dem Bürger-

¹⁾ Doch wird in diesem Falle eine positive Klage auf Feststellung der Ehelichkeit und Rücknahme der Erklärung gegen den Ehemann Jedem, der ein rechtliches Interesse daran hat, nicht abzusprechen sein. Freilich Gesetz und Motive schweigen. Doch „soll das Nachlassgericht die Erklärung sowohl demjenigen mittheilen, welcher im Falle der Ehelichkeit als auch demjenigen, welcher im Falle der Unehelichkeit Erbe des Kindes ist, und hat die Einsicht der Erklärung Jedem zu gestatten, der ein rechtliches Interesse glaubhaft macht (§ 1597 Abs. 2). Die Anfechtung allein hat auch nicht die Wirkung einer rechtskräftigen Feststellung durch Urtheil.

lichen Gesetzbuch (vgl. Denkschrift S. 322) nicht nur den Erben, sondern einem Jeden, der ein rechtliches Interesse daran hat, zu, die Unehelichkeit des Kindes und zwar nach Massgabe der allgemeinen Grundsätze (mittels Feststellungs-, auch Incidentfeststellungsklage) geltend zu machen.

„Ein uneheliches Kind und dessen Vater“, sagt zwar § 1589 B.G.B. ausdrücklich, „gelten nicht als verwandt.“ Dennoch ist dieser gesetzliche Ausspruch nicht wahr. Es muss vielmehr auch zwischen dem unehelichen Kinde und dessen Vater eine (aussereheliche) Verwandtschaft anerkannt werden, einmal als *legis ratio* der Unterhaltsverbindlichkeiten der §§ 1708 ff., sodann als thatsächliche Voraussetzung für die Möglichkeit der Legitimation, sei es durch nachfolgende Ehe, sei es durch Ehelichkeitserklärung; ferner wird sie ausdrücklich vom Gesetze anerkannt beim Eheverbot wegen zu naher Verwandtschaft (§ 1310).

Zwischen zwei Personen kann sowohl in der geraden wie in der Seitenlinie eine mehrfache Verwandtschaft bestehen, sei es nun, dass zwei Verwandte (z. B. Geschwisterkinder) sich geheirathet und Kinder gezeugt haben, oder dass zwei Personen, die unter sich nicht verwandt waren, aber einen gemeinsamen Verwandten haben, sich geheirathet und Kinder gezeugt haben (z. B. ein Witwer hat nach dem Tode der ersten Frau deren Schwester geheirathet, die Kinder aus beiden Ehen bzw. deren Kinder u. s. w. sind unter einander mehrfach verwandt“).

Die wichtigsten Rechte, die mit der Verwandtschaft gegeben sind, werden, soweit sie überhaupt ins Privatrecht und nicht, wie das Recht der Zeugnissverweigerung ins Prozessrecht gehören, im Familienrecht und Erbrecht darzustellen sein.

II. Schwägerschaft. Schwägerschaft oder Affinität bedeutet im römischen Recht das Verhältniss, in das eine Person zu den Cognaten ihres Ehegatten tritt. Bisweilen werden auch die Ehegatten selber oder gar schon Verlobte zu den *affines* gezählt. (*l. 8 D. de cond. c. d. c. n. s. 12, 4. l. 38 § 1 de usur. 22, 1. l. 84 D. de i. dot. 23, 3*).

Nach l. 4 § 5 *D. de gradibus* 38, 10. „*gradus autem adfinitatis nulli sunt.*“

Das Bürgerliche Gesetzbuch definirt Schwägerschaft, wie das römische Recht (§ 1590). Es kennt aber Grade derselben, indem es die Grade der sie vermittelnden Verwandtschaft zählt; auch unterscheidet es, wie bei der Verwandtschaft Verschwägerung in gerader Linie (Schwiegereltern, Schwiegerkinder) und Seitenlinie (Schwager, Schwägerin). Rechtliche Bedeutung hat die Schwägerschaft nur in den nächsten Graden und zwar als Ehehinderniss und Grund zur Zeugnisabweigerung.

Die Wirkung dauert fort, auch wenn die Ehe, durch die die Schwägerschaft begründet ist, aufgelöst ist.¹⁾ Das Bürgerliche Gesetzbuch kennt auch eine aussereheliche Schwägerschaft, die durch aussereheliche Geschlechtsgemeinschaft begründet wird (§ 1310 Abs. 2), allerdings nur in gerader Linie, als aufschiebendes Ehehinderniss.

III. Haus oder Familie ist ein Rechtsbegriff, auf dem sich fast das ganze ältere römische Privatrecht aufbaute, sprachlich zunächst die Wohnstätte, das Haus, aber nicht im natürlichen Sinne (*domus*), sondern im wirthschaftlichen und juristischen Sinne, zerfiel er in 1. einen Kreis freier, durch die Gewalt des *pater familias* mit einander verbundener Personen, 2. einen Kreis von Sklaven, die in derselben Gewalt standen, 3. einen Kreis von Vermögensrechten (Beisp. *actio familiae erciscundae*), 4. einen Kreis verwandter Personen.²⁾

Im späteren römischen und darnach im gemeinen Rechte haben nur die Kreise 1. und 4. praktische Bedeutung behalten.

Die Wirkung der römischen Hausgewalt (*patria potestas*) welche ursprünglich eine den Römern ganz specifisch eigenthümlich vollständige Herrschaft (*jus vitae ac necis*) war,

¹⁾ Vgl. Regelsberger Pand. I § 73 S. 284 Nr. 3 Mot. 6. Natürlich entsteht keine Schwägerschaft, wenn die Ehe ungültig war, bzw. mit Erfolg angefochten worden ist. Auflösung der Ehe ist Auflösung der rechtlich gültigen Ehe durch Tod, Scheidung oder in Folge von Todeserklärung.

²⁾ Vgl. v. Ihering, Entwicklungsgeschichte des röm. Rechts, S. 50 ff.; Geist des röm. Rechts I § 13 S. 177 ff.; Bekker, Pand. I § 57

schloss die Vermögensfähigkeit der ihr unterworfenen freien Personen, der Frau in der *manus*-Ehe wie der Kinder aus. Der Erwerb eines Hauskindes fiel *ipso jure* an den Vater. Auch wenn der Vater dem Hauskinde Vermögen zur eigenen selbständigen Administration und Wirthschaft übergab, *peculium profectitium*, blieb dieses rechtlich sein Eigenthum. Doch haftete der Gewalthaber für die Schulden des Hauskindes bis zum Betrage des *peculium*. Weitergehende vermögensrechtliche Selbständigkeit verliehen die castrensischen und quasi-castrensischen *peculien*, neben denen noch das *peculium adventitium* in Betracht kam. Nach Ansicht vieler Pandektisten¹⁾ wäre schliesslich auch der mit dem justinianeischen Rechte recipirte Rest der Vermögensunfähigkeit in Deutschland weggefallen. Allerdings kommt ein römisch-rechtliches²⁾ *peculium profectitium* schwerlich noch vor; denn es gehörte durchaus nicht Alles dahin, was das Kind von Sachen des Vaters in den Händen hatte, namentlich nicht, was ihm nur der Alimentation wegen gegeben ist (*L. 4 D. de peculio* 15, 1), sondern nur solches väterliches Vermögen, das der Vater dem Sohne durch freiwilligen Rechtsact, *concessio peculii*, zur selbständigen Verwaltung und Bewirthschaftung überlassen hat und was der Sohn hinzu erwirbt. Bei den Römern war dies sehr gewöhnlich, da bei ihnen der Haussohn auch durch Führung eines selbständigen Haushaltes oder Gewerbes nicht *sui juris* wurde. Allein in Deutschland wurde eben derjenige, der einen selbständigen Haushalt führte, *separata oeconomia*, zufolge der sog. *emancipatio Saxonica sui juris*. Dagegen war jedenfalls noch der römischrechtliche Begriff der *persona alieni juris* praktisch, abgesehen von dem *S. C. Macedonianum*, sofern Verträge zwischen Vater und Kind, — es sei denn, dass für bestimmte Verträge, wie Abfindungs-, Leibzuchtverträge eine besondere deutschrechtliche Ausnahme zugelassen worden — ungültig waren.³⁾

Dem Bürgerlichen Gesetzbuch ist eine die Rechtsfähig-

¹⁾ Regelsberger § 69 III S. 271.

²⁾ Ueber eine bloss analoge Verwendung des Ausdruckes siehe oben S. 108.

³⁾ Sog. Prinzip der Personeneinheit, *unitas personarum*, vgl. Wächter, Pand. II § 255 S. 630.

keit beschränkende Hausunterthänigkeit fremd. An Stelle der römischrechtlichen väterlichen Gewalt kennt es nur eine elterliche Gewalt, die unter Umständen auch der Mutter zusteht, die aber einen rein vormundschaftlichen Charakter hat. Auch das mit derselben in Verbindung stehende Recht der elterlichen Nutzniessung ist keineswegs als ein Recht der römischen *patria potestas* anzusehen, sondern entspricht dem Entwicklungsgange des deutschen Rechtes, das mit dem väterlichen Mundium von jeher die Nutzniessung mit dem Vermögen des Kindes verbunden hatte. Ein Unterschied der Personen als *personae sui* und *alieni juris* ist nicht mehr vorhanden. Das Hauskind ist nicht minder vermögensfähig wie das gewaltfreie Kind. Mit der Anerkennung der vollen Vermögensfähigkeit des Hauskindes ist auch dem sog. Principe der Personeneinheit d. h. dem Satze des römischen Rechtes, dass weder durch Rechtsgeschäfte noch durch andere juristische That-sachen zwischen dem Hausvater und dem Hauskinde eigentliche Rechtsverhältnisse begründet werden können, jeder Boden entzogen (Mot. IV S. 792).

Dritter Abschnitt.

Juristische Personen.¹⁾

A. Allgemeines.

§ 1.

Begriff, Wesen und Arten der juristischen Personen.

Es gab eine Zeit, in der man das, was man heute juristische Person nennt, „mystische“ Person nannte. In der That möchte man ironisch auch heute noch der letzteren Bezeichnung den

¹⁾ Literatur: v. Ihering, Zweck im Recht I S. 295—315, S. 463—465; Geist des römischen Rechts III 1 S. 389 ff. (Aufl. 3); Brinz, Pand. 1. Aufl. 2. Abh. S. 379 ff., 2. Aufl. Bd. 3 S. 432 ff.; Sal-kowsky, Zur Lehre von den jurist. Personen 1863; Böhlau; Rechts-subject und Personenrolle 1871; Zitelmann, Begriff und Wesen der sog.

Vorzug geben, wenn man den Mysticismus im Auge hat, der uns in vielen sonst leidlich rationellen und nüchternen Lehrbüchern der Pandecten und des Privatrechts entgegenwirbelt, sobald wir an die Darstellung dieser Lehre treten. Fast wird man an den niemals ganz beigelegten dialectischen Streit der mittelalterlichen Scholastiker über Nominalismus und Realismus der Begriffe erinnert, und in der That durchschaut der Kenner der Geschichtsphilosophie sofort, dass es sich nur um ein juristisches Nachspiel dieses Streites handelt, wenn in erster Linie darüber gestritten wird, ob und wie weit die sog. juristische Person ein bloss fingirtes, imaginäres oder ein wirkliches Wesen sei. Man könnte sich versucht fühlen, mit dieser Bemerkung den ganzen theoretischen Nebel, der sich in vielen Lehrbüchern über die begriffliche Construction der juristischen Personen breitet, für beseitigt zu halten und diese Streitfragen auf eine reinliche Scheidung der Disciplinen dringend, in die Rechtsphilosophie zu verweisen und streng auf positiv-dogmatischem Boden bleibend, lediglich an das oben in § 2 (S. 74) Gesagte anknüpfen. Im positiven Sinne, nicht im rechtsphilosophischen (naturrechtlichen), setzt ein subjectives Recht und die Rechtssubjectivität selber das objective Recht voraus. Wie die souveräne Rechtsallmacht des Staates (die Rechtsgeschichte beweist es) Menschen die Eigenschaft, Rechtssubjecte zu sein, absprechen und sie zu Sachen degradiren konnte, so kann dieselbe Souveränität auch Thieren, ja Sachen, ja selbst imaginären Wesen (Göttern, Begriffen) Rechtssubjectivität zuerkennen.

jurist. Personen 1873; Bolze, Der Begriff der jurist. Person 1879; Burkhard, in Grünhuts Zeitschrift Bd. 18 n. 1; G. Rümelin, Methodisches über jurist. Personen 1891, Zweckvermögen 1892; Regelsberger, Pand. I § 75—93; Bekker, Pand. I § 59—70; Hölder, Pand. I § 26—28; Biérling, Zur Kritik der jurist. Grundbegriffe II S. 91 ff.; Puchta, in Weiskes Rechtslexikon, Art. Corporation; Savigny, System II § 85—102; Gierke, Deutsches Privatrecht I 58—78; ders., D. Genossenschaftstheorie und deutsche Rechtsprechung (1887); Holtzendorff, Rechtslexikon, Art. Jurist. Person; Merkel, Encyclopädie § 186—190; Windscheidt, Pand. I § 57—62; Dernburg, Pand. § 59—66; Francesco Forlani, *delle persone giuridiche, studio critico*, Bologna 1871; Giorgio Giorgi, *la dottrina delle persone giuridiche* 1889—1892 3. Bde.

Das heutige positive Recht erkennt nun zwar einerseits allen Menschen als physischen Personen die Rechtssubjectivität zu, ausserdem aber auch gewissen imaginären Wesen, Rechtsbegriffen, und letztere nennt man dann, da sie blosser Erzeugnisse des positiven Rechtes sind, juristische Personen.

Allein diese bequeme Abfertigung, die im Wesentlichen auf eine vorbehaltlose Billigung der alten sog. Fiktionstheorie hinauslief, der zufolge denn auch nichts dagegen einzuwenden wäre, innerhalb des Privatrechts unter Umständen eine Dachtraufe oder ein Stück Papier, nämlich ein Inhaberpapier zur „juristischen Person“ zu fingiren,¹⁾ würde uns mit Recht den Vorwurf der Unwissenschaftlichkeit zuziehen. In der That ist die Lehre von den juristischen Personen eine Stelle, an der auch die Civilrechtswissenschaft ihrer philosophischen Grundlagen sich bewusst werden muss, wenn anders sie eine begrifflich klare Verarbeitung des positiven Rechtsstoffes sein soll. Die Souveränität des Gesetzes findet ihre Grenze an den Gesetzen der Natur und des Geistes, also auch an der Logik, sie kann die Sprache meistern, aber nicht die Begriffe. Die Schuld an dem Mysticismus, der durch die rechtsphilosophische Auffassung der juristischen Person vielfach in die sonst leidlich begriffsklare Civilrechtslehre hineingebracht worden ist, besonders von Seiten einzelner Germanisten, liegt nicht an der Rechtsphilosophie an sich, sondern an einer logisch und ontologisch (sachlogisch) unzulänglichen, nebelhaften Denkweise.

Den äussersten Gegensatz zu jener älteren romanistischen Theorie, der zufolge es sich bei der juristischen Person um ein bloss juristisches Gedankengebilde handelt, bildet die neuerdings hauptsächlich von Gierke und Regelsberger vertretene Behauptung, dass die juristischen Personen „wirkliche Wesen“, „wirkliche, nicht bloss erdichtete Personen“, ²⁾ „ebenso wenig, wie die Einzelpersonen eine Schöpfung des positiven Rechts“ ³⁾ sind. Fragt man dann, was sie sind, so erhält man zur Antwort: „sociale Organismen“, „sociale Lebenscentra“, „aus dem dauernden Zusammenwirken der Einzel-

¹⁾ Wie dies in der That seitens einzelner Dogmatiker geschehen ist.

²⁾ Gierke, D. Privatr. S. 470.

³⁾ Ebenda S. 471.

willen zur Verwirklichung des Gesamtzwecks entsteht ein neuer Wille, der Gesamtwille, wie aus vielen Rinnsalen ein Strom“, ¹⁾ (so bei der Corporation oder Verbandspersönlichkeit), „erstarrter Einzelwille“, ²⁾ „selbständiger gesellschaftlicher Organismus, dessen Seele (!) der in ihm fortwirkende Wille des Stifters und dessen Körper der zur Verwirklichung dieses Willens hergestellte Verband von Menschen bildet“, „lebendige Willensträger“, ³⁾ „der Stifter hat dem Wesen das Leben gegeben, es ist sein Kind, aber das Kind hat sein eigenes Leben“. ⁴⁾ Schon die poetischen Ausdrucksformen dieser Anschauungsweise müssen uns gegen ihre wissenschaftliche Anerkennung bedenklich machen. Geht man ihren tieferen Motiven nach, so findet man ihren Ursprung in jener unklaren antiindividualistischen Denkweise, die auch sonst mit Worten, wie „Volksseele“, „unbewusstem allgemeinen Rechtsgefühl“, z. B. bei der Lehre vom Gewohnheitsrecht, oft ganz berechtigten Tendenzen einen mehr gefühlvollen, als logischen Ausdruck verleiht. So wird z. B. die Haftung der juristischen Person für Delicte ihrer Vertreter aus ihrer tatsächlichen Handlungsfähigkeit gefolgert, ein an sich selbst richtiger Satz auf Grund einer falschen Prämisse. — Oder aber es handelt sich schliesslich nur um einen durch den bedenklichen Gebrauch aus anderen Wissenschaften entlehnten nur gleichnissweise verwendbarer Worte, wie „Organismen“, „Organisation“, verursachten Wortstreit, der sofort schwinden würde, wenn man sich geeinigt hätte über die Tragweite der Worte „Person“, „lebendiges Wesen“, „Organismus“. Denn schliesslich müssen doch auch diese lebhaften Gegner der alten Fictionstheorie zugeben, dass ihre „Wesen“, ihre „Lebenscentren“ blosser Abstractionen sind, während andererseits nicht zu leugnen ist, dass innerhalb der Rechtswelt auch den blossen Begriffen und Institutionen eine Wirklichkeit, d. h. ein wirkendes Sein zukommt, dass auch der Gedanke eine Macht ist.

Für uns deckt sich die Frage nach dem Wesen der

¹⁾ Regelsberger, Pand. S. 291.

²⁾ Meurer, Begriff und Arten der geheiligten Sachen I S. 89.

³⁾ Gierke, D. Privatr. I S. 647.

⁴⁾ Regelsberger, Pand. I S. 293.

juristischen Person mit der Frage nach ihrem Zweck. Wir können insofern, zumal innerhalb des Privatrechts, von einem individualistischen Ausgangspunkt nicht loskommen, als wir an dem Satze der alten Römer festhalten: *Hominum causa omne jus constitutum est.*¹⁾ „Alle Rechtssätze, mögen sie dem Privatrecht, Strafrecht oder öffentlichen Recht angehören, haben den Menschen zum Zweck.“²⁾ Ist uns nun Person nichts anderes, als der Mensch als Selbstzweck betrachtet, so liegt auf der Hand, dass die juristische Person keine eigentliche Person sein kann, sondern nur in übertragener Bedeutung Person heisst, nur in der Rechtswelt, — die als ganzes einschliesslich den Staat, ihr letztes Fundament, lediglich den Zwecken der Einzelmenschen dient, — als Person fungirt, dass also die Fictionstheorie der Wahrheit immer noch näher steht, als die Theorie, die ihr in überschwenglicher Werthschätzung eines blossen Rechtsgebildes eine dem Einzelmenschen gleiche, ja höher stehende Existenz beilegt.

Was der Fictionstheorie vorzuwerfen war, war lediglich der vollständige Mangel an einer Aufklärung über die gesellschaftliche Nothwendigkeit der Thatsache, dass in der Rechtswelt blossе Gebilde der juristischen Organisation scheinbar als Selbstzwecke gelten, ein Mangel, der mit der formalistischen Verkennung des substantiellen Moments im subjectiven Rechte zusammenfällt. Die Fictionstheorie war formalistisch, wie ihre moderne Gegnerschaft mystisch ist.

Um die Frage zu beantworten, wozu ist die juristische Person da, müssen wir das menschliche Leben in seiner Totalität auffassen. Die Zwecke desselben zerfallen in zwei grosse Gruppen: 1. in rein individuelle, 2. in gemeinschaftliche Zwecke.

1. Schon die rein individuellen Zwecke, die Zwecke der egoistischen Selbstbehauptung³⁾ führen unbewusst zu einer

¹⁾ l. 2 *D. de statu hominum* 1, 5 (Hermogenianus). Ja, als Juristen sind wir sogar berechtigt, diesen Gedanken der Zweckbestimmung auf die Natur zu übertragen. l. 28 § 1 *D. de usuris* 22, 1: *omnes fructus natura hominum causa comparavit.*

²⁾ v. Ihering, Zweck im Recht I S. 463 (2. Aufl.).

³⁾ „Ich bin für mich da.“ „Die Welt ist für mich da.“ Vgl. v. Ihering, Zweck im Recht I Kap. V.

gegenseitigen Förderung und zu dem Ende zu einer gewissen unbewussten Combination der Kräfte zu einer gesellschaftlichen Mechanik durch Tauschverkehr (Vertrag) und sonstige egoistische Hebel (Lohn u. s. w.) des Verkehrs.¹⁾

2. Die gemeinschaftlichen Zwecke sind solche, die über die Kräfte des einzelnen Individuums hinausgehen, es bedarf einer bewussten Combination der Einzelkräfte, um sie zu erreichen. Während die unbewusste Kräftecombination vor allem den Gegenstand der politischen Oeconomie (Volkswirthschaftslehre) bildet, beginnt das Interesse des Juristen erst mit der bewussten Combination, das wirthschaftliche Naturgesetz entwickelt sich hier zum Rechtsgesetz. (Man wird dabei an die sog. Allotropie chemischer Stoffe, die bekanntlich durch eine Aenderung der Atomlagerung erklärt wird, erinnert.) Die primitivste und einfachste Form einer solchen bewussten Combination ist die Societät, der Gesellschaftsvertrag. Hier sind so viele Rechtssubjecte als einzelne physische Personen vorhanden. Demgemäss werden auch Rechte und Pflichten von Jedem und gegen Jeden in Anspruch genommen, zur Verfolgung der Rechte (Zwecke) müssen Alle gemeinschaftlich handeln, wie auch umgekehrt Alle einzeln belangt werden müssen, wenn aus ihren Verpflichtungen Ansprüche gegen sie geltend gemacht werden sollen. Da demnach volle bewusste Einstimmigkeit der *socii* erforderlich ist,²⁾ so ist klar, dass diese Form der Combination mit sich steigender Anzahl um so unvollkommener wird. Die Societät erweist sich als ungeeignet sowohl für Zwecke, die eine grössere Anzahl von Theilnehmern erfordern, wie für solche, die dauernder Art sind. Zwecke der letzteren Art nun, Zwecke, deren eigenthümliche Natur eine möglichst grosse Anzahl von Theilnehmern erwünscht sein lässt, können zunächst durch eine juristisch ungeregelte Art der Combination verfolgt werden. Derartige unorganisirte Zwecke sind z. B. die zahlreichen politischen, religiösen und sonstigen Parteien (literarische, gesellschaftliche u. s. w.), bei denen ein zwar bewusstes, aber

¹⁾ Vgl. Kühlenbeck, Der Check § 1—5.

²⁾ § 4 J. III 25. *Manet autem societas eo usque donec in eodem consensu perseveraverint.*

nicht juristisch geregeltes Zusammenwirken nach bestimmten Richtungen stattfindet.

Es liegt aber auf der Hand, dass alle solche Zwecke nach einer gewissen Disciplinirung und Ordnung der für sie interessirten Personen dringen müssen, wenn sie mit Erfolg erstrebt werden sollen. Es ergibt sich für sie das Problem, die Summe der Einzelkräfte unter einer einheitlichen Leitung zusammenzufassen und nach Aussen hin als einheitliche Kraft wirken zu lassen. Und dieses Problem kann nur durch eine Unterordnung der Einzelnen unter einen einheitlichen Willen erreicht werden. Die richtige Form für diese Unterordnung zu finden, ist Sache der juristischen Technik.

Diese braucht keineswegs sofort auf die juristische Person zu kommen. Vielmehr ist der nächste Gedanke der einer fiduciarischen Bevollmächtigung einer einzelnen physischen Person, zu deren Gunsten die Uebrigen formell d. h. juristisch auf ihre active Mitberechtigung verzichten, indem sie ihn zum gemeinschaftlichen Rechtsträger machen. Dies ist das technische Auskunftsmittel des Treuhänders (*trustee* im englischen Recht). Hier zuerst treten die beiden Momente des subjectiven Rechts, das substantielle und formelle auseinander, oder vielmehr, das Wesen tritt und zwar im eigenen Interesse ganz hinter der Form zurück, — *la forme emporte le fond* —, so sehr, dass es sich durch dieselbe zu verneinen scheint. Das subjective Recht löst sich von seinem eigentlichen psychologischen Subject, dem Interesse ab, der Rechtsträger trennt sich vom Destinatar des Rechts.

Diese technische Lösung des Problems: „Einer für Alle“ (Alle für Einen) durch fiduciarische Uebertragung der Rechte (des *power*) auf eine bestimmte physische Person vertritt heute noch in vielen Ländern, z. B. im Gebiete des englisch-amerikanischen Rechtes, wo die Lehre von den juristischen „Personen“ keineswegs eine solche Ausbildung erfahren hat, wie bei uns, vor allem bei Stiftungen, Anstalten das Auskunftsmittel der juristischen „Person“. ¹⁾ Die Schwäche dieses

¹⁾ Vgl. Kohler, Arch. für bürgerl. R. III S. 269 ff. Beispielsweise wird das Stiftungskapitel einem Grundbesitzer übertragen, der dafür seine

Auskunftsmittels liegt in der bloss fiduciarischen Sicherung des Zweckes,¹⁾ alles hängt von der Ehrlichkeit des einen physischen Rechtsträgers ab, auch muss beim Tode desselben stets ein neuer gestellt werden.

Die Idee der juristischen Person ist nur ein weiterer technischer Fortschritt dahin, die physischen Personen lediglich mit der Disposition über die Rechte zu betrauen, diese selber aber auf ein bloss zugedachtes Rechtssubject zu übertragen, die ursprüngliche natürliche Einheit des Rechtssubjects als Destinatar, Träger und Disponent des Rechts zertällt jetzt in drei Theile. Der bloss gedachte, imaginäre Rechtsträger ist die sog. juristische Person.

Die juristische Person ist demnach nichts anderes, als ein specifisch - juristisch - technischer Mechanismus (Apparat, Rechtsinstrument), geschaffen zur Verfolgung von dauernden Zwecken, die entweder nur durch eine Mitwirkung von einer grösseren Mehrheit von Personen zu erreichen sind oder einer unbestimmten Anzahl von Personen zu Gute kommen sollen.

Sie als Person zu bezeichnen verstösst insoweit gegen den von uns aufgestellten Begriff der Person, als sie nicht Selbstzweck, sondern Mittel zum Zweck ist. Jede juristische Person ist nur der Individuen wegen da.

Hiernach stehen wir in unserer Auffassung allerdings der sog. organischen Fictionstheorie näher, als der sog. organischen Theorie.²⁾ Darum aber erscheint uns die juristische Person nicht als ein „Nichts oder Schemen“,³⁾ vielmehr ist sie, wie jedes technische Instrument, ein reelles sociales Machtmittel.

Grundstücke verpfändet und die Zinsen für den Stiftungszweck zu verwenden hat in Form einer ewigen Grundrente. Er wird der *Trustee* Salmann, Fiduciar, Lehnsträger, *provasallus*.

¹⁾ Vgl. Perry, *a treatise on the law of Trust and Trustee*. § 2. *Trust = an obligation upon a person arising out of a confidence reposed in him to apply property faithfully and according to such confidence.*

²⁾ Regelsberger, Pand. I S. 291.

³⁾ Die eigentliche Fiction ist eine „technische Nothlüge“, erfunden zur Fortbildung des starren Rechtes, eigentlich nur ein äusseres Gewand, in dem die analoge Ausdehnung auftritt. Vgl. v. Ihering, Geist des

Das Verhältniss der Destinatäre zu der juristischen Person kann nun ein zweifach verschiedenes sein, und darnach ergeben sich die beiden bekannten Hauptarten der juristischen Person

röm. Rechts IV S. 293 ff. Demgegenüber erscheint die juristische Person als ein technisches Erzeugniss der juristischen Abstraction und der gestaltenden höheren Jurisprudenz; während die Fiction ein unbehülfliches Mittel der niederen Jurisprudenz ist, ist die juristische Person eine gedankliche Construction von Rechtsverhältnissen (v. Ihering, Geist des röm. Rechts III S. 366 ff.) — Unterstützt wird diese gedankliche Technik allerdings durch einen Verdinglichungstrieb bzw. Personificationstrieb des menschlichen Geistes, „nicht menschliches menschlich, unpersönliches persönlich zu denken“ (Brinz, Pand. I § 59). Das wissenschaftliche Denken muss sich freilich hüten, wenn es durch diesen die Sprache beherrschenden und gestaltenden Trieb unterstützt wird, das Gleichniss für das Wesen der Sache zu nehmen. Gewiss ist auch die Bezeichnung der juristischen Person als Werkzeug, Apparat, technisches Instrument nur ein Gleichniss. Wir ziehen nur dieses Bild dem Bilde des Organismus vor, um das mit letzterem verknüpfte falsche *tertium comparationis* abzuwehren, worauf die organische Theorie den Hauptwerth legt, als ob die juristische Person sozusagen ihre eigene Seele habe und um ihrer selbst willen da sei. Wenn man von diesem *tertium comparationis* absieht, lässt sich auch nichts gegen die Bezeichnung „Organismus“, „Organisation“ einwenden. Die grösste Verwirrung haben diese Analogieen auf dem Gebiete des Staatsrechtes angestiftet; gewiss ist nicht zu verkennen, dass die Analogie viele fruchtbare Gesichtspunkte zeitigen kann, dass insbesondere auch die sog. organische Staatslehre ihre Verdienste hat, aber sie führt, auf die Spitze getrieben, zu praktisch bedenklichen Konsequenzen. (Vgl. Combothera, *l'état en tant qu'organisme*, *Revue de droit public* 1896 Nr. 2) „Der Staatsbegriff selbst scheint uns wie eine mechanische, so auch eine organische Auffassung auszuschliessen. Im Staate finden sich die Einzelnen in einem Verhältnisse sowohl der Nebenordnung zu einander als auch der Unterordnung unter die Staatsgewalt, beide sind aber wesentlich juristische Beziehungen, wo die geistige Einheit einfach eine Folge des gesellschaftlichen Zusammenwirkens ist, wo also eine ethische Verbindung im Wege geschichtlicher Bildung eintritt, die nicht durch ein biologisches, sondern durch ein psychisches Band zusammengehalten wird. Die organische Theorie erkennt an der socialen Erscheinung gerade das, was an ihr im allermenschlichsten Sinne social ist. Könnte der Urheber des bekannten politischen Gleichnisses von den Beziehungen des Magens zu den Gliedern, das er auf den Kampf zwischen Patriziern und Plebejern angewandt hat, könnte Menenius Agrippa wieder in die Welt zurückkehren, so wüssten wir nicht, über was er mehr erstaunt wäre, ob über den Anblick einer Eisenbahn oder darüber, dass

die *universitas personarum*, Corporation, Verbandsperson einerseits und die *universitas bonorum*, Stiftung (Anstalt) andererseits.

Bei ersterer sind die Destinatäre zur Verfolgung des Zweckes activ mitberufen, sie sind zwar nicht mehr Theil—Nehmer, wie bei der Societät, der Art, dass Jeder zu einem Bruchtheil an den auf den Rechtsträger übertragenen subjectiven Rechten unmittelbare participirte, Miteigenthümer zu seiner bestimmten Quote wäre, die ihnen auch durch Austritt nicht verloren ginge, sondern Mit—Glieder, ihre Rechte sind mittelbarer, secundärer, nur interner Natur und

sein geistreicher Einfall zu einer wissenschaftlichen Theorie vom Staate umgewandelt ist“ (Rossi, Die neuere Literatur des Verfassungsrechts, Krit. Vierteljahrschr. XXXIX 3. Aufl. 3. Bd. S. 21). „Die Staatsgewalt substantiell betrachtet, ist nichts als ein für gewisse sociale Zwecke ausgeschiedenes Quantum der Volkskraft (der physischen, geistigen, öconomischen) und zwar, wie kaum bemerkt zu werden braucht, stets ein ungleich kleineres, als dasjenige, welches auf Seiten des Volkes zurückbleibt. In quantitativer Beziehung ist also das Volk, der natürliche Träger der Macht, dem künstlichen Träger derselben: dem Staat stets überlegen. Aber das Verhältniss beider wird dadurch wesentlich umgestaltet, dass die Macht des Volkes blosse Substanz, die des Staates organisirt ist.“ (v. Ihering, Zweck im Recht I S. 316). Dasselbe gilt von allen juristischen Personen, deren umfassendste nur der Staat ist, es sind organisirte Zwecke. Will man dieser Auffassung den Vorwurf des Individualismus oder Atomismus machen, so bemerken wir mit Rossi a. a. O. S. 34, „Die individualistische Lehre beruht auf dem Grundsatz, dass das Recht in der Einzelpersönlichkeit wurzle, die entgegengesetzte Lehre auf dem Grundsatz, dass es in der Gesellschaft oder im Staate wurzle, während doch eine wahre realistische Schule lehren müsste, dass weder der Einzelne unabhängig von Staat und Gesellschaft alles Recht gründet noch die Gesellschaft oder der Staat unabhängig vom Einzelnen das Recht zu schaffen vermögen; denn es giebt weder eine Gesellschaft noch ein Individuum, die von einander unabhängig wären, sondern nur das gesellschaftliche Individuum, das politische Lebewesen, wie Aristoteles sagen würde. Jeder Begriff der Gesellschaft, des Staates, des Rechts muss sich nothwendig auf diese Thatsache gründen.“ Das Recht ist eben von vornherein ein Beziehungsbegriff, der das Zusammensein mehrerer Menschen voraussetzt, ein durch das Recht geschaffener unendlich complicirter Begriff aber ist die juristische Person, keine Entität, sondern ein thatsächlich wirkendes Rechtsverhältniss (richtiger Rechtsinstitut).

gehen mit dem Austritt verloren, aber als Mitglieder sind sie zur Mitwirkung berufen, haben einen rechtlich normirten Einfluss auf die Verfolgung des Zweckes (Stimmrecht, Wahl u.s.w.) neben rechtlich garantirten Mitgenuss (Ge—nossen).

Bei letzterer sind die Destinatäre nur receptiv geniessend, auch braucht ihr Genussrecht kein durch Klage geschütztes Privatrecht zu sein.

Dagegen ist es verfehlt, den Unterschied der Corporation von der Stiftung, wozu freilich die Bezeichnung verleitet, und wie dies auch in der Regel geschieht, darauf zu stellen, dass für die erstere eine Anzahl physischer Personen, für die letztere aber ein Vermögen (*bona*) das „Substrat“, die „Unterlage“ bilde.¹⁾

B. Die Rechtsstellung der juristischen Person (nach Aussen).

§ 2.

Die Rechtsfähigkeit der juristischen Person.

Die Rechtsfähigkeit der juristischen Person ist bedingt durch ihre positivrechtliche Anerkennung, ausserdem durch die Natur der in Frage kommenden Rechte. Denn auch ein positives Gesetz könnte der juristischen Person gewisse Rechte z. B. Familienrechte nur in einer durch die Natur der Sache sehr beschränkten analogen (fictiven) Form beilegen.

In erster Linie massgebend für den Umfang der Rechtsfähigkeit, den das positive Recht der juristischen Person

¹⁾ Im Vorstehenden ist nicht näher eingegangen auf die Theorie von Brinz, der zufolge die juristische Person ein blosses Zweckvermögen ist. Der Verdienst der Brinzschen Ausführungen soll darum nicht verkannt werden, seine Stärke liegt in der berechtigten Kritik, sowohl des älteren rein formalistisch-positivistischen Fictionsdogmas als auch der germanistischen Mystik; aber es ist unrichtig, den Begriff auf das Zweckvermögen zu basiren, es giebt juristische Personen ohne bereits oder noch vorhandenes Vermögen, zudem ist es falsch, die juristische Person auf das Privatrecht zu beschränken. Mir unverständlich und daher einfach von mir übergangen ist die Theorie von den sog. subjectlosen Rechten.

beilegt, ist der Zweck. Hiernach bestimmt sich zunächst der Umfang des Personenrechts für die juristische Person. Die juristische Person theilt daher das Recht des Domicils. Ihr Domicil ist, wenn nicht ausdrücklich ein Anderes bestimmt ist (durch *lex specialis*. bzw. das staatlich genehmigte Statut), der Ort, an welchem die Verwaltung geführt wird (§§ 24, 80 B.G.B.). Die an den Wohnsitz anknüpfenden Vorschriften sind, soweit der Zweck es erfordert, auf juristische Personen entsprechend anzuwenden. Dies gilt besonders für den Gerichtsstand, wie für den Erfüllungsort obligatorischer Leistungen (§ 269 B.G.B.).

Die juristische Person theilt ferner mit der physischen das Recht am Namen. (Siehe II § 11 oben S. 154.)

Die Frage, ob der juristischen Person ein subjectives Recht auf Ehre zukomme, ist eine der ersten, für deren Beantwortung sich die rechtsphilosophische Anschauung ihres Wesens erheblich erweist. Von Gierke z. B. wird sie unbedenklich bejaht. Nach unserer Begriffsbestimmung sowohl der Ehre im subjectiven Sinne wie auch der juristischen Person liegt das Gegentheil zu Tage. Das praktische Interesse für diese Frage liegt nach heutiger Systematik allerdings im Strafrecht; denn dass eine juristische Person nicht den civilrechtlichen Folgen der sog. *turpitudō* ausgesetzt ist, dass für sie ferner nicht die aus Abkennung bürgerlicher Ehrenrechte resultirenden rein civilrechtlichen Folgen (s. II § 10 oben S. 146) in Betracht kommen können, bedarf kaum einer Bemerkung. Strafrechtlich beschränkt sich die Frage darauf, ob eine juristische Person wegen Beleidigung klagen kann. In Anbetracht der bloss formellen Ausscheidung des Beleidigungsdelictes aus dem Privatrecht glauben wir diese Frage hier nicht ganz ignoriren zu sollen. Die bislang herrschende Ansicht ¹⁾ nimmt allerdings an, auch abgesehen von der principiellen Stellung zum Wesen der juristischen Person, dass ganz allgemein juristische Personen durch das positive deutsche Strafrecht als solche als mögliche

¹⁾ Vgl. Zimmermann, Archiv für deutsches Strafrecht Bd. XXV S. 96 ff.; v. Wächter, Deutsches Strafrecht S. 338; Merkel, Lehrb. S. 290; Stenglein, Gerichtssaal XLII S. 84. Dagegen siehe die scharfsinnigen Ausführungen von Bruhns, Gerichtssaal XXVII S. 481 ff.

Objecte einer Beleidigung anerkannt und berechtigt sind, Strafanträge zu stellen bezw. Privatklage zu erheben. Dennoch glauben wir, dass diese Annahme aus gewissen positiven Normen (z. B. §§ 131, 195 St.G.B.) eine principiell unzulässige Folgerung zieht. Zutreffend bemerkt Binding, Strafrecht I. S. 618: „Die fälschlich sog. Beleidigung politischer Körperschaften ist in Wahrheit nur eine Verletzung der einer politischen Einrichtung als solchen zukommenden Achtung“. Man vergleiche ferner vor allem v. Bar (Gerichtssaal, Bd. 52, Heft 2 u. 3) (Sonderabdruck S. 112 ff.): „Indess kann sehr wohl davon gesprochen werden, dass die Behörde, die politische Körperschaft ein Interesse daran habe, dass das, was von der Majorität beschlossen wurde, nicht dem Publicum gegenüber in einem falschen Lichte erscheine, oder dass überhaupt das Ansehen der Majorität in Bezug auf die Ausübung ihres Berufes nicht in beleidigender Weise herabgesetzt werde. Man kann sehr wohl kraft positiver Vorschrift (§ 195 St.G.B.) die Behörde, die politische Körperschaft darüber beschliessen lassen, ob eine Strafverfolgung in solchen Fällen stattfinden solle, ein Interesse, das nothwendiger Weise in dem Zeitpunkte erlischt, wo der Körperschaft keine derjenigen Personen mehr angehört, welche durch den Vorwurf oder die Beschimpfung indirect getroffen wurden, und soweit kann man allerdings uneigentlich von einer Beleidigung der Behörde oder politischen Körperschaft reden.“

„Die Folgerungen, die sich schon aus der Existenz des Antragsrechts bezw. Ermächtigungsrechtes von Behörden und Körperschaften ergaben, noch mehr aber diejenigen Folgerungen, welche sich ergaben, wenn man geradezu die Behörde, die Körperschaft und nicht die einzelnen Mitglieder als beleidigt ansieht, diese Folgerungen sprechen entschieden dagegen, den betreffenden Vorschriften des Strafgesetzbuchs eine Anwendung zu geben auf beliebige Personenvereine.“ (v. Bar, a. a. O. Sonderabdruck S. 114.)

Da nach unserer Auffassung die juristische Person nichts ist als eine Zweckorganisation, so ergibt sich jedoch, dass man ihr gegenüber solchen Aeusserungen, die den durch sie verfolgten Zweck gefährden, nicht wegen des speciell beleidigenden,

ehrenkränkenden Charakters, — der nur die einzelnen etwa indirect getroffenen Mitglieder angeht, — sondern aus dem Gesichtspunkte der viel weiter gehenden *injuria* (frivole Rechtsverletzung) des Pandektenrechtes (vergl. S. 81 oben) eine Klage gestatten muss. Vergl. v. Bar (a. a. O. Sonderabdruck S. 115): „Eine juristische Gesellschaft als solche empfindet zwar die in solcher Behauptung liegende Verletzung nicht; aber in dem Schaden, der für den Credit und somit für den Erwerb der Gesellschaft aus falschen Gerüchten über Insolvenz und Creditunwürdigkeit entstehen kann, ist ein genügendes Motiv zu erblicken, Erwerbsgesellschaften und juristische Personen überhaupt gegen dergleichen Vorwürfe nicht nur durch Gewährung einer Schadensersatzklage, wobei der wirkliche Schaden oft kaum nachweisbar sein wird, sondern auch durch Strafbestimmung zu besitzen. Im deutschen Strafgesetzbuche ist im § 187 als ein besonderer Fall der verleumderischen Beleidigung der Fall böswilliger Creditgefährdung erwähnt. Es wird allgemein angenommen, dass durch diese specielle, in etwas über den Begriff der Beleidigung hinausgehende Bestimmung ¹⁾ — denn nicht jede nachtheilige Aeussierung über eines Anderen missliche Vermögensverhältnisse kann als eine Beleidigung gelten — auch Erwerbsgesellschaften in ihrem Credite strafrechtlich geschützt werden. Als irrational ist diese Ansicht nicht zu bezeichnen. Die Schwierigkeiten, die aus der allgemeinen Annahme hervorgehen. Collectivpersonen seien fähig, beleidigt zu werden, sind hier nicht vorhanden. Der Aeussierung muss, wenn sie strafbar sein soll, eine Wirkung für die Gegenwart beigelegt werden können; Aeussierungen, die sich auf längst vergangene Zeiten beziehen, kommen also nicht in Betracht.“

Der Schwerpunkt der juristischen Person liegt im Vermögensrecht. Das Vermögen kann für sie als Zweck in Betracht kommen (Erwerbs-Gesellschaften) oder bloss als Mittel zum Zweck (bei den Vereinen mit sog. idealen Zwecken, öffentlich-rechtlichen Corporationen und Stiftungen); aber

¹⁾ Sie bezieht sich in diesem Umfange ja auch nicht auf die *bona fide* gemachten Aeussierungen.

immerhin ist Vermögen, wenn auch keine juristische, so doch eine substantielle Existenzbedingung der juristischen Person, somit Vermögensfähigkeit ihr wichtigstes Requisit. Daraus folgt aber keineswegs, dass jeder juristischen Person dieses Recht im unbeschränkten Massstabe zugestanden werden musste. Vielmehr bildet die unbeschränkte Erwerbsfähigkeit juristischer Personen, da das Gut derselben der lebendigen gesellschaftlichen Circulation entzogen und nicht einmal, wie bei den physischen Personen, durch deren Tod wieder in andere Hände kommt, eine grosse Gefahr, die keine intelligente Staatslenkung unbeachtet lassen kann. Allerdings ist die Vermögensfähigkeit der juristischen Person nach gemeinem römischen Rechte unbeschränkt¹⁾, insbesondere ist sie auch besitzfähig. Dagegen haben Landesgesetze in richtiger Erkenntniss der gedachten Gefahr vielfach den Erwerb der sog. todten Hand wesentlich eingeschränkt.²⁾ Nach Art. 86 des Einf.Ges. zum Bürgerl. Gesetzbuch bleiben solche landesgesetzliche Vorschriften, welche den Erwerb von Rechten durch juristische Personen beschränken oder von staatlicher Genehmigung abhängig machen, soweit diese Vorschriften Gegenstände im Werthe von mehr als fünftausend Mark betreffen, unberührt. Nur sehr allmählich wurden die juristischen Personen auch erbrechtlich in gewissem Umfange den physischen Personen gleichgestellt. Von einem Intestaterbrecht konnte schon deshalb nicht die Rede sein, da dieses fast durchweg auf der Voraussetzung der Verwandtschaft beruht, für die juristische Person aber weder eine natürliche noch eine künstliche Verwandtschaft besteht. Doch wurde gewissen juristischen Personen das Recht verliehen, erblose Güter (*bona vacantia*) an sich zu nehmen, nämlich der Kirche in Beziehung auf ihre Geistlichen³⁾, dem Regiment in Beziehung auf die erblosen Güter der Soldaten⁴⁾ und nach der Praxis den Universitäten in Beziehung auf ihre

¹⁾ Ueber die Personalservitut, l. 56 D. de usufr. VII 1 (Maximaldauer 100 Jahre) vgl. v. Ihering, Zweck im Recht I S. 476.

²⁾ Kahl, Die deutschen Amortisationsgesetze (1879).

³⁾ l. 20 C. de episc. et cler. 1, 3 Nr. 131 c. 13.

⁴⁾ l. 2 C. de her. decur. 6, 62.

Mitglieder, sowie dem Armeninstitut, in dem der Verstorbene unentgeltlich gepflegt worden war, endlich dem Fiscus an allem nicht an die genannten juristischen Personen fallendem erblosen Gut. — Nach Art. 138 des Einf. Ges. bleiben die eben erwähnten Bestimmungen d. h. alle landesgesetzlichen Vorschriften, nach welchen im Falle des § 1936 B.G.B. (wenn zur Zeit des Erbfalls weder ein Verwandter noch ein Ehegatte des Erblassers vorhanden ist), an Stelle des Fiscus eine Bürgerschaft, Stiftung oder Anstalt des öffentlichen Rechtes gesetzlicher Erbe ist, unberührt.

Testamentarisch bedenkfähig waren nach der Endentwicklung des gemeinen Rechtes alle juristischen Personen mit Ausnahme derjenigen, denen diese Fähigkeit ausdrücklich entzogen war (durch die gedachten landesgesetzlichen Beschränkungen des Erwerbes der sog. todten Hand) und die *hereditas jacens*. (Vgl. Arndts, Pand. § 471 a. E.) Nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch können juristische Personen, soweit nicht die unberührt gebliebenen landesgesetzlichen Vorschriften Art. 86 Einf. Ges. im Wege stehen, allgemein von Todeswegen bedacht werden. (Näheres hierüber und über das Erbrecht des Fiscus bei der Darstellung des Erbrechts.)

Zu gedenken ist schliesslich noch des besonderen Privilegiums, welches das römische Recht zunächst dem Fiscus, den Städten und milden Stiftungen verliehen, die Praxis dann aber vielfach auf alle juristischen Personen ausgedehnt hat, nämlich der *restitutio in integrum* nach Analogie der gleichen den Minderjährigen verliehenen Restitution.

Das Bürgerliche Gesetzbuch kennt diese Restitution überhaupt nicht und hat ebenso alle anderen Vorzugsrechte des Fiscus und der juristischen Personen (vgl. Riedel, das B.G.B. in Vergleichung mit dem Preuss. Recht), also auch I. 272. *D. de reb. cred.* 12,1 (Beschränkte Haftung der Städte aus für sie aufgenommenen Darlehen) beseitigt (Art. 55. Einf. Ges.).

§ 3.

Handlungsfähigkeit (Geschäfts- und Delictsfähigkeit) der juristischen Personen.

Auf den Gegensatz der natürlichen und juristischen Handlungsfähigkeit haben wir bereits mehrfach (S. 82, 97, 116 oben) aufmerksam gemacht; wir fanden, dass alle physischen Personen zwar natürliche (psychologische) Handlungsfähigkeit besitzen, dass aber ihnen juristische Handlungsfähigkeit entweder ganz abgesprochen oder nur in beschränktem Masse, als beschränkte Geschäftsfähigkeit beigelegt werden kann. Dass von einer natürlichen Handlungsweise juristischer Personen nach unserer Erklärung ihres Begriffes nicht die Rede sein kann, liegt auf der Hand. Wir stehen also jetzt vor der Frage, ob der juristische Begriff der Handlungsfähigkeit sich so sehr im Verhältniss zur natürlichen Handlungsfähigkeit verschieben lässt, dass es geradezu excentrisch wird, d. h. ob es gegen die Rechtslogik verstösst, juristische Personen principiell als juristisch handlungsfähig zu betrachten. Nachdem einmal der Zweck uns zur Anerkennung einer excentrisch über den Bereich der natürlichen Person hinausreichenden Rechtsfähigkeit gedrängt hat, steht unseres Erachtens nichts im Wege, auch den juristischen Begriff der Handlungsfähigkeit, als civilrechtlicher oder delictischer Haftbarkeit für Handlungen auf das künstliche Rechtssubject zu übertragen, vorausgesetzt natürlich, dass eben durch die Organisation des Zweckes für eine stellvertretende Ausübung des Rechts, mit juristischer Wirkung zu handeln, gesorgt ist. Ob und wie weit diese künstliche Ausdehnung der juristischen Handlungsfähigkeit über die natürliche Grundlage richtig ist oder nicht, ist lediglich eine Frage der Zweckmässigkeit; denn der Massstab der Rechtslogik ist nicht die theoretische Wahrheit, sondern allein der Zweck.¹⁾ Möglich wäre es, die juristische Person als handlungsunfähig zu behandeln und somit den Kindern unter 7 Jahren gleich zu stellen und ihre Vertretung aus dem Gesichtspunkte der Vormundschaft zu beurtheilen.²⁾ Aber zweck-

¹⁾ Vgl. v. Ihering, Zweck im Recht I S. 437 f.

²⁾ Vgl. Savigny, System III S. 22, 23, 89.

mässig im Interesse der juristischen Person selbst d. h. des durch sie repräsentirten Zweckes wäre es zunächst gewiss nicht, ihr die Geschäftsfähigkeit abzusprechen. Diese aber fordert wiederum als Correlat delictische Haftbarkeit; denn es würde die Verkehrssicherheit aufs äusserste bedrohen, wenn gegen delictisches Verhalten der Vertreter juristischer Personen nur gegen erstere, die sich möglicherweise als zahlungsunfähig erweisen, auf vollen Schadensersatz, gegen letztere aber, deren Vermögensfähigkeit durch die Zulässigkeit der einen bloss stellvertretenden Handlung bedingt ist, nur auf die in concreto nachweisbare Bereicherung geklagt werden könnte. Unerträglich würde gar der Grundsatz sein, dass der juristischen Person innerhalb contractlicher Verhältnisse oder bei etwaigen sonstigen durch subjective Zustände bedingten Rechtserwerb (Ersitzung) nicht die bei subjectiven Zuständen und schuldhaften Verhaltensweisen ihre Vertreter (*culpa, mala fides, dolus, Zwang*) zuzurechnen seien. Das Gegentheil unterlag denn auch bereits nach dem Pandektenrecht keinem Zweifel.¹⁾ Die Billigkeit und Zweckmässigkeit drängt aber darüber hinaus²⁾ zu einer Haftung auch für aussercontractlich delictisches Verhalten der Vertreter. Der eigentliche Ort zur wissenschaftlichen Behandlung dieses Gegenstandes scheint mir jedoch die Lehre von der Stellvertretung zu sein. Denn der Versuch, die Vertreter der juristischen Personen durch das rein bildlich zulässige Wort „Organ“ von anderen Stellvertretern zu scheiden, entbehrt der begrifflichen Klarheit.³⁾ Es mag hier die Hervorhebung genügen, dass schon die Glossatoren und Postglossatoren, unter denen Oldradus von Standpunkte der Fictionstheorie alle Bedenken mit der Bemerkung niederschlägt, dass die Fiction,

¹⁾ l. 14 D. ad municipalem 50, 1: *Municipes intelliguntur scire, quod sciunt hi, quibus summa re publicae commissa est.*

²⁾ l. 9 § 1 D. quod mel. IV, 2: *et ideo sine singularis sit persona, quae metum intulit vel populus vel curia vel collegium vel corpus, huic edicto locus erit.* Die herrschende Auslegung erklärt freilich diese Stelle daraus, dass die *actio quod metus* unter Umständen auch gegen den schuldlosen Dritten ging, als *actio in rem scripta*. Windscheid, Pand. § 59 Nr. 9.

³⁾ Regelsberger, Pand. I § 82, dem ich selbst noch (Rechtssprechung I S. 133) mich anschloss.

wenn sie einer Corporation Rechtsfähigkeit beilege, ihr auch Delictsfähigkeit beilegen könne, sich überwiegend für die civilrechtliche Haftung der Corporation für Delicte ihrer Vertreter erklärten, während erst durch das kanonische Recht der Satz zur Herrschaft gelangte: *impossibile est, quod universitas delinquat*. Richtig aber bemerken die Motive zum B.G.B. I. S. 103: „So zweifellos die Körperschaft an sich als willenloses Wesen nicht fähig sein kann, eine unerlaubte Handlung zu begehen, so zeigt doch die neuere Rechtsentwicklung die entschiedene Neigung, eine privatrechtliche Haftung der Körperschaft für die unerlaubten Handlungen ihrer Vertreter eintreten zu lassen. Die Neigung gründet sich in einem schwer von der Hand zu weisenden Verkehrsbedürfnisse. In der Rechtsprechung des gemeinen Rechtes und der particularen Rechte ist die Haftung im Besonderen dann angenommen worden, wenn bei Verwaltung des Vermögens der Körperschaft oder bei einem von demselben betriebenen Gewerbe durch schuldhaftes Thun oder Unterlassen des Vertreters Dritte geschädigt worden sind. (Entsch. des vorm. Reichsoberhandelsgerichtes XII. S. 78 ff. XXI. S. 284 ff. XXV. S. 346 ff. Entsch. des Reichsgerichtes in Civils. XV. S. 130 ff. XVII. S. 93 ff.). Zur Begründung dieser Haftbarmachung hat man mit Recht darauf verwiesen, dass, wenn die Körperschaft durch die Vertretung die Möglichkeit gewinne, im Rechtsverkehre handelnd aufzutreten, ihr auch angesonnen werden müsse, die Nachtheile zu tragen, welche die künstlich gewährte Vertretung mit sich bringe, ohne dass sie in der Lage sei, Dritte auf den häufig unergiebigem Weg der Belangung des Vertreters zu verweisen. Ist dieser Gesichtspunkt richtig, so muss er allgemein zur Geltung gelangen; die Körperschaft ist für alle widerrechtlichen, zum Schadensersatz verpflichtenden Handlungen des Vertreters verantwortlich zu machen, sofern nur dieselben in Ausübung der Vertretungsmacht begangen sind“.

Nach dieser allgemeinen Vorbemerkung bedarf nunmehr jedoch sowohl die Geschäftsfähigkeit wie die Delictsfähigkeit der juristischen Person einer bestimmten Begrenzung. Denn

beide sind nicht unbeschränkt, wie bei der physischen Person. I. Die Geschäftsfähigkeit der juristischen Person wird begrenzt durch ihren Zweck. Es giebt nur eine einzige juristische Person mit unbegrenztem Zwecke, nämlich den Staat. Allerdings kann auch ihm die Rechtsphilosophie Grenzen abzustecken versuchen¹⁾, allein seine thatsächliche Souveränität ist nicht gehindert, wenn auch oft zum Nachtheil seiner selbst und seiner Angehörigen, darüber hinwegzuschreiten, soweit sie es für angebracht erachtet. Für alle anderen juristischen Personen haben der Staat selbst, ebenso wie die Mitglieder (bei der Corporation), die Destinatäre und der Stifter (bei der Stiftung) das entschiedenste Interesse an der strikten Wahrung der durch ihren Zweck gesteckten Grenzen. — Neben dieser materiellen Abgrenzung bedarf die juristische Person einer formellen Festsetzung dessen, was als ihr Wille gelten soll.

Diese formelle Willensorganisation heisst Verfassung. Die einfachste Form ist diejenige, dass einfacher Majoritätsbeschluss entscheidet.²⁾ Man nennt eine solche Form, weil sie eigentlich keine ist, *universitas inordinata*. Indessen ist die Verkehrsfähigkeit dieser glücklicher Weise nur selten vorkommenden Verfassungsart³⁾ eine sehr beschränkte; für einzelne Fälle ist dieselbe gezwungen, um nach Aussen z. B. im Process aufzutreten, ein Syndicat zu bestellen.

In der Regel wird das Willensorgan durch einen Ausschuss gebildet, dessen Befugnisse, Abstimmungen u. s. w. durch die Statuten geregelt sind.

Beschlüsse, die inhaltlich über den statutarisch oder observanzmässig feststehenden Zweck der juristischen Person hinausgehen⁴⁾, sind ebenso unverbindlich, wie Beschlüsse, die

¹⁾ Vgl. W. v. Humboldt, Ideen zu einem Versuch, die Grenzen der Wirksamkeit des Staates zu bestimmen. Breslau 1851; Stuart Mill, Ueber die Freiheit, übers. von Pickhard, Frankfurt 1860; v. Ihering, Zweck im Recht I S. 537 ff.

²⁾ L. 160 D. de R. 7. 50, 17: *Refertur ad universos, quod publice fit per maiorem partem*.

³⁾ Sie kommt hin und wieder z. B. noch bei Markgenossenschaften, Real-Altgemeinden vor.

⁴⁾ Z. B. ein Wegeverbandsausschuss (öffentlich-rechtl. Corporation), dessen Zweck und Competenz sich auf die Anlegung und Erhaltung von

unter Verletzung der formellen Vorschriften (Ladung zur Versammlung, Abstimmungsquote u. s. w.) zu Stande kommen.

Von den beschliessenden Organen sind aber wohl zu unterscheiden die bloss für die Repräsentanz der juristischen Person nach Aussen bestellten Functionäre, Directoren, Vorstand. Hinsichtlich Haftung der juristischen Personen für Rechtsgeschäfte der letzteren hat nun das moderne Recht vielfach im Interesse der Sicherheit des Verkehrs das sog. Princip der gesetzlichen Vollmacht, wie solches beispielsweise auch im Handelsrecht beim Procuristen (Art. 42 H.G.B.), Handlungsbevollmächtigten (Art. 47 H.G.B.) gilt, eingeführt. Auch wenn das abgeschlossene Geschäft den Beschlüssen bzw. Instructionen der beschliessenden Organe oder dem Zweck der juristischen Person widerstreitet, muss dieselbe es den dritten Contrahenten gegenüber anerkennen, wofern es innerhalb des Rahmens der gesetzlichen Vollmacht fällt, es sei denn, dass der Dritte *in dolo* war, d. h. Kenntniss von der Instructionswidrigkeit der Handlung des Repräsentanten hatte.¹⁾

Unter dies Princip gehören auch die Bestimmungen der §§ 26, Abs. 2. § 70 (68) des Bürgerlichen Gesetzbuchs:

Der Vorstand einer (Privat-)Corporation, eines rechtsfähigen Vereins, hat nach § 26 Abs. 1 eine gesetzliche Vollmacht aber keine unbeschränkbare, da sie mit Wirkung gegen Dritte durch die Satzung d. h. das Verfassungsstatut beschränkt werden kann.

Beim „eingetragenen Verein“ kann jedoch einem Dritten, der mit abgesetzten (bisherigen) Mitgliedern des Vorstandes, die sich als *falsus procurator* geriren, Rechtsgeschäfte abschliesst, die Aenderung des Vorstandes d. h. die Einrede der mangelnden Legitimation der abgesetzten Vorstandsmitglieder nur entgegen-

öffentl. Landstrassen und Wegen beschränkt, beschliesst, einen Theil der erhobenen Beiträge zur Subvention eines Eisenbahnbaues zu verwenden. (Ein praktischer Fall aus der Provinz Hannover, der freilich von den für die Beschwerde der Minorität Verwaltungsinstanzen, — es war der Rechtsweg ausgeschlossen — unter der Begründung dass es sich indirekt um Entlastung der Wege handle, nicht nach diesem Rechtsgrundsatz erledigt worden ist.)

¹⁾ Vgl. Art. 231 H.G.B. § 27 Ges. vom 1. Mai 1889. § 37 Ges. vom 20. April 1892 u. A.

gesetzt werden, wenn die Aenderung zur Zeit der Vornahme des Rechtsgeschäftes ins Vereinsregister eingetragen oder dem Dritten bekannt war; und selbst die eingetragene Aenderung braucht der Dritte nicht gegen sich gelten zu lassen, wenn seine Unkenntniss nicht auf Fahrlässigkeit beruht. Und dasselbe gilt für Bestimmungen, die den Umfang der Vertretungsmacht beschränken oder die Beschlussfassung des Vorstandes in einer von der gesetzlichen Form (§§ 32, 34) abweichenden Weise regeln.

Neben der allgemeinen gesetzlich unbeschränkten Vollmacht des Vorstandes kennt das Bürgerliche Gesetzbuch auch eine Specialvollmacht besonderer Vertreter, die neben den Vorstand für gewisse Geschäfte bestellt werden (beispielshalber Cassirer, Delegirte u. s. w.). Die gesetzliche Vollmacht dieser Specialvertreter wird nach den beim Handlungsbevollmächtigten (Art. 47 B.G.B.) geltenden Gewöhnlichkeitsprincip bestimmt: Ihre Vertretungsmacht erstreckt sich im Zweifel auf alle Rechtsgeschäfte, die der ihnen zugewiesene Geschäftskreis gewöhnlich mit sich bringt. (§ 30 B.G.B.).

Es bedarf keiner Ausführung, dass diese Rechtssätze sich nicht aus der Organtheorie entwickeln lassen, sondern sich lediglich als Anwendungsfälle der modernen von dem Princip der Verkehrssicherheit beeinflussten Stellvertretungstheorie und insbesondere der Lehre von der Vollmacht ergeben.

Schwieriger als die Abgrenzung der Geschäftsfähigkeit ist die der Delictsfähigkeit der juristischen Person, genauer gesagt ihrer civilrechtlichen Haftung für Delicte. Denn dass im eigentlich strafrechtlichen Sinne die juristische Person als solche niemals als Thäter gelten kann, daran müssen wir nach unserer Begriffsbestimmung festhalten; die einzige scheinbare Strafe, die eine juristische Person als solche treffen kann, die Entziehung der Rechtsfähigkeit, die Auflösung ist nichts als ein administrativer Akt. Das Bürgerliche Gesetzbuch nun erklärt (§§ 31, 86, 89) Vereine, Stiftungen und öffentlichrechtliche Corporationen für den Schaden verantwortlich, den der Vorstand, ein Mitglied des Vorstandes oder ein anderer verfassungsmässig berufener Vertreter durch eine in Ausführung der ihm zustehenden Verrich-

tungen begangene, zum Schadensersatz verpflichtende Handlung einem Dritten zufügt.

Die Frage, auf deren juristische Erfassung und Bestimmung es hier vor allem ankommt, ist, ob eine delictische Handlung (es ist darunter sowohl eine Commissiv- wie eine sog. Omissivhandlung, blosses Unterlassen zu verstehen) *in concreto* als in Ausführung und nicht etwa nur bei Gelegenheit der zustehenden Verrichtung begangen zu erachten ist. Leider lässt sich dafür ein allgemeines Kriterium nicht so leicht gewinnen, wie für die Zuständigkeit der Verrichtung, in deren Ausführung die Handlung begangen ist.

Die Zuständigkeit selbst ist durch den Zweck der juristischen Person und in der Regel durch die Verfassung oder die specielle Amtsinstruction, den Auftrag genau bestimmbar. Sofern aber die diesem Zweck, diesem Auftrag entsprechende Verrichtung selber, was doch unsere normale Voraussetzung sein muss, nicht direct den Schaden verursacht hat, also der directe positive Causalfaden abreisst, — was bedeutet das Requisit, „in Ausübung dieser Verrichtung?“ Meines Erachtens nichts anderes, als die Feststellung eines indirecten juristischen Causalzusammenhangs in dem Sinne, dass wir die fr. Verrichtung als unerlässlich positive oder negative Vorbedingung der Möglichkeit des entstandenen Schadens denken müssen, als eine unentbehrliche Prämisse eines juristischen Schlussurtheils, durch das die That in einen Causalzusammenhang mit der functionellen Stellung des Thäters für die juristische Person gesetzt wird.¹⁾

In Ausübung der Verrichtung gilt jeder Schaden als verursacht, der ohne die Uebertragung der Verrichtung an diesen Thäter dem Dritten nicht hätte zugefügt werden können. Bloss bei Gelegenheit der Verrichtung verursacht ist der Schaden, dessen Zufügung in einer nur zufälligen räumlichen und zeitlichen Verknüpfung mit der Verrichtung steht, den aber Thäter, auch wenn er nicht mit der Verrichtung betraut wäre, sich jedoch zufällig zu dieser Zeit an diesem Orte befunden

¹⁾ Vgl. Kühlenbeck, Der Schuldbegriff S. 67, 75.

hätte, hätte anrichten können. Einige Beispiele mögen die Unterscheidung verdeutlichen:

1. Ein verfassungsmässig bestellter Kassirer eines Vereins unterschlägt ihm in dieser Eigenschaft anvertraute Gelder, der Schaden ist in Ausführung der ihm anvertrauten Verrichtung verursacht.
2. Derselbe Kassirer lässt sich während seiner Amtsthätigkeit eine vorsätzliche oder fahrlässige Körperverletzung zu Schulden kommen; der Kassirer ist beispielsweise während der Ausübung des Amts mit einem Zahler in Wortwechsel gerathen und hat sich zu Thätlichkeiten hinreissen lassen: es handelt sich um eine nur bei Gelegenheit der Ausführung seiner Verrichtung begangene Handlung.
3. Der ärztliche Leiter eines Krankenhauses (einer Stiftung) verursacht durch nachlässige Handhabung der ihm obliegenden Aufsichtspflicht den Tod eines Patienten: die zum Schadensersatz verpflichtende Handlung (Omissivhandlung) fällt unter die Ausführung seiner Verrichtung.
4. Derselbe verursacht durch fahrlässige Handhabung von Feuerungszeug während seines Aufenthalts im Krankenhause einen auch dritte Personen schädigenden Brand: es handelt sich um einen nur bei Gelegenheit der Ausführung seiner Verrichtung verursachten Schaden.

Im Wesentlichen wird es darauf ankommen, dass die den Schaden zufügende Handlung, sofern nicht etwa eine den Thäter nicht exculpierende, sondern nur noch andere Vertreter der juristischen Person mit haftbar machende delictische Natur des übertragenen Auftrags selber vorliegt, einen Missbrauch der Vertretungsmacht darstellt; und zwar ist unter Missbrauch hier sowohl die positive Benutzung der Vertretungsmacht zur Begehung eines Delictes als auch unter Umständen die bloss fahrlässige Ausführung, eventuell gar überhaupt die Nichtausführung der Verrichtung selber zu verstehen.¹⁾

Da das Bürgerliche Gesetzbuch sich auf das reine Privatrecht beschränkt, auch ausdrücklich (Art. 77 Ein.Ges.) die

¹⁾ Vgl. R.G. XXIX S. 442.

landesgesetzlichen Vorschriften über die Haftung des Staates, der Gemeinden und anderer Communalverbände (Provincial-, Kreis-, Amtsverbände) für den von ihren Beamten in Ausübung der diesen anvertrauten öffentlichen Gewalt zugefügten Schaden unberührt lässt, so ist die Haftung der öffentlich-rechtlichen Corporationen aus § 31, 89 B.G.B. auf solche zum Schadensersatz verpflichtende Handlungen beschränkt, welche von den Organen in Ausübung ihrer privatrechtlichen Vertretungsmacht vorgenommen werden.¹⁾ Es bleibt also in öffentlich-rechtlicher Beziehung, soweit nicht besondere Landesgesetze vorliegen, bei den gemeinrechtlichen Grundsätzen, aus denen sich nur eine Haftung für *culpa in eligendo* und *in spiciendo* ableiten lässt, nicht aber eine stillschweigende Garantie des Staates bzw. der öffentlich-rechtlichen Corporationen dafür, dass die öffentlichen Funktionäre die ihnen aufgetragenen, amtlichen Geschäfte ordnungsmässig und gesetzmässig ausführen.²⁾ Als Fiscus kommt der Staat lediglich von seiner vermögensrechtlichen (privatrechtlichen) Seite in Betracht, hat also für die Ausführung rein fiskalischer Handlungen durch seine Beamten unbedingt zu haften. Die Beschränkung bezieht sich nur auf eigentliche Regierungshandlungen, bzw. richterliche Akte.

C. *Die universitas personarum.*

(Das private Vereinsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs.)

§ 4.

Die Rechtsfähigkeit der Vereine.³⁾

Es ist schwer, einen sicheren principiellen Unterschied zwischen öffentlichrechtlichen Corporationen und Privatvereinen aufzuweisen. Massgebend ist schliesslich nur die positive Anerkennung oder Nichtanerkennung der öffentlichrechtlichen Qualität. Richtiger wäre es daher vielleicht gewesen, das

¹⁾ Vgl. auch Denkschrift S. 29.

²⁾ Vgl. Löning, Die Haftung des Staates aus rechtswidrigen Handlungen seiner Beamten (1879); R.G. XI Nr. 42. Ein Beispiel privatrechtlicher Vertretungsmacht R.G. XVII Nr. 25.

³⁾ Vgl. Endemann, Einf. in d. Studium des B.G.B. S. 53 ff.

ganze Vereinsrecht aus dem Privatrecht auszuschneiden. „Der Verein gehört dem öffentlichen Recht an,“ sagt v. Ihering Zweck im Recht, I S. 305, „oder richtiger: letzteres fällt gänzlich mit ihm zusammen, sowie das Privatrecht mit dem Individuum. Es ist in meinen Augen eine begriffliche Willkür, wenn man den Begriff des öffentlichen Rechts auf Staat und Kirche beschränkt. Es ist wahr: diese beiden schliessen einen Lebensinhalt in sich von solchem Reichthum und solcher Bedeutung, dass ihnen gegenüber jeder andere Verein sich ausnimmt, wie eine Maus gegenüber einem Löwen. Aber Maus und Löwe sind beide Säugethiere, und man mag sich drehen und wenden, wie man will, man kommt nicht darum weg, dass Staat und Kirche zu den gemeinnützigen Vereinen gehören. — Der Unterschied zwischen den einzelnen Arten ist kein structueller, sondern lediglich ein functioneller, d. h. er beruht nicht auf der Verschiedenheit ihres juristischen Mechanismus, sondern lediglich auf der ihres Zweckes, nicht der Form, sondern des Inhalts.“

Aus dieser structuellen Verwandtschaft des Staates mit den Vereinen erklärt sich das Interesse des Staates an der Rechtsfähigkeit derselben. Ein Staat, der sich um das innerhalb seiner Grenzen wirkende Vereinsleben absolut nicht kümmerte, würde sich der Gefahr allmählicher Desorganisation, wenn nicht plötzlichen Umsturzes aussetzen. Von diesem Gesichtspunkte aus müssen wir den Kampf würdigen, der bei dem Zustandekommen des Bürgerlichen Gesetzbuchs um die Rechtsfähigkeit der Vereine zwischen Regierungen und Volksvertretung geführt ist und zeitweilig die Annahme des Gesetzbuchs in Frage stellte, sowie die definitive, nicht Jedermann befriedigende Regelung, die das Vereinswesen im 2. Titel des I. Abschnitts des Bürgerlichen Gesetzbuches erhalten hat.

Die juristische Persönlichkeit, insbesondere die Vermögensfähigkeit eines organisirten Zweckes ist ein unter Umständen sehr bedeutendes sociales Machtmittel; Zwecke, die in dieser Form privatrechtlich fundirt sind, haben vor anderen unorganisirten Zwecken denselben Vorzug voraus, den eine disciplinirte Truppe vor undisciplinirten Massen hat. Wenn auch unorganisirte Zwecke z. B. die politischen Parteien auf fiduciarischem

Wege erhebliche Geldmittel in ihren Dienst bringen können, so bringen sie es doch selten zu dauernden Capitalbildungen, weil das Vertrauen da, wo es jeden Rechtsschutzes entbehrt, stets eine gewisse Grenze findet; dagegen ist zu bedenken, dass die juristische Persönlichkeit einen Zweck vom Wechsel und in gewissem Grade auch von der Zahl der Zweckinteressenten unabhängig machen und ihm durch ihre relative Unsterblichkeit auf unbestimmte Zeit hin einen Einfluss sichern kann, der vielleicht in gar keinem Verhältniss zu seiner gesellschaftlichen Bedeutung steht. Aus solchen staatspolitischen Gründen hat das römische Recht zweifellos die Begründung einer juristischen Person nicht dem freien Belieben der Gründer anheimgestellt, sondern, soweit nicht durch (geschriebenen oder gewohnheitsrechtlichen) Rechtssatz für bestimmte Arten eine Ausnahme zugelassen worden, an eine Concession der Staatsgewalt, *constitutio personalis* geknüpft.¹⁾ Und wenn später die gemeinrechtliche Geltung dieses sog. Concessionssystems nicht unbestritten geblieben ist,²⁾ so steht doch fest, dass die meisten Landesrechte streng daran festgehalten haben.

Eine grosse Gegnerschaft erwuchs diesem Concessionsprinzip neuerdings einerseits praktisch in den auf unbeschränkte Vereins- und Coalitionsfreiheit gerichteten socialen und politischen Richtungen, andererseits wissenschaftlich in der auch einzelne Pandektisten beeinflussenden Germanistik, welche die unbedingte Vereinsfreiheit als deutsches Rechtsprincip verfocht.³⁾ Diese Richtung trat für das System der freien Körperschaftsbildung ein: jeder körperschaftlich organisirte Verein sollte *ipso jure* durch seine korporative Verfassung die Vermögensfähigkeit erlangen. Zwischen diesen beiden contradictorisch entgegengesetzten Anschauungen steht das in der Neuzeit bereits allgemein in einzelnen Landesgesetzgebungen⁴⁾ und auch reichsgesetzlich für einzelne Körper-

¹⁾ l. 1 *pr. D. h. 1, 3, 4: neque collegium neque hujusmodi corpus passim omnibus habere conceditur: nam et legibus et senatus consultis et principalibus constitutionibus ea res coercetur.*

²⁾ Vgl. Regelsberger, Pand. I 310f.

³⁾ Besonders Gierke, a. a. O. siehe § 1. Dernburg, Pand. I § 63.

⁴⁾ z. B. in Bayern und Sachsen.

schaften¹⁾ acceptirte System der Normativbedingungen, dem zu folge jeder Verein, der gewisse gesetzliche Voraussetzungen erfüllt und beim Amtsgerichte sich in ein von demselben zu führendes Vereinsregister eintragen lässt, damit die juristische Persönlichkeit erlangt. Die Regelung, die schliesslich das Bürgerliche Gesetzbuch getroffen hat, beruht auf einem Compromiss zwischen dem Concessionssystem und dem der Normativbestimmungen. Abgesehen von den ange deuteten politischen Gründen²⁾ gab gegen das System der freien Körperschaftsbildung die Erwägung den Ausschlag, dass es bei diesem System an einem sicheren Criterium der rechts-

¹⁾ z. B. für die eingetragene (Erwerbs-)Genossenschaft.

²⁾ Dieselben sind wohl am treffendsten unter Hinweis auf die allerdings von den Römern mit classischer Vorbildlichkeit gehandhabte Technik der Staatskunst von v. Ihering (Zweck im Recht, I S. 317 f.) formulirt: „Die negative Seite (jener Technik) besteht in der Verhinderung einer dem Staat bedrohlichen Organisation feindlicher Elemente, oder, da die Organisation in Form der Vereine erfolgt, in der richtigen legislativen Gestaltung und der sorgsam administrativen Ueberwachung des Vereinswesens. Die Machtmittel der Vereine sind qualitativ von denen des Staates nicht verschieden, und in quantitativer Beziehung liegt in ihnen selber kein Moment, welches der Ansammlung derselben eine bestimmte Grenze setzt; der Verein kann mehr Vermögen besitzen, als der Staat, und wenn er sich über die Grenzen des Territoriums ausdehnt, mehr Mitglieder zählen als der Staat. Nimmt man nun noch hinzu, dass der Verein für seine Zwecke ganz denselben Mechanismus zur Anwendung bringt wie der Staat, so ergibt sich daraus die hohe Gefahr, welche er für ihn in sich schliesst. Sein wirksamster Gehülfe bei der Verfolgung der socialen Zwecke, wenn er auf seiner Seite steht, verwandelt er sich in seinen gefährlichen Feind, wenn er eine entgegengesetzte Richtung einschlägt.

Der Staat ist wie der berufene so auch der einzige Inhaber der socialen Zwangsgewalt — das Zwangsrecht ist das absolute Monopol des Staates. Jeder Verein, der die Ansprüche gegen seine Mitglieder auf dem Wege des mechanischen Zwanges realisiren will, ist auf seine Mitwirkung angewiesen, und der Staat hat es in seiner Hand, die Bedingungen, unter denen er dieselben gewähren will, festzustellen. Das heisst mit anderen Worten: Der Staat ist die einzige Quelle des Rechts, denn Normen, die von demjenigen, der sie aufstellt, nicht erzwungen werden können, sind keine Rechtssätze. Es gibt daher kein von der Autorität des Staates unabhängiges, sondern nur ein von ihm abgeleitetes Vereinsrecht. Damit hat der Staat, wie der Begriff der höchsten Gewalt mit sich bringt, den Principat über sämtliche Vereine auf seinem Gebiete.“

fähigen Vereine fehlen würde. „Im Interesse des Verkehrs und zur Vermeidung von Streitigkeiten erscheine es deswegen geboten, die Frage, ob ein Rechtsverhältniss der einen oder der anderen Art (blosse Societät oder juristische Person) bestehe, durch ein äusseres Merkmal zu kennzeichnen. Das Vorhandensein eines Vorstandes gewähre dritten Personen keinen Rückschluss auf das Bestehen eines Vereines mit korporativer Verfassung. Mit Sicherheit ergebe sich dieses Verhältniss vielmehr nur dann, wenn der Thatbestand, an welchen die Rechtsordnung die Entstehung der juristischen Person knüpfe, in einem publiken Akte bestehe.“¹⁾

Das Bürgerliche Gesetzbuch unterscheidet 1. Vereine, deren Zweck nicht auf einen wirthschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist, 2. Vereine, deren Zweck auf einen wirthschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist.

Für Vereine der letzteren Gattung hält es am Concessions-system fest, so weit nicht bereits besondere reichsgesetzliche Vorschriften für besondere Gattungen derselben das System der Normativbestimmungen zugelassen haben. Als solche besondere Gattungen sind zu nennen die Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften (Ges. vom 1. Mai 1889), die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (Ges. vom 20. April 1892).²⁾ Alle anderen Vereine, deren Zweck auf einen wirthschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist, bedürfen der Verleihung der Rechtsfähigkeit seitens desjenigen Bundesstaates, in dessen Gebiete ihr Sitz ist.

Die Vereine der ersteren Gattung ist man übereingekommen unter dem Namen: Vereine mit idealen Tendenzen zusammenzufassen; es gehören hierher aber sowohl Ver-

¹⁾ Vgl. Reatz, die II. Lesung I S. 19.

²⁾ Daneben kommen die Handelsgesellschaften in Betracht. Durch Zulassung seitens der höheren Verwaltungsbehörde und Eintragung in das sog. Kassenregister erlangen ferner Rechtsfähigkeit die sog. Hilfskassen (Ges. v. 7. April 1876), durch Genehmigung des Kassenstatuts seitens der höheren Verwaltungsbehörde die Orts-Betriebs-Fabrik-Bau-Krankenkassen (Ges. v. 15. Juni 1883), seitens des Reichsversicherungsamtes die Berufsgenossenschaften (Ges. v. 6. Juli 1884, 5. Mai 1886, 11. Juni 1887, 13. Juli 1887).

eine mit selbstnützigen wie solche mit gemeinnützigen Zwecken (geselligen, künstlerischen, wissenschaftlichen, wohlthätigen Zwecken dienende Vereine). Es ist auch nicht ausgeschlossen, dass derartige Vereine, z. B. Clubs, Casinogesellschaften einen wirthschaftlichen Geschäftsbetrieb einrichten. Dieser darf aber nur als Mittel zur Unterstützung des „idealen“ Hauptzwecks in Betracht kommen; sobald der wirthschaftliche Geschäftsbetrieb zum Hauptzweck wird, fällt der Verein unter die concessionspflichtigen.

Vereine mit „idealen Tendenzen“ erlangen die Rechtsfähigkeit durch Eintragung in das Vereinsregister desjenigen Amtsgerichtes, in dem der Verein seinen Sitz hat. Diese Eintragung ist aber bedingt 1. positiv dadurch, dass das der Anmeldung zur Eintragung beizufügende Statut des Vereins den wesentlichen (zwingenden) materiellen und formellen Requisiten entspricht, die das Bürgerliche Gesetzbuch, sei es für Vereine überhaupt, sei es für die eingetragenen Vereine im Besonderen, aufstellt; 2. negativ dadurch, dass nicht die Verwaltungsbehörde, die nach den Landesgesetzen für den Sitz des Vereins in dieser Richtung als zuständig gilt, einen Einspruch gegen die Eintragung erhebt. Die Verwaltungsbehörde ist zu solchem Einspruch berechtigt, wenn der Verein nach den Vorschriften des öffentlichen Vereinsrechts unerlaubt ist oder auch nur verboten werden kann, ausserdem aber allgemein, wenn er einen politischen, socialpolitischen oder religiösen Zweck verfolgt. Die Frage der rechtlichen Begründung eines solchen Einspruchs ist dem eigentlichen Rechtsweg, d. h. den ordentlichen Gerichten, entzogen, er soll nur im Wege des Verwaltungsstreitverfahrens, und wo ein solches nicht besteht, im Wege des Recurses nach Massgabe der §§ 20, 21 der Gewerbeordnung¹⁾ angefochten werden können. Der Einspruch ist innerhalb 6 Wochen seit Mittheilung der Anmeldung zu erheben. Erst nach Ablauf dieser Frist ohne Einspruch oder nach endgültiger Aufhebung des Einspruchs kann die Eintragung erfolgen.

¹⁾ Die Endentscheidung muss durch eine collegiale Behörde erfolgen, die in öffentlicher Sitzung nach erfolgter Ladung und Abhörung der Parteien ihre Entscheidung urtheilt.

Ob ein Vereinszweck ein politischer, socialpolitischer oder religiöser ist, wird also ausschliesslich die Verwaltungspraxis entscheiden, und der schwierige Versuch, diese Begriffe hier genauer bestimmen zu wollen, würde um so geringeren praktischen Werth haben, als die Verwaltungsbehörde keineswegs gegen jeden politischen, socialpolitischen oder religiösen Verein Einspruch erheben muss, für sie vielmehr das jeweilige politische Interesse allein massgebend sein wird. Im Allgemeinen heissen politisch alle Angelegenheiten, welche Organe und Functionen des Staates in Bewegung zu setzen geeignet sind, — das Socialpolitische aber ist eine Unterart des Politischen, welche sich auf die materiell wirthschaftlichen und gesellschaftlichen Verhältnisse einzelner Berufsstände und Bevölkerungsklassen an sich, zu einander und zum Ganzen bezieht. Im Einzelnen wird hier, ebenso wie bei den religiösen, Alles darauf ankommen, dass die Vereinspolitik der Verwaltungsbehörden sich bei allem Verantwortlichkeitsbewusstsein frei halte von jeglicher engherzigen bürokratischen Zuvielregierungsucht und nur da von ihrem Einspruchsrecht Gebrauch mache, wo die *salus publica* als *suprema lex* es unbedingt gebietet.

§ 5.

Verfassung der Vereine.

I. Allgemeine Vorschriften:

Das Bürgerliche Gesetzbuch gibt eine Anzahl von Vorschriften über die Verfassung der Vereine und zwar zunächst solche, die für alle Vereine, sowohl für die concessionirten, wie die eingetragenen gelten (§§ 21—54), sodann solche, die nur für letztere bestimmt sind (§§ 55—79). Diese Vorschriften, die für alle Vereine gelten und denen wir hier zunächst unsere Aufmerksamkeit zuwenden, sind entweder zwingender oder bloss ergänzender, dispositiver Natur. Vorschriften der ersteren Art können nicht durch das Statut ausser Kraft gesetzt werden, statutarische Bestimmungen, die dagegen verstossen, sind nichtig. Vorschriften der zweiten Art kommen nur zur Anwendung, soweit nicht das Statut (die Vereinssatzung) Anderes bestimmt. Ob eine Vorschrift der

ersteren oder der zweiten Art zugehört, für diese wichtige Unterscheidung ist kein unbedingt sicheres zulängliches äusseres Criterium gegeben. Allerdings befolgt das Bürgerliche Gesetzbuch einen längst in der Reichsgesetzgebung gemachten Sprachgebrauch zur Unterscheidung von essentiellen Vorschriften, *leges perfectae* im Sinne des Abschnitts I § 5 oben S. 28 ff., von blossen reglementaren Vorschriften, *leges imperfectae*, indem es bei ersteren das Hülfswort „muss“, bei letzteren das Hülfswort „soll“ ausschliesslich benutzt; doch kommen für beide Vorschriften auch andere Wendungen vor, z. B. „ist erforderlich“, und aus dem Nichtgebrauch der einen oder anderen Wendung lässt sich kein unbedingt sicherer Schluss auf den Grad der Intensität der Verbindlichkeit einer Norm entnehmen, vielmehr ist, wo nicht, wie durch § 40 B.G.B., das Gesetz ganz ausdrücklich einige Bestimmungen für bloss dispositiv erklärt, der zwingende oder nicht zwingende Charakter, bzw. die Tragweite des Gebotes im Fall seiner Verletzung in jedem einzelnen Falle aus dem Zwecke und Zusammenhange der Normen zu entwickeln.

1. Vorstand: Nach § 26 B.G.B. muss jeder Verein einen Vorstand haben. Darnach ist die Zulässigkeit einer *universitas inordinata* verneint, aber nicht ihre Möglichkeit. Dass nämlich gleichwohl ein Verein unter Umständen ohne Vorstand sein kann, sei es nun, dass der bestellte Vorstand gestorben oder geschäftsunfähig geworden ist, liegt auf der Hand.

Welches ist also die Tragweite dieser sog. „Mussvorschrift“? Doch nicht etwa Fortfall der Rechtsfähigkeit des Vereins? Offenbar nicht. Das Gegentheil ergibt sich aus § 29 B.G.B. Es handelt sich nur um eine vorübergehende Sistirung der Handlungsfähigkeit, nicht der Rechtsfähigkeit des Vereins, und in dringenden Fällen hat das Amtsgericht alsdann auf Antrag eines Betheiligten, d. h. nicht bloss eines Vereinsmitgliedes, sondern auch dritter Interessenten, dem Mangel durch Einsetzung eines Nothvorstandes abzuhelpen.¹⁾ —

¹⁾ Das römische Recht kannte nur einen indirecten Zwang gegen eine *universitas inordinata*, um sie zur Aufnahme eines Processes und Be-

Zweifeln kann man, ob einem Vereine, dessen Geschäftsfähigkeit durch Vacanz der Vorstandschaft sistirt ist, die Ausnahmebestimmungen der §§ 206, 939 B.G.B. (Ruhe der Verjährung, der Ersitzung) zu Gute kommen. Allerdings Riedel (Das Bürgerliche Gesetzbuch in Vergleichung mit dem Preussischen Allgemeinen Landrecht) S. 118 glaubt die Frage ohne Weiteres verneinen zu dürfen, „weil die juristische Person nicht für geschäftsunfähig zu erachten ist“. Indess ist doch ein des Vorstandes entbehrender Verein selbst von dem Standpunkte aus, der in der juristischen Person einen von selbst handlungsfähigen „Organismus“ sieht, thatsächlich eben so lange geschäftsunfähig, als ihm dieses Organ seiner Geschäftsfähigkeit ermangelt, und überdiess hat das Bürgerliche Gesetzbuch zu der rein wissenschaftlichen Controverse der Handlungsfähigkeit ausdrücklich keine Stellung nehmen wollen, die Motive stehen sogar auf dem entgegengesetzten romanistischen Standpunkte (I S. 94), indem sie die Körperschaft als „künstlichgeschaffene, willenlose Trägerin von Rechten“ bezeichnen, auch das Gesetz selber bringt diesen Standpunkt eher zum Ausdruck als den entgegengesetzten, wenn es (§ 26 Abs. 2) sagt: Der Vorstand hat die Stellung eines gesetzlichen Vertreters.

Dennoch glaube ich nur die Begründung der Riedelschen Meinung als übereilt, die Meinung selbst als richtig bezeichnen zu müssen aus folgenden Gründen: Der Verein muss einen Vorstand haben. Dieses „muss“ fordert, dass wir der Vorschrift die stärkste Wirkung beilegen, die wir ihr der Natur der Sache nach beilegen können. Nun können wir zwar nicht so weit gehen, einem Verein, der thatsächlich ohne Vorstand ist, die Rechtsfähigkeit abzuspochen, wohl aber müssen wir alle Nachtheile, die aus der Nichtbeachtung dieser Mussvorschrift resultiren können, auf den Verein selber, der doch durch seine Mitgliederversammlung jeder Zeit in der Lage ist, der Vorschrift gerecht zu werden und den Mangel zu beseitigen, zurückweisen. Auch sonst ist die Analogie der ge-

stellung eines *defensor* (syndicus) zu nöthigen, nämlich die *missio in possessionem* l. 1 § 2 D. *quod cujuscunque* 3, 4.

gesetzlichen Vertreter für geschäftsunfähige physische Personen, wie Riedel richtig (a. a. O. S. 114) bemerkt, z. B. § 1795 (Ausschluss der Vertretungsmacht in gewissen Fällen) unzutreffend: der Grund liegt darin, dass der Vorstand eines Vereins nicht das einzige Willensorgan desselben darstellt, dass vielmehr der Wille der Vereinsmitglieder, wie er sich in der Mitgliederversammlung jeder Zeit äussern kann, über dem Vorstande steht. *L. 160. D. de R. J. 50, 17: Refertur ad universos, quod publice fit per maiorem partem.*

Anders liegt die Sache, wie wir später sehen werden, bei der Stiftung, die thatsächlich durch den Fortfall eines Vorstandes nicht nur verkehrsunfähig, wie der Verein, sondern auch willensunfähig wird.

Der Vorstand als gesetzlicher Vertreter des Vereins ist dessen actives und passives Organ für den Verkehr mit der Aussenwelt, seine Vertretung ist eine gesetzliche in dem Sinne, dass Alles, was der Vorstand innerhalb der ihm durch das Gesetz oder das Statut verliehenen Vollmacht erklärt oder vornimmt, als unmittelbare Erklärung oder Kenntniss des Vereins gilt. *L. 14. D. ad municipalem, l. 19 D. cod. 50. 1: Municipales intelleguntur scire, quod sciunt hi, quibus summa rei publicae commissa est. — Quod major pars curiae effecit, pro eo habetur ac si omnis egerint.*

Die gesetzliche Vollmacht lautet allgemein dahin, dass er den Verein gerichtlich und aussergerichtlich vertritt. Eine Beschränkung findet diese Vollmacht nur an dem Vereinszweck. Doch kann auch das Statut eine weitergehende Beschränkung mit Wirkung gegen Dritte ¹⁾ normiren. Man hat also dem Vorstande zwar eine gesetzliche, aber nicht eine gesetzlich unbeschränkbare Vollmacht verliehen, wie letztere bei einigen anderen Körperschaften, z. B. der Aktiengesellschaft, Art. 231 H.G.B., der eingetragenen Genossenschaft, Genossenschaftsgesetz § 21 vorkommt; die Commission verkannte zwar nicht, dass die Sicherheit des Rechtsverkehrs durch die Unbeschränkbarkeit der Vollmacht bedeutend ge-

¹⁾ Beim eingetragenen Verein gilt hier Besonderes; siehe unter II. demnächst.

winnen würde, meinte aber, dass es sich nicht empfehle, sie zu einer allgemeinen Regel für Körperschaften zu erheben, da sich viele unter denselben befinden, die vermöge ihrer Zweckbeschaffenheit nur in mittelbaren, weniger häufigen Beziehungen zum Rechtsverkehr stehen, so dass der Grundsatz der Unbeschränkbarkeit, der sich mehr für Vereinigungen mit commerciellem Geschäftsbetriebe empfehle, mit ernststen Gefahren für sie verbunden sei.¹⁾ — Die statutarische Beschränkung der Vertretungsmacht ist in verschiedener Weise denkbar, sie kann dahin gehen, dass gewisse Rechtsgeschäfte gänzlich untersagt oder dass alle oder gewisse Rechtsgeschäfte an eine Form gebunden oder dass die Gültigkeit einzelner Rechtsgeschäfte von der Genehmigung eines anderen Organes der Körperschaft, aller oder eines bestimmten Theiles der Mitglieder oder einer Behörde abhängig gemacht werden.

Der Vorstand wird von der Mitgliederversammlung durch Mehrheitsbeschluss bestellt (§ 27); es ist übrigens nicht ausgeschlossen, dass statutenmässig auch alle Mitglieder den Vorstand eines Vereins bilden, obwohl eine solche Form des Vorstandes durch ihre Schwerfälligkeit der *universitas inordinata* nahe kommt, wenn es sich um einen Verein mit grösserer Mitgliederzahl handelt. Der Vorstand kann also aus einer oder aus mehreren Personen bestehen. Für den letzteren Fall regelt § 28 B.G.B. die Gültigkeit seiner Beschlussfassung unter Verweisung auf §§ 32, 34 dahin, dass erforderlich ist entweder eine Versammlung, unter Bezeichnung des Gegenstandes der Berufung, in der die Mehrheit der erschienenen Mitglieder bei der Beschlussfassung entscheidet, oder eine einstimmige schriftliche Erklärung aller Vorstandsmitglieder.

Ein Vorstandsmitglied ist nicht stimmberechtigt, wenn die Beschlussfassung die Vornahme eines Rechtsgeschäfts mit ihm oder die Einleitung oder Erledigung eines Rechtsstreits zwischen ihm und dem Vereine betrifft.

Allgemein von der Vertretung ausgeschlossen ist überhaupt ein Vorstandsmitglied in allen Rechtsgeschäften zwischen ihm selber und dem Vereine, es sei denn, dass es

¹⁾ Motive I. S. 97 ff.

sich bloss um die Erfüllung einer Verbindlichkeit aus einem bereits bestehenden Rechtsverhältniss handelt. Allerdings findet sich diese Vorschrift nicht ausdrücklich im Bürgerlichen Gesetzbuch, der entsprechende § 45 des I. Entwurfs ist gestrichen. Die Streichung ist jedoch offenbar nur erfolgt, weil man diese Norm schon durch die allgemeine Bestimmung des § 181 für Vertreter für gegeben erachtet hat. Denn das Bürgerliche Gesetzbuch ertheilt dem Vorstände die Stellung eines (gesetzlichen) Vertreters; der § 181 gilt allgemein für diese, während umgekehrt die Specialvorschrift des § 1795 für den Vormund, wie schon S. 202 oben bemerkt, nicht auf den Vorstand eines Vereins anwendbar ist, abgesehen von dem dort erwähnten Grunde auch deshalb, weil der § 1795 seine besondere familienrechtliche *ratio* hat.

Die Vertretungsmacht ist ihm aber nur entzogen, wenn das Vorstandsmitglied für seine Person betheiligt ist, nicht auch, wenn dessen Ehegatte oder nahe Verwandte ein unmittelbares Interesse an dem vorzunehmenden Rechtsgeschäfte haben. „Obwohl Manches für eine Ausdehnung in letzterer Hinsicht spricht,“ meinen die Motive I S. 101, „so steht doch die Schwierigkeit, den Kreis der in Betracht zu ziehenden Angehörigen in angemessener Weise zu begrenzen, entgegen; das Merkmal des unmittelbaren Interesses erscheint ausserdem seiner Dehnbarkeit wegen für die Rechtssicherheit nicht ungefährlich.“

Dass auch bei einem Rechtsstreite des Vereins mit den den Vorstand bildenden Personen die Vertretungsmacht der letzteren ausgeschlossen ist, ergiebt sich aus der Natur der Sache.¹⁾ Während die Bestimmungen über die Gültigkeit der Beschlussfassung eines Vorstandes, der aus mehreren Personen besteht, dispositiver Natur sind, also durch das Statut anders geordnet werden können, insbesondere auch eine Collectivvertretung angeordnet werden kann, so dass Einhelligkeit gefordert wird, sind die über den Ausschluss von der Vertretung und Fortfall des Stimmrechts zwingend.

Zwingenden Charakter hat auch eine Vorschrift über den passiven Vertretungscharakter des Vorstandes, die diesen

¹⁾ Vgl. hierzu R.G. VII Nr. 123 S. 404 ff., R.G. IX Nr. 81 S. 302 ff.

wesentlich von seiner activen Vertretungsmacht unterscheidet: Ist eine Willenserklärung dem Vereine gegenüber abzugeben, so genügt die Abgabe gegenüber einem Mitgliede des Vorstandes (§ 28 Abs. 2). Vgl. hierzu die oben citirte *L. 14 D. ad municipal.* 50. 1.

Der absolute Charakter dieser Vorschrift ergibt sich sowohl *per arg. a contrario* aus § 40 B.G.B. als aus der *ratio legis*. Wieweit der Vorstand Sprechorgan des Vereins sein soll, darüber kann die Vereinsautonomie bestimmen, die Verkehrssicherheit aber verlangt, dass als Seh- und Hörorgan des Vereins jedes einzelne Mitglied seines Vorstandes gelte. Unter Hinweis auf die cit. *l. 14 D.* halte ich diese Bestimmung für keine singuläre, vielmehr ihre Ausdehnung von Willenserklärungen, die dem Vereine gegenüber abzugeben sind, auf die Kenntniss rechtserheblicher Thatfachen überhaupt, die z. B. für zahllose subjective Voraussetzungen dinglicher oder obligatorischer Rechtsfolgen, wie u. A. *mala fides, dolus, conscientia fraudis*, Irrthum in Betracht kommen, für berechtigt: was ein Vorstandsmitglied weiss, weiss der Verein als solcher.¹⁾ Der Verein kann sich dagegen durch keinerlei abweichende statutarische Vorschrift, z. B. auch nicht durch Anordnung einer Collectivvertretung schützen.

Aus dem fiduciarischen Charakter der Vorstandschaft ergibt sich unbeschadet des obligatorischen Anspruches aus der Anstellung die unbedingte, zeitlich unbeschränkte Widerruflichkeit der Vertretungsmacht des Vorstandes. Ja, dieselbe ist sogar bis zu einem gewissen Grade von absolut zwingendem Charakter: sie kann zwar durch das Statut modificirt werden, aber nur soweit, als die Widerruflichkeit beschränkt werden kann auf „wichtige Gründe“ (§ 27, 2). Das Bürgerliche Gesetzbuch hat damit die Entscheidung einer Frage, die unter Umständen von ausserordentlicher Tragweite für die Rechte sowohl des Vereins wie Dritter, die mit den abgesetzten Vorstandsmitgliedern contrahirt haben, dem rein individuellen Ermessen der Gerichte überlassen; denn, indem es als wichtige Gründe grobe Pflichtverletzung und Unfähigkeit zur ordnungsmässigen Geschäftsführung nur beispielsweise

¹⁾ Anders bei öffentlich-rechtlichen Corporationen.

nennt, hat es den Spielraum der richterlichen Abwägung der Wichtigkeit des Grundes nicht im Mindesten beschränkt.

Durch die Widerruflichkeit der Anstellung wird die obligatorische Gültigkeit anders lautender, etwa auf bestimmte Kündigung, Zeit oder gar Lebensdauer gestellter Anstellungsverträge nicht im Mindesten berührt. Die Norm des § 27, 2 bezieht sich nur auf die Verfassung der Vereine und zwar auf ihr Verhältniss nach Aussen, nicht auf seine privatrechtliche Verpflichtung zu seinen Functionären. Auch bei einem nach § 27, 2 gültigen Widerruf der Vorstandschaft können daher unter Umständen abgesetzte Vorstandsglieder Gehaltsansprüche bzw. Ansprüche wegen negativen Vertragsinteresses gegen den Verein erheben.

Neben dem Vorstande kann natürlich ein Verein noch mancherlei besondere Vertreter für bestimmte Aufgaben, für einen begrenzten Geschäftskreis bestellen, z. B. besondere Cassirer, örtlich Delegirte, Syndici u. s. w. Die Vertretungsmacht derselben ergibt sich aus der ihnen statutarisch oder durch den Anstellungsbeschluss erteilten Vollmacht.

2. Die Mitgliederversammlung. Die Mitgliederversammlung oder Generalversammlung ist zwar als solche, sofern sie nicht sich ausdrücklich durch das Statut (siehe S. 201 oben) auch als Vorstand constituirt hat, kein Vertretungsorgan des Vereins, wie sich falsch die Motive I S. 106 ausdrücken, wohl aber das wichtigste, das oberste Willensorgan derselben, der eigentliche Träger der Vereins-Souveränität, von dem alle anderen stets widerruflichen Aemter abhängig sind. Wenn und soweit der Verein eine mehr als juristische ideelle Realität hat, so fällt letztere mit der Mitgliederversammlung zusammen. Dass durch sie der Vorstand und andere Beamte bestellt werden, ist bereits erwähnt; ebenso dass sie diese Anstellungen jeder Zeit widerrufen kann. Sie hat aber daneben alle (inneren) Angelegenheiten des Vereins, soweit ihre nicht dem Vorstande oder einem anderen Vereinsorgane übertragen sind, durch ihre Beschlussfassung zu ordnen. Für diese Beschlussfassung gelten die bereits unter 1 bei ihrer analogen Anwendung auf die Vorstandsversammlung erwähnten Normen: Zur Gültigkeit des Beschlusses ist erforderlich, dass

der Gegenstand der Beschlussfassung, zu dem die Versammlung berufen ist (Tagesordnung), bezeichnet ist, es entscheidet dann die Mehrheit der erschienenen Mitglieder. — Nach Pandektenrecht nahm man in analoger Verwendung der zunächst nur für Decurionen-Versammlungen bestimmten *l. 3 D. de decretis* 50, 9 an, dass wenigstens zwei Drittheile aller Mitglieder erschienen sein müssten; das Bürgerliche Gesetzbuch hat eine derartige oder analoge Beschränkung der Beschlussfähigkeit für unzumuthig gehalten; indem es jedoch eine Mehrheit der erschienenen Mitglieder fordert, scheint es doch, da Stimmengleichheit das Zustandekommen eines „Beschlusses“ ausschliesst, zur Annahme einer Mitgliederversammlung mindestens drei erschienene Personen zu fordern.

Ohne Versammlung der Mitglieder kann nur durch Stimmeinheitlichkeit ein Beschluss zu Stande kommen, und zwar in schriftlicher Form, indem alle Mitglieder ihre Zustimmung zu dem Beschlusse durch eigenhändige Namensunterschrift erklären (§ 32).

Eine qualifizierte Majorität von drei Viertel der erschienenen Mitglieder ist zu einem Beschlusse erforderlich, der eine Statutenänderung (Aenderung der Satzung) enthält, Zustimmung aller Mitglieder zur Aenderung des Vereinszweckes; die Zustimmung der nicht erschienenen Mitglieder muss auch in diesem Falle schriftlich erfolgen. Bei concessionirten Vereinen ist ausserdem zur Aenderung des Statuts (der Satzung) noch staatliche Genehmigung oder, falls es sich um einen vom Bundesrath concessionirten Verein handelt, die Genehmigung des Bundesrathes erforderlich.

Uebrigens kann, wie § 40 B.G.B. ausdrücklich anerkennt, der Verein in seinem Gründungsstatut sich von vornherein der im Vorstehenden gezeichneten Souveränität seiner Mitgliederversammlung entäussern (bis auf den schon gedachten Grenzpunkt der Widerruflichkeit), auch die Genehmigung der Statutenänderung durch die Staatsbehörde bzw. den Bundesrath beim concessionirten Verein kann durch das Gründungsstatut ausgeschlossen werden, es liegt dann eben in der Genehmigung des letzteren die Concession einer über die gesetzliche Regel hinausgehenden Vereinsautonomie.

Nach dem Wortlaut des § 40 B.G.B. kann also die Satzung sogar die Aenderung des Vereinszweckes von der Zustimmung aller Vereinsmitglieder ablösen und beliebig auf Majorität oder gar Beschlüsse des Vorstandes stellen. Dennoch halte ich bloss darum eine so weit gehende Vereinsautonomie nicht für gegeben. Der § 33 B.G.B. spricht nur aus, dass zur Aenderung des Zweckes des Vereins die Zustimmung aller Mitglieder erforderlich sei, nicht dass sie auch genügend sei. Es scheitert m. E. die Möglichkeit einer so weit gehenden Delegation der Befugnisse an den allgemeinen Grundsätzen der privatrechtlichen Willensdelegation; bei wesentlicher Aenderung eines Vereinszweckes handelt es sich materiell um eine neue Vereinsbildung, Niemand kann sich durch Beitritt zu einem Verein auf die Mitgliedschaft zu allen möglichen anderen Vereinen, in die sich dieser erste Verein eventuell umwandeln könnte, verpflichten. M. E. liegt im § 40, sofern er auch den § 33 ohne Unterschied für dispositiv erklärt, ein unabsichtliches und durch die allgemeinen Grundsätze über Privatautonomie und ihre Schranken (vgl. S. 31 oben) zu corrigirendes Redactionsversehen.

Die Einberufung und Leitung der Mitgliederversammlung ist Aufgabe des Vorstandes oder der sonstigen nach der Verfassung dazu ermächtigten Personen. Doch ist der Vorstand bzw. sind die sonstigen dazu in der Verfassung ermächtigten Personen zur Berufung der Mitgliederversammlung nicht nur in den in der Verfassung bestimmten Fällen, sondern allgemein stets dann verpflichtet, wenn das Interesse des Vereins es erfordert. Allerdings ist diese Pflicht nicht direct erzwingbar, zunächst eine blossе Ordnungsvorschrift (*lex imperfecta*), sie wird aber erheblich dadurch, dass der Verein eine Regressklage gegen abgesetzte Vorstandsmitglieder auf diese Pflichtverletzung gründen kann, ferner bildet sie einen der Fälle, für welche der Verein nicht auf die Widerruflichkeit der Vorstandsbestellung verzichten kann. Ausserdem ist die Mitgliederversammlung zu berufen, wenn der durch das Statut (die Satzung) bestimmte Theil oder in Ermangelung einer Bestimmung der zehnte Theil der Mitglieder die Berufung schriftlich unter Angabe des Zweckes und der Gründe

verlangt; und in diesem Falle ist die Berufung direct erzwingbar. Kommt nämlich der Vorstand dem Verlangen nicht nach, so kann das Amtsgericht, in dessen Bezirke der Verein seinen Sitz hat, die Mitglieder, welche das Verlangen gestellt haben, zur Berufung der Versammlung ermächtigen und über die Führung des Vorsitzes in der Versammlung Bestimmung treffen (§ 37, 2). Die Protokolle bemerken hierzu, das Gericht habe nicht zu prüfen, ob die Einberufung nach den Statuten oder durch das Vereinsinteresse geboten sei, sondern es habe lediglich die formale Voraussetzung festzustellen, ob ein Zehntel der Mitglieder den Antrag auf Einberufung unterstützt hat. Allein diese Meinung der Commission hat im Gesetzestext keinen Ausdruck gefunden, es heisst vielmehr ausdrücklich „kann“ ermächtigen; mit Riedel (Das Bürgerliche Gesetzbuch in Vergleiche mit dem Preussischen Allgemeinen Landrecht S. 129) ist daher anzunehmen, dass das Amtsgericht den Antrag auch bei Erfüllung der formalen Voraussetzung, wenn es den angegebenen Zweck und die Begründung des Antrags für ungenügend erachtet, ablehnen kann. — Wird eine Mitgliederversammlung auf Grund einer solchen amtsgerichtlichen Ermächtigung berufen, so muss auf diese bei der Berufung der Versammlung Bezug genommen werden: die Unterlassung einer solchen Bezugnahme würde, da es sich um eine „Mussvorschrift“ handelt, Nichtigkeit der Versammlungsbeschlüsse zur Folge haben.

Der Vorstand ist zur Ausführung aller nicht statuten- oder gesetzwidrigen Versammlungsbeschlüsse verpflichtet und zwar nach den in §§ 664—670 B.G.B. für das Auftragsverhältniss aufgestellten Grundsätzen.¹⁾

¹⁾ § 664: Der Beauftragte darf im Zweifel die Ausführung des Auftrags nicht einem Dritten übertragen. Ist die Uebertragung gestattet, so hat er nur ein ihm bei der Uebertragung zur Last fallendes Verschulden zu vertreten. Für das Verschulden eines Gehülfen ist er nach § 278 verantwortlich.

§ 278: Der Schuldner hat ein Verschulden seines gesetzlichen Vertreters und der Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient, in gleichem Umfange zu vertreten, wie eigenes Verschulden. Die Vorschrift des § 276 Abs. 2 („Die Haftung

Eine Beurkundung der Beschlüsse der Mitgliederversammlung (Protokollirung) ist zwar gesetzlich nicht vorgeschrieben, stellt sich aber der Natur der Sache nach als wünschenswerth dar und wird auch wohl in den meisten Vereinssatzungen normirt werden.

3. Die Rechtsstellung der einzelnen Mitglieder: Pandektenrechtlich vorherrschend war früher auf Grund der l. 7 D. § 1; h. t. 3, 4¹⁾ die Anschauung, dass die einzelnen Mitglieder in vereinsrechtlicher Beziehung gar nicht in Betracht kämen. Allein schon mit Hinsicht auf das Stimmrecht erweist sich die Oberflächlichkeit dieser Anschauung. Die unbefangene Betrachtung zwingt vielmehr zu dem Zugeständniss, dass die juristische Persönlichkeit des Vereins nicht ihrer wegen, sondern wegen der Mitglieder (allerdings vielfach nicht

wegen Vorsatzes kann dem Schuldner nicht im Voraus erlassen werden“) findet keine Anwendung.

§ 665: Der Beauftragte ist berechtigt, von den Weisungen des Auftraggebers abzuweichen, wenn er den Umständen nach annehmen darf, dass der Auftraggeber bei Kenntniss der Sachlage die Abweichung billigen würde. Der Beauftragte hat vor der Abweichung dem Auftragenden Anzeige zu machen und dessen Entschliessung abzuwarten, wenn nicht mit dem Aufschube Gefahr verbunden ist.

§ 666: Der Beauftragte ist verpflichtet, dem Auftraggeber die erforderlichen Nachrichten zu geben, auf Verlangen über den Stand des Geschäfts Auskunft zu ertheilen und nach der Ausführung des Auftrags Rechenschaft abzulegen.

§ 667: Der Beauftragte ist verpflichtet, dem Auftraggeber Alles, was er zur Ausführung des Auftrags erhält und was er aus der Geschäftsführung erlangt, herauszugeben.

§ 668: Verwendet der Beauftragte Geld für sich, das er dem Auftraggeber herauszugeben oder für ihn zu verwenden hat, so ist er verpflichtet, es von der Zeit der Verwendung an zu verzinsen.

§ 669: Für die zur Ausführung des Auftrags erforderlichen Aufwendungen hat der Auftraggeber dem Beauftragten auf Verlangen Vorschuss zu leisten.

§ 670: Macht der Beauftragte zum Zwecke der Ausführung des Auftrags Aufwendungen, die er den Umständen nach für erforderlich halten darf, so ist der Auftraggeber zum Ersatze verpflichtet.

¹⁾ *Si quid universitati debetur, singulis non debetur: nec quod debet universitas, singuli debent.*

bloss wegen der gegenwärtigen, sondern auch wegen der künftigen) da ist.

Die Mitglieder sind die Destinatare der juristischen Person. Dieses Bestimmungsverhältniss könnte zwar, wie es bei der Stiftung vorherrschend der Fall ist, ein bloss factisches sein; allein beim Verein ist es zweifellos ein rechtliches, und es ist Sache der Jurisprudenz, zu seiner Construction die richtige Denkform zu finden. Das Recht der einzelnen Mitglieder ist durchaus nicht unvereinbar mit dem Rechte der juristischen Person. Es handelt sich hier um ein der sog. Correalobligation ähnliches Verhältniss, das zwei Seiten hat, einheitlich nach Aussen (als juristische Person), vielköpfig nach Innen (Mitgliedschaftsrechte). Der Mechanismus der juristischen Person soll lediglich durch das Princip „Einer für Alle“ die Geltendmachung der Einzelrechte nach Aussen bequemer gestalten. Das römische Recht hat diesen Primat der Mitgliederrechte nie verkannt; regelmässig bezeichnet es sogar die Corporation mit dem Namen der Einzelnen, *cives, municipes, socii vectigalium publicanorum* u. s. w. Vergl. v. Ihering, Geist des römischen Rechts IV S. 344 (§ 61).¹⁾ Für die Berechtigung des Einzelnen innerhalb des Vereins sind zwei Grundformen denkbar: a) Die Form der Societät; hier sind soviel Mitglieder, soviel Theile, der Charakteristische dieser Form ist eine geschlossene Mitgliederzahl. Der moderne Typus dieser Vereinsform ist

¹⁾ „Nicht die juristische Person als solche, sondern die einzelnen Mitglieder sind die wahren Rechtssubjecte, jene ist nichts als die nach aussen gekehrte eigenthümliche Erscheinungs- und Vermittlungsform ihrer rechtlichen Beziehungen zur Aussenwelt, für den Verkehr im Innern hat diese Form nicht die geringste Bedeutung, hier gelangt der Gesichtspunkt des Rechts des Einzelnen auch formal zur vollen Geltung; die Rechte, die verfassungsmässig (statutenmässig) jedem Einzelnen zustehen, kann er, wenn sie ihm bestritten oder durch einen verfassungswidrigen Majoritätsbeschluss entzogen werden, im Wege der Klage verfolgen. Die durch die eigenthümliche Natur des Verhältnisses gebotene Ausschliessung des individuellen Verfügungsrechtes, die Unterordnung des Einzelnen unter den Willen der Majorität bei verfassungsmässigen Beschlüssen, prägt diesen Rechten zwar auch nach der inneren Seite hin einen von dem Typus der gewöhnlichen Rechte abweichenden Charakter auf, entzieht ihnen aber den Charakter von Rechten nicht.“

die Actiengesellschaft. (Vgl. v. Ihering, Zweck im Recht I S. 300 ff.)

b) Die Form des Genossenschaftsverhältnisses: hier hat der Einzelne keine ideelle Quote. Der Gegensatz dieser Form zu derjenigen der Societät trifft zusammen mit dem zwischen *frui* und *uti*; das *frui* ist theilbar, das *uti* untheilbar. „Ist die Sache darnach angethan, wie z. B. bei öffentlichen Wegen, so können Hunderte und Tausende participiren, ohne dass der Einzelne in seinem *uti* verkürzt wird“. (v. Ihering, a. a. O.).

Das erstere Verhältniss kann sich übrigens auch mit dem letzteren verbinden, so dass innerhalb einer Körperschaft gewisse Mitglieder nur auf letzteres angewiesen sind, andere beide Rechte haben, wie dies vielfach z. B. bei Gemeinden vorkommt.¹⁾ — Zweifellos kannte das römische Recht für beide Formen der Berechtigung eine *actio*; gegen Kränkung des Rechts durch Aussenstehende wurde diese freilich von der juristischen Person vertreten, aber gegen Kränkung des Einzelrechts innerhalb der Corporation, etwa durch Majoritätsbeschlüsse, stand dem Einzelnen eine *actio* nach Analogie der *actio popularis*, eventuell die subsidiäre *actio injuriarum*, zu Gebote.

Auf Grund des Bürgerlichen Gesetzbuchs haben wir zu unterscheiden:

a) Diejenigen Rechte, die jedem Mitgliede unterschiedslos zustehen, allgemein das Recht der Mitgliedschaft. Dieses Recht ist nicht übertragbar und nicht vererblich, ein *jus personalissimum*. Die Ausübung des Mitgliedschaftsrechtes kann nicht einem Anderen überlassen werden (§ 38), sofern nicht (§ 40) das Statut anders bestimmt. Zu diesen Mitgliedschaftsrechten gehört vor allem das Stimmrecht; sofern das Statut die Vereinssatzung) nichts anderes bestimmt, hat jedes Mitglied eine Stimme. Die Mitgliedschaftsrechte sind entweder zugleich gemeinnützige und selbstnützige, wie das Stimmrecht, oder rein selbstnützige. Zu letzteren gehören die aus der Mitgliedschaft entspringenden Genussrechte, die überwiegend, doch nicht aus-

¹⁾ z. B. die sog. Reiheberechtigung in Hannover und Braunschweig. Seuffert XLII 6.

schliesslich, vermögensrechtlicher Natur sind. (Recht auf Besuch der Kirche, auf Beerdigung eines Angehörigen im Gemeindefriedhof, auf Benutzung der Gesellschaftsräume oder der Bibliothek eines Erholungsvereins, R.G. XII Nr. 69, S. 284).

Einen Schutz für alle Mitgliedschaftsrechte gegen willkürliche Beeinträchtigung, z. B. verfassungswidrige Ausstossung, gewährt die Feststellungsklage.

Wo der Verein dem Mitgliede auch einen Antheil am *frui* gewährt, hat das Mitglied auch ein directes klagbares Recht auf seinen Antheil (Dividende) am jährlichen Nutzertrag und am Vermögensstück bei Aufhebung der Vermögensgenossenschaft. Jedes Mitglied kann jeder Zeit aus dem Verein nach freiem Entschluss austreten, doch kann durch das Statut (die Satzung) bestimmt werden, dass der Austritt nur am Schlusse eines Geschäftsjahres oder erst nach dem Ablaufe einer Kündigungsfrist zulässig ist; die Kündigungsfrist kann höchstens zwei Jahre betragen; an weitere erschwerende Bedingungen darf der Austritt nicht geknüpft werden.¹⁾

Man pflegt zur Zeit gemeinnützige Mitgliederrechte, welche das Mitglied unabhängig von dem Willen der Gesamtheit doch im Interesse der letzteren zu verfolgen berechtigt ist, wie z. B. das Recht des § 37 B.G.B. auf Berufung der Mitgliederversammlung, auch gegen den Willen des Vorstandes, das Recht, Beschlüsse im Wege der Feststellungsklage anzufechten, auch als Individualrechte zu bezeichnen.

b) Sonderrechte, *jura singulorum* — wohl zu unterscheiden von den allen Mitgliedern zustehenden sog. Individualrechten — nennt man besondere Vorrechte einzelner Mitglieder oder einer privilegierten Classe derselben, die ihnen im Statut gewährleistet sind. Sie können vermögensrechtlicher Natur sein, z. B. auf bevorzugte Stellung in der Nutzung des Vereinsvermögens oder auf besondere Gewinnantheile gerichtet sein, oder auch nicht vermögensrechtlicher Natur, z. B. Anspruch auf Zugehörigkeit zum Vorstande, zum Aufsichtsrath u. s. w., qualificirtes Stimmrecht. Sie können nicht ohne die Zustimmung des sonderberechtigten Mitgliedes durch Beschluss

¹⁾ R.G. XXX, S. 81, XXXIII S. 65.

der Mitgliederversammlung beeinträchtigt werden (§ 35). Sie gelten als auf Grund der Statuten wohlerworbene Rechte, *jura quaesita*.¹⁾ Jeder ein solches Sonderrecht beeinträchtigende Beschluss kann wie jeder andere gesetz- und statutenwidrige Beschluss im Wege der Feststellungsklage angefochten werden.

Derartige Sonderrechte sind nicht zu verwechseln mit Einzelrechten, die auf Specialtiteln beruhen, die das betreffende Mitglied der Corporation gegenüber in die Stellung eines Fremden bringen, z. B. aus einem von ihm der Corporation gewährten Darlehen.²⁾ Hierfür ist die Mitgliedschaft gleichgültig.

Den Mitgliedschaftsrechten entsprechen die Mitgliedschaftspflichten, wie auch den Sonderrechten Sonderverpflichtungen gegenüber treten können.

II. Die eingetragenen Vereine insbesondere:

Für diese treten zu den bisherigen allgemeinen Normen eine Anzahl besonderer Formvorschriften hinzu, die theils bloss reglementärer Natur, Ordnungsvorschriften, theils zwingenden Charakters, Mussvorschriften, sind. Das Statut, die Satzung, muss den Zweck, den Namen und den Sitz des Vereins enthalten und ergeben, dass der Verein eingetragen werden soll (§ 57, 1). Es wird kaum jemals vorkommen, dass ein Verein, obwohl es an diesen Erfordernissen gefehlt hat, die Eintragung erlangt; sollte es vorkommen, so würde sie nichtig sein.³⁾ Die Eintragung soll nur erfolgen, wenn die Zahl der Mitglieder mindestens sieben beträgt. Diese Bestimmung ist nur reglementärer Natur, die in Folge eines Irrthums des Registerrichters erfolgte Eintragung eines Vereins von weniger als sieben Mitgliedern hat also gleichwohl rechtliche Gültigkeit. Der Name des eingetragenen Vereins soll sich von dem Namen der an demselben Orte oder in derselben Gemeinde bestehenden eingetragenen Vereine deutlich unterscheiden.⁴⁾ Er erhält mit der Ein-

¹⁾ Beispiele R.G. VII S. 33, XXII S. 114, XXXIII S. 177.

²⁾ R.G. XI Nr. 60 u. 61. Ueber die Beweislast bei der Frage, ob ein solches Einzelrecht oder ein Sonderrecht vorliegt, vgl. Seuffert XLIII 88.

³⁾ Vgl. hierzu oben § 5 S. 200.

⁴⁾ Vgl. hierzu Riedel, das B.G.B. im Vergleich mit d. Preuss. Recht S. 173: „Nichtsdestoweniger darf der Registerrichter, wenn er die

tragung den Zusatz „eingetragener Verein“ (§ 65). Die Satzung soll Bestimmungen enthalten: 1. über den Eintritt und Austritt der Mitglieder, 2. darüber, ob und welche Beiträge von den Mitgliedern zu leisten sind, 3. über die Bildung des Vorstandes, 4. über die Voraussetzungen, unter denen die Mitgliederversammlung zu berufen ist, über die Form der Berufung und über die Beurkundung der Beschlüsse. Sie ist der Anmeldung zur Eintragung, die durch den Vorstand geschehen soll, in Urschrift und Abschrift beizufügen, nebst einer Abschrift der Urkunden über die Bestellung des Vorstandes,

Ueberzeugung erlangt, er habe unter Verstoß gegen § 57, 1 die Eintragung bewirkt, dieselbe nicht *ipso jure* — ohne Antrag und Urtheil zur Löschung bringen. (Entsch. des. K.G. Bd. 13 S. 59–64.) Andererseits vermag ein nichtiger Verein seine Satzung nicht durch Beschluss der Mitglieder-Versammlung abzuändern, um so dem Mangel abzuhelpen; denn eine Bethätigung der Organe des Vereins setzt deren Rechtsbeständigkeit voraus. Es bleibt nichts als Neubegründung des Vereins übrig. — Wie ist aber die Nichtigkeit geltend zu machen, der nichtige Verein zur Löschung zu bringen und welche Rechtsgrundsätze kommen für die von dem Verein trotz Nichtigkeit vorgekommenen Rechtsakte sowie für die Liquidation desselben in Betracht? Die ersteren Fragen finden weder im Handelsgesetzbuch für die Gesellschaften desselben noch für die Gesellschaften m. b. H. im R.G. vom 20. März 1892 noch für die Genossenschaften im R.G. vom 1. Mai 1889 eine Beantwortung. Alle diese Gesetze weisen insofern eine Lücke auf. Sie wird im Entwurf des H.G.B., durch §§ 281–283 für die Actiengesellschaft dahin ausgefüllt, dass jedes Mitglied, der Vorstand, der Aufsichtsrath, auch die Staatsbehörde die Nichtigkeitsklage im ordentlichen Prozesswege anstrengen kann und dass auf Grund der lediglich declaratorische Bedeutung besitzenden Urtheils die Eintragung der Nichtigkeit im Register erfolgt.

Für die Vereine hat die streitige Frage im Bürgerlichen Gesetzbuch ebenfalls keine Beantwortung gefunden, soll ihre Lösung aber in dem in Aussicht genommenen Gesetz über das Verfahren in Angelegenheiten der nicht streitigen Gerichtsbarkeit finden.“

Uebrigens ist es zweifellos, dass eine Feststellungsklage auf Nichtigkeit des Vereins aus § 231 C.P.O. Jedermann hat, der ein rechtliches Interesse daran hat; aber freilich gilt ein so erstrittenes Urtheil nicht *extra partes*, nicht *in rem* und berechtigt nicht, die Löschung des Vereins im Register zu erzwingen.

§ 5.

**Geisteskrankheit. Geistesschwäche. Verschwender.
Trunksucht. Entmündigung.**

Literatur: Juristische: l. 25 *Cod. de nuptiis* 5. 4. l. 8 § 1 *D. de tut. dat.* 26. 5. l. 6. *D. de curat. fur.* 27. 10. l. 28 *Cod. de episc. aud.* 1. 4. l. 28 § 1 *Cod. de admin.* 5. 37. l. 2 *D. de post.* 3. 1. l. 21 *D. de reb. auct. jud.* 32. 5. § 4 *J. de cur.* I 23. *Cicero, Tusc.* III. 5. *Pernice, Labeo* I S. 324 ff. *Audibert, la folie et la prodigalité in nouvelle revue historique* Bd. 14 S. 846 ff. und *études sur l'histoire du droit romain* I 1892. *Savigny-Zeitschrift* Bd. 14. S. 260. *Adamkiewicz, Rechtsbegriff der Curatel* S. 35 ff. *Steiniger, Entmündigung des Verschwenders* 1890. *Ad. Schwarz, Entmündigung des Verschwenders*, Tübingen 1891. Medicinische: *Mendel in Eulenburs* Vierteljahrsschrift für gerichtl. Medicin n. F. Bd. 49. 2. *Ziehen, Psychiatrie, Einleitung* u. S. 399—453.

I. Handlungsfähigkeit im juristischen Sinne ist nicht die psychologische Fähigkeit schlechthin, Handlungen vorzunehmen, sondern die Handlungsfähigkeit eines geistig normal entwickelten, gesunden Menschen. Sie wird deshalb abgesehen von der normalen Rückständigkeit der geistigen Entwicklung des Kindesalters auch ausgeschlossen durch abnorme über das Kindesalter hinausreichende Rückständigkeit der Entwicklung oder durch pathologische Störungen, denen der anfänglich geistig-gesunde Mensch anheimfallen kann, durch abnorme Geistesschwäche und durch Geisteskrankheit. Anscheinend trennten schon die Römer diese beiden Ursachen der juristischen Handlungsfähigkeit, indem sie *furiosi*, Wahnsinnige, von den *dementes* oder *menti capti, insani, fatui* unterschieden; die XII Tafeln stellten die *furiosi* unter die *potestas* der Agnaten, eventuell der Gentilen, später unter eine von Rechtswegen eintretende Curatel. Die *dementes* erhielten einen Curator vom Magistrat. Bestimmungen, welche für die *dementes* getroffen waren, betrafen die *furiosi* nicht direct, sondern nur in analoger Ausdehnung. Im Justinianeischen Rechte ist aber keinesfalls mehr ein Unterschied der rechtlichen Behandlung für beide Kategorien zu constatiren.

Auch das Bürgerliche Gesetzbuch unterscheidet (§ 6, § 104, § 114.) 1) Geisteskrankheit und 2) Geistesschwäche.

3) Daneben kennt es den Begriff einer „krankhaften Störung der Geistesthätigkeit, welche die freie Willens-

bestimmung ausschliesst“ und zwar eine dauernde (§ 104) oder vorübergehende (§ 105), endlich den (vorübergehenden) Zustand der Bewusstlosigkeit (§ 105).

Die rechtlich sehr erhebliche Definition dieser verschiedenen Begriffe und ihr Verhältniss zu einander ist nicht so einfach und verdient eine genauere Berücksichtigung, als gewöhnlich angenommen wird. Welchen Werth das Bürgerliche Gesetzbuch auf diese Unterscheidungen legt, erhellt aus den sehr verschiedenen Rechtsfolgen, die es an die Constatirung der einzelnen Begriffe für die Geschäftsfähigkeit knüpft: 1. Der Geisteskranke und Geistesschwache kann entmündigt werden, wenn er in Folge seiner Krankheit oder Schwäche seine Angelegenheiten nicht zu besorgen vermag. Nach der Entmündigung ist der Geisteskranke absolut geschäftsunfähig (§ 104, 3), der Geistesschwache dagegen beschränkt geschäftsfähig, letzterer steht einem Minderjährigen gleich, der das 7. Lebensjahr vollendet hat (§ 114).

2) Wer sich in einem die freie Willensbestimmung ausschliessenden Zustande krankhafter Störung der Geistesthätigkeit befindet, sofern nicht der Zustand seiner Natur nach ein bloss vorübergehender ist, ist absolut (allgemein) geschäftsunfähig (§ 104, 1).

3) Bei dem sog. Bewusstlosigkeitszustande und bei vorübergehender Störung der Geistesthätigkeit, welche die sog. freie Willensbestimmung ausschliesst, ist nur die concrete in solchem Zustande abgegebene Willenserklärung nichtig (§ 105).

4) Die Frage der Delictsfähigkeit ist dagegen beim Geisteskranken in jedem einzelnen Falle durch eine Prüfung seiner Zurechnungsfähigkeit bedingt: Der wegen Geisteskrankheit Entmündigte ist nicht allgemein delictsunfähig; nach § 827 B.G.B. ist, „wer im Zustande der Bewusstlosigkeit oder in einem die freie Willensbestimmung ausschliessenden Zustande krankhafter Störung der Geistesthätigkeit einem Anderen Schaden zufügt, für den Schaden nicht verantwortlich“. Dagegen ist der Geistesschwache, da er einem Minderjährigen gleich steht, der das 7. Lebensjahr vollendet hat, nach § 828

innerhalb der Frist von sechs Wochen Einspruch erhoben hat. Dagegen braucht die Aenderung der Satzung, wenn ihre Eintragung nach Ablauf der Einspruchsfrist erfolgt, nicht veröffentlicht zu werden (§ 71 B.G.B.). Nach der Eintragung ist wiederum die Urschrift mit der Bescheinigung der Eintragung zu versehen und zurückzugeben, während die Abschrift vom Amtsgerichte beglaubigt und bei den Registerakten aufbewahrt wird. Ferner ist zur Eintragung anzumelden jede Aenderung des Vorstandes, sowie die erneute Bestellung eines Vorstandsmitgliedes, und zwar ebenfalls unter Beifügung einer Abschrift der Urkunde über die Aenderung oder die erneute Bestellung. Die Eintragung gerichtlich bestellter Vorstandsmitglieder im Falle einer Vacanz auf Grund eines Dringlichkeitsantrages (siehe oben S. 200) erfolgt von Amtswegen. — Uebrigens hat diese Eintragung der Vorstandsänderungen bzw. erneuten Bestellung nicht die rechtsbegründende Bedeutung der Eintragung einer Satzungsänderung, vielmehr nur die im Folgenden zu erörternde Wirkung für den guten Glauben Dritter.

Das Vereinsregister hat eine ähnliche Bedeutung wie das Handelsregister: Es ist öffentlich. Die Oeffentlichkeit besteht in Folgendem: Die Einsicht des Vereinsregisters sowie der von dem Vereine bei dem Amtsgerichte eingereichten Schriftstücke ist Jedem gestattet; von den Eintragungen kann eine Abschrift gefordert werden; die Abschrift ist auf Verlangen zu beglaubigen (§ 79). Erste Eintragungen (die Gründung eines Vereins betr.) sind im Amtsblatt zu veröffentlichen. Warum nicht auch alle anderen Eintragungen (Satzungsänderungen, Vorstandsänderungen) in dem Blatte veröffentlicht werden sollen, ist mir unverständlich, hoffentlich hat man nicht an Insertionsgebühren sparen wollen, und wünschenswerth wäre es jedenfalls, wenn die Praxis der Amtsgerichte — vielleicht auf Grund ausdrücklicher Anweisung der Justizministerien — hier ein Mehreres thäte, als das B.G.B. fordert und sich von vornherein zur Publication aller Eintragungen bequeme. Abgesehen von dem einen Falle, wo die Eintragung wesentliches Formrequisit ist (Aenderung der Satzung), besteht ihre Wirkung, wie beim Handelsregister, in der Begründung einer gesetzlichen Erkundigungspflicht

und Aenderung der Beweispflicht bezüglich der eingetragenen Thatsache: Bestimmungen, die den Umfang der Vertretungsmacht des Vorstandes beschränken oder die Beschlussfassung des Vorstandes abweichend von der allgemeinen Norm regeln, werden als jedem Dritten bekannt präsumirt. Ebenso wird präsumirt, dass jede eingetragene Aenderung des Vorstandes, sowie die erneute Bestellung eines Vorstandsmitgliedes jedem Dritten bekannt ist. Der Dritte kann, da nur eine Präsumtion seiner Kenntniss durch die Eintragung begründet wird, sein Nichtwissen beweisen und diese Präsumtion widerlegen, aber es genügt nicht der Beweis seines Nichtwissens, er muss — darin eben liegt *implicite* die Normirung der gesetzlichen Erkundigungspflicht — auch die Entschuldigbarkeit seines Nichtwissens beweisen. Er muss beweisen, dass er die eingetragene Thatsache nicht gekannt habe und dass seine Unkenntniss auch nicht auf Fahrlässigkeit beruhte.

„Der eine Beweis befreit nicht von dem andern, es kann aber der eine in dem andern enthalten sein. Der zweifache Beweis ist geführt durch den Beweis der absoluten Unmöglichkeit des Wissens zu der Zeit des Contrahirens an dem Ort des Contrahirens, dass die Nachricht von der eingetragenen Thatsache unmöglich damals habe dort sein können. In diesem Falle kann von einem Wissenmüssen nicht die Rede sein. Was eingetragen (und event. auch veröffentlicht) ist, das soll der Dritte unter Umständen wissen müssen. Das heisst, sein Nichtwissen ist je nach den Umständen entschuldigt oder nicht entschuldigt. Unter welchen? Es heisst nicht, dass es unter Umständen gelte, als ob der Nichtwissende wisse; mithin kann das Nichtwissen des Individuums entschuldigt werden, trotzdem dass eine allgemeine Kunde war, und soll es andererseits nicht schon deshalb entschuldigt werden, weil noch keine allgemeine Kunde war. Damit, dass der Dritte soll wissen müssen, ist eine gesetzliche Erkundigungspflicht ausgesprochen. Es fragt sich nach deren Inhalt. Der Dritte muss die einschlagenden öffentlichen Blätter oder das Register einsehen oder einsehen lassen. Zu weiteren Nachforschungen ist er nicht verpflichtet. Seine Entschuldigung des Nichtwissens kann dahin lauten: er sei

entschuldbarer Weise noch nicht in der Lage gewesen, das jüngste Zeitungsblatt, welches die Eintragung anzeige, damals dort (als und wo contrahirt wurde) einzusehen, es sei kurz vorher angekommen, aber erst später von ihm eingesehen. Hier wird bedeutend, dass er die öffentlichen Blätter sofort nach ihrem Erscheinen sich zugänglich machen und sofort, nachdem sie ihm zugänglich sind, einsehen muss. Sofort, d. h. alsbald nach billigem Ermessen.

Das eine wie das andere unterlässt er auf seine Gefahr, er wagt es auf den Einwand, dass das thunliche eiligere Verfahren hier praktisch geworden wäre. Wenn die befreiende Thatsache schon vor längerer Zeit eingetragen und veröffentlicht worden ist, so wird die Entschuldigung des Nichtwissens selten möglich sein; denn der Dritte hat dann keinen Grund anzunehmen, dass die verpflichtende Thatsache dennoch bestehe; durch die Einsicht des Registers oder der öffentlichen Blätter würde er ausser der verpflichtenden Thatsache auch die befreiende erfahren haben.“ (Thöl, Handelsrecht I § 54 S. 175 ff. zum Handelsregister.)

Es kommt auf die im Verkehr übliche Sorgfalt an, ein Nichtwissen, das sich bei solcher Sorgfalt vermeiden lässt, ist nicht entschuldbar (§ 276 B.G.B.).

Eine nicht eingetragene Registerthatsache, sei es Beschränkung der Vertretungsmacht oder Aenderung im Vorstandspersonal, kann nur einem Wissenden entgegengesetzt werden und ihm muss sein Wissen bewiesen werden.

§ 6.

Untergang der Corporationen. (Entziehung der Rechtsfähigkeit und Auflösung. Schicksal des Vermögens einer untergegangenen Corporation. Liquidation.)

I. Der Untergang der Corporation ist entweder Folge eines hierauf gerichteten Actes oder des Wegfalls der Mitglieder bzw. der Voraussetzungen ihres Bestehens, entweder tritt er ein mittelbar (vermittelt durch einen Beschluss) oder unmittelbar, *ipso jure*. Im ersteren Falle ist ferner der Untergang entweder ein unfreiwilliger oder freiwilliger. Unfrei-

williger Untergang findet statt, wenn der Staat, durch dessen Verleihung oder mit dessen Genehmigung die juristische Persönlichkeit erlangt ist, sie wieder entzieht. (Entziehung der Rechtsfähigkeit):

1. Allgemein kann die Staatsbehörde jedem Vereine, sowohl dem concessionirten, wie dem eingetragenen die Rechtsfähigkeit entziehen (§ 43 B.G.B.), wenn er durch einen gesetzwidrigen Beschluss der Mitgliederversammlung oder durch gesetzwidriges Verhalten des Vorstandes das Gemeinwohl gefährdet.

2. Einem Vereine, dessen Zweck nach der Satzung nicht auf einen wirthschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist, also einem Vereine mit sog. idealer Tendenz kann die Rechtsfähigkeit entzogen werden, wenn er dennoch einen solchen Zweck verfolgt (§ 43, 2).

3. Einem Vereine, der nach der Satzung einen politischen, socialpolitischen oder religiösen Zweck nicht hat, kann die Rechtsfähigkeit entzogen werden, wenn er dennoch einen solchen Zweck verfolgt (§ 43, 3).

4. Endlich kann einem concessionirten Vereine (einem Vereine, dessen Rechtsfähigkeit auf Verleihung beruht), die Rechtsfähigkeit schon dann entzogen werden, wenn er überhaupt irgend einen anderen, als den in der Satzung bestimmten Zweck verfolgt (§ 43, 4). Die Rechtsfähigkeit ist ihm ja unter Voraussetzung der Wahrheit des in der Satzung bezeichneten Zweckes verliehen worden, die Verleihung ist ein Privilegium und es liegt einer Fall der *subreptio* bzw. *obreptio privilegii* vor.¹⁾

5. Endlich kann insbesondere einem eingetragenen Vereine die Rechtsfähigkeit entzogen werden von seiten des Amtsgerichts, wenn die Zahl der Vereinsmitglieder unter drei herabsinkt, und zwar sowohl auf Antrag des Vorstandes als auch, wenn der Antrag nicht binnen drei Monaten gestellt wird, von Amtswegen nach Anhörung des Vorstandes (§ 73 B.G.B.).

In den Fällen 1—4, in welchen die Entziehung der Rechtsfähigkeit durch Beschluss der Verwaltungsbehörde erfolgt,

¹⁾ Vgl. l. 2—5 *Cod. de si contra jus* 1, 22. l. 2 *Cod. de dil.* 3, 11.

kann in denjenigen Bundesstaaten, die ein Verwaltungsstreitverfahren haben, der Beschluss der zuständigen Verwaltungsbehörde nach dem für dieses Verwaltungsstreitverfahren massgebenden Instanzenzuge angefochten werden; wo aber ein Verwaltungsstreitverfahren nicht besteht, finden die Vorschriften der §§ 20, 21 der Gewerbeordnung Anwendung;¹⁾ die Entscheidung erfolgt in erster Instanz durch die höhere Verwaltungsbehörde, in deren Bezirke der Verein seinen Sitz hat.

Beruhet die Rechtsfähigkeit auf Verleihung durch den Bundesrath, so erfolgt die Entziehung

¹⁾ § 20 R.G.W.O: „Gegen den Bescheid ist Rekurs an die nächst-vorgesetzte Behörde zulässig, welcher bei Verlust derselben binnen vierzehn Tagen, vom Tage der Eröffnung des Bescheides an gerechnet, gerechtfertigt werden muss.

Der Rekursbescheid ist den Parteien schriftlich zu eröffnen und muss mit Gründen versehen sein.“

§ 21: „Die näheren Bestimmungen über die Behörden und das Verfahren, sowohl in der ersten als in der Rekurs-Instanz, bleiben den Landesgesetzen vorbehalten. Es sind jedoch folgende Grundsätze einzuhalten:

- 1) In erster und zweiter Instanz muss die Entscheidung durch eine kollegiale Behörde erfolgen. Diese Behörde ist befugt, Untersuchungen an Ort und Stelle zu veranlassen, Zeugen und Sachverständige zu laden und eidlich zu vernehmen, überhaupt den angetretenen Beweis im vollen Umfange zu erheben.
- 2) Bildet die kollegiale Behörde die erste Instanz, so ertheilt sie ihre Entscheidung in öffentlicher Sitzung, nach erfolgter Ladung und Anhörung der Parteien, auch in dem Falle, wenn zwar Einwendungen nicht angebracht sind, die Behörde aber nicht ohne weiteres die Genehmigung ertheilen will und der Antragsteller innerhalb vierzehn Tagen nach Empfang des die Genehmigung versagenden oder nur unter Bedingungen ertheilenden Bescheides der Behörde auf mündliche Verhandlung anträgt.
- 3) Bildet die kollegiale Behörde die zweite Instanz, so ertheilt sie stets ihre Entscheidung in öffentlicher Sitzung, nach erfolgter Ladung und Anhörung der Parteien.
- 4) Als Parteien sind die Unternehmer (Antragsteller), sowie diejenigen Personen zu betrachten, welche Einwendungen erhoben haben.
- 5) Die Oeffentlichkeit der Sitzungen kann unter entsprechender Anwendung der §§ 173 bis 176 des Gerichtsverfassungsgesetzes ausgeschlossen oder beschränkt werden.

durch Beschluss des Bundesraths (§ 44, 2); in diesem Falle ist selbstverständlich kein weiterer Instanzenzug gegeben.

Im Falle 5 dagegen, in dem die Rechtstähigkeit einem eingetragenen Vereine durch das Amtsgericht entzogen wird, findet gegen den Beschluss des letzteren die sofortige Beschwerde nach den Vorschriften der Civilprocessordnung statt.¹⁾

Der Verein verliert die Rechtsfähigkeit mit der Rechtskraft des Beschlusses, also im Fall keine Beschwerde eingelegt wird, nach Ablauf von vierzehn Tagen nach der Zustellung des Beschlusses an den Verein (§ 73).

II. Die Möglichkeit eines freiwilligen Untergangs (Selbstauflösung der Corporation) war im Pandektenrecht nicht unbestritten. Aus rein formalistischen Gründen wurde sie von Einigen schlechthin verneint, z. B. von Puchta²⁾, da auch eine natürliche Person ihre Persönlichkeit nicht durch blosser Erklärung vernichten könne. Aus ebenso scholastischen Gründen wurde sie von Anderen unbedingt bejaht, gewissermassen als Recht auf Selbstmord, wieder Andere forderten Einstimmigkeit der Mitglieder, oder im Fall eines Majoritätsbeschlusses wenigstens das Recht der Minderheit, die Corporation fortsetzen zu dürfen.³⁾ Die Quellen gaben keinen Anhalt für die Entscheidung der Frage. Der Natur der Sache nach ist aber zu unterscheiden zwischen Corporationen mit öffentlichem Zweck und solchen mit reinem Privatzweck. Bei ersteren ist zweifellos eine Auflösung durch einfachen Mitgliederbeschluss ohne Genehmigung des Staates nicht zulässig. Dagegen steht bei Vereinen mit reinem Privatzweck einer Auflösung durch die Mitgliederversammlung ev. durch das statutenmässig dazu befugte Organ nichts im Wege.

Das Bürgerliche Gesetzbuch, das nur die Privatvereine berücksichtigt, bestimmt denn auch (§ 41), dass der Verein durch Beschluss der Mitgliederversammlung aufgelöst werden kann; es fordert aber, wenn nicht die Satzung ein Anderes bestimmt, eine qualifizierte Majorität, eine Mehrheit von drei

¹⁾ Vgl. Note 1 S. 216 oben.

²⁾ Kl. Schriften S. 509.

³⁾ Windscheid, Pand. § 61. Nr. 2.

Viertheilen der erschienenen Mitglieder zu einem solchen Beschlusse.

Beim eingetragenen Verein ist die Auflösung in das Vereinsregister einzutragen. Doch ist diese Eintragung nicht Bedingung der Auflösung, hat vielmehr nur Bedeutung für etwaige Ansprüche Dritter gegen den Verein nach Massgabe der in § 5 (S. 219) dargestellten Beweisregeln.

III. Endlich kann eine Corporation *ipso jure* untergehen, erlöschen 1) durch Wegfall ihrer Voraussetzung, ihres Substrats. Die Voraussetzung, das Substrat der *universitas personarum* ist zweifellos eine Mehrheit physischer Personen. Doch hat die gemeinrechtliche Theorie und Praxis unter Berufung auf *l. 85 § 1 D. de R. I. 50. 17*¹⁾ und *l. 7 § 2 D. quod cui. univers. 3, 4*²⁾ daran festgehalten, dass die *universitas personarum* durch Herabminderung des Personenstandes bis auf ein Mitglied nicht ohne weiteres aufgelöst werde.³⁾ Ja selbst der Wegfall sämtlicher Mitglieder bewirkt nur bei Vereinen mit reinem Privatzweck den dauernden Fortfall des künstlichen Rechtssubjects; bei Corporationen mit öffentlichen Zwecken (z. B. Zünften) bleibt das etwa nach Fortfall des letzten Mitgliedes noch vorhandene Vermögen für den Corporationszweck passiv gebunden, die Corporation kann wieder aufleben, der Zweck dauert fort, es tritt nur ein Zwischenzustand ein, wie bei der *hereditas jacens* bis zum Antritt der Erben.⁴⁾

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat keinerlei Bestimmung über diesen Erlöschungsgrund getroffen. Die Motive I S. 92 sagen: „Soviel im Besonderen den Wegfall der Mitglieder anlangt, so dürfte zwar eine Vorschrift, welche ausspricht, dass mit diesem Wegfalle die Körperschaft endigt, geeignet sein, verschiedene Streitfragen auf dem Gebiete des gemeinen Rechtes

¹⁾ *Non est novum, ut quae semel utiliter constituta sunt, durent, licet ille casus exstiterit, a quo initium capere non potuerunt.*

²⁾ *Sed si universitas ad unum rediit, magis admittitur, posse eum convenire et conveniri, cum jus omnium in unum reciderit et stet nomen universitatis.*

³⁾ Vgl. R.G. XXIII 202.

⁴⁾ Vgl. v. Ihering, dogmat. Jahrbücher X S. 433 ff. u. S. 73 oben.

zu beseitigen (vgl. A.L.R. II. 6 §§ 177—179; sächs. G.B. § 56; sächs. Ges. v. 15. Juni 1868 § 29). Allein einerseits würde eine solche Vorschrift wenig für die öffentlich-rechtlichen Körperschaften passen; andererseits könnte sie der Annahme Raum geben, als solle eine Körperschaft nur bei dem Wegfalle aller Mitglieder endigen, dagegen bei der Herabminde- rung des Mitgliederbestandes auf eine Person bestehen bleiben, während es nicht wenige Körperschaften gibt, welche bereits dann als aufgelöst anzusehen sind, wenn die zur Beschaffung der vorgeschriebenen Organe erforderliche Zahl von Mit- gliedern nicht mehr vorhanden ist. Dazu tritt, dass dieser Erlöschungsgrund nur selten vorkommt, mithin von unter- geordneter Bedeutung ist.“ Es bleibt also in dieser Hinsicht beim Landesrecht, also für die bisher gemeinrechtlichen Landes- theile beim eben dargestellten Pandektenrecht.

2. Dagegen hat das Bürgerliche Gesetzbuch als einen Grund des Erlöschens der Körperschaft *juris privati*, als Grund des „Verlustes der Rechtsfähigkeit“ eines Vereines die Eröffnung des Concurres anerkannt (§ 42). Die Motive (I S. 92) meinten zwar: „An sich kommt der Eröff- nung des Concursverfahrens über das Körperschaftsvermögen die Bedeutung eines allgemeinen Aufhebungsgrundes nicht nothwendig zu. Bei Privatkörperschaften wird der Eintritt des Concurres in der Regel nur zur Folge haben, dass die Mitglieder den Vereinszweck aufgeben und ihr Auseinander- gehen beschliessen; möglich bleibt immerhin, dass sie, an der Vereinigung festhaltend, die Einstellung des eröffneten Ver- fahrens zu erwirken vermögen oder in den Stand gesetzt werden, nach durchgeführtem Concurse den Vereinszweck auch fernerhin zu verfolgen.“ Dagegen glaubte die II. Commission, dem Vorgange der meisten modernen Specialgesetze¹⁾ folgend, dass das mit der Eröffnung des Concurres eintretende Er- löschen der Rechtspersönlichkeit des Vereines der Sache am besten entspreche. Der Vorstand hat die Eröffnung des Con-

¹⁾ H.G.B. Art. 242 Nr. 3. Genoss.-Ges. v. 4. Juli 1888 § 34, 3. Hülfskassengesetz vom 7. April 1876 § 29 Abs. 3, Gewerbeordnung § 103 Abs 5, § 104 n. Preuss. Ges. v. 1. April 1879 § 31, 3. Bayr. Ges. v. 29. April 1869 Art. 26 Nr. 4.

cursverfahrens über das Vermögen der Körperschaft bei dem zuständigen Gerichte unverzüglich, d. h. ohne schuldhaftes Zögern zu beantragen, sobald Ueberschuldung vorliegt (§ 42, Abs. 2). Diese Vorschrift erschien nothwendig, da das Vermögen der Corporation das alleinige Haftobject für die Gläubiger bildet. Im gemeinen Concurssrecht (vgl. Reichs-Concurs-Ordnung § 94), ist die blosse Zahlungsunfähigkeit, die insbesondere anzunehmen ist, wenn Zahlungseinstellung erfolgt ist, genügend, um das Concurssverfahren zu eröffnen. Sie genügt auch gegenüber einem Vereine. Allein, da Zahlungsunfähigkeit vorübergehend auch bei dem Vorhandensein hinreichender Deckmittel vorkommen kann, so lag kein Anlass vor, für diesen Fall den Vorstand zur Stellung des Antrags zu verpflichten, es genügt, dass die Gläubiger selbst dazu in der Lage sind.

Die Feststellung, ob Ueberschuldung vorliegt, kann nach Lage des Falles Schwierigkeiten begegnen; diese Schwierigkeiten sind indessen thatsächlicher Natur. Handelt es sich um Vereine, deren Mitglieder verfassungsmässig verpflichtet sind, zur Deckung der Schulden fortlaufende Beiträge zu leisten, so wird unter Umständen diese verfassungsmässige Beitragspflicht nicht ausser Acht zu lassen sein (Mot. I S. 104).

Erfüllt der Vorstand die ihm obliegende Verpflichtung, den Antrag auf Concurseröffnung zu stellen, nicht rechtzeitig, so sind diejenigen Mitglieder des Vorstandes, denen ein Verschulden an dieser Verzögerung zur Last fällt, den Gläubigern für den daraus entstehenden Schaden verantwortlich, die Pflichtverletzung stellt sich den Gläubigern gegenüber als eine unerlaubte Handlung dar, durch deren Begehung der Vorstand, d. h. diejenigen Mitglieder desselben, denen das Verschulden zur Last fällt, diesen gegenüber sich schadensersatzpflichtig machen. Der Gesichtspunkt des Delictes ergibt zugleich die den Interessen der Gläubiger entsprechende gesamtschuldnerische Verhaftung von mehreren pflichtwidrig handelnden Mitgliedern eines Vorstandes (§ 42, 2).¹⁾

¹⁾ Vgl. § 830 B.G.B.: „Haben Mehrere durch eine gemeinschaftlich begangene unerlaubte Handlung einen Schaden verursacht, so ist jeder für

Beim eingetragenen Verein ist die Eröffnung des Concurres von Amtswegen einzutragen.

Wenn das Concursverfahren einmal eröffnet ist, so sind zu unterscheiden:

a) die Wiederaufhebung des Eröffnungsbeschlusses nach § 105 R.C.O. Diese hat rückwirkende Kraft, d. h. die Bedeutung, als ob das Concursverfahren überhaupt nicht eröffnet wäre: folglich wird hierdurch auch der Verlust der Rechtsfähigkeit des Vereins wieder rückgängig gemacht, die juristische Persönlichkeit „lebt“ *ipso jure* „wieder auf“. Daher muss auch diese Aufhebung des Eröffnungsbeschlusses beim eingetragenen Verein in das Vereinsregister eingetragen werden und zwar von Amtswegen (§ 75). Doch ist das Wiederaufleben der Rechtsfähigkeit durch diese Eintragung, eine bloss reglementäre Vorschrift, nicht bedingt.

b) Aufhebung des Concursverfahrens nach § 151 der Reichs-Concurs-Ordnung (Abhaltung des Schlusstermins) oder § 175 (beim Zwangsvergleich) und

c) Einstellung des Verfahrens nach § 189 (auf Antrag des Gemeinschuldners mit Zustimmung der Concursgläubiger) oder nach § 190 (wegen Nichtvorhandenseins einer die Kosten deckenden Masse): In den beiden letzteren Fällen (b und c) erlangt der Verein die durch die Concurseröffnung verlorene Rechtspersönlichkeit nicht wieder und muss trotz der Einstellung bzw. Aufhebung des Concursverfahrens in Liquidation gehen. Daher ist auch in diesen Fällen eine Eintragung der bezüglichen Beschlüsse des Concursgerichts ins Vereinsregister beim eingetragenen Verein nicht vorgeschrieben (Commiss.-Prot. zu § 75).¹⁾

den Schaden verantwortlich. Das Gleiche gilt, wenn sich nicht ermitteln lässt, wervon mehreren Beteiligten den Schaden durch seine Handlung verursacht hat.

„Anstifter und Gehülfen stehen Mitthätern gleich.“

§ 840: „Sind für den aus einer unerlaubten Handlung entstehenden Schaden Mehrere neben einander verantwortlich, so haften sie, vorbehaltlich der Vorschrift des § 835 Abs. 3, als Gesamtschuldner (§ 835 Abs. 3 bezieht sich nur auf die Eigenthümer der Grundstücke eines Jagdverbandsgebiets im Verhältniss zum Wildschaden).“

¹⁾ Vgl. Riedel, das B.G.B. in Vergl. mit d. Preuss. R. S. 136

IV. Bei jedem Untergange einer Corporation, sei dieser nun auf unfreiwillige oder freiwillige Auflösung oder auf Verlust der Rechtsfähigkeit zurückzuführen, interessirt am meisten die Frage nach dem Schicksal des Corporationsvermögens. Die herrschende Lehre des Pandektenrechts ging unter Berufung auf *l. 3 D. de coll. ill.* 47, 2,¹⁾ *l. 5 Cod. de paganis* 1, 11 dahin, dass es nach der Analogie der für die erblose Verlassenschaft geltenden Grundsätze an den Fiscus fallen müsse, sofern nicht vor der Auflösung durch Beschluss der statutenmässig zuständigen Organe eine Bestimmung darüber getroffen sei. Allein seit geraumer Zeit hat man die Unhaltbarkeit dieser Ansicht erkannt und zwischen Vereinen mit öffentlichen und reinen Privatzwecken unterschieden; bei ersteren kann von einer Vertheilung des Vermögens bzw. einer Verfügung über dasselbe auch vor Auflösung der Körperschaft nicht die Rede sein, das Vermögen fällt in allen Fällen, wo nicht das bereits staatlich genehmigte Statut ein Anderes bestimmt hat, dem Staat (bei kirchlichen Anstalten der Kirche) zur anderweitigen Verwendung für analoge Zwecke anheim; bei letzteren dagegen ist ein Anspruch des Fiscus überall nicht zu begründen. Die juristische Person dient den physischen Personen, die in ihr sich nach Aussen hin vereinheitlicht hatten, ja lediglich als Form der Verfolgung ihrer Zwecke; verzichten sie nun auf diese eigenthümliche

Anmerkung: „Bezüglich der offenen Handelsgesellschaft ist angenommen worden, dass ein Zwangsvergleich und Einstellung nach § 188 R.C.O. nicht als Auflösungsgrund gelten. Gareis-Fuchsberg'ier, das Allg. D.H.G.B. S. 254 Note 154 f. auch *Entsch. d. R.G.* Bd. 28 S. 131 ff. Für die Auffassung des Textes Staub, *Comm.* zu Art. 123 (§ 4) H.G.B., und bezüglich der Gesellschaft m. b. H. Parisius-Crüger, *Comm.* zu § 60 des Gesetz v. 20. April 1892. Uebrigens scheint auch die II. Commission des B.G.B. auf dem hier vertretenen Standpunkt gestanden zu haben (cf. *Prot.* II S. 8349). Soll der Verein wieder ins Leben gerufen werden, so muss Reconstruction durch einen erneuten Rechtsakt — Eintragung oder Verleihung — eintreten.“

¹⁾ *Collegia si quae fuerint illicita mandatis, et constitutionibus et senatus consultis dissolvuntur. Sed permittitur eis, cum dissolvuntur, pecunias communes, si quas habuit, dividere pecuniamque inter se dividere.*

juristisch-technische Form, so muss ihnen selbstverständlich die normale Form der Zweckverfolgung, also das Eigenthum (ideelles Miteigenthum *pro rata* nach den statutenmässigen Rechten der Mitglieder) verbleiben. Das Vermögen, das nur aus Gründen juristischer Technik einem künstlichen Rechts-subject überwiesen war, muss nach natürlichen Gründen wieder den einzelnen Personen, die sich zu diesem gedachten Rechtssubject vereinten, zufallen, sobald jene künstliche Form zerstört wird. Diese Behauptung wird nicht nur durch die Natur der Sache, sondern auch durch die eben citirte *l. 3 D. de collegiis illicitis* gestützt. Es wäre denn doch die grösste Absurdität, das, was hier sogar den verbotenen Vereinen zugesprochen wird, den erlaubten und in ihrer juristischen Persönlichkeit anerkannten, abzusprechen. Das Bürgerliche Gesetzbuch hat im Wesentlichen die im Vorstehenden vertretenen Grundsätze sanktionirt. Zunächst entscheidet über das Schicksal des Vermögens eines Vereins im Fall seiner Auflösung oder der Entziehung der Rechtsfähigkeit die Satzung (§ 45, 1), durch die Satzung kann vorgeschrieben werden, dass die Anfallberechtigten durch Beschluss der Mitgliederversammlung oder eines anderen Vereinsorgans bestimmt werden. Ist der Zweck des Vereins nicht auf einen wirthschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet, so kann die Mitgliederversammlung auch ohne eine solche Vorschrift das Vermögen einer öffentlichen Stiftung oder Anstalt zuweisen (§ 45, 2). Es war nöthig, diese Befugniss ausdrücklich zu ertheilen; denn an und für sich ist eine Corporation nicht, wie die physische Person, fähig, über ihr Vermögen letztwillig zu verfügen; die Verfassung regelt nur die inneren Verhältnisse der bestehenden Corporation, sie tritt mit deren Erlöschen ausser Kraft und kann deshalb nicht mit rechtlicher Wirkung Verfügungen treffen, durch welche Rechte Dritter in Ansehung der nach dem Erlöschen der Corporation verbleibenden Vermögens begründet werden sollen. Der eingenommene Standpunkt entspricht aber dem praktischen Bedürfnisse (Motive I S. 111). Die Commission der II. Lesung meinte mit Recht, wenn es der Mitgliederversammlung freistehe, sogar eine Aenderung des Vereins-

zweckes zu beschliessen und hierdurch das Vereinsvermögen den im Gründungsstatut bestimmten Zwecken zu entziehen, so liege kein Grund vor, ihr zu verwehren, für den Fall der Auflösung des Vereins über das Schicksal des Vermögens, sei es in Abänderung, sei es in Ergänzung des Gründungsstatuts, Beschluss zu fassen. „Dieser, dem Wesen der in Rede stehenden Vereine entsprechende Grundsatz kommt mit hinlänglicher Deutlichkeit zum Ausdruck, wenn das Gesetz besagt, dass das Vermögen an diejenigen fällt, welche in der Satzung (oder durch die Satzung) als anfallberechtigt bestimmt sind. Denn unter dem Ausdrucke „Satzung“ ist nicht bloss der Inhalt des ursprünglichen, bei der Constituirung des Vereins errichteten Gründungsvertrages, sondern der Gesamttinhalt aller jeweils in Geltung stehenden autonomen Bestimmungen zu verstehen, wie sie sich aus dem ursprünglichen Gründungsvertrag und aus den, denselben in rechtsgültiger Weise ändernden und ergänzenden Beschlüssen der Mitgliederversammlung ergibt. Eine dies verdeutlichende Vorschrift ist überflüssig. Enthält das Statut keine Bestimmung, welche die Person des Anfallberechtigten unmittelbar bezeichnet, sieht es aber vor, dass derjenige anfallberechtigt sein soll, welchen ein Beschluss des Vereinsorgans, z. B. des Vorstandes, als den Anfallberechtigten benennt, so ist die Rechtswirksamkeit einer derartigen Benennung nicht zu beanstanden. Die auf Grund eines solchen Vorbehaltes getroffene Verfügung enthält regelmässig keine Aenderung, sondern eine Ausführung des Statuts. Sie unterliegt mithin zunächst den Formen, welche der Vorbehalt vorschreibt; in Ermangelung einer besonderen Formvorschrift sind die allgemeinen Grundsätze des § 33 massgebend (d. h. sofern in der Verfügung eine Aenderung des Zweckes liegt, Zustimmung aller Mitglieder, bei concessionirten Vereinen ausserdem staatliche Genehmigung)“ (Commissionsprotokoll). Fehlt es an einer solchen rechtzeitigen statutarischen Bestimmung über das Vermögen des Vereins, so unterscheidet auch das Bürgerliche Gesetzbuch: Vereine, die nach ihrer Satzung ausschliesslich den Interessen ihrer Mitglieder dienen (selbstnützige) und solche, die eine gemeinnützige und insofern öffentliche Zweck-

bestimmung haben (ohne darum den Charakter einer öffentlichen Corporation zu haben).¹⁾ Bei Vereinen der ersteren Art, den selbstnützigen, fällt das Vermögen mangels anderweitiger statutarischer Verfügung an die zur Zeit der Auflösung oder der Entziehung der Rechtsfähigkeit vorhandenen Mitglieder zu gleichen Theilen. Es entspricht dies dem muthmasslichen Willen der Vereinsmitglieder. Dagegen ist ein solcher muthmasslicher Wille bei den Mitgliedern von gemeinnützigen Vereinen bzw. überhaupt von Vereinen, die nicht ausschliesslich den Interessen der Mitglieder dienen, keineswegs vorauszusetzen. Vielmehr entspricht es hier sowohl dem natürlichen Gefühle wie dem muthmasslichen Willen aller Betheiligten, das Vereinsvermögen nach Auflösung des Vereins ähnlichen Zwecken zu erhalten. Man hätte nun zu diesem Behufe bestimmen können, dass das Vermögen eines solchen Vereins nach seinem Erlöschen den Charakter eines Stiftungsvermögens annehmen solle; diese Regelung aber würde, von anderen Bedenken abgesehen, das Missliche im Gefolge haben, dass eine Stiftung entstehen würde, welcher es an jeder Organisation gebricht und welche ihres oft sehr geringfügigen Vermögens wegen den Anforderungen nicht entsprechen würde, die man an eine selbständige Stiftung stellt. Das Bürgerliche Gesetzbuch hat daher nur den Vereinen mit sogenannten idealen Tendenzen für den Fall, dass eine statutarische anderweitige Regelung des Vermögensschicksals nach dem Erlöschen nicht vorliegt, die Befugniss zuerkennt, durch einfachen Mehrheitsbeschluss der Mitgliederversammlung das Vermögen einer öffentlichen Stiftung oder Anstalt zuzuweisen (§ 45 Abs. 2), im übrigen aber allgemein bestimmt, dass das Vermögen derjenigen Vereine, die nicht ausschliesslich den Interessen ihrer Mitglieder zu dienen bezwecken, beim Mangel anderer statutarischer Bestimmungen, an den Fiscus des Bundesstaates fallen soll, in welchem der Verein seinen Sitz hatte, und dem Fiscus gleichzeitig die Verpflichtung auferlegt, das Vermögen thunlichst in einer den Zwecken des Vereines entsprechenden

¹⁾ Vgl. oben S. 198.

Weise zu verwenden (§ 45 Abs. 3, § 46 S. 2). Natürlich handelt es sich im letzteren Falle, obwohl um eine Art von gesetzlichem „modus“, nicht um eine privatrechtlich erzwingbare Rechtspflicht, sondern um eine öffentlich-rechtliche Verpflichtung des Fiscus, deren praktische Wirksamkeit jedoch nicht zu bezweifeln ist, zumal die Nichterfüllung parlamentarisch namentlich bei der Etatsberathung gerügt werden kann.

V. Fällt das Vereinsvermögen an den Fiscus, so finden die Vorschriften über eine dem Fiscus als gesetzlichem Erben anfallende Erbschaft entsprechende Anwendung (§ 46 S. 1). Es tritt demnach in diesem Falle Gesamtrechtsnachfolge ein, der Fiscus kann das zugefallene Vermögen nicht ausschlagen (§ 1942, 2), hat aber dafür die Stellung eines Erben, der das Inventarrecht ohne seinen Willen nicht verlieren kann (§ 2011).¹⁾

Für alle anderen Fälle, mag nun eine juristische oder natürliche Person oder die Gesamtheit der Mitglieder anfallberechtigt sein, ordnet das Bürgerliche Gesetzbuch, um eine genügende Sicherheit der Gläubiger und zugleich eine Gewähr für die angemessene Ueberleitung des Vermögens auf die bezugsberechtigten Personen zu gewährleisten, ein be-

¹⁾ Er haftet den Gläubigern nur bis zum Bestande des Nachlasses. Er kann die Anordnung einer Nachlasspflegschaft zum Zwecke der Befriedigung der Vereinsgläubiger oder Eröffnung des Nachlassconcurses beantragen (§ 1975). Ist die Anordnung der Nachlassverwaltung oder die Eröffnung des Nachlassconcurses wegen Mangels einer den Kosten entsprechenden Masse nicht thunlich oder wird aus diesem Grunde die Nachlassverwaltung aufgehoben oder das Concursverfahren eingestellt, so kann er die Befriedigung eines Nachlassgläubigers insoweit verweigern, als der Nachlass nicht ausreicht. Er ist in diesem Falle aber verpflichtet, den Nachlass zum Zwecke der Befriedigung des Gläubigers im Wege der Zwangsvollstreckung herauszugeben (§ 1990). Wird er als Rechtsnachfolger des Vereins verurtheilt, so haftet er auch ohne Vorbehalt im Urtheil nur mit dem Bestande des Nachlasses (§ 695 Entw. zur C.P.O. Denkschrift Art. II).

Er kann auf Grund des Vermögensanfalls gegen Dritte Rechte erst geltend machen, nachdem festgestellt worden ist, dass ein anderer Anfallberechtigter nicht vorhanden ist, und umgekehrt können auch Dritte gegen ihn nur unter den gleichen Voraussetzungen einen Anspruch erheben (§ 1966).

sonderes mit den erforderlichen Garantien umgebenes Liquidationsverfahren an, wie solches bereits bei den Handelsgesellschaften, bei Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften geläufig ist (§§ 47—53).

Zweck des Liquidationsverfahren ist a) die Beendigung der laufenden Geschäfte, b) die Einziehung der Forderungen¹⁾, c) die Versilberung des sonstigen Vermögens (Umsetzung in Geld)¹⁾, d) die Befriedigung der Gläubiger, e) die Ausantwortung des Ueberschusses an den oder die Anfallberechtigten.

Es liegt auf der Hand, dass so lange dieses Verfahren noch nicht seinen Abschluss gefunden hat, von einem völligen Untergang der Vereins-Persönlichkeit genau genommen nur die Rede sein kann, sofern man diese mit dem eigentlichen Vereinszweck identificirt. Der Vereinszweck als solcher ist allerdings mit der Entziehung oder dem Verlust der Rechtsfähigkeit erloschen, allein an seine Stelle ist jetzt der Liquidationszweck getreten und dieser bedarf zu seiner praktischen Erledigung desselben Organismus oder Mechanismus, wie der eigentliche Vereinszweck; der Liquidationszweck ist bis zu seiner völligen Erledigung als Rechtsträger aller nach dem Erlöschen der Vereinspersönlichkeit nach vorhandenen Rechte und Verbindlichkeiten zu denken. Er ist also eine an Stelle der Vereinspersönlichkeit tretende juristische Person besonderer Art: „der Verein gilt,“ wie das Bürgerliche Gesetzbuch § 49, Abs. 2 ausdrücklich sagt, „bis zur Beendigung der Liquidation als fortbestehend, soweit der Zweck der Liquidation es erfordert.“ Es hat damit einerseits die Ansicht abgelehnt werden sollen, als ob das vor dem Erlöschen der Körperschaft personificirte Vermögen nach Eintritt des Erlöschens und des damit verbundenen Wegfalls des vorgestellten Trägers subjectlos unter Vertretung durch Liquidatoren fortbestehe; andererseits aber auch die Auffassung, als ob sofort mit dem Erlöschen der Vereinspersönlichkeit die Anfallberechtigten mittels Universal- oder Singlursuccession in

¹⁾ Die Einziehung der Forderungen, sowie die Umsetzung des übrigen Vermögens in Geld darf unterbleiben, soweit diese Massregeln nicht zur Befriedigung der Gläubiger oder zur Vertheilung des Ueberschusses unter die Anfallberechtigten erforderlich sind. (§ 49 Abs. 1 S. 3.)

die Vermögensrechte des Vereins eintreten und, sofern es mehrere sind, nur bis zur endgültigen Uebertretung des Vermögens in einer der *communio* unter Miterben analogen rein internen Rechtsgemeinschaft ständen. Während die erstere Auffassung logisch unmöglich ist (vgl. S. 73 oben), würde die letztere als unpraktisch erscheinen müssen, da der Liquidationszweck vor allem die Beendigung der laufenden Geschäfte und die Befriedigung der Gläubiger zum Gegenstande hat und es einfacher ist, diese an das zu dem Zwecke als fortdauernd gedachte bisherige Rechtssubject zu knüpfen, als unter Vermittelung der erbrechtlichen Analogieen die Liquidation auf besondere Treuhänderfunction (*trustees*) nach Analogie der Testamentsvollstrecker zu übertragen. Man kann daher mit Gierke in diesen Fällen von einem „körperschaftlichen Nachleben“ des Vereins sprechen; der Verein geht nicht sofort völlig unter, wie beim Uebergang seines Vermögens an den Fiscus, sondern verwandelt sich zunächst in einen Liquidationsverein, dessen einziger Zweck es ist, die völlige Zersetzung der Vereinspersönlichkeit herbeizuführen. Man kann gleichnissweise sagen, dass dem endgültigen Tode ein Involutionsprocess vorausgeht. Neue Geschäfte kann der Liquidationsverein nur zur Beendigung schwebender Geschäfte eingehen.

Aeusserlich stellt sich diese Fortdauer des Vereins in blosser Umwandlung seines Zweckes zunächst dadurch da, dass der Vorstand nicht ohne Weiteres verschwindet, sondern als Liquidationsvorstand in Function bleibt: Die Liquidation erfolgt durch den Vorstand (§ 48 S. 1). Doch können zu Liquidatoren auch andere Personen bestellt werden; für die Bestellung sind die für die Bestellung des Vorstandes geltenden Vorschriften maassgebend, d. h. es bleibt zu diesem Behufe auch die Mitgliederversammlung mit ihrer oben S. 206 f. gekennzeichneten Vereinssouveränität in Action, während für den Fall, dass diese nicht ihrer Pflicht rechtzeitig nachkommt, in dringenden Fällen auf Antrag eines Betheiligten auch das Amtsgericht, in dessen Bezirke der Liquidationsverein seinen Sitz hat, zur Bestellung von Liquidatoren schreiten kann.

Die Liquidatoren haben die rechtliche Stellung des Vor-

standes, soweit sich nicht aus dem Zwecke der Liquidation ein anderes ergibt; es gelten also für sie alle oben § 4 (S. 202 f.) dargestellten Rechte und Pflichten gesetzlicher Vertretung.

Abweichend ist nur, dass, sofern nicht ausdrücklich schon im Statut oder durch statutarisch gültigen Beschluss der Mitgliederversammlung ein Anderes bestimmt ist, für ihre Beschlüsse Uebereinstimmung aller erforderlich ist (Collectiv-princip).

Aus der positiv angeordneten Fortdauer der Vereinspersönlichkeit als eines Liquidationsvereins ergibt sich auch, dass die Liquidatoren für Pflichtwidrigkeiten ebenso wie vordem der pflichtwidrig handelnde Vorstand dem Verein, nur dem für alle Liquidationsverhältnisse rechtsfähigen Liquidationsverein, nicht aber den einzelnen Mitgliedern oder Anfallsberechtigten verantwortlich sind. Den letzteren ein selbstständiges Klagrecht zu geben, erschien der Commission weder geboten noch zweckmässig. Vgl. Motive I S. 115: „Es wäre ein für die Liquidatoren wie für den Geschäftsgang unerträglicher Zustand, wenn die Liquidatoren wegen ihrer Verwaltungshandlungen von jedem einzelnen Mitgliede je nach dessen Auffassung über das, was der Bürgschaft zum Schaden gereicht, mit Klagen bedroht und belangt werden könnten. Liegt eine wirklich Pflichtverletzung vor, so wird die Körperschaft (d. h. der Liquidationsverein) auf gegebene Anregung hin der Regel nach einschreiten.“

Den Gläubigern dagegen sind sie verantwortlich für jede schuldhafte Verletzung derjenigen Verpflichtungen, die ihnen im Interesse der Gläubigerschaft auferlegt sind, und dies sind folgende:

a) Die Liquidatoren haben die Auflösung des Vereins oder die Entziehung der Rechtsfähigkeit öffentlich bekannt zu machen. In der Bekanntmachung sind die Gläubiger zur Anmeldung ihrer Ansprüche aufzufordern. Die Bekanntmachung erfolgt durch das in der Satzung für Veröffentlichungen bestimmte Blatt, in Ermangelung eines solchen durch dasjenige Blatt, welches für Bekanntmachungen des Amtsgerichts bestimmt ist, in dessen Bezirke der Verein seinen Sitz hat. Die Bekanntmachung gilt mit dem Ablaufe des zweiten Tages

nach der Einrückung oder der ersten Einrückung als bewirkt (§ 50 Abs. 1).

b) Bekannte Gläubiger sind durch besondere Mittheilung zur Anmeldung aufzufordern (§ 50, 2).

c) Das Vermögen darf den Anfallberechtigten nicht vor Ablauf eines Jahres nach der Bekanntmachung der Auflösung des Vereins oder der Entziehung der Rechtsfähigkeit ausgeantwortet werden. — Die zu c) genannte Frist, das sog. Schutzjahr oder Sperrjahr ist übrigens keine Ausschlussfrist, sondern dient nur zum Schutze der Gläubiger; auch wenn sich bei Ablauf des Sperrjahres und vollständiger Beendigung der Liquidation ein bekannter Gläubiger nicht gemeldet hat, so ist der geschuldete Betrag, sofern nur im übrigen die Voraussetzung der öffentlichen Hinterlegung¹⁾ vorhanden sind, für den Gläubiger zu hinterlegen.

Ist die Berichtigung einer Verbindlichkeit zur Zeit nicht ausführbar oder ist eine Verbindlichkeit streitig, so darf das Vermögen den Anfallberechtigten (auch nach Ablauf des Schutz- oder Sperrjahres) nur ausgeantwortet werden, wenn dem Gläubiger Sicherheit geleistet ist.²⁾

¹⁾ Vgl. § 372 B.G.B.: „Geld, Werthpapiere und sonstige Urkunden sowie Kostbarkeiten kann der Schuldner bei einer dazu bestimmten öffentlichen Stelle für die Gläubiger hinterlegen, wenn der Gläubiger im Verzuge der Annahme ist. Das Gleiche gilt, wenn der Schuldner aus einem anderen in der Person des Gläubigers liegenden Grunde oder in Folge einer nicht auf Fahrlässigkeit beruhenden Ungewissheit über die Person des Gläubigers seine Verbindlichkeit nicht oder nicht mit Sicherheit erfüllen kann.“

²⁾ Vgl. §§ 232–240 B.G.B.:

§ 232: Wer Sicherheit zu leisten hat, kann dies bewirken
 durch Hinterlegung von Geld oder Werthpapieren,
 durch Verpfändung von Forderungen, die in das Reichsschuldbuch oder in das Staatsschuldbuch eines Bundesstaats eingetragen sind,
 durch Verpfändung beweglicher Sachen,
 durch Bestellung von Hypotheken an inländischen Grundstücken,
 durch Verpfändung von Forderungen, für die eine Hypothek an einem inländischen Grundstücke besteht, oder durch Verpfändung von Grundschulden oder Rentenschulden an inländischen Grundstücken.

Der Anspruch der Gläubiger gegen Liquidatoren, die ihre vorstehenden obliegenden Verpflichtungen, schuldhaft d. h.

Kann die Sicherheit nicht in dieser Weise geleistet werden, so ist die Stellung eines tauglichen Bürgen zulässig.

§ 233: Mit der Hinterlegung erwirbt der Berechtigte ein Pfandrecht an dem hinterlegten Gelde oder an den hinterlegten Werthpapieren und, wenn das Geld oder die Werthpapiere nach landesgesetzlicher Vorschrift in das Eigenthum des Fiscus oder der als Hinterlegungsstelle bestimmten Anstalt übergehen, ein Pfandrecht an der Forderung auf Rückerstattung.

§ 234: Werthpapiere sind zur Sicherheitsleistung nur geeignet, wenn sie auf den Inhaber lauten, einen Kurswerth haben und einer Gattung angehören, in der Mündelgeld angelegt werden darf. Den Inhaberpapieren stehen Bodenpapiere gleich, die mit Blankoindossament versehen sind.

Mit den Werthpapieren sind die Zins-, Renten-, Gewinnantheil- und Erneuerungsbehörde zu hinterlegen.

Mit den Werthpapieren kann Sicherheit nur in Höhe von drei Viertheilen des Kurswerthes geleistet werden.

§ 235: Wer durch Hinterlegung von Geld oder von Werthpapieren Sicherheit geleistet hat, ist berechtigt, das hinterlegte Geld gegen geeignete Werthpapiere, die hinterlegten Werthpapiere gegen andere geeignete Werthpapiere oder gegen Geld umzutauschen.

§ 236: Mit einer Buchforderung gegen das Reich oder gegen einen Bundesstaat kann Sicherheit nur in Höhe von drei Viertheilen des Kurswerthes der Werthpapiere geleistet werden, deren Aushändigung der Gläubiger gegen Löschung seiner Forderung erlangen kann.

§ 237: Mit einer beweglichen Sache kann Sicherheit nur in Höhe von zwei Dritttheilen des Schätzungswerthes geleistet werden. Sachen, deren Verderb zu besorgen oder deren Aufbewahrung mit besonderen Schwierigkeiten verbunden ist, können zurückgewiesen werden.

§ 238: Eine Hypothekenforderung, eine Grundschuld oder eine Rentenschuld ist zur Sicherheitsleistung nur geeignet, wenn sie den Voraussetzungen entspricht, unter denen am Orte der Sicherheitsleistung Mündelgeld in Hypothekenforderungen, Grundschulden oder Rentenschulden angelegt werden darf.

Eine Forderung, für die eine Sicherheitshypothek besteht, ist zur Sicherheitsleistung nicht geeignet.

§ 239: Ein Bürge ist tauglich, wenn er ein der Höhe der zu leistenden Sicherheit angemessenes Vermögen besitzt und seinen allgemeinen Gerichtsstand im Inlande hat.

Die Bürgschaftserklärung muss den Verzicht auf die Vorklage enthalten.

§ 240: Wird die geleistete Sicherheit ohne Verschulden des Berechtigten unzureichend, so ist sie zu ergänzen oder anderweitig Sicherheit zu leisten.

vorsätzlich oder fahrlässig, verletzt haben, ist ein delictischer, er geht auf Schadensersatz (das Interesse); mehrere Liquidatoren haften als Gesamtschuldner.

Liquidatoren eines eingetragenen Vereins sind im Vereinsregister einzutragen (§ 76, S. 1). Dies gilt auch dann, wenn gemäss der gesetzlichen Bestimmung (§ 48 S. 1) die Liquidation durch den schon eingetragenen Vorstand erfolgt. Der Vorstand ist jetzt eben nicht mehr „Vorstand“ im eigentlichen Sinne, sondern die Vorstandsmitglieder sind Liquidatoren geworden; ebenso sind beim eingetragenen Verein Bestimmungen, welche die Beschlussfassung der Liquidatoren abweichend von der Vorschrift des § 48 Abs. 3 (Collectivvertretung) regeln, ins Vereinsregister einzutragen. Die Anmeldung haben die Liquidatoren selbst in der oben S. 215 dargestellten Form zu besorgen, die Eintragung gerichtlich bestellter Liquidatoren (S. 234 oben) geschieht von Amtswegen.

Die Bedeutung der Eintragung ist die oben S. 219 dargelegte.

Analog der Construction des Liquidationsvereins ist das „Nachleben der Körperschaft“ im Concourse zu denken; auch hier ist der Verlust der Rechtsfähigkeit, wie er nach positiver Bestimmung der § 42, Abs. 1 eintritt, nur auf den Vereinszweck zu beziehen; soweit der Concurszweck es erfordert, ist auch der in Concurs gerathene Verein als fortbestehend zu denken, es widerspräche entschieden dem praktischen Bedürfnisse, ihn durch die Concurseröffnung für vollständig erloschen anzusehen, da es alsdann an einem Subjecte fehlen würden, das die Pflichten des Gemeinschuldners zu erfüllen hat. Gewisse Realisirungsansprüche setzen voraus, dass der Gemeinschuldner wegen ihrer Vornahme gehört ist bzw. sie genehmigt hat. Da das zum Concurs gezogene Vermögen das seinige ist, so ist ihm der Concursverwalter über die Verwendung Rechenschaft zu geben schuldig. Nach Erfüllung des Concurszweckes übrig bleibendes Vermögen ist ihm zurückzugeben. Er kann behufs Aufhebung des Concurses einen Accord abschliessen. Alle diese Handlungen wären unmöglich gemacht oder doch bis nahe an die Grenze der Unmöglichkeit erschwert, wenn bei einem Vereine schon durch die

Concurseröffnung die einheitliche Organisation gänzlich beseitigt würde und das bisherige Ganze in eine Vielheit nur in thatsächlicher Gemeinschaft stehender Individuen auseinanderfiel. Allein wenn darnach auch, seien es die bisherigen Organe (der bisherige Vorstand, die Mitgliederversammlung) oder solche, welche letztere erst für diese neuen Aufgaben des Vereins im Concurse geschaffen haben, den Verein vertreten, so handelt es sich doch nur um ganz bestimmte einzelne Handlungen innerhalb des Concursverfahrens, durch welche im Concursverfahren Pflichten gegen Concursgläubiger oder Rechte des Gemeinschuldners gegen den Concursverwalter bzw. behufs Wiederaufhebung des Concurses Verpflichtungen, die nur für den Fall dieser Wiederaufhebung wirksam werden, übernommen werden. Dagegen steht den bisherigen oder den durch den Gesamtwillen geschaffenen Organen des Vereins in Folge des Verlustes der Rechtsfähigkeit nicht mehr neben dem Concursverwalter eine generelle Befugnis zu, nach aussen handelnd aufzutreten.¹⁾

Wird das Concursverfahren eingestellt oder aufgehoben, so hat, wenn noch Vermögen vorhanden ist, der Verein in Liquidation zu treten.

§ 7.

Nicht rechtsfähige Vereine.

Auch durch ein System, wie es das Bürgerliche Gesetzbuch angenommen hat, dem gemäss ein Verein die juristische Persönlichkeit (Rechtsfähigkeit) nur durch Concession oder Eintragung erwerben kann, ist die Möglichkeit nicht ausgeschlossen, dass thatsächlich Vereine ins Leben treten, denen nur die positiv gesetzliche Anerkennung ihrer Rechtsfähigkeit, die Concession oder Eintragung mangelt, sei es nun, dass sie überhaupt nicht nachgesucht oder verweigert worden ist, die aber im übrigen eine durchaus corporative Verfassung besitzen und somit thatsächlich cor-

¹⁾ So ungefähr mit Beziehung auf den Concurs einer Aktiengesellschaft das Reichsgerichts, R.G. XIV S. 417 ff. (Derselbe spricht von einer Absorption der jurist. Person durch den Concurszweck.)

porative Macht, insbesondere das Merkmal der Unabhängigkeit ihrer Dauer vom Wechsel ihrer Mitglieder an sich tragen.

Wollte man diese Vereine privatrechtlich ebenso behandeln, wie die concessionirten oder eingetragenen Vereine, so würde das gleichbedeutend mit der Anerkennung der Corporationsfreiheit; die Nachsuchung einer Concession oder Eintragung wäre dann eine ganz überflüssige Formalität. Es ergibt sich daraus für das vom Bürgerlichen Gesetzbuch angenommene System die Nothwendigkeit, solche Vereine in eine besondere, ihren Bedürfnissen ungünstige Rechtsform zu zwingen; denn da ihr thatsächlicher Eintritt in den Rechtsverkehr nicht verhindert werden kann, ist es unmöglich, sie als Rechtsgebilde einfach zu ignoriren. Die Rechtsform nun, nach der solche Vereine beurtheilt werden sollen, obwohl sie zum thatsächlichen Corporationswillen nicht passt und demselben gewissermaassen eine Zwangsjacke anlegt, ist diejenige der Gesellschaft (§ 54). Möglich ist jedoch die Anwendung auch dieser Rechtsform nur, weil die „Gesellschaft“ des Bürgerlichen Gesetzbuchs sich von der römischrechtlichen Societät, die ein rein obligatorisches Rechtsverhältniss ist und so gut wie gar keine Möglichkeit einheitlicher Zusammenfassung im Verhältniss zu dritten bietet, nicht unwesentlich unterscheidet und sich der sog. erlaubten Privatgesellschaft des Preussischen Allgemeinen Landrechts annähert. Nach den Grundsätzen des Bürgerlichen Gesetzbuchs über die Gesellschaft wird zwar die Gesellschaft durch den Tod eines der Gesellschafter, ebenso durch die Eröffnung des Concurres über das Vermögen eines Gesellschafters aufgelöst (§ 727, 728), doch kann im Gesellschaftsvertrage bestimmt werden, dass trotz Ausscheidens einzelner Mitglieder die Gesellschaft unter den übrigen fortgesetzt werden soll; eine solche Vereinbarung kann auch stillschweigend erfolgen (Protokoll). Sie wird in der Regel bei nicht rechtsfähigen Vereinen mit corporativer Verfassung auf Grund des Statutes (Gesellschaftsvertrages) anzunehmen sein.

Der „Vorstand“ eines solchen Vereins hat die Stellung eines geschäftsführenden Gesellschafters (§ 710). Die übrigen

Gesellschafter sind, wenn ein Vorstand bestellt ist, von der Geschäftsführung ausgeschlossen. Es bedarf aber ausdrücklicher Bestimmung des als Gesellschaftsvertrag zu behandelnden Statuts, wenn innerhalb eines aus mehreren Personen bestehenden Vorstandes die Mehrheit der Stimmen entscheiden soll (§ 710, 709); in Ermangelung solcher Bestimmung ist zu einem Vorstandsbeschluss solcher Vereine Einhelligkeit der Vorstandsmitglieder erforderlich.

Die Rechte und Verpflichtungen des Vorstandes (der geschäftsführenden Gesellschafter) bestimmen sich nach den für den Auftrag geltenden Vorschriften der §§ 664—670,¹⁾ soweit sich nicht aus dem Gesellschaftsverhältniss (dem Vereinsstatut) ein Anderes ergibt.

Es tritt aber im Interesse derjenigen, die sich mit den Vertretern eines nicht rechtsfähigen Vereins in einen rechtsgeschäftlichen Verkehr einlassen, zu diesen Grundsätzen des Gesellschaftsrechts die positive Bestimmung hinzu, dass die im Namen des Vereins Handelnden persönlich und zwar, wenn es Mehrere sind, als Gesamtschuldner haften (§ 54 S. 2).

Diese persönliche Haftung tritt auch dann ein, wenn der andere Theil wusste oder wissen musste, dass er es mit dem Vertreter eines nicht rechtsfähigen Vereines zu thun hatte. Es geht nicht an, darin, dass der andere Theil sich mit dem im Namen des Vereins Handelnden als dem Vertreter eines nicht rechtsfähigen Vereins eingelassen hat, die Vereinbarung zu finden, dass die Haftung des für den Verein Handelnden sich auf das Vereinsvermögen beschränken soll. Der Bestand eines Vereinsvermögens ist für Dritte nicht erkennbar, da ferner weder ein Liquidations- noch ein Concursverfahren für das Vermögen eines nicht rechtsfähigen Vereins zulässig ist, so würde es an jeder Gewähr dafür fehlen, dass dieses Vermögen nicht ohne Rücksicht auf die Gläubiger vertheilt wird. — Die persönliche Haftung trifft übrigens nicht nur den sog. Vorstand,

¹⁾ Also im Verhältniss zu dem Vereine (nach Innen) besteht kein wesentlicher Unterschied von den rechtsfähigen Vereinen. Vgl. S. 209 oben (§ 27 B.G.B.).

sondern jede Person, die als Vertreter des Vereins mit Dritten contrahirt hat.

Zu dieser persönlichen Haftung der Vertreter tritt eine subsidiäre persönliche Haftung der einzelnen Vereinsmitglieder. Diese haben als Gesellschafter (§ 735), wenn das Vereins-(Gesellschafts-)vermögen zur Berichtigung der gemeinschaftlichen Schulden nicht ausreicht, für den Fehlbetrag nach dem Verhältniss aufzukommen, nach welchem sie (statutenmässig) den Verlust zu tragen haben; kann von einem Gesellschafter der auf ihn entfallende Betrag nicht erlangt werden, so haben die übrigen Gesellschafter den Ausfall nach dem gleichen Verhältnisse zu tragen.

Das „Vereinsvermögen“, d. h. die Beiträge der Gesellschafter und die durch die Geschäftsführung für den Verein erworbenen Gegenstände, so wie alles, was auf Grund eines zu dem „Vereinsvermögen“ gehörenden Rechtes oder als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung eines zu dem „Vereinsvermögen“ gehörenden Gegenstandes erworben wird, ist Gesellschaftsvermögen, d. h. gemeinschaftliches der Gesellschafter (ideell getheiltes Miteigenthum). Sofern ein Gesellschafter der Gesellschaft gewisse Gegenstände nur zur Benutzung überlassen hat, bleibt er natürlich Alleineigenthümer, kann aber für einen solchen Gegenstand, wenn er durch Zufall in Abgang kommt oder verschlechtert wird, nicht Ersatz verlangen (§ 732.)

Das „Vereinsmitglied“ (der Gesellschafter) kann aber über seinen ideellen Antheil an dem Gesellschaftsvermögen und an den einzelnen dazu gehörigen Gegenständen nicht verfügen; es ist auch nicht berechtigt, Theilung zu verlangen (§ 719.)

Auch insofern stellt sich das Gesellschaftsvermögen als ein besonderes Zweckvermögen dar, als ein Schuldner der Gesellschaft nicht eine ihm gegen einen einzelnen Gesellschafter zustehende Forderung gegen die Gesellschaft aufrechnen darf (§ 719, 2).

Nach Auflösung des „Vereins“, d. h. der Gesellschaft tritt an Stelle des für die rechtsfähigen Vereine geltenden Liquidationsverfahren ein Auseinandersetzungsverfahren, das sich aber ebenfalls wesentlich von der gemeinrechtlichen

actio pro socio bzw. *communi dividundo* durch Annäherung an das Liquidationsverfahren unterscheidet: Die Gesellschaft gilt nämlich als fortbestehend für die Beendigung der schwebenden Geschäfte, für die dazu erforderliche Eingehung neuer Geschäfte sowie für die Erhaltung und Verwaltung des Gesellschaftsvermögens, soweit der Zweck der Auseinandersetzung es erfordert. Dagegen erlischt mit der Auflösung der Gesellschaft die einem Gesellschafter zustehende Befugniss zur Geschäftsführung und steht von der Auflösung an allen Gesellschaften die Geschäftsführung gemeinschaftlich zu, wenn nicht schon im Statut (Gesellschaftsvertrag) ein Anderes vorgesehen ist (§ 730) oder jetzt noch vereinbart wird, wozu dann freilich Einhelligkeit erforderlich ist.

Die Ansprüche des „Vereinsmitgliedes“ (Gesellschafters) und seiner Zugehörigkeit zum „Verein“ (Gesellschaft) sind wie die Mitgliederrechte beim rechtsfähigen Verein nicht übertragbar. Nach § 754 a der in Aussicht genommenen Civilprocessnovelle soll aber der Antheil eines Gesellschafters an dem Gesellschaftsvermögen der Zwangsvollstreckung unterliegen. Dagegen soll der Antheil an den einzelnen zu dem Gesellschaftsvermögen gehörenden Gegenständen der Zwangsvollstreckung nicht unterworfen sein. — Hat ein Gläubiger die Pfändung des Antheils des Gesellschafters am Gesellschaftsvermögen erwirkt, so kann er die Gesellschaft ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist kündigen, sofern der Schuldtitel nicht bloß vorläufig vollstreckbar ist; solange jedoch die Gesellschaft besteht, kann der Gläubiger die sich aus dem Gesellschaftsverhältniss ergebenden Rechte des Gesellschafters mit Ausnahme des Anspruchs auf Gewinnantheil nicht geltend machen.

Ein wichtiger Unterschied des nicht rechtsfähigen Vereins von einer gewöhnlichen Gesellschaft des Bürgerlichen Gesetzbuches wird jedoch durch die in Aussicht genommene Novelle zur Civilprocessordnung in sofern constituirt, als dieselbe auch (§ 49 a) den nicht rechtsfähigen Vereinen die passive Parteifähigkeit verleiht; sie sollen als solche verklagt werden können, wie wenn sie rechtsfähig wären, und nach § 670 a dieser Novelle

soll ein gegen den Verein erlassenes Urtheil zur Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Vereins genügen.

Berücksichtigt man, dass ausserdem nach § 714 B.G.B. der geschäftsführende Gesellschafter, also der Vorstand eines nicht rechtsfähigen Vereins, im Zweifel auch ermächtigt ist, die anderen Gesellschafter Dritten gegenüber zu vertreten, also auch in Processen, so ist, ungeachtet die active Parteilähigkeit dem „Verein“ (der Gesellschaft) als solchem fehlt, doch praktisch die volle Möglichkeit der Processführung des nicht rechtsfähigen Vereins ausser Zweifel. Der nicht rechtsfähige Verein kann daher unter der ihm gewährten Rechtsform eine, wenn auch immerhin mit gewissen Gefahren und Schwierigkeiten verbundene, so doch leidliche Verkehrsfähigkeit behaupten; er ist bei geschickter Statutenabfassung und Geschäftsführung thatsächlich in der Lage, seine Vermögenszwecke ebenso zu erreichen, wie die juristische Persönlichkeit des concessionirten oder eingetragenen Vereins. Nur kann er nicht als solcher Eigenthum an Grundstücken erwerben; dieses Bedürfniss kann er nur durch die fiduciarische Vermittlung eines physischen Rechtsträgers (*trustee*), Treuhänders (vgl. S. 175 oben) befriedigen.

D. *Universitas bonorum*: Stiftungen.¹⁾

§ 8.

I. Allgemeines, Unterschied der unselbständigen und selbständigen Stiftungen (Anstalten).

Der Corporation oder *universitas personarum* steht als zweite Hauptgattung der juristischen Personen die *universitas*

¹⁾ Literatur: Pernice, *Labeo* III 1 S. 56—63, S. 150—172; Roth, *Jahrbücher f. Dogmatik* I S. 189—219; Demelius, ebenda IV S. 134 ff.; Schlossmann, *Jahrbücher f. Dogmatik* XXVII S. 1—69; Kohler, *Archiv f. bürgerl. Recht* III, Abhdlg. 4 (1891); Gierke, *Genossenschaftsrecht* II § 37 und *Genossenschaftstheorie*.

Mühlenbruch, *Rechtliche Beurtheilung des Städelschen Erbfalls* (1828); Wenck, *Beitrag zur rechtl. Beurtheilung des Städelschen Erbfalls* (Leipzig 1828).

v. Ihering, *Geist des röm. Rechts*, IV § 61 S. 345 ff.

bonorum gegenüber, die erst v. Savigny als besonderes von der Corporation zu trennendes Rechtsinstitut erkannt hat. Sie ist als solche auch erst in moderner Zeit zu vollständiger, selbstständiger Entwicklung gelangt. Ihr Zweck ist die Bestimmung eines Vermögens zu einem dauernden Zweck für bestimmte oder unbestimmte Personen (Destinatäre). Die Römer haben anfänglich diesen Zweck durchweg so verwirklicht, dass sie das Vermögen, sei es letztwillig, sei es durch Schenkung unter Lebenden, einer Corporation zuwandten mit der Auflage, den Willen des Erblassers oder Schenkgebers durchzuführen. Sie kannten also nur die heute sogenannte unselbständige oder fiduciarische Stiftung, die sich von einem gewöhnlichen Vermächtniss bzw. einer *donatis sub modo* nur durch die Eigenschaft des Empfängers als juristischer Person, durch deren „ewigen“ Bestand die dauernde Erfüllung garantirt wurde, auszeichnet. Eine gewisse Selbständigkeit erhielten bereits die zuerst von Nerva begründeten berühmten kaiserlichen Alimentenstiftungen zur Unterstützung armer Kinder in Italien auf Staatskosten (*pecunia sacra*), bei denen jedoch auch nicht die Stiftung bzw. das Stiftungsvermögen, sondern der Kaiser als Rechtssubject galt, eine Einrichtung, die ausschliesslich unter den Satzungen des öffentlichen Rechtes stand. In der christlichen Zeit mehrten sich derartige Institute (Armenhäuser, Waisenanstalten, *orphanotrophia*, Krankenhäuser, *nosodomia*). Doch lehnten diese christlichen Stiftungen sich zunächst ebenfalls an die Kirche als Rechtssubject an; gelegentlich kommt für letztere der Ausdruck *pia causa*, *pia dispositio* vor (*l. 46 pr. C. de episcopis I. 3, l. 19 C. de eccl. I. 2*). Allmählich aber wird das Rechtssubject nur Verwaltungssubject, und damit wird die erst in heutiger Zeit abgeschlossene Entwicklung der Personification des Stiftungsvermögens als eines Zweckvermögens angebahnt. Die moderne Zeit hat dann die Sphäre der Stiftungszwecke erheblich erweitert und gestattet alle möglichen gemeinnützigen, insbesondere auch wissenschaftliche und künstlerische Zwecke in Form der Stiftung zu verfolgen. Doch haben auch wir noch die unselbständige oder fiduciarische Stiftung von der selbständigen zu unterscheiden.

Das wesentliche Criterium der selbständigen Stiftung oder Anstalt, die uns hier zunächst allein interessirt, während die unselbständige ihren Sitz im Erbrecht bzw. in der Lehre von der Schenkung *sub modo* hat, ist ihre selbständige juristische Existenz: es ist die Bestimmung von Vermögen für einen dauernden Zweck mit der Wirkung, dass dieses Vermögen, die *universitas bonorum*, weder einer physischen noch einer bereits bestehenden juristischen Person gehört, sondern dass die Stiftung ein selbständiges Rechtssubject darstellt.

Wesentliches Begriffsmoment ist also: 1. Vermögen:

Das Vermögen muss zwar nicht kraft ausdrücklicher juristischer Norm, wohl aber aus praktischen Gründen ein beträchtliches sein; will Jemand kleinere Summen zu einem gemeinnützigen Zweck verwenden, z. B. zur Stiftung einer Ruhebänk, einer Unterkunftshütte, so bleibt die fiduciarische Zuwendung der einzig richtige Weg.

2. Ein dauernder Zweck.

Es können zwar auch beträchtliche Vermögensmassen für einen vorübergehenden Zweck, z. B. für Abgebrannte, Nothleidende, für ein Denkmal gewidmet werden, besonders auf Grund von Sammlungen; bei solchen Widmungen geht aber das gesammte Kapital zunächst in das fiduciarische Eigenthum der Sammler über, die es dann an die Destinatäre vermitteln.¹⁾

Die Stiftung eines dauernden, „ewigen“ Zweckvermögens geht in ihren Wirkungen über die der Privatautonomie sonst gezogenen Grenzen weit hinaus. Hieraus ergibt sich für das Stiftungsgeschäft die Nothwendigkeit des Erfordernisses staat-

¹⁾ Zu beachten ist nur, dass dieses fiduciarsche Vermögen weder den Gläubigern der Sammler als Befriedigungsobject dient noch beim Concurs eines Sammlers in die Concursmasse fällt, vgl. Regelsberger Pand. I § 87 S. 343. Ders., Streifzüge in das Gebiet des Civilrechts (Göttinger Festgabe f. Ihering 1892 S. 70—78.

Brinz, Bekker, Dernburg nehmen irrig an, dass solche Gaben herrenloses Gut bilden, bis sie in die Hände der Destinatäre gelangen.

licher Genehmigung. „Wenn die Rechtsordnung dem Einzelnen die ausserordentliche Machtvollkommenheit beilegt, eine Vermögensmasse auf unbeschränkte Zeit einem bestimmten Zwecke zu widmen, so geschieht dies, um Zwecke, die dem Gemeinwohle dienen, dadurch zu fördern. Nicht zu Gunsten jedes beliebigen Zweckes kann dem Willen des Einzelnen diese Macht eingeräumt werden. Da jedoch eine gesetzliche Feststellung der zulässigen Stiftungszwecke nicht angängig ist, so muss die Wirksamkeit des einzelnen Stiftungsgeschäfts von der Billigung eines zuständigen Staatsorgans abhängig gemacht werden“ (Denkschrift, S. 28).

Die juristische Persönlichkeit der Stiftung unterscheidet sich von derjenigen der Corporation wesentlich dadurch, dass bei ihr die Destinatare regelmässig gar keinen Einfluss auf die Verwaltung haben. Ferner: „Bei der Corporation ist das Schicksal des Ganzen in die Hände der Personengesamtheit gelegt, den Anstalten und Stiftungen ist das Wirken von einem fremden Willen vorgezeichnet, durch den Stifter oder durch das Gesetz. Die innerhalb des Organismus wirkenden Personen sind nur Verwalter (Seuffert, XXXV. 93) und entbehren der Macht, über das Schicksal des Ganzen zu verfügen (Seuffert, IX. 7). Kurz ausgedrückt: die Körperschaft regiert sich selbst, die Anstalten und Stiftungen werden nach fremdem Willen regiert“. (Regelsberger, Pand. I. § 75 S. 296).

Wir werden sehen, dass sich daraus auch erhebliche praktische Unterschiede des Stiftungsrechts von dem der Vereine ergeben. Es rechtfertigt sich, die Stiftung selbst in vieler Hinsicht den geschäftsunfähigen physischen Personen gleich zu behandeln und den Staat gewissermassen als Obervormund der Stiftungen anzuerkennen.

Ferner unterscheidet sich die Stellung der Destinatare einer Stiftung von derjenigen der Destinatare einer Corporation dadurch, dass erstere regelmässig rein receptiver (lucrativer) Art ist, während die der Corporationsmitglieder oft sehr oneros ist.

Im übrigen kann auch die Stellung der Stiftungsdestinatare eine verschiedene sein: Der Genuss der Stiftung kann abhängen von einem blossen Entschluss der Destinatare oder einem

Beschluss der Stiftungsverwaltung. In letzterem Falle kann ferner a) die Person der Destinatäre und die Voraussetzung ihres Anspruchs auf Genuss der Stiftung so genau bezeichnet sein, dass gar kein Zweifel zulässig ist. Es ergibt sich daraus die wichtige Consequenz eines klagbaren Rechts des Destinatärs, die Stiftung kann im Falle ungerechter Verweigerung durch eine der *actio legati* analoge Klage im Rechtswege belangt werden (v. Ihering, Geist des röm. Rechts IV. S. 345).

b) Die Auswahl des Destinatärs kann der Stiftungsverwaltung überlassen sein. Wenn aber in solchem Falle die Verwaltung den Zweck der Stiftung nicht beachtete, sei es, dass sie in einzelnen Fällen ungerecht verfuhr, unwürdige Personen würdigen vorzog, sei es gar, dass sie das Vermögen der Stiftung ihrem Zwecke ganz entfremdete, so gab das römische Recht (*l. 46 § 6 Cod. de episcop.* 1, 3) Jedem, auch dem *in concreto* nicht interessirten, eine *actio popularis* gegen die Verwaltung.

Heutzutage wird in solchen Fällen nur durch Beschwerde bei den höheren Staatsorganen, denen die Oberaufsicht über alle Stiftungen zusteht, Gegenhülfe geboten.

In neuerer Zeit wird neben den Begriff der Stiftungen vielfach der Begriff der Anstalten gestellt. Man versteht darunter Stiftungen, deren Zweck nicht nur durch die Verwaltung und Verwendung einer irgendwie, sei es in Grundstücken, Hypotheken oder Werthpapieren angelegten Vermögensmasse erfüllt wird, sondern sich auch äusserlich manifestirt durch eine aus den Mitteln des Stiftungsvermögens hergestellten, zumeist auch in der Stiftung gehörigen Baulichkeiten domicilirten besonderen Veranstaltung, (Krankenhaus, Museum, Erziehungsanstalt, Blindenanstalt u. s. w.). Da eine solche Veranstaltung durchaus keinen Unterschied der Rechtsnormen begründet, die Anstalt vielmehr nur eine äusserliche Erscheinungsform, eine besonders hervortretende Anlage des Stiftungsvermögens bildet, ist die Aufstellung dieser Unterart der Stiftung juristisch werthlos.

§ 9.

II. Die Begründung der Stiftung.

I. Die Entstehung einer selbständigen Stiftung ist zwar bedingt, wie schon im § 8 hervorgehoben, durch staatliche Genehmigung; doch setzt letztere einen Stiftungsact voraus, der als solcher privatrechtlich näher bestimmt werden muss. Zweifellos ist das Stiftungsgeschäft ein liberaler Act, (eine gesellschaftliche Liberalität [v. Ihering, Zweck im Recht I. S. 472]) — und steht insofern auf einer Stufe mit Schenkungen oder letztwilligen Verfügungen, es ist entweder ein Rechtsgeschäft unter Lebenden oder eine letztwillige Verfügung.

1. Das Stiftungsgeschäft unter Lebenden ist immer eine einseitige Willenserklärung und nicht etwa als Vertrag z. B. mit den Organen der künftigen Stiftung zu denken.¹⁾ Mit einem Subject, das noch nicht vorhanden ist, ist ja kein Vertrag denkbar. Ein Begriff, der die Einseitigkeit des Stiftungsgeschäfts unter Lebenden in das richtige Licht rückt, ist die *pollicitatio*, Widmung, Liberalität zu Gunsten eines Zweckes im Gegensatz zu der zu Gunsten einer Person (der Schenkung).²⁾

Pandektenrechtlich ist das Stiftungsgeschäft unter Lebenden an eine bestimmte Form nicht gebunden. Doch kann sie, sofern sie unter den Begriff der Schenkung fällt, der gerichtlichen Verlautbarung benöthigen. Allerdings ist letzteres nicht unbestritten. Dernburg z. B. (Jahrb. f. Dogmatik IV. S. 145 ff.) meint, dass diese Annahme in Widerspruch zu der einseitigen Natur des Stiftungsgeschäfts stehe. Allein die Schenkung als solche ist niemals ein Vertrag, sondern ein ab-

¹⁾ Wie dies irriger Weise das Reichsgericht, R.G. V Nr. 37 S. 145 behauptet: „Die zukünftige Existenz wurde vorausgesetzt und mit dem Eintritte der Existenz fehlte es auch nicht an einem Rechtssubjecte, welches die ihm zugedachte Vermögenszuwendung acceptiren sollte, und thatsächlich acceptirt hat, wobei es unerheblich ist, ob man sich diese Acceptation als mit der rechtlichen Entstehung der Stiftung zeitlich zusammenfallend oder als ihr nachfolgend denkt.“ (?)

²⁾ v. Ihering, Zweck im Recht I S. 474.

stractes Rechtsgeschäft oder richtiger ein allgemeiner Typus von Vermögensbereicherungs- und Vermögensverminderungsacten, die sich durch das Medium der verschiedensten concreten Rechtsgeschäfte verwirklichen kann (*tradere, obligare* u. s. w. *donandi causa*), aus diesem Grunde wird sie ja auch mit Recht fast durchweg im allgemeinen Theile behandelt; dass keineswegs für jede Schenkung zu deren Perfection Acceptation erforderlich ist, beweist l. 23. 91 *D. de sol.* 46, 3. Mit Gierke (Genossenschaftstheorie S. 140) ist zwischen der „Creation“ der Stiftung und den sich damit zur Ausführung des Stiftungswillens verbindenden Dispositionen und Vertragschlüssen zu unterscheiden.

Nach § 81 Abs. 1 B.G.B. bedarf jedoch jedes Stiftungsgeschäft unter Lebenden der schriftlichen¹⁾ Form. Das Erforderniss findet seine Rechtfertigung in der grossen Bedeutung, welche der Inhalt des Rechtsgeschäfts, insbesondere die Anordnungen über die Vertretung, die Verwaltung und Verwendung des Vermögens u. s. w. für die ganze Dauer des Bestandes der Stiftung und über dieselbe hinaus haben. Die Beobachtung der vorgeschriebenen Form bietet zugleich in Ansehung der in einem einseitigen Rechtsgeschäfte erfolgten Errichtung einer Stiftung die unentbehrliche Gewähr dafür, dass eine wirkliche und vollendete Willenserklärung seitens des Stifters vorliegt“. (Mot. I S. 119).

Inhaltlich gehört zum Stiftungsgeschäft:

a) ein hinreichend individualisirter, rechtlich und sittlich erlaubter Zweck.

b) Bestimmung des dem Zwecke gewidmeten Vermögens.
— Allerdings findet sich die Ansicht vertreten, dass ein Vermögen zu einer Stiftung nicht unbedingt erforderlich sei; dadurch aber würde dem Individualwillen eine ganz ungerechtfertigte rechtliche Bedeutung zuerkannt, abgesehen von der Schwierigkeit, sich einen solchen auf gar kein Vermögen basirten Stiftungswillen als Rechtssubject zu denken. Für

¹⁾ Von dem weitergehenden Erforderniss der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung, das der Entwurf I aufstellt, hat die zweite Commission Abstand genommen.

uns ist Vermögen (Zweckvermögen) ein integrierendes Begriffsmoment der Stiftung, die eben deshalb *universitas bonorum* heisst; auch wird schwerlich einer vermögenslosen Stiftung die Staatsgenehmigung ertheilt werden, ja letztere wird mit Recht alle Mal ein beträchtliches Vermögen zur Bedingung machen.

c) Die Bestimmung, dass die Stiftung eine selbständig rechtliche Existenz (juristische Persönlichkeit) haben soll; andernfalls wird eine fiduciarische Stiftung, Ueberweisung des Stiftungsvermögen an den Staat, die Gemeinde oder eine sonstige schon bestehende Stiftung oder Corporation anzunehmen sein.

d) Anordnung einer Verwaltung: dieses Moment können wir freilich nicht als Bedingung der Gültigkeit des Stiftungsactes gelten lassen; richtig ist, dass die Stiftung, wie die Corporation, ja noch dringlicher als diese, die eventuell als *universitas inordinata* immerhin existiren kann, einen Vorstand haben muss. Allein es ist, wenn der Stifter selbst die Anordnung einer besonderen Verwaltung unterlässt, anzunehmen, dass der Staat oder die Gemeinde seinem präsumtiven Willen entspricht, wenn er (sie) eine solche einsetzt und insofern den Stiftungsact ergänzt.¹⁾

2. Gemeinrechtlich war bereits die Meinung vorherrschend,

¹⁾ Vgl. R.G. XIX Nr. 49: „Ist dies (die Anordnung einer Vertretung) versäumt, so beruft das Gesetz selbst (Novelle 131) die zur Ausführung geeigneten Personen und Behörden. Existiren aber die so Berufenen heutzutage nicht mehr, oder sind sie nach heutiger Staatsverfassung nicht mehr in der Lage, die fraglichen Functionen auszuüben, so ist damit nicht das Rechtsprincip selbst aufgehoben, sondern es kann nur in Frage kommen, welche Personen oder Behörden nach den heutigen veränderten Verhältnissen berufen sind, solche Functionen auszuüben. Da kann aber nicht bezweifelt werden, dass die Gemeinde desjenigen Ortes berufen ist, welche das Interesse ihrer einzelnen Einwohner oder bestimmter Classen derselben, sofern die Einzelnen nur Glieder ihrer Gemeinde in Betracht kommen, wahrzunehmen und nöthigenfalls selbst im Prozesswege zu vertreten hat.“ Obwohl diese Entscheidung sich zunächst nur auf eine letztwillige Stiftung bezieht, so halte ich sie allgemein für zutreffend. Falls jedoch dem Stiftungsact nach nicht die Gemeinde berufen erscheint, hat der Staat einzutreten.

dass die Stiftung, so lange nicht entweder die Staatsgenehmigung ertheilt ist oder die Stiftung bereits factisch ins Leben getreten, ihr Organ ernannt und demselben das Stiftungsvermögen überantwortet ist, noch widerrufen werden könne. Man meinte, diese Widerruflichkeit aus dem Wesen des einseitigen Rechtsgeschäfts folgern zu sollen. Auch entspreche es der Billigkeit gegenüber dem Stifter, ihm die Freiheit seinen Willen zu ändern, so lange zu wahren, als dies mit sonstigen beachtenswerthen Rücksichten vereinbar sei, da es sich bei der Stiftung um einen Act der Liberalität handelt. Schutzbedürftige Interessen Dritter, welche die Unwiderruflichkeit des Stiftungsgeschäfts vor Ertheilung der Staatsgenehmigung erfordern, seien nicht vorhanden; namentlich kommen die Destinatäre der Stiftung als solche schutzbedürftige Dritte nicht in Betracht, da sie in keinen Falle vor Ertheilung der Genehmigung ein Recht auf die stiftungsmässigen Bezüge erlangen.¹⁾

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat diese Anschauung in § 81 Abs. 2 sanctionirt. Bis zur Ertheilung der staatlichen Genehmigung ist der Stifter zum Widerruf berechtigt. Von dem Augenblick an, wo die Genehmigung schon bei der zuständigen Behörde nachgesucht ist, kann allerdings der Widerruf nur dieser gegenüber erklärt werden. Nachgesucht ist die staatliche Genehmigung, wenn das Gesuch bei der zuständigen Behörde eingegangen ist (§ 130 B.G.B.). Vorher ist jedoch der Widerruf an keine Form gebunden, braucht weder gegenüber einer Behörde noch überhaupt gegenüber einem Anderen erklärt zu werden, es genügt z. B. Zerstörung der Stiftungsurkunde oder ein unter dieselbe oder anderswo gegebener schriftlicher Vermerk.

Für den Fall, dass der Stifter stirbt, bevor er selbst das Genehmigungsgesuch gestellt hat, geht das Widerrufsrecht sogar auf die Erben über, es steht diesen frei, die Genehmigung

¹⁾ Auch die Analogie der Vertragsofferte lässt sich für eine frühere Bindung des Stifters nicht geltend machen. In Betracht kommt ferner, dass gerade die Verhandlungen mit der für die Genehmigung zuständigen Behörde dem Stifter Veranlassung geben können, das Stiftungsgeschäft zu widerrufen.

nachzusuchen oder die Nachsuchung zu unterlassen. Ja, da sie völlig in *omne jus defuncti* succediren, so sind auch sie noch, nachdem sie selber schon das Gesuch gestellt haben, solange die Genehmigung noch nicht ertheilt ist, berechtigt zum Widerruf.

Ausgeschlossen ist das Widerrufsrecht der Erben nur:

a) wenn der Stifter selbst schon das Gesuch um Genehmigung bei der zuständigen Behörde eingereicht hat (§ 81, 2); wollte man ihnen auch in diesem Fall den Widerruf gestatten, so wäre zu befürchten, dass sie unter Ausserachtlassung der dem Erblasser schuldigen Pietät in einer lediglich ihren Interessen entsprechenden Weise von dem Widerrufsrechte Gebrauch machen möchten;

b) wenn im Falle der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung der Stifter das Gericht oder den Notar bei oder nach der Beurkundung mit der Einreichung betraut hat; es wird eben angenommen, dass er in diesem Falle seine Erben ebenso hat binden wollen, wie wenn er die Stiftung durch Verfügung von Todeswegen errichtet hätte.

II. Zweifellos ist, und dies wird auch vom Bürgerlichen Gesetzbuch (§ 83) vorausgesetzt, dass eine Stiftung durch eine Verfügung von Todeswegen errichtet werden kann, und zwar auch so, dass die künftige Stiftung selbst zum Erben eingesetzt wird. Allerdings wurde letzteres von einzelnen sehr formalistisch denkenden Pandektisten (z. B. Mühlenbruch) bestritten, die Veranlassung zu einer regen Behandlung der Controverse gab der berühmte Städel'sche Erbschaftsstreit;¹⁾ da nach römischen Erbrecht der letztwillig Bedachte schon mindestens im Momente des Todes des Erblassers (als *nasciturus*) in *rerum natura* vorhanden sein muss, und doch die Stiftungspersönlichkeit (vorausgesetzt das Erforderniss staatlicher Genehmigung) erst nach dem Tode des Stifters entstehen kann, so bestritt Mühlenbruch u. A. die Rechtsgültigkeit des berühmten Städel'schen Kunstinstituts (zu Frankfurt a. M.); nur zu Gunsten einer eigentlichen *pia causa* gab

¹⁾ Vgl. darüber die oben Nr. 1 i. f. zu § 8 angeführte Literatur (vom Jahre 1828) S. 244. Ferner Glücks Commentar, Bd. 40 (1838).

diese Anschauung auf Grund positiver Bestimmung des l. 24. l. 28 *pr. Cod. de episcopis* 1, 3 eine Ausnahme zu. Die Meisten¹⁾ glaubten das Bedenken nur durch Behauptung eines abweichenden deutschen Gewohnheitsrechts beseitigen zu können, das die Erbinsetzung oder anderweitige Bedenkung einer gleichzeitig vom Testator selbst angeordneten Stiftung schütze, obwohl sie erst nach seinem Tode ins Leben trete.

Allein richtiger wäre es gewesen, zu betonen, dass er sich bei der letztwilligen Errichtung einer Stiftung um einen besonderen Rechtsact handelt, um die Schöpfung einer juristischen Person, um einen Rechtsact, der von der Erbinsetzung oder einem Legat an *personae incerta* grundverschieden ist. „Die Gründe, welche gegen die Bedenkung einer zur Zeit des Todes (des Erblassers) noch nicht existirenden Person als einer *persona incerta* gelten, also namentlich, dass es sich um Personen handle, die dem Erblasser fremd sind, können hier nicht zutreffen. Allerdings der legalpolitische Grund, dass das Eigenthum nicht auf die Dauer verfangen sein soll, ein Grund, welchem namentlich die Bedenkung von *personae futurae* entgegensteht, trifft auch hier zu, ja er trifft mit gesteigerter Energie zu; allein er trifft ebenso bei Stiftungen unter Lebenden zu, und was hier helfen kann, ist nur die Nothwendigkeit der Staatsgenehmigung, sofern dieselbe den Stiftungen versagt bleibt, welche das Eigenthum zu sehr in Schwebe halten. Daher ist die Controverse über die Möglichkeit, im Testament eine Stiftung zugleich zu gründen und zu bedenken, eine Controverse formaler Jurisprudenz, welche auf dem Irrthum beruht, als ob, was für Legate und Erbinsetzungen gelte, ohne Weiteres auch für Stiftungen *mortis causa* zu gelten habe“ (Kohler, Ueber das Recht der Stiftungen, Archiv f. Bürgerl. Recht III [1890] S. 240. 241).

Das Bürgerliche Gesetzbuch erledigt jenes formale Bedenken durch die gesetzliche Fiction des § 84: Wird die Stiftung erst nach dem Tode des Stifters genehmigt, so gilt sie für die Zuwendungen des Stifters als schon vor dessen Tode entstanden.²⁾

¹⁾ z. B. Gierke, Genossenschaftstheorie S. 126.

²⁾ Der § 84 findet auch auf Stiftungen durch Rechtsgeschäft unter

Wissenschaftlich löst sich für uns diese Fiction dahin auf, — und könnte unsofern als ungeschickt erscheinen, — dass das Bürgerliche Gesetzbuch der Staatsgenehmigung offenbar keine constitutive, sondern nur eine declaratorische Bedeutung beilegen will, es ist die Erklärung: „Soll die Stiftung ins Leben treten, so hat der Staat nichts dagegen einzuwenden.“ Der Staat will durch seine Genehmigung nicht als Schöpfer der juristischen Person erscheinen, vielmehr ist seine Genehmigung ein besonderer staatsrechtlicher Act, der eine Bedingung der Rechtsfähigkeit der Stiftung bildet, vergleichbar etwa der Aufnahme des neugeborenen Kindes durch den Vater (*liberos tollere*) im altrömischen Familienrecht; der Act der Geburt allein brachte das Kind noch nicht in ein familienrechtliches Verhältniss, sondern erst der Wille des Vaters, der kraft seines *jus vitae ac necis* ein krüppelhaftes Kind aussetzen oder tödten durfte.

Auf keinen Fall finden auf die staatliche Genehmigung der Stiftung daher auch die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches über die privatrechtliche Einwilligung bzw. Genehmigung (§§ 182 ff.) Anwendung.

Die staatliche Genehmigung ist daher auch nicht geeignet, weder die sonstigen für den Stiftungsact vorgeschriebenen Formen zu ersetzen noch etwaige sonstige Anfechtungsgründe dritter Personen bezüglich der Stiftung, z. B. etwa der Gläubiger des Stifters zu beseitigen; wird von letzteren die Stiftung angefochten, so richtet sich die Anfechtung nicht gegen einen staatsrechtlichen constitutiven Act, nicht gegen einen Regierungsact, sondern gegen das constitutive Stiftungsgeschäft, durch dessen Aufhebung die declaratorische Erklärung zwar gegenstandslos, aber nicht rescindirt wird.¹⁾

Solange die Stiftung nicht genehmigt ist, ist sie allerdings noch nicht als existent zu betrachten, vielmehr im Process des

Lebenden Anwendung, wenn der Stifter der von ihm errichteten Stiftung vor deren staatlicher Genehmigung durch Verfügung von Todeswegen Zuwendungen macht, auch dann, wenn es sich lediglich um die durch das Stiftungsgeschäft selbst der Stiftung gemachten Zuwendungen handelt. Vgl. Plank, Commentar zum B.G.B. § 84 Nr. 2.

¹⁾ Vgl. R.G. V Nr. 37.

Werdens begriffen, in einem Zustande, bei welchem sich der schon oft herangezogene Vergleich mit dem embryonalen Zustand des Menschen, dem *nasciturus*, aufdrängt. Das Nichtvorhandensein eines Rechtssubjectes nach aussen hin steht nämlich, ebenso wie beim *nasciturus*, in keiner Weise der Begründung von Rechtsverhältnissen entgegen, welche für das werdende Rechtssubject bis zu der Entscheidung über dessen Sein und Nichtsein in der Schweben bleiben.¹⁾

Jedenfalls erlangt sie, sobald sie genehmigt ist, nach § 82 B.G.B. *ipso jure* einen obligatorischen Anspruch gegen den Stifter auf die ihr durch das Stiftungsgeschäft zugewandten Rechte; der Stifter wird jetzt „verpflichtet, das in dem Stiftungsgeschäfte zugesicherte Vermögen auf die Stiftung zu übertragen.“

Solche Rechte jedoch, zu deren Uebertragung der Abtretungsvertrag genügt, also Forderungen, gehen *ipso jure* mit der Genehmigung auf die Stiftung über, sofern nicht aus dem Stiftungsgeschäfte sich ein anderer Wille des Stifters ergibt (§ 82).

§ 10.

Die Verfassung der Stiftung.

Die Verfassung der Stiftung wird zunächst durch den Willen des Stifters bestimmt; soweit dieser nicht vorgesorgt hat, durch die Anordnung der beaufsichtigenden Staats- oder Gemeindebehörde, vgl. S. 251 oben; sodann in erster Linie durch reichsgesetzliche Bestimmungen, in zweiter durch landesgesetzliche.

Zwingende gesetzliche Bestimmungen dürfen natürlich durch den Stifterwillen so wenig wie durch die etwaigen, ihn ergänzenden Individualverfügungen der Behörde verletzt werden (§ 85 B.G.B.)

Von den für Corporationen geltenden Normativvorschriften findet auf die Stiftung entsprechende Anwendung zunächst § 26: die Stiftung muss einen Vorstand haben. Dieser kann aus mehreren Personen bestehen.

¹⁾ Vgl. Gierke, Genossenschaftstheorie S. 118.

Der Vorstand vertritt die Stiftung gerichtlich und aussergerichtlich; er hat die Stellung eines gesetzlichen Vertreters. Der Umfang seiner Vertretungsmacht kann durch das Stiftungsstatut (die Satzung),¹⁾ mit Wirkung gegen die dritte beschränkt werden.

Sodann § 27, 3: Auf die Geschäftsführung des Vorstandes finden die für den Auftrag geltenden Vorschriften der §§ 661 bis 670 entsprechende Anwendung (siehe S. 202f. oben). Ferner § 28: Besteht ein Vorstand aus mehreren Personen, so erfolgt die Beschlussfassung nach den für die Beschlüsse der Mitglieder des Vereins geltenden Vorschriften der §§ 32, 34 (S. 203 oben).

Doch finden diese beiden letzteren Vorschriften (27, 3 und 28, 1) nur soweit Anwendung, als sich nicht aus der Verfassung, insbesondere daraus, dass die Verwaltung der Stiftung von einer öffentlichen Behörde geführt wird, ein Anderes ergibt. (§ 86 B.G.B.).

Ist eine Willenserklärung gegenüber der Stiftung abzugeben, so genügt die Abgabe gegenüber einem Mitgliede des Vorstandes (§§ 28, 86). Doch findet diese Vorschrift keine Anwendung auf Stiftungen, deren Verwaltung von einer öffentlichen Behörde geführt wird. In letzterem Falle würde dadurch ein Eingriff des Privatrechtes in das öffentliche Recht gegeben werden; die Repräsentation der öffentlichen Behörde, auch wo sie als fiduciarischer Disponent einer Privatstiftung eintritt, wenigstens in passiver Hinsicht anders zu regeln, als in den darüber bestehenden öffentlich rechtlichen Normen würde bedenklich sein, im vorliegenden Falle um so mehr, als z. B. Gemeindevorstände nicht selten aus einer so grossen Anzahl von Mitglieder bestehen, dass keine genügende Garantie dafür besteht, dass, was einem zur Kenntniss kommt, auch der Gemeindevertretung als solcher stets mitgetheilt werde (vgl. S. 205 oben).

Auch eine Stiftung kann zeitweilig in Folge von Tod oder zufällig eintretender Geschäftsunfähigkeit derjenigen physischen Personen, die ihren Vorstand bilden, ohne Vertretung sein.

¹⁾ Auch durch die Landesgesetze.

Sofern ihre Verwaltung nicht von einer öffentlichen Behörde geführt wird, findet dann die für Corporationen in gleichem Falle gegebene Vorschrift des § 29 B.G.B. Anwendung: In dringenden Fällen ist dann für die Zeit bis zur (definitiven) Beseitigung des Mangels auf Antrag eines Betheiligten d. h. entweder eines Stiftungsberechtigten oder auch jedes Dritten, der ein Interesse daran hat, ein Rechtsgeschäft mit der Stiftung vorzunehmen, z. B. eine Zahlung von ihr zu erhalten oder eine Erklärung ihr gegenüber abzugeben, ein interimistischer Vertreter für sie von dem Amtsgerichte zu bestellen, in dessen Bezirke die Stiftung ihren Sitz ¹⁾ hat. Auch diese Vorschrift ist nicht anwendbar auf Stiftungen, mit deren Verwaltung eine öffentliche Behörde betraut ist; denn es wäre ein bedenklicher Eingriff in die öffentlich rechtliche Verfassung dieser Behörde, für den Fall, dass sie in Folge einer eingetretenen Vacanz zeitweilig eines zu ihrer Vertretung legitimirten Beamten ermangeln sollte, dem Amtsgerichte die Befugniß zuzusprechen, diesen Mangel durch Bestellung eines besonderen Vertreters zu ergänzen; die öffentliche Corporation selbst und eventuell die zu ihrer Obergerichtsbehörde befugte Staatsbehörde ist allein dazu berufen, den Mangel zu beseitigen.

Beachtenswerth scheint mir endlich für den Fall der zeitweiligen Sistirung der Verwaltung und somit der Verkehrsfähigkeit einer Stiftung ein schon oben § 8 (S. 247) hervorgehobener Unterschied zu sein. Einen Verein, dessen Vorstand zeitweilig vacant ist, haben wir (oben S. 202) um deswillen nicht einer geschäftsunfähigen Person ohne gesetzlichen Vertreter gleichstellen mögen und daher insbesondere die §§ 206, 939 (Hinderung der Vollendung der Verjährung und Ersitzung) für unanwendbar erklärt. Eine Stiftung, deren Verwaltung sistirt ist, glauben wir dagegen für absolut geschäftsunfähig erklären zu müssen; denn ein Willensorgan, wie es der Verein zur baldigen Beseitigung des Mangels seiner Vertretung nach Aussen in der Mitglieder-gesamtheit besitzt, ist bei der Stiftung, einem blossen Zweck-

¹⁾ Als Sitz der Stiftung gilt, wenn ein anderes nicht bestimmt ist, der Ort, an welchem die Verwaltung geführt wird (§ 80 B.G.B.).

vermögen, nicht vorhanden. Es dürfte sich daher allerdings rechtfertigen, sie, solange ihre Verwaltung sistirt ist, als geschäftsunfähige Person ohne gesetzlichen Vertreter anzuerkennen, so dass nach § 206 B.G.B. eine gegen sie laufende Verjährung nicht vor dem Ablaufe von sechs Monaten nach dem Zeitpunkte vollendet wird, in welchem der Mangel der Vertretung aufhört; ist die Verjährung kürzer als sechs Monate, so tritt der für die Verjährung bestimmte Zeitraum an die Stelle der sechs Monate. Ebenso kann nach § 939 B.G.B. die Ersitzung nicht beginnen und, falls sie begonnen hat, nicht fortgesetzt werden, solange die Stiftung der gesetzlichen Vertretung entbehrt. Denn eine jedes Willensorgans entbehrende Vermögenseinheit für geschäftsfähig zu erachten, wie es z. B. Riedel, das Bürgerlichen Gesetzbuch in Vergleich mit dem Pr. R. S. 115, ferner Achilles, Handausgabe des B.G.B. § 206 Note 2 allgemein für juristische Personen, einschliesslich Stiftungen, über sich gewinnen, erscheint mir unzulässig.

Unbedingt anwendbar auf Stiftungen ist (nach § 86) der § 30 B.G.B., wonach durch die Satzung (die Stiftungs-Verfassung) neben dem Vorstande für gewisse Geschäfte besondere Vertreter bestellt werden können. Die Vertretungsmacht eines solchen Vertreters erstreckt sich im Zweifel auf alle Rechtsgeschäfte, die der zugewiesene Geschäftskreis gewöhnlich mit sich bringt (S. 189 oben).

Endlich haben wir bereits (oben S. 185 ff.) hervorgehoben, dass auch die Stiftung nach Massgabe des § 31 B.G.B. für jeden Schaden verantwortlich ist, den ein verfassungsmässiger Vertreter durch eine in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtungen begangene, zum Schadenersatz verpflichtende Handlung einem Dritten zufügt. Die *ratio* dieser Haftbarkeit ist ja auch, wie wir oben (S. 187) sahen, nicht etwa die vorausgesetzte Handlungsfähigkeit der juristischen Person, sondern lediglich die Utilitätsmaxime der Verkehrssicherheit.

Der § 31 (bzw. insofern § 86) ist zwingenden Charakters, kann also weder durch die Satzung noch durch Landesgesetz ausgeschlossen werden.

§ 11.

Umwandlung des Zwecks der Stiftung und Untergang.

I. Der Zweck der Stiftung ist, da er und nicht das Vermögen den eigentlichen Träger der verliehenen juristischen Persönlichkeit bildet, (das Vermögen bildet nur nach unserer Ansicht allerdings eine unentbehrliche Voraussetzung ihrer Realisirung), in weit höherem Grade vor einer Aenderung sicher gestellt, als der Zweck einer Corporation. Zweifellos ist der Vorstand der Stiftung allein zu keiner, auch noch so geringen Modification der Stiftungszweck berechtigt, massgebend ist und bleibt für ihn ausschliesslich der Stifterwille. Nicht nur die Pietät gegen den Stifter gebietet dies, sondern auch die Rechtssicherheit, durch deren Antastung sowohl der höchst gemeinnützige Stiftergeist als auch das allgemeine Rechtsgefühl beeinträchtigt werden würde.

Dennoch kann bei der Veränderlichkeit aller menschlichen Verhältnisse ein starres Festhalten am ursprünglichen Stiftungszweck nicht zur unabänderlichen Regel gemacht werden. Gewisse unwesentliche Modificationen können schon im Interesse der Verfolgung des wesentlichen Zwecks als Anpassung an die veränderten Umstände geboten erscheinen. Man kann solche Anpassung als dem präsumtiven Stifterwillen entsprechend ansehen. Daher hat schon das römische Recht (*l. 1, 4, 6 de administr. rer. 50, 8 l. 16 de usu et usufr. 33, 2, l. 7 pr. de oper. publ. 50, 10*) gestattet, dass mit Genehmigung der für die Oberaufsicht zuständigen Staatsbehörde und unter Zustimmung solcher Betheiligter, die ein klagbares Privatrecht gegen die Stiftung besitzen, eine solche Umänderung vorgenommen werde. Die veränderten Zeitverhältnisse können aber auch eine völlige Umwandlung des Stiftungszwecks nothwendig erscheinen lassen, z. B. wenn etwa die Erfüllung des eigentlichen Stiftungszwecks unmöglich geworden ist.¹⁾ Auch kann ein Stiftungszweck,

¹⁾ Beispielsweise denke man an den Fall einer zur Zeit der ehemaligen Türkenkriege gegründeten Stiftung zum Loskauf christlicher Kinder aus türkischer Gefangenschaft.

der früher als gemeinnützig galt oder den früheren sittlichen Anschauungen nicht widersprach, sich in Folge der veränderten Zeitverhältnisse oder sittlichen Anschauungen als ein das Gemeinwohl gefährdender Zweck erweisen. In diesem Fall muss der Staat, dessen Genehmigung ja eine *conditio sine qua non* des Stiftungszwecks ist, berechtigt erscheinen, sowohl die Stiftung aufzuheben, als auch, was, wenn man den Stiftungszweck als das Wesentliche ansieht, der Aufhebung gleichkommt, ihr eine andere Zweckbestimmung zu geben. Nach gemeinem Rechte erforderte aber eine solche Aufhebung oder wesentliche Zweckumwandlung ein Specialgesetz. — Nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch (§ 87) ist letzteres nicht mehr erforderlich. Ist die Erfüllung des Stiftungszwecks unmöglich geworden oder gefährdet sie das Gemeinwohl, so kann die zuständige Behörde der Stiftung eine andere Zweckbestimmung geben oder sie aufheben. Welche Behörde zuständig ist, wird durch die Landesgesetze bestimmt.

Ob die Voraussetzungen zu einer Aufhebung oder Umwandlung gegeben sind, hat sie nach eigenem Ermessen zu entscheiden. Ihre Pflicht, den Umständen gemäss die richtige Entscheidung zu treffen, ist rein öffentlich-rechtlicher Natur und, wenn ihre Verfügung ungerechtfertigt erscheint, kann sie nur durch die landesrechtlich zugelassenen Rechtsmittel, die wohl ausschliesslich auf dem Gebiete des öffentlichen Verwaltungsrechts liegen werden, angefochten werden.

„Bei der Umwandlung des Zweckes ist die Absicht des Stifters thunlichst zu berücksichtigen, insbesondere dafür Sorge zu tragen, dass die Erträge des Stiftungsvermögens dem Personenkreise, dem sie zu Statten kommen sollten, im Sinne des Stifters thunlichst erhalten bleiben. Die Behörde kann die Verfassung der Stiftung ändern, soweit die Umwandlung des Zweckes es erfordert. — Vor der Umwandlung des Zweckes und der Aenderung der Verfassung soll der Vorstand der Stiftung gehört werden“ (§ 87, 2, 3).

II. Da nach unserer Definition die Stiftung ein mit juristischer Persönlichkeit versehenes Zweckvermögen ist, nicht ein blosser Zweck, da also Vermögen, und zwar ein für den Zweck ausreichendes, zu ihren wesentlichen

Voraussetzungen gehört, so ergibt sich für uns neben dem Fortfall der Möglichkeit (oder Statthaftigkeit) des Zweckes als zweiter Grund des Untergangs der Verlust des Vermögens, der ja, wie bei jedem Vermögen, so auch bei einer Stiftung, aus den verschiedensten Gründen mit und ohne Schuld der Verwaltung eintreten kann. Allerdings findet sich auch die gegentheilige Auffassung vertreten; so meint z. B. Plank (Commentar S. 118, Nr. 2 zu § 81), obwohl auch er die „Widmung von Vermögen als integrierenden Bestandtheil des Stiftungsgeschäfts“ betrachtet, wenn durch die Widmung von Vermögen die Stiftung einmal begründet und damit eine Organisation geschaffen sei, welche den Erwerb neuen Vermögens ermögliche, so bilde der Verlust des bisherigen Vermögens keinen Grund des Erlöschens einer Stiftung. Das Bürgerliche Gesetzbuch schweigt über die Frage; da es aber das Stiftungsrecht nicht unter völligen Ausschluss des Landesrechtes regeln will, dürfte aus diesem Schweigen kein Schluss zu ziehen sein. Der Gedanke, dass eine Stiftung, sofern nur ihre Organisation bestehen bleibt, ja neues Vermögen erwerben könne, scheint mir nicht nur deshalb rein theoretisch zu sein, weil die Aufgabe der Stiftungsorgane doch lediglich auf Verwendung des vorhandenen, nicht auf Erwerb von neuem Vermögen gerichtet ist, sondern auch, — zugegeben, dass ja der fortbestehenden Stiftungspersönlichkeit von dritter Seite freiwillige Zuwendungen gemacht werden könnten, — deshalb keine Beweiskraft zu haben, weil er voraussetzt, was zu erweisen ist. Geht man mit Plank von der essentiellen Bedeutung eines Stiftungsvermögens für den Begriff oder auch nur die Begründung der Stiftung aus, so spricht für den Verlust der Rechtsfähigkeit beim Verlust des Vermögens die allgemeine Rechtsregel: *Quibus modis acquirimus, isdem in contrarium actis amittimus* l. 153 D. de R. J. 50, 17. *Cum principalis causa non consistit, ne ea quidem quae sequuntur locum habent*, (l. 129 eodem). Sodann halte ich folgendes Argunaut für durchschlagend: Das Bürgerliche Gesetzbuch knüpft ausdrücklich auch bei der Stiftung an die Eröffnung des Concurses den Verlust der Rechtsfähigkeit (§§ 42, 86). Meines Erachtens ergibt sich daraus von selbst der Verlust der Rechtsfähigkeit bei solchem Verlust des Vermögens, der nicht ein-

mal mehr einen Concurs ermöglicht, *per arg. a maiore ad minus*. — Oder soll die Verwaltung einer Stiftung, deren Zweck mangels zureichenden Vermögens nicht mehr ausführbar ist, gleichwohl auf die ungewisse Hoffnung hin, neues Vermögen zu erwerben, fortbestehen? Praktisch wird die Frage wohl schwerlich werden, da ja die Staatsbehörde auch in diesem Falle zweifellos wegen Unmöglichgewordenseins des Stiftungszwecks die Stiftung aufheben kann, und die Verwaltung diese Aufhebung gewiss rechtzeitig beantragen wird.

III. Das Schicksal des Vermögens einer erloschenen Stiftung bestimmt sich in erster Linie nach der Verfassung (§ 88). Wenn diese nicht vorgesorgt hat, so fällt es an den Fiskus.

In ersterem Fall finden die Vorschriften über das Liquidationsverfahren bei Vereinen, in letzterem die über eine dem Fiskus als gesetzlichen Erben anfallende Erbschaft entsprechende Anwendung.

Vierter Abschnitt.

Sachen (Rechtsobjecte).

§ 1.

Körperliche und unkörperliche Sachen, einheitliche und zusammengesetzte Sachen.

Es giebt zwar subjective Rechte, die weder eine unmittelbare noch eine mittelbare Beziehung zur Aussenwelt haben, bei denen es sich ausschliesslich um den Schutz eines subjectiven Werthes der Persönlichkeit handelt, das Recht der Persönlichkeit selber (S. 75 oben), das Recht auf Ehre, am Namen u. A. (rein subjective Rechte, Individualitätsrechte). Bei den meisten Rechten dagegen handelt es sich um eine Beziehung der Person zur Aussenwelt. Dem Rechte im subjectiven Sinne entspricht hier ein Rechtsobject. Object oder Sache (*res*) im weitesten Sinne ist alles, was nicht Person

ist, jeder andere Gegenstand der Sinnes- oder Gedankenwelt. Rechtsobject also jeder Gegenstand der Sinnes- oder Gedankenwelt, an dem wir ein staatlich geschütztes Interesse haben können. Rechtsobject kann demnach ein Recht selber sein, z. B. eine Forderung. Wir können Rechte an Rechten erlangen, z. B. einen rechtlichen Anspruch auf Uebertragung einer Forderung.

Hieraus entspringt allein das praktische Bedürfniss der schon von den Römern aufgestellten Unterscheidung zwischen *res corporalis* und *incorporalis*, körperlichen und unkörperlichen Gegenständen des Rechtes.

Körperliche Gegenstände des Rechtes sind Sachen im engeren, juristischen Sinne. Wenn das Bürgerliche Gesetzbuch den Ausdruck Sachen gebraucht, so meint es nur körperliche Gegenstände (§ 90).

Obwohl man glauben sollte, dass der Begriff des körperlichen Gegenstandes gar keiner Definition bedürfe, so zeigt doch die Praxis, dass er nicht ohne Schwierigkeiten ist, wenigstens für denjenigen Juristen, dem das Wort des geschriebenen Gesetzes, also pandektenrechtlich das Wort Justinians A und O des Denkens bildet. Justinian hat nämlich das Kriterium der *res corporalis* in Anschluss an Gajus, Institutionen II. § 12 in die Wahrnehmbarkeit durch den Tastsinn gestellt.¹⁾ Freilich dürfte schon die unbefangene Würdigung der unten citirten Stelle ergeben, dass der römische Kaiser bzw. Gajus selber nicht die grobsinnlichste Handgreiflichkeit für das Wesen der Körperlichkeit ansah, sondern den Gegensatz zur Körperlichkeit durchaus richtig in der blossen Denkbarkeit fand. Aber abgesehen davon handelt es sich hier mit einem Begriffe nicht der positiven, sondern der wissenschaftlichen Jurisprudenz, d. h. um einen Begriff, den die Natur der Sache ihr darbietet. Es lag keineswegs in der

¹⁾ pr. § 1. 7 de reb. incorporalibus 2, 2: Quaedam praeterea res corporales sunt, quaedam incorporales. Corporales eae sunt, quae sui natura tangi possunt: veluti fundus, homo, vestis aurum, argentum et denique aliae res innumerabiles. Incorporales autem sunt, quae tangi non possunt, qualia sunt, quae in jure consistunt: sicut hereditas, ususfructus, obligationes quoquo modo contractae.

