Vorwort.

Da ich das, was mir über die Anlage meines Unternehmens voranzusenden nöthig schien, schon in der Vorrede zu dem vor Jahresfrist erschienenen ersten Theile dieses Werkes hervorgehoben habe, so könnte ich eigentlich diesen zweiten Band ohne neuerliches Begleitschreiben in die Öffentlichkeit senden.

Ich habe jedoch in meinem Schuldbuche ein kleines Guthaben meines Herrn Recensenten in der Grünhut'schen Zeitschrift (XI 1884, S. 441, 442), Dr. Emil Pfersche, Privatdocenten in Graz, vorgetragen, und da ich derlei Angelegenheiten nicht gerne anstehen lasse, auch Zeit und Ort mir angemessen erscheinen, so will ich dem genannten Herrn die Abfertigung, welche er sich so redlich verdient hat, nicht länger vorenthalten.

Ich glaube kaum, dass es nöthig sein dürfte, besonders zu betonen, dass es nicht die literarische Bedeutung Herrn Pfersche's ist, welche mich veranlasst, seine Recension einer kritischen Untersuchung an dieser Stelle zu würdigen. Ich kann auch gleich hinzufügen, dass es auch nicht die von in Recensionen übel behandelten Autoren so gerne in den Vordergrund geschobene „Liebe zur Sache" ist, welche mich zu dieser Abwehr bestimmt hat; handelt doch die in Frage stehende Recension selbst kaum von der „Sache". Der Grund, warum ich derselben entgegentrete, ist vielmehr zunächst ein rein persönlicher: er liegt in dem anmassenden, ja geradezu provocierenden Tone, in welchem sie gehalten ist.

Ich würde übrigens mit dieser persönlichen Angelegenheit gewiss nicht mein für einen weiteren Leserkreis bestimmtes Werk beschweren, wenn sie nicht auch eine Seite von allgemeinem

Interesse hätte, auf welche gelegentlich einmal hinzuweisen, nur von Nutzen sein kann.

Die Pflege der Wissenschaft, in manchen Zeiträumen ein Vorrecht privilegierter Stände oder doch von Menschen, welche entweder mit Glücksgütern gesegnet waren, oder aber den moralischen Muth besassen, einem Leben voll Entbehrungen entgegenzusehen, ist heute Gemeingut geworden. Sie eröffnet ihren Jüngern nicht nur die Schätze einer idealen Welt, sie gewährt ihnen auch den wolverdienten Antheil an den realen Gütern dieser Welt, ist selbst zum Erwerbsmittel geworden. Es kann natürlich Niemandem beifallen, es anders als billig zu finden, dass auch der Arbeit des Geistes ihr Recht wurde, oder die befruchtende Rückwirkung hievon auf die Intensität oder doch die Quantität wissenschaftlicher Arbeit zu verkennen. Aber ebensowenig kann man sich verhehlen, dass die — wenn der Ausdruck gestattet ist — Verweltlichung der Wissenschaft auch in mancher Richtung nachtheiligen Einfluss auf die Art der Production und die (seit jeher etwas robusten) Sitten der wirklichen und vermeintlichen Gelehrten geübt hat. Die Aussicht auf Versorgung und Ehrenstellen hat nothwendig in ihrem Gefolge ein Hasten und Drängen zu producieren und zu publicieren, ein Streben, auf dem Markte des Lebens sich bemerkbar zu machen und sei es auch nur durch Schreien und Stossen, um die goldene Frucht baldmöglichst zu erfeilschen.

Nicht davon will ich sprechen, dass gerade solche Stürmer und Dränger oft dann, wenn sie erreichen, was sie angestrebt hatten, die Ruhigsten werden, und ihre Jahre still über den Collegienheften verträumen, sondern nur auf die Mittel hinweisen, die da hin und wieder im Übereifer nach Erfolg zur Anwendung gebracht werden.

Da es manchmal misslich sein mag, zu warten, bis fremdes Lob sich einstellen wird, gilt es vor Allem, sein Verdienst selbst in das richtige Licht zu stellen. Wer nun versteht, mit hinreichender Anmassung aufzutreten, der wird hiedurch allein schon immer der grossen Anzahl Jener, welchen eigenes, selbstständiges Urtheil fehlt, imponieren. Welch besseres, leichteres Mittel aber, sich zu erheben, als das, Andere herabzusetzen? Ganz abgesehen davon, dass man hiemit auch noch Leuten, von

denen man etwa unangenehme Concurrenz besorgt, schaden kann, — ist das nicht der beste Massstab für das eigene Verdienst des Strebers, wenn er auf den enormen Abstand hinweist, der andere arme Sterbliche von ihm trennt? Und welch' besserer Ablagerungsort wieder für derlei Emanationen als das Literaturblatt einer verbreiteten Zeitschrift? Unter dem Deckmantel objectiver Beurtheilung, wissenschaftlicher Besprechung, wie gründlich lässt sich's da einen vermeintlichen Concurrenten verarbeiten, einem Autor, der sich vielleicht einmal erkühnte, eine sachliche Bemerkung gegen eine Ansicht des Recensenten zu machen, heimzahlen, während man dabei auf hohem Piedestale, das Haupt mit Lorbeer bekränzt, sich selbst dem erstaunten Volke zeigen kann!

Dass die Recension dann oft nicht einmal einen dürftigen Inhaltsabriss des recensierten Werkes enthält, noch weniger natürlich eine sachliche Würdigung vom Autor aufgestellter Meinungen, diess verschlägt nichts; hat ja doch der Recensent vom Buche oft nur den Inhalt und das Vorwort gelesen, und vielleicht noch einige Seiten durchblättert! Wozu auch? Für die Zwecke eines solchen Recensenten ist ein Mehr überflüssig. Er schreibt ja nicht um des Buches, nicht um der Leser willen, er schreibt ja um seinetwillen.

Nach diesen allgemeinen Bemerkungen will ich mich nun zu der Eingangs erwähnten Recension wenden. Ich kenne den Herrn Recensenten nicht, und kann daher auch nicht sagen, ob speciell bei ihm die eben erörterten Motive der anmassenden und absprechenden Schreibweise, welcher er sich befleissigt, zutreffen, oder aber ob dieselbe lediglich in seiner individuellen Veranlagung ihre Wurzel hat; aber eines ist gewiss, dass die von mir geschilderte Sorte von Kritikern nicht anders schreibt und schreiben kann als mein Herr Recensent. Ich will übrigens im Nachstehenden die Persönlichkeit desselben so viel als möglich aus dem Spiele lassen, mich nicht mit dem Recensenten sondern mit seiner Recension befassen, und, so gross auch die Versuchung ist, und so wenig Herr Recensent eine Schonung verdiente, doch aus Rücksicht auf meine Leser und den Ernst meiner Arbeit unterlassen, eine Satyre zu schreiben.

Ich werde im Folgenden zeigen, welch' hoher Grad von Anmassung aus der vorliegenden Recension spricht, wie oberflächlich und flüchtig selbe ist, und welche unglaubliche Gedankenlosigkeit, um nicht zu sagen Unwissenheit, in ihr dort zu Tage tritt, wo sie sachlich sein will.

Die Recension ist anmassend.

„Verfasser hatte offenbar die Absicht, bevor er an die selbstständige wissenschaftliche Thätigkeit herantritt, sich über die Grundfragen unserer (!) Wissenschaft klar zu werden." Welches bedeutungsvolle Bild entwirft da nicht die Recension in wenig kühnen Strichen! Auf der einen Seite Ich, der erst an die wissenschaftliche Thätigkeit herantritt, der sich erst selbst klar werden muss über die Grundfragen der Wissenschaft („unserer Wissenschaft", wie Herr Recensent so sinnig sagt), auf der anderen Seite der Recensent, der berühmte (?) Herr Pfersche, der so glücklich ist, stolz von „unserer Wissenschaft" sprechen zu können. Fürwahr welch' feiner Zug liegt in dem hingeworfenen „unser". Mit dem einen Wörtchen ist das ganze Verhältnis des Herrn Recensenten zur Wissenschaft präcisiert — seiner Ansicht nach natürlich.

Aber hiemit ist noch nicht genug geschehen für die Herausstreichung des Recensenten. Der strenge Kritiker sieht sich leider ausser Stande meinen Ausführungen über die Entstehung des Rechtes Unrichtigkeit vorzuwerfen, aber er ist trotzdem um keinen Ausweg verlegen, der ihn vor der Nothwendigkeit, anzuerkennen, rettet. Er versteht daher meine Ausführungen nur, „wenn man sich Vieles selbst ergänzt und annimmt, dass das Ganze klarer gedacht, als dargestellt ist." Wieder welcher Contrast, ich der ich mich mühend abkeuche, meine Ansichten klar zu machen, und dem es doch kaum gelingt, und mir gegenüber der gelehrte Kritiker, der das Ganze trotz aller Verworrenheit sofort spielend versteht, sich gleich Vieles selbst ergänzt, und, wo meine Quellen zu fliessen aufhören, aus dem unversiegbaren Borne seiner eigenen Weisheit schöpft.

Ich kann bei diesem Anlasse meinem Kritiker das Geständnis ablegen, dass gar Manche, welche mein Buch gelesen haben, meiner Auffassung über Begriff und Entstehung des Rechtsgefühles nicht beizupflichten vermochten, ich kann aber auch

hinzufügen, dass mir selbst Laien betont haben, die betreffende Partie sei so behandelt, dass sie Jedermann leicht verstehen könne. Herr Recensent gestatte daher, dass ich die Verantwortlichkeit für seine Ergänzungen ablehne, und das, was er ohne diese Ergänzungen nicht verstanden zu haben behauptet, auf seine eigene Rechnung setze.

Dass es in der Recension heisst, dass meine Ausführungen „gar nichts Wesentliches enthalten, was nicht schon anderwärts gesagt wäre", brauche ich kaum hervorzuheben. Wenn mein Recensent mit den englischen Philosophen älteren und jüngeren Datums vertraut wäre, so hätte er diese Gelegenheit benützen können, auf solche hinzuweisen, welche schon früher ähnliche Richtungen vertraten, wenn mein Recensent weiter mein Buch gelesen hätte, würde er aber trotzdem Manches gefunden haben, das doch nicht so abgedroschen sein dürfte, als er zu meinen scheint; er hätte aber vor Allem hervorheben können, dass man noch nicht versucht hat, auf ähnlichen Grundlagen das System eines positiven Rechtes aufzubauen. Doch ich will mich bei dem absprechenden Tone der Recension nicht länger aufhalten, die letzte Bemerkung führt mich ohnediess zu meiner zweiten These:

Die Recension ist oberflächlich.

Um es kurz zu sagen, der Herr Recensent hat mein Buch kaum flüchtig durchblättert.[1]) Er findet, ich behandle in meinem ersten Theile zwei Materien etc. Ich erlaube mir, dem Herrn Kritiker zu bemerken, dass ich drei Materien behandle: 1. den Begriff des Rechtes, 2. die Entstehung des Rechtes, 3. die Systematik des Rechtes. Der Kritiker behauptet, „die ersten Ausführungen in § 1—3 handeln „über Begriff und Wesen des Rechtes". Er gestatte, dass ich ihn dahin aufkläre, § 1 behandle den Begriff des Rechtes (der Pleonasmus „und Wesen" ist Herrn Recensenten auf eigene Rechnung zu setzen), § 2 enthalte in 14 Zeilen lediglich die Skizze der Eintheilung der in

[1]) Die — freilich schon auf Seite 2 enthaltene — sachliche Bemerkung über eine Stelle seiner Methodik des Privatrechtes scheint ihm jedoch, dem gereizten Tone seiner Auslassungen nach zu schliessen, allerdings nicht entgangen zu sein.

§ 3—17 vorgetragenen Lehre von der Rechtsentstehung, § 3 erörtere die Entstehung des Rechtsgefühles. Der Herr Recensent hat somit meine „Anordnung“ des Stoffes entweder nicht verstanden, oder da ich ihm diess im vorliegenden Falle doch kaum imputieren kann, sie „oberflächlich und schematisch“ genannt, ohne sie auch nur angesehen zu haben.

Die Recension imputiert mir ferner den Ausspruch, es gebe neben dem staatlichen Recht auch noch anderes Recht. Ich habe jedoch (S. 5 und 90 — bis Seite 90 ist Herr Recensent natürlich nicht gekommen! —) den Versuch gemacht, zu zeigen, dass jedes Recht (im juristischen Sinne) staatliches Recht sei.

Ich werde übrigens Gelegenheit haben, diese Blütenlese in dem folgenden Abschnitte noch zu ergänzen, der darthuen soll:

Die Recension enthält grobe Irrthümer.

Ich will mich nicht bei der das Verständnis des Recensenten für wissenschaftliche Behandlung einer Materie illustrierenden Behauptung desselben aufhalten, die Erörterung des Begriffes des Rechtes sei nur eine sehr entfernte Vorfrage für eine Darstellung des Privatrechtssystemes, ich will sofort zu dem Glanzpunkte der Recension übergehen, durch welchen alles Andere in den Schatten gestellt wird.

Durch einen unglücklichen Zufall fielen dem Herrn Kritiker einige Worte auf S. 44 meines Buches in die Augen, er las einige Zeilen — noch ein Schritt — und schon ist der Sturz von dem ragenden Gipfel selbstgefälliger Beschaulichkeit in den Abgrund einer geradezu bodenlosen Behauptung geschehen. Ich kann mir nicht versagen, nunmehr den eigenen Worten der Recension zu folgen.

„Er (das bin natürlich ich) bemerkt ganz richtig S. 44, 45, dass es für die Rechtsbildung einen grossen Unterschied macht, welche Regeln in einem Staate über die Gesetzgebung bestehen“ . . . Halt! Wo in aller Welt habe ich diesen platten Satz, dessen Richtigkeit kaum der Bestätigung durch die Kritik bedarf, welcher jedem Schulknaben als selbstverständlich erscheinen muss, geschrieben? Auf S. 44 und 45 gewiss nicht! Dort heisst es: „Es ist ein grosser Unterschied“ (nur soweit citirt die Recension richtig), ob schon Regeln über die Rechtsbildung bestehen, oder ob hierüber noch keine Regeln bestehen, ob

vielmehr lediglich „einzelne Factoren im staatlichen Organismus durch eine spontane directe oder indirecte Machtentfaltung ihrem Willen in Ansehung eines bestimmten in das Gebiet der Rechtsordnung fallenden Grundsatzes eine ständige Realisierungsaussicht verschaffen.“ Begreifen Herr Recensent, dass das ganz etwas anderes ist? Wenn nicht, so lesen Herr Recensent den § 16, speciell S. 127 ff. meines Buches, vielleicht kommen Sie dann zu dieser Erkenntnis.

Hätte der Herr Kritiker diese Lectüre vor Anfertigung seiner Recension gepflogen, dann hätte er sich jedenfalls den folgenden Ausspruch, und das bedenkliche Zeugnis, das er seiner rechts-philosophischen Schulung ausstellte, erspart: „Die einzige richtige Fortsetzung wäre nun, dass die Lehre von der Rechtsentstehung dem positiven Rechte angehört und nur für jeden Staat, für jede Rechtsordnung speciell entwickelt werden kann.“ Es ist geradezu unglaublich, dass Jemand das im Ernste schreiben kann. Da ist Münchhausen, der sich selbst bei den Haaren aus dem Sumpfe zieht, ein Stümper dagegen! Hätte der Verfasser der Recension mein Buch gelesen, dann hätte er finden müssen, dass ich in dem für ihn so verhängnisvollen § 4 und in § 16 gerade darauf hinwies, dass nicht jede Entstehung eines Rechtssatzes auf Grund einer schon vorhandenen anderen Rechtsregel erfolgt, er hätte gefunden, dass ich den Versuch machte, abzugrenzen, wie weit das schon vorhandene positive Recht neue Rechtsentstehung beeinflussen kann, wie weit eine solche aber unabhängig ist vom Inhalte des positiven Rechtes. Aber auch ohne dass er mein Buch gelesen hat, hätte dem Herrn Kritiker der einfache Verstand (ganz abgesehen von dem Schatze „seiner“ Wissenschaft) sagen sollen, dass es eine Zeit gab, in der auch das positive Recht sich gebildet hat, eine Zeit, in der noch kein positives Recht vorhanden war, dass somit die Frage nach der Entstehung des positiven Rechtes sich nicht nur aus dem positiven Rechte beantworten lässt. Der Herr Recensent hätte sich auch weiters aus dem geschichtlichen Unterrichte des Gymnasiums erinnern können, dass es manchmal kleine Rechtsumwälzungen, genannt Revolutionen, gegeben hat, bei denen sich die Gründer des neuen Rechtes den Teufel um das legale positive Recht scheerten. Der Herr Recensent

hätte dann vielleicht nicht meine Theorie, wol aber seine eigenen Ausführungen für „widersinnig“ gehalten, rasch und schamhaft den zweiten Absatz seiner Recension durchstrichen, und dem Schicksal gedankt, dass es ihm eine Beschämung ersparte.

Ich bin mit der Recension Herrn Pfersche's zu Ende, habe ich doch seinem Elaborate schon zu viel Ehre angethan. Ich will jedoch meinem Kritiker zum Abschiede noch ad personam einen wohlmeinenden Rath geben. Das Recensieren soll Sache ernster, auf der Höhe der Wissenschaft stehender Männer sein; würde er es, wenn er schon nicht anders als anmassend schreiben kann, und blosse Referate unter seiner Würde erachtet, nicht vorziehen, den Reigen der Recensenten vorläufig noch zu meiden, bis er sich das Recht über andere abzuurtheilen erworben hat? Durch Recensionen, welche einen derartigen Ton anschlagen, kann er sich in den Augen anständiger Leute ja doch nur schaden.

Und nun noch einige Worte an das geehrte Auditorium. Ich weiss, dass es mir Mancher verdenken wird, dass ich hier, am Eingange einer ernsten Arbeit, einen etwas freieren Ton angeschlagen habe. Ich kann mich jedoch hiefür nicht nur auf das Vorbild eines Feuerbach, eines Ihering berufen, ich glaube geradezu, dass es einem freien Manne ziemt, persönlichen Angriffen die Spitze zu bieten. Es mag diess übrigens Jeder nach seiner Art halten. Der Eine mag sich in den im Laufe der Jahrtausende etwas schäbig gewordenen Mantel stillschweigender Verachtung hüllen, der Andere mag sich einen Kämpen bestellen, der für ihn unter dem Scheine vollster Unbefangenheit den Strauss ausficht, ein Dritter wieder sticht den Gegner heimlich in die Wade, während ein Vierter gleich ordentlich selbst zurückhaut: Ich halte es mit dem Letzteren.

Wien, im März 1884.

Dr. M. E. Burckhard.

Schema.

II. Die Elemente des Privatrechtes 1
§ 22. A. Personen 2
§ 23. 1. Der Mensch 5
§ 24. a. Geburt 5
§ 25. b. Tod 8
§ 26. c. Qualitäten 18
§ 27. α. Physische Qualitäten 22
§ 28. α_1. Geschlecht 23
§ 29. β_1. Alter 25
§ 30. γ_1. Gesundheit 27
§ 31. β. Ideelle Qualitäten 28
§ 32. α_1. Religionsbekenntnis 29
§ 33. β_1. Sittliche Integrität 31
α_2. Strafrechtliche Verurtheilung 31
β_2. Desertion 36
γ_2. Unbefugte Auswanderung 38
§ 34. γ_1. Beruf 39
§ 35. α_2. Geistlicher Stand 41
§ 36. β_2. Soldatenstand 42
§ 37. γ_2. Kaufmannsstand 43
§ 38. γ. Sociale Qualitäten 45
§ 39. α_1. Staatsangehörigkeit 45
§ 40. α_2. Erwerb der Staatsbürgerschaft 48
α_3. Durch Abstammung 49
β_3. Durch Verehelichung 51
γ_3. Durch Verleihung 51
§ 41. β_2. Verlust der Staatsbürgerschaft 54
§ 42. γ_2. Wirkungen der Staatsbürgerschaft 57
§ 43. β_1. Gemeindeangehörigkeit 59
§ 44. γ_1. Familienangehörigkeit 60
§ 45. 2. Ausdehnung der Persönlichkeit 61
§ 46. a. Corporation 75
§ 47. α. Elemente 80
α_1. Mitglieder 80
β_1. Vermögen 81
γ_1. Vertretung 83
§ 48. β. Entstehung 83
§ 49. γ. Auflösung 89

*

§ 50. b. Stiftung . . . 92
§ 51. α. Elemente . . . 93
α1. Der Stifter . . . 93
β1. Das Stiftungsvermögen . . . 94
γ1. Die Stiftungsvertretung . . . 95
§ 52. β. Entstehung . . . 96
§ 53. γ. Aufhebung . . . 97
§ 54. c. Herrenlos gewordene, jedoch rechtlich vinculierte Vermögensparcellen . . . 98
3. Einschränkung der Persönlichkeit . . . 103
§ 55. B. Sachen . . . 106
§ 56. 1. Natürliche Sache . . . 107
§ 57. a. Elemente . . . 108
§ 58. α. Sachvereinigung . . . 110
§ 59. β. Sachtrennung . . . 115
§ 60. γ. Sachumwandlung . . . 123
§ 61. b. Verhältnis der Sachindividuen zum Erdballe (Beweglichkeit und Unbeweglichkeit der Sachen) . . . 126
§ 62. c. Verhältnis der Sachindividuen unter sich . . . 132
§ 63. α. Zusammengesetzte Sachen . . . 134
§ 64. β. Zusammengehörige Sachen . . . 137
§ 65. α1. Gesammtsachen (Sachgesammtheit) . . . 138
§ 66. β1. Zugehörige Sachen (Pertinenzen) . . . 142
§ 67. γ1. Nebensachen (Zubehör) . . . 145
§ 68. γ. Werth . . . 148
§ 69. 2. Ausdehnung des Sachbegriffes . . . 155
§ 70. 3. Einschränkung des Sachbegriffes . . . 159
§ 71. C. Lebensverhältnisse . . . 169
§ 72. 1. Von den zeitlichen Grenzen des Privatrechtes . . . 178
§ 73. 2. Von den räumlichen Grenzen des Privatrechtes . . . 206
§ 74. 3. Rechtsverhältnisse . . . 243
§ 75. a. Juristische Thatsachen . . . 245
§ 76. α. Neutrale Ereignisse . . . 246
§ 77. β. Neutrale Handlungen . . . 247
§ 78. γ. Rechtsgeschäfte . . . 271
§ 79. α1. Elemente . . . 276
§ 80. α2. Wille . . . 277
§ 81. α3. Wesen des Willens . . . 278
§ 82. β3. Mängel des Willens . . . 282
§ 83. α4. Irrthum . . . 284
§ 84. β4. Irreführung . . . 296
§ 85. γ4. Zwang . . . 310
§ 86. γ3. Willensbeschränkung . . . 313
§ 87. α4. Bedingung . . . 316
§ 88. β4. Befristung . . . 363
§ 89. γ4. Auflage . . . 375
§ 90. β2. Erklärung des Willens . . . 379
§ 91. α3. Die Erklärung als Willensausdruck . . . 380
§ 92. β3. Art der Willenserklärung . . . 387
§ 93. γ3. Form der Willenserklärung . . . 394
§ 94. γ2. Das Gewollte . . . 398
§ 95. β1. Personen des Rechtsgeschäftes . . . 406
§ 96. α2. Das einseitige Rechtsgeschäft . . . 406
§ 97. β2. Das zweiseitige Rechtsgeschäft . . . 414
§ 98. γ2. Die Nebenpersonen des Rechtsgeschäftes . . . 418
§ 99. γ1. Consistenz des Rechtsgeschäftes . . . 431
§ 100. α2. Nichtigkeit . . . 432
§ 101. β2. Anfechtbarkeit . . . 441
§ 102. γ2. Convalescenz . . . 450
§ 103. b. Phasen des Rechtsverhältnisses . . . 455
§ 104. c. Inhalt des Rechtsverhältnisses . . . 458
§ 105. α. Das subjective Recht . . . 458
§ 106. α1. Begriff . . . 459
§ 107. β1. Arten . . . 465
§ 108. γ1. Entwickelungsphasen . . . 490
§ 109. α2. Entstehung . . . 490
§ 110. β2. Das Nebeneinander subjectiver Rechte . . . 492
§ 111. γ2. Erlöschung . . . 495
§ 112. β. Der Besitz . . . 512
§ 113. γ. Die Rechtsverwirklichung . . . 528
§ 114. α1. Die Rechtsverletzung . . . 530
§ 115. β1. Der Rechtsanspruch . . . 532
§ 116. γ1. Der Rechtszwang . . . 538
§ 117. α2. Die Selbsthilfe . . . 539
§ 118. β2. Die Rechtsliquidierung . . . 548
§ 119. α3. Die Klage . . . 549
α4. Begriff . . . 549
§ 120. β4. Inhalt . . . 554
§ 121. γ4. Wirkung . . . 562
§ 122. β3. Die Exceptio . . . 578
α4. Begriff . . . 578
§ 123. β4. Inhalt . . . 584
§ 124. γ4. Wirkung . . . 589
§ 125. γ3. Das Urtheil . . . 599
α4. Begriff . . . 599
§ 126. β4. Inhalt . . . 601
§ 127. γ4. Wirkung . . . 612
§ 128. γ2. Die Staatshilfe (Execution) . . . 632
§ 129.

Inhalt.

II. Die Elemente des Privatrechtes.

§ 22. **A. Personen.** S. 2—4.
Die Persönlichkeit als das gedachte Bindeglied zwischen in ein Causalitätsverhältnis gesetzten Erscheinungen. Die Rechtsfähigkeit als Wirkung und ihr Verhältnis zur Handlungsfähigkeit. Die Voraussetzungen der Persönlichkeit (natürliche Person, Ausdehnung und Einschränkung der Persönlichkeit).

§ 23. **1. Der Mensch, die natürliche Person.** S. 5.
Geburt, Tod, Qualitäten.

§ 24. a. **Geburt.** S. 5—8.
Die Geburt. Der Geborene (Vitalität, Vermutung der Lebendgeburt, Priorität der Geburt). Der Erzeugte und seine bedingte Anerkennung als Person.

§ 25. b. **Tod.** S. 8—18.
Todesbeweis. Todes- und Lebensvermutung. Priorität des Todes.

§ 26. c. **Qualitäten.** S. 18—22.
Verminderung des Einflusses der Abstammung. Physische, ideelle, sociale Qualitäten.

§ 27. α. **Physische Qualitäten.** S. 22.
Geschlecht. Alter. Gesundheit.

§. 28. α_1. **Geschlecht.** S. 23— 24.
Sein Einfluss auf privatrechtlichem Gebiete.

§. 29. β_1. **Alter.** S. 25—26.
Die drei Altersstufen.

§. 30. γ_1. **Gesundheit.** S. 27—28.
Physische Krankheit, geistige Krankheit, Willenskrankheit (Verschwendung).

§ 31. β. **Ideelle Qualitäten.** S. 28—29.
Religionsbekenntnis. Sittliche Integrität. Beruf.

§. 32. α_1. **Religionsbekenntnis.** S. 29 –31.
Sein Einfluss auf privatrechtlichem Gebiete.

§ 33. β_1. **Sittliche Integrität.** S. 31—38.
Verminderung ihrer Bedeutung im modernen Privatrechte.
α_2 Strafrechtliche Verurteilung (Civil- und Militärpersonen). Strafbare Handlungen. Rechtlich missbilligte Handlungen insbesondere Concurs. β_2. Desertion. γ_2. Unbefugte Auswanderung.

§ 34. γ_1. **Beruf.** S. 39—40.
Der Beruf im Gegensatze zum Stande.

§ 35. α_2. Geistlicher Stand. S. 41—42.
Privatrechtliche Modificationen.

§ 36. β_2. Soldatenstand. S. 42.
Privatrechtliche Modificationen.

§ 37. γ_2. Kaufmannsstand. S. 43—44.
Handelrecht, Handelstand. Handelsperson (engerer Begriff des Kaufmannes).

§ 38. γ. **Sociale Qualitäten.** S. 45.
Staatsangehörigkeit, Gemeindeangehörigkeit, Familienangehörigkeit.

§ 39. α_1. **Staatsangehörigkeit.** S. 45—48.
Antikes und modernes Princip und die Beschränkung des letzteren durch die Retorsion. Verhältnis des Individuums zu einem Staate (Aufenthalt, Wohnsitz, Staatsbürgerschaft). In Österreich geltende Grundprincipien über die Staatsbürgerschaft.

§ 40. α_2. Erwerb der Staatsbürgerschaft. S. 48—54.
Die älteren Erwerbungsgründe. Die geltenden Erwerbungsgründe. α_3. Erwerb durch Abstammung (Geburt, Veränderung in der Staatsbürgerschaft der Eltern). β_3. Erwerb durch Verehelichung. γ_3. Erwerb durch Verleihung (die antiquierten Fälle stillschweigender Verleihung).

§ 41. β_2. Verlust der Staatsbürgerschaft. S. 54—57.
Das Princip. Die einzelnen angeblichen Fälle. Die österreichische Staatsbürgerschaft erlischt nur durch den anerkannten Erwerb einer fremden Staatsbürgerschaft.

§ 42. γ_2. Wirkungen der Staatsbürgerschaft. S. 57—58.
Die privatrechtliche Gleichstellung der Einheimischen und Fremden ist nur beschränkt durch die Retorsion.

§ 43. β_1. **Gemeindeangehörigkeit.** S. 59—60.
Verhältnis des Individuums zu einer Gemeinde (Aufenthalt, Wohnort, Heimatsrecht). Die Grundprincipien des österreichischen Heimatsrechtes. Erwerb, Verlust, Inhalt desselben.

§ 44. γ_1. **Familienangehörigkeit.** S. 60—61.
Die Familie ist kein staatliches Organ mehr. Ehe, Verwandtschaft, Schwägerschaft.

§ 45. **2. Ausdehnung der Persönlichkeit.** S. 61—74.

I. Gemeinsamkeit und Collision von Interessen als Entstehungsursache der als juristische Personen bezeichneten rechtlichen Bildungen. II. Die Anerkennung eines Gemeininteresses durch die Rechtsordnung als Voraussetzung rechtlicher Wirkungen. III. Die verschiedenen Formen der Manifestation und Verwirklichung von Gemeininteressen (Corporation, Stiftung, Vermögensparcellen).

§ 46. a. **Corporation.** S. 75—79.

Die Vereinigung als ihr äusseres Substrat. Die Specificierung der Vereinigung zur Corporation. Einzelne Corporationsgruppen (der Staat, die Gemeinde, der Verein).

§ 47. *α*. **Elemente.** S. 80—83.

α_1. Mitglieder. β_1. Vermögen. γ_1. Vertretung.

§ 48. *β*. **Entstehung.** S. 83—89.

Der Wille. Seine Manifestation. Seine Anerkennung durch die Rechtsordnung. (Die Principien von welchen die Rechtsordnung bei Ertheilung der Anerkennung ausgehen kann und insbesondere das Princip des §. 26 a. b. G.; nach österreichischem Rechte reduciert sich die Frage der Anerkennung der juristischen Person auf die der administrativen Anerkennung der Vereinigung; die Principien der administrativen Anerkennung und insbesondere der Vereinsgesetze vom 15. November 1867 und 26. November 1852).

§ 49. *γ*. **Auflösung.** S. 89—91.

Begriff der Auflösung. Fälle der Auflösung (Wegfall der Mitglieder Selbstbeschränkung der Dauer, staatliche Aufhebung). Wirkung der Auflösung auf das Corporationsvermögen.

§ 50. b. **Stiftung.** S. 92—93.

Das Vermögen als ihr äusseres Substrat (Zweckvermögen).

§ 51. *α*. **Elemente.** S. 93—96.

α_1. Der Stifter. β_1. Das Stiftungsvermögen. γ_1. Die Stiftungsvertretung.

§ 52. *β*. **Entstehung.** S. 96—97.

Stiftungswille. Vermögensausscheidung. Staatliche Anerkennung.

§ 53. *γ*. **Aufhebung.** S. 97—98.

Vermögenswegfall. Aprioristische Beschränkung. Entziehung der staatlichen Anerkennung.

§ 54. c. **Herrenlos gewordene, jedoch rechtlich vinculierte Vermögensparcellen.** S. 98—103.

I. Natur derselben. II. Arten. 1. Das Individualvermögen und speciell die hereditas jacens. (Die Controverse über die juristische Persönlichkeit der letzteren; Präcisierung des Streitpunctes; die hereditas jacens nur ein Fall selbstständiger Behandlung eines Individualvermögens). 2. Die Grundbuchseinlage. 3. Das Inhaberpapier. III. Substrat, Anfang und Ende der juristischen Persönlichkeit der Vermögensparcellen.

§ 55. **3. Einschränkung der Persönlichkeit.** S. 103—105.

Begriff. Sclaverei, Leibeigenschaft, Unterthänigkeitsverhältnis. Rechtsminderung der Verbrecher, Deserteure, Ordenspersonen.

§ 56. **B. Sachen.** S. 106—107.

Der rechtliche Sachbegriff. Sein Verhältnis zum natürlichen Sachbegriff. Einschränkung und Erweiterung desselben.

§ 57. **1. Natürliche Sache.** S. 107—108.

Die gedachte räumliche Begrenzung als das Individualisierungsmoment (Elemente des Begriffes der Individualsache; Verhältnis der einzelnen Sachen zum Erdballe; Verhältnis der einzelnen Sachen unter sich).

§ 58. a. **Elemente.** S. 108—110.

Stofflicher Unterschied. Die Form als räumliches Verhältnis der Stoffe (mechanische Unabhängigkeit; Organismen; das subjective Moment in der Fixierung der räumlichen Begrenzung). Bedeutung des Wechsels für den Sachbegriff (Vereinigung; Trennung; Veränderung).

§ 59. *α*. **Sachvereinigung.** S. 110—115.

Der Zuwachs im technischen und rechtlichen Sinne (die Sache hört auf Gegenstand gegenwärtiger rechtlicher Wirkungen zu sein und hat nur Individualbedeutung hinsichtlich eines jus dormiens). Die Sachvereinigung (Bedeutung der Rechtsverhältnisse an den Theilsachen für die Rechtsverhältnisse an der vereinigten Sache; Unterschied zwischen Total- und Partialrechten in dieser Hinsicht). Die Sachvermengung (die Rechtsverhältnisse am Sachgemenge).

§ 60. *β*. **Sachtrennung.** S. 115—122.

Die Theilbarkeit vom Gesichtspuncte des Individualinteresses aus bestimmt. Gedachte räumliche Theilung bei fortlaufender physischer Ungetheiltheit. Zerlegbare, theilbare, fruchtbringende Sachen (der Fruchtbegriff; Einfluss der rechtlichen Condition der Hauptsache auf die der Früchte, Begrenzung dieses Einflusses, der Begriff der Industrialfrüchte als Ausgangspunct des Interesses an der Loslösung des rechtlichen Schicksales der Früchte von dem der erzeugenden Sache; Begriff der Civilfrüchte.)

§ 61. *γ*. **Sachumwandlung.** S. 123—126.

Die Sachumwandlung und der Specificationsbegriff. Rechtliches Loos der specificierten Sache (Berücksichtigung des früheren Rechtes an der Sache, der Arbeit, oder beider Momente). Wann liegt eine Specification vor?

§ 62. b. **Verhältnis der Sachindividuen zum Erdballe** (Beweglichkeit und Unbeweglichkeit der Sachen). S. 126—132.

Begriff der Unbeweglichkeit. Grundstücke und Gebäude. Terminologische Ausdehnung.

§ 63. c. **Verhältnis der Sachindividuen unter sich.** S. 132 bis 133.

Zusammengesetzte Sachen. Zusammengehörige Sachen. Die Werthrelation.

§ 64. *α.* **Zusammengesetzte Sachen.** S. 134—137.
Begriff. Die zusammengesetzte Sache als rechtliche Einheit. Anwendung auf Grundstücke.

§ 65. *β.* **Zusammengehörige Sachen.** S. 137—138.
Gesammtsachen. Zugehör. Zubehör.

§. 66. α_1. **Gesammtsachen** (Sachgesammtheit). S. 138—141.
Begriff. Die rechtliche Bedeutung liegt nur in dem sprachlichen Momente der Zusammenfassung verschiedener Verfügungen. Abgrenzung von den Quantitäten i. e. S.

§ 67. β_1. **Zugehörige Sachen** (Pertinenzen). S. 142—145.
Begriff. Unanwendbarkeit des Pertinenzbegriffes auf das Verhältnis von Grundstücken. Abgrenzung der Pertinenz von der zusammengesetzten Sache und der Gesammtsache.

§ 68. γ_1. **Nebensachen** (Zubehör). S. 145—147.
Die gesetzliche Vermuthung der in der Disposition über eine Sache enthaltenen Mitverfügung über andere Sachen (Nebensachen). Die speciellen Dispositivvorschriften der §§ 295 ff. a. b. G. Die allgemeine Vermutung des § 294 a. b. B.

§ 69. *γ.* **Werth.** S. 148—155.
Elemente der Werthrelation. Das Geld als Wertheinheit (Werthmesser) und Tauschmittel (die Edelmetalle; Beschränkung des Geldbegriffes auf die geprägten Metalle; Ausdehnung desselben auf das Papiergeld). Der Tauschwerth als Verkaufs- und Einkaufswerth (der gemeine Werth; der Individualwerth; der ausserordentliche Individualwerth).

§ 70. **2. Ausdehnung des Sachbegriffes.** S. 155—159.
Übertragung desselben auf den Rechts- und Vermögensbegriff. Insbesondere von der Theilung des Rechtes.

§ 71. **3. Einschränkung des Sachbegriffes.** S. 159—168.
Privatrechtlich ist nur das Sache, an dem Privatrechte von Privatpersonen möglich sind. I. Gewisse Sachen sind ihrer Natur nach unbeherrschbar, somit ungeeignet Rechtsobjecte zu sein. II. Bei anderen Sachen ist um ihrer allgemeinen Wichtigkeit willen die Sonderbeherrschung untersagt (insbesondere von den Rechten an Gewässern, beziehungsweise an den Thalbeeten und Thalbecken; die österreichischen Wassergesetze; öffentliche Gewässer und Privatgewässer). III. Gewisse Sachen soll überhaupt kein Privater innehaben.

§ 72. **C. Lebensverhältnisse.** S. 169—177.
Bedürfnisse, Machtverhältnisse und Rechtsverhältnisse. Die Gegenständlichkeit und die Persönlichkeit. Raum und Zeit als die Formen unserer Anschauung (die Lehre von Zeit und Raum gehört nur, insoweit es sich um die Interpretation von Willenserklärungen

oder Gesetzesbestimmungen handelt, in das Privatrecht; die factische Ungleichheit gleichnamiger Zeitabschnitte; der Beginn der Berechnung von Zeiträumen).

§ 73. **1. Von den zeitlichen Grenzen des Privatrechtes.** S. 178—206.
Nach welchem Rechte ist die Relevanz von nicht unter dem geltenden Rechte oder von unter verschiedenen Rechtsordnungen vorgefallenen Thatsachen zu beurtheilen? Der Gegensatz zwischen den Interessen des Individuums und den Interessen der rechtsetzenden Factoren und die Vereinigung dieser Gegensätze. Der legislativpolitische Standpunct und das positive Recht (die formalen Theorien: die ältere Doctrin, Savigny, Lassalle; Ursachen der Unmöglichkeit einer principiellen formalen Lösung; das positive Recht [die Bestimmung des § 5 a. b. G.; beim Mangel einer positiv rechtlichen Bestimmung wird es im Allgemeinen dem Willen des Gesetzgebers am nächsten kommen, wenn die juristische Relevanz jeder einzelnen Thatsache nach dem Rechte ihrer Zeit beurtheilt wird — Durchführung dieses Satzes, das Princip der Rückwirkung, das Princip der Nachwirkung —; die einzelnen Privatrechtsverhältnisse]).

§ 74. **2. Von den räumlichen Grenzen des Privatrechtes.** S. 206 bis 243.
Welches Recht ist zur Anwendung zu bringen, wenn nicht sämmtliche rechtliche Elemente in das rechtliche Gebiet des Realisierungsortes fallen? Das Interesse als ursprüngliches Motiv und als Grenze der Anerkennung fremden Rechtes (es gibt keine principielle formale Lösung; Reciprocität; Retorsion). Das positive Recht und der mutmassliche Wille des Gesetzgebers (historische Entwicklung [die Stammesrechte, das Territorialhoheitsrecht, die Personal-, Real- und gemischten Statuten]; die Lehre Savigny's; die einzelnen Rechtsverhältnisse).

§ 75. **3. Rechtsverhältnisse.** S. 243—245.
Die Beziehung der Person zu einem bestimmten Thatbestande (objectives Rechtsverhältnis). Die Beziehung der Person zu anderen Personen (subjectives Rechtsverhältnis). Die juristischen Thatsachen als Gestaltungsmomente des Rechtsverhältnisses; die Phasen des Rechtsverhältnisses; der Inhalt des Rechtsverhältnisses.

§ 76. a. **Juristische Thatsachen.** S. 245—246.
Neutrale Ereignisse. Neutrale Handlungen. Rechtsgeschäfte.

§ 77. *α.* **Neutrale Ereignisse.** S. 246—247.
Subjective Beziehung der Ereignisse.

§ 78. *β.* **Neutrale Handlungen.** S. 247—271.
Handlungen, welche ein Dürfen für den Handelnden herbeiführen. Handlungen, welche ohne Rücksicht auf ein schon bestehendes Sollen ein Sollen für den Handelnden begründen. Handlungen, welche mit Rücksicht auf ein schon bestehendes Sollen, dem sie zuwiderlaufen, ein Sollen für den Handelnden begründen, u. z.

insbesondere von den Momenten der Schuld, des Schadens, des Ersatzes. Schuld: Die bloss objective Verschuldung und ihre Zurückführung auf Unwissenheit und Irrthum (Rechtsirrthum, Thatsachenirrthum, logischer Irrthum); die subjective Verschuldung; Divergenz der Standpuncte des Beschädigten und des Beschädigers (Bedeutung der Willensunfähigkeit, der Willenslosigkeit, des Irrthumes [Lata culpa, levis culpa, culpa in concreto]). Ersatz: Jene Unterscheidungen, welche nach röm. Rechte entscheidend waren für die Frage, ob eine Haftung eintrete, bestimmen nach österr. Rechte nur den Umfang der Haftung. Schade: Die dreifache Scala der Schadenbemessung (unmittelbare Werthvernichtung; mittelbare Interessenschädigung; subjective Taxation).

§ 79. **γ. Rechtsgeschäfte.** S. 271—276.
Elemente des Rechtsgeschäftes als eines subjectiven Handelns. Die handelnden Personen. Die objective Consistenz des Rechtsgeschäftes

§ 80. α_1. **Elemente.** S. 276—277.
Der Wille. Die Willenserklärung. Das Gewollte.

§ 81. α_2. Wille. S. 277—278.
Sein Wesen. Seine Mängel. Seine Beschränkungen.

§ 82. α_3. Wesen des Willens. S. 278—281.
Die Vorstellungen vom Vorhandensein von dem Individualinteresse vortheilhaften Zuständen und von den zu ihrer Herbeiführung geeigneten Handlungen. Die Elemente der abwägenden Vortheilsberechnung (Grösse des zu erreichenden Vortheiles; Wahrscheinlichkeit der Erreichung; Mühelosigkeit der Handlung). Der Wille als die Vorstellung vom Setzen der dem Individualinteresse vortheilhaftesten Handlung. — Anmerkung: Prüfung des Ihering'schen Zweckbegriffes.

§ 83. β_3. Mängel des Willens. S. 282—284.
Richtung des Willens auf das Setzen concreter Handlungen. Richtung des Willens auf das Eintreten rechtlicher Wirkungen. Richtung des Willens auf den Individualvortheil (Irrthum, Irreführung, Zwang).

§ 84. α_4. Irrthum. S. 284—296.
Causale Bedeutung des Irrthumes (er kann bloss Irrthum im Motive sein; er kann zugleich auch Irrthum über die rechtlichen Handlungsfolgen sein; er kann ausserdem auch noch den Inhalt des Handlungsactes betreffen). Ursachen einer unbeabsichtigten Nichtübereinstimmung von Wille und Erklärung. Fälle, in denen der Irrthum, welcher bloss Irrthum im Motive ist, von Bedeutung werden kann (die irrige Voraussetzung als Bedingung, der Irrthum im Motive bei unentgeltlichen Verträgen und bei letztwilligen Anordnungen).

§ 85. β_4. Irreführung. S. 296—310.
Verhältnis von Irrthum, Irreführung und Betrug im österr. Recht, u. z.: Einfluss im Eherechte; Einfluss im Erbrechte; Einfluss bei

obligatorischen und dinglichen Verträgen. (I. Es ist erforderlich objective Irreführung durch den Mitcontrahenten oder dolose Ausbeutung eines anderweitig entstandenen Irrthumes. II. Der Irrthum muss causaler Natur sein. III. Relative Nichtigkeit, und bei einem nur als Motiv auftretenden Irrthume Anfechtbarkeit als Folge der Irreführung.)

§ 86. γ_4. Zwang. S. 310—312.
Sein Einfluss im Eherechte, Erbrechte, Vertragsrechte.

§ 87. γ_3. Willensbeschränkung. S. 313—315.
Bedingung. Befristung. Auflage.

§ 88. α_4. Bedingung. S. 316—362.
I. Die Bedingung im subjectiven Sinne als Abhängigmachung concreter Rechtsfolgen. 1. Inwiefern ist die Bedingung Willensbeschränkung? 2. Die Bedingung als Mittel das mangelhafte Wissen bei der Interessenberechnung zu paralysieren. 3. Die sogenannten Scheinbedingungen (condicio in futurum, praesens, praeteritum collata; die nothwendige, gewisse, unmögliche Bedingung; die selbstverständliche Bedingung). II. Die Bedingung im objectiven Sinne als das Ereignis, von dem concrete Rechtsfolgen abhängig gemacht werden. 1. Positive und negative Bedingung. 2. Die Potestativbedingung, die zufällige, die gemischte Bedingung, u. z. insbesondere: die auf den blossen Willen gerichtete Bedingung, die unerlaubte Bedingung, die unsittliche Bedingung. 3. Erfüllung, Ausfall und Schweben der Bedingung. III. Die von der Bedingnis (i. s. S.) und der Bedingung (i. o. S.) abhängig gemachten Rechtsfolgen. 1. Suspensiv- und Resolutivbedingung. 2. Rückwirkung. 3. Der Schwebezustand (practisches Verhältnis von positiver und negativer Bedingung einerseits und Suspensiv- und Resolutivbedingung andererseits: es handelt sich nur um die beabsichtigte Position während der Zeit des Schwebezustandes).

§ 89. β_4. Befristung. S. 363—375.
Der Anfangs- und der Endtermin. Die Zeitfixierung ein unablösbares Moment jeder Leistungszusicherung. Fixierung des Zeitpunctes (insbesondere die angebliche Kategorie unmöglicher Termine; der Termin, dessen Eintreten nicht controlierbar ist; der auf das Belieben des Verpflichteten gestellte Termin). — Vergleichung von Bedingung und Befristung.

§. 90. γ_4. Auflage. S. 375—378.
Begriff der Auflage. Ihre Bedeutung für das rechtliche Bedürfnis. Die Auflage im österr. Rechte und ihr Verhältnis zur auflösenden Bedingung.

§ 91. β_2. Erklärung des Willens. S. 379.
Die Erklärung als Willensausdruck. Erkennbarkeit (Art) der Willenserklärung. Form der Willenserklärung.

§ 92. α_3. Die Erklärung als Willenausdruck. S. 380—387.
Das Rechtsgeschäft als das dem Individuum gewährte Mittel, mit Willen rechtliche Folgen herbeizuführen. Beschränkung des Ab-

hängigseins der Rechtsfolgen vom Vorhandensein des auf sie gerichteten Willens aus Gründen der Verkehrssicherheit und die sich hieraus ergebende Collision zweier „Rechtsgrundsätze". Verhältnis von Wille und Erklärung (Nichtwollen der Erklärung; unbewusstes Nichtwollen des Erklärten; bewusstes Nichtwollen des Erklärten [Nichterklärung eines Gewollten, Erklärung eines Nichtgewollten, Erklärung eines Andersgewollten]).

§ 93. β_3. Art der Willenserklärung. S. 387—394.
Die ausdrückliche Willenserklärung. Die concludente Willenserklärung. Die vermutete Willenserklärung (einfache Vermutung, Fiction, praesumtio juris et de jure).

§ 94. γ_3. Form der Willenserklärung. S. 394—398.
Solennitätsformen. Beweisformen. Gewillkürte Formen.

§ 95. γ_2. Das Gewollte. S. 398—406.
Rechtssatz und Parteiwille (das Dogma von der souveränen Kraft des Willens auf dem Gebiete der obligatorischen Verträge; successive Entwicklung des Vertragsgebietes im röm. Rechte; auch das österr. Recht enthält keinen Satz, welcher die Verbindlichkeit von Verträgen allgemein ausspräche). Entgeltliches und unentgeltliches Rechtsgeschäft. Erwerbung; Veräusserung; Schenkung.

§ 96. β_1. **Personen des Rechtsgeschäftes.** S. 406.
Die Errichter (einseitiges Rechtsgeschäft). Die Contrahenten (zweiseitiges Rechtsgeschäft). Die Nebenpersonen.

§ 97. α_2. Das einseitige Rechtsgeschäft. S. 406—414.
I. Occupation und Derelition. II. Offerte; Ausstellung eines Inhaberpapieres; Rangordnungsanmerkung. III. Testament.

§ 98. β_2. Das zweiseitige Rechtsgeschäft. S. 414—418.
Einseitige und zweiseitige Verträge. Entgeltliche und unentgeltliche Verträge. Speciell der vermögensrechtliche Vertrag (obligatorische und dingliche Verträge; die Vertragsursache [causa]; die Lehre vom Titulus als Resultat einer verfehlten Generalisierung)

§ 99. γ_2. Die Nebenpersonen des Rechtsgeschäftes. S. 418 bis 431.
Begriff der Nebenpersonen. Abgrenzung nach Aussen. Arten von Nebenpersonen: Beistände; Mithilfer; Stellvertreter (Begriff der Stellvertretung: der Stellvertreter muss in objectiv erkennbarer Weise für einen Anderen handeln und zu diesem Behufe seinen eigenen Willen erklären; der Rechtsgrund der Stellvertretung [unabhängig vom Willen der Vertretenen, Vollmacht, Genehmigung]; die Wirkungen der Stellvertretung).

§ 100. γ_1. **Consistenz des Rechtsgeschäftes.** S. 431.
Nichtigkeit. Anfechtbarkeit. Convalescenz.

§ 101. α_2. Nichtigkeit. S. 432—441.
Nichtigkeitsgründe. Die nachfolgende Nichtigkeit als ursprüngliche mit sub condicione anticipiertem Bestande des Rechtsgeschäftes

und die relative Nichtigkeit als Unterart der nachfolgenden Nichtigkeit. Wirkung und Geltendmachung der Nichtigkeit.

§ 102. β_2. Anfechtbarkeit. S. 441—449.
Begriff. Unterschied von der relativen Nullität. Gründe der Anfechtung und insbesondere das Gesetz vom 16. März 1884.

§ 103. γ_2. Convalescenz. S. 450—455.
I. Convalescenz bei relativer Nichtigkeit. II. Convalescenz bei Unvollständigkeit des Thatbestandes, insbesondere Casuistik der Ratihabition bei der Stellvertretung. III. Convalescenz bei der Anfechtbarkeit.

§ 104. b. **Phasen des Rechtsverhältnisses.** S. 454—457.
Entstehung (originärer und derivativer, constitutiver und translativer Erwerb). Endigung (ipso jure und ope exceptionis). Veränderung (Singular- und Universalsuccession).

§ 105. c. **Inhalt des Rechtsverhältnisses.** S. 458.
Das Erzwingen-Dürfen (das subjective Recht). Das Geniessen-Können (der Besitz). Die Erzwingung des Geniessen-Könnens (die Rechtsverwirklichung).

§ 106. α. **Das subjective Recht.** S. 458.
Begriff. Arten. Phasen.

§ 107. α_1. **Begriff.** S. 459—465.
Das Causalitätsgesetz gilt auch für unsere Handlungen: der Wille als das gedachte Bindeglied zwischen Ursachen und zwischen Handlungen als deren Wirkung. Die Causalität im Rechtsbegriffe: das subjective Recht als gedachtes Bindeglied zwischen Ursachen und den von der Rechtsordnung im Falle ihres Eintretens verheissenen Wirkungen. Die herrschende Lehre: Genuss und Dispositionsbefugnis als vermeintlicher Inhalt des subjectiven Rechtes.

§ 108. β_1. **Arten.** S. 465—489.
I. Relative Rechte. II. Absolute Rechte. 1. Personenrechte. 2. Vermögensrechte. a. Das Eigenthum als das relativ vollständigste dingliche Recht. b. Die dinglichen Partialrechte: das sog. Untereigenthum (Schutz fur Genuss und Disposition); die Servitut (Schutz für Genuss); das Pfandrecht (Schutz für Disposition). c. Absolute Forderungsrechte. (Arten der Forderungsrechte. [α. Forderungsrechte hinsichtlich Sachen; β. Forderungsrechte auf sachliche Innehabungs- oder Gebrauchsgewährung, insbesondere die Bestandrechte und ihre gemischte Natur; γ. die nicht auf sachliche Gewährung zielenden Forderungsrechte]; Begriff der Forderung; die Forderung als Verkehrsobject und Gegenstand weiterer Rechte). 3. Die Familienrechte und das Erbrecht. III. Rechte mit variierender Richtung (Reallasten; Wiederkaufsrecht; Vorkaufsrecht).

§ 109. γ_1 **Entwicklungsphasen.** S. 490.
Entstehung der Rechte. Nebeneinander der Rechte. Erlöschen der Rechte.

§ 110. α_2. Entstehung des subjectiven Rechtes. S. 490—492.
Recht und Ausspruch.

§ 111. β_2. Das Nebeneinanderbestehen subjectiver Rechte. S. 492—494.
Bestehende Rechte als Basis entstehender Rechte. Bestehende Rechte als Hindernisse der Rechtsentstehung. Es gibt keine Collision bestehender Rechte.

§ 112. γ_2. Erlöschung. S. 495—512.
Verhältnis des Rechtes und der Ansprüche. Nur wenn alle Anspruchsmöglichkeiten erloschen sind, kann man sagen, das Recht sei erloschen (Anwendung auf den Begriff der Naturalobligation). Allgemeine Gesichtspuncte für die Erlöschung der Rechte und Ansprüche, speciell von der Confusio und von der Verjährung (nur bei Vermögensrechten hat die Verjährung Bedeutung; nur die einzelnen Ansprüche sind es, welche verjähren; dingliche Rechte und auf sie gestützte Ansprüche verjähren nicht).

§ 113. β. **Der Besitz.** S. 512—528.
Der Besitz und das Recht. Entstehung des Besitzschutzes und Verhältnis zum Eigenthumsschutze. Ausdehnung des Besitzbegriffes (Ausdehnung auf die Partialrechte und der animus domini; Ausdehnung auf alle Rechte; ist der Besitz selbst ein Recht?)

§ 114. γ. **Die Rechtsverwirklichung.** S. 528—530.
Die Rechtsverletzung. Der Rechtsanspruch. Der Rechtszwang.

§ 115. α_1. **Die Rechtsverletzung.** S. 530—532.
Die objective Rechtsverletzung im Verhältnisse zum Willen des Verletzers.

§ 116. β_1. **Der Rechtsanspruch.** S. 532—538.
Entstehung des Rechtsanspruches: Die Rechtsverletzung als Basis des Rechtsanspruches (Ursachen der Verkennung dieses Verhältnisses und Würdigung der erhobenen Einwendungen, insbesondere die Einwände aus der erst die Fälligkeit herbeiführenden Klage, der Anerkennungsklage, dem Sicherstellungsanspruche). Inhalt des Rechtsanspruches. Untergang des Rechtsanspruches.

§ 117. γ_1. **Der Rechtszwang.** S. 538.
Die Selbsthilfe. Die Rechtsliquidierung. Die Staatshilfe.

§ 118. α_2. Die Selbsthilfe. 539—548.
Die Selbsthilfe im Principe ein ungeeignetes Mittel zur Verwirklichung des Rechtes. Begrenzung dieses Satzes: Die Abwehr von widerrechtlichen Handlungen im Gegensatze zur Erzwingung von gebotenen Handlungen. Das positive Recht (der § 19 a. b. G.; die in ihm statuierte Verantwortlichkeit bezieht sich auf Störungen eines sachlichen Detentionsverhältnisses; die angeblichen Ausnahmen vom Verbote der Selbsthilfe, insbesondere die Selbstpfändung).

§ 119. β_2. Die Rechtsliquidierung. S. 548—549.
Klage. Exceptio. Urtheil.

α_3. Klage.

§ 120. α_4. Begriff. S. 549—554.
Die Klage als Mittel zur Rechtsverwirklichung. Anerkennungsklagen, Anspruchsklagen, prohibitorische Klagen; Erfüllungsklagen, Ersatzklagen, Strafklagen; vermögensrechtliche, dingliche, persönliche, familienrechtliche, erbrechtliche Klagen. Die Eintheilung der Rechte in absolute, relative, variierende ist unübertragbar auf die Klagen.

§ 121. β_4. Inhalt. S. 554—561.
Der Rechtssatz als Obersatz. Der thatsächliche Klagegrund als Untersatz (die rechtserzeugenden, rechtshindernden, rechtsvernichtenden Thatsachen; nur erstere bilden den Klagegrund; insbesondere von der Rechtsfähigkeit der Personen und der Verkehrsfähigkeit der Sachen). Das Petit als Conclusion.

§ 122. γ_4. Wirkung. S. 562—578.
Die Momente der Klageanbringung, Klagemittheilung, Klageeinlassung. Allgemeine Gesichtspuncte. Insbesondere: α_5. Wirkungen der Klageanbringung. 1. Klageconsumtion? 2. Unterbrechung der Verjährung und Ersitzung (§ 1497 handelt nur von der Ersitzung; Begründung; das WGGB und das Pr. LR.). 3. Activer und passiver Übergang auf die Erben. β_5. Wirkungen der Klagemittheilung. 1. Erhöhte Diligenzpflicht des Beklagten. 2. Der Umfang der Restitutionspflicht richtet sich nach der Zustellungszeit. 3. Präclusion des Wahlrechtes und der alternativen Berechtigung. γ_5. Wirkungen der Litiscontentation: dolose Streiteinlassung des Nichtbesitzers.

β_3. Exceptio.

§ 123. α_4. Begriff. S. 578—584.
Die Exceptio als Anspruch. Verhältnis der Exceptio zur Geltendmachung rechtshindernder oder rechtsvernichtender Thatsachen. Einrede, Einwendung, Exceptio.

§ 124. β_4. Inhalt. S. 584—589.
Das Vertheidigungsmateriale im Allgemeinen. I. Bekämpfung des Rechtssatzes. II. Bekämpfung der Thatsachen (des Untersatzes). III. Bekämpfung der Conclusion. 1. Aufdeckung eines logischen Schlussfehlers. 2. Ergänzung des Klagefactums. 3. Exceptio. — Dilatorische und peremptorische Exceptio und Einrede. — Die Gegenvertheidigung: Replik und Duplik.

§ 125. γ_4. Wirkung. S. 589—598.
I. Die Exceptio hat keine consumierende Wirkung. II. Sie unterbricht weder Ersitzung noch Verjährung (Erörterung der angeblichen Verjährbarkeit der Exceptio). III. Sie absorbiert die vorhandenen Wahlrechte und macht rein persönliche Ansprüche vererblich.

γ_3. Urtheil.

§ 126. α_4. Begriff. S. 599—601.
Anerkennung. Declaratorische Condemnation. Constitutive Condemnation.

§ 127. β_4. Inhalt S. 601—611.
I. Der Ausspruch über die Rechtssätze. II. Der Ausspruch über die Thatsachen (der Beweis; die Vermuthungen; die präsumtiones juris et de jure). III. Der Ausspruch über das Petit (die Stufenfolge bei Prüfung der Prämissen).

§ 128. γ_4. Wirkungen. S. 612—632.
I. Anerkennung und Condemnation (Loslösung des anerkannten Rechtsverhältnisses von der Wahrheit und Relevanz der Entstehungsursachen; die als wahr und relevant angenommenen Thatsachen bleiben bestimmend für Art und Gestaltung des Rechtsverhältnisses; hinsichtlich der concreten Condemnation hört jede weitere Bedeutung der fixierten Thatsachen auf, das vorhanden gewesene Sollen geht über in die Judicatsobligation, d. h. der Anspruch tritt in ein neues Entwicklungsstadium). II. Rechtskraft des Urtheiles (positive und negative Function der Exceptio reijudicatae; Rechtskraft hinsichtlich der Exceptionen, Präjudicialpuncte, Thatsachen; Personen zwischen welchen die Rechtskraft wirkt). III. Einfluss des Urtheiles auf die Verjährung.

§ 129. β_2. Die Staatshilfe (Execution). S. 632—633.
Directe und indirecte Execution.

Elemente des Privatrechtes.

Das Privatrecht schützt die vitalen Bedürfnisse der menschlichen Individuen (§ 18), beziehungsweise es sichert ihre Befriedigung. Der Einzelne vermag sich nicht lediglich aus sich selbst heraus zu erhalten und fortzupflanzen, er benöthigt hiezu Gegenstände der Aussenwelt, seien es nun Sachen, d. i. solche Gegenstände der Aussenwelt, welche selbst keine menschlichen Individuen sind, oder seien es andere menschliche Individuen, welche entweder unmittelbar, d. i. durch ihre eigene Beschaffenheit oder mittelbar, indem sie Mittel zur Gewinnung anderer Personen oder Sachen werden, dem Individualbedürfnisse zu dienen vermögen. Und da die meisten Bedürfnisse momentane Befriedigung erheischen, das Gewinnen der erforderlichen Objecte der Aussenwelt jedoch einen gewissen Aufwand von Zeit und Arbeitskraft erfordert, ist es für das Individuum nöthig, diese Gegenstände der Aussenwelt in ein gewisses Verhältnis zu sich zu bringen, das die jeweilige momentane Möglichkeit der Benützung gewährt.

Es werden daher in's Auge zu fassen sein 1) die Gebrauchsbedürftigen, um deretwillen sich die Rechtsordnung gebildet hat, die „Personen“, 2) die nicht selbst als Personen sich darstellenden Gebrauchsobjecte, die „Sachen“, und 3) die rechtlich relevanten Beziehungen zwischen den Personen als Rechtssubjecten einerseits und den Personen als Rechtsobjecten und den Sachen anderseits, die rechtlich relevanten „Lebensverhältnisse“.

A. Personen.[1]

§ 22.

Wenn wir die Lehre von der Persönlichkeit systematisch zerlegen würden in die Lehre von dem Wesen, den Voraussetzungen und den Wirkungen der Persönlichkeit, so würde sich gleich Eines ergeben, dass ihr Wesen nur darin besteht, dass die Rechtsordnung an das Vorhandensein gewisser Voraussetzungen eine bestimmte Wirkung knüpft, nemlich die, dass es die von ihr wegen Vorhandenseins dieser Voraussetzungen als Personen anerkannten Individuen in ihren Interessen, in der Befriedigung ihrer Bedürfnisse schützt, dass sie denselben in den in der Rechtsordnung vorgesehenen Fällen die staatliche Unterstützung zur eventuellen Erzwingung fremder Handlungen oder Unterlassungen zusichert. Und so zeigt sich, dass die Persönlichkeit begrifflich nichts Reales, dass sie nur das gedachte Bindeglied zwischen in ein Causalitätsverhältnis gesetzten Erscheinungen ist, das Vorhandensein der Voraussetzungen einer Reihe von Wirkungen ausdrücken soll.

Mit der Frage nach diesen Wirkungen aber werden wir auf den Inhalt der Rechtsordnung selbst gewiesen. Dadurch dass die

[1]) Fischer, Ferd. Von den Rechten, welche sich auf persönliche Eigenschaften und Verhältnisse beziehen. Eine Zusammenstellung und Vereinigung der öst. und pr. Rechtsgrundsätze. Z. f. ö. R. 1844 II, N. 41, S. 261—297. Ratigan, W. H. De Jure Personarum; or A Treatise on the Roman Law of Persons. London 1873, S. 346. Mandry, Der civilrechtliche Inhalt der Reichsgesetze I. Cap. Das Personenrecht. Archiv. f. civ. Pr. LIX, NF IX 1876, S. 281—291, 293—371. (Auch Tübingen 1878, 1. Aufl.; Freiburg i. Br. 1883, 2. Aufl.) Krah, C. Das Personenrecht nach Reichsrecht und Landesrechten und die grossen Justizgesetze f. d. Deutsche Reich, I. Band, Personenrecht. Frankfurt a. M. 1877, S. 236. Savigny II; Winiwarter I, § 41—68; Unger I, § 25—44; Schiffner I, § 35—64a; Vesque v. Püttlingen § 23—58; Arndts § 24—47; Brinz I, § 34—63; Windscheid I. § 49—62; Roth, Deutsches Privatrecht I, § 60—73; Gerber § 34—57; Stobbe I, § 36—62; Schwarze in Weiske's Rechtslex. „Person".

Rechtsordnung und ihr Inhalt für den Einzelnen überhaupt vorhanden ist, dass sie auch für ihn und sein Interesse anwendbar ist, d. i. auch ihm ermöglicht, ihren Inhalt gegen widerstrebende Dritte, dort wo es zu seinem Vortheile gereicht, zwangsweise zu verwirklichen, dadurch, nur dadurch wird er zur Person im rechtlichen Sinne. Und da wir die dem Einzelnen verheissene Möglichkeit, die staatliche Rechtsordnung für sich zu verwirklichen, sein Recht nennen, und uns angewohnt haben, stets von diesem subjectiven Rechte auszugehen, so pflegen wir diese seine Anerkennung durch das Recht, diese Anwendbarkeit des Rechtes auf ihn, seine Rechtsfähigkeit (= Fähigkeit Rechtssubject zu sein) zu nennen; aber da nur ein Theil der von dem Rechte gewährten Anerkennung des Individuums hierin seinen Ausdruck findet, nur die Anerkennung der rechtlichen Zustände und Verhältnisse desselben, während die Anerkennung seiner eigenen gestaltenden Thätigkeit auf rechtlichem Gebiete, die ihm durch die Rechtsordnung eröffnete Möglichkeit, seine rechtliche Stellung durch absichtliches oder bewusstes Handeln zu modificieren, dabei vollkommen unberücksichtigt bleibt, sah man sich genöthigt, dieser die Persönlichkeit angeblich ausmachenden (subjectiven) Rechtsfähigkeit noch eine eigene Handlungsfähigkeit zur Seite zu stellen,[2]) eine Nothwendigkeit, welche m. E. entschwindet, wenn nicht von dem subjectiven Rechte, sondern von der objectiven Rechtsordnung

[2]) Als Einer für Viele: Unger I, § 25, N. 3. Die Handlungsfähigkeit ist aber nur eine Erscheinungsform der Rechtsfähigkeit, wenn man will, ein Theil der Rechtsfähigkeit. Die Handlungsunfähigkeit ist somit nur eine Beschränkung der Rechtsfähigkeit, die Handlungsunfähigkeit und nicht die Handlungsfähigkeit ist der Begriff, von dem man systematisch auszugehen hat, die Handlungsfähigkeit ist nur sein schon im allgemeinen Begriff der Persönlichkeit und Rechtsfähigkeit enthaltenes Widerspiel, der Rest, welcher von allen Handlungen, welche das Individuum physisch setzen kann, nach Abzug der von der Rechtsordnung als rechtswirksam nicht anerkannten Handlungen verbleibt. Allerdings gibt es ausser dieser rechtlichen Handlungsfähigkeit auch eine rein physische, natürliche Handlungsunfähigkeit. Aber dass ein Wickelkind keinen Vertrag abschliessen, kein Testament errichten kann, dass überhaupt der Willensunfähige keinen Willensact setzen kann, das bedarf so wenig der Hervorhebung auf rechtlichem Gebiete, als dass der Castrat kein Kind erzeugen kann. Rechtliche Bedeutung erhält der Begriff der Handlungsfähigkeit auch hier erst, wenn sich die Rechtsordnung seiner bemächtigt, wenn sie die Beschränkungen der selbstthätig gestaltenden Seite der Rechtsfähigkeit regelt, gewisse schematische Grenzen (z. B. ein bestimmtes Alter) oder auf Durchschnittsverhältnisse berechnete Grundsätze (z. B. gerichtlich constatierter Irrsinn) aufstellt, denen zu Folge nunmehr auch derjenige der physisch handeln und mit Bewusstsein handeln könnte, doch keine vom Rechte als wirksam anerkannten Handlungen setzen kann. Und eine derartige rechtlich verhängte

ausgegangen und demgemäss die Rechtsfähigkeit nicht lediglich als die Fähigkeit, Rechtssubject zu sein, sondern als die Fähigkeit, die Rechtsordnung auch für sich anrufen zu können, als die Fähigkeit, Object der Rechtsordnung zu sein, aufgefasst wird.[3])

Und so erübrigt denn nur, von den Voraussetzungen der Persönlichkeit zu sprechen, von dem äusseren Substrate, an dessen Vorhandensein die Rechtsordnung die angegebenen Wirkungen knüpft.

Ist auch für das Recht das Individuum der Ausgangspunct der Entstehung des Begriffes der Persönlichkeit, so ist ihm, das erst diesem Begriffe seinen Wert und Gehalt verleiht, doch nicht nothwendig jedes Individuum Person und nicht nothwendig bloss das Individuum Person. Indem es in gewissen Fällen die die Persönlichkeit begründenden Wirkungen auch dann eintreten lässt, wenn es sich nicht um ein Individuum, eine natürliche Person handelt, anderseits nicht stets allen Menschen die erwähnten rechtlichen Wirkungen angedeihen liess, erscheint der juristische Begriff der Persönlichkeit gegenüber dem natürlichen Begriff derselben theils erweitert, theils beschränkt. Es wird daher 1. von der natürlichen Person, dem Menschen, 2. von der Ausdehnung des Begriffes der Persönlichkeit, und 3. von der Einschränkung desselben gehandelt werden.

Handlungsunfähigkeit ist doch gewiss eine Beschränkung der Rechtsfähigkeit. § 61 a. b. G. z. B. beschränkt „die Fähigkeit einer Person, die Rechtsverhältnisse, in welchen sie stehen kann, durch sich selbst zu begründen“ (Unger l. c.), es läge also nach Unger hier eine Beschränkung der Handlungs- und nicht der Rechtsfähigkeit vor! Mit Recht (aber von seinem Standpuncte aus inconsequenterweise) betont Kirchstetter S. 36, N. 1 (ad § 18), dass es sich hier um die Rechtsfähigkeit handle, während er in der Bestimmung des § 27 b, StGB allerdings wieder nur eine Beschränkung der Handlungsfähigkeit erblicken will. Wenn Unger l. c. sagt: „die Handlungsfähigkeit verhält sich zur Rechtsfähigkeit wie die Möglichkeit zur Wirklichkeit“, so muss dem gegenüber betont werden, dass auch die Rechtsfähigkeit (i. s. S.) nichts ist als Möglichkeit. Die Rechtsfähigkeit ist nichts als persönliches Disponiertsein, wenn man will, die Eintrittskarte in die Hallen des Justizpalastes.

[3]) Dass es innerhalb dieser Rechtsfähigkeit im obj. Sinne gewisse Abstufungen je nach dem Inhalte der Rechtsordnung geben kann und gibt, ist selbstverständlich; das Recht erkennt nicht alle Rechtsfähigen als fähig an, die ganze Rechtsordnung für sich zu verwirklichen, und so verweigert es auch den Handlungen oder einzelnen Handlungen gewisser im Übrigen rechtsfähiger Personen seine Anerkennung.

1. Der Mensch, die natürliche Person.

§ 23.

Der Mensch, das menschliche Individuum, ist das Substrat der natürlichen Person. Mit dem Menschen beginnt diese, mit ihm findet sie ihr Ende. Es wird daher die Frage zu erörtern sein, wann wird der menschliche Körper menschliche Person, wann hört er auf es zu sein, und es wird von seinen rechtlich bedeutsamen Qualitäten, d. i. jenen Beschaffenheiten und Verhältnissen desselben, welche die Rechtsfähigkeit zu modificieren vermögen, zu sprechen sein.

a. Geburt.

§ 24.

Das menschliche Individuum beginnt in einem gewissen Sinne mit der nach dem Acte der Zeugung erfolgten Vereinigung des Samen- und des Eithierchens. In die äussere Erscheinung tritt es jedoch erst mit der Geburt, d. i. mit dem Austritte des Foetus aus dem Mutterleibe, und erst in diesem Zeitpuncte erlangt es seine thierische Existenz, während es vorher nur eine organische Existenz besass.[1]) Das österr. Recht hat sich in weiser Vorsicht enthalten, irgendwelche Kriterien des Vorhandenseins eines selbstständigen menschlichen Individuums aufzustellen. Nur der vollständige Austritt des Foetus wird auch nach österr. R. erforderlich sein, um das Vorhandensein eines Menschen anzunehmen.[2]) Im Übrigen bleibt die Frage, ob ein lebendes menschliches Wesen geboren wurde, d. h. zur selbstständigen natürlichen

---

[1]) „Partus . . antequam edatur, mulieris portio est vel viscerum.“ L 1, § 1, D 25. 4.

[2]) So fasst der Sprachgebrauch das Wort „Geburt“ auf. Eine Mutter, deren Kind den Mutterleib noch nicht völlig verlassen hat, hat noch nicht geboren, ihr Kind ist noch nicht geboren. Vgl. das goth. usatbairan, usbairan, Diefenbach Lex. I, S. 257. Ferner Luther, Jes. 37. 3 „Wenn die Kinder bis an die Geburt komen sind und ist keine kraft da zu gebären.“ Dass das öst. R. hinsichtlich der Frage nach dem Beginne der natürlichen Persönlichkeit die Geburt für massgebend erachtet, d. i. also den vollständigen Austritt des Kindes aus den Geburtstheilen der Mutter, ergibt sich aus §§ 22. 23 a. b. G. (Allerdings aber kann ein Kind schon athmen, ja schreien, bevor es geboren ist, ja da es noch mit Brust und Unterleib sich in den Geburtstheilen befindet. Vgl. Goettinger Gel. Anzeiger 1809, I, S. 150. Osiander, Neue Denkwürdigkeiten I, S. 150. Ja es ist auch, allerdings „in sehr seltenen Fällen“ [wenn Luft in den Uterus gelangte]

Existenz gelangte, vollkommen der Beantwortung durch die Naturwissenschaft vorbehalten. Die erfolgte Eintragung in die Geburtsregister enthebt die Parteien nicht nur der Nothwendigkeit die Geburt, sondern auch der, die Lebendgeburt zu beweisen, da diese Register öffentliche Urkunden sind[3]) und nur über die Lebendgeburten geführt werden. Doch wird auch durch Producierung des Registerauszuges der Gegenbeweis nicht ausgeschlossen.

Die Lebensfähigkeit (Vitalität)[4]) ist kein Erfordernis der Persönlichkeit nach öst. R.,[5]) und so werden menschliche lebend geborene Individuen, auch wenn ihnen gewisse zum Weiterleben unbedingt nöthige Organe[6])

---

schon „ein Schreien des Kindes im Uterus — Vagitus uterinus — gehört worden", Schröders Geburtshilfe, S. 593, Hofmann, Gerichtl. Medicin, S. 713. Über vorzeitiges Athmen vgl. insbes. Schwartz, „Die vorzeitigen Athembewegungen, Leipzig 1858, Schultze, Der Scheintod Neugeborener, Jena 1871). Das r. R. besagte geradezu: Partus nondum editus homo non recte fuisse dicitur. L 9, § 1 D. 35. 2.

[3]) Hofd. 15. Januar 1787, lit. ff. JGS 621; a. h. E. 20. Nov. 1829 JGS 2442, ME 23. Januar 1866 RGB 15, § 23, Z. 3; Gesetz 10. Juli 1868 RGB 12 ex 1869, A. 1; Hkzd. 17. Nov. 1845 JGS 909; Gesetz 9. April 1870 RGB 51, § 3; der § 5 des letzten Gesetzes bestimmt (zunächst allerdings nur für die Confessionslosen), wer zur Erstattung der Geburtsanzeige verpflichtet ist. Es ist diess in erster Linie der eheliche Vater, in zweiter der Geburtshelfer oder die Hebamme, in dritter der Wohnungsinhaber, in letzter die Mutter. Geburten in öffentlichen Anstalten sind vom Vorsteher zur Anzeige zu bringen. § 6 cit. enthält die Strafsanction für den Fall der Anzeigeversäumnis.

[4]) Wächter, Dr. C. G. Commentationis de partu vivo non vitali, pars I—V, Leipzig 1863—1866 (im Auszuge mitg. von Fitting im Archiv f. c. Pr. L 1867 N. I, S. 1—26). Dr. Riccardus Sarrazin, De partu vivo non vitali. Diss. inaug. Berlin 1870, S. 31.

[5]) Nach franz. Rechte, Code civ. A. 725 und 906 ist allerdings die Lebensfähigkeit (né viable) eine Voraussetzung der Erwerbung durch Erbgang, Testament, Schenkung. Ebenso nach Bern'ischem Civ.Ges.Buch § 9. Dass Unger I, S. 232 für das öst. R. die Lebensfähigkeit als Erfordernis aufstelle, wie Kirchstetter auch noch in der neuesten Auflage (ad § 23, S. 45, N. 1) angibt, ist unrichtig. Lebensfähigkeit erforderte der Sachsenspiegel (I. 33, „alsô grôz, daz es lîbhaftig mohte wesen"; I. 36, § 1, „daz daz kint leben muge"), ein zehntägiges wirkliches Leben die Lex Visig. IV. 2, c. 17, c. 18 pr. Genau genommen handelt es sich bei der Frage nach dem Erfordernisse der Lebensfähigkeit des Kindes nicht so sehr um dessen „Persönlichkeit" oder Rechtssphäre, sondern vielmehr um die Frage, ob durch die Geburt eines lebensunfähigen, oder wie im Falle der L. Vis. bald wieder verstorbenen Kindes, der Erbgang, beziehungsweise überhaupt die Rechtsverhältnisse Dritter, alteriert werden sollen.

[6]) Z. B. das Gehirn. Hühnerwolf, Ephem. Nat. Cur. Dec. Obs. 98 erzählt von einem Kinde, das ohne Gehirn mehrere Monate lang lebte.

fehlen, dennoch als Personen anzusehen sein. Es genügt, dass das menschliche Wesen nach der Geburt, d. i. der Zeit seines Ausscheidens aus dem Mutterleibe, wenn auch durch noch so kurze Zeit gelebt habe. Die Prüfung dieser Frage ist Gegenstand der gerichtlichen Medicin. Das österr. R. stellt jedoch in dieser Richtung in favorem der Persönlichkeit eine Rechtsvermutung auf. § 23 a. b. G. besagt: „Im zweifelhaften Falle, ob ein Kind lebendig oder todt geboren worden sei, wird das Erstere vermuthet. Wer das Gegentheil behauptet, muss es beweisen." Derjenige, der somit ein behauptetes Recht oder das angebliche Erlöschen eines Rechtes auf die Geburt eines lebenden Kindes stützt, hat nur die erfolgte Geburt zu beweisen; schon seine blosse Behauptung, das Kind sei lebend geboren worden, macht den „Fall" zu einem „zweifelhaften", und so lange nicht von andrer Seite bewiesen wird, dass das Kind ein todtgebornes war, gilt seine Behauptung als wahr. Hinsichtlich der Frage der Priorität der Geburt bei Zwillingen, sowie der Frage, ob im Falle einer Missgeburt beziehungsweise Verwachsung zweier Körper ein oder zwei Individuen (wie bei den siamesischen Zwillingen) respective Personen vorhanden seien, hat ebenfalls die Wissenschaft freien Spielraum.

Wenn jedoch normaler Weise erst mit der Geburt die Anerkennung der Persönlichkeit auf dem Gebiete des Rechtes beginnt, so knüpft doch das Recht in gewissen Fällen schon an jenen eingangs bezeichneten Moment der Empfängnis gewisse Wirkungen.[7]) Nicht nur, dass es schon die Leibesfrucht vor gewaltsamer absichtlicher Zerstörung schützt (§§ 144—148 StGB): es erkennt ihre rechtliche Existenz auch schon insoferne an, als es sich um sie selbst, um die ihr selbst seinerzeit zu erwerbenden Rechte handelt (§ 22 a. b. G.), also hinsichtlich des Erbrechtes und anderweitiger vermögensrechtlicher Zuwendungen z. B. „an die Kinder der A."[8]) Diese Anerkennung aber ist nur eine bedingte; sie gilt nur für den im Zweifel nach § 23 a. b. G. vermuteten Fall,

---

[7]) „Insoferne beginnt mit der Geburt nur der Mensch, nicht die Person"; Rudorff, Anm. ad N. b. § 114 von Puchta's Pandecten.

[8]) Die betreffende Stelle des § 22 a. b. G. ist fast eine wörtliche Übersetzung der Paroemie, Nasciturus pro jam nato habetur, quoties de commodis ejus quaeritur. Vgl. L 7, D 1. 5. Vgl. auch § 27 lit. a StGB, wonach der Adelsverlust die vor dem ihn nach sich ziehenden Strafurteile „erzeugten Kinder" nicht trifft. Ferner § 3 des Gesetzes 17. Dec. 1862 RGB 103 (auch Art. IV der Gesetze vom 31. Dec. 1867 RGB 8, 9 und 12. Mai 1869 RGB 103—112), wonach, ungeachtet der Aufhebung des Lehenbandes die Lehengesetze in Ansehung der Nachfolge und der sonstigen Rechte und Pflichten der Mitglieder der vassalitischen Familie untereinander, so lange

dass das Kind lebend geboren werde; sie entfällt ex tunc sammt allen ihren etwaigen Wirkungen, welche dritte Personen als Rechtsnachfolger an sie knüpfen könnten, unbedingt, sobald es feststeht, dass kein lebendes menschliches Individuum geboren wurde oder geboren werden wird.

Die Frage, ob ein Kind zu einer gewissen Zeit bereits empfangen war, ist, insoweit sie in anderer Hinsicht als rücksichtlich der Vaterschaft oder ehelichen Geburt practisch war (z. B. B setzt „die Kinder der A" testamentarisch zu Erben ein und stirbt zu einer Zeit, für die es fraglich ist, ob das später geborene Kind schon concipiert war), durch den Ausspruch Sachverständiger zu lösen, und trifft die Beweislast der erfolgten Conception denjenigen, der aus ihr seine Rechte ableitet. Keinesfalls lässt sich die Vermutung des § 138 a. b. G. in der Weise umkehren, dass vermutet würde, ein Kind sei im 10., 9., 8. und 7. Monate vor seiner Geburt jedenfalls schon empfangen gewesen.[9]) Ja nicht einmal der Grundsatz ergibt sich aus §§ 138 und 155 a. b. G., dass ein Kind im eilften Monate vor der Geburt noch keinesfalls oder im sechsten schon unbedingt empfangen gewesen sein müsse, obwol in dieser Richtung der Ausspruch der Sachverständigen kaum einem Zweifel unterliegen dürfte.[10])

b. Tod.

§ 25.

Das natürliche Ende des Menschen als der natürlichen Person ist der Tod. Mit ihm hört der menschliche Körper auf, Person zu sein, er wird zum Leichnam, zur Sache.

Wie jede Thatsache, auf welche Rechte gegründet werden, muss auch der Tod eines Menschen von jenen, welche aus ihm gewisse recht-

in Kraft bleiben, als noch zur Nachfolge in das Lehen berufene, zur Zeit der Kundmachung des Gesetzes bereits erzeugte Personen vorhanden sind. Für den Nasciturus, dem Rechte zufallen, ist nach § 270, 274 a. b. G. ein Curator zu bestellen; ein solcher kann auch für die ungeborene Nachkommenschaft überhaupt oder einen als Rechtserwerber in Aussicht genommenen noch unerzeugten Nachkommen bestellt werden.

[9]) So mit Recht Stubenrauch I, S. 74 (4. Aufl.) gegen Winiwarter I, § 48.

[10]) Ahlfeld, Beobachtungen über die Dauer der Schwangerschaft, Mon. f. Geb. XXXIV, 1869, S. 180; Löwenhardt, Die Berechnung und die Dauer der Schwangerschaft, Arch. f. Gynäk. III, 1872, S. 456.

liche Wirkungen ziehen wollen, bewiesen werden.[1]) Unter Umständen jedoch wird dieser Beweis unmöglich oder doch nur sehr schwer erbringbar sein. Da jedoch das menschliche Leben „seiner Natur", d. i. unserer Erfahrung nach, ein zeitlich beschränktes ist, würde in vielen Fällen die Schwierigkeit oder Unmöglichkeit des Todesbeweises eine ganz unbegründete Schranke für die rechtlich anerkannten Interessen dritter Personen bilden; und darum unterstützt das Recht diese wolbegründeten Interessen Dritter, indem es in gewissen Fällen den Beweis des Todes nicht verlangt, vielmehr die Vermutung rechtlich ausspricht, es sei der Tod eines Menschen bereits erfolgt.[2]) Die Folge hievon ist nun, dass in diesen später zu erörternden Fällen nur das

[1]) Die normale Art des Todesbeweises wird die durch Producierung des Todtenscheines, d. i. des Auszuges aus den über die Sterbefälle geführten öffentlichen Registern sein (vgl. die gesetzlichen Vorschriften o. § 24, N. 3). Aber auch durch andere Beweismittel, insbesondere Zeugen, kann derselbe dargethan werden. Durch das Gesetz 16. Febr. 1883 RGB 20, wurde für den Todesbeweis, welcher in anderer Weise als durch öffentliche Urkunden erbracht werden will, ein eigenes (officioses) Verfahren mit freier richterlicher Beweiswürdigung normiert (§§ 10. 2. 3. 4), zu dessen Vornahme der Gerichtshof erster Instanz zuständig ist, „in dessen Sprengel der Abwesende seinen letzten Wohnsitz und in Ermangelung eines Wohnsitzes seinen letzten Aufenthalt hatte" (§ 1).

[2]) D. h., wenn normalerweise gewisse Rechtsfolgen (Erbgang etc.) nur an den Tod eines Individuums geknüpft sind, sollen sie ausnahmsweise auch beim Vorhandensein anderer Umstände eintreten, weil eben durch diese der Tod im höchsten Grade wahrscheinlich gemacht wurde. Über das historische des Institutes der Todeserklärung vgl. vorzüglich Bruns in Bekker's Jahrb. I. 1857, N. V, Die Verschollenheit, S. 90—201 (in den „Kleineren Schriften", Weimar 1882 I, S. 48—135); Stobbe I, § 38, S. 268—271, für das öst. R. Dolliner, Z. f. ö. R. 1826 I, N. XIII, § 2, S. 182—187; Motivenbericht zum Gesetz 16. Februar 1883, RGB 20 (Kaserer N. XXXIV, S. 19. 20); D. Madeyski, Gesetzentwurf, betreffend das Verfahren zum Zwecke der Todeserklärung u. d. Beweisführung des Todes, Z. f. Not. 1882, N. 15. 16. 32. 33. Über die deutschen Particularrechte Roth, Deutsches Privatrecht I, § 61. S. 340—366. Über die Todeserklärung überhaupt ausser den Genannten (Dolliner's Aufsätze N. XIII, XVII, XXI, XXVIII, XXXII 1826 und N. XXXV 1827 der Z. f. ö. R.) Cropp in Cropp u. Heise's Abhandlungen (1830) II. N. 4 u. 5, S. 115—174; Pfeiffer pract. Ausführungen II, S. 236—262, IV, S. 351—415 (1836); Northoff, Gibt es ein gem. deutsches Verschollenheitsrecht? Archiv f. pract. Rechtsw. N. F. II, 1; Harder, Zur Lehre von d. Verschollenheit, Zeitschr. f. CR u. Process, N. F. XIX, S. 293; Seitz, Streitfragen aus der Lehre v. d. Verschollenheit nach Bamberger Landrecht, Seuffert's Blätter f. Rechtsanw. XXXI, NF XI, 1866, S. 273 u. 289. Für das ö. R. Schopf, Die Todeserklärung und das diessbezüglich vorgeschriebene Verfahren, Graz 1845; Nippel, Über Todeserklärungen nach den Vorschriften des ö. a. b. G. B. in seinen Materialien, Wien 1850 I, S. 108;

Vorhandensein gewisser genau normierter Umstände, welche den erfolgten Tod im höchsten Grade wahrscheinlich machen, von jenem zu beweisen ist, der den Tod als Voraussetzung des Eintrittes gewisser rechtlicher Wirkungen behauptet. Wenn sonst von B der Tod des X bewiesen werden müsste, muss nun nach erfolgter Todeserklärung von A das Leben des X bewiesen werden. Aus einem Verkennen dieses Verhältnisses hat sich jedoch als Correlat der Todesvermutung die Lebensvermutung ergeben; während nur für jenen eine Beweiserleichterung nothwendig ist, der seine rechtlichen Ansprüche auf den Tod eines Menschen stützt, wurde auch für jenen eine solche als implicite gewährt erachtet, der seine Ansprüche auf das Leben eines Individuums gründet. In gewissen Fällen freilich, z. B. wo der Erbe jemandem, der im Namen des vermutlich Verstorbenen innehat, oder dem von dem Verschollenen oder der Behörde für ihn bestellten Vertreter gegenübersteht, wird die processuale Stellung des Anspruchswerbers, der den ihm obliegenden Beweis nicht zu erbringen vermag, für den Gegner denselben Erfolg herbeiführen, als würde das Leben des Verschollenen rechtlich vermutet. Aber der practische Unterschied zwischen der Todes- und einer Lebensvermutung wird gleich dort ersichtlich werden, wo dieser Besitzer oder Vertreter selbst irgend welche rechtliche Ansprüche auf Grund des behaupteten Lebens erhebt, z. B. ein Vorkaufsrecht ausüben will (§ 1074 a. b. G.), oder Alimente einklagt. Hier wird gewiss kein Grund vorhanden sein, ihm den Beweis des Lebens zu erlassen.

Wenn auch die selbst für das Gebiet des gemeinen Rechtes[3]) vielfach angezweifelte und umstrittene Lehre von der Lebensvermutung

---

Harum, Zur gerichtlichen Todeserklärung, GZ. 1862, N. 25; Savigny II, § 63; Windscheid I, § 53; Arndts § 26; Beseler I, § 58; Stobbe I, § 38; Böhlau II, § 127—148; Kraut, Vormundschaft II, S. 227 ff.; Roth, bayr. Civilr. I, § 22, III, § 296; Winiwarter I, § 49—54; Unger I, § 27; Schiffner I, § 42; Randa, Erwerb der Erbschaft § 6; Rittner, ö. Eherecht § 40; Vesque § 25; Stubenrauch (4. Aufl.) I, S. 75. 76. 205. 206. 366—369; Kirchstetter, S. 46. 47. Vgl. auch Pfaff in Grünhut's Zeitschrift II, 1875. Über die Materialien des ö. a. b. G. S. 310. Steinberger in Weiske's RL „Verschollenheit". Eccius in Holtzendorff's Encyclop. „Verschollenheit".

[3]) Aus den Verfechtern der Lebenspräsumtion seien genannt Glück XXXIII, S. 291 ff., 398 ff.; Kraut, Vormundschaft II, S. 255 ff. und insbesondere Bruns in dem N. 2 cit. Aufsatze; Stobbe I, S. 271—273; Windscheid I, 53 N. 2; (vgl. auch Larcher GH. 1883 N. 87. 88). Aus ihren Gegnern: Cropp (s. N. 2); Schäffer, „Vom Erwerb einer Erbschaft für einen Verschollenen", Ztsch. f. Civilr. u. Pr. N. F. V, N. VIII,

im österr. Rechte nicht principielle Anerkennung gefunden hat,[4]) so ist sie doch nicht einflusslos geblieben auf die Entwicklung des österr. Privatrechtes und hat in § 131 des k. Patentes 9. August 1854 (RGB 208) i. f. einen practisch sehr wichtigen Ausdruck gefunden.

S. 396—435; Zink, Blätter f. Rechtsanwendung XXVI 1861, N. II. III. IV; Roth, Deutsches Privatrecht I, S. 367—369; Unger I, § 27, S. 244—249 und VI, § 36, N. 6.

[4]) A. A. Unger a. a. O. „Diese Ansicht (Lebenspräsumption) ist auch in das heutige ö. R. übergegangen" (I, S. 245). Nur hinsichtlich der singulären Bestimmung des § 131 k. Pat. RGB 208 ist diess richtig; wenigstens hat diese Theorie keine anderweitige gesetzliche Sanction gefunden. § 278 a. b. G. stellte durchaus keine „Lebensvermutung" auf. Gewiss kann aus seinen einleitenden Worten nicht gefolgert werden, dass bis zur Rechtskraft der Todeserklärung gewisse Leistungen, deren Voraussetzung das Leben des Verschollenen bildet (z. B. Leibrenten, Alimente) gefordert werden können. (Diese Ansicht liegt aber allerdings der Entsch. des OGH 6. Oct. 1879, GUW 5494, zu Grunde, es brauche der Mandatar eines ausgewanderten Auszüglers die Lebensfortdauer nicht zu beweisen; vgl. auch die Entsch. 30. Dec. 1864, GUW 2042). So lange noch keine Todeserklärung erfolgte, kann aus § 278 a. b. G. überhaupt gar nichts deduciert werden; aber auch im Falle der erfolgten Todeserklärung war durch § 278 nur für jene, welche den Tod des Verschollenen behaupten und auf ihn ihre Ansprüche gründen, der Todestag (freilich in sehr unglücklicher Weise) fixiert. Wer seine Ansprüche auf das Fortdauern des Lebens bis zu einem bestimmten Zeitpuncte stützt, kann sich nicht auf den durch die Todeserklärung fixierten Zeitpunct stützen; für ihn steht nur fest, dass der Verschollene nach diesem Zeitpuncte nicht mehr gelebt habe; ob er vorher noch lebte, bleibt ihm immer noch zu erweisen. Diess muss er beweisen; dass der Todterklärte auch später noch lebte, diess kann er beweisen. Diess und nichts Anderes besagt der zweite Satz des § 278 a. b. G: „doch schliesst eine Todeserklärung den Beweis nicht aus, dass der Abwesende früher oder später gestorben; oder, dass er noch am Leben sei." § 278 betrachtet das Verhältnis vom Standpuncte derjenigen aus, die auf Grund des Todes Rechte beanspruchen oder auf Grund der Todeserklärung erworben haben; daher die Anreihung des zweiten Satzes mit „doch", nur von ihnen handelt daher auch der Schlusssatz; wäre mit § 278 eine Lebenspräsumption geschaffen, so müsste die Anwendbarkeit der Grundsätze vom redlichen Besitze auch für denjenigen ausgesprochen sein, der auf Grund der Lebensvermutung Alimente, eine verpfändete Leibrente, etc. bezogen hat, und dem später bewiesen wird, der Verschollene sei schon früher verstorben. Ja, so wenig ist es wahr, dass der „erklärte" Todestag Giltigkeit für alle Welt hatte, dass er nicht einmal für alle jene, die sich auf den Tod beriefen, sondern eventuell nur für bestimmte Gruppen der Todeswerber galt; hat doch erst das Gesetz 16. Februar 1883 RGB 20 die Möglichkeit der Statuierung eines doppelten Todestages für den Ehegatten und den Kreis der Erben beseitigt. Auch durch das erwähnte Gesetz ist m. E. keine Lebensvermutung begründet. Die Worte des Gesetzes § 8: „Lässt sich . . . der Tag bestimmen,

von ihren Voraussetzungen und dem Zeitpuncte ihrer Wirksamkeit gehandelt werden.

Die Bedingungen unter denen die Todeserklärung erfolgen kann normiert § 24 a. b. G. Es muss entweder

1. bei einem mindestens Achtzigjährigen kein Anhaltspunct dafür da sein, dass er innerhalb der letzten zehn Jahre noch gelebt habe, somit zum mindesten keine vor das siebenzigste Lebensjahr zurückweisende Lebensnachricht[7]) vorliegen; oder
2. eine dreissigjährige Verschollenheit vorliegen; oder
3. eine dreijährige Verschollenheit vorhanden und mit derselben

[7]) Zu enge ist es, wenn das a. b. G. sagt, „der Ort seines Aufenthaltes" müsse „seit zehn Jahren unbekannt geblieben" sein. Welcher Werth einer Lebenskunde zukommt (Augenzeuge, Brief, Zeitungsnotiz, Steckbrief einer fremden Regierung etc.), das zu beurtheilen ist Sache der richterlichen Auffassung; keinesfalls ist zur Hintanhaltung der Todterklärung ein stricter Beweis, dass der Verschollene in diesen zehn Jahren noch gelebt habe, erforderlich (vgl. jetzt auch §. 3 des neuen Gesetzes); und hierauf beziehen sich m. E. auch die (allerdings zunächst nur auf die Todeserklärung zum Behufe der Wiederverehelichung Bezug habenden) Worte des § 112 a. b. G.: „wenn aber diese Abwesenheit mit solchen Umständen begleitet ist, welche keinen Grund zu zweifeln übrig lassen, dass der Abwesende verstorben sei" (also richtiger, wenn die Abwesenheit nicht mit Umständen begleitet ist, welche Grund zu zweifeln übrig lassen). In dieser Bestimmung hat man auf der einen Seite eine Erhöhung der Anfordernisse für die Todeserklärung zum Zweck der Wiederverehelichung erblicken wollen (so auch der amtliche Motivenbericht des neuen Gesetzes, s. Kaserer S. 19, 20 unter Hinweis auf das Hofd. 22. Juli 1803 JGS. 619 und den Entstehungsanlass der §§ 112—114 a. b. G.), Madeyski Z. f. N. 1882, S. 114, 240 ff., während anderseits Pfaff (Grünhut's Zeitschrift II, S. 310), dem sich auch Krasnopolski (Mittheilungen des deutschen Juristenvereines in Prag 1882) anschliesst, aus der Redactionsgeschichte gerade umgekehrt deducieren will, dass die „besonderen Umstände" des § 112 nur zum Ausdrucke bringen wollten, „dass keineswegs unter allen Umständen der concrete Beweis einer nahen Todesgefahr (§ 24 Z. 3) erforderlich sei," und dass sie noch immer an den „älteren Gedanken" anknüpfen, „dass eine längere (wenn auch nicht die in § 24 Z. 1, 2 angegebene Dauer erreichende) Abwesenheit nach Umständen eben solche »Gewissheit der Todesgründe« als eine erwiesene Todesgefahr begründe." Noch weiter scheint gehen zu wollen Schiffner I, § 42, S. 117. Gegen die Annahme eines in § 112 a. b. G. enthaltenen Mehrerfordernisses Zeiller Comm. I, § 112, Unger I, § 27, Nr. 22, Rittner Eherecht S. 294, 295 Anm. 8 u. 9. Vgl. auch den Bericht der jur. Commission des Herrenhauses 16. Mai 1882 (Kaserer S. 69): „Wenn vermieden wurde, die §§ 24 und 112 a. b. GB. zu citieren — § 7 R. V. —, so hat diess darin seinen Grund, dass der § 112 a. b. G. wohl keine besonderen Erfordernisse, sondern nur die genaue Prüfung der im § 24 vorgeschriebenen Erfordernisse festsetzt."

der Nachweis verbunden sein, dass zu ihrem Beginne der Todtzuerklärende in einer nahen Todesgefahr[8]) sich befunden habe.

Der Beweis der Voraussetzungen des vermuteten Todes erfolgt jedoch bei der eminenten Wichtigkeit dieser Frage für Dritte, insbesondere den Todtzuerklärenden selbst, nicht im ordentlichen Processverfahren, sondern zu seiner Führung ist ein eigenes Verfahren normiert, welches früher verschieden war je nach dem Zwecke der Todeserklärung, indem, falls sie vom „überlebenden" Ehegatten zum Zwecke der Wiederverehelichung angesucht ward, gewisse grössere formale[9]) Cautelen vorgeschrieben waren. Eine Folge dieses doppelten Verfahrens und der Bestimmung des § 278 pr. war, dass sich je nach dem Zwecke der Todeswerbung verschiedene Todestage[10]) als massgebend für die Ansprüche jener, welche aus dem erfolgten Tode rechtliche Wirkungen ableiten wollen, ergeben konnten. Dermalen ist für die Todeserklärung als solche durch Gesetz 16. Februar 1883 RGB 20 ein einheitliches[11]) Verfahren normiert und auch die Möglichkeit der Annahme eines doppelten Todestages entfallen.

[8]) Das Gesetz nennt als Beispiel eine schwere Verwundung im Kriege, oder die Anwesenheit auf einem Schiffe, da es scheiterte. Aber überhaupt schon die blosse Theilnahme an einer blutigen Schlacht (OGH 14. Mai 1871, 12. Mai 1872 GUW 4168. 4604) wird, auch ohne nachweisbare Verwundung, genügen. Wie man von einer „nahen Todesgefahr" sprechen kann, wenn halbverbrannte Kleider des Vermissten und Überreste eines Scheiterhaufens und menschlicher Gebeine bei denselben aufgefunden werden (OGH 14. Dec. 1859, GUW 929), bleibt unerfindlich. Entweder der Vermisste hatte die Kleider an, da sie verbrannten, nun dann ist er todt — oder er hatte sie nicht an, und dann war er auch in keiner nachweisbaren Gefahr; es handelt sich hier nicht um einen Fall der Todeserklärung, sondern des Todesbeweises durch Indicien.

[9]) Vgl. N. 7.

[10]) A. M. Harum, GZ 1862 N. 25, „Zur gerichtlichen Todeserklärung".

[11]) Die Todeserklärung hat aber nicht ipso jure die Wirkung, dass der Ehegatte des Todterklärten heiraten dürfe, sie hat selbe nur dann, wenn der Ehegatte angesucht hatte, „dass mit der Todeserklärung auch der Ausspruch verbunden werde, dass die Ehe als aufgelöst zu betrachten sei", und das Gericht nach Bestellung eines Vertheidigers des Ehebandes ausser der Todeserklärung auch darauf, dass die Ehe als aufgelöst zu betrachten sei, erkennt. Auch wenn die Todeserklärung bereits erfolgt ist, kann der Ehegatte noch nachträglich um den Ausspruch des erwähnten Erkenntnisses ersuchen. Dieses zweite Erkenntnis aber behandelt gar nicht die Frage der Todeserklärung, sondern nur auf Grund derselben die Frage, ob das Eingetretensein des Todes wirklich so wahrscheinlich sei, dass man sogar eine neue Ehe verwilligen könne.

Was nun die Fixierung des Todestages betrifft, so waren die diessbezüglichen Bestimmungen des a. b. G. den Bedürfnissen des Lebens und des rechtlichen Verkehrs keineswegs entsprechend. Ein dreifacher Gesichtspunct kann überhaupt bei Beurtheilung dieser Frage ausschlaggebend sein: Es kann Rücksicht genommen werden auf den Beginn der Verschollenheit,[12]) auf den Tag an dem die materiellen Bedingungen der Todeserklärbarkeit erfüllt waren,[13]) und schliesslich auf den Tag der Todeserklärung selbst.[14])

Der erste Zeitpunct dürfte wol nur für den oben sub 3 besprochenen Fall als der entsprechende sich darstellen,[15]) während der zweite als der den Fällen 1 und 2 angemessenste erscheint. Das österr. Recht hatte aber für alle drei Fälle den dritten als ausschlaggebend bezeichnet, u. z. noch mit der weiteren Modification, dass der Tag, an dem die Todeserklärung ihre Rechtskraft erlangt habe, der entscheidende sei. Wenn schon die richterliche Todeserklärung massgebend sein soll (und am ehesten liesse sich das noch im Falle 2 rechtfertigen), so würde das Entsprechendste sein, den Tag des Ansuchens (den Präsentationstag der Eingabe) als den Tag des vermuteten Todes anzunehmen, da nur so das Interesse der Betheiligten unabhängig gemacht wird von den Einflüssen der Verzögerung der richterlichen Entscheidung.[16])

Gegenwärtig ist diese Frage in befriedigender Weise gelöst durch das Gesetz 16. Februar 1883, RGB 20 (§ 8). In dem sub 3 bezeichneten Falle ist der Tag der nahen Todesgefahr, beziehungsweise bei längerer Andauer derselben, oder wenn der Tag der Todesgefahr sich nicht genau bestimmen lässt, jener Tag, von welchem anzunehmen ist, „dass der Abwesende denselben nicht überlebt habe, ... als vermuteter Todestag zu bezeichnen", „ausserdem" aber, d. i. in den Fällen 1 und 2, der Tag, an welchem die Bedingungen der Todeserklärung zuerst vorhanden waren („an welchem das Ende der Frist eingetreten ist, deren Ablauf nach § 24 a. b. G. B. die Vermutung des Todes für den vorliegenden Fall begründet"). Der Zeitpunct

[12]) So im älteren deutschen und öst., sowie im französischen Recht. Vgl. Unger I, § 27, N. 27. Hier ist die Todeserklärung declaratorisch mit Wirksamkeit ex tunc.

[13]) Declaratorische Todeserklärung mit Wirksamkeit ex nunc.

[14]) Constitutive Todeserklärung.

[15]) Vgl. auch Unger I, § 27, N. 33.

[16]) Alles von Unger I, § 27, S. 241. 242 gegen die Hinausschiebung bis zur Rechtskraft Vorgebrachte hat auch seine Anwendung auf die Hinausschiebung bis zur richterlichen Entscheidung über das eingebrachte Gesuch.

der Entscheidung oder auch des Ansuchens ist also nicht mehr massgebend.[17])

Der Todterklärte, welcher wieder zurückgekehrt, hat eine Klage auf Vermögensherausgabe.[18])

In § 25 behandelt das Gesetz noch die Frage von der Priorität des Todes. Während das gemeine Recht[19]) auch in dieser Richtung einige keineswegs als gelungen zu bezeichnende und im Einzelnen ziemlich umstrittene Vermutungen aufstellt, lehnt das österr. Recht die Feststellung einer solchen Vermutung gänzlich ab. Nur diess ist der Sinn und Zweck des § 25 a. b. G. Wer daraus, dass A vor B oder B vor A, beziehungsweise B nach A oder A nach B gestorben sei, Rechte ableiten will, muss diesen früheren oder späteren Tod beweisen.

[17]) Die Todeserklärung ist also declaratorischer Natur, im Falle 3 mit Wirkung ex tunc, im Falle 1 und 2 mit Wirkung ex nunc. Hinsichtlich des Ansuchens ist insoferne eine Begünstigung geschaffen, als dasselbe schon ein Jahr vor Ablauf der Fristen des § 24 a. b. G., ja im Falle der behaupteten nahen Todesgefahr „sofort nach dem Ereignisse, in welchem das Leben des Abwesenden gefährdet war, gestellt werden" kann (§ 5), nur dass selbstverständlich die Todeserklärung nicht „vor Ablauf der im § 24 a. b. G. bestimmten Frist erfolgen" kann. Hinsichtlich der freien Beweiswürdigung und Competenzbestimmung gilt das o. N. 1 bemerkte. Über die Bestellung des Curators und die Erfordernisse des zu erlassenden Edictes vgl. §§ 6 und 7 cit.

[18]) Diese Klage ist eine Universalklage („ein Vermögen", § 278) und absoluter Natur. Sie geht gegen die redlichen „Erben" auf das, was noch bei ihnen, sei es in Natur oder im Werthe vorhanden ist, wobei die Grundsätze über die Wirkungen des redlichen Besitzes zur Anwendung kommen. Im Falle unredlicher Erwirkung der Todeserklärung oder unredlicher Fortbenützung des Vermögens nach erhaltener Lebensnachricht geht sie auf vollen Schadenersatz. Auch gegen Dritte hat der Rückgekehrte eine Klage nach Massgabe ihres redlichen oder unredlichen Besitzes. „Ein dritter redlicher Besitzer ist für die in der Zwischenzeit erworbenen »Erbstücke« Niemandem verantwortlich" (§ 824 a. b. G.). Die Restitutionsklage gegen die „Erben" und ihre Rechtsnachfolger verjährt nach dreissig Jahren von der Einantwortung an gerechnet. — Das Pr. Lr. bestimmt II, 18, § 847: „Meldet sich der Abwesende nach der Todeserklärung, so kann er sein Vermögen, so weit dasselbe oder dessen Werth noch vorhanden sind, zurückfordern." Vgl. hiezu Villnow, Über die rechtliche Natur des Rückforderungsrechts des zurückkehrenden für todt erklärten Verschollenen gegen seine Erben, Gruchots Beiträge XIX 1875, S. 1—19, der die Klage als „Geltendmachung der statusrechtlichen Stellung des Verschollenen und des ihr inhärierenden Rechtes, über erworbenes Vermögen zu verfügen", bezeichnet (S. 19).

[19]) Mühlenbruch, Über die Priorität des Todes. Archiv f. civ. Pr. IV, 1821 N. XXVII, S. 391—418. Für das ö. R. Unger I, § 28, Schiffner I, § 40.

Vermag er diess nicht, so kann er eben seine auf das unbewiesene Thema basierten Rechtsansprüche nicht behaupten. § 25 cit. normiert daher auch keinesfalls eine rechtliche Vermutung dass „Alle zu gleicher Zeit verstorben" seien, da mit dem Worte vermutet nur die obbezeichnete Regelung der Beweislast ausgesprochen werden will.[20])

c. Qualitäten.

§ 26.

Zwischen der Geburt und dem Tode des Menschen liegt sein Leben. Lebend verzehrt es der Mensch und lebend wird er selbst von Augenblick zu Augenblick ein Anderer. Was ihn trotzdem zu einem Seienden zusammenhält, sind nur die Geburt als der Anfang und die Erwartung des Todes als des Endes der verschiedenen Entwicklungsphasen des Lebenden.

Vor dem Rechte aber sind nicht alle Entwicklungsphasen des menschlichen Lebens von gleicher Bedeutung, ja nicht jedem menschlichen Leben steht es als ein gleiches gegenüber. Wie das Leben des Einzelnen nur eine Wirkung des Lebens seiner Eltern und Vorfahren ist, so greift auch das Recht bei seiner Würdigung des Individuums zurück auf dessen Erzeuger. Von ihnen ererbt er seinen Namen und

[20]) Vgl. Unger I, § 28, N. 11. Wenn derselbe aber § 28 i. f. sagt: „dagegen wird z. B. das Rückforderungsrecht, welches sich ein Dritter vorbehalten hat, ausgeübt werden können, wenn es auf den Fall bestimmt war, dass die Frau in der Ehe sterbe, da, wenn sich die Priorität des Todes des Mannes oder der Frau nicht erweisen lässt, die Frau sicher als in der Ehe gestorben anzusehen ist," — so würde hierin doch nichts anderes als eine Vermutung des gleichzeitigen Todes liegen. Der Besteller der Dos muss die Bedingung seines Rückfallsrechtes beweisen, dass nemlich, da die Frau starb, der Mann noch nicht gestorben war. Es ist nicht richtig, dass „die Frau als in der Ehe gestorben »anzusehen« ist". Dass die Ehe solange als fortbestehend anzunehmen ist, als sie nicht als aufgehoben nachgewiesen ist, gilt nur gegen jene, welche an die Auflösung, die sie beweisen sollen, gewisse Wirkungen geknüpft wissen wollen (z. B. die Frau, die sich wieder verehelichen will), nicht aber auch für jene, welche aus ihrem Fortbestande gewisse Wirkungen ableiten wollen. Wenn A die B zur Erbin unter der Bedingung einsetzt, dass sie zur Zeit seines Todes noch verehelicht sei, genügt ihr zur Darthuung ihres Erbrechtes gewiss nicht der Nachweis, dass sie einmal geheiratet habe, sie muss auch beweisen, dass ihr Mann noch lebe, dass sie noch in der Ehe lebe. Dass L. 9, § 3, D. 34. 5 den angeführten Fall anders entscheidet, ist für das ö. Recht vollkommen belanglos.

die Stellung seines Geschlechtes im staatlichen Ganzen. Wenn in den Staaten der ersten geschichtlichen Entwicklungsperiode das Individuum fast aufgieng in diesem seinem Verhältnisse zu seinen Vorfahren und seinen Beruf, ja seine ganze Lebensstellung, durch sie vorausbestimmt erhielt, so lässt sich in der staatlichen Fortbildung die allmälige rechtliche Loslösung des Individuums von seinen Vorfahren verfolgen und erkennen. Immer loser wird die Fessel, welche die Individuen durch die Geschicke ihres Geschlechtes in ihrer Entwicklung beschränkt, immer enger der Kreis derjenigen, welche alles, was sie sind, nur sind durch das, was sie unmittelbar von ihren Eltern überkommen haben. Das Kastensystem und die Sclaverei mit ihrem Ausläufer der Leibeigenschaft sind in den civilisierten Staaten dahingeschwunden und das Maass dessen, was von dem rechtlichen Einflusse der Abstammung auf das Individuum zurückgeblieben ist, ist gering, wenn es verglichen wird mit den Zuständen der Vergangenheit. Allein auch heute noch dankt das Individuum seinen Ahnen nicht nur das Leben und die physische Individualität; es ererbt von ihnen ausser dem Namen auch noch die Vorrechte des Adels,[1]) ihr Vermögen, es zieht Vortheil aus dem Einflusse ihrer socialen Stellung, und erlangt im Wege der Erziehung einen Theil ihrer Lebenserfahrung und Lebensanschauung. Ja in den erblichen Monarchien sichert ihm die Abstammung den rechtlichen Weg zur Herrschaft oder doch zum Antheile an der Regierung.[2]) Der socialistische Staat in seiner extremsten Ausbildung verwirft alle diese rechtlichen Wirkungen der Abstammung. Er kennt keine ererbten Standesrechte, er will das Erbrecht beseitigen und selbst die Erziehung aus den Händen der Eltern in die staatlicher Organe übertragen wissen; ja nicht einmal den Namen soll das Individuum von seinen Eltern empfangen. Wenn der socialistische Staat wirklich das Ziel der Zukunft ist, so ist die Kluft, die uns von ihm trennt, mindestens so breit als die, jenseits derer Braminenthum und Sclaverei liegen.

[1]) Stobbe I, § 44, S. 328—334; Roth, D. Pr. I, § 70, S. 345—399; Vesque, Int. Pr. §§ 50. 51. Für das ö. R. ausser Vesque insbes. Namestnik, A. R. Darstellung des Wappen- u. Adelsbeweises nach den . . Gesetzen Österreichs, Wien 1824, S. 307 (Rec. Fischer, Z. f. ö. R. 1825, S. 195—199 N. Bl.). Langer, Dr. C. E. Die Ahnen- und Adelsprobe, die Erwerbung, Bestätigung und der Verlust der Adelsrechte in Österreich. Wien 1862. Mayrhofer, Handb. f. d. polit. Verwaltungsdienst II, S. 970—974, „Das Adelswesen". Barth-Barthenheim, Das Ganze der polit. Administration I, 3. Abh. Weitere Angaben bei Vesque § 50 b. N. 2.

[2]) So haben in Österreich die Abkömmlinge beziehungsweise Häupter gewisser alter Adelsgeschlechter im Herrenhause Sitz und Stimme (§ 3 Gesetzes 21. Dec. 1867, RGB 141).

Vom Erbrechte als der rechtlichen Anerkennung des Grundsatzes, dass die Nachkommen das Vermögen ihrer verstorbenen Vorfahren erhalten oder doch von ihm nicht gänzlich ausgeschlossen werden können sollen, und von dem Rechte, das den Einfluss der Eltern auf die Kinder normiert, wird im Verlaufe des Systems am gehörigen Orte gehandelt werden. Hier ist den Einfluss der Abstammung betreffend nur darauf hinzuweisen, dass ein solcher für das Gebiet des österr. Privatrechtes im Principe ausgeschlossen ist.

Der Adel hat keine privatrechtliche Bedeutung,[3]) und indem das öffentliche Recht Berufs- und Religionswahl dem zur Willensreife gelangten Individuum freistellt, löst es auch in dieser Richtung das Individuum und seine Stellung aus der zwingenden Abhängigkeit von dem Stande und der Religion der Vorfahren. „Die öffentlichen Ämter sind für alle Staatsbürger gleich zugänglich" (Art. III StGG 21. Dec. 1867 RGB 142); „vor dem Gesetze sind alle Staatsbürger gleich" Art. II cit.). Das Privatrecht dehnt diese gleiche Anerkennung im Allgemeinen auch auf die „Fremden" aus (§ 33 a. b. G.), ja selbst der Monarch ist hinsichtlich des Vermögensrechtes (§ 20, 1457 a. b. G.), soweit es nicht in den Rahmen des Familienrechtes fällt, dem Privatrechte unterworfen, und nur durch geringfügige Modificationen (§§ 1457, 1472, 1485 a. b. G.) vom Rechte begünstigt.

Wol ererben die Kinder „den Namen des Vaters, sein Wappen und alle übrigen nicht bloss persönlichen Rechte seiner Familie und seines Standes" (§ 146 a. b. G.) und selbst die unehelichen Kinder,[4]) wenn sie auch „von den Rechten der Familie und der Verwandtschaft ausgeschlossen" sind, und „weder auf den Familiennamen des Vaters, noch auf den Adel, das Wappen und andere Vorzüge der Eltern

[3]) Vgl. Unger I, § 41, N. 9, Vesque, Int. Pr. § 50 b. S. 167 u. 169.

[4]) Gett, A. F. Die Rechtsverhältnisse der a. e. Geschlechtsgenossenschaft, sowie der unehelichen Kinder nach gem. bayr., öster., preuss. u. franz. Rechte. München 1836, S. 386 (Rec. Stubenrauch Z. f. öster. R. 1837 III, S. 106—115); Gett, A. F. Theor. pract. Ausführungen zur Lehre über die rechtlichen Verhältnisse bezüglich der a. e. Kinder etc. Bamberg 1850 (Rec. Grünwald in Haimerl's Magazin II, 1850, S. 440—450). Vgl. auch Damianitsch, Über die Rechte unehelicher Kinder gegen ihre Eltern, nach dem ö., fr. u. pr. Rechte, Jurist. XIII, S. 131—145; Perthaler, Die Familie und die natürlichen Kinder in ihrem wechselseitigen Rechtsverhältnisse, Z. f. ö. R. 1843 II, S. 197—222 und 261—280. Geschichtliches bei Stobbe I, § 47, S. 362—364, 372—373, Particularrechtliches bei Roth, D. Pr. I, § 63. II, § 171—178. Vgl. auch Anders, Das Recht der Unehelichen in Österreich. Gedanken zu einer Reform desselben. Jur. Bl. 1882, N. 15—17.

Anspruch" haben, führen doch „den Geschlechtsnamen der Mutter" (§ 165 a. b. G.); allein unter diesen Wirkungen hat nur die Ausschliessung der unehelich geborenen von der Verwandtschaft mit dem Vater und seiner und der Mutter Verwandtschaft und überhaupt von den Familienrechten privatrechtlichen Belang.[5])

Wol jedoch ist hier zu erwähnen, dass auf den Monarchen und die Mitglieder der kaiserlichen Familie rücksichtlich des Nachkommenschaftsrechtes nicht das allgemeine Privatrecht, sondern das besondere durch das Familienstatut geregelte Privatrecht des kaiserlichen Hauses Anwendung findet, und auch hinsichtlich der vormals reichsständischen und reichsunmittelbaren im Jahre 1806 mediatisierten Familien ist eine solche Exemtion von dem allgemeinen Privatrecht in der angedeuteten Richtung unter gewissen Voraussetzungen zulässig, beziehungsweise in einzelnen Fällen statuiert. Durch Art. 14 der deutschen Bundesacte vom 8. Juni 1815 nemlich wurde denselben ausser andereu Vorrechten auch das privatrechtlich allein bedeutsame der Familien-Autonomie zugesichert.[6]) „Demzufolge" wurde mit a. h. Entschliessung, beziehungsweise Hofdecret vom 19. September 1836 (IGS 156) angeordnet, „dass auch in den zum deutschen Bunde gehörigen österreichischen Staaten die von vormals reichsständischen oder reichsunmittelbaren Familien, welche daselbst ihren Wohnsitz haben oder künftig nehmen werden, vor Unterzeichnung der Bundesacte errichteten noch bestehenden Familienverträge, oder nach Abschliessung der Bundesacte getroffenen Verfügungen über ihre Güter und Familienverhältnisse, jedoch nur dann volle Kraft haben . . . . sollen, wenn sie Seiner k. k. Majestät landesfürstliche Genehmigung erhalten haben." Eine solche Genehmigung erhielten laut a. h. Entschliessung vom 31. März 1859 (Erlass des Ministeriums des Innern 30. Juli 1859 RGB 145) die fürstlich Thurn- und Taxis'schen Hausgesetze vom 17. September 1776 und 21. Februar 1831, und, nachdem zufolge der Verfassung

[5]) Vorzüglich auch auf erbrechtlichem Gebiete. Eine Folge der Ausschliessung von den Rechten der Familie ist auch die Ausschliessung der unehelich Geborenen von der Succession in Fideicommisse. Als objectivrechtliche Beschränkungen stellen sich auch gewisse Bestimmungen des Privatfürstenrechtes (s. u. im Texte) dar, durch welche das Erbrecht und die rechtliche Stellung überhaupt der unehelich Geborenen beschränkt wird.

[6]) Vgl. über diese Materie Vesque, Int. Pr. § 51, Heffter, Die Sonderrechte der souveränen und mediatisierten vormals reichsständischen Häuser Deutschlands, Berlin 1871 (woselbst auch S. 40 ff. die ältere Literatur). Ferner Göhrum, Geschichtliche Darstellung der Lehre von der Ebenbürtigkeit, Tübingen 1846, 2 Bde.; Kohler, Handbuch des Privatfürstenrechts der mittelbaren Fürsten und Grafen, Sulzbach 1832.

eine solche nur mehr auf gesetzlichem Wege erfolgen konnte, laut Gesetzes vom 30. April 1873 (RGB 95) der Erbvertrag des Fürstenhauses Nassau, jedoch nur hinsichtlich des Erbrechtes nach dem jeweiligen Haupte des herzoglich Nassau'schen Hauses.[7])

Wenn aber auch die Abstammung als solche ihre privatrechtliche Relevanz fast gänzlich eingebüsst hat, so gibt es doch eine Reihe Qualitäten des menschlichen Individuums, welche auch heute noch mehr oder weniger massgebend sind für seine privatrechtliche Stellung. Dieselben lassen sich eintheilen in physische, intellectuelle (ideelle) und sociale.

α. Physische Qualitäten.

§ 27.

Vermöge der Trennung der Geschlechter zerfallen die Individuen in zwei nicht nur äusserlich, sondern auch ihren inneren Anlagen und ihrer inneren Natur nach verschiedene Gruppen, deren Unterschiede wir unter den Bezeichnungen männliches und weibliches Geschlecht zusammenfassen, und jedes Individuum wieder durchmisst verschiedene Entwicklungsstadien, in denen nicht nur seine äussere Erscheinung sich völlig verändert, sondern in der sein ganzes Wesen stetig ein anderes wird, indem es, von vollkommener Hilflosigkeit und Unfähigkeit zu bewusstem Handeln seinen Ausgang nehmend, alle Grade der Willensenergie und Geistesthätigkeit durchlaufen kann, um vielleicht dereinst wieder in einem ähnlichen Stadium zu verrinnen, wie das war, in dem es begonnen hatte zu sein. Aus der gleichmässigen Art und Entwicklung der Menschen aber ergibt sich für jedes Individuum und für jedes Alter desselben ein durchschnittlicher Normalzustand (Gesundheit), und bedeutende Abweichungen des wahren Zustandes des Einzelnen von diesem Durchschnittszustande vermögen die ganze Lebensstellung des Individuums zu alterieren. Um dieser ihrer Bedeutsamkeit willen hat das Recht den physischen Qualitäten des Geschlechtes, des Alters und der Gesundheit (d. i. der normalen im Gegensatze zur anormalen Bildung) gewisse mehr oder minder einschneidende Wirkungen beigelegt.

[7]) Die Exemtionen gewisser Adelsfamilien von der ordentlichen Gerichtsbarkeit gehören in das öffentliche Recht.

α_1. Geschlecht.[1])

§ 28.

Die Frage nach dem Geschlechte hat dort, wo sie zweifelhaft sein sollte,[2]) der berufene Fachmann zu entscheiden und sein Ausspruch ist bindend für die Rechtsverwirklichungsorgane. Der Einfluss des Geschlechtes im österr. Privatrechte ist nur ein geringer. Dass die Frau

[1]) Wer in dem Werke Linden's, Das österr. Frauenrecht, 2 Bände, 1. Aufl. 1839 (rec. Z. f. österr. R. 1835 III, S. 183—196 von Gredler) etwa eine Zusammenstellung der speciell auf Frauen bezüglichen Rechtsnormen suchen würde, würde sehr weit fehlgehen; es enthält vielmehr die für das „schöne Geschlecht" wissenswürdigsten Rechtsnormen. Auf einem nicht viel anderen Standpunkte steht Schopf F. J., Das österreichische Frauenrecht. Eine practische Darstellung aller Rechte und Pflichten, welche die Frauen geniessen und zu beobachten haben. Pesth-Wien 1857, 200 S. (Rec. Kissling Österr. VJS. I, 1858 L. Bl. S. 6). Sie sind würdige Nachfolger des alten Henricus Kornmann, welcher in seinen der piissima et doctissima Juliana Morella, virgo Hispana, gewidmeten, mit köstlicher Gelehrsamkeit behandelten „Enucleatae quaestiones complectentes perjucundum tractatum de virginum statu ac jure" (Nürnberg 1679) in reizender Abwechslung aber mit tiefem Ernste Fragen behandelt, wie: De donatione virginum; Legatum factum puellae minori ut intelligatur; Legatum virgini num corruptae debeatur et praestetur — und: Num virginitas ex urina cognosci queat (eine Lieblingsfrage der älteren forensischen Medicin); Quare deteriorem odorem puellae virgines de se spargant quam juvenes adolescentes etc. — Particularrechtliches bei Roth D. Pr. I § 62; eine Vergleichung der Rechte der einzelnen Völker und Zeiten liefert Gide, Étude sur la condition privée de la femme dans le droit ancien et moderne, Paris 1867, 567 S. Über die geschichtliche Entwicklung: Gabba, C. F. Della condizione giuridica della donna. Studio storico. 2. Aufl. Turin 1881 (717 S.). Für das österr. Recht: Unger I, § 36; Schiffner I, § 46; Kirchsteller S. 38, N. 7; Stubenrauch I, S. 72; Forlani jurist. Blätter 1872 Nr. 44; 1873 Nr. 1 ff.; Stobbe I, § 39; Particularr. Roth, D. R. I, § 62.

[2]) Hermaphroditen oder Zwitter (vgl. Hofmann, Gerichtl. Medicin S. 99—115; Handbuch der gerichtlichen Medicin von Belohladsky u. A. III. S. 55—75). Eine sonderbare Verkehrung des ganzen Verhältnisses findet sich bei Unger I, § 36 N. 4 (zustimmend auch Stobbe I, § 36 N. 8). Er will, wenn ein bestimmtes Urteil über das Geschlecht eines Menschen nicht gefällt werden kann, das Los entscheiden lassen (!), welchem Geschlechte er angehöre, und motiviert diese Meinung gegen die richtige Auffassung Stubenrauch's I, S. 72, es könnten in diesem Falle jene Rechte, die an ein bestimmtes Geschlecht geknüpft sind, gar nicht ausgeübt werden, damit, dass alle Rechte einer physischen Person an ein bestimmtes Geschlecht geknüpft seien, „nur dass in vielen Fällen für beide Geschlechter das Gleiche gilt", während gerade umgekehrt die Rechte im Allgemeinen an kein bestimmtes Geschlecht geknüpft sind, „nur dass" in einzelnen Fällen

im Falle ihrer Verehelichung den Namen des Mannes erhält, die Rechte seines Standes geniesst[3]) (§ 92 a. b. G.) und den Gerichtsstand des Mannes hat (§ 19 Jur. Norm) fällt mehr in den Rahmen des öffentlichen als des Privatrechtes. Die Verpflichtung der Frau, „dem Manne in seinen Wohnsitz zu folgen“ (§ 92 a. b. G.), die Bestimmung des § 120 und § 121 a. b. G., wonach für Frauen unter Umständen ein specielles Eheverbot besteht, die Verpflichtung des Mannes, der Ehegattin „den anständigen Unterhalt zu verschaffen“ (§ 91 a. b. G.), die für ihn aufgestellte Vermutung, dass ihm die Frau „als ihrem gesetzmässigen Vertreter“ (§ 91) die Vermögensverwaltung anvertraut habe, die Bestimmungen über Heiratsgut und Wittwengehalt sind jedoch allerdings an die Geschlechtsverschiedenheit geknüpfte privatrechtliche Wirkungen. Nicht nur auf dem allerdings zunächst liegenden Gebiete des Eherechtes bestehen jedoch solche Wirkungen. Nach § 626 a. b. G. hat die weibliche Nachkommenschaft in der Regel keinen Anspruch auf Fideicommisse, der Vater hat den Kindern gegenüber andere Rechte und Pflichten als die Mutter, die Frauen sind nach § 192 in der Regel (Ausnahme § 198 a. b. G.) von Vormundschaften ausgeschlossen, sie sind nach § 591 unfähig Testamentszeugen zu sein. „Eine Ehefrau kann ohne Einwilligung ihres Mannes nicht Handelsfrau sein“ (A. 7 H. G.). Die Beschränkung des § 434 a. b. G., wonach nur Männer Solennitätszeugen bei Tabularurkunden sein können, ist durch § 31 a. G. G. hinsichtlich der Einverleibungen gegenstandslos geworden,[4]) besteht aber hinsichtlich der Vormerkungen noch zu Recht (§§ 35 und 26 a. G. G.). Die Beschränkungen des § 5 Patentes vom 27. October 1790 (JGS 72), betreffend die Erbfolge der Frauen in Bauerngüter, sind aufgehoben. Die gemeinrechtlichen Beschränkungen der Frauen Bürgschaften einzugehen (SC. Vellejanum) sind in § 1349 a. b. G. ausdrücklich abgelehnt: „Fremde Verbindlichkeiten kann ohne Unterschied des Geschlechtes jedermann auf sich nehmen.“

---

für das eine oder das andere Geschlecht Singularbestimmungen getroffen sind. Ebenso könnte man auch sagen, alle Rechte seien an eine bestimmte Religion, einen bestimmten Beruf, ein bestimmtes Alter gebunden, „nur dass“ etc.; dann wäre jemand, dessen Geburtstag sich nicht erweisen lässt, so lange rechtlos, bis derselbe etwa auch durch das Los bestimmt worden wäre.

[3]) Somit die ihres Standes z. B. den Adel, verliert. Vgl. Vesque, Int. Pr. S. 170. Nippel Z. f. österr. R. 1827 II, Nr. XLII. S. 303—311.

[4]) Soweit aber Actszeugen (§ 56 N. O.) oder Identitätszeugen (§ 55 N. O.) zur notariellen Errichtung erforderlich sind, gilt auch für diese nach der allgemeinen Vorschrift des § 58 N. O. das Erfordernis des männlichen Geschlechtes.

β_1. Alter.[1])

§ 29.

Von bedeutendem Einflusse auf dem Gebiete des Privatrechtes ist das Alter. Das Elternrecht und das Vormundschaftsrecht beruhen hauptsächlich auf ihm.

Das österr. Privatrecht beurtheilt nemlich die intellectuelle Entwicklung des Individuums und insbesondere den Eintritt der Willensreife nicht von Fall zu Fall, sondern es stellt, dem Gebote der Zweckmässigkeit[2]) folgend, auf Grund der normalen Durchschnittsentwicklung der Individuen gewisse Altersstufen auf, an deren Eintritt es jene Wirkungen knüpft, welche es rein logisch als Folgen eines gewissen physischen und psychischen Zustandes betrachtet. Das österr. Privatrecht unterscheidet nachstehende Altersstufen: die der Kindheit, als der vollkommenen rechtlichen Willens- und Handlungsunfähigkeit (vgl. §§ 310, 865, 1308[3]) a. b. G.), bis zum vollendeten siebenten Jahre; die der Unmündigkeit, als der nur für die Fälle eines Erwerbes anerkannten Handlungsfähigkeit (§§ 310, 865 a. b. G.) und der in gewisser Richtung (Art. 2 Gesetzes 25. Mai 1868 No. 49 RGB) fremden Einflüssen gegenüber als beharrend gedachten Willensfähigkeit, bis zum vollendeten vierzehnten Lebensjahre; und die der Minderjährigkeit, als der

---

[1]) Unger I, § 27; Schiffner I, § 47; Kirchstetter S. 44; Stubenrauch I, S. 68, 69 (4. Aufl.). Geschichtliches bei Stobbe I, § 40, 41. Particularrechtliches Roth D. Pr. I, § 65. Ubbelohde, Über die Handlungsunfähigkeit des Prodigus und des Minderjährigen nach gem. Rechte. Grünhut's Zeitschrift IV, 1877 N. X, S. 671—721.

[2]) Ihering, Geist I, S. 53, 54; Cicero, De off. III, 17: „Aliter leges, aliter philosophi tollunt astutias; leges quatenus manu tenere possunt, philosophi quatenus ratione et intelligentia“. Nach älterem r. R. ward die Geschlechtsreife und die mit ihr zusammenhängende rechtliche Handlungsfähigkeit durch specielle Untersuchung constatiert. Hinsichtlich der vollkommenen Handlungsfähigkeit des Grossjährigen kann auch nach modernem Rechte bei früherem Eintritte der physischen und intellectuellen Reife oder umgekehrt bei zurückgebliebener Körperentwicklung oder über die präsumierte Grenze andauernder Schwäche des Intellects oder des Charakters eine Correctur eintreten durch Grossjährigkeitserklärung oder Verlängerung der väterlichen oder vormundschaftlichen Gewalt (§§ 174, 252, 173, 251 a. b. G.). Die Bedeutung der zweiten Altersstufe (Mündigkeit) besteht sogar im Wesentlichen gerade darin, dass von nun an gewisse Handlungen im Falle jeweiliger zustimmender Prüfung durch Aufsichtsorgane vorgenommen werden können.

[3]) Mit Recht bemerkt Unger I, § 37 N. 3, dass § 1310 a. b. G. nicht als eine Ausnahme von dem Grundsatze der Handlungsunfähigkeit der Kinder anzusehen sei.

theilweise nur mehr durch eine gewisse Oberaufsicht[4]) des Vaters oder Vormundes, beziehungsweise der Vormundschaftsbehörde,[5]) beschränkten Willens- und Handlungsfähigkeit bis zum vollendeten vierundzwanzigsten Jahre.[6])

Innerhalb der letzten Stufe aber bestehen wieder verschiedene Unterabtheilungen, das achtzehnte Jahr als der Termin der freien Testierfähigkeit (§ 569 a. b. G.), der Fähigkeit Testamentszeuge zu sein (§ 591 a. b. G.), und das zwanzigste Jahr hinsichtlich der eventuellen Zulassung zur theilweisen freien Verwaltung des Vermögens resp. der Einkünfte (§ 247 a. b. G.), der eventuellen Verantwortlichkeit für Vertragsabschluss unter Vorspiegelung der Grossjährigkeit (§ 248 a. b. G.), sowie der eventuellen Grossjährigkeitserklärung (§§ 174, 252 a. b. G.). Aber auch im weiteren Laufe des Lebens zieht das Gesetz noch gewisse Grenzen, so das fünfzigste Jahr als Bedingung der Fähigkeit adoptieren zu können, und das sechzigste Jahr als den präsumtiven Termin derartiger Abnahme der Körper- und Geistesfrische, dass gewisse Pflichten (zur Übernahme einer Vormundschaft oder im öffentlichen Rechte[7]) des Geschwornenamtes[8]) mit ihm erlöschen.

[4]) Oneroser Vertrag § 244; Testament § 569; Ehe § 49; Berufswahl § 148 a. b. G.

[5]) Vgl. auch § 70 N. O., wonach der Minderjährige auch vor dem Notar statt vor Gericht testieren kann. Anders noch § 60 der alten N. O.

[6]) Ja über das, was ein ausser des ehelichen Verpflegung stehender Minderjähriger „durch seinen Fleiss erwirbt", und über Sachen, die einem Minderjährigen „zum Gebrauche übergeben worden sind", kann er, „frei verfügen" (§ 151 und 246 a. b. G.); ja der Minderjährige kann „auch ohne Einwilligung seines Vormundes zu Diensten sich verdingen", nur wegen wichtiger Ursachen kann vom Vormunde Einspruch gegen die Erfüllung der Verbindlichkeit erhoben werden. Der unter väterlicher Gewalt stehende Minderjährige kann sich gegen den Willen seines Vaters nur mit Bewilligung der Curatelsbehörde verdingen (§ 148 a. b. G.). Schiffner I, § 47, S. 138, 139 bezieht die Dispositionsfreiheit hinsichtlich des Verdienstes m. E. mit Unrecht auch auf die infantia majores, die Unmündigen. § 151 und 246 sprechen ausdrücklich vom „Minderjährigen"; will man diesen Ausdruck nicht prägnant nehmen, so könnte man consequenterweise auch die infantes selbst von dieser Bestimmung nicht ausschliessen. Nach Schiffner cit. N. 35, soll sich nach § 10 BG. ein siebenjähriges Kind sogar selbstständig hinsichtlich eines etwaigen Verdienstes vor dem Bagatellgericht vertreten können!

[7]) Im öffentlichen Rechte erscheint auch das dreissigste Jahr, als Beginn der Wählbarkeit in die Vertretungskörper und der Fähigkeit, Geschworner zu sein, bedeutsam, § 19 Gesetzes 2. April 1873 RGB 41, Landtagswahlordnungen, § 1 Gesetzes 23. Mai 1873 RGB 121, während das active Wahlrecht schon mit Ende des 24. Lebensjahres erworben wird (§ 9 Gesetzes 2. April 1873, RGB 41).

[8]) § 4 Gesetzes 23. Mai 1873 RGB 121.

γ_1. Die Gesundheit.[1])

§ 30.

Die physische Gesundheit i. e. S. ist nur von Relevanz hinsichtlich der Fähigkeit zur Vormundschaft (§ 191 a. b. G.), dann der Zulässigkeit der Verlängerung der väterlichen oder vormundschaftlichen Gewalt (§§ 173, 251 a. b. G.) und im Eherechte, u. z. gemäss § 53 a. b. G. hinsichtlich der eventuellen Verweigerung der Bewilligung zur Ehe mit einem Minderjährigen, sowie nach § 60, indem die Impotenz ein Ehehindernis bildet, und nach § 109 a. b. G., da „anhaltende mit Gefahr der Ansteckung verbundene Leibesgebrechen" einen Scheidungsgrund bilden. Gewisse Gebrechen der Wahrnehmungs- und Ausdrucksfähigkeit (Blindheit, Stummheit, Taubheit) bewirken ferner eine Erhöhung von Formerfordernissen beim Abschlusse von Rechtsgeschäften[2]) und schliessen von der Fähigkeit Solennitätszeuge zu sein (§ 591 a. b. G.)[3]) aus. Ja Taubstumme können sich auch bei voller geistiger Gesundheit freiwillig unter den Schutz einer Curatel begeben (§ 275 a. b. G.).

Von viel einschneidenderer Bedeutung jedoch ist die sogenannte geistige Gesundheit (deren Beeinträchtigung jedoch allerdings auch immer auf eine körperliche Erkrankung oder Störung zurückzuführen ist). „Rasende, Wahnsinnige und Blödsinnige, welche des Gebrauches ihrer Vernunft entweder gänzlich beraubt oder wenigstens unvermögend sind, die Folgen ihrer Handlungen einzusehen, stehen unter dem besonderen Schutze der Gesetze" (§ 21 a. b. G.). Wie jedoch das Recht den Einfluss des Alters auf das Individuum nicht von Fall zu Fall,

[1]) Unger I, § 38; Schiffner I, § 51, 52, 53; Kirchstetter S. 44, 151, 152; Stubenrauch I, S. 69—71; 355—358 (4. Aufl.); Stobbe I, § 41; Roth D. Pr. I, § 66; Cousin St., Des incapacités résultant de la folie, Paris 1882, 193 S. Kitka, Über Geisteskrankheiten (Seelenstörungen) und andere die Zurechnungsfähigkeit ausschliesende Zustände, zur Erl. der Criminalrechtspflege, Z. f. österr. R. 1839 II, N. XXIX, S. 133—176, XXXII, S. 201—243; Adler, Studien über den Schwachsinn und dessen processuale Erhebung GZ 1867 N. 9, 10; Zippe, Über die gesetzlichen Termini „Wahnsinn und Blödsinn" J. Bl. 1879, N. 22. Über den Verschwender auch die Abhandlung Ubbelohde's (s. o. § 29 N. 1) und Delaporte E. M. L., De la condition du prodigue dans le droit français et les législations étrangères modernes. Paris 1881. S. 736.

[2]) § 1 Gesetzes 25. Juli 1871, RGB 76; § 56, 59, 60, 61, 68 lit. f., 72, 75 N. O.

[3]) Vgl. auch § 57 N. O.: „Diejenigen, welche nach ihrer Körper- oder Geistesbeschaffenheit ein Zeugnis abzugeben unvermögend sind," können nicht Actszeugen sein. Ferner § 140 a. G. O.: „Jene, welche wegen ihrer Leibes- oder Gemüthsbeschaffenheit die unzweifelhafte Wahrheit nicht können erfahren haben, oder solche unzweifelhaft nicht können an den Tag legen," sind verwerfliche Beweiszeugen.

sondern nach schematischen Grenzen beurtheilt, so tritt es auch nicht an jede einzelne Handlung des Individuums heran, um sie auf ihren logischen Normalgehalt zu prüfen, sondern im Falle des Zutreffens gewisser Voraussetzungen wird der Einzelne für wahn- oder blödsinnig „erklärt“ (§ 273 a. b. G.), und die Folge hievon ist nun, dass jede Handlung desselben als rechtlich ungiltig erscheint, insoferne nicht der Beweis erbracht wird, dass sie bei vollem wiedergekehrten Verstande gesetzt worden sei (§§ 567, 865 a. b. G.). Geistesstörung schliesst auch die väterliche Gewalt und die Vormundschaft aus (§§ 176, 191 a. b. G.).

Unter dem Gesichtspuncte einer Erkrankung u. z. einer abnormen Willensschwäche, unter Umständen auch Geistesschwäche,[4]) stellt sich ferners die Verschwendung dar. Ein Verschwender ist derjenige, von dem vorliegt, „dass er sein Vermögen auf eine unbesonnene Art durchbringt, und sich oder seine Familie durch muthwillige oder unter verderblichen Bedingungen geschlossene Borgverträge künftigem Nothstande Preis gibt“ (§ 273); aber nur dann tritt als rechtliche Wirkung dieser seiner Verschwendung die gesetzlich für diesen Fall normierte Beschränkung der Rechtsfähigkeit als Handlungsfähigkeit und speciell auch der Testierfähigkeit (§ 568 a. b. G.)[5]) ein, wenn er gerichtlich als Verschwender „erklärt“[6]) wurde. Der erklärte Verschwender hat auch keine väterliche Gewalt (§ 176 a. b. G.) und ist unfähig Vormund zu sein (§ 191 a. b. G.).

β. Ideelle Qualitäten.

§ 31.

In einem gewissen Sinne sind alle Eigenschaften des Individuums physischer Natur, indem dasselbe alles, was es ist, nur sein kann durch eine stoffliche Gestaltung seines Körpers, und jede Differenz zwischen

[4]) Es wird später (§ 82) gezeigt werden, dass der Wille des Menschen nichts ist, als sein Selbsterhaltungstrieb, der ihm innewohnende Drang, das was ihm als das Vortheilhafteste erscheint, auch zu verwirklichen. Insoferne es sich nun um die Unfähigkeit der logischen Erkenntnis des Vortheiles handelt, liegt allerdings Erkrankung des Geistes vor; aber wo die störenden Einflüsse der Arbeitsträgheit, momentaner Genusssucht etc. für die seelische Empfindung [des Individuums das objective] Vortheilsverhältnis alterieren, so dass imaginäre, d. h. von den normal-gebildeten Durchschnittsmenschen nicht oder nur in viel geringerem Grade anerkannte Lustgefühle oder Unlustgefühle in bedeutenden Angelegenheiten entscheidend werden, da sprechen wir von einer Erkrankung des Willens.

[5]) Er kann aber jederzeit ein errichtetes Testament widerrufen (§ 718 a. b. G.).

[6]) Über den Einfluss der Verschwendung als solcher vgl. die §§ 53, 109, 191, 173, 251, 773, 1241 pr., 1245 pr.

zwei Individuen und auch zwischen demselben Individuum zu verschiedenen Zeiten und unter verschiedenen Umständen stofflich manifestiert, beziehungsweise stofflich begründet sein muss. Während aber Geschlecht, Alter und Gesundheit als körperlich nachweisbar und unabhängig von dem Willen des Individuums sich darstellen, stellen andere Qualitäten in der Erscheinung sich nicht als Veränderungen des Körpers dar, sondern wir betrachten sie als Qualitäten dessen, was wir das Seelische zu nennen pflegen, und es hat oft den Anschein, als wenn es im freien Belieben des Individuums stünde, dieselben zu bethätigen oder nicht. Wir wollen dieselben ideelle Qualitäten nennen.

Solche ideelle Qualitäten sind 1. die durch Anerkennung bethätigte religiöse Überzeugung, d. i. principielle Stellung des Individuums zu den ethisch-dogmatischen Systemen (das Religionsbekenntnis), 2. die durch Handlungen bethätigte religiöse[1]) Überzeugung beziehungsweise ethische oder rechtliche, auch politische oder öconomische Anschauung, d. i. jeweilige thatsächliche Stellung des Individuums zum Glauben oder der Ethik oder dem Rechte, dem Staate, dem Gemeinwohle (die ideelle Integrität) und 3. die bethätigten Anlagen und Fähigkeiten des Individuums (der Beruf).

α1. Religionsbekenntnis.[1])

§ 32.

Der Einfluss des Religionsbekenntnisses,[2]) noch vor einer geringen Anzahl von Jahren auf gewissen Rechtsgebieten bedeutsam, ist der-

[1]) Auch aus dem Unterlassen religiöser Handlungen (z. B. Communion, Osterbeichte, Sonntagsheiligung, Kirchenbesuch) kann das Recht Anlass nehmen, eine mindere Vertrauensfähigkeit zu constatieren, eine „turpitudo“ oder „levis nota“ auszusprechen.

[1]) Barth-Barthenheim, Beiträge zur polit. Gesetzkunde 1821 I, 1; Unger I, § 30; Schiffner I, § 58; Vesque, Int. Pr. § 48; Kirchstetter I, S. 64; Stubenrauch I, S. 96; Stobbe I, § 45; Particularr.: Roth, D. Pr. I, § 69. Über die Juden: Grassl, Das bes. Eherecht der Juden in Österreich, Wien 1838, S. 342 (rec. von Pachmann, Z. f. ö. R. 1838 III, S. 363—379); Wessely, Ein Wort zur Reform des bisher in Österr. geltenden jüdischen Eherechtes, Haimerl's Magazin VI, 1852 N. VI, S. 103—116, N. XII, S. 230—248, XIX, S. 437—451; frühere Verhältnisse Scari, Systematische Darstellung der in Betreff der Juden in Mähren und im k. k. Antheile Schlesiens erl. Gesetze u. Vdg., Brünn 1835, S. 260 (rec. Kitka, Z. f. ö. R. 1835 III, S. 150—156); Stubenrauch, GZ 1853, 132 ff., 149 ff. Ferner Kaim in Weiske's RL Art. „Juden“; Hinschius in Holtzendorff's Enc. „Juden“. Geschichtliches: Stobbe, Die Juden Deutschlands während des Mittelalters in polit., soc. und rechtl. Beziehung, Braunschweig 1866, und D. Pr. I, § 46.

[2]) Nach A. 14 StGG 21. Dec. 1867 (RGB 142) ist „die volle Glaubens- und Gewissensfreiheit Jedermann gewährleistet“. Das Gesetz 25. Mai 1868

malen privatrechtlich nur mehr beschränkt auf das Ehehindernis zwischen Christen und Nichtchristen (§ 64 a. b. G.), auf die Unzulässigkeit der Ehetrennung bei den Katholiken (§ 115 a. b. G.) und das hierauf gegründete Ehehindernis des Katholicismus (Hofd. 26. August 1814 No. 1099 JGS und 17. Juli 1835 No. 61 JGS) und die Abweichungen hinsichtlich des Eherechtes bei den Juden (§§ 123—136 a. b. G.)[3]). Die Beschränkungen der Juden im Erwerbe unbeweglicher Güter wurden mit Gesetz vom 21. December 1867 (RGB No. 142) Art. 6 und 14 aufgehoben[4]); letzterer besagt ausdrücklich „der Genuss der bürgerlichen und politischen Rechte ist von dem Religionsbekenntnisse unabhängig.“[5]) Das Erfordernis des politischen Eheconsenses (§ 124 a. b. G.) war schon durch k. Vdg. 29. Nov. 1859 RGB 217, die Unfähigkeit eines Nichtchristen, Testamentszeuge beim Testamente eines Christen zu sein (§ 593 a. b. G.), zugleich mit der processrechtlichen Bedenklichkeit des Zeugnisses eines „Juden für einen Juden wider einen Christen“ (§ 142 lit. d der a. G. O., § 217 lit. d der westg. G. O. und § 216 Z. 4 der südtir. G. O.), durch k. Vdg. vom

(RGB 49) setzt fest, welcher Religion die Kinder angehören, welcher Einfluss den Eltern (bei gemischten Ehen) auf die Bestimmung der Religion der Kinder zusteht, von welcher Zeit an den Kindern selbst „die freie Wahl des Religionsbekenntnisses“ zusteht (vollendetes vierzehntes Lebensjahr), und unter welchen Förmlichkeiten der Austritt oder Eintritt in eine Kirche erfolgen müsse, um gesetzliche Wirksamkeit zu haben. Vgl. hiezu auch die M. Vdg. 18. Jan. 1869 (RGB 13). Indem der Austritt aus einer Religionsgenossenschaft nicht gebunden ist an den Wiedereintritt in eine andere, erscheint die Religion überhaupt nicht als nothwendige Qualität des Individuums, sondern auch die Confessionslosigkeit gesetzlich als anerkannt. Vgl. das diesem Grundsatze Rechnung tragende Gesetz 9. April 1870 (RGB 51) hinsichtlich der Ehen der Confessionslosen und der Führung der Geburts-, Ehe- und Sterberegister über sie (Vollzugsvorschrift 20. October 1870 RGB 128).

[3]) Dass sich die Competenz der zur Ehebewilligung, beziehungsweise Entgegennahme der feierlichen Erklärung der Contrahenten berufenen staatlichen Behörde nach dem Religionsbekenntnisse, beziehungsweise dem Mangel eines solchen richtet, gehört in das öffentliche Recht.

[4]) Begünstigungen hatten schon die k. Vdg. 18. Februar 1860, RGB 44, 45 für gewisse Kronländer geschaffen.

[5]) Nicht alle Religionsgesellschaften sind aber „gesetzlich anerkannt“ (A. 16 cit.) und äussert sich dieser Mangel der gesetzlichen Anerkennung, abgesehen von der Untersagung der öffentlichen Religionsübung, darin, dass ihnen, beziehungsweise ihren Theilvereinigungen, keine juristische Persönlichkeit zukommen kann. Die Bedingungen unter denen diese gesetzliche Anerkennung erworben werden kann, statuiert das Gesetz 20. Mai 1874 (RGB 68).

6. Januar 1860 (RGB 9) aufgehoben worden, der Enterbungsgrund des Abfalles vom Christenthume (§ 768 lit. a des a. b. G.)[6]) wurde durch Art. 7 des Gesetzes vom 25. Mai 1868 (RGB 49) beseitigt.

β_1. Sittliche Integrität.[1])

§ 33.

Als eine Folge geänderter Auffassung des Verhältnisses von Recht und Sittlichkeit muss es bezeichnet werden, dass unser Recht an die Bethätigung eines positiven Glaubens durch Religionsübung beziehungsweise deren Unterlassung keinerlei Wirkungen mehr knüpft, und dass auch hinsichtlich geradezu unmoralischer oder doch widerrechtlicher Handlungen jene privatrechtlichen Consequenzen, welche die Rechtsfähigkeit des Individuums modificierten, fast gänzlich beseitigt sind. In dreifacher Richtung hatten solche Modificationen in ausgedehnterem Maasse bestanden: im allgemeinen als Folgen einer bedeutenderen strafrechtlichen Verurtheilung oder strafwürdigen Verhaltens, speciell als Folgen der Desertion und unbefugter Auswanderung.

α_2. Strafrechtliche Verurtheilung.

Nach § 61 des a. b. G. beziehungsweise § 12 des I. Anhanges des Ehegesetzes für Katholiken 8. Oct. 1856 (RGB 185), ferners § 574[2]) und 868 a. b. G. und § 27 b des a. St. G. konnte ein zur Strafe des schweren Kerkers oder Todes verurtheilter Verbrecher von der Urtheilsverkündigung an bis zum eventuellen Ende seiner Strafzeit

[6]) Über die Wirkung einer vertragsmässigen oder letztwilligen Bedingung auf Religionswechsel oder Beibehaltung des Glaubens unten in der Lehre von der Bedingung.

[1]) Unger I, §§ 31—34; Schiffner I, § 55. 54; Kirchstetter, S. 37. 38; Dangelmaier, Militär-Privatrecht der k. k. ö. Armee, Innsbruck 1882, S. 39—45; Stobbe I, § 47. 48. Particularr.: Roth, D. Pr. I, § 68. Geschichtliches ausser bei Unger I, § 31, Stobbe I, § 47, bei Budde, Über Rechtlosigkeit, Ehrlosigkeit und Echtlosigkeit, Bonn 1842; Hillebrand, Über die gänzliche und theilweise Entziehung der bürgerlichen Ehre nach den deutschen Rechtsbüchern des Mittelalters, Giessen 1844; Kleinschmidt, De natura et vi existimationis in jure germanico medii aevi praesertim in jure feudali conspicua, Bonn 1844; auch Beneke, Von unehrlichen Leuten, Hamburg 1863. Vgl. auch Kraut, Privatrecht § 49. Harum, In welchem Umfange derogirt die Strafgesetznovelle vom 15. Nov. 1867 den civilrechtlichen Bestimmungen über die Rechtsfolgen strafgerichtlicher Erkenntnisse? GZ 1868, N. 10. 11. Die römisch-rechtliche Unterscheidung von infamia (juris et facti) und turpitudo hat für unser Recht jedwede Bedeutung eingebüsst.

[2]) Hiezu Pfaff-Hofmann II, S. 126 und Excurse II, S. 58—67.

„keine giltige Ehe eingehen", „keine giltige Erklärung des letzten Willen machen"[3]) und überhaupt „kein für ihn verbindliches Geschäft schliessen". Diese auch bei Verurtheilungen nach dem Militärstrafgesetze festgesetzten Wirkungen sind jedoch durch § 5 Gesetzes 15. November 1867 (No. 131 RGB) in Ansehung derjenigen Personen, welche der Civil-Strafgerichtsbarkeit unterstehen, aufgehoben, und treten nur mehr bei Verurtheilungen durch die Militärgerichte ein. Hinsichtlich der im Landwehrverbande stehenden Personen ordnet das Gesetz 23. Mai 1871 (RGB 45) an, dass auf sie auch dann, wenn sie in activer Dienstleistung stehen, somit in Strafsachen den militärischen Gesetzen unterstehen, „jene Bestimmungen keine Anwendung finden, welche eine Schmälerung der bürgerlichen Rechts- und Handlungsfähigkeit . . . androhen."[4]) „Die im Gensdarmerieverbande stehenden Personen sind in Strafsachen den militärischen Gesetzen . . . in dem

[3]) Wenn Unger behauptete (I, § 33, S. 275 u. N. 5), es sei auch das früher errichtete Testament ungiltig, so würde eine solche Auffassung, bei den dem geradezu widersprechenden Bestimmungen der massgebenden Gesetzesstellen (§ 579 a. b. G.: „kann . . . solange seine Strafzeit dauert, keine giltige Erklärung seines letzten Willens machen"; ferner, § 575 a. b. G. und § 27 b des StG: „. . . einen letzten Willen errichten. Seine vorigen Handlungen oder Anordnungen aber verlieren wegen der Strafe ihre Giltigkeit nicht"), geradezu unbegreiflich erscheinen, wenn nicht L 1, § 8 D. 37. 11 die Erklärung liefern würde. Was dem r. R. die testamenti factio activa und lex 1 § 8 cit. waren, das ist für unser Recht vollkommen unmassgeblich. Unger hat aber diese seine Auslegung selbst im Erbrecht zurückgezogen (§ 9 pr. und § 23). Vgl. auch Pfaff-Hofmann, Excurse II, S. 66.

[4]) Dass sie „im Falle einer erfolgten Kriegserklärung oder eines ausgebrochenen Krieges" wegen gewisser in § 7 Gesetzes 20. Mai 1869 RGB 78 angeführter Verbrechen der Militärgerichtsbarkeit unterstehen, wie Kirchstetter S. 38 ad § 18 N. 4 hervorhebt, ist zwar richtig, da in diesen Fällen „auch Civilpersonen . . der Militärgerichtsbarkeit" unterstehen. Daraus ist aber noch keineswegs mit Kirchstetter (und Schiffner I, § 55 N. 25) zu folgern, dass nun auch „die gesetzlichen Bestimmungen über die Schmälerung der bürgerl. Rechts- und Handlungsfähigkeit" für sie Anwendung finden. Auch auf die ausnahmsweise der Militärgerichtsbarkeit verfallenden Civilpersonen finden diese Bestimmungen nicht mehr Anwendung, da ja die betreffenden „Personen" trotz der Singularbestimmung des § 7 cit. doch noch immer im Allgemeinen „der Civilgerichtsbarkeit unterstehen", und die einleitenden Worte des Gesetzes 15. Nov. 1867, RGB 131 dieses Gesetz und die durch selbes erfolgten Änderungen nicht nur für jene „Personen, welche und insofern sie . .", sondern für alle „Personen, welche der Civilstrafgerichtsbarkeit unterstehen", anwendbar erklären (A. M. Dangelmeier S. 43). Selbst wenn aber diese Beschränkungen bei der ausnahmsweisen Abstrafung von Civilpersonen durch Militärgerichte

Umfange unterworfen" wie nach Gesetz 23. Mai 1871 die active Landwehr.[5])

Nach § 592 a. b. G. ist der wegen eines Verbrechens aus Gewinnsucht Bestrafte kein giltiger Testamentszeuge; Verurtheilung wegen eines Verbrechens ist ein Ehescheidungsgrund (§ 109 a. b. G.), beziehungsweise bei mindestens fünfjähriger Kerkerstrafe ein Ehetrennungsgrund (§ 115 a. b. G.). Verurtheilung zu lebenslänglichem oder zwanzigjährigem schwerem Kerker oder zum Tode ist ein Enterbungsgrund (§§ 768, 769, 782 a. b. G.). Die Verurtheilung wegen eines Verbrechens zu mehr als einjähriger Kerkerstrafe bewirkt das Erlöschen der väterlichen Gewalt während der Strafdauer[6]) (§ 176 a. b. G.). Die Verurtheilung wegen eines Verbrechens bewirkte nach §§ 191, 254, 281

noch Platz greifen würden, — ungeachtet man bei Festsetzung des § 7 Gesetzes 20. Mai 1869 an sie gewiss nicht gedacht hat —, so wären sie doch nach § 1 Gesetzes 23. Mai 1871, RGB 45 („doch finden auf dieselben jene Bestimmungen keine Anwendung, welche eine Schmälerung der bürgerlichen Rechts- und Handlungsfähigkeit . . androhen") ausnahmslos für „die im Landwehrverbande stehenden Personen, welche . . . in activer Dienstleistung stehen" entfallen. Es würde diess allerdings im Verhältnisse zu den militärgerichtlich abgestraften Civilpersonen inconsequent erscheinen, aber diese Inconsequenz läge nur in der Behandlung der Civil- nicht in der der Landwehrpersonen. Es wäre gewiss kein Anlass vorhanden, eine derartige archaistische, höchstens durch Versehen übriggebliebene, so bedenkliche Bestimmung mit Hülfe der Analogie über, ja gegen den Wortlaut des Gesetzes auszudehnen.

[5]) § 10 Gesetzes 26. Februar 1876, RGB 19.

[6]) Diese Bestimmung ist übrigens in erster Linie eine Folge der nun eingetretenen factischen Unmöglichkeit, den Inhalt der väterlichen Gewalt auszuüben (arg. Schlusssatz des § 176 a. b. G.), daher auch durch § 5 Gesetzes 15. Nov. 1867, RGB 131 nicht aufgehoben worden, wie Kirchstetter S. 129, N. 6 und Schiffner I, § 55, S. 171 annehmen. Auch die Bestimmungen der §§ 592, 109 und 115 a. b. G. sind durch § 5 cit. nicht aufgehoben, da es sich in diesen Fällen gar nicht (§§ 109 und 115) oder doch nicht lediglich (§ 592) um die Handlungs- bezw. Rechtsfähigkeit der Verurtheilten handelt, und sind die Bestimmungen der §§ 109 und 115 auch nicht durch § 6 cit. alteriert (a. A. Schiffner I, § 55, S. 172, Kirchstetter, S. 99), da die Möglichkeit einer Ehescheidung oder Ehetrennung zunächst nicht unter den Gesichtspunct einer „nachtheiligen Folge" für den Verurtheilten, sondern einer Berücksichtigung des anderen Ehegatten, wenn man will einer „günstigen Folge" (von einem derartigen Individuum loszukommen) für diesen, fällt. Durch § 6 cit. Absatz III (oder wie das Gesetz ihn fälschlich bezeichnet Absatz II: „die im zweiten Absatze dieses Paragraphen . .") sind jedoch die Bestimmungen der §§ 592, 768, 769, 782 a. b. G. hinsichtlich der in Absatz II desselben § 6 angeführten Verbrechen gänzlich aufgehoben (denn dieselben sind mit dem Straferkenntnisse „kraft . . gesetzlicher Vorschrift verbunden" und „nicht insbesondere vom Richter zu

a. b. G. die Unfähigkeit zu Vormundschaften und Curateln, beziehungsweise die ämtliche Entlassung von denselben, während nun nach § 5 des Gesetzes 15. Nov. 1867 hierüber „das Vormundschafts- oder Curatels-Gericht in jedem einzelnen Falle nach seinem Ermessen zu entscheiden haben soll". Hierin liegt aber keine Besonderheit mehr, sondern es erscheint diess nur als eine Consequenz des Satzes, dass jene ausgeschlossen sind von Vormundschaften etc. „von denen eine anständige Erziehung des Waisen oder nützliche Verwaltung des Vermögens nicht zu erwarten ist" (§ 191 a. b. G.).[7])

Neben diesen privatrechtlichen Wirkungen der erfolgten Abstrafung bestehen jedoch auch noch eine Reihe öffentlich-rechtlicher Wirkungen (§ 26 StGB), deren Platzgreifen übrigens durch das Gesetz 15. Nov. 1867 (RGB 131) § 6 ff. wesentlich eingeschränkt wurde.

Als privatrechtlich bedeutsame Fälle des blossen strafbaren oder unmoralischen Verhaltens[8]) sind die Bestimmungen der §§ 109 und 115 a. b. G. zu nennen, wonach der Ehebruch[9]) einen Ehe-

verhängen", und stellen sich als „nachtheilige Folgen, welche . . mit strafrechtlichen Erkenntnissen . . verbunden . . sind", dar), während sie bei wegen anderer Verbrechen erfolgter Verurtheilung zu wenigstens fünfjähriger Kerkerstrafe mit dem Ablaufe von zehn Jahren, sonst mit Ablauf von fünf Jahren nach dem Ende der Strafe aufhören. Es kann übrigens nicht in Abrede gestellt werden, dass die Stylisierung des § 6 cit. Gesetzes „einzig" ist. Mit der Unklarheit der Darstellung des Gesetzes wetteifert die Schiffner's, und erringt im Schlusssatz des § 55 sogar den Siegespreis.

[7]) Stillschweigend aufgehoben durch § 5 cit. ist die Bestimmung des § 279 a. b. G., dass dem „zur schwersten oder schweren Kerkerstrafe verurtheilten Verbrecher . . . wenn er ein Vermögen besitzt, welches durch die länger fortdauernde Strafe einer Gefahr ausgesetzt würde", „ein Curator zu bestellen" ist, da § 279 sich nicht etwa, wie es den Anschein haben könnte, auch auf die thatsächliche Handlungsunfähigkeit des Verurtheilten bezieht, so dass sich nur die Bedingungen seiner Anwendbarkeit (Gefahr) durch die Aufhebung der Beschränkung der Handlungsfähigkeit geändert hätten. Dass dem nicht so ist, ergibt sich aus dem von Pfaff in Grünhut's Zeitschr. II, 1875, S. 262, über die Entstehungsgeschichte Mitgetheilten, woraus hervorgeht, dass man die Bestellung des Curators für den Verurtheilten nur acceptierte, weil und insoweit er nicht „sui juris bleibe und sich selbst einen Bevollmächtigten bestellen könne".

[8]) Schon daraus, dass in allen diesen Fällen eine erfolgte Abstrafung gar nicht nothwendige Voraussetzung der angedeuteten Rechtswirkungen ist, ergibt sich, dass an den bestehenden gesetzlichen Bestimmungen durch das Gesetz 15. Nov. 1867 (RGB 131) auch für den Fall nichts geändert wurde, wenn wirklich eine Abstrafung erfolgt sein sollte; die fraglichen Wirkungen sind nicht Wirkungen der Strafe, sondern der Handlung.

[9]) Nicht bloss die Abstrafung wegen Ehebruches, wie Kirchstetter S. 99, N. 8 ad § 110 überzeugend ausführt.

scheidungs- oder Ehetrennungsgrund, beziehungsweise ein Ehehindernis bildet; ferners die Bestimmungen der §§ 540, 542 und 543 sowie 948 a. b. G., wonach an gewisse strafbare Handlungen (oder wie in §§ 120, 121 a. b. G. auch an strafrechtlich überhaupt nicht verfolgbare, aber von der Rechtsordnung missbilligte Handlungen), Beschränkungen der Erbfähigkeit (beziehungsweise der Fähigkeit, aus den Ehepacten oder dem Ehetrennungsvertrage unentgeltlich zu erwerben, oder das Erworbene zu behalten, und des Rechtes, die Giltigkeit der Ehe aus dem Grunde des § 58 a. b. G., d. i. der bereits vor der Eheschliessung durch einen Anderen erfolgten Schwängerung, anzufechten) oder des Rechtes, eine Schenkung zu behalten, geknüpft sind; ferners die Bestimmung des § 53 a. b. G., wonach „erwiesene oder gemein bekannte schlechte Sitten" desjenigen Theiles, mit dem ein Minderjähriger oder eine Minderjährige eine Ehe eingehen wollte, als Grund genannt werden, „die Einwilligung der Ehe zu versagen," und des § 768, 4[10]) (beziehungsweise 769 und 782 a. b. G.), wonach eine beharrliche „gegen die öffentliche Sittlichkeit anstössige Lebensart" ein Enterbungsgrund ist.

Hier sind schliesslich auch noch anzuführen die Wirkungen, welche die Insolvenz, beziehungsweise die Eröffnung und Durchführung des Concursverfahrens, auch ganz abgesehen vom Falle einer Abstrafung wegen selbstverschuldeter Crida (§ 486 StGB), hat.

Zunächst wird durch die Concurseröffnung keineswegs die Rechtsfähigkeit beziehungsweise rechtliche Handlungsfähigkeit beschränkt, so wenig etwa als durch die Expropriation oder eine Execution; es wird nur das Vermögen des Cridatars oder ein bestimmter Theil desselben der Dispositionsfreiheit des Cridatars entzogen. Er „soll über sein zur Masse gehöriges Vermögen" nicht in einer Weise disponieren, dass es den Gläubigern entzogen würde, insbesondere daher nichts davon veräussern, verpfänden, belasten, und um diesem Sollen den wirksamsten Nachdruck zu geben, erklärt die Rechtsordnung ein Dawiderhandeln einfach für unwirksam „gegenüber der Gläubigerschaft"; sie sagt, er kann gar nicht rechtswirksam veräussern, Zahlungen annehmen oder leisten, soferne hierin eine Benachtheiligung der Gläubiger liegt.

[10]) Auch die Enterbungsgründe der §§ 768, 2 und 769 i. f. des a. b. G. können hieher gerechnet werden, ebenso die Bestimmungen der §§ 109 und 115, die sich auf unmoralisches oder bedrohendes Verhalten eines Ehegatten als Scheidungsgrund beziehen; ferner §§ 142, 169, 173 hinsichtlich väterlicher Gewalt und Vormundschaft; schliesslich die Bestimmungen der §§ 540, 542, 543, 948 a. b. G. über Erbunwürdigkeit, Erbunfähigkeit, Revocabilität der Schenkung.

Aber nur hinsichtlich des Massevermögens sind seine Handlungen unwirksam, und nur soweit sie den rechtlich geschützten Interessen der Gläubigerschaft widersprechen und von dieser nicht anerkannt werden; für ihn sind seine Handlungen vollkommen verbindlich, er haftet aus seinen Rechtsgeschäften gleich jedem Anderen, nur das Massevermögen haftet, insolange und insoweit es durch den Concurs gebunden ist, nicht, weil es eben seiner Dispositionsfreiheit vorläufig entrückt, in diesem Sinne nicht sein Vermögen ist. Man kann sagen, nicht die Rechtsfähigkeit des Cridatars, sondern sein Vermögen wird durch die Concurseröffnung beschränkt, nicht der Dispositionsfähigkeit, sondern der Dispositionsobjecte wird er (bedingt) beraubt.

An den Cridazustand sind jedoch allerdings auch gewisse Minderungen der Rechtsfähigkeit geknüpft. Auf privatrechtlichem Gebiete ist hier die Rechtsminderung des in Concurs gerathenen Kaufmannes zu nennen, dessen Concurs nicht durch Zwangsausgleich beendet wurde, und welcher nach Aufhebung des Concurses auch nicht nachzuweisen vermag, „dass sämmtliche Ansprüche der persönlichen Gläubiger . . . vollständig getilgt sind," beziehungsweise auf Grund dieses Nachweises nicht „die Wiederbefähigung . . . erlangt hat". Ein solcher Kaufmann ist, insolange er diese Wiederbefähigung vom Concursgerichte nicht erlangt, „von dem Rechte, Handelsgeschäfte unter einer nicht lediglich in der Zeichnung seines vollen Namens und Vornamens bestehenden Firma zu betreiben," ausgeschlossen (§§ 246—253 C. O.).

β_2. Desertion.

Der Deserteur, oder wie § 544 a. b. G. sagt, derjenige, „welcher die Kriegsdienste ohne ordentliche Erlaubnis verlassen" hat,[11]) ist erbunfähig; das was ihm in der Zeit zwischen seiner Desertion und Einlieferung oder Stellung von Todeswegen anfiele, ist so zu behandeln,

[11]) Nicht zu verwechseln hiemit ist der „Stellungsflüchtige" (§ 46 Gesetzes 5. Dec. 1868 RGB 151). Den technischen Begriff der Desertion gibt § 183 MStG 15. Jan. 1855 RGB 19: „Wer nach abgelegtem Militärdiensteide das Regiment, Corps oder den Dienstzweig, dem er angehört, oder den ihm angewiesenen Aufenthalt eigenmächtig, und mit dem Vorsatze, sich seiner Dienstpflicht für immer zu entziehen, verlässt, oder davon in gleicher Absicht sich entfernt hält, ist der Desertion schuldig." Die §§ 184—186 und 188 MStG stellen eine Anzahl Beweisregeln dafür auf, ob dieser Vorsatz vorhanden war. Die Beurtheilung der Frage, ob Jemand Deserteur ist oder nicht, steht ausschliesslich der Militärbehörde zu, an welche sich daher zweifelhaften Falles zu wenden ist. Die erfolgte Verurtheilung wegen Desertion ist jedoch keine Bedingung des Eintrittes der Wirkungen des § 208 MStG, wie Kirchstetter S. 38, N. 6, ad § 18 anzunehmen scheint, wenn er zwischen der Desertion ausser der activen und innerhalb derselben aus dem Grunde unterscheiden zu müssen meint, weil nach § 3 Gesetzes 20. Mai 1869, RGB 78 Urlauber und nichtactive Reservisten erst „mit dem Tage der Zustellung des Einberufungsbefehles oder der legalen Veröffentlichung desselben unter die Militärgerichtsbarkeit" treten, und hieraus folgert, dass bei der Desertion ausser der activen Dienstleistung die fraglichen Rechtsnachtheile erst von dem bezeichneten Zeitpuncte an beginnen. Hiebei ist offenbar auch die Bestimmung der Absätze 2 u. 3 desselben § 3 übersehen, denn hienach ist die Desertion immer „nach den Militärgesetzen zu behandeln", und für sie nur das Militärgericht competent, nur dass der Nichtactive erst einberufen werden muss, wenn er wegen seiner früher begangenen Desertion bestraft werden können soll. Der ausser activer Dienstleistung stehende Reservemann kann aber überhaupt vor dem „ihm ämtlich bekannt gegebenen Einrückungstermin" eine Desertion gar nicht begehen; ja auch nach diesem Termin ist er nur dann „als Deserteur anzusehen", wenn sich seine Versäumnis desselben „über die Dauer von sechs Wochen" erstreckt, allerdings aber erscheint er dann als Deserteur vom Beginne der sechs Wochen an (Dangelmaier S. 41). Mit Recht wird auch bemängelt (Dangelmaier S. 42, N. 1), dass von Pfaff-Hofmann II, S. 127 (auch Kirchstetter S. 315 ad § 544 und Schiffner I, § 55, N. 7) die Wirkungen der Desertion Inactiver auf den Zeitpunct der Einberufung bezogen werden, während (abgesehen von einer Desertion während der Inactivität, welche aber bei Reservisten ausgeschlossen ist), doch erst das Nichteinrücken zum bezeichneten Termine Desertion begründet.

[12]) Diese Testamente erwachsen nach erfolgter „Rückkehr" keineswegs wieder in Kraft, wie Unger (I, § 33 N. 5 i. f.) anzunehmen scheint, wenn er das Wort „Anordnung" in § 27 b. StGB auf durch die Strafe ungiltig gewordene und dann wieder angeblich wirksam werdende letztwillige Anordnungen bezogen wissen will. (Vgl. o. N. 3.) Unger's Ansicht auch Kirchstetter S. 330 und Pfaff-Hofmann II, S. 127 N. 3, nur dass von letzteren das Unrichtige der Begründung Unger's und (der früheren Auflagen) Kirchstetters anerkannt, ja zugegeben wird, dass die „allgemeinen Grundsätze der jur. Logik" gegen das Aufleben sprechen, und dieses vorwiegend aus Billigkeitsgründen behauptet wird. Aber auch bei Pfaff-Hofmann vermisse ich die Anführung eines Rechtssatzes, der verfügt, dass das ungiltig gewordene Testament wieder giltig werde. Ein solcher wäre gegenüber der bündigen Vorschrift des § 208 MStG, „auch jede vor ausgeführter Desertion errichtete letztwillige Anordnung wird . . . ungiltig" (die sich doch nicht mit Pf.-H. deuten lässt: so lange (?) der Deserteur nicht zurückgekehrt ist, wird sein Testament als ungiltig betrachtet (?)), m. E. unbedingt erforderlich. Vgl. auch Dangelmaier S. 40.

als wäre er vor dem Anfalle verstorben (§ 208 c des Mil. Str. Ges.). Er ist testierunfähig innerhalb derselben Zeit; ja sogar vorher errichtete letztwillige Anordnungen werden rücksichtlich des im Inlande befindlichen Vermögens ungiltig[12]) (§ 208 a. b. des M. St. G.). Die Strafe der Vermögensconfiscation wegen Desertion ward durch § 1 Justiz-Hofdecretes 21. Februar 1842 JGS 599 abgeschafft, die oberwähnten

Bestimmungen jedoch, sowie die, dass er „aller bürgerlichen Rechte[13]) verlustig, somit auch über sein zurückgelassenes Vermögen weder unter Lebenden noch auf den Todesfall zu verfügen berechtiget ist", in § 8 und § 14 cit. aufrechterhalten. Diese Bestimmungen sind auch heute noch giltig; nur hinsichtlich der dem Landwehrverband angehörenden Personen, auch wenn sie in activer Dienstleistung stehen, sind diese „Schmälerungen der bürgerlichen Rechts- und Handlungsfähigkeit" durch § 1 Gesetzes 23. Mai 1871 (45 RGB) beseitigt.[14])

γ_2. Unbefugte Auswanderung.

Ähnliche Rechtsfolgen wie an die Desertion waren an die unbefugte Auswanderung geknüpft. Das Auswanderungspatent vom 24. März 1832 (JGS 2557)[15]) bestimmte in § 10, der Auswanderer sei unfähig, unter was immer für einem Titel im Inlande Eigenthum zu erwerben, er sei speciell erbunfähig und im Erbgange als gar nicht vorhanden anzunehmen, er sei ferner testierunfähig, und sind hier ganz dieselben Bestimmungen getroffen wie beim Deserteur, auch hier wird selbst ein früher errichtetes Testament ungiltig. Ferners bestimmt § 176 a. b. G., dass die väterliche Gewalt des eigenmächtig Ausgewanderten ausser Wirksamkeit kommt.

Da Art. 4 des Staatsgrundgesetzes 21. Dec. 1867 (142 RGB) festsetzte: „Die Freizügigkeit der Person und des Vermögens innerhalb des Staatsgebietes unterliegt keiner Beschränkung" — und — „Die Freiheit der Auswanderung ist von Staatswegen nur durch die Wehrpflicht beschränkt," das in letzterer Richtung massgebende Wehrgesetz vom 5. Dec. 1868 (151 RGB) jedoch diese obigen Beschränkungen nicht neuerlich aussprach, oder doch durch Bezugnahme auf sie aufrecht erhielt, sind dieselben sämmtlich als aufgehoben anzusehen.[16])

[13]) Diess ist jedoch kein „bürgerlicher Tod", denn das Vermögen wird sequestriert (§ 8 cit.) und erst nach dem Tode des Deserteurs den „gesetzlichen Erben" hinausgegeben (§ 11 cit.).

[14]) Dasselbe gilt gemäss § 10 Gesetzes 26. Februar 1876 RGB 19 von den im Gendarmerieverbande stehenden Personen. Ausreisser aus der Finanzwache sind (§ 244 Verfassungs- und Dienstvorschrift der Finanzwache, im Auszuge mitgetheilt durch Hofkd. 21. April 1843, JGS 696) nicht als Deserteure im Sinne des Militärstrafgesetzes anzusehen.

[15]) Über dasselbe: Schopf, Das gesetzliche Verfahren in Auswanderungsfällen, Wien 1834 (rec. Schindler, Z. f. ö. R. 1835 I, S. 1—4). Gegenwärtiges Recht, Mayrhofer, Handb. f. d. pol. Verwaltungsdienst II, S. 166—174. In materieller Hinsicht, Unger, Über den Zeitpunct des Eintritts der rechtlichen Folgen der unbefugten Auswanderung. GZ 1863, N. 24.

[16]) Dieser Meinung ist auch Kirchstetter, S. 54, N. 12 ad § 32, Pfaff-Hofmann II, S. 23. 24; Stubenrauch I, S. 88 (4. Aufl.). A. A. Schiffner I, § 55, S. 169; Randa, Besitz § 9, N. 3a. Vgl. auch den Commissionsbericht (jur. Ges.) GZ 1868, N. 19, S. 79. Gegen diesen Jäger in seiner Zeitschrift f. Verw. I, 1868 N. 25, „Über die Freiheit der Auswanderung".

γ_1. Beruf.[1])

§ 34.

Nicht mehr als geschlossene Stände stehen sich heute die einzelnen Berufsclassen gegenüber. „Die öffentlichen Ämter sind für alle Staatsbürger gleich zugänglich" (Art. 3 St. Gr. G. 21. Dec. 1867 RGB 142). „Jeder Staatsbürger kann ... unter den gesetzlichen Bedingungen jeden Erwerbszweig ausüben" (Art. 6 cit.). „Es steht jedermann frei, seinen Beruf zu wählen und sich für denselben auszubilden, wie und wo er will" (Art. 18 cit.). Und so kann man heute nicht mehr nach den Wirkungen eines Standes[2]) auf das Privatrecht, sondern nur mehr nach denen eines Berufes auf dasselbe fragen. Allerdings jedoch sind auch vom Privatrechte gewisse Wirkungen daran geknüpft, welchen Beruf ein Individuum ausübt. Wenn von vereinzelten Singularbestimmungen,[3])

[1]) Unger I, § 41; Schiffner I, § 56; Roth, D. Pr. I, § 70, S. 400—402.

[2]) Nur hinsichtlich der Geistlichen und der Militärs kann man hinsichtlich bestimmter Gruppen von Individuen sagen, sie gehören dem Stande der Geistlichen oder der Militärpersonen an, derselbe sei aber nicht ihr Beruf, so bei den Ordensgeistlichen und den Personen der Reserve und der Landwehr. Aber genau genommen ist auch beim Ordenspriester die Verwaltung der überirdischen Heilsgüter sein Beruf, und der Reservist und Landwehrmann haben eben nur für gewöhnlich einen anderen Beruf. Beim Militärdienst ist jedoch allerdings auch noch ein anderes Moment vorhanden, welches ihn von jedem anderen Berufe unterscheidet und ihm einen ständeähnlichen Character verleiht, nemlich dass der Eintritt in denselben und der Austritt aus ihm keineswegs lediglich dem Belieben des Individuums anheimgegeben sind. Wenn hinsichtlich des Austrittes aus dem „geistlichen Stande" früher ein ähnliches Verhältnis bestand, so ist dieses durch Art. 6 Ges. 21. Dec. 1867, RGB 142 und Art. 5, Ges. 25. Mai 1868, RGB 49 jedenfalls als beseitiget anzusehen. Dass man nicht ohne staatliche Ernennung in den Staatsdienst treten kann, gehört nicht hieher, denn das ist auch bei jedem Privatdienstverhältnisse ebenso, und wenn man zum Austritte des Beamten seine Enthebung erfordert, so heisst diess nicht, ein Beamter, der nicht mehr dienen wolle, könne mit Stricken in sein Bureau gezogen werden, sondern nur, dass eine einseitige Auflösung des Dienstverhältnisses gewisse nachtheilige Wirkungen nach sich ziehe, deren Platzgreifen der Staat dadurch bezeichnet, dass er an Stelle des „Austrittes" die „Entlassung" substituiert.

[3]) Nicht hieher gehört die Bestimmung des Hkd. 10. April 1839 (JGS 355), dass der Lohn des Dienstgesindes nicht der dreijährigen Verjährung des § 1480 a. b. G. unterliegt, denn das gilt nicht nur vom Lohn des Dienstgesindes, sondern von jedem Lohne, da derselbe nicht unter die Bestimmung des § 1480 a. b. G. fällt. Die im cit. Hofd. aufgestellte Beweisvermutung jedoch, dass die Zahlung nach Verlauf von drei Jahren

so der Befreiung des öffentlichen Beamten[4]) von Vormundschaften (§ 195 a. b. G.), abgesehen wird, so ergeben sich nur drei Berufsstände, an welche gewisse privatrechtliche Wirkungen geknüpft sind, der des Geistlichen, der des Soldaten, und der des Kaufmannes.[5])

---

erfolgt sei, fällt allerdings unter obigen Gesichtspunct. Öffentlich-rechtlicher Natur sind die Executionsbeschränkungen hinsichtlich des Liedlohnes (Gesetz 29. April 1873, RGB 68), die Competenzbestimmungen für Dienststreitigkeiten (MV 7. Dec. 1856, RGB 224; § 102 GO, 20. Dec. 1859, RGB 227, u. hiezu A. IV Ges. 15. März 1883 RGB 39; Ges. 14. Mai 1869, RGB 63). Alle diese Bestimmungen beziehen sich übrigens mehr auf die Sache als auf die Person.

[4]) Die durch Gesetz 21. April 1882, RGB 123 normierten Beschränkungen der auf den Gehalt von Beamten (incl. Militärpersonen und Seelsorgern) gerichteten Execution beziehen sich wol mehr auf die Sache als auf die Person, und gehören in das Gebiet des öffentlichen Rechtes. Privatrechtlicher Natur jedoch ist die Bestimmung des § 7 cit., wonach die Anwendung der §§ 1—6 auch durch ein Übereinkommen nicht ausgeschlossen werden kann, und jede „den Bestimmungen dieser Paragraphe widersprechende Verfügung durch Cession, Anweisung, Verpfändung oder durch ein anderes Rechtsgeschäft" „ohne rechtliche Wirkung" ist. (Eine ähnliche Bestimmung trifft auch § 5 Gesetzes 29. April 1873, RGB 68 hinsichtlich des Lohnes aus dem Arbeits- oder Dienstverhältnisse; vgl. N. 3.) Hier können auch erwähnt werden die Beschränkungen der Beamten hinsichtlich der Geschenkannahme.

[5]) Die besonderen Bestimmungen hinsichtlich des Bauernstandes sind aufgehoben, u. z. die persönlicher Natur schon durch das k. Pat. 7. Sept. 1848 (JGS 1180), durch welches „die Unterthänigkeit und das schutzobrigkeitliche Verhältniss" aufgehoben wurde (vgl. k. Pat. 4. März 1849, RGB 152 und 31. Dec. 1851, RGB 2 ex 1852, ferner die Zusammenstellung von Rechtsnormen in den „Gesetzen und Verordnungen im Justizfache, Manz 1856 I, S. 82—94). Ungeachtet der durch Abs. 2 des cit. k. Pat. 7. Sept. 1848 im Principe erfolgten Aufhebung des Unterschiedes von Dominical- und Rusticalgütern blieben jedoch noch durch längere Zeit eine Reihe von Bestimmungen, welche allerdings nicht so sehr den Bauernstand, sondern vielmehr die Bauerngüter betrafen, bestehen (vgl. Unger VI, § 44 a und speciell N. 2). Dieselben betrafen vorzüglich die Untheilbarkeit der Bauerngüter und (§ 761 a. b. G.) die Erbfolge, beziehungsweise die Erbschaftstheilung hinsichtlich der Bauerngüter. In den meisten Kronländern (s. die Gesetze I, § 9, N. 9) ist die Untheilbarkeit der Bauerngüter und daher gemäss Ges. 27. Juni 1868, RGB 79 auch die Abweichung beim Erbgange von Bauerngütern dermalen aufgehoben, ein Sonderrecht besteht nur mehr in Tirol (vgl. Kirchstetter S. 397, 398). Über die früheren bäuerlichen Verhältnisse vgl. Barth-Barthenheim, Das Ganze der österr. polit. Administration 7. Abh.; Rössler, Über das Erbrecht und die Erbfolge des Bauernstandes, Themis N. F., Heft 7, 1843, N. 6, S. 87 ff. Über den Begriff des Bauerngutes Unger I, § 41, N. 12. Über das deutsche Recht Stobbe II, § 130—136 mit reicher Literaturangabe, S. 500—502.

α_2. Geistlicher Stand.[1])

§ 35.

§ 63 a. b. G. bestimmt: „Geistliche, welche schon höhere Weihen empfangen; wie auch Ordenspersonen von beiden Geschlechtern, welche feierliche Gelübde der Ehelosigkeit abgelegt haben, können keine giltigen Eheverträge schliessen; nach § 179 a. b. G. können sie nicht adoptieren; § 191 a. b. G. setzt fest: „Ordensgeistlichen soll in der Regel keine Vormundschaft aufgetragen werden; § 195 a. b. G.: „Wider ihren Willen können zur Übernahme einer Vormundschaft nicht angehalten werden: Weltgeistliche . .". Ordenspersonen, die das Gelübde der Armut abgelegt haben, waren im Erwerbe von Eigenthum, Ordenspersonen überhaupt in der Erbfähigkeit beschränkt (§ 539 a. b. G.), und im Allgemeinen (§ 573 a. b. G.) testierunfähig.[2]) Nach § 591

---

[1]) Barth-Barthenheim, Das Ganze der österr. polit. Adm. 11. Abh. Von den geistlichen Angelegenheiten; Dolliner, Das Recht geistlicher Personen, Wien und Triest 1817; Heimberger, Kurze kirchenrechtliche Bemerkungen zu den §§ 573 und 179 des a. b. G., Z. f. ö. R., 1838 II, S. 57 ff.; Helfert, Von den Einkünften, Abgaben und Verlassenschaften geistlicher Personen, Prag 1825, 398 S.; Grospietsch, De regularum ficta morte sive de vi et effectu professionis religiosae in causis privatis. Breslau 1870, 77 S.; Hellmann, Das gemeine Erbrecht der Religiosen, München 1874, 112 S.; Bärnreither, Über das Vermögensrecht der geistlichen Orden und ihrer Mitglieder, Wien 1882, 58 S. (aus der GZ 1882, N. 1—11; hiezu Jur. Bl. 1882, S. 361); Singer, H., Die Behebung der für Ordenspersonen bestehenden Beschränkungen im commercium mortis causa, Innsbruck 1880, 161 S.; (hiezu Zhishman in Grünhut's Zeitschrift VIII, 1881, S. 402—408); Singer, Historische Studien über die Erbfolge nach katholischen Weltgeistlichen in Österreich-Ungarn, Erlangen 1883, 119 S.; Schiffner I, § 56, S. 176—178; Helfert, Handbuch des Kirchenrechtes, 3. Aufl. Wien 1848; Pachmanns Lehrbuch des Kirchenrechts, 3. Aufl. Wien 1863, I, § 162, Wirkungen der Profess; auch III, § 336. Literaturangaben bei Vesque, Int. Pr. § 53 a. N. 5. Vgl. auch Mayrhofer, Handb. f. d. pol. Verwaltungsdienst II, S. 670—757 „Das Cultuswesen." S. auch N. 2.

[2]) Die rechtlichen Normen bei Manz ad § 356, 539, 573, 761, a. b. G., Mayrhofer, Handbuch f. d. pol. Verwaltungsdienst II, S. 716, N. 1 (Intestaterbrecht). Hiezu Pfaff-Hofmann II, ad § 539, S. 22, 23, ad § 573, 121—126, Excurse II, S. 6—8 (§ 539), S. 56—58 (§ 573); Stubenrauch, ad § 356 I, S. 439 (4. Aufl.), ad § 573 I, S. 723—725 (4. Aufl.), ad § 761 I, S. 360—364 (3. Aufl.); Kirchstetter ad § 576, S. 329, ad § 761, S. 396, 397. Die Entscheidung des OGH. 24. Oct. 1882, Czelechowsky N. 315, dass Ordensgeistliche nicht wechselfähig seien, sich überhaupt durch Verträge nicht verpflichten können, erachte ich als im Gesetze nicht begründet.

a. b. G. sind sie unfähige Testamentszeugen. Ob nicht durch Art. 6 St. Gr. Ges. 21. Dec. 1867 RGB 142 alle Beschränkungen der Erwerbs- und Testierfähigkeit aufgehoben sind, indem das, was von unbeweglichen Gütern gilt, um so mehr auch von beweglichen gelten müsse, kann erst im bes. Theile des Näheren erörtert werden; hier sei nur bemerkt, dass zwar Art. 6 in erster Linie auf die Aufhebung der Beschränkungen hinsichtlich der Juden zielte, dass aber m. E. durch selben auch die Beschränkungen des Clerus aufgehoben wurden, eine Ansicht, welche übrigens weder von der Theorie noch der Praxis getheilt wird. Die Bestimmungen der §§ 63, 179, 191, 195, 591 a. b. G. sind jedoch als noch zu Recht bestehend anzusehen, und kann man deren Aufhebung insbesondere nicht etwa aus Art. 2 Gesetzes 21 Dec. 1867, RGB 142, ableiten.

β_2. Soldatenstand.[1])

§ 36.

Die hinsichtlich der Soldaten dermalen bestehenden privatrechtlichen Singularitäten beschränken sich auf die Befreiung von der Pflicht zur Uebernahme der Vormundschaft (§ 195 a. b. G.: „wirklich dienende Militärpersonen"), Beschränkungen hinsichtlich der Eheschliessung durch Aufstellung eines Eheverbotes,[2]) Begünstigungen hinsichtlich der Formalitäten des Testierens (§ 600 a. b. G. und Dienstreglement für das k. k. Heer 9. August 1873, § 101, Absatz 719 und 720)[3]) und Entziehung der passiven Wechselfähigkeit (k. Vdg. 3. Juli 1852 RGB 138). Dermalen stellen sich wol auch die privatrechtlichen Rechtswirkungen einer Abstrafung in gewissem Sinne als den Militärstand betreffend dar.

---

[1]) Bergmayr, Das bgl. Recht der k. k. österr. Armee, Wien 1827, 5 Bände, enthält eine Darstellung des a. b. G., mit besonderer Rücksicht auf die Militär-Verhältnisse und -Vorschriften, also ein Privatrecht für Militärpersonen. Nur die das Militär betreffenden Besonderheiten hingegen stellt das kleine aber treffliche Schriftchen Dangelmaier's, Militärprivatrecht der k. k. österr. Armee mit Berücksichtigung des österr. Rechts, Innsbruck 1882, 78 S., dar. Über die beabsichtigte Codification des Militärprivatrechtes Pfaff-Hofmann I, S. 91.

[2]) Nach a. b. G. und § 25 Heiratsnormales 10. Juni 1812 hatte ein Ehehindernis bestanden. Nach den dermalen geltenden Vorschriften (s. selbe bei Stubenrauch I, S. 122—125, 4. Aufl.. und Kirchstetter S. 72) besteht nur mehr ein Eheverbot. Ein solches statuieren auch die §§ 44 und 45 Wehrgesetzes 5. Dec. 1868, RGB 151 für die Wehrpflichtigen.

[3]) Hiezu Pfaff-Hofmann II, ad § 600, S. 205, 206 und Excurse II, S. 131—133.

γ_2. Kaufmannsstand.[1])

§ 37.

Eine grosse Anzahl rechtlicher Bestimmungen betrifft, wie diess bei der grossen Bedeutung des Handels für das Verkehrsleben nicht anders sein kann, insbesondere den Handelsstand, und die Sondernormen sind so umfangsreich, dass ein eigener Zweig des Privatrechtes, das Handelsrecht, sich ausgeschieden hat und mit ihnen sich speciell befasst. Die meisten dieser Bestimmungen sind jedoch nicht persönlicher Natur in dem Sinne, dass sie die Rechtsfähigkeit des Handelsmannes betreffen, sondern sie betreffen das Handelsgeschäft[2]) und somit in vielen Fällen auch Nichtkaufleute ganz unmittelbar. Jene besonderen rechtlichen Bestimmungen jedoch hinwiederum, welche den Kaufmann als Person betreffen, sind zum Theile nicht privatrechtlicher Natur, so die den Kaufmann im engeren Sinne berührenden Rechtsnormen über die Firmen und die Handelsbücher und ihre Beweiskraft (dritter und vierter Titel des ersten Buches des Allgemeinen Handelsgesetzes); andere Bestimmungen jedoch, so des § 16 Gesetzes 17. December 1862 (RGB 1863 N. 1) und § 50 der Concursordnung, betreffend die Ehepacten der Handelsleute, die Rechtsnormen über die Procura, Handlungsbevollmächtigte, Handlungsgehilfen, Handelsgesellschaften (fünfter, sechster Titel des ersten Buches, zweites Buch), ein Theil der Bestimmungen des zweiten Abschnittes ersten Titels vierten Buches des Handelsgesetzes u. s. w., sind allerdings privatrechtlicher Natur und betreffen zugleich speciell den Handelsstand als solchen, ja einzelne

---

[1]) Hahn I, ad Art. 4 und 10; Goldschmidt § 43. Vgl. auch Nagl, Der Begriff der Kaufmannschaft in der österr. Gerichtspraxis. GZ 1871, N. 77; Busch, Wer ist als Kaufmann anzusehen, Archiv für Handelsr. I, S. 22—25; Frey, Welche Gewerbetreibende sind als Kaufleute in das HReg. einzutragen? GZ 1864, N. 9; Weinhagen, Welche Handwerker sind Kaufleute? Busch's Archiv f. Handelsr. III, 137—148; Ladenburg, Handwerker sind nicht Kaufleute, cit. S. 413—426; Ackermann, Wie weit sind Handwerker zur Anmeldung einer Handelsfirma verbunden? cit. S. 437—445; Sind Leihbibliothekare Kaufleute? GZ 1864, N. 69, 70; Sind Apotheker Kaufleute? Deutsche Gerichtszeitung 1862, N. 35, 38, Centralorgan N. 18, Brauer in Busch's Archiv IV, S. 251—261, Braune und Ottendorf, cit. VII, S. 1—20; Fischer, Sind Producenten Kaufleute? Centralorgan NF. X, S. 391—402; Canstein, Sind Handelsgesellschaften Kaufleute im Sinne des Handelsgesetzbuches? Goldschm., Z. f. HR XX, 1875, S. 84—97.

[2]) Eine Anzahl von Geschäften wird aber wieder erst dadurch zu Handelsgeschäften, dass sie von einem Kaufmanne unternommen werden (Art. 273, 274 HG).

derselben sind sogar nur für einen gewissen enger begränzten Theil derselben von Giltigkeit, die nemlich über die Procura und die Handelsgesellschaften, und ebenso auch die früher erwähnten über die Firmen und die Handelsbücher.

Schon dem Umfange des angedeuteten Materiales nach wäre es nicht entsprechend, die einzelnen einschlägigen Bestimmungen hier darzustellen, dieselben werden bei Besprechung der betreffenden Rechtsinstitute behandelt werden. Hier soll nur der Unterschied zwischen dem Kaufmanne im weiteren Sinne und dem Kaufmanne im engeren Sinne, dem Kaufmanne „vollen Rechtes" erörtert werden.

Nach Art. 4 HG ist Kaufmann im Sinne des Handelsgesetzbuches, wer gewerbemässig Handelsgeschäfte, d. i. die in Art. 271 und 272 HG bezeichneten Rechtsgeschäfte betreibt.[3]) In Gemässheit des Art. 10 HG hat jedoch der § 7 des Einführungsgesetzes vom 17. Dec. 1862 festgesetzt, dass die Bestimmungen des Handelsgesetzbuches über die Firmen, die Handelsbücher, die Procura und die Handelsgesellschaften auf Hausierer gar nie Anwendung finden, auf andere Kaufleute aber nur dann, wenn sie „von dem Erwerbe aus ihrem Geschäftsbetriebe an einjährigen landesfürstlichen directen Steuern ohne Zuschläge" einen gewissen Minimalbetrag, welcher in Wien mit 50 fl., in Orten mit mehr als 50000 Einwohnern mit 40 fl., in der Umgebung von zwei Meilen um Wien und in Orten mit einer Bevölkerung von über 10000 bis 50000 Seelen mit 30 fl., und in Orten mit 10000 oder weniger Einwohnern mit 20 fl. normiert ist, zahlen, oder, ihrem Geschäftsbetriebe nach, doch ohne etwaige Befreiung zahlen würden. Hiebei ist jedoch noch eines im Auge zu halten, dass einzelne Geschäfte des Art. 272 HG, nemlich des Absatzes 1 (Übernahme der Bearbeitung oder Verarbeitung beweglicher Sachen für Andere), dann die Geschäfte der Druckereien (Absatz 5), auch wenn sie gewerbemässig betrieben werden, doch nur dann Handelsgeschäfte sind, somit den sie Ausübenden zum Kaufmanne machen können, wenn der Betrieb über den Umfang des Handwerkes hinausgeht, und auch hinsichtlich der Personentransportübernahme (Absatz 3) muss dasselbe daraus geschlossen werden, dass das Gesetz nur von den Geschäften „der für den Transport von Personen bestimmten Anstalten" spricht.

[3]) Auch der offene Gesellschafter, nicht der stille Gesellschafter, der Commanditist, der Actionär; vgl. Goldschmidt I, S. 469, 470. Aber auch die offene Gesellschaft, die Commanditgesellschaft, Actiengesellschaft (Art. 5, Al. 1 HG). Auch die öffentlichen Banken sind Kaufleute (Art. 5, Al. 2 und Art. 272, 2 HG).

γ. Sociale Qualitäten.

§ 38.

Auch die physischen und intellectuellen Qualitäten haben nur darum und insoferne rechtliche Bedeutung, als sie sich auf das Verhältnis des Individuums zu anderen Individuen beziehen; aber bei gewissen rechtlichen Qualitäten liegt diese Bedeutung nur in der Stellung des Individuums zur Gesellschaft. Wir haben dieselben darum sociale Qualitäten genannt.

Solche sociale Qualitäten sind, erstens die Staatsangehörigkeit, zweitens die Gemeindeangehörigkeit, drittens die Familienangehörigkeit. Sind auch die beiden ersteren dieser Qualitäten respective Verhältnisse und insbesondere die zweite auf dem Gebiete des Privatrechtes von geringerer unmittelbarer Bedeutung, so sollen sie doch der Vollständigkeit halber ebenfalls hier besprochen werden.

α1. Staatsangehörigkeit.[1])

§ 39.

Die Individuen bilden den Staat und zwar bilden sie ihn zunächst um ihrer selbst willen. Hievon ausgehend haben die Staaten durch lange Zeiträume nur ihren Angehörigen ihren Schutz und ihre Hilfe gewährt, und indem sie dieselbe Fremden nicht angedeihen liessen,

[1]) Barth-Barthenheim, Beiträge zur pol. Gesetzkunde im österr. Kaiserstaate, Wien 1822, II, 1. Abh. Die österr. Staatsbürgerschaft, deren Erlangung und Erlöschung; Buschmann, G., Über die österr. Staatsbürgerschaft, Wien 1833 (rec. v. Schwarz, Z. f. ö. R. 1834 III, S. 40—46), 2. Aufl. 1841, 111 S.); Wörz, J. G., Gesetze und Verordnungen über das Domicil in der Provinz Tirol, Innsbruck 1833 (rec. v. Pachmann, Z. f. ö. R. 1833 III, S. 400—404); Herzog, Über die Unterbrechung und Hemmung des Decenniums, Wien 1835 (rec. Kalessa, Z. f. ö. R. 1837, S. 186—189); Herzog, Sammlung der Gesetze über das polit. Domicil im Kais. Österr., Wien 1837, 233 S. (rec. v. Tomaschek, Z. f. ö. R. 1838 III, S. 161—163); Barth-Barthenheim, Das Ganze der österr. polit. Administration, Wien 1838 I, 2. Abh.: Von dem österr. Staatsbürger- und Fremdenrechte (rec. v. Megerle v. Mühlfeld, Jurist II, S. 245). Vesque v. Püttlingen, Die gesetzliche Behandlung der Ausländer in Österreich nach den daselbst giltigen Civilrechts-, Straf-, Commercial- und Polizeinormen, nebst einer einleitenden Abhandlung über die österr. Staatsbürgerschaft, Wien 1842 (rec. Kalessa, Z. f. ö. R. 1842 III, S. 452 ff.); Broglio, Dr. E., Della cittadinanza, 1841; Swieceny, F., Das Heimatsrecht in den k. k. österr. Kronländern mit constituierten Ortsgemeinden. Die Erwerbung und der Verlust der österr. Staatsbürgerschaft nach den Bestimmungen der

erschienen ihnen dieselben gar nicht als „Personen", sie waren rechtlos.[2]) Nur langsam löste sich der Staat los von diesem Utilitätsstandpuncte, oder, richtiger gesagt, erst dann, als dieser überhaupt aufhörte ein solcher zu sein, als der wachsende Verkehr der Angehörigen der einzelnen Staaten untereinander es für sie stets wünschenswerter erscheinen liess, dass das Individuum nicht nur in seinem Staate, sondern auch in fremden Staaten staatlichen Schutzes und rechtlicher Anerkennung sich erfreue. Und so entwickelte sich theils durch Zwang, theils durch freies Übereinkommen, theils durch Erkenntnis dieses höheren Utilitätsprincipes zwar mählich aber stets fortschreitend der entgegengesetzte Grundsatz, dass der Staat seinen Schutz und seine Hilfe allen Individuen, die in seinem Gebiete sich aufhalten, ohne Unterschied der Staatsangehörigkeit, in gleichem Maasse zuzuwenden habe. Aber auch heute ist dieser Grundsatz noch nicht zur vollen unbeschränkten Geltung gelangt,[3]) und insbesondere noch modificiert durch das Princip der Retorsion, da ja der einzelne Staat hauptsächlich[4]) nur darum ein Interesse an der Gleichbehandlung fremder Staatsangehöriger mit seinen Bürgern hat, damit diese Gleichberechtigung auch seinen Bürgern von dem fremden Staate gewährt werde.

Das Individuum kann eine dreifache Stellung zu einem Staate einnehmen; es kann in ihm lediglich seinen vorübergehenden, momentanen Aufenthalt haben, es ist ein Fremder im vollsten Sinne des

---

Staatsverträge und des bgl. Rechts in den nichtungar. Ländern, 2. Aufl. Wien 1861 (1. Aufl. 1855); Milner, E., Studien zum österr. Staatsrechte. I. Die österr. Staatsbürgerschaft und der Artikel L: 1879 über den Erwerb und Verlust der ung. Staatsbürgerschaft, Tübingen 1880, S. 105; Winiwarter I, § 57—61; Nippel I, S. 170—199; Unger I, § 39, 40; Schiffner I, § 57; Stubenrauch I, S. 82—88 (4. Aufl.); Kirchstetter, S. 51—54; Vesque, Int. Pr., S. 83—123; Mayrhofer, Handbuch f. d. pol. Verwaltungsdienst II, S. 151—165; Geschichtliches, Walter, Rechtsg. § 429, Stobbe I, § 42; deutsches Recht, ibid. § 45; Roth I, § 67. Vgl. auch George Cogordan, La nationalité au point de vue des rapports internationaux, Paris 1879, 494 S., und Bard, Précis de droit international II, Cap. 1. „Nationalité", Paris 1883.

[2]) Vgl. Grimm, Rechtsalterthümer; Gierke, Genossenschaftsrecht I. S. 35.

[3]) § 28 a. b. G.: „Den vollen Genuss der bürgerlichen Rechte erwirbt man durch die Staatsbürgerschaft."

[4]) Aber nicht lediglich. Auch daran, dass Fremde den Staat aufsuchen („Fremdenverkehr") kann der Staat ein bedeutendes Interesse haben. Während einzelne Staaten (China, Japan) den Fremdenzuzug möglichst zu hindern suchen, bildet derselbe in anderen einen Hauptfactor nationalen Wohlstandes (Schweiz, Italien).

Wortes; es kann ohne dem Staate als Mitglied anzugehören, doch in einem Staate seinen dauernden Aufenthalt haben;[5]) es kann schliesslich einem Staate, d. i. der staatlichen Gesellschaft, als selbe mitbildendes Element angehören. Dieses Angehören mit der ganzen Persönlichkeit nennen wir die Staatsbürgerschaft. Von ihr soll hier die Rede sein.

Bevor jedoch von ihrer Begründung (Erwerb), ihrem Untergange (Verlust) und ihrem Inhalte (Wirkungen) gehandelt wird, seien noch die drei Grundprincipien, welche, wie ich behaupte, wenn auch mehr oder minder consequent durchgeführt, im österreichischen Rechte gelten, aufgestellt. Der Beweis für die thatsächliche Giltigkeit derselben, kann zwar an diesem Orte nicht erbracht werden, dürfte sich jedoch, zum Theile wenigstens, aus dem im weiteren Verlaufe Auszuführenden ergeben.

1. Es gibt trotz des Wortlautes des Art. I. Gesetzes 21. Dec. 1867 (RGB 142) kein „allgemeines österreichisches" Staatsbürgerrecht, sondern nur ein Staatsbürgerrecht für die im Reichsrathe vertretenen Königreiche und Länder.[6])

---

[5]) Früher, da die Anerkennung der Fremden hinsichtlich ihrer Rechtsfähigkeit etc. eine viel beschränktere war, gab es hier die verschiedensten Stufen rechtlicher Anerkennung Fremder, welche in gewissen Beziehungen zum Staate standen, durch die Rechtsordnung. Hieher gehört das Indigenat oder Incolat.

[6]) Denn thatsächlich sind die Österreicher in Ungarn und die Ungarn in Österreich (i. e. S.) vollkommen gleichgestellt mit den Ausländern. Vgl. JME 6. Oct. 1869 Z. 12131, wonach Staatsbürger der einen Reichshälfte auch wegen Verbrechen an die andere nicht ausgeliefert werden; JME 26. Mai 1875 Z. 6742, wonach Angehörige der anderen Reichshälfte dieser wegen blosser Übertretungen nicht ausgeliefert werden. Vgl. aber wieder JME 28. Jan. 1877 Z. 966, wonach die österr. und ung. Staatsbürgerschaft . . . im Verkehre mit dem Auslande als eine einheitliche Staatsangehörigkeit aufzufassen sind, wesshalb Angehörige der anderen Reichshälfte „niemals an das Ausland ausgeliefert werden können". Vgl. auch die Vdg. des Min. des Innern, 7. Dec. 1870 Z. 15115 (Zeitschft. f. Verw. 1870, S. 208), wonach „das zur Aufnahme eines Auswärtigen in den Verband einer österr. Gemeinde erforderliche österr. Staatsbürgerrecht . . an ungarische Staatsangehörige nur unter vorheriger Nachweisung der Entlassung aus dem ung. Unterthansverbande verliehen werden" kann. Für einen Widerspruch erachte ich es, wenn Kirchstetter N. 1, ad § 32 zugibt, die Ungarn können jener Rechte nicht theilhaftig werden, zu deren Genuss die Staatsbürgerschaft erforderlich ist (Staats- oder Gemeindeamt, Advocatur), da sie keine Staatsbürger seien, anderseits bestreitet, sie seien Ausländer. Wer nicht Staatsbürger ist, ist Ausländer. Vgl. den Ausdruck „Auswärtiger" im obcit. Erl. des M. d. I.

2. Kein Individuum kann mehr als einem Staate als Staatsbürger angehören.[7])

3. Kein Individuum soll gar keinem Staate angehören.[8])

α_2. Erwerb der Staatsbürgerschaft.

§ 40.

Die Staatsbürgerschaft konnte nach dem a. b. G. erworben werden durch gewisse thatsächliche Verhältnisse, an welche das Gesetz ein- für allemal den Erwerb der Staatsbürgerschaft geknüpft hat, durch gewisse Acte der Staatsgewalt, in denen implicite eine Verleihung der Staatsbürgerschaft liegt, und schliesslich durch ausdrückliche Verleihung.

In ersterer Hinsicht wieder erschienen Abstammung, Verehelichung und der eine gewisse Zeit (10 Jahre) währende Wohnsitz in Österreich als entscheidend. Die letztere dieser Erwerbungsarten ist durch Hofd. vom 12. April 1833 JGS 2597 (a. h. Entschliessung 5. Februar 1833)

---

[7]) D. h., es wird dort, wo nach den Gesetzen eines fremden Staates, dessen Staatsbürgerschaft von einem Individuum erworben würde, während die einheimische Staatsbürgerschaft nach den österr. Gesetzen noch als fortbestehend angesehen wird, diese fremde Staatsbürgerschaft vom österr. Rechte nicht anerkannt, und umgekehrt, mit dem Erwerbe der österr. Staatsbürgerschaft hört die Anerkennung einer nach fremdem Rechte einem Individuum noch gewährten fremden Staatsbürgerschaft durch das österr. Recht eo ipso auf. Der im Texte vertretenen Meinung auch Unger I, § 39, N. 7, Vesque v. Püttlingen, Int. Pr. § 12 (vgl. die bei Vesque angeführten Staatsverträge, sowie auch den Staatsvertrag mit den Vereinigten Staaten, 20. Sept. 1870, N. 74, RGB ex 1871), Stubenrauch I, S. 82 (4. Aufl.), in den früheren Auflagen (N. 2 ad § 32) auch Kirchstetter, der aber mit Unrecht hinsichtlich Ungarns eine Ausnahme annahm (vgl. den M. E. in Note 6).

[8]) Dieses Princip erscheint jedoch nicht immer klar erkannt und consequent durchgeführt. Vgl. § 16 Ges. 3. Dec. 1863 (RGB 105), aus dem der Grundsatz zu entnehmen ist, dass ehemalige österr. Staatsangehörige, auch wenn sie die Staatsbürgerschaft verloren haben, dennoch vom Wiedererwerb derselben nicht ausgeschlossen werden können, wenn sie keine andere Staatsbürgerschaft inzwischen erworben haben; dann § 18 und 19 cit., insbesondere § 19, 3, aus denen im Zusammenhange mit § 2 cit. hervorgeht, dass, wenn sich für ein Individuum keine Staatangehörigkeit erweisen lassen kann, die eigene Staatsangehörigkeit unabweisbar eintritt. Vgl. auch die Entschdg. des Min. des Inn. 11. April 1869, Z. 3051 (Zeitschr. f. Verw. 1869, S. 70), wonach die Anwendung der §§ 18 und 19 cit. „nicht von der vorherigen Nachweisung der österr. Staatsbürgerschaft abhängig gemacht werden" kann. Das Nähere unten bei der Lehre vom Verluste der Staatsbürgerschaft.

aufgehoben[1]), und vollständig aufgegangen in der durch besondere Verleihung. Auch die Fälle der zweiten Gruppe (stillschweigende Verleihung) sind entfallen, und so soll im Nachstehenden vom Erwerbe der Staatsbürgerschaft durch Abstammung, durch Verehelichung, und durch Verleihung gehandelt, und bei letzterer auch von den antiquierten Fällen stillschweigender Verleihung gesprochen werden.

α_3. Durch Abstammung.

„Die Staatsbürgerschaft in diesen Erbstaaten ist Kindern eines österreichischen Staatsbürgers durch die Geburt eigen" (§ 28 a. b. G.), d. h. die ehelichen[2]) Kinder eines Mannes, der zur Zeit der Geburt des Kindes österreichischer Staatsbürger war, oder einer Wittwe,[3]) deren Ehegatte zur Zeit seines Todes österreichischer Staatsbürger war, ferner die unehelichen[4]) Kinder einer Frauensperson, welche zur Zeit der Geburt österr. Staatsbürgerin war, sind eo ipso auch österr. Staatsbürger, mag der Geburtsort oder das elterliche Domicil zur Geburtszeit gewesen sein wo immer. Die Adoption begründet keine Staatsbürgerschaft,[5]) wol aber die Legitimation nach § 160 a. b. G. und per

---

[1]) Ja es wurde selbst jenen, welche damals die Staatsbürgerschaft nach § 29 a. b. G. bereits erworben hatten, gestattet, innerhalb von sechs Monaten den Beweis zu erbringen, dass sie nicht die Absicht hatten, selbe zu erwerben, und sich so derselben zu entledigen. Vgl. Herzog, Über die Unterbrechung und Hemmung des Decenniums, Wien 1835.

[2]) Ein Versuch, die österr. Staatsbürgerschaft auch für die unehelichen Kinder eines Österreichers mit einer Ausländerin als begründet darzustellen, in dem von Neupauer in der Z. f. ö. R. 1827 II, N. XXXVII, S. 227—242 mitgetheilten Rechtsfalle.

[3]) Arg. § 2 und § 6 Abs. 1 Heimatsgesetzes 3. Dec. 1863, RGB 105. Gegen die Schlüssigkeit dieses Gesetzes in Fragen der Staatsbürgerschaft Kirchstetter, N. 2 ad § 32.

[4]) Arg. § 6 Heim.-Ges. Abs. 2.

[5]) Es ist ihr diese Wirkung durch das Gesetz nirgend eingeräumt; ja nach §§ 182, 183 a. b. G. erwirbt das Adoptivkind nicht einmal den Stand und nach § 6 Heim. Ges. auch nicht das Heimatsrecht in einer Gemeinde. Aus letzterem Umstande folgt übrigens auch indirect, dass Adoption nicht die Staatsbürgerschaft begründen könne. Denn da jeder Staatsbürger in einer Gemeinde heimatsberechtigt sein muss (§ 2 cit.), so folgt daraus, dass ein Ausländer, der ja als solcher nach § 2, Al. 1 nicht etwa in einer anderen inländischen Gemeinde das Heimatsrecht besitzen kann, nachdem er auch in der Heimatsgemeinde des Adoptivvaters kein Heimatsrecht ipso jure erwirbt, auch die Staatsbürgerschaft nicht ipso jure erwerben kann, da er dann Staatsbürger und doch in keiner Gemeinde heimatberechtigt wäre. Vgl. auch Hofd. 5. Nov. 1814 (JGS 1108). Ebenso Vesque, Jnt. Pr. § 28, S. 84; Unger I, S. 294; Stubenrauch I, S. 83 (4. Aufl.); Kirchstetter, S. 52, N. 5 ad § 32.

matrimonium subsequens (§ 161 a. b. G.),[6]) während es bei der Legitimation nach § 162 a. b. G. darauf ankommen wird, zu welchem Zwecke sie erfolgte (vgl. Note 6 i. f.).

In Österreich aufgelesene Findlinge erwerben in der Gemeinde des Fundortes das Heimatrecht und mit ihm, falls sie selbe nicht schon durch ihre „Geburt" besitzen, was man ja nie wissen kann,[7]) die Staatsbürgerschaft.[8])

Der Einfluss der Abstammung auf den Erwerb der österr. Staatsbürgerschaft beschränkt sich jedoch nicht bloss auf den Zeitpunct der Geburt; auch nachträgliche Veränderungen in der Staatsangehörigkeit der Erzeuger sind entscheidend für die Staatsangehörigkeit der noch nicht eigenberechtigten[9]) Kinder. Diess gilt zweifellos hinsichtlich der ehelichen Kinder bei dem Erwerbe der österr. Staatsbürgerschaft durch ihren Vater nach ihrer Geburt und vor dem Eintritte ihrer

[6]) Arg. § 160 a. b. G. „sind als eheliche anzusehen", § 161 a. b. G.: „werden unter die ehelichen gerechnet." Auch die eigenberechtigten Legitimierten erwerben somit die Staatsbürgerschaft, und steht dem der § 6 Heim. Ges. nicht entgegen, da der Beisatz „insoferne sie nicht eigenberechtigt sind", nur bezweckt, dass die Heimatsberechtigung in einer anderen inländischen Gemeinde nicht vernichtet werde (§ 12 cit.), sich auf den gar nirgend im Inlande Heimatberechtigten jedoch nicht bezieht: es wollte durch diese Beschränkung die Concurrenz mit § 10 Heim. Ges. vermieden werden. Dass die Legit. per matr. subs. die Staatsbürgerschaft erwerbe, leugnet Harum (Magazin X, S. 254) und im Anschlusse an ihn Unger I, § 39, S. 294; Kirchstetter, S. 52, N. 4, jetzt auch Stubenrauch I, S. 83 (4. Aufl.). Der im Texte entwickelten Ansicht Vesque, J. Pr. § 28, S. 85, der aber auch den Fall des § 162 ohne Beschränkung hieherbezieht. Aus dem Wortlaute des § 162 a. b. G.: „wenn sie das Kind gleich einem ehelichen der Standesvorzüge oder des Rechtes an dem freivererblichen Vermögen theilhaft machen wollen," ergibt sich, dass die Bewilligung des Landesfürsten nur im ersteren Falle zugleich die Verleihung der Staatsbürgerschaft involviert, nicht aber im zweiten.

[7]) Darin liegt im Zusammenhange mit dem oben sub 3 aufgestellten Grundsatze die Ursache, warum in Österreich aufgefundene Findlinge als österr. Staatsbürger anzusehen sind, nicht aber im Principe der Territorialhoheit, wie Stubenrauch I, S. 83 (4. Aufl.) anführt, oder in dem Momente der öffentlichen Versorgung (Vesque, J. Pr. § 30, S. 89 und Stubenrauch a. a. O.). Vgl. auch § 19 Abs. 3 Heim. Ges. und § 18 ibid., wonach für Findlinge die Heimatsberechtigung am Fundorte nur so lange gilt, „bis das ihnen zustehende Heimatsrecht ausgemittelt ist." Ganz dasselbe wird mutatis mutandis von der Staatsbürgerschaft zu sagen sein.

[8]) Ja aus § 18 Heim. G. im Zusammenhange mit § 2, Al. 1 desselben ergibt sich, dass überhaupt jeder Heimatlose, d. i. jeder hinsichtlich dessen eine fremde Staatsangehörigkeit nicht nachweisbar ist, provisorisch die österr. Staatsbürgerschaft erwirbt.

[9]) Hofd. 30. August 1832, JGS 2573 und § 12 Al. 2, Heim. Ges.

Eigenberechtigung. Arg. § 12 Heimatsgesetzes 3. Dec. 1863 (RGB 105) gilt es jedoch auch von den unehelichen nicht eigenberechtigten Kindern bei nachträglichen Veränderungen in der Staatsangehörigkeit der Mutter,[10]) während Veränderungen in der Staatsbürgerschaft der verwittweten ehelichen Mutter auch hinsichtlich der noch nicht eigenberechtigten Kinder keinen Einfluss haben dürften auf deren Staatsbürgerschaft.[11])

β_3. Durch Verehelichung.

Durch die Verehelichung mit einem österr. Staatsbürger erwirbt eine Ausländerin ipso jure die österr. Staatsbürgerschaft,[12]) sie kann sich ihre frühere Staatsbürgerschaft nicht einmal vorbehalten, wenn sie auch wollte.[13])

Aber auch eine bereits verehelichte[14]) Frauensperson erwirbt durch eine nachträgliche Änderung der Staatsbürgerschaft ihres Mannes mit ihm ebenfalls die österr. Staatsbürgerschaft.[15])

γ_3. Durch Verleihung.

Die Bestimmungen des § 29 a. b. G., wonach die österr. Staatsbürgerschaft erworben wurde „durch Eintretung in einen öffentlichen Dienst" und „durch Antretung eines Gewerbes, dessen Betreibung die

[10]) Sei es durch Verehelichung derselben mit einem Österreicher, sei es durch Verleihung der Staatsbürgerschaft an sie, sei es (bei einer noch nicht eigenberechtigten Kindesmutter) durch Erwerb der Staatsbürgerschaft aus der Person des ehelichen Vaters oder der unehelichen Mutter. Den erstgenannten Fall entscheidet jedoch hinsichtlich der Heimatsberechtigung anders § 12 Heim. G. Abs. 3 (vgl. folg. Note).

[11]) Diess folgt wol nicht aus § 13 Heim. G., da aus den Bestimmungen dieses Gesetzes und insbesondere des § 2, Al. 1 nur Rückschlüsse auf den Erwerb und nicht auch auf den Nichterwerb der Staatsbürgerschaft gemacht werden können, u. z. auf letzteren auch nicht aus Al. 2 pr. cit., da unter Heimatsrecht offenbar nur inländisches Heimatsrecht gemeint ist. Aber es ist ganz richtig, was Vesque v. Püttlingen (J. Pr. S. 106, N. 1) sagt, dass ein Unterschied bestehe zwischen dem Falle der Veränderung der Staatsangehörigkeit einer unehelichen und einer ehelichen Mutter, „denn in letzterem Falle besteht schon gesetzlich der vom ehelichen Vater seinen Kindern angeerbte Status, welcher durch die spätere Wiederverehelichung der Mutter nicht von selbst sich ändern kann; während ein uneheliches Kind seinen ersten Status von der Mutter erhält." Vesque selbst ist übrigens für beide Fälle der Ansicht, dass die Veränderung nicht massgebend sei, während er in der „Behandlung der Ausländer" § 29 noch a. A. war. Gegen den Erwerb in beiden Fällen auch Unger I, § 39, S. 296, N. 29.

[12]) Hofd. 23. Februar 1883, JGS 2595.

[13]) Dieser Ansicht auch Vesque, J. Pr. § 31.

[14]) Nicht aber die gerichtlich geschiedene oder getrennte. Vgl. Entscheidungen des Min. d. Innern 19. Februar 1876 und 31. Mai 1876, Z. f. Verw. 1876, S. 141, sowie auch § 11, Al. 2, Heim. Ges.

[15]) Arg. § 92 a. b. G. und § 11 Al. 1, Heim. Ges.

ordentliche Ansässigkeit im Lande nothwendig macht", stellten sich beide als stillschweigende Verleihung der Staatsbürgerschaft durch die Behörde dar.[16]) Die erste Art die Staatsbürgerschaft zu erwerben ist aufgehoben durch Art. 3 Gesetzes 21. Dec. 1867 (142 RGB), indem nun umgekehrt die Staatsbürgerschaft das Prius, und der Eintritt in die öffentlichen Ämter[17]) „von der Erwerbung des österr. Staatsbürgerrechtes abhängig gemacht" ist.[18]) Die zweite Art, als in ihren Voraussetzungen durch die Gewerbeordnung 20. Dec. 1859 (RGB 227) alteriert, wurde mit kais. Verordnung 27. April 1860 (RGB 108) ausdrücklich aufgehoben.[19])

[16]) Hinsichtlich des öffentlichen Dienstes ist diess leicht erkennbar; aber auch hinsichtlich des Gewerbeantrittes kann es keinem Zweifel unterliegen, wenn die ehemaligen Gewerbeverhältnisse in's Auge gefasst werden. Es gab nemlich radicierte (auch „ehehaft" genannte) Gewerbe, d. i. solche, welche mit dem Besitze eines Hauses verbunden sind (u. z. waren gewisse Gewerbe, so alle Feuerwerkstätten, schon an und für sich stets nur an Häusern haftend, andere nur dann, wenn sie vom 22. April 1875, als dem Tage der Einstellung von Gewerbs-Radicierungen durch 32 Jahre zurück in den Hausgewähren enthalten und ununterbrochen auf dem nemlichen Hause ausgeübt worden waren; vgl. z. B. § 7 Circularverordnung 2. Nov. 1825, Z. 25699 für Salzburg; k. k. Landesregierungscircular für Ob. Österr. 24. Dec. 1793, Z. 16816); ferner verkäufliche Gewerbe, d. i. solche, welche, ohne auf einem Hause radiciert zu sein, dennoch an andere übertragen (auch verpfändet) werden konnten, und persönliche Gewerbe, welche nur durch Verleihung erworben und (den Fall der Übernahme durch die Wittwe ausgenommen) nicht übertragen werden konnten. Hinsichtlich dieser persönlichen Gewerbe nun bestimmte das Hofkammerdecret 11. März 1805, PGS Band 46, dass jener Ausländer, dem ein Gewerbe verliehen werden soll, für sich und seine Familie einen stabilen Wohnsitz im Inlande wählen müsse. Mit Rücksicht auf die Ausländer (und von ihnen handelt ja § 29) ist somit unter „Gewerbe, dessen Betreibung die ordentliche Ansässigkeit im Lande nothwendig macht", nicht etwa das eine oder andere specielle Gewerbe, sondern geradezu das persönliche i. e. Concessionsgewerbe zu verstehen. Die bei Unger I, § 39 N. 25 angeführten Nachtragsverordnungen ziehen nur die Consequenzen aus diesem Grundsatze.

[17]) Der Eintritt in das österr. Heer hatte nie die Wirkung des Erwerbes der Staatsbürgerschaft (vgl. Vesque, J. Pr. § 29, S. 87); auch gegenwärtig kann nach §§ 16 und 20 Ges. 5. Dec. 1868 RGB 151 ein Ausländer mit Bewilligung des Kaisers in das stehende Heer oder die Kriegsmarine treten, jedoch ebenfalls ohne dass hiedurch die Staatsbürgerschaft erworben würde.

[18]) Über die irrige Auffassung, dass im Falle (gesetzwidrig) einem Ausländer ein Staatsamt verliehen wurde, nunmehr nach Art. 3 des cit. StGG durch das Staatsamt die Staatsbürgerschaft erworben sei, vgl. den Artikel Jur. Bl. 1883 N. 51, „Zum österr. Eherechte."

[19]) Zwei weitere singuläre Fälle stillschweigender Verleihung der Staatsbürgerschaft normierten die Hofkriegsrath-Vdg. 8. Januar 1812, lit. K. 63 (unentgeltliche Aufnahme des Sohnes eines ausländischen Capitulanten in eine k. k. Militärerziehungsanstalt) und das Hofkanzleidecret 7. März 1832, Z. 5825 (Entlassung eines Ausländers aus dem k. k. Militärdienste mit Reservations- und Patental-Urkunde). Diese Fälle sind gegenwärtig schon dadurch unpractisch geworden, da es ja dermalen wol ein einheitliches Heer, aber keine einheitliche Staatsbürgerschaft gibt, so dass doch immer noch gesagt werden müsste, welche Staatsbürgerschaft erworben worden sei. Der zweite Fall ist auch dadurch gegenstandslos geworden, dass „Reservations- und Patental-Urkunden" überhaupt nicht mehr ausgestellt werden.

Gegenwärtig kann die österr. Staatsbürgerschaft nur mehr erworben werden durch ausdrückliche Verleihung (§ 30 a. b. G.). Die Voraussetzungen derselben sind: 1. Ansuchen des Aufzunehmenden,[20]) 2. Nachweisung der Erwerbsfähigkeit,[21]) 3. Nachweis der Aufnahmezusicherung einer österr. Gemeinde.[22]) Eine vorher erfolgte Entlassung aus dem fremden Staatsverbande ist im Principe nicht gefordert,[23]) mit gewissen Staaten wurde jedoch die Vereinbarung getroffen, dass mit der Aufnahme in den einen Staatsverband nicht werde vorgegangen werden, so lange nicht die Entlassung aus dem anderen Staatsverbande erfolgt und nachgewiesen sei.[24]) Die Aufnahme in den Staatsverband ist bei der politischen Bezirksbehörde anzusuchen, jedoch hat die politische Landesbehörde die Entscheidung zu treffen (MV

[20]) Für einen Minderjährigen kann der Vormund ansuchen (Hkzd. 31. Mai 1831, Z. 7357 ProvGesS für N. Öst. Band 13, S. 111) und bei Unmündigen ist im Falle der Verleihung von dem mit Hkzd. 30. Januar 1824 PGS Band 52, S. 25 vorgeschriebenen Unterthaneneide zu dispensieren, oder die Abnahme zu verschieben.

[21]) In § 30 a. b. G. heisst es „nachdem das Vermögen, die Erwerbsfähigkeit und das sittliche Betragen des Ansuchenden beschaffen sind". In letzterem Puncte genügt natürlich, dass nichts Nachtheiliges erhoben werden kann. Ein besonderes Vermögen ist kein unumgängliches Erfordernis der Aufnahme (Hofd. 12. April 1816, PGS Band 44, S. 154 und 30. Januar 1824, Band 22, S. 25).

[22]) Arg. Art. II, Ges. 5. März 1852 (RGB 18) und § 2, Al. 2 Ges. 3. Dec. 1863 (RGB 105). Vgl. den ME 26508 ex 1851 bei Mayrhofer II, S. 155.

[23]) Die Staatsbürgerschaft in dem fremden Staate erlischt in den Augen des eigenen Staates mit dem Augenblicke eo ipso, da in ihm die eigene Staatsbürgerschaft erworben wird. Vgl. § 39, Nr. 7.

[24]) Vgl. Vesque, J. Pr., § 34, Mayrhofer, II, S. 155, N. 2. Ein solches Übereinkommen besteht dermalen mit dem Deutschen Reiche (Erl. des Min. d. Inn., 13. Mai 1877, Z. 5954, Z. f. Verw. 1877, S. 120). Eine gleiche Bestimmung trifft hinsichtlich Ungarns der Erl. d. M. d. Inn. 7. Dec. 1870, Z. 15115.

27. Oct. 1859 RGB 196). Im Falle der Bewilligung ist bei der politischen Bezirksbehörde der durch Hofd. 30. Januar 1824 (PGS Band 52, S. 25) vorgeschriebene Unterthaneneid abzulegen.[25])

β_2. Verlust der Staatsbürgerschaft.

§ 41.

Nach den oben sub 2 und 3 aufgestellten Grundsätzen würde die österr. Staatsbürgerschaft verloren gehen durch den anerkannten Erwerb einer fremden Staatsbürgerschaft und nur durch den Erwerb einer solchen. Es würde sich also nur um die Frage handeln, wann wird eine fremde Staatsbürgerschaft erworben, beziehungsweise als erworben anerkannt? Der Grundsatz, dass die österr. Staatsbürgerschaft nur durch Erwerb einer fremden Staatsbürgerschaft verloren werden könne, ist jedoch in der Gesetzgebung weder zur vollkommen klaren Erkenntnis noch zur ganz consequenten Durchführung gelangt. Und doch wird ungeachtet scheinbarer Widersprüche im Ausdrucke auf Grund einer Reihe gesetzlicher Bestimmungen dieses Princip als für das österr. Recht geltend anerkannt werden müssen.

Als Fälle des Erlöschens der österr. Staatsbürgerschaft pflegen angeführt zu werden: 1. Die Verehelichung einer Inländerin mit einem Ausländer (§ 92 a. b. G. und § 19 des Auswanderungspatentes 24. März 1832 JGS 2557),[1]) 2. die Auswanderung, 3. die Auswanderung des Parens hinsichtlich der noch nicht eigenberechtigten Kinder (§§ 16 bis 18 ibid.).

Der erstere Fall wurzelt jedenfalls in der reciproquen Anerkennung beziehungsweise Voraussetzung, dass durch die Verehelichung mit einem Ausländer nach dem Rechte seines Staates die Staatsbürgerschaft für seine Ehegattin erworben werde. Hinsichtlich der beiden anderen erwähnten Fälle jedoch ist m. E. zu unterscheiden zwischen der Auswanderung und dem unter Umständen als ihre Folge eintretenden Verluste der Staatsbürgerschaft. § 1 des Auswanderungspatentes hatte eine Definition der Auswanderung aufgestellt: „der aus den kaiserlichen Staaten in einen auswärtigen Staat sich begibt, mit dem Vorsatze, nicht wieder zurückzukehren," welche dasselbe Auswanderungspatent sofort wieder über den Haufen warf, indem es eine Reihe von Fällen

[25]) Von selbem können dispensiert werden Frauen (Hofkanzleidecret 17. März 1824, Z. 12057, Tirol. Prov. Ges. Samml. Band. 11, S. 285) und Unmündige (oben N. 20).

[1]) Andere Ansicht für das frühere Recht Raule, Z. f. ö. R. 1828, I, N. XII, S. 173—188.

aufzählte, in denen dieser Vorsatz zu „entnehmen" sei. Hienach ist also nicht der ein Auswanderer, welcher den fraglichen Vorsatz hat (das kann kein Mensch wissen, was ein anderer „vorhat"), sondern, der eine ausländische Staatsbürgerschaft, Civil- oder Militärstelle annimmt, in ein ausländisches religiöses Institut eintritt, fünf beziehungsweise zehn Jahre im Auslande sich aufhält, einer Einberufung nicht Folge leistet. Das Auswanderungspatent (§ 10a) setzte nun als Strafe der unbefugten Auswanderung den Verlust der Staatsbürgerschaft fest; der befugte Auswanderer aber wurde (§ 9) aus der Staatsbürgerschaft entlassen. Da aber nunmehr nach Art. 4 des Staatsgrundgesetzes 21. Dec. 1867 (142 RGB) „die Freiheit der Auswanderung von Staatswegen nur durch die Wehrpflicht beschränkt" ist, kann in keinem Falle der Verlust der Staatsbürgerschaft mehr als eine Strafe der Auswanderung eintreten, denn bei den Nichtmilitärpflichtigen wäre eine Strafe überhaupt unzulässig, bei den Militärpflichtigen aber wäre sie inconsequent, da ja mit dem Erlöschen der Staatsbürgerschaft logischerweise auch die Wehrpflicht erlösche und gerade den Wehrpflichtigen der Staat nicht entlässt. Eine Entlassung aus der Staatsbürgerschaft aber erfolgt gegenwärtig nicht mehr.[2]) Es tritt daher keineswegs der Verlust der Staatsbürgerschaft als Folge der Auswanderung ein. Wenn dem ungeachtet selbst in Regierungs-Verordnungen[3]) von der Voraus-

[2]) Vgl. z. B. den in § 40 Note 24 cit. ME über das mit dem Deutschen Reiche getroffene Übereinkommen und den Erlass des M. d. Inn. 3. Juni 1868, Z. 7201. Der Grund, warum in diesen Fällen im Principe keine Entlassungsurkunden mehr ausgestellt werden (d. i. keine ausdrücklichen Entlassungen aus der Staatsbürgerschaft mehr erfolgen), dürfte jedoch kaum in der richtigen Erkenntnis des oben sub 3 aufgestellten Grundsatzes, sondern mehr in der Verwechslung von Auswanderung und Verlust der Staatsbürgerschaft liegen. Vgl. Nr. 3.

[3]) So Vdg. des Min. d. Inn. 18. Aug. 1875 (RGB 112), betreffend das Übercinkommen mit dem Deutschen Reiche über die Verpflichtung jeden Theiles, seine Angehörigen wieder zurückzunehmen, auch wenn sie die Staatsangehörigkeit nach der inländischen Gesetzgebung bereits verloren haben, soferne sie nicht die fremde Staatsbürgerschaft nach den dortigen Gesetzen erworben haben. Diese Ausdrucksweise ist übrigens um so weniger von Bedeutung, als ja bei Verträgen mit fremden Staaten nicht nur das eigene und nicht nur das momentan geltende Recht in's Auge gefasst und in Combination gezogen werden muss. Ferners der Erl. des Min. d. Inn. 18. Juli 1870, Z. 3806, betreffend die zum Scheine abgegebenen Erklärungen noch nicht Wehrpflichtiger, „aus dem österr. Staatsverbande treten zu wollen." Das Ministerium sah sich veranlasst aus § 1 des Auswanderungspatentes darzuthuen, „dass die Ausscheidung aus dem Staatsverbande nur dann als erfolgt angesehen werden" kann, wenn die Auswanderung wirklich stattgefunden hat; und aus der noch andauernden Staatsbürgerschaft wird

setzung ausgegangen wird, es könne die einheimische Staatsbürgerschaft durch die blosse Auswanderung verloren werden, ohne dass eine fremde erworben worden sei, so beruht diess wol auf einer Verwechslung der Begriffe Auswanderung und Verlust der Staatsbürgerschaft. Ja gerade aus der oben (N. 3) angeführten Vereinbarung mit dem Deutschen Reiche im Zusammenhange mit § 16 des Heimatsgesetzes 3. Dec. 1863 (105 RGB)[4]) ergibt sich, dass der Staat sich eines seiner Staatsbürger, insolange derselbe nicht eine fremde Staatsbürgerschaft erworben hat, weder gegen noch mit dessen Willen entledigen kann. Derselbe muss immer wieder übernommen, einer Gemeinde zugewiesen und somit als Staatsbürger angesehen werden, d. h. richtig ausgedrückt, er verliert die österr. Staatsbürgerschaft überhaupt gar nicht.[5])

---

wieder gefolgert, dass die Wehrpflicht nicht erloschen ist. Diess würde aber schon aus der einfachen Thatsache der noch nicht erfolgten Auswanderung sich ergeben. Nicht der Austritt aus der Staatsbürgerschaft ist anzumelden, sondern die Auswanderung, und eine blosse Anmeldung der Auswanderung ist noch keine Auswanderung. Dass der anerkannte Erwerb einer fremden Staatsbürgerschaft die Wehrpflicht (auch ohne Auswanderung) aufhebt, ist selbstverständlich (z. B. der Vater des noch nicht Wehrpflichtigen wird fremder Staatsbürger); nach Art. 4 Ges. 21. Dec. 1867 (RGB 142) im Zusammenhange mit § 3 Wehrges. 5. Dec. 1868 (RGB 151) wird jedoch die nachmalige Wehrpflicht eines zur Auswanderungszeit noch nicht Wehrpflichtigen schon durch die blosse Auswanderung, auch wenn sie nicht mit dem Erwerbe einer neuen und dem Verluste der alten Staatsbürgerschaft verbunden ist, behoben, oder richtiger, die Auswanderung noch nicht Wehrpflichtiger wird um der späteren Wehrpflicht willen nicht untersagt, noch von dem Ausgewanderten verlangt, dass er zur militärischen Dienstleistung zurückkehre. Es ist diess eine durch Art. 4, Ges. 21. Dec. 1867 (RGB 142) bedingte Einschränkung des § 1 Ges. 5. Dec. 1868 (RGB 151), wonach die Wehrpflicht „von jedem wehrpflichtigen Staatsbürger" erfüllt werden muss. Wenn daher der Ausgewanderte wieder „einwandert", so unterliegt er ganz gewiss eo ipso der Wehrpflicht, insoferne er nicht auch eine fremde Staatsbürgerschaft erworben und die eigene verloren hat.

[4]) „Sollte eine Person, welche die Staatsbürgerschaft verloren hat, in Folge von Staatsverträgen wieder übernommen werden müssen, oder sollte sie in den österreichischen Staat, um daselbst zu verbleiben, wiederkehren und kann deren Übernahme von einem anderen Staate nicht erzielt werden, so tritt sie in das Heimatsrecht zurück, welches sie vor dem Verluste der Staatsbürgerschaft hatte." Nach §. 2, Al. 1 cit. erwirbt sie somit auch wieder das Staatsbürgerrecht.

[5]) Die Ausdrucksweise des § 16 Heim. Ges. kann hieran um so weniger etwas ändern, als dieses Gesetz doch schon vor dem gegenwärtig massgebenden Gesetze 21. Dec. 1867 (RGB 142) Art. 4 erflossen ist. A. A. hinsichtlich der ganzen Frage Vesque v. Püttlingen, J. Priv. S. 109: „Die Auswanderung zieht wohl auch jetzt als Folge derselben den Verlust der Staatsbürgerschaft nach sich."

Die österr. Staatsbürgerschaft erlischt also nur durch den anerkannten Erwerb einer fremden Staatsbürgerschaft. Der Erwerb einer fremden Staatsbürgerschaft aber wird gegebenen Falles anerkannt: 1. im Falle einer Verehelichung einer Frauensperson mit einem Ausländer, oder des nachträglichen Erwerbes einer fremden Staatsbürgerschaft Seitens ihres von ihr nicht getrennt lebenden Gatten, 2. im Falle der wirklich erfolgten Auswanderung eines Nichtwehrpflichtigen,[6]) 3. hinsichtlich Nichteigenberechtigter[7]) im Falle ihr ehelicher Vater oder ihre ausserehelliche Mutter wirklich auswandern und eine fremde Staatsbürgerschaft erwerben, beziehungsweise dieser Erwerb anerkannt[8]) wird, jedoch auch nur dann, wenn sie selbst nicht wehrpflichtig sind.

γ2. Wirkungen der Staatsbürgerschaft.

§ 42.

Vermöge der Staatsbürgerschaft ist das Individuum Mitglied der staatlichen Gesellschaft und als solches aller Rechte dieser Mitglieder gegen die Gesammtheit (d. i. eines Anspruchs auf die Thätigkeit der Gesammtheit für seine Interessen in den im Gesetze bestimmten Fällen) theilhaftig, zugleich aber auch den Pflichten dieser Mitgliedschaft gegen die Gesammtheit, (d. i. der Verpflichtung zu den aus ihr zu Gunsten der Gesammtheit folgernden Leistungen und Handlungen) unterworfen.

---

[6]) Vgl. N. 3. Die fremde Staatsbürgerschaft wird bei einem Wehrpflichtigen nur anerkannt, wenn die Bewilligung zur Auswanderung vom Reichskriegs- beziehungsweise Landesvertheidigungsministerium ertheilt wurde. Die Wehrpflicht beginnt mit dem 1. Januar des Kalenderjahres, in dem das betreffende Individuum das zwanzigste Lebensjahr vollendet (§ 3 Wehrgesetzes 5. Dec. 1868, RGB 151). Vgl. aber den Staatsvertrag mit den Vereinigten Staaten 14. Juli 1871 (RGB 74), wonach in den V. St. naturalisierte frühere österr. Staatsbürger, wenn sie durch mindestens fünf Jahre in den V. St. ununterbrochen sich aufgehalten haben, unbedingt als amerikanische Bürger anzusehen, und auch bei einer eventuellen Rückkehr wegen Verletzungen der Wehrpflicht nicht zur Verantwortung zu ziehen sind.

[7]) Ob sie von den Auswanderern mitgenommen oder zurückgelassen werden, ist gleichgiltig.

[8]) Wäre der eheliche Vater (dem dann entweder ein Eheconsens ertheilt worden sein müsste, oder der eine verbotene Ehe eingegangen hätte) noch wehrpflichtig, so würde seine eigene Erwerbung der fremden Staatsbürgerschaft, und darum auch die seiner Kinder nicht anerkannt werden. Dass §§ 16—18 des Ausw. Pat. ein Anderes bestimmten, hatte darin seinen Grund, dass nach dem cit. Patente der unbefugt Ausgewanderte die österr. Staatsbürgerschaft verlor.

Eine Folge der Mitgliedschaft ist, dass dem Staatsbürger der Aufenthalt im Staate nie verwehrt werden darf;[1]) da die Staatsbürgerschaft auch nicht aberkannt werden kann, gibt die Staatsbürgerschaft dem Individuum ein dauerndes und nicht anders als in Folge freiwilliger mittelbarer oder unmittelbarer Entsagung erlöschendes Recht auf Aufenthalt (unter gewissen Umständen auch Versorgung) im Heimatsstaate.

Da nach österr. Rechte auf privatrechtlichem Gebiete die Ausländer mit den Staatsbürgern gleichgestellt sind (§ 33 a. b. G.),[2]) und diese Gleichstellung nur durch das Princip der Retorsion beschränkt ist, erscheint nur in dieser Richtung die Frage, ob jemand Österreicher oder Fremder ist, die Staatsbürgerschaft somit, von Relevanz. Die Lehre von der Retorsion aber wird bei Besprechung der räumlichen Grenzen des Privatrechtes dargestellt werden.[3])

---

[1]) Vgl. § 1 Heim. Ges., sowie §§ 25 und 249 StGB.

[2]) Es ist unrichtig, wenn Schiffner I, § 57 S. 182 behauptet, es werde in § 194 (wol 192 ?) a. b. G. bezüglich der Vormundschaft „ausdrücklich die Eigenschaft eines Staatsbürgers" gefordert. Nach § 192 soll „Einwohnern fremder Staaten" nur „in der Regel keine Vormundschaft aufgetragen werden". Die Bestimmung des Hofd. 28. Februar 1788, JGS 790 über die (von zahlreichen Ausnahmen durchbrochene) Unfähigkeit Fremder zum Erwerbe von Bauerngütern ist aufgehoben u. z. aus dem einfachen Grunde, weil es dermalen keine Bauerngüter im technischen Sinne der damaligen Verfügung mehr gibt. Vgl. § 34 N. 5 und Vesque, J. Pr. S. 266. Anderer Meinung Randa, Besitz § 9 N. 6, und Schiffner I, § 57 N. 14. Mit Wärme tritt für die gänzliche Beseitigung jeder privatrechtlichen Zurücksetzung Fremder (auch der Anwendung der Reciprocität) ein: Papafava, Sulla condizione civile degli stranieri, Triest 1881. Über die rechtliche Stellung der Fremden vgl. überhaupt Esperson, Il principio di nazionalità applicato alle relazioni civili internazionale, Pavia 1868, 211 S.; Strauch, Das Fremdenrecht, besonders mit Rücksicht auf Handels- und Gewerbebetrieb der Ausländer, Goldschmidt's Ztft. f. HR XIII 1869, N. I, S. 1—44; Cockburn, Nationality, or the law relating to subjects and aliens, London 1869, 217 S.

[3]) Nach Grundsätzen der Retorsion sind vom Besitze und Eigenthume unbeweglicher Güter die Montenegriner ausgeschlossen. Die betreffenden Normen sind angeführt bei Schiffner I, § 57, S. 182. Vgl. auch daselbst N. 19 über die Aufhebung anderer früherer Beschränkungen fremder Unterthanen im Erwerbe von Immobilien. Über die durch die Hofd. 23. Dec. 1775 JGS 1743 und 3. Januar 1776 JGS 1748 statuiert gewesene Erbunfähigkeit der Türken und die Frage des Fortbestandes dieser Bestimmungen Billitzer JBl 1880 N. 19.

β_1. Gemeindeangehörigkeit.[1])

§ 43.

Die Gemeinde ist der engere politische Verband von Staatsbürgern; sie ist ein staatliches Institut, ein Theil des staatlichen Organismuses. Das Individuum kann eine dreifache Stellung zu einer Gemeinde haben; es kann in ihr lediglich seinen vorübergehenden, momentanen Aufenthalt haben; es kann, ohne ihr als Mitglied anzugehören, doch in einer Gemeinde einen dauernden Aufenthalt (Wohnort) haben; es kann schliesslich der Gemeinde als selbe mitbildendes Element angehören. Auch der Aufenthalt und Wohnort (letzterer besonders in processualer Hinsicht) haben auf dem Gebiete des öffentlichen Rechtes ihren Einfluss. Nur von der Angehörigkeit hinsichtlich einer Gemeinde, der Zuständigkeit, soll hier die Rede sein.

Drei Grundsätze sind es, welche das Heimatsgesetz 3. Dec. 1863 (N. 105) klar und präcise aufstellt und consequent durchführt: 1. „Nur Staatsbürger können das Heimatrecht in einer Gemeinde erwerben." 2. „Jeder Staatsbürger soll in einer Gemeinde heimatberechtigt sein." 3. „Das Heimatrecht kann ihm . . . . nur in Einer Gemeinde zustehen." (§ 2.)

Das Heimatrecht wird erworben durch die Abstammung (§ 6 und 12)[2]), durch die Verehelichung (§ 7), beziehungsweise bei nicht gerichtlich geschiedenen oder getrennten Frauen durch nachträglichen Heimatserwerb des Ehegatten (§ 11), durch Antritt eines definitiv erworbenen Hof-, Staats-, Landes-, und öffentlichen Fondsamtes, geistlichen Amtes oder öffentlichen Lehramtes in der Gemeinde des ständigen Amtssitzes (§ 10), schliesslich durch Verleihung (§ 8) durch die Gemeinde.

Verloren wird das Heimatsrecht nur durch Verlust der Staatsbürgerschaft (§ 15, vgl. aber § 16) und durch Erwerbung des Heimats-

---

[1]) Ausser den einschlägigen Schriften oben bei § 39, Mayrhofer, Handbuch f. d. pol. Verwaltungsdienst II, S. 174—194; Extarde, Über Heimatsrecht, Zft. f. Verwaltung I, 1868, N. 1—5; Baehr, Wohnsitz und Heimatrecht, Jahrb. f. Dogm. XXI 1883, S. 343—392; Über den Wohnsitz und die darauf bezüglichen Rechtsgrundsätze, Verhandlungen des Schweizer Juristenvereines, Z. f. Schweizer Recht XIII, S. 3—111.

[2]) Von einem zur Zeit der Geburt heimatberechtigten ehelichen Vater oder einer solchen Mutter. Legitimierte, nicht eigenberechtigte Kinder erwerben das Heimatsrecht des Vaters zur Legitimationszeit, nicht jedoch Adoptivkinder. Bei Veränderungen in der Gemeindeangehörigkeit der Eltern folgen nichteigenberechtigte Kinder (und nur diese) dem ehelichen Vater oder der unehelichen Mutter, der letzteren aber nur, wenn sie ihre Heimatsberechtigung auf andere Weise als durch Verehelichung erwirbt.

rechtes in einer anderen Gemeinde (§ 17). Ein Verzicht ohne Erwerb eines anderen Heimatsrechtes ist wirkungslos. Hinsichtlich der Heimatlosen vgl. § 18—21 cit.

Das Heimatrecht gewährt in der Heimatsgemeinde „das Recht des ungestörten Aufenthaltes und den Anspruch auf Armenversorgung“ (§ 1). Es ist jedoch überhaupt eine Reihe öffentlich rechtlicher Wirkungen, ja die Ausübung der meisten staatsbürgerlichen politischen Rechte, an die Zugehörigkeit zu einer bestimmten Gemeinde geknüpft und durch diese modificiert.

γ1. Familienangehörigkeit.[1]

§ 44.

Auch die Familie war ein staatliches Institut, ein Organ des staatlichen Wesens; ja mit Recht wird in ihr der Ausgangspunct der ganzen staatlichen Entwicklung erblickt. Mit der Ausbildung des Staates und der Gemeinden hat sie jedoch aufgehört ein Theil im staatlichen Organismus zu sein; sie ist weder an einen Staat noch an eine Gemeinde gebunden.

Die Familie wird begründet durch die Vereinigung der Geschlechter. Aber nur wo eine voraussichtlich dauernde geschlechtliche Vereinigung Platz greift, bildet sie den geeigneten Boden zur Entwicklung der Familie. Diese dauernde geschlechtliche Vereinigung, insoferne sie vom Staate anerkannt wird, ist die Ehe. Dermalen statuiert das Recht keine Verschiedenheit der Wirkungen der Ehe mehr,[2]) vor dem Rechte sind, soferne sie überhaupt anerkannt werden, alle Ehen gleich.

Die von denselben Eltern Abstammenden bilden eine Familie; sie sind verwandt nicht nur mit diesen (gerade Linie u. z. aufsteigende oder absteigende), sondern auch unter einander (Seitenlinie). Zur Fixierung der Nähe der Verwandtschaft zwischen zwei Personen dient eine Berechnung nach Graden. Das österr. Recht berechnet diese Grade übereinstimmend mit dem römischen Rechte und abweichend vom canonischen Rechte[3]) nach der Anzahl von Zeugungen, welche, von

[1]) Schiffner I, § 49, 50; Stubenrauch I, S. 97—99 (4. Auflage); Kirchstetter S. 64, 65; Roth I, § 64; Windscheid I, § 56a § 56b; Brinz § 36—49.

[2]) Nur im Privatfürstenrechte hat der Begriff der „Ebenbürtigkeit“ noch seine practische Bedeutung.

[3]) Vgl. can. 2 caus. 35 qu. 5 cap. ult. X 4. 14. Nach canonischem Rechte wird bei der Seitenverwandtschaft nur die Entfernung jedes Individuums, beziehungsweise, falls dieselbe nicht gleich ist, des Entfernteren vom Stammvater gerechnet.

dem gemeinsamen Stammvater ab gerechnet, erfolgen mussten, damit beide Personen vorhanden sein konnten, beziehungsweise bei Verwandtschaft in gerader Linie, nach der Anzahl von Zeugungen, die vom Verwandten der aufsteigenden Linie ab nöthig waren zur Erzeugung des Verwandten in der absteigenden Linie (§ 41 a. b. G.).[4]) Das Gesetz versteht unter Eltern in der Regel alle Verwandten in aufsteigender Linie, unter Kindern in der Regel alle Verwandten in absteigender Linie (§ 42 a. b. G.).

Das Verhältnis zwischen einem Ehegatten und den Verwandten des anderen Ehegatten heisst Schwägerschaft.[5]) „In welcher Linie und in welchem Grade Jemand mit dem einen Ehegatten verwandt ist, in eben der Linie und in eben dem Grade ist er mit dem anderen Ehegatten verschwägert“ (§ 41 a. b. G.).

2. Ausdehnung der Persönlichkeit.[1])

§ 45.

I. Wenn auch der Einzelne zunächst in seinem eigenen Interesse den Massstab sucht, dem er seine Handlungen anpasst und an dem er das Recht misst, so muss ihn doch dieses Eigeninteresse dahin führen, auch die Interessen Anderer in den Kreis seiner Berechnung zu ziehen, da er fremder Mithilfe dauernd nicht zu entrathen vermag. Und indem

[4]) Haben zwei Seitenverwandte beide Stammeltern gemeinsam, so heissen sie voll-, sonst halbbürtig. Ist die Verwandtschaft mit dem Stammvater, oder durch diesen mit einem Seitenverwandten, nicht nur durch einen Parens, sondern durch mehrere der Ascendenten vermittelt, so ist die Verwandtschaft eine mehrfache. A. d. Lit.: Fritz, Über das Verhältnis der Vollbürtigkeit zu der mehrfachen Blutsverwandtschaft, Zt. f. Civilr. und Pr. XV 1840, N. II, S. 23—62.

[5]) Die Quasiaffinität ist dem ö. R. fremd. Höpfner (Inst. Comm. 8. Aufl. S. 165) bringt sie nicht ganz mit Unrecht in Zusammenhang mit der böswilligen „Vermuthung“, dass der Verlobte „die Braut schon beschlafen habe, weil man weiss, dass diess bei Verlobten nicht ungewöhnlich ist.“

[1]) Dirksen, Civil-Abhandlungen II, N. 1, S. 1—143, Über den Zustand der juristischen Personen nach r. R., Berlin 1820; Rosshirt, Über juristische Personen, Arch. f. civ. Praxis X, 1827, N. XIII, S. 313—328; Kierulff, Theorie des gem. Civilrechts, 1839, S. 129—154; Savigny II, § 85—102; Puchta in Weiske's RLex. „Corporationen“ III (1841), ferner Pand. §§ 25—28, Institutionen II, § 190—192 und kleine civ. Schriften, Leipzig 1851, S. 497, sowie krit. Jahrbuch IV, S. 701—715; Sintenis I, § 15; Beseler, Volksrecht u. Juristenrecht, 1844, S. 158 ff.; Pfeifer, K., Die Lehre von den jur. Personen nach gem. u. würtemb. Rechte, Tübingen 1847; Uhrig, Abh. über die jur. Personen, Dillingen 1854; Köppen, Die Erbschaft, 1856, S. 9 ff.;

jeder Einzelne fremder Mithilfe sich nur dadurch versichern kann, dass er auch Anderen ein Interesse an ihrer Gewährung bietet,

---

Demelius, Die Rechtsfiction, Weimar 1858 (hiezu Arndts, Kr. V. J. S. I S. 94—100) und Über fingierte Persönlichkeit, Jahrb. f. Dogm. IV 1860, N. II, S. 113—158; Bekker, Zweckvermögen, insbes. Peculium, Handelsvermögen und Actiengesellschaften in Goldschmidt's Zeitschrift f. HR. IV, 1861, N. X, S. 499—567; Salkowski, Bemerkungen zu der Lehre von den jur. Personen, Leipzig 1863 (rec. Laband in Goldschmidt's Zeitschrift VII, S. 181—184); Randa, Das Zweckvermögen, die juristischen Personen, die Handelsgesellschaften, die nicht kaufm. sog. Collectivgenossenschaften, in Siebenhaar's Archiv für WR. XV, 1866, S. 1—36, 327—404; Lemayer, Die Innerberger Hauptgewerkschaft als Beitrag gegen die Lehre vom Zweckvermögen (GZ 1869, N. 32—35 (Note 29 in N. 35 vgl. speciell über die „Fonde"); Böhlau, Rechtssubject und Personenrolle, Festschrift, Weimar 1871, 70 S. (hiezu Göppert, Z. f. deutsche Gesetzgebung VI, S. 395); Ihering in der Abhandlung: Passive Wirkungen der Rechte, Jahrb. f. Dogm. X, 1871, N. VIII, S. 387—580, bes. S. 390, 391, 406, 408, 415, 443, 444 und im Geist d. R. R. II, § 41, S. 366, III, § 55, S. 216—220, § 60, S. 315, N. 442 und § 61, S. 341—346; Zitelmann E., Begriff und Wesen der sog. jur. Personen, von der Juristenfacultät in Leipzig gekrönte Preisschrift, Leipzig 1873, 120 S. (hiezu Harum in Grünhut's Zeitschr. I, 1874, S. 207—211 und Rauling in Goldschmidt's Zeitschr. f. HR XIX, N. F. IV, S. 305); gegen Zitelmann Böhlau, Zur Lehre von den sog. jur. Personen, Kritisches und Positives, Archiv f. civ. Praxis 56. B., N. F. 6, 1873, N. X, S. 351—366; Bekker E. J., Zur Lehre vom Rechtssubject, Jahrb. f. Dogm. XII 1873, N. I, S. 1—135; Seligmann E., De la création et de l'extinction des personnes morales en droit romain et en droit français, thèse. Paris 1877, 176 S.; Schuster in Grünhut's Zeitschr. IV, 1877, Beilage I des „Commentars" (s. u.) „Über das Verhältnis der staatlichen Genehmigung zum Wesen der juristischen Person" S. 558—568; Bolze A., Der Begriff der jur. Person, Stuttgart 1879, 197 S. (hiezu Krasnopolski Kr. V. J. S. XXII, N. F. III, 1880, S. 188—194); Freudenstein K. G., Decerpta quaedam capita de personarum quae vocantur fictae ratione atque indole, praecipue apud Romanos nec non de piis causis commentatio, Leipzig 1881, 39 S.; Brinz, Pand. I, §§ 34, 35, 59—63 (hiezu Arndts, Grünhut's Zeitschrift I, 1874, S. 494—503); Windscheid I, § 49 u. § 57—62; Arndts, § 41—47; Roth, Bayr. Civilr. I, § 32—47; Roth u. Meibom, Kurhess. Privatrecht § 67—89; Böhlau, Mecklenb. Landrecht II, § 79, 149—153, III § 154—238; Beseler, § 66—72; Gerber § 49—57; Bluntschli, § 49—57; Stobbe, I, § 49—62; Roth, D. Pr. I, § 71—73; Unger I, § 42—44, VI § 7, Anm. 13 und krit. Überschau VI, 1859, S. 147—188, Zur Lehre von den jur. Personen; Schiffner I, § 59—64; Kirchstetter, S. 48—50; Stubenrauch I, S. 78—82 (4. Aufl.); Pfaff-Hofmann II, S. 32—35; Randa § 12, N. 13; Berger, kritische Beiträge S. 25, 141—149. — Vgl. auch die Gutachten Fitting, Die rechtlichen Verhältnisse am Stadtschiessgraben. Ein Gutachten, der städtischen Behörde erstattet, Halle 1866, 164 S., und Regelsberger, Gutachten der Schaffhauser Geistlichkeit, Z. f. Kirchenrecht XI, 1866, S. 185 ff.; ferners über die rechtliche Construction (Handlungs- und Gerichtsstandsfähigkeit)

muss er selbst zu Concessionen sich verstehen, er muss kleinere Interessen aufopfern, um durch sie grössere zu verwirklichen. Da nun diese

---

eines Comités (aus dem Mandat construiert) Ihering, Rechtsgutachten, betreffend die Gäubahn, Jahrb. f. Dogm. XVIII, N. F. VI 1880, S. 13—30.

Über die Corporationen insbesondere Weiske, Pract. Untersuchungen III, 1847 S. 51—239, Über Corporationen nach röm. und deutschen Rechtsbegriffen, sowie über Gemeindegüter und deren Benutzung durch die Mitglieder; Hermann Dr. R., Der Rechtscharacter der Actienvereine, Leipzig 1858; Krug, Über die privatrechtlichen Verhältnisse der städt. Braugenossenschaften, Ztft. f. Rechtspflege in Sachsen, N. F. XXII. S. 385—393; Brünneck, Die Jagdgenossenschaften, Habil.-Schr. Halle 1868, 58 S.; Schulte, Die jurist. Persönlichkeit der kath. Kirche, ihrer Institute und Stiftungen, sowie deren Erwerbsthätigkeit nach dem gem., bayer., österr. etc. Rechte, Giessen 1869; Vgl. auch Helfert D. Jos., Von dem Kirchenvermögen, I. Band, Prag 1824, 2. Aufl. 1825 (rec. Z. f. ö. R. 1825, S. 113—120, N. Bl., von Kopatsch); Cohn Dr. M., De natura societatum juris Romani, quae vocantur publicae, Berlin 1870, und desselben: Zum röm. Vereinsrecht, Abhandlungen a. d. Rechtsgeschichte, Berlin 1873, 231 S.; J. K. Angell u. S. Ames, Treatise on the Law of Private Corporations Aggregate, 9. Aufl., Boston 1871, 865 S.; Ihering in der Abhandlung: Passive Wirkungen der Rechte, Jahrb. f. Dogm. X. 1871, N. VIII. III. 3. Einfluss des Wegfalls der sämmtlichen Mitglieder auf das Rechtsverhältnis der Corporation, S. 433—441; Wilckens, K., Der jurist. Character der Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften, Von der Heidelb. Juristen-Facultät gekrönte Preisschrift, Mannheim 1873, 52 S.; Borgesius H. Göman, De rechtspersoonlijkheid der Cooeperatieve Vereenigingen, Utrecht 1874, 108 S. (Cooeperatie III); Proffatt J., Law of Private Corporations, Bancroft 1876, 275 S.; Field G. W., Private Corporations for Pecuniary Gain, 1877; Tedeschi F., Dei corpi morali secondo i principii della legge civile italiana, Diss., Turin 1877, 148 S.; Serment W., Associations et Corporations, Genf 1877; Dr. Nagy Ferenz, A kerekedelmi társaságok jogi termeszete (Die rechtliche Natur der Handelsgesellschaften) Pest 1878, 155 S. (mit einer eingehenden Darstellung der verschiedenen Ansichten; der Verf. selbst vindiciert allen Handelsgesellschaften die jur. Persönlichkeit); Curtius D. F., Über das Handeln der Corporationen, Archiv f. c. Praxis, B. 62, N. F. 12, 1879, N. III, S. 151—169; Raven O., Über die Verhältnisse, welche den Fortbestand von Gemeinheiten rathsam machen, Inaug. Diss., Göttingen 1881, 52 S.; Morawetz V., Treatise on the Law of Private Corporations, Boston 1882; Boone C. T., Manuel of the Law applicable to corporations generally; also general rules of law peculiar to banks, railroads, religious societies, municipal bodies and voluntary associations, as determined by the leading courts of England and the United States, San Francisco 1882, 569 S.; Taenzerles, Die Rechtssubjectivität der österr.-ung. Monarchie in privatrechtl. Beziehung, Jur. Bl. 1882, N. 8 (vgl. auch die allerdings in erster Linie staatsrechtlichen Schriften: Bidermann, Über die rechtliche Natur der österr.-ung. Monarchie, J. Bl. 1877, S. 219—232, auch GH N. 35—37; Juraschek, Personal- und Realunion, Berlin 1878, 124 S.; Ulbrich, Die rechtliche Natur der österr.-ung. Monarchie, Prag 1879; 72 S.); Scherer, Von der Processfähigkeit der kirchlichen Institute, mit

Motive bei einer Mehrheit von Menschen auftreten, erkennt jeder derselben ein von seinem Interesse verschiedenes Interesse an, das doch

einer Kritik der Rechtsprechung der österr. Gerichte, Mainz 1882, 52 S. (a. d. Archiv f. kath. Kirchenrecht; hiezu Singer, Grünhut's Ztschr. X, 1883, S. 150—161; neuerlich Scherer im Archiv f. k. KR 1883, S. 266 ff. und wieder Singer, Grünh. Zt. XI, 1884, S. 463—471). Vgl. auch Daubeck, Über die Eidesdelationen in Processen gegen den Fiscus und öffentliche Fonde, J. Bl. 1880, N. 39; Schreiber, Eidesdelation an juristische Personen, J. Bl. 1880, N. 44, 45.

Über das Zwittergeschöpf der deutschrechtlichen Genossenschaft, welche, halb universitas halb communio, im Begriffe des Gesammteigenthumes ihre Wurzel haben, und in welcher „das Recht der Gesammtheit mit dem der einzelnen Mitglieder durchwachsen" sein soll, insbesondere Bynkershoek, Observationes juris romani, 1710, Lib. 2, cap. 1, Beseler in den „Erbverträgen" (1835) und im „Volksrecht" (1844) S. 158—194, sowie Deutsches Privatrecht § 170—172, Albrecht, in Richter und Schneider's krit. Jahrb. 1842, S. 341, Schultze im Anhange zu Stobbe's Geschichte der deutschen Rechtsquellen, Braunschweig 1864, 2. Abth., S. 500; Weiske in den obcit. practischen Untersuchungen III, 1847, S. 144 ff., Schüler, Ortloff, Heimbach und Guyet's Abhandlungen, 1847, I, S. 246 ff. Gegner: Thoel, Volksrecht, Juristenrecht, Genossenschaften etc. 1846, S. 18—62; Schmid R., Über die sogenannten Genossenschaften im Archiv für civ. Pr. 36, 1853, N. VIII, S. 147—189; Unger I, § 43, N. 62, der S. 330—337 cit. an Stelle der Genossenschaften den (von ihm selbst, Krit. Überschau VI, 1859, S. 180, wieder aufgegebenen) Begriff der Gesellschaften mit formeller (collectiver) Personeneinheit zu setzen suchte; Roth, Zur Lehre von der Genossenschaft, Rechtsgutachten in der Streitsache der Gemeinde Burgsinn gegen die Freiherren von Thüngen, München 1876, 152 S. (hiezu den seltsamen „Commentar (?) mit drei Beilagen" von Dr. H. Schuster in Grünhut's Zeitschrift IV, 1877, S. 547—591 und 769—781, Beilage II, Über die Entstehungs der Genossenschaftstheorie, S. 568—586). Neuerlich wurde die Genossenschaft wieder vertheidigt von Lewis, Zur Lehre von der Autonomie des h. Adels in der Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtspflege in Preussen III, S. 687 ff., und in Holtzendorff's Enc. Lex. I, S. 43 und in dem gründlichen rechtsgeschichtlichen Werke Dr. O. Gierke's, Das deutsche Genossenschaftrecht. I. Rechtsgeschichte der deutschen Genossenschaft, 1868. II. Geschichte des deutschen Körperschaftsbegriffs, 1873. III. Die Staats- und Corporationslehre des Alterthums und des Mittelalters und ihre Aufnahme in Deutschland, 1881 (hiezu Lewis, Krit. V. J. S. XVI, 1874, S. 560—575). Gegen die Genannten Dr. O. Mejer, Zur Lehre von der Geschlechtsgenossenschaft des hohen Adels in Grünhut's Zeitschrift V, 1878, N. V, S. 229—269; gegen diesen wieder Beseler, Die Familie des hohen Adels als corporative Genossenschaft in Grünhut's Zeitschrift V, 1878, N. X, S. 540—556 und Gierke, Die juristische Persönlichkeit des hochadeligen Hauses, Abwehr und Befestigung, ebenda, N. XI. S. 557—599. Schliesslich wieder Mejer, Zur Lehre von der Geschlechtsgenossenschaft des hohen Adels, ibid. VI, 1879, N. V, S. 201—210. Zur Genossenschaftsfrage vgl. auch Baron, Die Gesammtrechtsverhältnisse im römischen Rechte, Marburg 1864, 536 S., der

nicht nothwendigerweise zugleich das individuelle absolute Interesse eines Anderen ist, sondern, indem es sich diesem, soweit es gerade nöthig ist, nähert, mitwirkt zur Bildung eines relativen Durchschnittsinteresses Aller.

A will z. B. x[2]) erreichen, er vermag dies aber nicht allein; aber auch B will x erreichen und auch C . . . . und auch Y und Z; und auch von diesen vermag es keiner für sich allein zu erreichen, wol aber kann es ihren vereinten Bemühungen gelingen. Um nun diese Mithilfe aller Anderen zu bewirken und sich selbst seinen Antheil an dem Genusse von x zu sichern,[3]) muss Jeder den Anderen ein Interesse an der gemeinsamen Gewinnung von x und an der Überlassung eines Antheiles von x an ihn gewähren. Ersteres wird geschehen, indem von Jedem allen Anderen gegen Gewährung ihrer Mithilfe ein Antheil an x gesichert wird, letzteres indem Jeder seine Mithilfe nur gegen gleiche Zusicherung eines Antheiles an ihn in Aussicht stellt.[4]) Dieses

auch im r. R. ähnliche Gebilde zu finden glaubt (hiezu Pernice, Kr. V. J. S. VII, 1865, N. IV, S. 106—127).

Über die rechtliche Natur der Handelsgesellschaften und der Actiengesellschaften vgl. Renaud, Das Recht der Actiengesellschaften, 1863, 2. Aufl. 1875, woselbst S. 133 ff. eine Entwicklung der verschiedenen Ansichten, ferner die Literaturangaben bei Stobbe I, § 49, N. 33 und § 58, N. 12. Von österr. Schriftstellern vgl. Lemayer, Über die Haftung aus genossenschaftlichen Schuldverhältnissen, GZ 1869, N. 1—9; Randa, Grünhut's Zeitschrift IV, 1876, S. 161, 162 (gegen die jur. Pers. der HG); Wedekind, Ist die offene Handelsgesellschaft nach dem deutschen Handelsgesetzbuche eine juristische Person? GH 1864, N. 32, 33 (Nein); gegen diesen Wehle Dr. S., Zur Frage, ob die Handelsgesellschaft eine juristische Person ist? GZ 1864, N. 65; Gotter, Sind Handelsgesellschaften jur. Personen? GZ 1870, N. 82, 83 (Ja); Behrens, Die jur. Construction der deutschen Handelsgesellschaften, Inaug. Diss., Kiel 1879, (Kieler Schriften 1879, 1880, XXVI, 40 S.). Vgl. auch die in der GZ 1866, N. 63—67 aus Goldschmidt's Zeitschrift für HR VIII, S. 1 ff. abgedruckte Abhandlung Witte's: Erörterungen zum Rechte der Actienvereine (für ihre jur. Persönlichkeit) und die oben cit. ungarische Arbeit von Nagy Ferenz, Über die rechtliche Natur der Handelsgesellschaften.

[2]) Hierunter ist durchaus nicht nothwendig ein materielles Interesse zu verstehen.

[3]) Insoferne x nicht ein solches ist, das schon seiner Natur nach den Interessen aller Theilnehmer dient, dessen Wesen in seiner Unbeschränktheit liegt, was aber schon bedeutend entwickelte sociale Zustände und das Vorhandensein höherer ideeller Interessen voraussetzt.

[4]) Bei einem Interesse, das in seiner Verwirklichung nicht auf die es Anstrebenden beschränkt ist, liegt für jeden Einzelnen das Interesse an der Gewährung seiner Mithilfe darin, dass dieselbe mitwirkt, auch Andere zur Gewährung ihrer Mithilfe zu veranlassen.

Gewähren von Antheilen an Dritte und dieses Selbsttheilnehmen an der Verwirklichung von x liegt nun keineswegs im unmittelbaren Interesse jedes Einzelnen, gewiss wäre es in den meisten Fällen Jedem lieber, x ohne jede Mühe seinerseits und dennoch für sich allein erreichen zu können. Indem das Interesse jedes Einzelnen so durch das Interesse eines jeden Anderen beschränkt wird, und keiner sein reines Interesse zu verfolgen vermag, und doch auch keines Anderen reines Interesse verfolgt, erscheint dieses wechselseitig beschränkte Interesse der Theilnehmer, das keines Einzigen wirkliches reines Interesse ist, als ein Selbstständiges, für sich Bestehendes. Die Concessionen, welche jeder macht, welche aber keiner ganz denselben, sondern einer stets verschiedenen Gruppierung von Personen (A dem B—Z; B dem A, C—Z; Z dem A—Y) macht, die daher weder einem Einzelnen noch der gleichen Summe aller Anderen gemacht werden, erscheinen gleichsam aus der Interessensphäre aller Einzelnen als eine allen Concedenten gemeinsame Concession herausgehoben und dem ideell gleichen Interesse, das Jeder (nicht an x selbst, sondern) an der Vereinigung, als Mittel x zu erzielen, besitzt oder zu besitzen glaubt, geopfert. Und so erscheint dieses gemeinsame Interesse als ein von allen Einzelinteressen völlig Verschiedenes, gleichsam als die Resultierende der Einzelinteressen, und indem Jeder sein unmittelbares Einzelinteresse um dieses nur mittelbar seinen Sonderinteressen dienenden Gemeininteresses willen beschränkt und ihm einen Theil seiner Thätigkeit aufopfert, tritt äusserlich derselbe Erfolg ein, als wäre dieses Gemeininteresse ein selbstständig existierendes Individuum, das sein eigenes Interesse verfolgt und etwa widerstrebenden Einzelinteressen gegenüber auch zwangsweise zur Geltung zu bringen sucht. Das ideell gemeinsame Interesse erlangt Individualität, es sind dieselben Wirkungen vorhanden, als wäre dieses Gemeininteresse rechtlich selbst eine willens-, handlungs- und rechtsfähige Person. Das Wesen des Rechtes beruht nun überhaupt nur in seinen Wirkungen. Wenn wir sagen, es existiert ein Recht, so heisst das nur, gewissen Verhältnissen werden gewisse Wirkungen zugeschrieben. Und indem wir diese Wirkungen mit dem Massstabe desjenigen, dem sie zum Vortheile gereichen, und dem die zwangsweise Herbeiführung dieser vortheilhaften Wirkungen zugesichert ist, messen, sprechen wir von dem subjectiven Rechte der Personen. Und so haben wir uns daran gewöhnt, stets von diesem Standpuncte des individuellen Interesses aus das Recht zu betrachten, dass wir uns gar kein Recht ohne einem ihm entsprechenden subjectiven Rechte von Personen zu denken vermögen, und vollkommen befangen im Kreise der subjectiven Rechte nun auch diesem Gemeininteresse, das keinem einzelnen Interesse entspricht, und

dem gegenüber sich kein subjectives Recht eines Einzelnen als für sich Berechtigten statuieren lässt, um des ihm zugesagten Schutzes, um der an sein Bestehen geknüpften Wirkungen willen, eine künstliche Subjectivität verleihen, es selbst zum rechtlichen Subjecte machen, um es dann mit allen subjectiven Rechten ausstatten zu können.

Und gewiss kann hiegegen nichts eingewendet werden, wenn wir uns nur vor Augen halten, dass diese fingierten[5]) Subjecte fingierter

[5]) Darüber, dass durch die Fiction nichts erklärt wird, braucht man wohl heute, nach den Ausführungen von Demelius (Die Rechtsfiction in ihrer geschichtlichen und dogmatischen Bedeutung, Weimar 1858), Ihering, Geist III, § 58, S. 293—301, Bülow, Civilprocessualische Fictionen und Wahrheiten (Archiv f. civ. Praxis, 62 B., N. F. 12, 1879, N. I, S. 1—96, spec. 3—11) kein Wort mehr zu verlieren (vgl. auch Unger VI, § 7, N. 10). Insoferne er die Fiction erklären will, ist es ganz wahr, was Bülow (S. 7 a. a. O.) von der wissenschaftlichen (dogmatischen) Fiction sagt, sie sei „eine Selbsttäuschung, eine Bankerotterklärung der Wissenschaft". Aber eben so wahr sind die trefflichen Worte Ihering's S. 297 cit.: „Besser Ordnung mit Fiction, als Unordnung ohne Fiction! Anderseits freilich liegt in jeder Fiction, eben weil sie ein unvollkommenes Mittel ist, für die Wissenschaft die Mahnung, sie möglichst bald durch ein vollkommeneres zu ersetzen. Aber der Jurisprudenz zumuten, die Fiction über Bord zu werfen, bevor ihr die wirkliche Lösung gelungen, hiesse den Krückenträger auffordern, die Krücken fortzuwerfen, bevor er gehen kann." Die an der Rechtsbildung mitwirkende Function der Fiction hat schon Savigny (Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, Aufl. 3, S. 32) zutreffend characterisiert. „Entsteht eine neue Rechtsform, so wird dieselbe unmittelbar an eine alte, bestehende angeknüpft, und ihr so die Bestimmung und Ausbildung derselben zugewendet. Dieses ist der Begriff der Fiction, für die Entwicklung des röm. Rechts höchst wichtig und von den Neuern oft lächerlich verkannt." Dieser „historischen" Fiction stellt Ihering a. o. a. O. gegenüber die dogmatische, deren Zweck nicht ist „Erleichterung der Anknüpfung eines neuen Rechtssatzes, sondern Erleichterung der juristischen Vorstellung. Dieser Unterscheidung will Unger, Jahrb. f. Dogm. X, N. I, Note 12, die zwischen theoretischen („man kann b so ansehen, als wäre es a") und practischen („man muss in einer gewissen Richtung . . b für a nehmen; . . . mittelst ihrer soll . . . ein Recht, eine Klage beschafft werden") Fictionen, zu welch letzteren ausser Ihering's historischer Fiction auch die declaratorische oder terminologische Fiction gehöre, supplieren. Hiegegen m. E. mit Recht Ihering, cit. N. 422 a. Aus der Literatur vgl. ausser den Genannten noch Brinz I, § 59—62; Kuntze, Die Obligation und die Singularsuccession, 1856, S. 88—90, 376—389, 399; Köppen, Die Erbschaft, 1856, S. 6—9; Berger, Krit. Beiträge zur Theorie des österr. allgem. Privatrechts, 1856, S. 67—95, 149; zu Demelius Die Rec. Arndt's, Kr. V. J. S. I (1859), S. 93—104; gegen Ihering Demelius, Kr. V. J. S. X (1868), S. 354 ff. Ferner Leonhard, In wie weit gibt es nach den Vorschriften der deutschen Civilprocessordnung Fictionen? Berlin 1880, 57 S. (hiezu Kohler, Kr. V. J. S. XXII, N. F. III, S. 369—374).

Rechte nur theoretische Schemen zur Unterstützung unserer Ausdrucksweise und unserer Auffassung sind. Es gibt keine juristischen Personen;[6]) sie sind ein Nichts; was sie besitzen, besitzt Niemand, so lange

[6]) Es gibt aber auch keine Rechte. Diess ist es, glaube ich, was jene verkennen oder vergessen, die sich so sehr an der Annahme „nicht existierender" Personen stossen. In letzter Linie ist es auch nur ein Streit um Worte, ob ich sage, ich denke mir die Rechte als subjectlos, oder sage, ich denke sie mir als Rechte eines gedachten Subjectes. Sind doch alle Materialien, mit denen der Jurist baut, nicht reale Steine und Balken, sondern nur ein Gedachtes. Wenn daher die Frage aufgeworfen wird, ob es subjectlose Rechte gebe, so ist diese Frage m. E. nicht anders, als etwa die, ob die Rechte grün oder roth seien, denn die Frage enthält schon die Annahme, dass es Rechte gebe. Es gibt auf der Welt nur Personen und Sachen, wenigstens versichert uns unser Wahrnehmungsvermögen ihrer Existenz. Indem nun diese Personen und Sachen in der zeitlichen Anschauung sich in verschiedener Beschaffenheit darstellen, gewinnen wir durch Vergleichung den Begriff der Veränderung und weiters den des Verhältnisses von Ursache und Wirkung. Die Veränderung und überhaupt ein successives Verhältnis können wir uns nicht mehr vorstellen; ich kann mir einen Stein denken, ich kann mir auch diesen Stein in den verschiedensten Lagen successive denken, aber ich kann mir nicht im selben Zeittheile, den Stein in verschiedenen Zeittheilen, den fallenden Stein, denken; wie der Stein in Wirklichkeit nur successive fällt, kann ich mir auch den Stein nur successive fallen denken, d. h. das Fallen selbst kann ich mir nicht vorstellen, ich habe nur Vorstellungen von verschiedenen Lagen des Steines, die ich causal verbinde. Das „Fallen" ist nichts als ein Wort, durch welches ich mir und Anderen die Zusammengehörigkeit dieser Vorstellungen zum Bewusstsein bringen will. Und so ist auch das Recht nichts als ein Wort, durch welches ich die Zusammengehörigkeit gewisser Ereignisse als Ursachen und anderer als (wirkliche oder mögliche) Folgen mir vergegenwärtige; es ist unmöglich, sich ein Recht zu denken, weil es eben keine Rechte gibt. Und ebenso gibt es auch keine Rechtssubjecte. Auch das „Rechtssubject" ist wieder nichts als ein Wort, das mit einem Schlage mir ein Causalverhältnis, gewisse in einer Person eingetretene Ursachen und die Möglichkeit gewisser Wirkungen vergegenwärtigt. Es gibt aber auch weiters (von dem Begriffe der juristischen Persönlichkeit ganz abgesehen) keinen Verein. Es möge einmal Jemand versuchen, sich einen Verein zu denken! Er kann sich eine bestimmte oder unbestimmte Anzahl beisammenstehender oder sitzender und biertrinkender Männer denken, er kann sich ein Local mit Billard und Spieltischen denken, er kann sich die leere Wertheimcassa, er kann sich den Zahlungsbogen oder die Mitgliedskarte denken, aber den **Verein** kann er sich nicht denken. Die drei Männer, die von der Erlaubnis des Neratius Priscus Gebrauch machend einen Verein gründen, sind darum keine anderen geworden, und wenn sie auch nun den Kopf höher tragen, sich Verwaltungsräthe nennen, baronisiert oder in's Criminal geführt werden, darin liegt noch immer nicht das Wesen des Vereins. Aber es sind gewisse Handlungen erfolgt und an diese Handlungen sollen sich Wirkungen knüpfen, und das Denken und Ausdrücken dieses Verhältnisses verkürzt mir das Wort Verein. Und nur diesen Sinn hat es, wenn ich sage, ich denke mir einen Verein, ein Recht, ein Subject, dieselben seien Begriffe, seien ein Gedachtes. Welches Hindernis sollte nun bestehen, wenn ich einerseits zur Vereinfachung und Beschleunigung meines Denkens und Sprechens einen Menschen als gedachtes Subject gedachter Rechte bezeichnen darf, auch diesen gedachten Verein als gedachtes Subject gedachter Rechte zu bezeichnen? Ich glaube, der Jurist ist der allerletzte, der sich an dem Mangeln der Realität stossen darf.

sie es besitzen; was sie erwerben, hat Niemand erworben; die Rechte die ihnen zustehen, stehen Niemandem zu. Die Rechtsordnung behandelt nur gewisse Verhältnisse ungeachtet Niemand besitzt, Niemand erworben hat, Niemand berechtigt ist, so, als würde Jemand besitzen, als hätte Jemand erworben, als wäre Jemand berechtigt, indem es diese Verhältnisse gegen Dritte beschützt, gewisse Wirkungen an sie knüpft, Dritten gegenüber denselben Erfolg herbeiführt, als würde es sich nicht um einen Niemand, sondern um einen Jemand handeln,[7]) u. z. dies Alles darum, weil eine Reihe Einzelner an dem Bestande dieser Verhältnisse, ungeachtet es nicht ihre Verhältnisse sind, ein eminentes Interesse hat.

Die auseinandergehenden absoluten Einzelinteressen also sind es, welche, um sich so weit als möglich zu realisieren, nach aussen hin als Allen gemeinsame relative Einzelinteressen, somit als ein einheitliches Gesammtinteresse sich darstellen, welche die Ursache werden können zur Aufstellung eines personificierten Gemeininteresses, an das nun Wirkungen geknüpft werden, wie sie sonst nur beim Vorhandensein natürlicher Personen eintreten. Nicht jede Interessenconcurrenz beziehungsweise Interessengemeinheit jedoch wird derartig sein, dass die Aufstellung dieses Dritten erforderlich wird; wo das zu erreichende x dergestalt ist, dass es gleich bei seinem Eintritte, beziehungsweise Anfalle, jedem pro rata, d. i. mit einem ihm bestimmten Theile, zufallen kann, ist gar kein Anlass zu einer solchen qualificierten Vereinbarung. Wo aber diess der Natur der Sache nach unthunlich ist, oder Schwierigkeiten unterliegt, liegt in dem wechselseitigen Misstrauen, beziehungsweise in der Nothwendigkeit dieses Misstrauens, das Moment, welches das Einzelinteresse beziehungsweise die Einzelnen veranlasst, zunächst nicht für des Einen oder des Anderen Interesse, für irgend einen anderen Einzelnen zu arbeiten, und es dann diesem zu überlassen, dass er von diesem für ihn Erworbenen auch den Anderen ihren Theil überantworte, sondern gleichsam auf neutralem Boden das gemeinsame relative Interesse zu verwirklichen.[8])

[7]) Vgl. Bekker, Jahrb. f. gem. Recht I, S. 305.

[8]) Ihering, Geist d. r. R. § 55, S. 216—220, erblickt den Anlass zur Entstehung der als juristische Personen bezeichneten Rechtsbildungen nicht

Es ergibt sich aus dem Gesagten in Hinblick auf das normale Einzelninteresse, dass die Rechtsordnung zumeist nur vermögensrechtliche Wirkungen an die Manifestation dieses Gemeininteresses knüpfen wird, an sich wäre jedoch gar kein inneres Hindernis, dass das Recht an gewisse Verhältnisse dieselben rechtlichen Wirkungen knüpfte, als stünde eine das erwähnte Gemeininteresse repräsentierende Person in anderen, z. B. familienrechtlichen Verhältnissen, dass es an gewisse Verhältnisse dieselbe Wirkung knüpfte, als wäre die juristische Person Vormund, Vater oder Ehegatte. Freilich kann eine juristische Person niemals wirklich Vormund, Vater oder Ehegatte sein, aber sie kann auch niemals wirklich ein Eigenthum haben, wirklich forderungsberechtigt sein. Es werden nur dieselben Wirkungen herbeigeführt, als wäre sie Vormund, Vater, Ehegatte, Eigenthümer oder Gläubiger. Natürlich werden diese Wirkungen in letzter Linie fast ausschliesslich wieder vermögensrechtlicher Natur sein, allein es wäre kein Hindernis, dass der jeweilige äussere Vertreter der juristischen Person zur Erziehung der Kinder oder Pupillen oder zur Ausübung des Beischlafes berechtiget wäre, gerade so wie er zur Verwaltung der Güter legitimiert ist.[9]) Dass das Recht der juristischen Person solche weitgehende Wirkungen nicht zuschreibt, hat nur darin seinen Grund, weil die Combination der Einzelinteressen zu einem Bedürfnisse hienach nicht geführt hat, nicht aber weil die Wirkung der juristischen Persönlichkeit aus inneren Gründen bloss auf das Vermögensrecht beschränkt wäre.[10])

II. Es wurde im Vorstehenden das Wesen der juristischen Persönlichkeit darzulegen[11]) und auf die Concurrenz der Einzelninteressen

---

im unmittelbaren Interesse der einzelnen Mitglieder der Corporation, sondern in dem Interesse des aussen Stehenden, der einen etwaigen Anspruch zu erheben hat. Ihm zu Liebe, der ja „das Theilverhältnis" in der Klage angeben müsste, erfolgt die „Ausscheidung der inneren Seite des Verhältnisses" und die „Beschränkung auf die äussere Seite", d. i. auf die Frage nach „der Existenz des Anspruchs zwischen der Gemeinschaft auf der einen und dem Dritten auf der andern Seite"; ihm zu Liebe wird „ein künstlicher Träger desselben aufgestellt, . . der nach aussen als Subject figuriert". Ich finde die Erklärung für die Entstehung der jur. Persönlichkeit durch das unmittelbare Interesse der Theilhaber selbst für ungleich natürlicher. Jedenfalls ist die moderne juristische Person nicht nur Zielscheibe für fremde Angriffe, sie schirmt auch das Gut der Gemeinschaft, u. z. in gleicher Weise gegen Dritte wie gegen Theilhaber. Vgl. auch Ihering selbst (§ 60, S. 325, N. 442), wenn er anlässlich der Bekämpfung des Willenformalismuses gegen jene unnatürliche Auffassung der juristischen Person sich ausspricht, „welche das Recht der einzelnen Mitglieder (der Destinatare), derentwegen die juristische Persönlichkeit allein in's Leben gerufen ist, übersieht und diese Willensmaschinerie zum Subject der Rechte erhebt". Freilich, wenn man findet, es habe die jurist. Persönlichkeit „für den Verkehr im Innern . . nicht die geringste Bedeutung" (S. 343 cit.), dann erübrigt nichts anderes, als zu sagen, „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 Beziehung zur Aussenwelt".

[9]) Die Rechte der juristischen Personen stellen sich überhaupt in gewissem Sinne nach aussen hin dar als subjective Rechte ihres Vertreters, nur dass sie dieser nach innen hin nicht für sich, sondern um bestimmter gemeinsamer Zwecke inne hat; sein subjectives Recht besteht eben in dem Rechte zur Vertretung. Freilich kann es Fälle geben und gibt es Fälle, in denen wir von juristischen Personen sprechen, und in denen (wenigstens momentan) gar kein Vertreter existiert. Für diese juristischen Personen gibt es aber auch insolange keine Ausübung subjectiver Rechte, und es steht da völlig in unserem Belieben, ob wir sagen wollen, es sei momentan nur der objective Rechtssatz, das Sollen gegeben, ihm entspreche derzeit kein subjectives Recht, kein Dürfen, oder ob wir sagen wollen, das subjective Recht stehe der juristischen Person zu.

[10]) Das Recht erkennt juristischen Personen auch thatsächlich gewisse nicht vermögensrechtliche Wirkungen zu, so Patronatsrechte, Wahlrechte (Virilstimmen) etc.

[11]) Die verschiedenen Theorien über das Wesen der juristischen Personen sind gründlich dargelegt bei Zitelmann a. a. O. Es lassen sich mit Zitelmann unterscheiden 1) die Construction mittelst Fiction, u. z. einerseits die seit Savigny herrschende Personificationstheorie, welche ein Subject fingiert, anderseits die Construction mit Annahme einer Personenrolle: dem subjectlosen Vermögen wird die Rolle (?) des Personenvermögens zugetheilt (Randa, Das Zweckvermögen, die juristischen Personen, die Handelsgesellschaften, die nicht kaufm. sog. Collectivgenossenschaften, im Archiv f. Wechselrecht XV, 1866, S. 1—36, 337—404 und Böhlau, Rechtssubject und Personenrolle, 1871). 2) Wirkliche Constructionen u. z. wieder einerseits durch Annahme subjectloser Rechte, eines Zweckvermögens (Brinz, Pand. I, § 59—62, S. 194—208; Köppen, Die Erbschaft, 1856, S. 9 ff.; Demelius, Über fingierte Persönlichkeit, Jahrb. f. Dog. IV, 1860, N. II, S. 113—158; Bekker, Zweckvermögen in Goldschmidt's Zft. f. HR IV, 1861, S. 499—567; vgl. aber auch des Letzteren Abhandlung: Zur Lehre vom Rechtssubject, Jahrb. f. Dogm. XII, 1873, N. I, S. 1—135, der daselbst seine Angriffe auf die juristische Person zurückzieht, da „jur. Pers. und Zweckvermögen mit einander sich recht wohl vertragen", S. 103), anderseits durch Isolierung der „passiven Wirkungen, welche das Recht bei seinem normalen Bestande auf die Aussenwelt (Personen oder Sachen) ausübt", d. i. des Zustandes „rechtlicher Beschränktheit oder Gebundenheit, in den die Sache oder Person durch das Recht versetzt wird", welcher „bei vorübergehendem Mangel des Subjects . . . . auch ohne berechtigtes Subject fortdauern oder eintreten" kann (S. 390, 391, Ihering, Passive Wirkungen der Rechte, Jahrb. f. Dogm. X, 1871, N. VIII, S. 387—580). 3) Die germanistische Theorie, welche die juristischen Personen als wirklich existierende Wesen (Culturwesen) ansieht (Beseler, Volksrecht u. Juristenrecht, 1844,

zurückzuführen versucht. Das aus dieser Concurrenz sich ergebende Gemeininteresse muss aber, soll es die angedeuteten rechtlichen Wirkungen haben, auch von dem Rechte anerkannt werden, und hiezu ist wieder erforderlich, dass es sich äusserlich manifestiere.

Was nun die rechtliche Anerkennung des Gemeininteresses, beziehungsweise das Entstehen der juristischen Persönlichkeit durch Anerkennung Seitens der Rechtsordnung betrifft, so hängt es natürlich von dieser ab, wem sie ihren Schutz zusagt. Auch die natürliche Person ist nur dann rechtlich Person, wenn und insoferne das Recht sie als solche anerkennt, d. h. an ihr Vorhandensein gewisse Wirkungen knüpft. Und so hängt es auch von der Rechtsordnung ab, ob sie eine juristische Person anerkennt, d. h. an das äusserlich erkennbar gewordene Vorhandensein eines Gemeininteresses gewisse Wirkungen knüpft oder nicht. Sie kann hiebei einen dreifachen Weg einschlagen, indem sie entweder principiell jedes äusserlich erkennbare Gemeininteresse, welches von den Sonderinteressen der Einzelnen sich losgelöst hat, anerkennt, oder indem sie nur von Fall zu Fall die Wirkungen der juristischen Persönlichkeit verleiht, oder indem sie schliesslich im Vorhinein gewisse Bedingungen fixiert, bei deren Vorhandensein diese Wirkungen von selbst eintreten (eine anticipierte Anerkennung von Fall zu Fall). Das Nähere hierüber wird bei den einzelnen Arten der juristischen Personen erörtert werden.

III. Es wird nun noch (s. o.) zu handeln sein von der Manifestation des gemeinsamen Interesses, d. i. von dem äusseren Substrate, an dessen Vorhandensein die besprochenen rechtlichen Wirkungen geknüpft werden.

Immer wird es sich zwar um die Interessen eines kleineren oder grösseren Kreises von Individuen handeln, allein diese Individuen werden bald in näherer, bald in entfernterer Stellung zu der juristischen Person,

S. 158 ff.; Bluntschli, D. Pr. § 34; Salkowski, Bemerkungen zur Lehre v. d. jur. Personen, Leipzig 1863; Zrodlowski, R. Pr. I, § 21). Der letzteren Gruppe muss auch Zitelmann selbst beigezählt werden. Er fasst das positive Ergebnis seiner Arbeit in § 50 selbst in nachfolgende Sätze zusammen: „1) Die Fiction ist kein Mittel der Construction, sie schafft keine Wahrheit, sondern hat nur practischen, technischen Werth. 2) Es gibt keine subjectlosen Rechte. 3) Die ruhende Erbschaft und die Stiftung sind durch den objectivierten Willen des Erblassers und Stifters regiert, welche Rechtssubjecte für sie sind. 4) Die Corporation i. w. S., die Personeneinheit, hat einen nach dem Princip der Einheit in der Vielheit entstandenen Willen. Sie ist daher kein fingiertes, sondern ein reales, existentes und wirkliches, mit Willen begabtes Wesen, eine wahre Person, mithin fähig Rechtssubject zu sein.“ Sie ist „mehr Sein als Schein“.

dem personificierten Gemeininteresse, stehend erscheinen. Zunächst muss an Eines erinnert werden, nämlich, dass die vitalen Interessen zwar den genetischen Ausgangspunct der menschlichen Interessenscala bilden, dass sie jedoch nicht die alleinigen, ja nicht einmal immer die höchsten Interessen des Individuums sind, sondern aus sich heraus und zu sich hinzu andere Interessen geschaffen haben; so gibt es nicht nur ein vitales Interesse des Individuums an seiner Ernährung, sondern auch ein ästhetisches Interesse an der Entwicklung der Kunst, ein ethisches an der Pflege der Kranken und der Unterstützung der Armen, und gerade solche Interessen sind es ganz vorwiegend, welche auf dem Wege des unmittelbaren oder mittelbaren Zusammenwirkens mehrerer Personen realisiert werden.

Der nächste Weg zur Verwirklichung eines gemeinsamen Interesses Mehrerer ist ihre Vereinigung zur Erreichung eines bestimmten Zweckes. A, B, C....Z vereinigen sich, um durch wechselseitige Unterstützung das zu erreichen, was jedem von ihnen allein nur schwer oder gar nicht zu erreichen wäre. Aber nicht jede solche Vereinigung ist schon eine juristische Person, es würden sonst zwei Hausknechte, die ein Bierfass abladen, auch schon Substrat einer juristischen Person sein. Wesentlich erforderlich zum Begriffe beziehungsweise Vorhandensein der juristischen Persönlichkeit ist es, dass das erstrebte Resultat ihrer Bemühungen keinem unmittelbar, sei es völlig oder zum Theile, zufalle, sondern dass es zunächst der ideellen Gemeinheit, d. i. gar Niemandem zufalle, dass die von den Einzelnen zu leistende Beihilfe nicht diesem oder jenem der Genossen zu leisten sei, sondern ebenfalls der ideellen Gemeinheit, d. i. gar Niemandem. Nur wo sie den Einzelnen gegenüber als berechtigt erscheint, nur wo sie zunächst die Früchte der Thätigkeit der Einzelnen an sich zieht, und dem Einzelnen gegenüber nicht der Einzelne, sondern die ideelle, d. i. gar nicht existierende Gesammtheit als berechtigt oder verpflichtet auch äusserlich sich darstellt, nur dort ist Anlass gegeben, von einer juristischen Person zu sprechen.

Aber nicht nur durch andauernd thätiges Zusammenwirken mehrerer Interessenten vermag ihr gemeinsames Interesse gefördert werden, somit das Substrat zu einer juristischen Person gegeben werden. Das Individuum vermag auch einzelne Vermögenstheile aus seinem Vermögen auszuscheiden, seiner Einflussnahme zu entziehen und dauernd für einen ganz bestimmten Zweck, an dessen Verwirklichung es ein, wenn auch nur ideelles, z. B. ethisches Interesse hat, zu widmen. Und indem hier das Individuum seine Hand zurückzieht von diesen Gegenständen, vielleicht hoffend, dass ähnliche Interessen Anderer die von ihm gesetzte

Gabe vermehren werden, jedenfalls aber wissend, dass die Rechtsordnung, getragen durch das Interesse, das jeder Einzelne an der Realisierung eventuell von ihm selbst gesetzter oder zu setzender Widmungen hat, darüber zu wachen bereit ist, dass dieses Vermögen der ihm beigehefteten Widmung nicht entzogen, sondern zugeführt werde, hört das gewidmete Vermögen auf, Eigen des Stifters zu sein, ohne zunächst Eigen eines Dritten zu werden, und doch auch ohne dem allgemeinen Schicksale herrenlosen Gutes überantwortet zu sein. Waren im früher erwähnten Falle die zu gemeinsamer Thätigkeit vereinten Individuen das Substrat der juristischen Persönlichkeit, so ist es hier, wo die früheren Vermögenssubjecte sich gänzlich zurückgezogen haben, das gewidmete Vermögen selbst, das als Substrat der Persönlichkeit sich darstellt.

Aber auch hier liegt noch im Willen des Stifters der Grund für die Vermögensseparation und den Eintritt der bezeichneten Wirkungen, wenngleich sein Interesse sich nicht mehr weiter actuell bethätiget und das Interesse Dritter an der Respectierung dieses Willens, beziehungsweise an der rechtlichen Garantie der Durchführung solcher Stiftungen, i. e. Willensacte, nicht einmal mehr mit Nothwendigkeit in der erkannten Gemeinnützigkeit der Stiftung, sondern möglicherweise nur mehr darin liegt, dass sie nur um den Preis der rechtlichen Anerkennung dieses allgemeinen Grundsatzes auch ihren allfälligen Stiftungswillen in ähnlichen Fällen die Durchführung zu sichern vermögen. Es gibt aber noch eine Form der juristischen Persönlichkeit, in welcher der Wille des Individuums völlig in den Hintergrund tritt, und nur das gemeinsame Interesse Aller, dass in gewissen Gruppen von Fällen Vermögensgegenstände, obgleich sie keinem Einzelnen eigen sind, dennoch für solche zusammengehalten werden, ganz unabhängig von dem concreten Interesse aller Einzelnen den Grund bildet für die Zuerkennung der juristischen Persönlichkeit. Es soll hier vorläufig nur auf die Hereditas jacens hingewiesen, jedoch gleich erklärt werden, dass mit ihr diese Gruppe nicht erschöpft ist.

Bildet im ersten der erörterten Fälle eine Personenanzahl und die von ihr gewährleistete Thätigkeit (Vermögen i. w. S.) das Substrat der Persönlichkeit (Corporation, Gesellschaft), im zweiten Falle eine durch den Willen eines früheren Berechtigten zusammengehaltene Vermögensgruppe (Stiftung), so erscheint im dritten Falle die nackte Vermögensgesammtheit als Substrat.

a. Corporation.

§ 46.

Als äusseres Substrat der Corporation erscheint eine durch ihren auf ein bestimmtes, gemeinsames Ziel gerichteten Willen verbundene Mehrheit von Personen. Und da zu diesem Zwecke gewisse sachliche Mittel, die man in ihrer Summe Vermögen nennt, erforderlich sind, gelangt man, wenn keiner der Theilhaber seinen Zweck, beziehungsweise seine Vermögensleistung (i. w. S.) in dem Zwecke, beziehungsweise Vermögen (i. w. S.) eines Anderen aufgehen lassen will, dazu, dass der Zweck dieser Vereinigung und das Vermögen dieser Vereinigung als der Zweck und das Vermögen keines Einzelnen sich darstellt, sondern als Zweck[1]) und Vermögen gar Niemands, die aber trotzdem von Allen respectiert werden sollen, da doch wieder jeder ein Interesse daran hat, dass dieser Zweck erfüllt und dieses Vermögen seinem Zwecke zugeführt und von Anderen nicht angegriffen werde. Das Gemeinsame an den Einzelninteressen erscheint herausgehoben und erlangt in der Idee selbstständige Existenz, und es ist sehr naheliegend zu sagen, ihm gehöre das Vermögen, das dem fraglichen Zwecke dienen soll. Und da jeder Einzelne sich zu gewissen Leistungen für den in's Auge gefassten Zweck verpflichtete, weil er nur so auch die Anderen zu stetigen Leistungen verbinden konnte, stellen sich diese Leistungen, zu denen Alle verpflichtet sind, und hinsichtlich derer doch keiner der Berechtigte ist, in ihrem negativen Bilde ebenfalls als subjective Rechte dieser gleichsam zur Realität gelangten Idee dar.

Aber nicht jede Vereinigung Mehrerer erfolgt nothwendig in der angedeuteten Art; nur dann haben wir gegründeten Anlass zu der bezeichneten figürlichen Ausdrucksweise, wenn wirklich nicht die Theilnehmer selbst als die pro rata Berechtigten erscheinen, wenn wirklich keine physische Person, somit Niemand, berechtigt ist und dennoch Allen gegenüber dieselben Wirkungen eintreten, als wäre Jemand berechtigt. Nicht jede Vereinigung kann daher eine juristische Person genannt werden, wenn anders nicht eine Verletzung des Gesetzes der Ökonomie im Ausdrucke stattfinden, und die terminologische Bezeichnung, indem sie über den vernünftigen Anlass ihres Entstehens hinausgreift, aufhören soll, Werth und logische Berechtigung zu besitzen. Während sich aber auf diese Weise der künstliche Begriff der Corporation als juristischer Persönlichkeit nach aussen hin abschliesst, enthält er in sich

[1]) Denn keines Anderen Vermögen ist ganz diesem Zwecke gewidmet.

selbst keine weiteren durchschlagend differierenden Momente. Die Zahl der Corporationen, welche juristische Persönlichkeit haben können, ist an sich unbegränzt, aber sie gliedert sich in keine zum Wesen der juristischen Person in je gleichartigem Verhältnisse stehende Gruppen. Wenn einzelne dieser Corporationen unter sich gewisse Momente gemeinsam haben, so mag es keinem Anstande unterliegen, sie zusammen als eine „Art" zu bezeichnen, allein diese „Art" ist kein systematischer Begriff, sie ist nur Art den einzelnen Corporationen gegenüber, nicht aber Unterart im Hinblicke zur Corporation selbst. Zur besseren Fixierung des Begriffes der Corporation als juristischer Person seien einzelne dieser Arten genauer betrachtet, u. z. der Staat, die Gemeinde, der Verein.

Der Staat wird wol immer als eine Corporation (stets genommen im engeren Sinne der juristischen Person) sich darstellen, denn man müsste Anstand nehmen, eine z. B. auf gegenseitigen Schutz gegründete und abzielende Vereinigung von Stammesgenossen, solange ihre Zwecke und die Mittel ihrer Befriedigung sich noch nicht von den Individualzwecken und dem Individualvermögen losgelöst haben, schon mit dem Worte Staat zu bezeichnen. Uns jedenfalls erscheint der Begriff des Staates als ein von den einzelnen Staatsbürgern absolut Getrenntes, sein Vermögen als von dem aller Einzelnen verschieden, so dass Niemand an selbem auch nur aliquoten Antheil hätte, sein Zweck beziehungsweise seine Wirksamkeit wol als im Interesse der Einzelnen gelegen, aber doch dem absoluten Interesse keines Einzelnen entsprechend;[2]) er, der eigentlich ein Nichts ist, erscheint somit als ein Etwas, ein mit eigenem Interesse und eigenen, aus der Verpflichtung und den Kräften aller Individuen resultierenden, Kräften Ausgestattetes; er erscheint uns daher als eine juristische Person. Ja er ist die juristische Person κατ' ἐξοχήν, denn während alle anderen juristischen Personen nur existieren vermöge ihrer Anerkennung durch die Rechtsordnung, ist die Rechtsordnung selbst an die Existenz des Staates gebunden, und darum hat auch nicht Alles, was sonst über die Corporationen und ihre Stellung zur Rechtsordnung zu sagen ist, auf ihn seine Anwendung.

Wie aber der Staat eine juristische Person ist, so auch die Gemeinde und überhaupt die einzelnen staatlichen Interessenkreise, insoferne bei ihnen ein solcher Anlass zur Individualisierung der Vereinigung sich ergeben hat.[3]) Gewiss werden wir in Österreich die

[2]) Vgl. I, § 18.

[3]) Ganz gewiss wird man es als verfehlt bezeichnen müssen, die einzelnen Staatsämter als juristische Personen zu bezeichnen; vgl. Unger § 42, S. 325, Savigny S. 377, 379, 380 (Literaturangaben bei Unger cit.

einzelnen Kronländer als juristische Personen bezeichnen müssen, und es wäre kein Hindernis vorhanden, dass auch die einzelnen Bezirke den Character juristischer Persönlichkeit erlangen könnten, soferne der Anlass und die Gelegenheit hiezu sich erbieten. Aber nicht nur die politischen Gemeinden, auch die kirchlichen Gemeinden, insoferne sie eigene Interessen und ein eigenes Vermögen haben, sind juristische Personen.[4]) Und insoferne eine bestimmte religiöse Gesammtgemeinschaft (eine Kirche in diesem Sinne, sei es nun die katholische Kirche, welche wol allein dermalen, in unseren Ländern wenigstens, die hiezu erforderliche äussere Einheit besässe, oder die jüdische, oder die evangelische oder eine andere Kirche) zur Verwirklichung ihrer als gemeinsam erkannten Interessen eine einheitliche Genossenschaft bilden würde, welche als solche, mit weder einem Einzelnen noch der Summe Aller eigenthümlichen Mitteln, der Verwirklichung gemeinsamer Interessen dient, könnte nicht der geringste Anstand obwalten, sie eine juristische Person zu nennen.[5]) Freilich ist dermalen auch die katholische Kirche

N. 29). Ein Anderes aber ist die von Savigny (cit.) hiemit identificierte Frage, ob in der Errichtung einer Jahresrente für den jeweiligen Inhaber eines Amtes nicht eine Stiftung erblickt werden muss. Zweifellos läge kein Anlass vor, von einer Stiftung (i. t. S.) zu sprechen, wenn ein gewidmetes Vermögensobject demjenigen, der in einem bestimmten Zeitpuncte Inhaber eines bestimmten Amtes sein werde, zugewendet wird. Während in anderen Fällen ein Vermögensobject sofort an eine bestimmte Person übertragen wird, erscheint es hier wol schon losgelöst von dem früheren Inhaber, aber die Person des neuen Berechtigten ist noch unbekannt, es liegt ein Recht vor „mit abstract bestimmtem Subject" (Ihering, Passive Wirkungen, Dogm. Jahrb. X, S. 444). Im Rechte sind, wie in allen sich organisch entwickelnden Gebilden die verschiedensten langsam in einander übergehenden Formen vorhanden, von der innigsten persönlichen Verknüpfung zwischen Berechtigten und Verpflichteten an, bis zur gänzlichen Aufhebung einer solchen persönlichen Beziehung. Erst wo diese erfolgt, beginnt die Nöthigung, sich zwischen subjectlosem Rechte und juristischer Person zu entscheiden. Das Capital, aus dem im obigen Falle die Jahresrente bezahlt werden soll, ist losgelöst von seinem früheren Inhaber, es ist als solches auch pro futuro Niemandem bestimmt; aus dem Capitale erst sollen künftige Zuwendungen erfolgen: so lange das Capital nicht seiner Bestimmung vollständig zugeführt ist, ist es Stiftungsvermögen. Es braucht nach dem Gesagten übrigens wol kaum betont zu werden, dass es zwischen den einzelnen Gruppen von Fällen Übergangsformen geben wird und geben muss, bei denen es äusserst zweifelhaft erscheinen wird, welcher Kategorie sie besser zugezählt werden.

[4]) Vgl. z. B. § 36 Ges. 7. Mai 1874, RGB 50.

[5]) Sie würde aber für jeden Staat, beziehungsweise für seine Rechtsordnung stets juristische Person nur sein, insoferne er sie als solche anerkennt, oder überhaupt die ganze kirchliche Rechtsordnung anerkennt und

keine juristische Person, denn die einzelnen Macht- und Interessenkreise, die sie umfasst, sind wol äusserlich durch das angeblich congruente Interesse und die ihnen allen übergeordnete Person des Papstes vereint, vermögensrechtlich sind aber an diese Vereinigung gar keine Wirkungen geknüpft, indem das „kirchliche Vermögen" auch nicht fictiv „der Kirche",[6]) sondern einzelnen dieser Machtkreise (kirchlichen Gemeinden, Stiftungen, dem Papste etc.) gehört.[7])

Die Vereine[8]) anlangend, lässt sich über selbe nur sagen, dass es eine thatsächliche Frage ist, ob ein bestimmter Verein, beziehungsweise

---

hiemit seiner eigenen incorporiert. Für die kirchliche Rechtsordnung aber ist die Kirche ebenso selbstverständlich fähig juristische Person zu sein, als der Staat für die staatliche.

[6]) Aber auch die Ansicht, die allgemeine katholische Kirche als juristische Person sei Eigenthümerin des Kirchenvermögens, hat ihre Vertreter. Vgl. z. B. Sternberg, Versuch einer jur. Theorie vom Eigenthum der röm.-kath. Kirche, Stuttgart 1860.

[7]) Dass man die heutige Familie ebenfalls als juristische Person auffassen konnte, erklärt sich wol nur aus der ganz ungebührlichen Ausdehnung, die man dem Begriffe der jur. Person lange Zeit zu geben bereit war, (vgl. Zeiller, Natürl. Privatr. § 153) und der Verkennung des Umstandes, dass eine Stiftung wol für die Interessen einzelner oder aller Glieder einer Familie bestimmt sein kann, dass darum aber noch keineswegs die Familie, sondern immer nur die Stiftung als eine juristische Person anzusehen sei, wozu noch kam, dass man geneigt war, auch das Familienfideicommiss für eine Familienstiftung anzusehen (über den Unterschied vgl. Pfeiffer, Die Lehre v. d. jur. Pers. S. 129; bei der Familie des hohen Adels kommt noch die Hereinziehung des Begriffes der Autonomie hinzu; hierüber Lewis, Mejer, Beseler, Gierke in den o. N. 1 genannten Schriften). Auf der Verwechslung der juristischen Persönlichkeit einer Stiftung mit einer jurist. Persönlichkeit der aus ihr Vortheil Ziehenden beruht denn auch die irrthümliche Aufstellung gewisser anderer Kategorien jur. Persönlichkeiten, und auch die verfehlte Bezeichnung des § 559 a. b. G. (wo die Armen eine Versammlung genannt und den Corporationen zur Seite gestellt werden) sowie des § 849 a. b. G. (wo die Familien „Gemeinschaften" genannt werden) ist hierauf zurückzuführen. Das Gesetz zieht jedoch keine weiteren Consequenzen aus dieser falschen Terminologie.

[8]) Wenn Unger I, § 43, S. 339, 340 leugnet, dass es nach österr. Rechte Privatcorporationen gebe, so ist dies wol nur eine Folge des Bestrebens die (unleugbaren) Mängel des § 26 a. b. G. recht deutlich hervorzuheben. Aus § 26 ergeben sich aber m. E. keineswegs die von Unger gezogenen Consequenzen. Unger argumentiert so: es besteht keine allgemeine Rechtsregel, welche den Privatcorporationen juristische Persönlichkeit verleiht, es wäre daher eine specielle Concession erforderlich; eine solche verlieh man aber nie, weil man „sich an den Satz des § 26 a. b. G. hielt, dass jede erlaubte Gesellschaft eine moralische Person sei". — Aber wenn in § 26 cit. dieser Satz wirklich liegen würde, nun so wäre ja § 26 dieser allgemeine

eine bestimmte Art von Vereinen, juristische Persönlichkeit hat oder nicht, ob das Vermögen allen Einzelnen pro rata gemeinsam ist oder keinem von Allen gehört.[9])

Es soll nunmehr im Folgenden gehandelt werden von den Elementen des Corporationsbegriffes, vom Entstehen (Anfange) und Untergange (Ende) der Corporationen.

Rechtssatz, der jede specielle Concession überflüssig macht. Wenn er sogar jeder erlaubten Gesellschaft eo ipso juristische Persönlichkeit zuspräche, so doch gewiss implicite auch jenen, bei denen die thatsächliche Nöthigung zur Annahme einer juristischen Persönlichkeit (beziehungsweise die Opportunität einer solchen Annahme) wirklich vorhanden ist. Das Gesetz kann auch den Mond für fähig erklären juristische Person zu sein; die Unzweckmässigkeit und Wirkungslosigkeit einer solchen Concession gibt noch nicht die Berechtigung zu sagen, es gelte nun, weil hier etwas als juristische Person bezeichnet sei, was unfähig ist, die an die juristische Person geknüpften Wirkungen hervorzubringen, alles das nicht, was überhaupt von den juristischen Personen im Gesetze gesagt wird. Ich glaube aber, § 26 cit. erklärt überhaupt nicht, was eine juristische Person sei, er sagt nur, von Seite der Rechtsordnung bestehe kein Anstand, dass, wo immer eine erlaubte Gesellschaft vorhanden ist, diese, wenn der Fall überhaupt practisch wird, „gleiche Rechte mit den einzelnen Personen" geniesst, oder (wie der im cit. § folgende Satz, in's Positive umgesetzt, besagt) fähig ist, Rechte zu haben und zu erwerben. Der Frage, ob die Gesellschaft ihrer Structur nach darauf angelegt ist, als ein von ihren Mitgliedern Verschiedenes selbstständig aufzutreten, ist hiemit nicht präjudiciert; § 26 sagt nur, von Seite der Rechtsordnung bestehe kein Hindernis, dass sie juristische Person sei, und fügt hiezu nur die Verwahrung dagegen, dass das Recht seine Anerkennung und seinen Schutz auch unerlaubten Gesellschaften angedeihen lasse. — Die Consequenzen der Ungerischen Auffassung wären nun natürlich, dass für alle diese Gesellschaften, die hienach nicht juristische Corporationen wären, auch alle jene Wirkungen, die wir unter der Bezeichnung juristische Persönlichkeit zusammenfassen, nicht vorhanden, dass diese Gesellschaften erbs-, erwerbs- und rechtsunfähig wären. Das Unerträgliche dieser Consequenz fühlend, hat denn Unger den Begriff der Gesellschaft mit collectiver Persönlichkeit aufgestellt, die eigentlich juristische Personen wären, d. h. an deren Vorhandensein jene Wirkungen geknüpft werden, welche die juristische Persönlichkeit ausmachen, die man aber doch nicht so nennen soll. Hiedurch würde aber die Bezeichnung „juristische Persönlichkeit" zu einem rechtlich vollkommen bedeutungslosen Adelsprädicat. In der krit. Überschau VI, S. 171 ff. und 180 hat übrigens Unger den Begriff dieser Collectivgesellschaften selbst wieder aufgegeben (s. o. N. 1).

[9]) Die juristische Person ist darum juristische Person, weil sie Vermögen haben kann, nicht etwa, dass sie darum Vermögen haben könnte, weil sie juristische Person ist.

α. Elemente.

§ 47.

Als das äussere Substrat der Corporation erscheint, wie schon erwähnt wurde, eine Anzahl von Personen, welche ein gemeinsames bewusstes oder auf dem Wege natürlicher Zuchtwahl sich realisierendes Interesse verbindet.

Zur Verwirklichung dieses Interesses genügt jedoch nicht das blosse Vorhandensein, das unthätige Nebeneinandersein dieser Personen; es sind hiezu Handlungen der Individuen nöthig, hinsichtlich derer, insoferne die Individuen zu selben verpflichtet sind, die Corporation als berechtigt gedacht wird, und unter Umständen auch gewisse sachliche Materien zur Benutzung, beziehungsweise Verwendung für das ideelle Gemeininteresse, hinsichtlich derer, insoferne sie Allen entzogen sind, ebenfalls die Corporation als berechtigt gedacht wird, also was wir im weiteren Sinne Vermögen (= Inbegriff von Rechten) zu nennen pflegen.

Die Corporation, welche ein von ihren Theilnehmern Verschiedenes, an sich aber reell Nichts ist, bedarf zur Verwirklichung ihrer Zwecke, zur Inscenierung der „zweck"mässigen Handlungen, physischer Handlungsorgane, einer Vertretung, und diese ist selbst dann, wenn sie identisch ist mit der Summe aller Theilhaber, doch verschieden von der Corporation selbst, da ja diese ein von ihren Theilhabern und ihrer Summe Verschiedenes ist.

Es wird daher zu sprechen sein von den Mitgliedern, dem Vermögen und der Vertretung der Corporationen.

α_1. Mitglieder.

Es ist nicht nothwendig, dass die Mitglieder einer Corporation natürliche Personen seien, eine Corporation kann selbst wieder Mitglied einer Corporation sein,[1]) wol aber ist erforderlich, dass jene natürliche Person, welche Mitglied einer Corporation sein soll, selbst vom Rechte als Person anerkannt sei; eine Vereinigung von Sclaven könnte daher keine Corporation im juristischen Sinne sein, denn schon die blosse Anerkennung ihrer Vereinigung als einer Person würde mindestens in einer gewissen Richtung ihre eigene rechtliche Anerkennung als Personen involvieren. Die Zahl der Mitglieder ist gleichgiltig und werden

[1]) Dass an einer offenen Handelsgesellschaft nur physische Personen theilnehmen können und nicht auch schon bestehende Erwerbsgesellschaften behauptet m. U. die Entscheidung GH 1883, N. 73; vgl. hiegegen Schüssler, N. 81 cit.

wir wol nicht die geringste Ursache haben, uns heute noch an die Wohlmeinung des Neratius Priscus zu halten, welcher dafür hielt, dass drei Mitglieder erforderlich seien zum Vorhandensein einer Corporation.[2]) Auch zwei Personen genügen zum Vorhandensein einer Corporation, während man beim Vorhandensein nur einer Person nicht wol von einer Vereinigung wird sprechen können; auch eine Person kann den äusseren Anlass setzen zur Entstehung einer juristischen Person, nur werden wir eine solche nicht unter den Begriff der Corporation subsumieren können.

β_1. Vermögen.

Was das Vermögen der Corporation und zwar die Frage, um die es sich hier zunächst handelt, ihre Fähigkeit Vermögen zu haben und zu erwerben, ihre Rechtsfähigkeit betrifft, so lässt sich der Umfang derselben keineswegs theoretisch principiell bestimmen. Jede Rechtsfähigkeit, auch des natürlichen Individuums, basiert nur auf der staatlichen Anerkennung und der Umfang derselben richtet sich ebenfalls nach der staatlichen Anerkennung. Die Rechtsfähigkeit der Corporation muss daher keinesfalls nothwendigerweise dieselbe sein wie die der natürlichen Personen, es können Beschränkungen hinsichtlich der Erbfähigkeit,[3]) der Fähigkeit durch Schenkung zu erwerben, der Fähigkeit Liegenschaften zu besitzen, statuiert sein.[4]) Nach österr. Recht bestehen dermalen keine derartigen principiellen Beschränkungen auf dem Gebiete des Vermögensrechtes;[5]) hinsichtlich der Ersitzungs- und Verjährungs-

[2]) L. 85, D. 50, 16, eine Stelle, die man, statt einfach ihre Unhaltbarkeit einzugestehen, auf die verschiedensten Weisen umzudeuten versucht hat. Vgl. Pfeifer, die Lehre v. d. jur. Person, S. 28, Windscheid I, § 60, N. 6, Arndts, § 44, N. 2.

[3]) Dass Unger I, § 43, N. 25 seine Gesellschaften mit collectiver Personeneinheit für nicht erbfähig erklärt, ist nur eine Consequenz davon, dass er sie nicht als juristische Personen anerkennt. Vom Standpuncte des österr. Rechtes aber bleibt es unbegreiflich, warum er sie dann für fähig erklärt, mit einem Legate bedacht zu werden. Auch eine Erbseinsetzung könnte „materiell als eine Honorierung (Erbseinsetzung) der einzelnen Mitglieder mit dem Modus, das Empfangene zum Gesellschaftszweck zu verwenden" erscheinen, und nicht nur bei der Gesellschaft mit collectiver Personeneinheit, sondern bei jeder Gesellschaft könnte man diese Auslegung Platz greifen lassen.

[4]) Das Erfordernis staatlicher Genehmigung zu gewissen Rechtsgeschäften bestimmter Corporationen, alteriert nicht die Rechtsfähigkeit der Corporation, sondern betrifft nur die Art ihrer Vertretung.

[5]) Art. VI, StGG 21. Dec. 1867, RGB 142: „Für die todte Hand sind Beschränkungen des Rechtes, Liegenschaften zu erwerben und über sie zu verfügen, im Wege des Gesetzes aus Gründen des öffentlichen Wohles zulässig." — Dass eine juristische Person nicht testieren kann, ist keine Be-

zeit sind die öffentlichen Corporationen sogar vor den natürlichen Personen begünstigt.[6]) Die hinsichtlich geistlicher Corporationen normiert gewesenen Beschränkungen sind durch Art. 29 des Concordates aufgehoben und mit dessen Beseitigung nicht wieder neuerlich eingeführt worden. Hingegen ist die privatrechtliche Wirksamkeit der juristischen Persönlichkeit auf das Gebiet des Vermögensrechtes beschränkt.[7])

schränkung ihrer Rechtsfähigkeit, nur eine natürliche Folge des Mangels der natürlichen Persönlichkeit, ebensowenig als es ein Mangel ihrer Rechtsfähigkeit ist, dass sie keine Clavierstunden nehmen kann. Immerhin aber wäre es möglich, dass die Rechtsordnung die Giltigkeit von Verfügungen der Corporation über ihr Vermögen für den Fall ihres Unterganges von der Beobachtung gewisser Förmlichkeiten, ja von der Errichtung einer Urkunde mit allen Erfordernissen eines Testamentes abhängig machte, und dann könnte man, wie man von Rechten der Corporation spricht, auch von einem Testamente derselben reden. Dass der Corporation kein Usus zustehen könne, folgert m. E. weder aus dem Wesen der juristischen Personen, noch aus dem des Usus. Wenn Unger I, § 43, N. 40 sich zur Begründung der entgegengesetzten Anschauung darauf bezieht, dass der Usus „in dem eigenen persönlichen Gebrauch des Berechtigten besteht (§ 504, 505 a. b. G.)", so ist es petitio principii, dass nicht auch die juristische Person einen persönlichen Gebrauch machen könne (so bei dem Usus der Wohnung § 521 a. b. G.), beziehungsweise, dass die Worte des § 504 „wenn Jemand befugt ist, eine fremde Sache . . bloss zu seinem Bedürfnisse zu benutzen," nur auf natürliche Personen sich beziehen.

[6]) §§ 1472, 1485 a. b. G. Dass § 1472 nur von den öffentlichen Corporationen handeln will, und nur öffentliche Institute unter „Körpern" versteht, ergibt sich wol aus dem Zusammenhange der Aufzählung. Vgl. auch Unger I, § 43, N. 24, der aber freilich Privatcorporationen überhaupt keine juristische Persönlichkeit zugesteht.

[7]) Bestritten ist die Frage, ob Corporationen Delicte „begehen" können (Unger § 43, N. 46). In dieser Fassung erscheint mir diese Frage vollkommen verfehlt. Dass eine Corporation kein Delict begehen kann, ist selbstverständlich; fraglich aber kann es nur sein, ob ihr Vermögen nicht aus Delicten, welche von ihren Vertretern begangen werden, haftbar gemacht werden kann. Diese Frage aber wird wol dahin beantwortet werden müssen, dass dort, wo auch eine natürliche Person durch Delicte ihrer Vertreter oder Bediensteten zur Gänze oder bis zur Höhe der aus dem Delicte resultierenden Bereicherung haftbar würde, diess auch bei der Corporation der Fall sein wird, während wo diess nicht der Fall ist, kein Anlasspunct sich ergeben wird, die Corporation für Handlungen ihrer Organe haftbar zu erklären. Eine weitergehende Haftung statuiert das Gesetz 12. Juli 1872, RGB 112. Bona oder mala fides der Corporation wird nach der bona oder mala fides „der im Namen der Mitglieder handelnden Machthaber beurtheilet" (§ 337 a. b. G.). Vgl. hiezu Pr. LR I, 7, § 26, „Wenn eine Corporation oder Gemeinde einen Besitz erwirbt, so hängt die Redlichkeit oder Unredlichkeit derselben davon ab, je nachdem die Mehrheit der Mitglieder bei der Erwerbung des Besitzes redlich oder unrechtfertig zu Werke gegangen ist." § 32: „Repräsentanten einer Gemeinde sind, in

γ1. Vertretung.

Auch hinsichtlich der Art der Vertretung bestehen keine allgemein rechtlichen Normen. Sache der Corporation ist es, ihre Vertretung selbst zu regeln. Beim Fehlen einer solchen statutarischen Bestimmung erscheint der Wille der Mitglieder als für den Willen der ideellen Einheit der Corporation massgebend, die Mitglieder sind berechtigt, jene Personen zu bestimmen, welche für die Corporation handeln sollen.[8]) In gewissen Fällen hat jedoch der Staat eine Überwachung der Corporationen in ihrer Vermögensgebahrung, beziehungsweise, da diese nur durch die Vertretung der Corporation erfolgen kann, dieser Vertretung, in die Hand zu nehmen für zweckmässig erachtet, und das zur Ausübung dieses Überwachungsrechtes beziehungsweise staatlichen Zustimmungsrechtes berufene staatliche Organe erscheint dann selbst als ein Factor dieser Vertretung.[9]) Nicht zu verwechseln hiemit ist natürlich die polizeiliche Überwachung der Thätigkeit einer Corporation durch den Staat.

β. Entstehung.

§ 48.

Die Corporation entsteht durch den manifestierten Willensact mehrerer Personen, welche sich um eines gemeinsamen Interesses willen in der Weise vereinen, dass sie einerseits gewisse Handlungen beziehungsweise Vermögensobjecte diesem gemeinsamen Zwecke so zu widmen erklären, dass die hieraus erwachsenden Rechte weder im Ganzen noch zu einem Theile irgend einem Einzelnen zustehen, sondern nur für das in's Auge gefasste Gemeininteresse zusammengehalten und verwendet werden sollen, dass sie jedoch anderseits ihres Einflusses auf die weitere Verwendung, beziehungsweise ihres Antheiles an der schliesslichen Bestimmung, des so geschaffenen Vermögens sich nicht gänzlich begeben.

Ansehung der Redlichkeit und Unredlichkeit des Besitzes, als die Gemeinde selbst anzusehen." Über die verschiedenen Auslegungen des § 337 vgl. vorläufig Dolliner, Über die Beurtheilung der Redlichkeit oder Unredlichkeit des Besitzes einer Gemeinde nach dem § 337 a. b. G., Z. f. ö. R. 1835, II, N. XXIII, S. 103—130 (der nur die mit „pro" stimmenden Mitglieder des Vertretungskörpers als „handelnde Machthaber" erklärt), und Stubenrauch I, S. 417—419.

[8]) Da nach dem in § 1 dieser Darstellung Entwickelten im Handelndürfen das Wesentliche des subjectiven Rechtes liegt, erscheinen in diesem Sinne die persönlichen Vertreter der unpersönlichen Corporation als die subjectiv Berechtigten, nur dass die Ursache ihres Handelndürfens nicht in ihnen liegt und die Wirkungen dieses Handelndürfens nicht ihnen zu Gute kommen. Vgl. § 45, N. 9.

[9]) Vgl. Art. 247, 248 HG, § 35, Einf. Ges. und Art. 249, 222, 239 HG. Vgl. auch § 49, 51, 53 Ges. 19. Mai 1874 (RGB 70), § 14 Ges. 24. April 1874 (RGB 48). Nicht hieher gehört § 93 Gesetzes 9. April 1873, RGB 70.

Es genügt jedoch nicht das blosse Vorhandensein des Willens, beziehungsweise seine Manifestation, eine weitere Voraussetzung der Entstehung einer Corporation ist auch, dass das Recht einen solchen Willensact, eine solche künstliche Schaffung eines Vermögenssubjectes anerkennt, und ihm die gewünschten Wirkungen zuerkennt. Denn die staatliche Anerkennung ist ja die Voraussetzung (um nicht zu sagen das Wesen) jeden Rechtes.

Es wurde schon oben § 45 S. 72 dargethan, dass diese staatliche Anerkennung auf dreifache Weise erfolgen kann: entweder principiell und aprioristisch, oder von Fall zu Fall, oder aprioristisch jedoch mit Beschränkung auf gewisse zu erfüllende Bedingungen.

Auf dem letztbezeichneten Standpuncte steht § 26 a. b. G. Die Bedingung, an welche die staatliche privatrechtliche Anerkennung aprioristisch geknüpft ist, ist die Erlaubtheit der Vereinigung, ihre öffentlich-rechtliche (polizeiliche) Anerkennung. Mit der Frage nach der Anerkennung als juristische Person (Corporation) werden wir daher auf die weitere Frage nach der Erlaubtheit des Vereins gewiesen. Auch hier aber ist wieder dieselbe dreifache Eventualität gegeben, welche oben entwickelt wurde: aprioristisch unbeschränkte Zulassung mit der Möglichkeit der Auflösung, Concessionssystem, bedingte aprioristische Zulassung.

Dem letztgenannten Principe entspricht das Gesetz 15. Nov. 1867 über das Vereinsrecht (RGB 134),[1]) indem es im Allgemeinen den Grundsatz aufstellt, dass jeder Verein, der nicht speciell verboten ist,[2]) erlaubt sei (§ 1 cit.); damit nun beurtheilt werden kann, ob ein Verein nicht zu verbieten ist, ist „die beabsichtigte Bildung" eines den Vorschriften des gedachten Gesetzes unterliegenden Vereines (vgl. § 2 und 3) „bevor derselbe in Wirksamkeit tritt, von den Unternehmern der politischen Landesstelle schriftlich unter Vorlage des Statutes anzuzeigen" (§ 4). Erfolgt binnen vier Wochen „keine Untersuchung oder erklärt die Landesstelle schon früher, dass sie den Verein nicht untersage, so kann der Verein seine Thätigkeit beginnen" (§ 6 und 7). Also nicht die Genehmigung, nur die Nichtuntersagung ist die Bedingung der Erlaubtheit (und somit auch die condicio sine qua non der juristischen Persönlichkeit).

Von den Bestimmungen dieses Gesetzes vom 15. November 1867 ausgenommen sind jedoch nach § 2 und 3 desselben:

[1]) Über dieses Gesetz Hugelmann K., Studien zum österr. Vereins- und Versammlungsrecht, Graz 1879; 178 S.

[2]) Vgl. auch §§ 285, 286 StGB; MV 16. Mai 1861, RGB 246.

1. alle Vereine, welche auf Gewinn berechnet sind.

2. alle Vereine für Bank-, Credit- und Versicherungsgeschäfte; Rentenanstalten, Sparcassen und Pfandleihanstalten,

3. geistliche Orden und Congregationen, sowie Religionsgenossenschaften überhaupt,

4. die in Gemässheit der Gewerbegesetze errichteten Genossenschaften und Unterstützungscassen der Gewerbetreibenden,

5. die nach den Berggesetzen gebildeten Gewerkschaften und Bruderladen.

Diese Vereinigungen nun finden ihre Regelung durch die in § 2 und 3 cit. bezogenen gesetzlichen Bestimmungen u. z. vorzugsweise durch das k. Patent 26. November 1852, RGB 253 (Vereinsgesetz), das k. Patent 23. Mai 1854, RGB 146 (Berggesetz) und das k. Patent 20. December 1859, RGB 227, beziehungsweise Gesetz 15. März 1883, RGB 39 (Gewerbeordnung).

Das k. Patent 26. Nov. 1852 spricht (§ 1 und 2) den Grundsatz aus, dass die besondere Bewilligung der Staatsverwaltung (§§ 14, 15) zur Errichtung aller Arten von Vereinen erforderlich ist, welche:

1. „nach einer vorhinein verabredeten Gesellschaftsregel (Statuten) in der Art eingegangen werden sollen, dass der Eintritt in den Verein ohne Beschränkung auf die ursprünglichen Theilnehmer Jedermann, der die festgestellten Regeln erfüllt, und sich der gesellschaftlichen Regel unterwirft, gestattet ist, die Anzahl der Gesellschaftsglieder mag vorhinein bestimmt sein oder nicht;"

2. Actienvereine sind;

3. deren Beschaffenheit (d. i. in Aussicht genommene Thätigkeit) die vorläufige Einholung der Bewilligung der Staatsverwaltung erforderlich macht (z. B. § 15 der Gewerbeordnung, wenn der Verein ein concessioniertes Gewerbe ausüben will);

4. welche einen der in § 2 a—l cit. bezeichneten öffentlichen und gemeinnützigen Zwecke verfolgen.

Nur jene der eben genannten Vereine fallen aber noch unter die Bestimmungen des Gesetzes 26. Nov. 1852, hinsichtlich derer die Ausnahme des § 2 und 3 Gesetzes 15. Nov. 1867 Platz greift. Nicht mehr unter das Gesetz vom Jahre 1852 fallen daher, soferne nicht ein anderer Gesichtspunct sie unter dieses Gesetz reiht, die soeben sub 1 (§ 1 a dieses Gesetzes) erwähnten Vereine, dann jene Actienvereine, welche nicht auf Gewinn berechnet sind,[3]) während die Be-

[3]) Z. B. ein auf Actien gegründeter Leseverein, bei welchem die Actie nur Stimm- und Ehrenrechte, Benützungsrechte und einen eventuellen Antheil am Vereinsvermögen bei seiner Auflösung sichert.

stimmung sub 3 (§ 1 c cit.) sich auf die selbstverständliche Anordnung reduciert, dass wo ein Einzelner zu einem Unternehmen einer besonderen Bewilligung bedarf, auch ein Verein sich dieselbe erwerben muss; weggefallen ist das Erfordernis der staatlichen Bewilligung bei den sub § 2 a—d und f (oben 4) angeführten Vereinen, soferne sie nicht auf Gewinn berechnet sind (§ 2 Gesetzes 15. Nov. 1867). Die in litt. g—l § 2 Gesetzes 26. Nov. 1852 erwähnten Vereine sind in § 2 des Gesetzes 1867 ausdrücklich als Ausnahmen bezogen, hinsichtlich ihrer also ist die staatliche Genehmigung noch unbedingt erforderlich.

Hinsichtlich der Bergwerksunternehmungen[4]) (§ 2 lit. e Gesetzes 1852, § 3 lit. e Gesetzes 1867) greifen dermalen die Bestimmungen des Berggesetzes vom Jahre 1854 Platz. Nicht hieher gehört es, sondern fällt vielmehr unter Punct 3 der zuletzt besprochenen Gruppen, dass die Aufsuchung oder Gewinnung vorbehaltener Mineralien, d. i. von „Mineralien, welche wegen ihres Gehaltes an Metallen, Schwefel, Alaun, Vitriol oder Kochsalz benutzbar sind," wozu auch gerechnet werden „Cementwässer, Graphit und Erdharze, endlich alle Arten von Schwarz- und Braunkohle" (§ 3) nur nach erlangter Berechtigung durch die Bergbehörden (§ 5 und 6) in Angriff genommen werden darf; denn diese aus der Regaliennatur des Bergbaues sich ergebende Nothwendigkeit staatlicher Bewilligung bezieht sich auf jeden Unternehmer. Aber das Eine muss betont werden, dass Vereine zur Gewinnung nicht vorbehaltener Mineralien (§ 124—127), welche von den Grundbesitzern oder mit ihrer Zustimmung gebildet werden, überhaupt nicht als Bergwerksunternehmungen sich darstellen, dass vielmehr für sie, da sie auf Gewinn berechnet sind, gemäss § 2 Gesetzes 1867, die Bestimmung des § 2 e Gesetzes 1852 aufrecht erhalten bleibt, dass jedoch auf bergbauähnliche Unternehmungen, wenn sie nicht auf Gewinn berechnet sind,[5]) das Gesetz 1867 Anwendung findet. Zur Gründung eines Bergwerksvereines, einer Gewerkschaft, ist eine staatliche Sonder-

[4]) Vergleiche über sie Stobbe I, § 59, Schomburg, Das bergbauliche Genossenschaftswesen und dessen Reform, in d. Z. f. Bergrecht v. Brassert und Achenbach II—V passim; Michel, Die Natur- und Rechtsverhältnisse der Gewerkschaften nach dem ö. allg. Berggesetze, Ö. V. J. S. V, 1860, N. II, S. 87—124; Schneider, Zur Lehre v. d. Gewerkschaft Ö. V. J. S. VI 1860, N. VII, S. 162—186; Schuster, Beiträge zur Lehre vom Bergwerkseigenthum GZ 1881, N. 92—101, Gemeinschaft des Bergwerkseigenthumes. In N. 94 wird die Natur der Gewerkschaft als jur. Person vertreten (vgl. auch Michel cit. S. 101, Schneider cit. S. 167), in N. 94, 96 der Unterschied zwischen ihr und der Actiengesellschaft entwickelt (vgl. hierüber auch Haberer u. Zechner, Österr. Bergrecht, 1884, § 25).

[5]) Z. B. Gelehrte gründen einen Verein zum Ankaufe von Grundstücken behufs geologischer Durchforschung und Unterminierung des Erdinnern.

genehmigung nicht erforderlich; die Gründung braucht der Bergbehörde nur „angezeigt" zu werden.[6])

Ad § 3 a Ges. 1867 ist zu bemerken, dass nach MV 13. Juni 1858 RGB 95 zur „Gründung neuer Convente von Orden oder Congregationen, welche in Österreich bereits gesetzlich bestehen," die Zustimmung der polit. Landesstelle (§ 2), zur „Einführung einer in Österreich noch nicht bestehenden geistlichen Körperschaft" die a. h. Schlussfassung (§ 3) erforderlich ist.

Hinsichtlich der Bestimmung des § 3 b Gesetzes 1867 (oben sub 4) verfügt die Gewerbeordnung (§ 110, 120, 121 h, 126), dass die Genossenschaften, Gehilfen-(Gesellen-)Versammlungen, Krankencassen ihre Statuten der polit. Behörde zur Genehmigung vorlegen müssen. Aber nicht um eine Genehmigung der Errichtung eines Vereines handelt es sich hier, im Gegentheile, die Vereine müssen errichtet werden, sie sind Zwangsgenossenschaften, nur der Vertragsinhalt unterliegt der behördlichen Genehmigung.[7]) Diese Genehmigung des Vertrages ist aber die Vorbedingung der Existenz des Vereines. Betreffend die Bestimmungen des § 3 c (oben 5) Gesetzes 1867, so war von den Gewerkschaften schon die Rede; die Bruderladen sind ebenfalls Zwangsgenossenschaften; ihre Statuten unterliegen nach § 212 Berggesetzes der Genehmigung durch die Bergbehörde.

Eine specielle Bestimmung existiert für die Wassergenossenschaften. Nach § 22 des Reichswassergesetzes ist „die rechtliche Existenz einer Wassergenossenschaft für den öffentlichen und bürgerlichen Verkehr . . durch die Erlangung ihrer Anerkennung von Seite der zuständigen Verwaltungsbehörde bedingt". Dieselbe erfolgt mittelst einer besonderen „Anerkennungsurkunde".

Hieraus ergibt sich, dass sämmtliche drei Grundsätze über die Anerkennung von Vereinen (und implicite juristischer Personen) im österr. Rechte Anwendung finden: die specielle staatliche Genehmigung (Princip des Gesetzes vom Jahre 1852), die aprioristische Anerkennung unter Bedingung der erfolgten Anzeige mit der Modification, dass die Anerkennung verweigert werden kann (Princip des Gesetzes 1867),

[6]) Eine Genehmigung der Vereinsgründung liegt auch nicht etwa in der nach § 85 Vollz. Vorsch. 25. September 1854 erforderten Genehmigung der von den Mitgliedern errichteten Urkunde. Vgl. auch Gesetz 21. Juli 1871 RGB 77, wo der Berghauptmannschaft in § 7 lit. 8 zugewiesen wird „die Genehmigung von Gesellschaftsverträgen und von Errichtungsurkunden über die Gewerkschaften". Vgl. Schuster GZ 1881, S. 378.

[7]) Auf einem anderen Standpuncte stand die Gewerbeordnung v. J. 1854, §§ 108 und 127.

oder dass zuerst der Vertragsinhalt approbiert worden sein muss (Gewerbeordnung, Berggesetz), und die aprioristische principielle Anerkennung. In diese letztere Rubrik fällt nur was durch das Kammsieb der beiden ersten Gruppen durchgerutscht ist, z. B. die offene Handelsgesellschaft, die einfache Commanditgesellschaft, Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften (§ 90 Gesetzes 9. April 1873, RGB 70), insoferne nicht die Bestimmungen der §§ 92, 93 Platz greifen, ein nicht auf Gewinn berechneter Verein zur bergwerkartigen Durchforschung von Grund uud Boden. Gerade diese letztgenannten Vereine haben jedoch fast durchgehends nicht die Eignung zu juristischen Personen, und nur die Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften mit beschränkter Haftung[8]) stellen sich als solche dar.

Es wurde im Vorstehenden nur von der staatlichen Genehmigung beziehungsweise Anerkennung hinsichtlich der Vereine gesprochen.

[8]) Nur bei diesen, nicht auch bei den Genossenschaften mit unbeschränkter Haftung ist die Vereinigung und ihr Vermögen ein von den Mitgliedern und ihrem Vermögen wesentlich Verschiedenes. Vgl. Lemayer, Über die Haftung aus genossenschaftlichen Schuldverhältnissen, GZ 1869, S. 6: „Es ist . . nicht der Begriff der beschränkten Haftung, sondern jener der jur. Person, welcher dieses Verhältnis erklärt." Die Genossenschaften mit beschränkter Haftung schliessen sich enge an die Actiengesellschaften. Über die bestrittene Frage, ob die Actiengesellschaft juristische Person ist, vgl. die bei Stobbe I, § 58, N. 12 Angeführten und oben § 45, N. 1 i. f. Wenn auch Art. 216 HG sagt: „Jeder Actionär hat einen verhältnismässigen Antheil an dem Vermögen der Gesellschaft", so ergibt doch gleich Al. 2, dass „die Bezeichnung »Antheil am Vermögen« . . nur als Gesammtausdruck für die vermögensrechtlichen Rechte des Actionärs aufgefasst werden" kann (Hahn I, S. 684, 3. Aufl.) und nur für den Fall der Auflösung im vollen Wortsinne gilt. Vgl. auch Art. 213: „Die Actiengesellschaft als solche hat selbstständig ihre Rechte und Pflichten." Für die Genossenschaften mit unbeschränkter Haftung kann man nicht etwa aus § 12 Genoss. Ges. schliessen, sie seien jur. Personen, denn was § 12 von ihnen sagt, sagt Art. 111 HG von allen offenen Handelsgesellschaften, und diese können — soll der Begriff der jur. Personen nicht jede Gränze und hiemit seinen practischen Werth verlieren — m. E. doch keinesfalls mehr den jur. Personen zugezählt werden, da immer nur die Mitglieder berechtigt und verpflichtet werden, und die Firmabezeichnung, „unter welcher" Rechte erworben werden können, nichts ist als das vereinfachte Surrogat der Namen aller Gesellschafter. Zur Literatur vgl. die bei Stobbe I, § 49, N. 33 Angeführten und oben § 45, N. 1 i. f. — Über die juristische Natur eines Comité's Ihering, Jahrb. f. Dogm. 1880, S. 13—20; über die juristische Construction eines Consortiums (Syndicates) Sydow, Zeitschrift f. Handelsrecht 1874 („das Consortium ist eine Vereinigung zum Betriebe eines einzelnen Handelsgeschäftes auf gemeinschaftliche Rechnung im Sinne des Art. 266 ff. HGB"); „über die rechtliche Natur der sogen. Associationen Busch in Busch's Archiv I, S. 208—213.

Dass der Staat sich selbst als juristische Person anerkennt, ist wol selbstverständlich. Hinsichtlich der öffentlichen Corporationen ist selben die juristische Persönlichkeit längst gewohnheitsrechtlich im Principe zuerkannt,[9]) vorausgesetzt natürlich, dass sie überhaupt zulässig sind. Letzteres bestimmen die einzelnen speciellen Rechtsnormen.[10])

γ. Auflösung.

§ 49.

Die Corporation besteht so lange als ihre Fähigkeit, Rechtssubject zu sein, d. h. so lange als die Möglichkeit besteht, dass Verpflichtungen statuiert sind, denen gegenüber kein einzelnes Mitglied, überhaupt keine natürliche Person, sondern die Vereinigung als berechtiget gedacht wird.

Die Corporation erlischt mit dem Aufhören dieser Möglichkeit, somit:

1. mit dem Wegfalle ihres äusseren Substrates, nemlich der Mitglieder. Wenn also alle Mitglieder durch Tod, Austritt oder Ausschliessung entfallen oder doch nur mehr ein Mitglied erübrigt,[1]) so

[9]) Unger I, § 43, S. 339; vgl. aber auch § 26 a. b. G., welcher sich, wie schon das Anschlussverhältnis des § 27 ergibt, keineswegs bloss auf Privatcorporationen bezieht.

[10]) Vgl. Art. VII, Ges. 5. März 1862 RGB 18, betreffend die politischen Gemeinden, § 4 ff. Ges. 20. Mai 1874 RGB 68, betreffend die religiösen Gemeinden.

[1]) Nach der herrschenden Lehre freilich dauert die Corporation fort „so lange auch nur Ein Mitglied vorhanden ist" (Unger I, § 43, S. 345, mit für unser Recht nicht massgebender Berufung auf L. 7, § 2, D. 3, 4), ja Einige (so Puchta, Pand. § 28) behaupten, auch nach Wegfall aller Mitglieder könne die Corporation in gewissen Fällen noch fortbestehen. Diese Auffassung ist wol auf eine Verwechslung zwischen einer Corporation und einer zu ihr in gewissem Verhältnisse stehenden Stiftung zurückzuführen. Wenn A für gewisse Zwecke X widmet und zur Erfüllung dieser Zwecke X einer ähnliche Zwecke verfolgenden Corporation übergibt, oder festsetzt, dass die Verwaltung und Benützung von X einer etwa erst zu begründenden Corporation zustehen solle, so ist zwar darum A nicht Mitglied der Corporation und auch die Corporation keine Stiftung geworden, aber die juristische Person besteht nun nicht nur aus einem corporativen, sondern auch aus einem Stiftungselemente, oder wenn man will, es sind zwei jur. Personen vorhanden, die nur nomalerweise sich nicht äusserlich scheiden und erst bei concretem Anlasse auseinander treten. Wenn nun auch die Corporation erlischt, besteht doch die Stiftung und mit ihr die jur. Person fort, und soferne die Stiftung bestimmt ist, eine Basis zu bilden für eine Corporation bestimmter Art, ist der Raum freigehalten für ein neuerliches Entstehen einer solchen Corporation. Das überbleibende Mitglied mag zwar auch nach

erlischt die Corporation und mit ihr, soweit sie nur auf die Corporation basiert ist, die juristische Person. Ebenso,

2. wenn nach dem Willen der Theilnehmer ihre Dauer eine beschränkte ist; also a) durch Eintritt eines beigefügten Termines, oder b) einer Resolutivbedingung (als welche auch die Festsetzung eines concreten Zweckes anzusehen ist, mit dessen Erreichung [2]) oder endlicher Vereitlung die Corporation erlischt), oder c) durch einen Auflösungsbeschluss.[3]) Ferners

3. durch staatliche Aufhebung, d. i. wenn der Staat der Corporation die juristische Persönlichkeit entzieht, oder sie überhaupt als Vereinigung auflöst. Ersteres könnte dermalen mit Rücksicht auf die

---

Auflösung der Corporation noch gewisse Rechte haben, aber dieselben hat es nun nicht mehr als Corporationsmitglied. Ein ähnliches Verhältnis besteht z. B. bei den Klöstern, deren sog. Vermögen zum Grosstheile nicht Eigenthum der Corporation, sondern nur Stiftungsvermögen ist, hinsichtlich dessen dem Kloster gewisse Rechte zustehen. Vgl. Unger's Rede in der Sitzung des Abgeordnetenhauses 18. Dec. 1874 (Beilage der GZ 1875 N. 4, spec. Spalte 2). In diesem Sinne verstehe ich es auch, wenn Ihering (Jahrb. f. Dog. X, 1871, S. 440) sagt: „Die Mitglieder der juristischen Person . . bilden . . für den Begriff der Corporation ganz dieselbe Existenzbedingung, wie die Person des Gläubigers für den Begriff der Obligation, es bedeutet daher der Wegfall für erstere ganz dasselbe wie der Tod des Gläubigers für letztere: beide gehen unter. Aber beide wachen wieder auf, wenn sich die Personen gefunden haben, in denen sie ihren Zweck von Neuem aufnehmen und fortsetzen können."

[2]) Bei Erwerbsgesellschaften besteht der Zweck nicht bloss im Erwerbe für die Corporation, sondern auch in der Zuwendung der betreffenden Antheile an die Interessenten.

[3]) Ich erachte keinen Grund vorhanden, der Corporation dieses Selbstauflösungsrecht abzusprechen. Wenn Unger I, § 43, S. 345 als Grund, warum eine Corporation nicht durch den selbst einstimmigen Beschluss ihrer jeweiligen Mitglieder aufgelöst werden können soll, anführte (in der krit. Überschau VI, S. 177 ist auch Unger der Ansicht beigetreten, Privatcorporationen seien durch Beschluss auflösbar), dass „die jur. Person etwas über den jeweiligen Mitgliedern Schwebendes, ein von ihnen ganz unabhängiges ideelles Subject" sei, so könnte hiemit auch begründet werden, dass eine Corporation nicht durch Parteiwillen gegründet werden könne. Wie die Rechtsordnung den Willen der Individuen dort, wo es sich um die Gründung der Corporation handelt, für massgebend erachtet, kann sie ihn auch für massgebend erachten, wo es sich um die Auflösung handelt, und bei der Allgemeinheit der Bestimmungen unseres Rechtes in dieser Richtung wird man diess — ganz abgesehen vom Falle einer speciellen diessbezüglichen Bestimmung der Statuten — auch behaupten müssen. Entgegenstehende practische Bedenken dürften sich auf die Verwechslung der Corporation mit dem ihr etwa zugewiesenen Stiftungsvermögen zurückführen lassen. Vgl. N. 1.

Bestimmung des § 26 a. b. G. nur im Wege eines Gesetzes erfolgen, letzteres kann selbstverständlich je nach der Art der Vereinigungen und den diessbezüglich bestehenden gesetzlichen Bestimmungen durch die competente (politische) Behörde erfolgen, und hat eo ipso das Erlöschen der juristischen Persönlichkeit zur Folge, selbst wenn die Vereinigung unerlaubterweise thatsächlich noch fortbestünde.

Mit dem Erlöschen der Corporation aber erlischt nicht mit Nothwendigkeit zugleich auch die juristische Persönlichkeit (unten § 54). Wie das Vermögen des Individuums auch nach seinem Tode noch zusammengehalten wird, so erlöschen auch mit der Aufhebung der Corporation nicht eo ipso alle Forderungsrechte, werden nicht eo ipso alle Sachen der Corporation res nullius, und diess selbst dann nicht, wenn sie mit der Auflösung der Corporation nicht sofort an jemand Anderen übergehen. Wenn (vgl. oben N. 1) in entsprechender Weise zwischen dem Corporationsvermögen und allfällig mit selbem verquickten Stiftungsvermögen unterschieden wird, so wird zunächst kein Anstand sein, anzuerkennen, dass über das Schicksal des Corporationsvermögens in erster Linie die Bestimmung der Statuten oder ein vor erfolgter Auflösung auf giltige Weise zu Stande gekommener Beschluss massgebend sein muss. In Ermanglung einer solchen Bestimmung erscheint nach einer vielverbreiteten Ansicht das Vermögen als bonum vacans (dann müssten mindestens alle Forderungen der Corporation erlöschen) und der Fiscus, analog wie bei erblosem Gute, als der privilegiert Occuppationsberechtigte. Aber diese Auffassung ist bei den meisten Privatcorporationen ganz gewiss dem nach allen Regeln des gesunden Menschenverstandes anzunehmenden Willen jener, aus deren Beiträgen oder deren Thätigkeit das Vermögen stammt, geradezu diametral entgegengesetzt. Es ist vielmehr „zu präsumieren, dass bei Vereinen, welche zur Förderung der vermögensrechtlichen Interessen ihrer Mitglieder bestimmt sind, der Anfall des Vermögens an den Fiscus ausgeschlossen ist; auch ohne statutarische Bestimmung muss es als ihrem Wesen entsprechend angesehen werden, dass bei ihrer Auflösung das reine Vermögen unter die Einzelnen aufgetheilt wird".[4])

---

[4]) Stobbe I, § 54, S. 441. Vgl. auch Ihering, Geist III, § 61, N. 466, der die entgegengesetzte Auffassung geradezu „haarsträubend" nennt.

b. Stiftung.[1])

§ 50.

Als äusseres Substrat der Stiftung erscheint ein durch den Willen einer oder mehrerer juristischer oder natürlicher Personen aus ihrem Vermögen ausgeschiedenes Vermögen, welches fortan Niemands Eigen und doch vor fremden Eingriffen gewahrt sein soll, welches nur zur Erfüllung des von dem Stifter bezeichneten Zweckes, d. i. also des Zweckes der Stiftung, verwendet werden soll. Die Stiftung ist es vorzüglich, welche jene, die den Begriff des Zweckvermögens aufgestellt haben, im Auge hatten. Die Stiftung setzt zu ihrer Entstehung[2]) nothwendig ein Vermögen und einen Zweck, für den dieses Vermögen zufolge des Willens des Stifters erhalten, oder dem es zugeführt werden soll, voraus. Bei der Corporation ist auch ein Zweck, d. i. ein Wille der Theilhaber, zu dessen Realisierung sie sich vereinen, nothwendig; aber nicht jede Corporation hat nothwendig schon von Anbeginn ein Vermögen im juristischen Sinne; ihr rechtliches Fundament kann zeitweilig auch bloss darin bestehen, dass die Theilnehmer zu gewissen (zunächst vielleicht gar nicht einmal vermögensrechtlichen) Handlungen verpflichtet sind; es kann z. B. ein Verein gegründet worden sein zur Verbreitung einer hygienischen Theorie durch Wandervorträge der Mitglieder, und die Bedeckung der Kosten beziehungsweise Beschaffung eines Vermögens kann lediglich als durch freiwillige Beiträge der Mitglieder erfolgend in Aussicht genommen worden sein. Dass eine juristische Person vorhanden ist, wird sofort klar werden, sobald einzelne Beiträge wirklich erflossen sind, denn dieses Geld gehört nun keinem Einzelnen, auch nicht den Mitgliedern pro rata, sondern der ideellen Gesammtheit d. i. gar Niemandem. Und doch hatte diese Corporation

[1]) Roth Paul, Über Stiftungen, Jahrb. f. Dogm. I, 1857, N. IV, S. 188—220. Die politischen Vorschriften bei Mayrhofer, Handb. f. d. Verwaltungsdienst II, S. 980—986, Das Stiftungswesen. Vgl. auch Pfaff-Hofmann II, S. 381—386; Excurse II, S. 225, 226.

[2]) Für die Möglichkeit des Fortbestandes einer Stiftung auch nach Wegfall des Vermögens spricht schon der Umstand, dass sie Schulden haben, dass es zweifelhaft sein kann, ob sie activ oder passiv ist, dass erst in einem Zeitpuncte, wo sie wieder activ ist, erkennbar werden kann, sie sei in einem früheren Zeitpuncte passiv gewesen. Mit Recht weist Bekker, Die Lehre vom Rechtssubject, Jahrb. f. Dogm. XII, 1873, S. 108, auf die Unzukömmlichkeit hin, die in der Annahme liegt, dass eine Stiftung, welche ausser einem schon fast aufgezehrten Stiftungscapitale auch auf milde Beiträge angewiesen ist, „vor dem Untergange bewahrt bliebe, wenn das Directorium ein einziges Geldstück in seiner Kasse behielte". A. A. Roth, l. c. N. 75 und S. 204.

bevor die erste Beitragsleistung erfolgte, noch gar kein Vermögen im technischen Sinne, so wenig als der Bettler, der auf milde Gaben wartet. Ist also zur Entstehung der Corporation wol ein Zweck nothwendig, nicht aber ein wirkliches Vermögen (es genügt die in Aussicht genommene Möglichkeit, solches zu erwerben), so ist bei der dritten, weiter unten zu behandelnden Gruppe juristischer Personen wol ein Vermögen nothwendig, aber kein specifischer Zweck, d. i. kein Wille durch den es zusammengehalten und seinem bestimmten Ziele zugeführt wird.

Es wird im Nachstehenden gehandelt werden von den Elementen der Corporation, ihrer Entstehung und Endigung.

α. Elemente.

§ 51.

Die materielle Basis der Stiftung bilden der Stifter, das Stiftungsvermögen und die Vertretung der Stiftung.

α_1. Der Stifter.

Es wurde schon Eingangs erwähnt, dass eine oder mehrere u. z. sowol natürliche als juristische Personen Theil haben können an der Errichtung beziehungsweise dem Bestande einer und derselben Stiftung, u. z. zugleich oder successive, d. i. durch nachträgliche Vermehrung eines schon vorhandenen Stiftungsvermögens. Indem das österr. Recht im Erbrechte von den Stiftungen handelt, zeigt es, dass es zunächst nur den Fall im Auge hat, dass der Stifter für die Zeit seines Todes die Stiftung anordnet; aber so gewiss es ist, dass der Einzelne auch bei seinen Lebzeiten Bestandtheile seines Vermögens ausscheiden und einem bestimmten Zwecke widmen kann, so gewiss ist auch diesen Stiftungen intra vivos durch die Stellung des § 646 a. b. G. die Möglichkeit der Anerkennung als juristische Person nicht benommen; die in § 646 angezogenen Verordnungen und nachträglich erflossenen Rechtsnormen zeigen, dass das Gesetz zwischen Stiftungen intra vivos und mortis causa keinen Unterschied macht, und indem das Recht den Stiftungen jene Wirkungen beilegt, welche sonst nur an das Vorhandensein einer natürlichen Person geknüpft sind, gibt es uns hiedurch Anlass, die Stiftungen als juristische Personen zu bezeichnen. Dass §§ 26, 27 a. b. G. ihrer nicht gedenken, kann umsoweniger hieran etwas ändern, als diese Gesetzesstellen die Lehre von den juristischen Personen überhaupt nicht in erschöpfender Weise behandeln; aber auch wenn die Redactoren noch unter dem Einflusse der älteren Doctrin, Stiftungen seien keine juristischen Personen, standen (vgl. Pfaff-Hofm. II, S. 382, aber anderseits Pr. L. R. II, 19 § 42), so kann diess nicht massgebend sein für unsere wissenschaftliche Auffassung.

β_1. Das Stiftungsvermögen.

Dasselbe kann wie das einer natürlichen Person oder einer Corporation aus den verschiedensten Bestandtheilen bestehen. Es ist in der vom Stifter bezeichneten Art dem von ihm festgesetzten Zwecke zuzuführen, u. z. gemeiniglich in der Weise, dass das Capital als solches dauernd dem Zwecke zu dienen habe, indem es unberührt bleiben und stets neues Erträgnis erzeugen soll, so dass dann nur das Erträgnis unmittelbar den Zwecken der Stiftung dient, das Capital aber nur mittelbar als die stätige Quelle des jeweiligen Ertrages. Diess ist aber natürlich nicht nothwendig und kann auch das Capital selbst den unmittelbaren Stiftungszwecken gewidmet sein, in welchem Falle dann natürlich mit dem Capitale normalerweise[1]) auch die Stiftung endet. Es kann aber eine Stiftung auch in der Weise erfolgen, dass nur ein Theil des Erträgnisses eines Vermögensobjectes, über welches anderweitig verfügt wurde, z. B. eines vererbten oder verkauften oder auch vom Stifter behaltenen Hauses dauernd oder für eine gewisse Zeit einem bestimmten Interesse (nicht aber einer bestimmten, wenn auch dermalen noch nicht bekannten Person)[2]) definitiv gewidmet wird.

Den Stiftungen[3]) für gemeinnützige Zwecke kommt nach § 1472 und 1485 a. b. G. in vermögensrechtlicher Hinsicht eine Begünstigung bei der Verjährung und Ersitzung zu.

---

[1]) Vgl. § 50, N. 2.

[2]) Vgl. § 46, N. 3. Der Unterschied zwischen einer Stiftung, deren Ertrag oder Vermögen bestimmten Personen zugewendet werden soll, und einer directen Zuwendung an diese Personen Seitens des Verfügenden liegt darin, dass im ersteren Falle noch eine Zwischenthätigkeit der Stiftungsvertreter erforderlich ist, welche, allerdings nach vom Stifter aufgestellten Grundsätzen, die Bezugsberechtigten bestimmt, während im zweiten Falle schon der Stifter die Bezugsberechtigten, wenn auch nur durch Angabe specifischer Merkmale, bestimmte. Natürlich sind hier die mannigfachsten Übergänge möglich. Vgl. z. B. die drei Fälle, wenn A einen Betrag von 500 Gulden jährlich für seinen Neffen B bestimmt, so lange dieser am Gymnasium X in seiner Classe der „Erste" ist; wenn er diesen Betrag für den jeweiligen Ersten der achten Classe dieses Gymnasiums bestimmt, und wenn er ihn für den jeweilig würdigsten Vorzugsschüler daselbst bestimmt. — Es ist übrigens durchaus nicht erforderlich, dass der Genuss einer Stiftung bestimmten Personen zufalle, wenn diess auch oft der Fall ist; aber man denke z. B. an die Stiftung eines Capitales zur Errichtung und Erhaltung einer Bibliothek, eines Museums.

[3]) Darüber, dass unter „Körpern" in § 1472 a. b. G. auch Stiftungen zu verstehen sind: Unger I, § 44, N. 21. Über die Beschränkung auf Stiftungen für gemeinnützige Zwecke oben § 47, N. 6.

γ_1. Die Stiftungsvertretung.

Ergeben sich für die Corporation deren Theilhaber als ihre natürlichen Vertreter, so fehlt ein solcher Anknüpfungspunct für die Stiftung. Ganz abgesehen davon, dass der Stifter gemeiniglich ein zeitlich viel beschränkteres Leben hat als seine Stiftung, hat er sich ja seiner Rechte an dem Vermögen, das er gewidmet hat, gänzlich begeben; wenn er selbst es dem von ihm bestimmten Zwecke zuführen will, so mag er es behalten; er scheidet es ja nur darum aus seinem Vermögen aus, weil er nicht dieser Sorge sich unterziehen will, oder glaubt diesen Zweck besser zu erreichen, wenn er nicht selbst die Verwirklichung in die Hand nimmt. Und so ergibt sich, dass, mag auch der Stifter sich oder seinen Rechtsnachfolgern eine gewisse Überwachung der Realisierung des gesetzten Zweckes vorbehalten haben, doch er nicht der ausschliessliche und völlig ungebundene Vertreter des Stiftungsvermögens sein kann. Aber allerdings vermag er den Vertreter der Stiftung zu bestellen. Der Staat jedoch hat, einerseits um das Interesse des Stifters an der Erfüllung seines Zweckes vor individueller Willkür zu sichern, anderseits, da die Stiftungen ja zugleich die Interessen Dritter, ja zumeist allgemeine Interessen, berühren, die Stiftungen unter seine besondere Obsorge gestellt und sich ein „Aufsichts- und Tutel-Recht" (vgl. § 49 MV 19. Januar 1853, RGB 10, Beilage A) über alle Stiftungen gewahrt.[4])

Die „Vertretung" von Fonden, welche dem Staatsvermögen gleich gehalten werden, in Streitsachen erfolgt durch die Finanzprocuratur,[5]) welche auch Rechtsgutachten zu erstatten und bei der Zustandebringung von Rechtsurkunden und Rechtsgeschäften mitzuwirken hat.[6]) Über

---

[4]) Es „hat der Staat die Erhaltung der Substanz auf sich genommen", WGGB. II, § 427. Vgl. § 35, Beilage C der cit. MV, wonach die Statthalterei als Stiftungsbehörde einzuschreiten hat und nur durch ausdrückliche Bestimmungen der Stiftsbriefe in ihrem Einflusse theilweise beschränkt werden kann. (Geller citiert in seiner Sammlung der Justizgesetze zum § 646 a. b. G. irrthümlich § 50 der MV 19. Januar 1853, RGB 9, Beilage A; diese Verordnung gilt aber für Ungarn.)

[5]) Hofd. 13. Januar 1821, JGS 1730; MV 16. Februar 1855, RGB 34, § 1a.

[6]) Ebenda § 1 b und c. § 2 erörtert, jedoch nur exemplificierend, welche Fonde dem Staatsvermögen gleich zu halten sind. Sub 4 werden als solche angeführt „die unmittelbar von landesfürstlichen Behörden verwalteten Stiftungen", wobei bemerkt wird, dass „solchen Stiftungen, welche nicht unmittelbar von lf. Behörden verwaltet werden", nur insoferne die Vertretung durch die Finanzprocuratur gebührt, „als es sich um die erste Constituierung der Stiftung und um die Einbringung des gestifteten Vermögens zum Behufe der Constituierung der Stiftung . . . handelt". Sub 5 werden aufgeführt „das Kirchenvermögen und das Vermögen geistlicher Beneficien, insoferne es sich um die ursprüngliche Bestiftung der Kirche oder des geist-

die Verwaltung des Stiftungsvermögens vgl. die Reg. Vdg. 12. Dec. 1827, Hofd. 12. Juli 1822, JGS 1880, §§ 46, 47 Gesetzes 7. Mai 1874, RGB 50, und auch das im Folgenden erwähnte Hofd. 7. Juli 1841, JGS 541.

β. Entstehung.

§ 52.

Zur Entstehung einer Stiftung ist erforderlich die Widmung eines Vermögens[1]) für einen bestimmten Zweck in der Weise, dass der bisherige Eigenthümer sich dieses Vermögens beziehungsweise gewisser Vermögensrechte entäusserte, ohne sie jemand Anderem in's Eigen zu übergeben oder der allgemeinen Occupation auszusetzen, so dass dieses Vermögen, ohne Jemandem zu gehören, doch seiner Bestimmung nicht entzogen werden kann. Hiezu ist jedoch erforderlich die Anerkennung der Stiftung durch die Rechtsordnung. Das Hofd. 7. Juli 1841, JGS 541,

lichen Beneficiums, oder um die Integrität des Stammvermögens handelt, oder dieses Vermögen von lf. Behörden verwaltet wird". Auch der in § 2 cit. sub 2 und 3, ja selbst der sub 1 angeführte Gesichtspunct kann übrigens auf Stiftungen zutreffen. Bei Zweifeln, ob eine Amtshandlung der Finanzprocuratur einzutreten habe, entscheidet das Finanzministerium, u. z. auch im Falle eines von dritter Seite behaupteten positiven Competenzübergriffes der Procuratur, unbeschadet jedoch natürlich der Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof. Vgl. auch die Interpretation hinsichtlich der Volksschulfonde und Volksschullehrer-Pensionsfonde, welche mit MV 14. Juli 1874 RGB 119 erfolgte. Über die Gränzen der Vertretungsbefugnis der Finanzprocuratur vgl. Scherer, Von der Processfähigkeit der kirchlichen Institute, mit einer Kritik der Rechtsprechung der ö. Gerichte, Mainz 1882, 52 S. (u. die o. § 45, N. 1 zu dieser Schrift Genannten).

[1]) Auch durch blosse Einräumung von Forderungsrechten kann eine Stiftung creiert werden, denn das Forderungsrecht ist nicht anders Vermögen als das Eigenthum (A. M. Roth, Jahrb. f. Dogm. I, S. 208). Eine Folge der Verwechslung rechtlicher Begriffe mit Realien ist die unerquickliche Controverse, ob die Errichtung einer Stiftung in einem Testamente möglich sei. In hypersubtiler Weise stellt man sich folgendes Dilemma: Zur Zeit der Zuwendung und Delation existiere die Stiftung noch nicht, daher könne ihr nichts zugewendet werden. „Von dem Erfordernis der Existenz (sic!) des Honorierten in diesen beiden Momenten kann aber weder der Testator durch die als Clausel beigefügte Bedingung der Existenz, noch die Staatsregierung durch die nach dem Tode des Testators erfolgte Genehmigung dispensieren." „Aber auch eine bei Lebzeiten des Testators erfolgte Bestätigung" sei „wirkungslos, da dieselbe nicht die Existenz des Instituts bewirkt, indem der Testator selbst an seine Disposition nicht gebunden ist." (Roth, l. c., S. 210, 211.)

setzt fest: „Die Entscheidung über die Annehmbarkeit einer zu errichtenden Stiftung, über deren Abänderung und Aufhebung, sowie über die Anlegung und Verwaltung des Stiftungsfondes, dann die Obsorge, um von Seite der politischen Behörden und derjenigen, welche die Stiftung geniessen, die Erfüllung ihrer Pflichten zu erzwecken, steht den administrativen Behörden, bei geistlichen Stiftungen einverständlich mit dem Ordinariate zu." Eine allzu subtile Unterscheidung ist es, wenn Unger I, S. 349 behauptet, dass mit der Entscheidung über die Annehmbarkeit nicht eine specielle Ertheilung der juristischen Persönlichkeit, sondern nur eine obrigkeitliche Confirmierung der Stiftung, gemeint sei. Jedenfalls gibt er selbst im Folgenden zu, dass die Stiftung so lange diese „Confirmierung" nicht erfolgte, nicht bestehe,[2]) die Unterscheidung ist demnach practisch belanglos.

γ. Aufhebung.

§ 53.

Die Stiftung erlischt mit Wegfall des Stiftungsvermögens im weiteren Sinne (d. i. auch der Anhoffung auf, wenn auch nur bedingungsweise, rechtlich garantierte oder sonst in Aussicht stehende Beiträge). Ebenso, wenn sie durch den Willen des Stifters a priori beschränkt war, oder ihr Zweck unerreichbar wird oder entfällt; nach vollendeter Stiftung ist der Wille des Stifters nicht mehr massgebend für den Weiterbestand der Stiftung; die Stiftung erlischt auch nicht durch Wegfall oder den Willen ihres Vertreters, denn wenn die jeweilige Aufhebung und anderweitige Verwendung des Stiftungsvermögens dem Vertreter freigegeben ist, ist gar keine Stiftung im juristischen Sinne vorhanden. Sie erlischt aber durch Entziehung der Anerkennung Seitens der Staatsgewalt (Hofd. 7. Juli 1841, JGS 541 s. o.). Und so kann in gewissen Fällen die Staatsgewalt auch eine Umwandlung der Stiftung beziehungsweise ihres Zweckes vornehmen, überall dort nemlich, wo sie die Stiftung aufheben könnte, selbe somit erloschen wäre, und nicht etwa für diese Fälle ein Heimfallsrecht des Stifters oder seiner Erben oder Ähnliches vorbehalten ist.

Was die Bedingungen der staatlichen Aufhebung betrifft, so kann selbstverständlich im Wege der Gesetzgebung allen oder einzelnen Stiftungen die Anerkennung genommen werden, allein wo durch die Verwaltungsorgane die Anerkennung unter gewissen ausdrücklichen

[2]) „. . . mit der Confirmation . . . besteht jedoch die jur. Person sofort zu Recht." I, S. 350.

oder stillschweigenden Bedingungen erfolgt ist, kann durch die Verwaltungsorgane, so lange diese Bedingungen fortbestehen resp. zutreffen, die Zurücknahme der Anerkennung nicht erfolgen.

Das Vermögen der Stiftung unterliegt im Aufhebungsfalle, falls der Stiftbrief nichts Anderes bestimmt, dem Heimfallsrechte des Staates.

c. Herrenlos gewordene, jedoch rechtlich vinculierte Vermögensparcellen.[1])

§ 54.

I. In gewissen Fällen besteht ein allgemeines rechtliches Interesse, dass Vermögensbestandtheile, wenngleich sie aus dem Vermögen eines bisher Berechtigten ausscheiden, ohne in das Vermögen eines Anderen überzugehen (beziehungsweise einer „Corporation" zuzufallen oder als „Stiftung" rechtliche Selbstständigkeit zu erlangen), dennoch nicht ihren Charakter als Vermögen und hiermit den Schutz der Rechtsordnung verlieren. Ungeachtet kein Berechtigter vorhanden ist, soll doch die allgemeine (absolute) oder besondere (persönliche) Verpflichtung, welche den Inhalt eines vermögensrechtlichen Verhältnisses bildete, nicht erlöschen, sondern es soll das, was vermögensrechtlicher Natur war, auch jetzt noch diese seine vermögensrechtliche Natur behalten, für einen späteren Berechtigten, der in die Fussstapfen seines Vorfahrers tritt, aufbewahrt werden.[2]) Nicht der Wille[3])

[1]) Aus der neueren Literatur vgl. Dworzak, Zur Lehre von der jur. Persönlichkeit der ruhenden Erbschaft, Ein kritischer Überblick, Österr. VJS XI, 1863, N. VII, S. 219—242; Ihering, Passive Wirkungen der Rechte, Jahrb. f. Dogm. X, 1871, N. VIII, S. 387—580; Schnitzler H., De hereditatis jacentis natura, Diss., Berlin 1871, 111 S.; Marcusen W., Zur Lehre von der hereditas iacens in ihrem Zusammenhang mit der alten usucapio pro herede, Bern 1883, 158 S. (Hiezu Burckhard im Stuttgarter Centralbl. f. Rechtsw. III, 3. 1883, S. 88—90: „Die Schrift bietet weder eine Bereicherung der Wissenschaft, noch steht sie auf der Höhe derselben.") Pfaff-Hoffmann II, S. 32—35.

[2]) Wie Ihering diess in seiner anschaulichen Sprache ausdrückt, wird „dem künftig Berechtigten das Bett des Rechts . . bereits im Voraus aufgeschlagen und in der Weise gesichert . . ., dass ihm Niemand zuvorkommen kann, und dass es nur seines Erscheinens bedarf, um sich in den sichern und ungeschmälerten Besitz desselben zu setzen". „Das Bett ist freilich zur Zeit noch leer, aber es ist bereits belegt, dem Unberechtigten verschlossen" (l. c. S. 395).

[3]) Wenigstens ist derselbe für den Eintritt der angegebenen Wirkungen belanglos. Auch wenn, um vom Falle der hereditas jacens zu sprechen, ein Erblasser keinen Willen hinsichtlich seines Nachlasses geäussert hat, oder einen Willen, den die Rechtsordnung nicht anerkennt und realisiert, geniesst der Nachlass doch rechtlichen Schutz. Zitelmann (Begriff und Wesen der sog. jur. Personen, Leipzig 1873), indem er davon ausgeht, dass „die Leiblichkeit des Menschen . . für seine Persönlichkeit eine ganz irrelevante Eigenschaft" sei, da es „auf den wirkenden Willen" ankomme, gelangt zu dem Schlusse, dass der wirkende Wille bei den juristischen Personen das reale Rechtssubject sei (S. 67, 68), und nimmt dem entsprechend auch bei der hereditas jacens den Willen des Erblassers als das Rechtssubject derselben an (S. 71). Gegen diese inhaltslose Phrase mit Recht Harum, Grünhut's Zeitschrift I, 1874, S. 209.

eines früheren Inhabers oder Berechtigten erhält diese Vermögensparcellen,[4]) nicht ein gewisser Zweck, zu welchem sie „bestimmt" sind, sondern ausschliesslich ein allgemeines Interesse an ihrem Fortbestande, jenes allgemeine Reciprocitätsinteresse, dem überhaupt das ganze Recht seine Existenz verdankt.

II. Eine solche Vermögensparcelle, welche eine von dem Individuum losgelöste selbstständige Existenz zu erlangen vermag, deren rechtliche Individualität also von der Rechtsordnung in hypothesi anerkannt ist, ist nun zunächst je der Inbegriff jener Vermögensbestandtheile, über welche ein Individuum als Rechtssubject verfügt, d. i. das Individualvermögen, auch Vermögen schlechtweg genannt. Wenn das Individuum, welches dieses Vermögen beherrschte, wegfällt, beziehungsweise aufhört, für dieses Vermögen Persönlichkeit zu sein, fallen die Bestandtheile des Vermögens nicht auseinander, die Rechte, aus denen es bestanden, gehen nicht unter, d. h. die obligatorischen Verpflichtungen Dritter erlöschen nicht, die Sachen werden nicht Gegenstände freier Occupation. Da der Normalfall, in welchem diese künstliche Zusammenhaltung des Vermögens eintritt, der Tod des Individuums ist, und das Individualvermögen in der Zeit zwischen dem Tode seines früheren Herren und dem Erwerbe durch den oder die neuen Beherrscher Hereditas jacens genannt wird, pflegt man zu sagen, beziehungsweise von anderer Seite zu bestreiten, die Hereditas jacens sei eine juristische Person. Ein Doppeltes ist hiezu zu bemerken.

Fürs Erste erscheint mir der Streitpunct ein ganz verfehlt präcisierter. Die Hereditas jacens ist eine juristische Person, heisst es auf der einen Seite; nein, die Hereditas jacens ist keine juristische Person, heisst es auf der andern Seite; und mit grosser Lebhaftigkeit wird dieser Streit geführt, dieser Streit um — ja um . . . .! Sind doch beide Parteien in der Behandlung der Hereditas jacens vollkommen einig, und lassen sich keine practischen Consequenzen daraus ziehen, ob die Hereditas jacens eine juristische Person oder keine juristische

[4]) Das Wort Parcelle bezeichnet einen Theil, welcher in gewissen Richtungen als ein vollständiges, einheitliches Ganzes erscheint.

Person „ist". — Ist! — Eine juristische Person „ist" selbst gar nicht; eben weil keine Person „ist", darum reden wir von einer künstlichen, einer juristischen Person. Der ganze Streit nach der juristischen Persönlichkeit der Hereditas jacens kann sich nur darum drehen, ob man sie eine juristische Person nennen soll, ob diess zweckmässig, bezeichnend ist, nicht aber kann er sich darum drehen, ob sie eine juristische Person, d. i. ein Nichts ist. Wenn wir aber die Frage so auffassen, so erscheint es uns wol als entsprechend, wenn wir überhaupt dort, wo Rechte existieren, wo ein Vermögen existiert, ohne dass ein Berechtigter da wäre, um unserer juristischen Auffassung zu Hilfe zu kommen, von juristischen Personen sprechen, auch hier, wo ja dieselben Verhältnisse vorliegen, von einer juristischen Person zu sprechen, und die Hereditas jacens, um eben zu bezeichnen, das Verlassenschaftsvermögen werde, wenngleich es Niemands Eigen ist, doch so behandelt, als wäre es Jemands Eigen, eine juristische Person zu nennen.[5])

Für's Zweite jedoch muss bemerkt werden, dass diese rechtliche Behandlungsweise eines Individualvermögens keineswegs mit innerer Nothwendigkeit auf den Fall des Todes seines früheren Inhabers beschränkt ist. Ganz dieselben Verhältnisse bestehen, und ganz dieselben rechtlichen Wirkungen treten ein, wenn eine Corporation aufgelöst, eine Stiftung aufgehoben wird, oder durch Vereitlung ihres Zweckes ihr Ende findet. Das Vermögen wird nicht bonum vacans, es bleibt Befriedigungsmittel für die Gläubiger, auch wenn sie keine

[5]) Wenn Ihering a. a. O. sich gegen die Auffassung der hereditas jacens als jur. Person ausspricht, und meint, es sei „der der Bestimmung des Rechtsobjects für das künftige Rechtssubject entsprechende Zustand der Gebundenheit desselben oder . . die „einstweilige Fortdauer der passiven Seite des Rechts ohne die active" (S. 419, 420), wodurch die Natur der hereditas jacens erklärt wird, so glaube ich hiegegen einwenden zu müssen, dass die active und die passive Seite des Rechtes nicht zwei selbstständige materielle Dinge sind, dass die „active" Seite des Rechtes nichts ist, als die aus seiner „passiven" Seite gezogene Nutzanwendung für eine bestimmte Person. Während in den meisten Fällen die von den Verpflichteten reflectierten Strahlen der Rechtsnorm auf reale Personen fallen, fallen sie unter Umständen in's Leere und erzeugen dort in jenen Puncten, in denen sie zusammentreffen, imaginäre Lichtbilder, die wir eben juristische Personen nennen. Wie das subjective Recht der natürlichen Person nur die aus den durch das objective Recht statuierten Verpflichtungen herausgerechnete Machtsumme ist, welche den Zwecken dieser Person zur Verfügung steht, so rechnet man diese Machtsumme auch dort heraus, wo es sich nicht um die Zwecke einer bestimmten Person, sondern um bestimmte Zwecke oder doch um ein specifisches allgemeines Interesse handelt, und gelangt so auch hier zu einer „activen" Seite der Rechte.

Pfandrechte an selbem haben, und der Rest fällt beim Mangel anderweitiger vorhergehender Verfügungen nicht einem beliebigen Occupanten zu. Ja, wo immer ein Einzelner sein Vermögen als Ganzes derelinquiert,[6]) wird unter gewissen Umständen dieses Vermögen doch nicht zerfallen, die es bildenden Forderungen werden doch nicht erlöschen, die Seidenweben, Ochsen, Maschinen, Kornfrüchte, die dem Derelinquenten gehörten, werden doch nicht Occupationsobjecte werden, sondern die ganze Vermögenseinheit bleibt, auch wenn noch keinerlei Pfandrechte an selbem bestehen, dennoch den Gläubigern vorbehalten.[7]) Freilich hat die Rechtsordnung solche Fälle um ihrer Seltenheit willen nicht ausdrücklich geregelt, aber nach dem Geiste der ganzen Gesetzgebung werden sie kaum anders entschieden werden können. Sie zeigen aber, dass die Zusammenhaltung eines herrenlos gewordenen Individualvermögens nicht ausschliesslich bei der Hereditas jacens eintreten kann, dass also überhaupt das Individualvermögen es ist, an dessen Vorhandensein von der Rechtsordnung unter Umständen gewisse Wirkungen auch dann geknüpft werden, wenn es aufgehört hat, Vermögen des Individuums zu sein. Wir dürfen daher die juristische Persönlichkeit nicht auf die Hereditas jacens beschränken, sondern müssen dem Individualvermögen als solchem[8]) die Fähigkeit zuschreiben, selbstständige

[6]) Z. B. ein sich passiv wissender Geschäftsmann, der sich nach Australien einschifft, und Hab und Gut stehen und liegen lässt, ja ausdrücklich erklärt, er wolle von seinen Besitzthümern nichts mehr wissen, er gebe sie auf. Vgl. § 11 Auswand. Pat. 24. März 1832, JGS 2537, wo Vermögenssequestration vorgeschrieben ist. Hier liegt jedoch allerdings nicht nothwendigerweise Dereliction vor, und kommt überhaupt auch der Gesichtspunct der Rechtsminderung in Frage.

[7]) Es wird aber darum noch keineswegs Eigenthum der Gläubiger, deren Namen, Anzahl, Forderungen vielleicht noch völlig unbekannt sind, es wird nur, obwohl es Niemands Vermögen ist, so behandelt, als wäre es Jemands Vermögen. Ja in gewisser Richtung kann man sagen, es treten überhaupt beim „Concurse" ähnliche Wirkungen ein, als wäre das Vermögen des Cridatars nicht sein Vermögen, sondern, da es auch noch nicht Vermögen Anderer geworden ist, Niemands Vermögen, und es erscheint nun ebenfalls das Vermögen des Cridatars als eine von ihm losgelöste, selbstständige juristische Individualität, indem nun weitere Erwerbungen (z. B. Erbschaften) nicht dem Cridatar, sondern der „Masse" anfallen. Es gibt eben auch hier die verschiedensten in einander verlaufenden Übergänge. Verfehlt ist es jedoch entschieden, eine juristische Persönlichkeit der Concursgläubiger construieren zu wollen (vgl. die Literaturangaben bei Unger I, § 42, N. 18 i. f.).

[8]) Ja auch gewissen eine einheitliche Gruppe bildenden Bestandtheilen desselben; so dem Fideicommissvermögen; vgl. hierüber Pfaff-Hofmann, Excurse II, S. 219—234: Die Subjecte des Fideicommiss-Vermögens. Vgl. auch die vorige Note.

rechtliche Stellung gleich einer Person, d. i., wenn wir überhaupt einmal diesen Ausdruck gebrauchen wollen, juristische Persönlichkeit, zu erlangen.

Aber auch das Individualvermögen erscheint nicht als die einzige Vermögensparcelle, welche auf die angedeutete Art rechtlich vinculiert ist, welche Vermögensparcelle bleibt, auch wenn sie aufhört, irgend Jemands Vermögen zu sein.

Geht man von der Hereditas jacens anstatt vom Individualvermögen aus, so wird man freilich einen tiefgreifenden Unterschied zwischen ihr und den folgenden Gruppen darin zu finden meinen, dass bei der Hereditas jacens, nur so lange der Mangel eines natürlichen Rechtssubjectes vorliegt, eine juristische Persönlichkeit angenommen werde, dass jedoch bei den zwei weiters zu erwähnenden Gruppen von Vermögensparcellen (es sind diess die Grundbuchseinlagen und die Inhaberpapiere) eine solche Beschränkung der juristischen Persönlichkeit auf den „Bedarfsfall" kaum thunlich erscheint. Aber die Hereditas jacens ist nur ein besonders scharf in die Erscheinung tretender Fall, in dem die juristische Persönlichkeit des Individualvermögens practisch wird, und bei dem Individualvermögen kann die juristische Persönlichkeit nichts anderes bedeuten, als dass unter gewissen Umständen gewisse Wirkungen eintreten können, und selbstverständlich nur dann eintreten, wenn der äussere Anlass, nemlich die Subjectlosigkeit des Vermögens, sich ergibt.

Wie das Individualvermögen normalerweise einen Berechtigten hat, so haben auch die eine Grundbuchseinlage bildenden Grundstücke, beziehungsweise die in einer Grundbuchseinlage eingetragenen bücherlichen Rechte, eine Person als Subject. Aber auch wenn dieses entfällt, ohne einen Rechtsnachfolger zu hinterlassen, wenn der Inhaber derelinquiert, erlöschen doch nicht die diese Rechte erzeugenden Verbindlichkeiten.[9])

Und ebensowenig erlischt die Verpflichtung des Schuldners, der ein Inhaberpapier[10]) emittiert hat, wenn dieses derelinquiert, verloren

[9]) Wenn A sein Gut X derelinquiert, und sein Eigenthum bücherlich löschen lässt — was m. E. vollkommen zulässig erscheint — erlöschen doch nicht die mit dem Gute bücherlich verbundenen Rechte eo ipso; nicht nur dem Pfandgläubiger, sondern auch jedem neuen Occupanten, der sein occupiertes Eigenthumsrecht grundbücherlich eintragen lässt, fallen die mit dem Grundstücke verknüpften Realrechte und Servituten zu, wie auch die Pfandrechte, Servituten und Reallasten auf dem herrenlosen Gute haften bleiben, insoferne sie nicht bücherlich ausgetragen wurden.

[10]) Der Ansicht, dass bei Geldpapieren das Papier als Rechtssubject betrachtet werden könne, ist u. A. auch Bekker, Jahrb. d. gem. d. Rechts I, N. 9, bes. S. 296 ff.

wird, obgleich nun kein Forderungsberechtigter vorhanden ist, sondern sie besteht wieder jedem neuen Occupanten gegenüber zu Recht.

Es werden somit um des allgemeinen Interesses willen Verpflichtungen aufrecht erhalten, ungeachtet kein Berechtigter vorhanden ist, es wird dieselbe Wirkung herbeigeführt, als wäre ein Berechtigter vorhanden. Und es kann daher, wenn wir in jenen Fällen, in denen Verpflichtungen fortbestehen, ohne dass ein thatsächlich existierender Berechtigter ihnen gegenübersteht, überhaupt einmal zur Terminologie unsere Zuflucht nehmen, und von juristischen Personen sprechen, gar keinem Anstande unterliegen, dass wir dasselbe auch hier thuen; insbesondere kann dem der Umstand nicht entgegenstehen, dass hier die Wirkungen, welche diese Ausdrucksweise rechtfertigen, nur ausnahmsweise eintreten, weil eben nur ausnahmsweise die sie bedingenden Umstände zusammentreffen.

III. Substrat des Individualvermögens sind die einzelnen dem Individuum zustehenden Rechte und obliegenden Verbindlichkeiten; ihr steter Wechsel bewirkt, dass auch das Individualvermögen ein stets wechselndes ist, denn aus ihrem Hinzutreten und Ausscheiden setzen sich Erwerb und Verlust als Elemente des Beginnes, Wechsels und Endes des Individualvermögens zusammen.

Substrat der Grundbuchseinlage sind die hinsichtlich bestimmter Theile der Erdoberfläche bestehenden oder mit ihrem Besitze verknüpften Rechte, welche äusserlich vereint erscheinen in der im Grundbuche ihnen zugewiesenen bücherlichen Einlage. Die Grundbuchseinlage und ihre juristische Persönlichkeit beginnen und enden mit der bücherlichen Eröffnung und Löschung dieser Einheit.

Substrat des Inhaberpapiers ist eine vermögensrechtliche Verbindlichkeit, deren adäquates Recht in der Schuldurkunde eine selbstständige Existenz gefunden hat. Die Fähigkeit desselben, seine juristische Persönlichkeit zu manifestieren, beginnt mit der Ausfertigung und erlischt mit der Vernichtung oder gänzlichen und dauernden Entwertung der Schuldurkunde.

3. Einschränkung der Persönlichkeit.[1])

§ 55.

Das Recht kann, wenn es an Stelle des Begriffes der natürlichen Person den der rechtlichen Person, d. i. des Rechtssubjectes stellt,

[1]) Unger I, § 29. Stubenrauch I, S. 61—63 (4. Aufl.). Vesque, Int. Pr., § 23. Über die Begriffe der Leibeigenschaft und Gutsunterthänig-

diesen Begriff nicht nur der natürlichen Person gegenüber erweitern, sondern auch beschränken; nicht jede natürliche Person ist nothwendig auch vom Rechte anerkannt, Rechtssubject und Gegenstand rechtlich erzwungener Schonung für die Anderen.

Als die vollkommene rechtliche Negation der Persönlichkeit stellt sich die Sclaverei dar, während die Leibeigenschaft nur eine partielle Negation der Persönlichkeit enthält. Das an ihre Stelle getretene[2]) und sohin durch k. Patent 7. September 1848 (JGS 1180), beziehungsweise k. Patent 4. März 1849 (RGB 152) und 31. December 1851 (RGB 1852, N. 2) aufgehobene Unterthanenverhältnis stellt sich auch nicht mehr als eine partielle Negation der Persönlichkeit dar. „Sclaverei oder Leibeigenschaft, und die Ausübung einer darauf sich beziehenden Macht, wird in diesen Ländern nicht gestattet" sagt § 16 a. b. G.[3]). Jeder Sclave wird vom österr. Rechte als frei betrachtet, „da er das k. k. Gebiet oder auch nur ein österreichisches Schiff betritt", oder „an einen k. k. österreichischen Unterthan als Sclave überlassen wird".[4])

Persönlichkeit ist vor dem Rechte nichts als Rechtsfähigkeit; dem das Recht die Rechtsfähigkeit entzieht, den es als rechtlich existierend nicht anerkennt, der existiert auch rechtlich nicht. Und so stellt es sich auch als eine wenigstens theilweise Versagung resp. Entziehung der Persönlichkeit dar, wenn das Recht zur Strafe einzelne Personen als rechtlich nicht existierend bezeichnet. Das österr. Recht kennt diese Entziehung der Persönlichkeit als solcher, den „mort civil" nicht,[5]) wenngleich es hinsichtlich der Verbrecher, Deserteure, unbefugten Auskeit vgl. Wosam, Von der Unterthänigkeit und Leibeigenschaft in Böhmen, Prag 1775; Wiegand, Betrachtungen über die Leibeigenschaft, Wien 1776; Wiegand, Öconomische Betrachtungen von der Robot und dem Frohndienste überhaupt, Wien 1776; Barth-Barthenheim, das Ganze der österr. pol. Adm. VII. Abh. Von den niederösterr. Dominicalgütern und dem Bauernstande; Barth-Barthenheim, Das polit. Verhältnis der verschiedenen Gattungen von Obrigkeiten zum Bauernstande im Erzh. Österr. u. d. Enns, Wien 1826, 3 Bände; Dzdacki, Über den Begriff „Guts-Unterthan", Z. f. ö. R. 1838, I S. 352—354; Stöger, Über den Begriff der Gutsunterthänigkeit nach österr. Gesetzen, Z. f. ö. R. 1834 II, N. XXIII, S. 123—156.

[2]) Durch die k. Pat. 1. Sept. 1781, JGS 23 und 24.

[3]) Zu selbem Stubenrauch, Einige Worte zur Erläuterung des § 16 a. b. G., Z. f. ö. R. 1844, I, N. XIII, S. 193—198.

[4]) J. Hofd. 19. August 1826, JGS 2215. Vgl. auch Str. G. B. § 25. Zu ersterem Egger, Z. f. ö. R. 1829, I, S. 249—267.

[5]) Vgl. Zeiller, Z. f. ö. R. 1826, II, N. XL, S. 161—175 („es gebe bey uns . . nur einen bürgerlichen Scheintod", S. 175).

wanderer ziemlich weitgehende, jedoch grösstentheils nicht mehr bestehende (s. o. § 33) Beschränkungen der Rechtsfähigkeit statuiert hatte.[6])

Schliesslich konnte der Einzelne auch auf seine Persönlichkeit auf privatrechtlichem Gebiete durch Eintritt in einen Orden, der das Gelübde der Armuth forderte, beziehungsweise durch Ablegung dieses Gelübdes, verzichten. Aber auch dieser „Verzicht" auf die Persönlichkeit muss heute auf Grund des Art. 6 Staatsgrundgesetzes 21. December 1867, RGB 142, als rechtlich unwirksam bezeichnet werden (s. o. § 35).

[6]) Vgl. StPO, § 423 über die Untersagung der Ausübung der staatsbürgerlichen Rechte, worunter jedoch die politischen Rechte zu verstehen sind.

B. Sachen.[1]

§ 56.

Das Individuum ist seiner physischen Anlage nach auf die Aussenwelt gewiesen; sie und sie allein bietet ihm die Mittel, sein Dasein zu erhalten. Ist sich das Individuum selbst Person, so ist ihm die Aussenwelt Sache. Aber da die Beschränktheit der menschlichen Kräfte und die Schwierigkeit der Selbsterhaltung die Individuen zur staatlichen Vereinigung führte, entstand nicht nur der engere Begriff der Persönlichkeit, als des von der Rechtsordnung geschützten, d. i. als Person anerkannten menschlichen Individuums, sondern mit ihm verengerte sich nothwendig auch der Begriff der Sache, da Alles, was vor der Rechtsordnung selbst Person geworden war, für sie und daher auch für das Individuum aufhören musste, Sache zu sein. Nur jene Gegenstände der Aussenwelt stellten als reine Gebrauchsmittel für das Individuum, als Sache sich dar, welche nicht Person waren; ja, da die Erkenntnis der generellen Zusammengehörigkeit der menschlichen Individuen für jedes derselben die Möglichkeit, Person zu werden, darthat, wurde im Sinne der Rechtsordnung nur jener Theil der Aussenwelt zur Sache, der nicht die Fähigkeit in sich hatte, Person zu werden. (Vgl. I, § 19, N. 4.)

Indem aber die Rechtsordnung den natürlichen Begriff der Sache zum Anknüpfungspuncte einer Reihe von Wirkungen machte, deren Herbeiführung sie den Personen zu ermöglichen verhiess, ergab sich als Weiteres, dass im Sinne der Rechtsordnung überhaupt nur Jenes

[1]) Girtanner, Die Rechtsstellung der Sache und der Eigenthumsbegriff mit bes. Rücksicht auf Sachgesammtheiten (universitates rerum), Accessionen und Miteigenthum, Jahrb. f. Dogm. III, 1859, N. II, S. 58—298 (Begriff der Sache: S. 72—83), Windscheid I, § 137—147; Arndts, § 48—55; Stobbe I, § 63—65; Roth D. Pr., I, § 74—83; Nippel III, S. 1—44; Winiwarter II, § 1—16; Unger I, § 45—57, und Sächs. Entwurf S. 59—72; Berger, Krit. Beiträge, S. 150—168; Schiffner I, § 65—89; Stubenrauch I, S. 373—390 (4. Aufl.); Kirchstetter S. 157 bis 169. Vgl. auch Gierke, Das deutsche Genossenschaftsrecht II, § 5: Der deutsche Sachbegriff im Allgemeinen.

Sache sein konnte, das dem menschlichen Einflusse, der menschlichen Herrschaft unterzogen, hinsichtlich dessen also ein Schutz der Rechtsordnung thatsächlich gewährt werden konnte, und nur Jenes, hinsichtlich dessen ein solcher Schutz Bedürfnis war oder werden konnte, d. h. was nicht als jeden Augenblick für Jeden erreichbar, vermöge seines scheinbar unerschöpflichen Vorrathes unfähig war, Object eines concreten Interesses zu werden. Ja die Rechtsordnung konnte, auch abgesehen von dieser durch die Natur gegebenen Beschränkung, überhaupt in gewissen Fällen Anlass finden, und fand auch thatsächlich solchen Anlass, den Begriff der Sache als des unpersönlichen Objectes, hinsichtlich dessen sie die Herrschaft des Individuums anerkannte, d. i. zu schützen verhiess, künstlich einzuschränken, indem sie hinsichtlich gewisser Sachen diesen Schutz versagte, oder doch nur in beschränktem Umfange gewährte.

Und umgekehrt ward ihr der natürliche Sachbegriff, indem er mit dem des rechtlichen Schutzes sich verband, ein weiterer, da die Versuchung nahelag, ihn auf alle jene Verhältnisse, welche Gegenstand dieses rechtlichen Schutzes waren, ja auf diesen rechtlichen Schutz selbst, zu übertragen, der ja in letzter Linie selbst wieder nur auf die Benutzung der natürlichen Sachen oder doch die Befriedigung der menschlichen Bedürfnisse abzielte.

Es wird daher gehandelt werden von den natürlichen Sachen, von der Erweiterung und von der Beschränkung des Sachbegriffes durch die Rechtsordnung.

1. Natürliche Sache.

§ 57.

Die natürliche Sache ist die nicht persönliche Aussenwelt, insoferne sie dem Menschen Object der Benutzung und der Herrschaft, sowie eines rechtlichen Interesses zu sein vermag. Nur in räumlicher Begränzung vermag jedoch das Individuum die Aussenwelt zu erfassen, und so sind die einzelnen räumlich begrenzten Theile dieser Aussenwelt, insoferne sie nicht selbst Personen sind, und dem Menschen Object der Benutzung und der Herrschaft, sowie eines rechtlichen Interesses zu sein vermögen, die natürlichen Sachen im Sinne der Rechtsordnung.[1])

[1]) Das a. b. G. definiert in § 285 „Sache in rechtlichem Sinne" als „Alles was von der Person unterschieden ist, und zum Gebrauche der Menschen dient", somit gerade nicht im „rechtlichen", sondern im denkbar weitesten Sinne, der selbst über den Begriff des Vermögens hinausgeht.

Nach den räumlichen Grenzen somit richtet sich die Individualität der Sachen. Die Frage nach dem Vorhandensein einzelner Sachen löst sich daher auf in die Frage, welche räumlichen Grenzen für die Annahme von Sachindividuen entscheidend sein sollen. Denn die Vorstellung des Raumes[2]) erscheint uns als theilbar in die Unendlichkeit, so dass wir uns kein Raumtheilchen zu denken vermögen, in das wir nicht noch eine neue Raumgrenze einzuschieben in der Lage sein sollten. Es muss somit vor Allem erörtert werden, welche Gruppierung der Stofftheilchen uns Anlass bietet zur Fixierung räumlicher Grenzen, zur Auffassung der Theile der Aussenwelt als räumlich eine Einheit bildender Gruppen, d. i. von den Elementen des Begriffes der Individualsache gehandelt werden. Der menschlichen Herrschaft erfassbar aber ist nur das, was unseren Erdball, an den wir gebunden sind, bildet und an ihm haftet. Er ist uns „die Sache". Es wird daher sohin von dem Verhältnisse der Individualsachen als der uns erfassbaren Theile des Erdganzen zu der uns als Ganzes unerfassbaren, „unbeweglichen" Erde zu sprechen, und schliesslich das Verhältnis der einzelnen Sachindividuen unter einander zu betrachten sein.

a. Elemente.

§ 58.

Die einzelnen Theile des Stoffes wirken nicht in gleicher Weise auf unsere Sinne, und nach der Verschiedenheit des von uns empfundenen Eindruckes unterscheiden wir den „Stoff" in verschiedene „Stoffe", und indem nun gewisse, der äusserlichen Wahrnehmung als gleich sich darstellende, Stoffe von anderen als ihnen nicht gleich äusserlich erkennbaren Stoffen räumlich unterschieden werden können, erscheinen uns alle Stoffe in gewissen Formen. In diesen durch die Berührungspuncte der äusserlich als verschieden erkennbaren Stoffgruppen gegebenen Formenlinien erscheint uns der nächste Anhaltspunct für die Aufstellung als wirklich gedachter Raumgränzen.

Aber nur dort springen uns diese räumlichen Grenzen scharf in die Augen, nur dort also sprechen wir nach unserer natürlichen Auffassung von Sachen, wo diese formalen Grenzberührungen der verschiedenen Stoffgruppen derart sind, dass die verschiedenen Stoffgruppen nicht mechanisch, d. h. durch Cohäsion oder heftigen Reibungswiderstand, miteinander verbunden sind,[1]) oder wo, wenn auch eine mechanische Verbindung mit diesen anderen Stofftheilen besteht, doch aus

[2]) D. i. die Materie in unserer Denkform.

[1]) So dass also die einzelnen Stoffgruppen aus ihrer bisherigen stofflichen Umgebung ohne Zerstörung, d. i. ohne Aufhebung von Cohäsionsverhältnissen, oder doch ohne Gewaltanwendung sich nicht loslösen, beziehungsweise nicht losgelöst werden können; diese Loslösung ist besonders überall dort leicht möglich, wo Stoffe in verschiedenem Aggregatzustande (fest und flüssig, beziehungsweise gasförmig) sich begrenzen resp. umschliessen.

einem anderen Grunde für unsere Auffassung der Zusammenhang gerade zwischen einer Gruppe dieser Stofftheile als besonders innig sich darstellt, sei es dass der Mensch diesen Zusammenhang für seine Zwecke selbst künstlich geschaffen hat, sei es, dass derselbe auf dem Principe des natürlichen stofflichen Wechsels, von welchem im Folgenden noch zu handeln sein wird, beruht.[2])

Hieraus ergibt sich aber schon, dass verschiedene u. z. theilweise ganz subjective Gesichtspuncte es sind, welche eine Stoffgruppe als Sachindividuum uns erscheinen lassen, dass daher dieser Begriff ein relativer, je nach der Auffassung jedes Individuums im concreten Falle verschiedener ist. Sache ist uns das Haus, aber Sache kann uns auch das Fenster, der Riegel, der Nagel an diesem Hause sein; Sache der Felsblock, Sache der aus ihm aufgeschossene Baum, Sache die auf ihm gewachsene Mistel, Sache die an ihr hangende Beere; Sache ist uns der Teich, Sache der Stein auf seinem Grunde, Sache der Fisch in seinen Wellen. Für das Individuum erscheint sein Bedürfnis und die Verwendung, die es von den Stoffgruppen machen kann oder will, als massgebend dafür, ob es den Sachbegriff im engeren oder weiteren Sinne nehmen soll, und das allgemeine Durchschnittsbedürfnis, die allgemeine Durchschnittsverwendung wird wieder in gewissen Fällen massgebend für die Auffassung der Rechtsordnung werden. Wenn aber das, was in einem Falle Sache sein, in einem anderen Falle wieder nur als Theil einer Sache angesehen werden kann, so kann die Entscheidung der Frage, welcher dieser Gesichtspuncte Platz zu greifen hat, nur mit Zuhilfenahme des Begriffes der zusammengesetzten Sache gelöst werden, von welchem bei der Darstellung der Verhältnisse der Sachen untereinander gehandelt werden wird.

Der Begriff der Individualsache ist aber nicht nur ein schwankender Begriff der räumlichen Begränzung nach, er ist es auch der zeitlichen Veränderung nach. Da die Materie nicht in ewiger Ruhe zu ver-

[2]) Innerhalb bestimmter formaler Grenzen besteht nemlich bei gewissen Stoffgruppen ein lebhafter, nicht nur auf mechanischen, sondern auch auf chemischen Eigenschaften und Structurverhältnissen beruhender und als regelmässig sich darstellender Wechsel, durch welchen jede dieser Stoffgruppen, selbst wenn sie mit anstossenden Stoffgruppen mechanisch verbunden wäre, doch als formale Einheit ihnen gegenüber erscheint; wir nennen solche Formgruppen Organismen.

harren vermag, erscheinen nicht nur die Formen als Wechselndes, sondern auch der an sich ewige Stoff als ein in den concreten Formen wechselnder. Stoff und Form setzen aus sich als Drittes die Veränderung, den Wechsel. Man kann wol sagen, dass keine Stoffgruppe in zwei aufeinander folgenden Augenblicken dieselbe materielle und formale Einheit, somit dieselbe Sache ist, dass kein noch so kurzer Zeitabschnitt vergeht, ohne dass nicht eine, wenn auch unendlich geringe Änderung im stofflichen Gehalte und in der Begrenzungsform stattgefunden hätte. Aber nicht jeder Wechsel ist sofort in die Augen springend, und nicht jeder Wechsel veranlasst das Individuum in der veränderten Sache eine andere Sache zu erblicken. Für die Rechtsordnung jedoch muss die Frage von ausserordentlicher Wichtigkeit sein, wann aus einer Sache eine andere geworden ist.

Ein dreifacher Gesichtspunct kann hier maassgebend sein.

1. Es können mehrere Sachen dergestalt vereint werden, dass sie für die durch das Moment der Verwendbarkeit bestimmte Auffassung des Individuums selbst aufhören, Sachen zu sein, und aus ihnen eine andere Sache geworden ist.

2. Eine Sache kann durch Aufhebung des mechanischen oder statischen Zusammenhanges zwischen ihren Stofftheilen in mehrere selbstständige Sachen zerfallen.

3. Eine Sache kann durch Wegnahme oder Hinzufügung gewisser Stoffbestandtheile oder Änderung in ihrer Gruppierung dergestalt verändert werden, dass sie dem Individuum vermöge ihrer äusseren Gestalt und ihrer Verwendbarkeit als eine andere erscheint.

Wir sprechen im ersteren Falle von einer Sachvereinigung, im zweiten von einer Sachtrennung oder Sachtheilung, im dritten von einer Sachumwandlung.

Es ist aber selbstverständlich, dass diese Grenzen keine absolut scharfen sind, und die verschiedenen Sachänderungsarten combinatorisch auftreten können; z. B. eine Sache wird getheilt, und die Theile werden dann durch Vereinigung mit anderen Sachtheilen verändert.

α. Sachvereinigung.

§ 59.

Sachen können sich mit einander in der Weise zu einer neuen Sache vereinen, dass nur eine oder einige der Sachen ihre Sachindividualität in den Augen des Individuums einbüssen, eine Sache jedoch als fortbestehend und durch die zu ihr gekommenen Sachen nur vermehrt oder in nebensächlicher Weise modificiert erscheint; wir sprechen

in diesen Fällen von einem Zuwachse[1]) im technischen Sinne des Wortes, dehnen jedoch, wie uns überhaupt nicht die mechanische Verbindung das für den Sachbegriff ausschliesslich massgebende ist, den Begriff des Zuwachses auch auf bloss räumliches, ja überhaupt äusserliches Hinzukommen einer Sache zu einer anderen, demzufolge sie nun vermöge ihrer Verwendbarkeit und Bestimmung nur als Theil dieser anderen Sache von uns angesehen wird, aus.

Die Vereinigung kann jedoch auch in der Weise geschehen, dass keine der vereinten Sachen unserer Auffassung sich mehr als dieselbe Sache darstellt, sondern an Stelle aller der vereinten Sachen eine von ihnen nach ihrer Erscheinung, Verwendbarkeit beziehungsweise Bestimmung verschiedene Sache vorhanden erscheint. Wir sprechen in diesem Falle von einer Vereinigung[2]) im technischen Sinne, wenn eine wirkliche mechanische An- oder Ineinanderfügung oder statische Vermischung der einzelnen Sachen erfolgte, während wir von einer Vermengung dort sprechen, wo die einzelnen Sachen zwar ihre mechanische Selbstständigkeit nicht verloren haben, wo aber verschiedene Sachen derart durcheinand gebracht wurden, dass eine Ausscheidung nur mit unverhältnismässiger Mühe, und nach jenen Gruppen, welche früher vorhanden waren, vielleicht gar nicht, erfolgen könnte. Bei solchen „Mengen“ von Sachen, welche zwar nicht mechanisch vereint sind, von denen jedoch die physische Einzelnsache als solche für das Individualinteresse gar keine oder doch nur verschwindende Bedeutung hat, erblickt das Individuum überhaupt normalerweise nicht in der physischen Einzelnsache die Individualsache, sondern nur in der räumlichen Anhäufung;[3]) die Mengen, die räumlich geschiedenen Quantitäten

---

[1]) Bechmann, Zur Lehre vom Eigenthumserwerb durch Accession und von den Sachgesammtheiten, Kiel 1867; B. D'Ondes Rao, Dell' accessione per diritto romano. Palermo 1874, 98 S.

[2]) Seraphim F., Zur Lehre vom Eigenthumserwerbe durch Verbindung und Verarbeitung beweglicher Sachen nach dem Rechte der Ostseeprovinzen, mit bes. Berücksichtigung der einschlägigen Bestimmungen des pr. Rechts, Hamburg 1881, 61 S.

[3]) Diese Ausdehnung des Begriffes der Individualsache — nicht auf alle Quantitäten, aber auf jene Quantitäten, bei denen die physische Sacheinheit verschwindende Bedeutung hat, erscheint mir dringend geboten. Diese Quantitäten im engsten Sinne unterliegen m. E. ganz anderen rechtlichen Grundsätzen als die Quantitäten oder Sammelsachen im Allgemeinen. Wenn wir in der Verpfändung einer Heerde Schafe begrifflich die Verpfändung aller einzelnen Schafe, in der Eigenthumsübertragung an einem Sacke Ducaten die Übergabe aller einzelnen in ihm enthaltenen Ducaten zu erblicken vermögen, so können wir bei der Übergabe oder Verpfändung eines

sind ihm selbst die Individualsachen, und wenn nun solche Quantitäten unter einander in der angedeuteten Weise vermengt werden, entsteht aus den Individualquantitäten eine neue Individualquantität.

Wir können nun den Grundsatz aufstellen, dass dort, wo eine Sache derart mit einer anderen verbunden wurde, dass sie in ihr aufgeht, sich als mechanischer Theil derselben darstellt, wo also ein Zuwachs im technischen Sinne vorliegt, die zugewachsene Sache nicht nur physisch sondern auch rechtlich aufhört, Sache zu sein, d. h. dass die hinsichtlich ihrer bestanden habende rechtlich geschützte Willensherrschaft erlischt, rechtlich nicht mehr anerkannt wird, dass vielmehr der Zuwachs demselben rechtlichen Schicksale, derselben totalen oder partiellen Willensherrschaft anheimfällt, wie die Sache, in der er aufgegangen ist,[4]) dass jedoch dieses Erlöschen nur ein bedingtes ist, dass die Sachindividualität, u. z. so wie sie früher bestanden hatte, mit dem Aufhören der Ursache ihrer Erlöschung, d. i. der mechanischen Vereinigung, ihres Gebundenseins selbst wieder aufzuleben vermag. Dieses Erlöschen, welches beim Eintritte der Resolutivbedingung selbst wieder zu nichte werden kann, beziehungsweise diese Möglichkeit des Wiederauflebens der früheren Rechte unter einer Suspensivbedingung, welche natürlich bei allen totalen oder partiellen sachlichen Rechten auf gleiche Weise vorhanden ist, ist es, welche wir speciell bei dem Eigenthumsrechte dadurch hervorzuheben pflegen, dass wir von einem dominium dormiens sprechen.[5])

Sackes, eines gestrichenen Masses, eines Haufens Gerste doch nicht eine Übergabe oder Verpfändung der einzelnen Gerstenkörner sehen! Diese sind ja wertlos, jedes an sich ist gar keine Sache; an ihnen als Individuen hat Eigenthum und Pfandrecht gar keine Bedeutung. Und darum werden wir allerdings auch bei solchen Quantitäten von einer physischen Theilbarkeit sprechen können, was m. E. Unger I, § 51, N. 14 verkennt, wenn er schlechtweg behauptet, bei Quantitäten handle es sich immer nur um Theilung des Rechtes.

[4]) Hieher fallen die Bestimmungen der §§ 416—420 a. b. G.

[5]) Nur eine Folge der Ausserachtlassung des Umstandes, dass die subjectiven Rechte nichts Reales sind, sondern nur ein Ausdruck für ein Verhältnis von Ursache und Wirkung (vgl. § 97), scheint es mir zu sein, wenn man darin, dass das Eigenthum, „einmal untergegangen, späterhin wieder aufwache" etwas „Anstössiges" findet (Ihering, Geist. des R. R. II, § 41, S. 373). Als richtig aber muss zugegeben werden, dass es nur eine Frage juristischer Construction ist, ob man sagen will, „dass das Eigenthum untergehe, späterhin aber wieder aufwache, oder . . dass zwar das Eigenthum fortdauere, allein nur nicht geltend gemacht werden könne, so lange die Verbindung dauere" (ibid.). Wenn Ihering es anstössig findet, „dass das Eigenthum durch eine eigenmächtige Handlung eines Miteigenthümers verloren gehe", müsste man es nicht ebenso anstössig finden, dass es durch solch eigenmächtige Handlung seiner Wirksamkeit entkleidet werde? Und was ist ein jeder gegenwärtigen Wirksamkeit entkleidetes Eigenthum, ja ein Eigenthum, das sehr oft nie wirksam wird? — Schey in Grünhut's Zeitschrift VIII, S. 122—124 bringt das dominium dormiens beim tignus junctus unter den Gesichtspunct einer Eigenthumsveränderung durch Ausscheiden eines Anspruches (gegen den Eigenthümer des Hauses). Aber sind wirklich, solange die Sache verbunden ist, die anderen Ansprüche gegen Dritte vorhanden oder möglich?

Aber auch bei der mechanischen oder statischen Vereinigung erlischt in gleicher Weise die physische und rechtliche Existenz der vereinten Sachen; während jedoch im vorigen Falle nur einzelne der vereinten Sachen ihre Individualität verloren, eine derselben jedoch sie bewahrte, und daher rechtlich massgebend werden konnte für die ihr zugewachsenen Sachen, endet hier die physische und rechtliche Existenz aller der vereinten Sachen, und die neu entstandene Sache hat an sich selbst noch kein rechtliches Schicksal. Den Interessen jener Personen, denen Rechte an den vereinten Individualsachen zugestanden hatten, entspricht es nun aber gewiss nicht, wenn die Sache, die ja nur aus solchen Sachen, die ihrer Willensherrschaft unterlagen, entstanden ist, nun dieser ihrer ausschliesslichen Willensherrschaft entrückt wäre, d. i. wenn Pfandrecht, Servitut, Eigenthum[6]), die an allen Theilsachen bestanden, nicht auch an der Sacheinheit bestehen würden. Wenn also A, B, C zu S geworden sind, so wird zunächst jedenfalls X der an A, an B, an C das Eigenthumsrecht, Y der an A, an B, an C das Pfandrecht, Z der an A, an B, an C eine Servitut besessen hatte, auch an S das Eigenthumsrecht, das Pfandrecht, die Servitut besitzen. Aber auch dann, wenn A, B und C verschiedene Eigenthümer hatten, wird S zu diesen Eigenthümern in einem innigeren Verhältnisse stehen als zu allen anderen Personen, daher nicht herrenlos werden, sondern die Rechtsordnung schützt nun die Interessen von X, Y und Z an S gegen alle Dritten, da aber keiner mehr an den einzelnen Theilen ein Recht haben kann, haben sie ein gemeinsames Recht an S, das Eigenthumsrecht erscheint unter ihnen getheilt, und zwar nach Massgabe ihrer Interessen an A, B, C, das ist nach dem Verhältnisse des Werthes der früher von ihnen innegehabten Sachen.

Die Rechtsordnung könnte nun allerdings auch hinsichtlich des Pfandrechtes und der Servituten, also partieller Sachenrechte, ein ähn-

---

[6]) Was von den einzelnen dinglichen Rechten weiter ausgeführt wird, gilt auch von den je ihnen entsprechenden obligatorischen Ansprüchen, also dem obligatorischen Anspruche auf Übertragung des Eigenthumes, Einräumung des Pfandrechtes, Bestellung einer Servitut oder Gewährung der Benützung hinsichtlich einer speciellen Sache.

liches Verhältnis eintreten lassen, wie diess eben für das Eigenthumsrecht entwickelt wurde. Während jedoch eine innere Nöthigung vorliegt, über das rechtliche Schicksal der vereinten Sache in ihrer Totalität eine Bestimmung zu treffen, liegt eine solche Nöthigung hinsichtlich der partiellen Unterwerfung unter die Herrschaft einer Person, hinsichtlich der partiellen Sachenrechte (Servituten, Pfandrecht), nicht vor. Wenn die Eigenthumsrechte an A, B, C erlöschen, ohne dass ein Eigenthumsrecht an S entsteht, ist S herrenlos, hört normalerweise rechtlich auf, sachliche Bedeutung zu haben; keineswegs aber, wenn das Pfandrecht an A erlischt, ohne dass ein solches an S entsteht. Und während normalerweise an allen in das menschliche Macht- und Interessengebiet gerückten Sachen ein Eigenthumsrecht besteht, ist diess durchaus nicht nothwendig hinsichtlich partieller Rechte der Fall; A, B, C haben normalerweise jedes einen Eigenthümer, aber nur an A haftet vielleicht ein Pfandrecht, nur an B eine Servitut und an C vielleicht gar kein partielles Recht. Schon die sich hieraus ergebende practische Schwierigkeit hat verhindert, dass die Rechtsordnung ähnlich wie sie eine Gemeinschaftlichkeit des Eigenthumes an der vereinten Sache statuierte, auch für die partiellen Rechte des Pfandrechtes, der Servituten das Entstehen eines oder mehrerer Theilrechte (an einem ideell gedachten Drittel, Viertel, Fünftel . . .) festzusetzen fand; nur in jenen oberwähnten Fällen wird ein ähnlicher Rechtsgrundsatz als vorhanden angenommen werden müssen, wo ein und dieselbe Person an allen Theilsachen dasselbe partielle Recht hatte.[7])

[7]) Es würde gewiss unser Rechtsbewusstsein verletzen, wenn derjenige, der an zwei Fässern Wein ein Pfandrecht hatte, nun an dem in ein grösseres Fass gemischten Weine kein Pfandrecht mehr haben sollte. Dieser Fall wird nach dem ganzen Geiste des Gesetzes und speciell nach Analogie der Bestimmung des § 415 a. b. G. dahin zu entscheiden sein, dass ein Pfandrecht auch an der Mischung bestehe. Wir werden uns aber nicht mehr auf die Analogie von § 415 a. b. G. berufen können, wo ein Pfandrecht des X nur an einem Theile A bestand, an dem Theile B aber gar keines, und darum auch nicht in dem Falle, wenn die Pfandrechte an A und B verschiedenen Personen zustehen, denn § 415 handelt von einem Rechte, das voraussichtlich an allen Theilen, wenn auch für verschiedene Personen, bestand (dem Eigenthumsrechte), und kann daher auf Rechte, bei denen diese Voraussetzung nicht zutrifft, nicht übertragen werden. Man könnte übrigens vielleicht die analoge Anwendung des § 415 auf die Fälle, in denen einer Person an verschiedenen nunmehr vereinten Sachen Pfandrechte oder Servituten zustanden, aus dem Grunde anfechten, weil ja auch § 415 nur von dem Falle spricht, wo mehreren Personen an den vereinten Sachen Eigenthumsrechte zustanden; aber hieraus ergibt sich zunächst, dass dort, wo nur einer Person diese Eigenthumsrechte zustanden, nun auch sie das Alleineigenthum erwirbt, und aus diesem Grundsatze

Auch in allen diesen vorstehend erörterten Fällen der Vereinigung wird übrigens das etwaige Erlöschen früherer Rechte nur ein bedingtes sein; was oben vom dominium beziehungsweise jus dormiens gesagt wurde, wird auch hieher zu beziehen sein.

Dieselben Grundsätze wie für die Sachvereinigung werden auch für die Sachvermengung zu gelten haben, nur dass hier, wo ja keine mechanische Verbindung entstanden ist, in jenen Fällen, wo die Vermengung von Anfang an als eine solche, welche ohne unverhältnismässigen Aufwand von Zeit und Mühe wieder behoben werden kann, sich darstellt, gar kein Anlass vorhanden sein wird, von einem Erlöschen oder bedingten Erlöschen der Rechte an den in natura ja noch selbstständigen Theilsachen zu sprechen, so dass hier die Bedeutung des jus dormiens mehr in den Hintergrund tritt.

β. Sachtrennung.

§ 60.

Physisch kann jede Sache getheilt werden, ist theilbar, so dass ihre Existenz als eines Einheitlichen aufgehoben und die Existenz einer Mehrheit von Sachen an ihre Stelle gesetzt werden kann. Während jedoch in einzelnen Fällen diese neuen Sachen den Stempel ihres früheren Zusammengehörigkeitsverhältnisses an sich behalten, als Theile einer zu Grunde gegangenen Sache, als Bruchtheile erscheinen, erlangen sie in anderen Fällen durch die Trennung, vom Standpuncte des Individuums aus betrachtet, hinsichtlich ihrer Verwendbarkeit eine ganz selbstständige Existenz und vermöge dieser Verwendbarkeit einen selbstständigen Werth. Dort nun wo die Trennstücke einer Sache selbst wieder Werthe für das Individuum sind, und die Summe ihrer Werthe nicht in einem Missverhältnisse steht zu dem Werthe der früheren Sache, dort und nur dort erscheint eine Theilung als dem Individualinteresse entsprechend; und von diesem Standpuncte der Individualinteressen ausgehend bezeichnet das Recht letztere Sachen als theilbar,[1]) jene

wieder, dass überhaupt, wo ein Recht eines Einzigen an allen Theilen bestand, ein solches für diesen auch am Ganzen erwächst. Anders gestaltet sich übrigens natürlich die Sache, wenn nicht lediglich eine einfache Vereinigung, sondern eine Specification vorliegt, d. h. das Moment der vereinenden Arbeitsthätigkeit in's Gewicht fällt. Hier kann es geschehen, dass alle an den Einzelsachen bestanden habenden Rechte erlöschen (vgl. § 61).

[1]) Über die Theilbarkeit und Untheilbarkeit: Buchholtz, Versuche, 1834, IV. Abh., Über die Theilbarkeit der Sachen und Rechte, S. 47—61;

jedoch, bei welchen die genannten Voraussetzungen nicht zutreffen, als untheilbar.

Wie aber die Anlegung dieses Massstabes der Individualinteressen zu einer Einschränkung des physischen Begriffes der Theilbarkeit führte, hatte sie auch eine Erweiterung desselben zur Folge. Da es sich für das Individuum nur um die Möglichkeit getheilter Benutzung und Beherrschung handelt, erkennt das Recht auch eine Theilbarkeit, beziehungsweise Theilung von Sachen in solchen Fällen, wo gar keine physische Theilung möglich ist, oder wo sie doch unterbleibt, dann an, wenn trotz des fortbestehenden Zusammenhanges dennoch abgesonderte, von den anderen Theilhabern unabhängige Benützung und Beherrschung möglich ist. Diess ist aber nur der Fall bei der Erdoberfläche, auf ihr haftenden Baulichkeiten,[2])

Warnkönig, Über theilbare und untheilbare, getheilte und ungetheilte Rechte, Rosshirt's Zeitschrift III, S. 66—92: Wächter, Über Theilung und Theilbarkeit der Sachen und Rechte, Archiv f. civ. Pr. 27. Band, 1844, N. VII, S. 155 ff., und Würt. Pr. II, § 43; Zimmermann Dr. F., Über die Theilbarkeit von Gebäuden und deren Gränze, Archiv f. civ. Pr., 54. Band (N. F. 4) 1871, N. XX, S. 421—426; Pałasiewicz, Über die Theilbarkeit der Häuser nach physischen Antheilen; Steinlechner Dr. P., Das Wesen der juris communio und juris quasi communio, 1. Abth., Revision der Lehre von der Theilbarkeit und Untheilbarkeit auf dem Rechtsgebiete, Innsbruck 1876, 169 S. (hiezu Regelsberger in Grünhut's Zeitschrift III, 1876, S. 695—701, und Eck, Krit. VJS XIX, 1877, S. 223—238); Vincent L., Etude sur la condition juridique des copropriétaires par indivis de choses corporelles pendant la durée de l'indivision, Lyon 1881, 233 S.; Bianchi F., I principii della indivisibilità nel diritto civile italiano, Siena 1881, 46 S. Savigny, Obligationenrecht I, § 29, Theilbare, untheilbare Leistungen; Windscheid I, § 142; Arndts, § 53; Roth, D. Pr. I, § 77; Unger I, § 57; Schiffner I, § 76, auch Randa, Besitz, § 17.

[2]) Bei der früher auch in Österreich zulässig gewesenen Theilbarkeit der Häuser nach Stockwerken ist allerdings eine Beschränkung der Verfügungsfreiheit der Theilhaber durch die Natur der Sache geboten; es tritt zu dem Rechte an dem Stockwerke noch ein weiteres Recht gegen den anderen Theilhaber, seinen Theil in Stand zu halten, hinzu. Eine solche Theilbarkeit wurde jedoch für die in der Stadt Salzburg gelegenen Häuser mit Vdg. d. Min. der Justiz und des Innern 8. Februar 1853, RGB 25 für die Zukunft für unzulässig erklärt, mit Gesetz 30. März 1879, RGB 50 (giltig für alle Kronländer, in denen das a. G. G. gilt, somit alle ausser Tirol, Dalmatien, Vorarlberg) aber überhaupt jede Erwerbung eines selbstständigen Eigenthumsrechtes an „materiellen Theilen eines Gebäudes, welche nicht so beschaffen sind, dass sie als selbstständige körperliche Sachen angesehen werden können", also z. B. „an einzelnen Stockwerken oder Räumen eines Gebäudes" pro futuro ausgeschlossen. Mit der Aufhebung der Theilbarkeit haben aber die schon vorhandenen Getheiltheiten nicht aufgehört Giltigkeit zu haben, und bestehen z. B. in Salzburg, dann bei Judenhäusern mährischer Judengemeinden thatsächlich noch solche Verhältnisse. (Vgl. aber auch die Mittheilungen von Fuchs J. Bl. 1878, N. 46 und N. 50 „Curiositäten des neuen Wiener Grundbuches.) § 3 des cit. Gesetzes bestimmt aber, dass, „wenn eine Vereinigung der . . Theile zu Stande kommt . . eine Trennung oder abgesonderte Belastung derselben nicht mehr vorgenommen werden kann." Diese Bestimmung hat offenbar auch in dem Falle zu gelten, wenn die „Vereinigung" noch nicht bücherlich durchgeführt ist, insoweit nicht die inzwischen erworbenen Rechte eines Dritten, welcher im Vertrauen auf die öffentlichen Bücher handelte, entgegenstehen. Über solche Horizontaltheilungen und insbesondere das Eigenthum an einem unter einem fremden Hause liegenden Keller vgl. Stobbe II, § 79, N. 4. In Österreich bestanden in den meisten Kronländern eigene Kellerbücher (vgl. Hofkzd. 2. Juli 1832, N. Österr. PGS S. 340). Über „die Behandlung der Weinkeller im Zuge der neuen Grundbuchsanlegung", GZ 1883, N. 49. — Eine solche wechselweise Beschränkung der Befugnisse der Eigenthümer, wie sie oben bei Besprechung der Quertheilung von Häusern erörtert wurde, tritt aber nicht nur dort zum Vorscheine, wo eine als Einheitliches gedachte unbewegliche Sache räumlich unter Mehrere getheilt ist, gewisse negative Beschränkungen ergeben sich schon aus dem blossen „Nachbarrechte"; ich darf z. B. mein Grundstück nicht abgraben, wenn hiedurch ein Absturz der Erdmassen des Nachbargrundstückes bewirkt würde.

[3]) A. A. Wächter im Archiv 27, S. 179 ff., Regelsberger, Grünhut's Zeitschrift III, S. 696 mit Berufung auf L. 36, D. 8, 2 und L. 19, pr. D. 10, 3. Aber gerade aus diesen Stellen ergibt sich, dass der zwei Häusern als gemeinsam eingefügte Balken, der zwei Grundstücken gemeinsame Stein, Baum, nur so lange er immobil, nicht Balken, Stein, Baum, sondern Theil des Hauses, Grundstückes ist, nach räumlichen Gränzen von Verschiedenen innegehabt werden kann; während in dem Augenblicke, in dem er beweglich wird, die räumliche Getheiltheit sofort aufhört. Die Fälle, welche Randa, Besitz, § 17 N. 4 hieher bezieht, sind gar keine Fälle einer Theilung pro diviso, d. h. einer bloss räumlichen Theilung ohne Aufhebung des Zusammenhanges der Theile. Die losen Blätter eines Manusciptes sind eben selbstständige Sachen und daher ist an ihnen ebenso selbstständiges Eigenthum möglich, wie an den einzelnen Theilen eines vom Fleischer zerlegten Ochsen. Was die transportable Schaubude mit verticalen Scheidewänden und gemeinsamer Bodenlage betrifft, so kann ich mir das pro diviso getheilte Eigenthum an der gemeinsamen Bodenlage nicht wol vorstellen, ich erblicke in der Heranziehung dieses Beispieles nur eine ungerechtfertigte Übertragung der für immobile Häuser geltenden Grundsätze auf „bewegliche Häuser". Beim unbeweglichen Gebäude kann es eine gemeinsame Mittelwand, gemeinsame Dachbalken geben (vgl. oben), geradeso wie diess bei zwei an einand stossenden Häusern der Fall sein kann; denn jeder kann seine Haushälfte, die eigentlich nichts ist als ein in ein anderes hineingebautes Haus (vgl. Exner, Tradititon S. 27, und L. 6, § 1, D. 8, 4), nur dort benützen, wo sie steht. Aber beim beweglichen Hause vertragen sich die relative Unbeweglichkeit der Hälften und unsere Auffassung von der Natur des Eigenthumes an beweglichen Sachen nicht wol miteinander. Eine Rechts-

nur[3]) bei den unbeweglichen Sachen, da bei beweglichen immer ein

Theilhaber durch den Anderen in der Bewegbarkeit der Sache, somit der freien Verfügung gehindert ist.[4])

Indem wir nun die verschiedenen Sachen nach gewissen gemeinsamen Merkmalen in Gruppen gleichartiger Sachindividuen, die wir Gattungen[5]) nennen, eintheilen, ergibt sich, dass eine Sache in der

---

ordnung könnte gewiss Eigenthum pro diviso für zulässig erklären, aber dann wäre gar kein Grund, warum sie nicht auch die Möglichkeit, dass dem A der Kopf, dem B die Euter und dem C der Schweif der lebenden Kuh gehöre, anerkennen sollte. Ein solches getheiltes Eigenthum an ungetheilten Mobilien ist unpractisch, der A kann mit seinem Schaubudentheil nicht nach Kagran fahren, während der B nach Korneuburg fährt, der B kann seine Kuheuter nicht zu Hause melken, während der A seinen Kuhschädel auf die Weide führt. Und darum hat sich die Rechtsordnung zur Anerkennung von verschiedenen Rechten an den ungetrennten Theilen einer beweglichen Sache noch nicht emporgeschwungen. Auch heute gilt noch von der res mobilis, was L. 8, D. 6, 1 besagt: „nunquam . . . pro diviso possideri potest."

[4]) Jedoch auch bei den unbeweglichen Sachen beschränkt das Recht diese Theilbarkeit in „partes pro diviso" in gewissen Fällen ausdrücklich. So war sie ganz unzulässig bei Bauerngütern und ist überhaupt durch das System der öffentlichen Büchern indirect in der Weise beschränkt, dass ohne Auflösung der bücherlichen Einheit, der Grundbuchseinlage, eine solche Theilung nicht zulässig erscheint, oder doch nur von beschränkter rechtlicher Wirkung ist.

[5]) Auch der Begriff der Gattung ist übrigens ein relativer. Die Pflanzen sind uns Gattung, die Phanerogamen Gattung, die Gräser Gattung, die Getreidearten Gattung, der Weizen Gattung und die einzelne Spielart wieder Gattung, je nach dem verschiedenen Interessenmassstabe. Nicht zu verwechseln ist der Begriff der Gattung mit dem oben (§ 59, N. 3) entwickelten der Quantitäten i. e. S. . Quantitäten sind allerdings Gattungssachen; aber nur jene Gattungssachen sind Quantitäten im technischen Sinne, bei denen der Werth des Sachindividuums in der Weise in den Hintergrund tritt, dass nicht die Zahl, sondern nur Mass und Gewicht der gemengten Sachindividuen in's Auge gefasst wird. (Der Ausdruck Quantitäten wird aber gemeiniglich auch für die nach Zahl gemessenen Mengen gleichartiger Sachen gebraucht, somit in weiterem Sinne genommen; vgl. z. B. Unger I, § 50, S. 404, 405.) Noch ein anderer Begriff ist wieder der der Vertretbarkeit (Unger I, § 50; Schiffner I, § 74; Windscheid I, § 141), ein Begriff, den das a. b. G. offenbar mit dem der Verbrauchbarkeit verwechselt (vgl. Unger, S. 408; gegen diese Verwechslung Puchta, Vorlesungen, § 37, Ihering, Jahrb. f. Dogm. IV, S. 400 ff.; Über Verbrauchbarkeit: Unger I, § 49; Schiffner I, § 73; Windscheid I, § 140; Schuster Dr. M., Über den Begriff der verbrauchbaren und unverbrauchbaren Sache, Z. f. ö. R. 1835, I, N. I, S. 1—42). Vertretbare Sachen sind Gattungssachen, bei denen es dem Interesse des Einzelnen normalerweise gleichgiltig ist, welche er besitzt, bei denen nur Menge, Zahl, Gewicht ihm massgebend erscheinen. Aber auch dieser Begriff ist selbstverständlich nur ein relativer.

Weise rechtlich theilbar sein kann, dass sie in mehrere Sachen sich auflöst, welche rechtliche Selbstständigkeit besitzen, aber nicht derselben Gattung angehören wie sie selbst, welche ein Anderes sind als die Sache war, aus der sie entstanden (ein Tisch, der zerlegt wird, gibt nicht wieder Tische; wir nennen solche Sachen zerlegbare Sachen); oder dass eine Sache in der Weise rechtlich theilbar sein kann, dass sie in mehrere Sachen sich auflöst, welche rechtliche Selbstständigkeit besitzen, welche aber derselben Gattung angehören, wie sie selbst, welche ein Ebensolches sind, wie die Sache, aus der sie entstanden (Holz das zerlegt wird, gibt zerlegt wieder Holz; wir nennen solche Sachen theilbar i. e. S.);[6]) es kann aber auch eine Sache die Fähigkeit an sich haben, aus sich in der Weise andere Sachen zu setzen, dass sie nicht, wie in den beiden vorigen Fällen, hiedurch selbst aufhört Sache zu sein, sondern als Selbes vorhanden bleibt, das sie früher war, und nur aus sich heraus und zu sich hinzu ein zweites, drittes, viertes . . gesetzt hat (z. B. ein Apfelbaum, eine Kuh; wir nennen eine solche Sache eine fruchtbare oder fruchtbringende Sache).[7])

---

[6]) Schon aus dem gewählten Beispiele ergibt sich aber, dass es auch hier nur auf die sachliche Bestimmung ankommt; auch der Tisch ist Holz, aber Holz in einer für eine gewisse Bestimmung berechneten Form. Zucker, Schuhwichse, Wein sind gewiss theilbare Sachen; aber der Hut Zucker, die Schachtel Schuhwichse, die Flasche Wein mit der Firmavignette sind nicht theilbar in dem Sinne, dass nach der Theilung wieder die für den Verkehr bestimmten Formgruppen, Hüte Zucker, Schachteln Schuhwichse, Flaschen Wein vorhanden wären.

[7]) Nicht um den naturwissenschaftlichen Begriff der Frucht handelt es sich hier; was eine Sache aus sich zu sich hinzu bildet, ist Frucht derselben, sei es nun Frucht in naturwissenschaftlichem Sinne, sei es Dünger (a. A. Unger I, § 56, N. 4) oder sonst ein Erzeugnis. Auch hier wird es auf das Individualinteresse ankommen; die Eichel ist Frucht, wenn es sich um Herstellung eines Caffeesurrogates oder um die Fütterung von Schweinen handelt; die Eiche selbst ist Frucht, wenn es sich um den forstmässigen Betrieb eines Waldcomplexes handelt. Ja auch in jenen Fällen sprechen wir im jur. Sinne von einer Frucht, in denen allerdings eine Sache die andere nicht aus sich produciert, in denen aber die Loslösung dieser Sachtheile auf die Gestaltung und den Werth der sie enthaltenden Sache keinen momentan in die Augen tretenden Einfluss übt, also bei bergwerkmässiger Gewinnung von Mineralien. Nicht unter den Begriff der Frucht fällt aber der Raubbau, weil hier eine solche sichtbare Veränderung und Entwerthung allerdings eintritt. — Dass auch der Windbruch nicht unter den Begriff der Frucht fällt (wie Winiwarter II, § 48, irrig annimmt), dürfte nach Obigem keinem Zweifel unterliegen. Irrig ist es auch, wenn der in einem Grundstücke gefundene Schatz als „Frucht" erklärt wird (so noch das

Während nun das Individualinteresse zu der Aufstellung des uns ganz selbstverständlich erscheinenden Grundsatzes geführt hat, dass das was von einer Sache rechtlich gilt, im Falle ihrer Auflösung auch von den Theilen, welche an ihre Stelle getreten sind, gelte, liegt bei der letztbesprochenen Art der Sachtrennung, wo die Neusachen nicht an Stelle der Stammsache getreten sind, sondern diese noch fortbesteht, allerdings nicht derselbe innere Grund vor, sie rechtlich in allen Fällen ganz so zu behandeln, wie die Stammsache selbst zur Trennungszeit zu behandeln gewesen wäre. So lange die Früchte[8]) mit der Stammsache noch verbunden sind, bilden sie allerdings mit ihr eine rechtliche Einheit, was von der Sache gilt, gilt auch von ihnen,[9]) ja hinsichtlich ihrer ist, so lange sie nicht abgetrennt sind, eine rechtliche Sonderbehandlung geradezu ausgeschlossen.[10]) Und normalerweise wird die Rechtsordnung auch, wenigstens was das Eigenthumsrecht betrifft, keinen Anlass haben, für die bereits abgetrennten[11]) Früchte eine

WGGB. II, § 299). Vgl. über beide Momente L. 7, § 12, D. 24, 3: „si vi tempestatis ceciderunt (sc. arbores), dici opportet . . . nec in fructum cedere; non magis quam si thesaurus fuerit inventus; in fructum enim non computabitur."

[8]) Bake, Bonae fidei possessor quemadmodum fructus suos faciat, Berlin 1825; Heimbach, Die Lehre von den Früchten nach dem gem. in Deutschland geltenden Rechte, Leipzig 1843, 318 S. (rec. v. Buchholtz, Krit. Jahrb. 1844, I, S. 501 ff.); Wächter, Erörterungen I, 3 u. Württ. Pr. II, S. 259—269; Weiske, Über die Früchte nach dem a. b. G., GZ 1853, N. 45—49; Janke H., Das Fruchtrecht des redlichen Besitzers und des Pfandgläubigers, Erlangen 1862, 310 S. (rec. Arndts Österr. VJS IX, 1862, LBl S. 46—53); Göppert D. H., Über die organischen Erzeugnisse, eine Untersuchung a. d. röm. Sachenrecht, Halle 1869, 408 S. (rec. Hartmann, Kr. VJS XI, 1869, S. 503—526); Köppen A., Der Fruchterwerb des b. f. possessor, Zur Lehre von der Pendenz der Rechtsverhältnisse, Festschrift, Jena 1873, 108 S.; Windscheid I, § 144; Arndts § 55; Roth D. Pr. I, § 82; Unger I, § 56 und Sächsischer Entwurf S. 62—71; Schiffner I, § 79.

[9]) Vgl. § 457 a. b. G.

[10]) Ein Verkauf, eine Verpfändung der stehenden Früchte bewirkt nicht sofortiges Eigenthum, sofortiges Pfandrecht; sie bewirken nur, dass die Früchte nach ihrer Abtrennung in das Eigenthum eines Dritten, in den Pfandnexus fallen sollen. Vgl. auch Unger I, § 45, N. 36. Ein Vorbehalt des Eigenthumes an den stehenden Früchten beim Verkaufe bewirkt nur das Entstehen einer Restitutionspflicht. Vgl. auch Unger I, § 54, N. 17. Wirkungslos ist daher auch die Verpfändung stehender Früchte durch den Eigenthümer der fruchtbringenden Sache, wenn diesem gar nicht das Eigenthum an den zu separierenden Früchten gebührt. A. M. Göppert, l. c. S. 234.

[11]) Die „abgetrennten" Früchte werden fructus separati im Gegensatze zu den „stehenden" Früchten, fructus pendentes s. stantes, genannt. Die abgetrennten Früchte aber können wieder bereits gesammelt und eingebracht (percepti),

andere Bestimmung zu treffen, als hinsichtlich der Stammsache; es entspricht gewiss dem allgemeinen Interesse, dass normalerweise dem Eigenthümer der Stammsache auch das Eigenthum an den Früchten zufällt.[12])

Diesen Grundsatz spricht auch, freilich einerseits in zu enger, anderseits in zu weiter Form, § 405 a. b. G. aus, in zu enger Form, indem er nur von jenen Nutzungen, die der Boden „ohne bearbeitet zu werden, hervorbringt", sogenannten fructus mere naturales im Gegensatze zu fructus industriales, den durch Bearbeitung gewonnenen Früchten, handelt, während auch von diesen normalerweise derselbe Grundsatz gilt, in zu weiter Form, da umgekehrt in jenen Fällen, in welchen die Industrialfrüchte als solche einem Dritten zufallen (z. B. beim Niessbrauche), diess auch von diesen fructus mere naturales gilt. Ist aber auch die im älteren deutschen Rechte bedeutsam gewesene Eintheilung der Früchte in Natural- und Industrialfrüchte für das österreichische Recht ohne practischen Inhalt, so bildet sie doch den logischen Ausgangspunct für jene Fälle, in denen die abgetrennten Früchte nicht dem rechtlichen Schicksale der Stammsache anheimfallen. Das Individualinteresse, das derjenige, der eine Sache behufs Gewinnung von Früchten bearbeitete, daran hat, dass er auch sofort nach ihrer Absonderung die Früchte erwerbe, diese Früchte, die ja nicht nur Früchte der Sache, sondern Früchte seiner Arbeit sind, auch ernte, erlangte in gewissen Fällen rechtliche Anerkennung, u. z. nach österreichischem Rechte dort, wo diese Bearbeitung auf Grund eines dinglichen[13]) (Nutzniessungs-, Erbpacht-, Erbzins-) Rechtes oder in redlichem Glauben[14]) vom Inhaber erfolgte[15]); allerdings erlangt jedoch der fragliche Nutzniesser

d. i. speciell in Besitz genommen sein. (Vgl. Wächter, Erört. I, 3, S. 55 ff. und nach ihm Unger I, § 56, S. 465 u. N. 23.) In anderem Sinne unterscheidet man wieder fructus percepti, d. i. wirklich erzielte Früchte im Gegensatze zu fructus percipiendi, d. i. Früchte, welche hätten erzielt werden können aber nicht erzielt wurden.

[12]) Als ein logisches Postulat stellt diess Göppert, Über die organischen Erzeugnisse, hin. Über den Werth solcher logischer Ableitungen vgl. u. § 61, N. 2.

[13]) Arg. § 519 a. b. G. Anders im röm. Rechte, wo der Fruchtniesser nicht schon durch Separation, sondern erst durch Perception Eigenthümer der Früchte wird. Dieses letztere tritt auch nach österr. Rechte beim Pachte ein. Vgl. auch Exner, Tradition, S. 17—20.

[14]) § 330 a. b. G. Nach röm. Rechte waren die noch vorhandenen Früchte, „fructus exstantes" (im Gegensatze zu den bereits verzehrten, „fructus consumti") zu restituieren.

[15]) Über das ältere deutsche Recht vgl. Unger, Sächs. Entwurf, S. 62—71; Stobbe II, § 152, S. 679—681. Ausschlaggebend war vor-

oder redliche Besitzer nicht nur an diesen Industrial-, sondern an allen Früchten durch die Separation das Eigenthum.

Aber nur hinsichtlich des Eigenthumsrechtes gilt, abgesehen von den erwähnten Ausnahmen, der Grundsatz, dass die rechtliche Bestimmung der Hauptsache auch die Früchte erfasse; hinsichtlich des Pfandrechtes ist er durch § 457 ausdrücklich ausgeschlossen, und auch hinsichtlich der Servituten, welche ja an den Stammsachen in gleicher Weise fortbestehen, wird, wo nicht die Servitut geradezu in dem Rechte auf Bezug der Früchte besteht, somit geradezu Eigenthum an diesen eintritt, die Servitut hinsichtlich der Früchte bedeutungslos erscheinen, beziehungsweise nicht auch an ihnen bestehen.

Der Begriff der Frucht hat jedoch in gewissen Richtungen in der Rechtsordnung eine Beschränkung erfahren, indem von dem subjectiven Standpuncte des Individuums aus nur jener Theil der Früchte oder richtiger nur jener Theil des Werthes der Früchte als ein wirklicher vermögensrechtlicher Gewinn, somit als wirksame sachliche Vermehrung erschien, welcher als Überschuss über den Werth der Productionsarbeit und der Productionsmittel sich darstellte; wenn man aber so den Begriff der Frucht einschränkend auf den des Reingewinnes übertrug, war es naheliegend, denselben anderseits wieder auszudehnen, indem man jeden aus einer Sache erzielten oder zu erzielenden Gewinn, beziehungsweise Reingewinn in übertragenem Sinne, Frucht nannte; und so ergab sich die Eintheilung der Früchte i. w. S. in Naturalfrüchte (Früchte i. e. S.) und Civilfrüchte. Von den Civilfrüchten gilt aber keinesfalls mit Nothwendigkeit stets alles das, was von den Naturalfrüchten gilt.[10])

wiegend der Gesichtspunct der Arbeit: „Wer sät, der mäht." Daher hatte der Pächter einen Eigenthumsanspruch hinsichtlich der von ihm gezogenen, wenn auch erst nach Ablauf der Pachtzeit reifenden Früchte, daher hatte bei einem zwischenfallenden Eigenthumswechsel der frühere Eigenthümer, der die Arbeit verrichtet hatte, auch den Eigenthumsanspruch hinsichtlich der erst später zur Ernte kommenden Früchte. Vgl. auch das Sächs. Gesetzbuch § 76, das pr. LR I, 9, § 221.

[10]) Vgl. Unger I, § 56, N. 48. Dem röm. Rechte war diese Auffassung der Mieth- und Pachtgelder, Zinsen etc., d. i. unserer „Civilfrüchte", als Früchte überhaupt fremd. Vgl. L. 121, D. 50, 16: „Usura pecuniae quam percepimus in fructu non est, quia non ex ipso corpore, sed ex alia causa est, id est nova obligatione."

γ. Sachumwandlung.

§ 61.

Es wurde bereits darauf hingewiesen, dass jede Sache in fortwährender Umbildung und Veränderung sich befindet, und stets einzelne ihrer Stofftheile wechselt, beziehungsweise verliert, und andere an sich zieht. Insoferne nun diese Veränderung in einer Aufnahme anderer selbstständiger Sachen ihren Grund hat, fällt sie unter den Gesichtspunct der Sachvereinigung, insoferne sie in der Ausscheidung anderer selbstständiger Sachen ihren Grund hat, unter den der Sachtrennung.

Es verbliebe somit für diese Gruppe der Sachumwandlung i. e. S. nur jene partielle Umwandlung, welche ihre Ursache hat in der inneren Anordnung der Stofftheile oder in der Aufnahme einzelner unselbstständiger Theile anderer Sachen oder in der Abstossung solcher nicht zu Selbstständigkeit gelangender Theile. Aber nicht jede dieser Veränderungen hat für das Individuum eine solche Bedeutung, dass sich ihm nun ihr zur Folge die Sache als eine andere Sache darstellt. Ja noch mehr; die Rechtsordnung findet normalerweise gar keinen Anlass, die an der früheren Sache anerkannten Rechte nicht auch an der neuen Sache selbst dann anzuerkennen, wenn diese wirklich eine vollständig andere geworden ist. Was vom Moste gegolten hat, gilt der Rechtsordnung auch vom Weine, was vom Weine auch vom Essig. Solange nicht ein Sonderinteresse vorliegt, welches die Anerkennung der Rechtsordnung erlangt hat, wird für diese gar kein Grund vorliegen, das Eigenthums- oder Pfandrecht, das X an einem Fasse Wein, an einem Baume hatte, darum nicht als fortbestehend anzuerkennen, weil der Wein sauer geworden ist, und darum aufgehört hat, Wein zu sein und zu Essig geworden ist, weil der Baum verbrannt ist, und darum aufgehört hat, Baum zu sein und Kohle geworden ist. Ein solches Sonderinteresse, welches Einfluss gewinnen kann auf die Rechtsordnung, ist aber dann vorhanden, wenn ein Individuum diese Veränderung durch persönliche Mühe und Arbeit herbeigeführt hat. Es steckt hier zwar nicht wie in den oben § 59 ausgeführten Fällen in der neuen Sache eine fremde Sache, um deretwillen die früheren Verhältnisse alteriert werden sollen, aber es steckt eine fremde Arbeit in ihr, und diese Arbeit repräsentiert für das Interesse des Individuums, das sie geleistet, geradesogut einen Werth, als eine etwa einverleibte Sache.

Nur jene Umwandlung somit wird rechtlich bedeutend sein, die eine solche besondere Arbeitsanwendung zur Ursache hatte; aber ganz dieselben Ursachen, die bei der blossen Umwandlung einer Sache (im

Gegensatze zur Vereinigung oder Trennung) eine Berücksichtigung durch die Rechtsordnung erlangten, lagen auch dort vor, wo zwar zunächst der Gesichtspunct einer Vereinigung oder Trennung Platz greift, wo aber auch diese Vereinigung oder Trennung nur durch eine ganz specifische und berücksichtigungswürdige Arbeit erfolgt ist. Es ergibt sich hienach, dass nicht von der blossen Umwandlung (i. e. S.) der Sachen, sondern von einer ganz specifischen, d. i. durch menschliche Arbeit erfolgenden Umwandlung (i. w. S.) derselben zu handeln sein wird (Specification).[1])

Ein dreifacher Standpunct nun ist es, den die Rechtsordnung einer solchen Veränderung der Sachen durch menschliche Arbeit gegenüber einnehmen könnte.[2]) Sie kann bei Beurtheilung des rechtlichen

[1]) Scheurl, Beiträge zur Bearbeitung des röm. Rechts, Erzeugung als Erwerbsgrund, Erlangen 1853; Meykow, Die Lehre des röm. Rechts von dem Eigenthumserwerb durch Specification, Osenbrüggen's Dorpater jur. Studien, S. 149 ff.; Bechmann, Über den Rechtsgrund des Eigenthumserwerbs durch Specification, Archiv f. civ. Praxis, 47. Band, 1864, N. II, S. 25—50; Fitting, Die Specification, Archiv f. civ. Praxis, 48. Band, 1865, N. I, VII und XIII, S. 1—25, 149—194, 311—365; Bremer, Kr. VJS X, 1868, N. I, S. 1—67; Kräwel, Über den redlichen Besitz und dessen Folgen in Beziehung auf den Fruchterwerb nach deutschem Recht, Arch. f. civ. Pr., Band 58, N. F. 8, 1875, S. 261—276; Seraphim F., Zur Lehre vom Eigenthumserwerbe durch Verbindung und Verarbeitung beweglicher Sachen nach dem Rechte der Ostseeprovinzen, Hamburg 1881, 61 S.; Sulzer A., Der Eigenthumserwerb durch Specification, Zürich 1884, 180 S. (bespr. GZ 1883, N. 93); Windscheid I, § 187; Brinz I, § 149; Stobbe II, § 152 und Beiträge zur Geschichte des deutschen Rechts, 1865, S. 59 ff. und S. 65 ff.; Stubenrauch I, S. 503—506 (4. Aufl.); Kirchstetter, S. 224—226.

[2]) Vgl. Ihering, Geist d. r. R. III, § 59, S. 313. Nichts ist verkehrter als zu meinen, die eine oder andere Lösung sei eine logische Consequenz des Eigenthums- oder Arbeitsbegriffes. Die rechtlichen Begriffe müssen sich nach den Thatsachen richten, nicht aber die Thatsachen nach den rechtlichen Begriffen. „Es ist das Blendwerk juristischer Dialectik, welche dem Positiven den Nimbus des Logischen zu geben versteht, welche, indem sie das Vorhandene vor unserem Urtheile als vernünftig zu rechtfertigen sucht, dabei nicht den Weg einschlägt, dass sie die historische, practische oder ethische Berechtigung desselben nachweist, sondern den, dass sie mit Hülfe von Gesichtspuncten, die erst für diesen Zweck erfunden sind, die logische Nothwendigkeit desselben darzuthun versucht" (S. 309). Da ist es dann auch kein Wunder, dass es manchmal zu Argumentationen kommt, wie sie Sterne in dem Streite der Strassburger Gelehrten über die Nase des Fremdlings (Tristram Shandy, Chapt. 86) so göttlich persifliert: Die Gegner der Nasentheorie entledigen sich des ihnen unbequemen Einwandes, etwas sei anders, als es nach ihrer Argumentation sein müsste, mit einem köstlichen „It ought not", Sollte aber nicht! Wie oft begegnen wir nicht diesem „Sollte aber nicht", wenn die kräftigen Triebe des Lebens sich nicht unter die Schemen der juristischen Logiker zwingen lassen!

Schicksales der Neusache die Arbeit gänzlich ignorieren, dem Arbeiter höchstens einen Ersatzanspruch einräumen (Grundsatz der Sabinianer); sie kann die früheren sachlichen Rechte ignorieren und untergehen lassen und dem Verarbeiter das Alleineigenthum zuschreiben (Grundsatz der Proculejaner); sie kann schliesslich, ähnlich wie bei der Vereinigung verschiedener Sachen, ein gemeinschaftliches Eigenthum des früheren Eigenthümers und des Verarbeiters annehmen. Auf letzterem Standpuncte steht das österr. Recht (§ 414 u. 415 a. b. G.); nur dann jedoch tritt diese Gemeinsamkeit des Eigenthumes ein, wenn die verarbeitete Sache nicht „in ihren vorigen Stand zurückgebracht" werden kann; ist diess der Fall, so wird die verarbeitete Sache wieder dem Eigenthümer „zurückgestellt". Es liegt also auch hier unter Umständen ein theilweises dominium dormiens in Mitten.

Was nun die partiellen Sachenrechte betrifft, so würde im ersten der drei erwähnten Fälle selbstverständlich kein Hindernis gegen ihren Fortbestand vorliegen; im zweiten jedoch würden sie, da ja sogar das Eigenthumsrecht selbst erlösche, mit diesem erlöschen; im dritten wäre allerdings an sich denkbar, dass nun, ähnlich dem Eintreten eines Theileigenthumes, hinsichtlich dieses ideellen Theiles auch das frühere Pfandrecht fortbestünde; für das österr. Recht ist jedoch eine solche Wirkung gesetzlich nicht normiert. Aber auch die Partialrechte leben wieder auf, wenn durch Rückversetzung der Sache in den vorigen Stand das Alleineigenthum des ursprünglichen Eigenthümers wieder auflebt, oder aufzuleben vermöchte.[3]) Falls jedoch der Eigenthümer selbst die Specification vorgenommen hat, somit keine Collision mit dem durch einen Dritten erworbenen Theileigenthumsrecht eintritt, werden diese Partialrechte überhaupt a priori gar nicht erlöschen, werden auch auf die Neusache übergeben.

Es wird nun nur noch die Frage zu erörtern sein, wann eine Arbeitsleistung als von derartiger Bedeutung sich darstellt, dass sie die erwähnten Wirkungen herbeiführt, die Sache also rechtlich als eine andere Sache erscheinen lässt. Eine durchschlagende Regel vermag natürlich hierüber nicht aufgestellt zu werden; aber als massgebende Gesichtspuncte werden bezeichnet werden müssen, dass durch die Arbeit die Sache äusserlich in ihrer Beschaffenheit und Verwendbar-

[3]) Z. B. der frühere Eigenthümer der specifischen Sache hat diese vom Specificanten ererbt. Hiedurch erwirbt der Erstere zwar wieder das Alleineigenthum, aber das Pfandrecht lebt keineswegs wieder auf. Wird aber nun die Sache in ihren früheren Stand versetzt, so kann allerdings in der Person des Eigenthümers keine rechtliche Veränderung mehr vor sich gehen, er hat ja schon die ganze Sache im Eigenthume, aber das Pfandrecht lebt wieder auf.

keit verändert worden sein muss, dass eine Werthvermehrung der Sache, welche im Verhältnisse zum Werthe der verarbeiteten Sache nicht unbedeutend ist, erfolgt sein muss, und dass schliesslich auch der Werth der Arbeit selbst zu dem Werthe der verarbeiteten Sache in einem nicht geringfügigen Verhältnisse stehen darf. Denn nur in einem solchen Falle liegt eine Verarbeitung (§§ 414, 415 a. b. G. im Gegensatze zu einer blossen Bearbeitung) vor.

Hienach wird bei einer blossen Theilung[4]) als Selbstzweck allerdings normalerweise eine solche Wirkung nicht eintreten: selbe wird sich als blosse Bearbeitung darstellen. Wo aber die specielle Art der Theilung, die verhältnismässig besondere Mühe in den Vordergrund tritt, wo es sich nicht bloss darum, dass getheilt werde, sondern darum, dass gerade so getheilt werde, handelt, wird allerdings der Gesichtspunct der Specification Platz greifen können.

b. Verhältnis der Sachindividuen zum Erdballe (Beweglichkeit und Unbeweglichkeit der Sachen).[1])

§ 62.

Der Erdball und seine für uns erreichbare Umgebung bildet für unsere Auffassung ein einheitliches Ganze, innerhalb dessen die verschiedensten Stoffformen sich enge aneinanderschliessen; wir können uns so wenig einen nicht von Stoff angefüllten Raum denken, dass wir sogar jene Raumtheile, in denen wir keinen Stoff nachzuweisen vermögen, als mit einem unnachweisbaren Stoffe, dem Äther, erfüllt anzunehmen uns veranlasst fühlen. Die uns zugängliche, uns erfassbare Aussenwelt ist uns die Sache. Aber nicht als Ganzes, sondern nur in ihren Theilen ist sie uns erfassbar, nur ihre räumlich begränzten, unserer Verfügung unterwerfbaren Theile sind uns die Sachen. Von ausser-

[4]) Ganz besondere Grundsätze aber bestehen hinsichtlich jener mittelbar hervorgerufenen Sachtheilung, bei welcher die Thätigkeit des Individuums nicht in der unmittelbaren Abtrennung liegt, wo vielmehr eine Sache vorher eigens bearbeitet wurde, damit sie dann aus sich andere Sachen, Früchte, ausscheide. Vgl. hierüber oben § 60. Der Bearbeiter als solcher hat hier — wenigstens nach ö. R. — kein Recht an den Früchten.

[1]) Windscheid I, § 139; Stobbe I, § 63; Wächter, Würt. Pr. II, § 37; Unger I, § 48; Schiffner I, § 70; Renaud, Die Lehre von der Eintheilung der Sachen in bewegliche oder unbewegliche, nach franz. Recht aus ihrer germanischen Grundlage erläutert, Z. f. Rechtsw. des Auslandes, Band 23, 1850, S. 83 ff., 229 ff.

ordentlicher Wichtigkeit für unsere Verfügung erscheint uns jedoch, ob wir die Sache, den Bestandtheil des Erdganzen, den wir unserer Herrschaft unterwerfen wollen, beliebig von einem Puncte des Erdballes zu einem anderen versetzen können, ob derselbe somit beweglich ist, oder ob derselbe derart mit dem Erdballe mechanisch verbunden ist, dass wir ohne Störung dieser Verbindung eine solche räumliche Veränderung (falls sie überhaupt möglich ist) nicht vorzunehmen im Stande sind, dass die Sache somit als mechanischer Bestandtheil des unbeweglichen Erdganzen selbst unbeweglich ist.[2]) Und um dieser durchgreifenden Wichtigkeit einer an Ort und Stelle gebundenen Benützungs- und Beherrschungsmöglichkeit willen hat auch die Rechtsordnung an den Unterschied zwischen unbeweglichen und beweglichen Sachen seit jeher ganz besondere Wirkungen geknüpft, ja sie war zum Theile schon durch dieses natürliche Verhältnis genöthigt, verschiedene Grundsätze für unbewegliche und bewegliche Sachen aufzustellen. Es sei hier nur hingewiesen darauf, dass die rechtlichen Bestimmungen hinsichtlich Erwerbes, Verlustes und Erhaltung des Besitzes und der dinglichen Rechte, sehr abweichend von einander sind, je nachdem es sich um bewegliche oder unbewegliche Sachen handelt.

Unbeweglich sind nun zunächst die mechanisch verbundenen Theile des Erdballes selbst; unserem Wahrnehmungsvermögen ist stets nur die Oberfläche des Erdballes erfassbar; auch wenn wir in ihn einzudringen versuchen, verändert sich nur die äussere Form dessen was uns Oberfläche[3]) ist; und so erscheinen uns als unbeweglich die uns zugänglichen Theile der Erdoberfläche, welche wir in ihrer gedachten räumlichen Begrenzung Grundstücke nennen.[4])

[2]) Über die verfehlte Formulierung des § 293 a. b. G. vgl. Unger I, § 48, N. 1.

[3]) Wir vermögen immer nur das Äussere einer Sache zu erfassen und nie ihr Inneres; denn wie wir sie zerlegen, wird sofort das Innere wieder zum Äusseren.

[4]) Hinsichtlich der Gewässer, des Meeres, der Flüsse, Teiche und Seen, erscheint uns zunächst das umschliessende Thalbecken, das Bett als das unbewegliche. Der einzelne Wassertropfen, die gedachte räumliche, erfassbare Wassereinheit erscheint uns als beweglich. Aber einerseits ist uns das Meer, der Fluss, der Bach, der Teich nicht als Ganzes erfassbar (wenn wir den Teich ausschöpfen, ist er nicht mehr Teich, wenn wir den Bach ablenken, ist er nicht mehr dieser Bach); anderseits ist die Verbindung zwischen dem Erdballe und dem Bache, Teiche, Flusse etc., wenn auch keine mechanische, so doch eine so innig ineinand greifende, dass uns nothwendig auch Meer, Fluss, Teich, Bach als solche und in ihren räumlich nicht ausgehobenen Theilen als unbeweglich erscheinen, wenn wir hinsichtlich ihrer, die ja recht-

Unbeweglich sind uns jedoch ferner auch die mit der Erdoberfläche verbundenen Pflanzen und Thiere (z. B. Austern), und erst durch ihre Abtrennung von der Erde werden sie beweglich[5]); unbeweglich

lich keine Sachen sind, diese Frage überhaupt aufwerfen wollen (vgl. § 71). Und ganz dasselbe wird auch von der Luft als solcher, als eines uns in der Totalität oder grösseren Quantitäten Unfassbaren zu gelten haben. Ja, auch jene dem Erdganzen homogenen Erdtheile, welche nicht mechanisch mit ihm verbunden sind, aber entweder vermöge ihrer Dimension (Felsblöcke) als unerfassbar, oder welche nicht als einzelne Individuen, sondern als räumlich ausgedehnte Quantitäten erscheinen, ein Steinfeld, eine Sandsteppe werden ungeachtet der Beweglichkeit des Kiesels, des Sandkornes, in ihrer Totalität oder räumlichen Ausdehnung als unbeweglich sich darstellen. In diesem Sinne nennt auch § 295 a. b. G. „alle brauchbaren Dinge, welche die Erde auf ihrer Oberfläche hervorbringt" (unter denen m. E. nicht bloss organische Erzeugnisse zu verstehen sind) unbeweglich, solange „sie nicht von Grund und Boden abgesondert worden sind". — Wenn in § 297 a. b. G. der in senkrechter Linie über Häusern und Gebäuden befindliche Luftraum als unbeweglich bezeichnet wird, so kann nach Obigem hiegegen nichts eingewendet werden. Während diess aber § 297 grammatisch nur von dem Luftraume über Häusern und anderen Gebäuden zu besagen scheint, gilt diess doch überhaupt vom Luftraume; ganz entschieden verfehlt jedoch ist es, dass dieser Luftraum, die „Luftsäule", unter den Gesichtspunct der „Zugehör" gebracht wird; es kann diess wol nur heissen, dass kein Dritter in diese Luftsäule auf eine Weise eindringen und eingreifen darf, dass hiedurch die Interessen des Besitzers von Grund und Boden als solchen gefährdet oder verletzt werden könnten. (Unger, Sächs. Entwurf, S. 61.)

[5]) Das a. b. G. bezeichnet in § 295 „Gras, Bäume, Früchte und alle brauchbaren Dinge, welche die Erde auf ihrer Oberfläche hervorbringt", vom Standpuncte der Pertinenz aus als unbewegliche Sachen, als wären sie nicht schon an und für sich unbeweglich. Der Grund für diese ausdrückliche Hervorhebung der Unbeweglichkeit dieser Sachen liegt aber darin, dass das ältere deutsche Recht dem Pächter (und in gewissen Fällen auch dem früheren Eigenthümer), der die Productionsarbeiten geleistet hatte, ein Recht an den Industrialfrüchten verlieh, auch wenn die Ernte erst in einen Zeitraum fiel, in welchem der Pacht schon beendet (das Eigenthum schon übertragen) war. Dieses Verhältnis bezeichnete man dadurch, dass man sagte, die Früchte werden schon bei ihrem Entstehen Eigenthum des Nutzungsberechtigten (so noch das pr. LR I, 9, § 221), oder dass man sie von dem massgebenden Zeitpuncte an beweglich nannte (vgl. hiezu Sachsenspiegel II, 58, § 2, Schwabenspiegel (A) 182, § 3). Diese Bestimmung des ä. deutschen Rechtes nun negierte § 295 in seinem ersten Satze ausdrücklich (vgl. auch § 519), indem er die „Unbeweglichkeit" dieser Sachen aussprach. Und indem das bürgerliche Gesetz in gleicher Weise die hinsichtlich der Fische und des Wildes im ä. d. Rechte giltig gewesenen Bestimmungen ebenfalls als nicht acceptiert ausdrücklich ablehnen wollte, erklärte es nun auch die Fische im Teiche und das Wild im Walde so lange für unbeweglich, bis „der Teich gefischet, oder das Wild gefangen oder erlegt worden ist". Vgl. hierüber unten im Texte. Über das Ganze Unger I, § 48, S. 393.

schliesslich die von Menschenhand errichteten Baulichkeiten (i. w. S.), wenn sie wirklich mit dem Erdboden in eine innige Verbindung gebracht worden sind, so dass sie gleichsam einen Theil von Grund und Boden ausmachen. § 297 a. b. G. stellt zwar als Criterium der Unbeweglichkeit die Absicht auf, in der diese Baulichkeiten auf Grund und Boden aufgeführt wurden, nemlich die, „dass sie stets darauf bleiben sollen". Da aber eine Absicht als solche nur durch äussere Handlungen erkannt werden kann, die Absicht dauernder Errichtung aber vorzüglich aus der innigen Verbindung mit Grund und Boden zu entnehmen sein wird, werden wir wol auch die Bestimmung des § 297 a. b. G. in dem angedeuteten Sinne auszulegen berechtigt sein. In diesem Sinne nennt auch das Gesetz sofort exemplificierend „Häuser und andere Gebäude", und schon im Begriffe, den wir mit diesen Worten zu verbinden pflegen, liegt das Moment der innigeren Verbindung mit der Erdoberfläche, während wir nur lose aufgestellte Baulichkeiten Hütten, Buden etc. nennen.[6])

Die Errichtung von Baulichkeiten ist auch insoferne von Bedeutung, als sie in gewissem Sinne entscheidend ist für die übliche Eintheilung der Grundstücke in ländliche und städtische, praedia rustica und praedia urbana, eine Eintheilung welcher auch für unser Recht einige Bedeutung innewohnt, nemlich hinsichtlich des Unterschiedes von Pacht und Miethe,[7]) während hinsichtlich der Unterscheidung

[6]) So bestimmen die MV. 3. Nov. 1855, RGB 190 und das Hofd. 29. Mai 1824, JGS 2011, dass Markthütten und Schiffmühlen bewegliche Sachen seien. Von einem anderen Gesichtspuncte geht jedoch die MV. 7. Januar 1854, RGB 10 aus, indem sie die Praterhütten als „bewegliche Sachen, deren Bestand auf einer bittweise stets widerruflichen Gestattung beruht", bezeichnet, ein Beisatz, der zugleich eine Motivierung zu enthalten scheint. Offenbar war es jedoch hier die Rücksichtnahme auf das Hofärar, welche der Anlass zur Betonung dieser bittweisen, stets widerruflichen Gestattung war: es sollte eine etwaige Berufung auf § 418 a. b. G. i. f. und die Annahme eines Eigenthumserwerbes des Superficiars an dem Grunde als unzulässig bezeichnet werden.

[7]) Nach § 1091 a. b. G. soll zwar der Unterschied von Pacht und Miethe darin liegen, dass im ersteren Falle die Bestandsache „nur durch Fleiss und Mühe benützt werden kann", im anderen Falle sich „ohne weitere Bearbeitung gebrauchen lässt". Indem aber das Gesetz eine Definition geben wollte, welche weit genug sein sollte, um auch für bewegliche Sachen zu gelten, beziehungsweise diese unter den Gesichtspunct der Miethe zu rangieren, ist sie vag und geradezu unrichtig geworden. Dass der Gesetzgeber trotzdem die Begriffe Pacht und Miethe hinsichtlich unbeweglicher Sachen in der oben im Texte angegebenen Weise unterschied, ergibt sich aber schon aus § 1101 i. f. Vgl. Unger I, § 48, N. 16 und Kirchstetter S. 548.

der Grundservituten in Haus- und Feldservituten (servitutes praediorum urbanorum und s. pr. rusticorum) nach österr. Rechte nicht der technische Unterschied zwischen ländlichen und städtischen Grundstücken massgebend ist, sondern nur der Umstand, ob die Servitut einer Baulichkeit, einem „Hause", unmittelbar dient oder nicht.[8]) Wenn die Eintheilung der Grundstücke in städtische und ländliche eine erschöpfende sein soll, so kann sie sich nemlich nicht ausschliesslich auf den Unterschied, ob auf einem Grundstücke eine Baulichkeit sich befindet, oder nicht, beschränken, da sie dann gerade für die Mieth- und

[8]) Der § 474 a. b. G. entscheidet die Frage, ob eine Servitut Feld- oder Hausservitut ist, danach, ob das herrschende Grundstück „zur Landwirthschaft oder zu einem anderen Gebrauche bestimmt" ist. Wenn der Ausdruck Landwirthschaft in der unten im Texte angegebenen engeren Bedeutung genommen wird (= Gewinnung natürlicher Früchte), so erscheint hienach der Unterschied zwischen Feld- und Hausservituten auch nach § 474 darin gelegen und auch dahin formuliert, ob das herrschende Grundstück ein praedium rusticum oder ein praedium urbanum sei. Es erscheint mir daher inconsequent, wenn Unger I, § 48, S. 387, zwar diesen letzteren Eintheilungsgrund als massgebend für den Unterschied von Haus- und Feldservituten anerkennt, aber doch die Formulierung des § 474 a. b. G. verwirft. Ganz mit Recht aber bezweifelt er, dass die servitus aquae hauriendae, welche einem Fabriksgrunde, d. i. einem Grunde, der selbst den Fabrikszwecken unmittelbar dient, eine Hausservitut zu nennen sei. Aber auch nach den von Unger S. 386 aufgestellten Grundsätzen erschiene der Fabriksgrund als praedium urbanum, und dieser Einwurf trifft somit nicht die Auffassung des § 474 a. b. G. über den Unterschied zwischen praedium rusticum und urbanum, sondern er zeigt, dass es hier auf diesen technischen Unterschied überhaupt nicht ankomme. So sagt auch Unger S. 387: „Die leeren Plätze gehören bei den Servituten selbstverständlich zu der praedia rustica", bestimmt somit den Begriff der praedia rustica für die Servitutenfrage anders als für die Frage von Pacht und Miethe (S. 386), und es ergibt sich auch wirklich aus den Specialbestimmungen der Servitutenlehre, dass es bei der Frage nach der Art der Grunddienstbarkeit darauf ankommt, ob die Servitut unmittelbar einem Gebäude dient oder nicht. Wenn man aber den Unterschied zwischen praedia rustica und praedia urbana je nach den verschiedenen Materien verschieden bestimmen will, verliert selber überhaupt seine systematische Berechtigung, und es kann daher nur gebilligt werden, wenn das Gesetz diese Unterscheidung gänzlich überging. Wollen wir sie aber aufstellen, dann, glaube ich, werden wir von dem practisch allein wichtigen Unterschiede zwischen Pacht und Miethe ausgehen müssen und auf die in dieser Materie aufgestellten Grundsätze die Eintheilung der Grundstücke in ländliche und städtische übertragen müssen. — Auch in der Bestimmung des § 1374 a. b. G. handelt es sich nicht um den Unterschied zwischen pr. urb. und pr. rust. — Der Unterschied zwischen Dominical- und Rusticalgütern, früher von eingreifender privatrechtlicher Bedeutung, hat dieselbe gänzlich eingebüsst.

Pachtverhältnisse als nicht entsprechend sich darstellen würde. Als städtische Grundstücke sind vielmehr nicht nur jene anzusehen, auf denen Baulichkeiten sich befinden, sondern auch jene unverbauten Grundstücke, welche der Landwirthschaft, d. i. der Gewinnung natürlicher Früchte nicht dienen, z. B. Lagerstätten, unbebaute Plätze etc.[9]) Ländliche Grundstücke sind dann jene, welche der Landwirthschaft unmittelbar dienen, und wird bei der Verbindung von Grundstücken, welche sich nach dem eben Gesagten als ländliche und städtische darstellen, für die Qualificierung des Grundcomplexes darauf Gewicht zu legen sein, welche Art sich als Hauptsache darstellt.

Mit den Baulichkeiten ist aber der Kreis jener Sachen abgeschlossen, bei denen die Hervorhebung ihrer natürlichen Unbeweglichkeit oder der Streit um dieselbe irgendwelche rechtliche Bedeutung haben kann. Denn bei einzelnen mit Baulichkeiten in eine Verbindung gebrachten Sachen sollte man vernünftigerweise gar nicht darnach fragen, sind sie beweglich oder unbeweglich, sondern nur danach, sind sie als selbstständige Sachen anzusehen, oder sind sie nur als Theile der Gesammtsache, der Baulichkeit, von rechtlicher Bedeutung. Nicht darum, ob der Thürflügel, der Dachziegel, die angeschraubte Cassa eine bewegliche oder eine unbewegliche Sache ist, kann es sich ja handeln, sondern nur darum, ob sie überhaupt eine Sache (und dann natürlich eine bewegliche) oder etwa vermöge vollständigen Aufgehens in der Gesammtsache, dem Hause, rechtlich gar keine Sache ist. Und so betrifft die Ausführung des § 297 a. b. G. hinsichtlich dessen, was „erd-, mauer-, niet- und nagelfest" ist, überhaupt logischerweise, ungeachtet des entgegenstehenden Wortlautes, gar nicht die Frage der Unbeweglichkeit oder Beweglichkeit, sondern nur die, ob etwas Theil oder Zugehör der Gesammt- oder Hauptsache, d. i. der Baulichkeit, ist, oder nicht.

Der Kreis der beweglichen Sachen, auch „Fahrnisse" genannt, ergibt sich nach dem Ausgeführten von selbst.

Das bürgerliche Gesetzbuch hat jedoch, wie es in § 297 sich der Bezeichnung unbeweglich bedient, lediglich um das Verhältnis der Zugehörigkeit oder der Gesammtsache zu bezeichnen, dem Vorbilde des deutschen Rechtes[10]) folgend, von diesem gleichsam terminologischen Hilfsmittel überhaupt einen weitgehenden Gebrauch gemacht, und beschränkt hienach scheinbar den Begriff der beweglichen Sachen, jedoch

[9]) Vgl. auch Unger I, § 48, S. 386, 387.

[10]) Vgl. Renaud in der N. 1 angeführten Abhandlung.

in Wahrheit lediglich um auszudrücken, dass in gewissen Richtungen die fraglichen Sachen als Theil, als Zugehör oder überhaupt nach Massgabe des Schicksals anderer unbeweglicher Sachen zu behandeln sind.[11]) So erklärt es in § 295 i. f. „die Fische in einem Teiche und das Wild in einem Walde" als unbeweglich, solange sie nicht „gefischet", beziehungsweise „gefangen oder erlegt" wurden, u. z. um auszudrücken, dass sie, solange sie in Freiheit sind, demselben rechtlichen Schicksale unterliegen, als der Teich, der Wald selbst;[12]) so erklärt es in § 296 auch die „schon eingebrachten Erzeugnisse" eines Grundstückes, wie Getreide, Holz, Viehfutter, ferner das „zur Fortsetzung des ordentlichen Wirthschaftsbetriebes" erforderliche Vieh, Werkzeug und Geräthe, als unbeweglich, um ebenfalls einen solchen innigeren rechtlichen Zusammenhang mit dem Grundstücke anzudeuten.[13]) Da aber aus dieser terminologischen Bezeichnung des Gesetzes keineswegs gefolgt werden kann, dass die erwähnten Gegenstände in allen Beziehungen als unbeweglich anzusehen seien, wird man diese figürliche Bezeichnung mit Recht verwerfen dürfen.[14])

c. Verhältnis der Sachindividuen unter sich.

§ 63.

Es wurde schon oben (§ 58) auf die Relativität des Sachbegriffes hingewiesen und betont, dass es Stoffgruppen gibt, die sich uns in

[11]) Noch weitergehend war die terminologische Bedeutung der Bezeichnung von Sachen als beweglich und unbeweglich im deutschen Rechte. Hier wollte sie wirklich besagen, dass gewisse Gegenstände, z. B. Gold und Silber, in bestimmten Verhältnissen, z. B. beim Erbgange, geradezu so zu behandeln seien, als wären sie wirklich unbeweglich.

[12]) Zugleich sollen hiemit gewisse Bestimmungen des deutschen Rechtes abgelehnt werden. Vgl. o. N. 5.

[13]) Der mit einer Restitutionsklage belangte redliche Besitzer muss trotz § 330 a. b. G. auch die abgesonderten Früchte, insoferne sie in den Rahmen der Gegenstände des § 296 fallen, restituieren. Die Gegenstände des § 296 können für sich allein nicht in Execution gezogen werden (Hfd. 7. April 1826, JGS 2178; vgl. auch § 121 Berggesetzes). Nicht hieher gehört es, dass der Fruchtniesser unter Umständen diese Gegenstände bei dem Gute belassen muss, denn diess ist nur dann der Fall (arg. §. 513 a. b. G.), wenn er ähnliche Gegenstände schon mit übernommen hatte, beziehungsweise das Gut in der der Jahreszeit entsprechenden wirthschaftlichen Cultur war (a. A. Unger I, § 48, S. 394). Ebenso ist es beim Pacht (arg. § 1109 a. b. G.).

[14]) Vgl. Unger I, § 48, S. 393. — In ähnlicher Weise wird in Nov. 7 pr. von den annonae civiles gesagt, *καὶ ταύτας (πολιτικὰς σιτήσεις) ἐν τοῖς ἀκινήτοις ἀριθμητέον.*

einer Richtung als selbstständige Sachindividuen darstellen, in einer anderen Richtung jedoch nur als Theile einer anderen Sache zu erscheinen vermögen. Sind nun Stoffgruppen, welche an sich eine selbstständige Sache uns darzustellen vermögen, mit einander oder mit anderen Stoffgruppen auf eine solche Weise mechanisch verbunden, dass sie nun zusammen als eine einheitliche Sache ihrer äusseren Erscheinung nach sich darstellen, so sprechen wir von einer zusammengesetzten Sache.

Aber nicht nur die mechanische Verbindung ist es, welche uns veranlasst, gewisse Individualsachen nicht als Individualsachen, sondern hinsichtlich ihres rechtlichen Schicksales als ein einziges Sachindividuum zu betrachten oder doch zu behandeln; da uns bei der Auffassung der Aussenwelt nur der Standpunct unseres Interesses massgebend ist, wird schon ein gewisses äusserliches Verhältnis gewisser Sachen zu einander, wenn es unserem Interesse ganz besonders entspricht, uns veranlassen, diese Sachen unter einem einheitlichen Gesichtspuncte, gleichsam als eine einzige Sache zu betrachten und nach einheitlichen Grundsätzen zu behandeln. Wir können in diesem Falle von zusammengehörigen Sachen sprechen.

Aber indem das Individuum die Sachen vom Standpuncte seines Interesses und seiner Bedürfnisse aus betrachtet, erscheinen ihm nicht nur die zu einer anderen Sache zusammengesetzten Sachen und die ihrer concreten Bestimmung nach zusammengehörigen Sachen als in einem Verhältnisse stehend; der Mensch setzt vielmehr in seiner Idee alle Sachen, welche ihm ein Interesse gewähren, Mittel sein können zur Befriedigung seiner Bedürfnisse, in ein ideelles Verhältnis, damit er, da er nicht in der Lage ist, alle Sachen, die er zur vollständigen Befriedigung seiner Bedürfnisse und Wünsche verwenden könnte oder benöthigen würde, seiner Herrschaft zu unterwerfen und seiner Verwendung zuzuführen, die seinen Interessen entsprechende Auswahl zu treffen vermöge. Hiedurch treten die Sachen in der Auffassung des Individuums zu einander in ein gewisses scalamässiges Verhältnis, welches wir die Werthrelation der Sachen nennen.

Es wird daher zu handeln sein von den zusammengesetzten Sachen, den zusammengehörigen Sachen und dem Werthe der Sachen.

a. Zusammengesetzte Sachen.[1])

§ 64.

Wenn Sachen, welche an sich eine selbstständige Existenz und in dieser eine selbstständige Bedeutung für den Verkehr zu haben vermöchten, derart mechanisch mit einander verbunden oder an- oder ineinandergefügt sind, dass sie zwar in ihrer früheren Form und Wesenheit noch erkennbar sind, möglicherweise wieder als Individualsachen von Bedeutung werden können, in ihrer äusseren Erscheinung und hinsichtlich ihrer Verwendung nunmehr jedoch als einheitliche Sache der Auffassung des Individuums sich darstellen, so bilden sie eine zusammengesetzte Sache im technischen Sinne des Wortes.[2]) Eine solche zusammengesetzte Sache[3]) ist z. B. eine Uhr, ein Haus, ein Jagdgewehr,

---

[1]) Sintenis, Über Besitz und Ersitzung verbundener Sachen, Archiv f. civ. Praxis XX, 1837, N. VII, S. 75—115; Girtanner, Die Rechtsstellung der Sache und der Eigenthumsbegriff mit bes. Rücksicht auf Sachgesammtheiten (universitates rerum), Accession und Miteigenthum, Jahrb. f. Dogm. III, 1859, N. II, S. 58—298 (Unterabth. VI und VII, S. 154—189 und XII, S. 271—290); Zaun, Über das Princip des einheitlichen Eigenthums an Boden, Gebäuden und deren einzelnen Theilen, Archiv f. civ. Praxis, XLIII 1860, N. X, S. 211—228, N. XIII, S. 300—314; Göppert; Über einheitliche, zusammengesetzte und Gesammtsachen nach röm. Rechte, Halle 1871, 114 S.; Windscheid I, § 138; Wächter, Württ. Pr. II, § 39; Unger I, § 52; Schiffner I, § 75; Randa, Besitz, § 18.

[2]) Im gewöhnlichen Sinne ist jede Sache zusammengesetzt, in welcher verschiedenartige Stofftheile sich äusserlich unterscheiden lassen, im chemischen jede Sache, in welcher verschiedenartige Stofftheile nachweisbar sind; im physicalischen Sinne ist jede Sache zusammengesetzt.

[3]) Als nicht vereinbar mit dem Principe der logischen Öconomie des Ausdruckes erscheint es mir, wenn Unger I, § 52, S. 422 auch den Baum bei den zusammengesetzten Sachen aufführt (vgl. aber auch Unger selbst S. 420; ich möchte hier betonen, dass, wenn ich besonders im Folgenden einzelne Ausführungen speciell gegen Unger richte, hierin wol Niemand eine Verkennung der Bedeutung und des Werthes des Unger'schen Werkes erblicken wird; vielmehr gerade die Bedeutung Unger's ist es, die mich veranlasst, dort, wo polemische Bemerkungen mir geeignet erscheinen, zur Klärung eines Begriffes und Unterstützung der Darstellung zu dienen — und nur dann erachte ich solche überhaupt für am Platze —, statt auf Andere lieber auf ihn hinzuweisen). Der Baum (um nach dieser langen Parenthese wieder zu ihm zurückzukehren) ist gar nie zusammengesetzt worden; was von ihm gilt, lässt sich vollständig aus den Principien über Sachindividuen überhaupt ableiten, es gilt von ihm rechtlich gar nichts anderes, als vom Kruge, vom Schafe. Auch beim Kruge sind keine räumlich getheilten Rechte möglich, auch am Schafe kann ich Niemanden, solange es Schaf ist, ein auf Schweif, Kopf oder Wolle beschränktes dingliches Recht einräumen. Allerdings aber ist es richtig, und diess war wol der Anlass zu dieser Zusammenstellung

ein Brillantenring, ein Schiff, ein Clavier; ein Buch hingegen, ein Hemd, ein Händschuh wird uns nicht als zusammengesetzte Sache, sondern überhaupt als eine Sache erscheinen, bei der wir an ihre früheren Theile nicht mehr denken, bei der dieselben keine Einzelbedeutung mehr gewinnen können; nur wenn letzteres der Fall ist, kann die juristische Betrachtung der Theile einen Zweck, nur in diesem Sinne genommen kann der Begriff der zusammengesetzten Sache juristische Berechtigung und Bedeutung haben.

Die Folge dieses Zusammengesetztseins nun ist, dass an den einzelnen Theilen, welche rechtlich nicht mehr als Sachen existieren, kein Besitz und keine Rechte bestehen können, sondern nur an der zusammengesetzten Sache selbst, und hieraus folgt wieder, dass an den einzelnen Theilen nicht verschiedenen Personen verschiedene Rechte zustehen können,[4]) so dass z. B. dem A die Dachziegeln und dem B der übrige Theil des Hauses gehöre, und zwar können weder früher bestandene derlei Rechte fortbestehen, noch neue Sonderrechte begründet werden. Wurden Sachen, an denen Rechte verschiedener Personen bestanden, in eine vereint, so greifen die oben § 59 entwickelten Grundsätze Platz; das Sondereigenthum erlischt, und an seine Stelle tritt ein eventuell unter Mehrere pro indiviso getheiltes Eigenthum an der zusammengesetzten Sache, das Pfandrecht, die Servitut an der Theilsache erlischt, und an seine Stelle kann unter Umständen ein Pfandrecht, eine Servitut an der zusammengesetzten Sache entstehen. Aber in einer gewissen

---

bei Unger, dass mit Rücksicht darauf, dass einzelne Theile der Bäume, die Früchte, normalerweise dereinst selbstständige Existenz erlangen werden, über sie auch schon für den Fall der Trennung Dispositionen getroffen werden können (vgl. id. I, § 52, N. 16, 17). Diess ist aber nichts Besonderes und kann bei allen Sachen erfolgen; so kann ich bei einem Silberkruge Jemandem den künstlich gearbeiteten Henkel für den Fall der Abtrennung verkaufen. Dass der Fruchtniesser schon durch die blosse Separation das Eigenthum der Früchte erwirbt, ist zwar eine Singularität, die sich aber nicht aus dem Begriffe der zusammengesetzten Sache, sondern aus den Regeln über Frucht und Usufructus ergibt. Auch an dem von der Stute geworfenen Fohlen erwirbt der Usufructuar sofort das Eigenthum, darum wird man aber eine trächtige Stute gewiss keine zusammengesetzte Sache nennen. — Ebenso ist es m. E. verfehlt, wenn Unger cit. N. 11 eine Statue als zusammengesetzte Sache anführt. Dieselbe kann nur unter Umständen eine zusammengesetzte Sache sein oder werden, wenn sie nemlich, statt aus einem Gusse gemacht, aus einem Blocke gehauen worden zu sein, aus mehreren Theilen zusammengesetzt wurde, welche nicht ununterscheidbar verbunden wurden (z. B. nur gelöthet sind).

[4]) Ausser insoweit eine bloss räumliche Theilung ohne physische Trennung überhaupt zulässig ist, wo somit eine communio pro diviso bestehen kann, d. i. nur bei unbeweglichen Sachen. Vgl. oben § 60, N. 3.

Richtung kommt eben doch noch der Umstand, dass die Sachtheile noch unversehrt sind, zur Geltung; Eigenthum, Pfandrecht, Servitut erlöschen, soweit nicht das Princip der Specification eingreift, nur unter einer Resolutivbedingung, sie können wieder aufleben, wenn die Theilsache, der Ziegel, der Brillant, der Gewehrlauf wieder abgetrennt, wieder selbstständiges Sachindividuum geworden ist. Und darum steht in jenen Fällen, in denen diese Trennung überhaupt noch durchführbar ist, wo es sich also um eine im technischen Sinne zusammengesetzte Sache handelt, nach § 415 a. b. G. dem Eigenthümer der Theilsache eine Klage auf Trennung zu, und wird analog auch dem Pfandgläubiger oder Servitutsberechtigten zugesprochen werden müssen. Eine Folge der entwickelten Grundsätze ist es auch, dass wer ein Recht an der zusammengesetzten Sache erwirbt, diess auch (falls kein dom. dormiens in Mitten liegt) von selbst an dem später losgetrennten Theile hat (vgl. oben § 60).

Einer besonderen Betrachtung hinsichtlich des Zusammengesetztseins bedürfen die Grundstücke. Da die Erdoberfläche nicht physisch sondern nur räumlich getheilt werden kann — denn dadurch, dass zwischen zwei Felder ein Zaun gesetzt werde, sind dieselben noch nicht physisch losgetrennt von einander —, können Grundstücke auch nicht physisch zusammengesetzt sein, so dass sie aus physisch trennbaren Theilen bestünden; physisch zusammengesetzt ist wol das Haus mit seinem Areale, aber nicht das Hausareale mit dem Hausgarten. Von einem Zusammengesetztsein in übertragenem Sinne können wir daher nur sprechen, wo das Grundstück aus sachlich individualisierten Theilen besteht, z. B. einem Hause, einem Walde und einem Garten, oder wo räumlich getrennt gewesene, wenn auch gleichartige Theile, z. B. zwei Weingärten, zu einem rechtlichen Ganzen vereint werden.[5])

[5]) Unrichtig und als auf einer ungerechtfertigten Hereinziehung römischrechtlicher Bestimmungen beruhend erscheint es mir, wenn Unger I, § 55, S. 458 (vgl. auch Revid. Entwurf S. 22), Vorgarten, Hof, Brunnen, Ställe, Hintergebäude als Pertinenzen des Hauses betrachtet. Grundstücke, die nicht räumlich getrennt sind, stellen sich doch viel einfacher unter den Gesichtspunct einer zusammengesetzten Sache. Wenn ich mein Landgut verkaufe, habe ich auch die Felder und den Karpfenteich und das Lusthaus im Garten verkauft, aber nicht weil sie Pertinenzen sind, sondern weil sie einen Theil meines Landgutes bilden, weil mein Landgut jener Grundcomplex ist, in welchem diese einzelnen Theile liegen. Der Brunnen ist ein Theil meines „Hauses", das Jägerhaus ein Theil meines „Waldes". Nur dort, wo factisch Grundstücke durch fremde Grundstücke räumlich getrennt sind, könnte man, natürlich immer noch abgesehen von dem Institute der öffentlichen Bücher, unter Umständen von Pertinenzen sprechen, obwol hier richtiger vom Gesichtspuncte der Gesammtsache auszugehen sein wird. Über bücherliche Einheit s. u. im Texte.

Wo Grundbücher bestehen, ist der eine Grundbuchseinlage bildende Grundcomplex eine einheitliche Sache und die der Cultur oder Verbauung nach unterscheidbaren oder früher nicht vereint gewesenen Gründe (Parcellen) sind die Sachtheile; ja auch dort, wo die eine Grundbuchseinlage bildenden Grundstücke durch zwischenliegende andere Gründe getrennt werden, stellen sie sich nicht als blosse Sachgesammtheit dar, sondern werden, da ihr Schicksal rechtlich enge aneinander geknüpft ist, besser unter den Begriff der zusammengesetzten Sache gebracht werden.[6])

β. Zusammengehörige Sachen.

§ 65.

Gewisse Sachen, wenngleich sie nicht mechanisch mit einander verbunden sind, somit nicht eine einzige Sache ausmachen, erscheinen doch dem Individuum um des Gebrauches willen, den es von ihnen macht oder zu machen beabsichtiget, als in einem so innigen Zusammenhange stehend, dass es dieselben in gewissen Fällen und Richtungen nach ganz gleichen Grundsätzen behandelt, ja als eine einzige Sache betrachtet und bezeichnet, während sie doch in anderen Hinsichten wieder als selbstständige Sachen sich ihm darstellen.

Besteht dieses Verhältnis der Sachen zu einander nur in ihrer Ähnlichkeit und räumlichen Vereinigung behufs gemeinsamer Behandlung oder Benützung (z. B. eine Heerde Schafe), oder darin, dass

[6]) § 3 Grundb. Ges.: „Jeder Grundbuchskörper ist als ein Ganzes zu behandeln." § 117 Berggesetzes: „Alle Taggebäude, Werkstätten und Anlagen, welche zur Ausübung der verliehenen Bergbauberechtigung erforderlich sind; oder von dem Besitzer des Werkes dazu bestimmt werden, haben mit demselben ein Ganzes auszumachen. Die Widmung dieser Realitäten zu Bestandtheilen des Werkes muss sowol in dem Bergbuche eingetragen, als in den Grund- oder anderen öffentlichen Büchern, worin sie etwa vorkommen, angemerkt werden." Ferner § 5 Gesetzes 19. Mai 1874, RGB 70: „Die den Inhalt einer Einlage bildende Bahn ist als eine bücherliche Einheit anzusehen. Diese Einheit umfasst auch das Ganze im Besitze der Unternehmung befindliche Materiale, welches 1. zur Herstellung oder Instandhaltung der Bahn bestimmt ist, sofern es bereits in den örtlichen Bereich der Bahn gebracht ist, oder 2. zum Betriebe der Bahn gehört, und zwar von diesem sowol a) das in feste Verbindung mit der Bahn gesetzte, als auch b) das zum dauernden Gebrauche an Ort und Stelle bestimmte, sowie c) alles übrige zum Fahrbetriebe oder in anderer Weise zum Betriebe der Bahn gehörige Materiale." Vgl. auch die Erläuternden Bemerkungen zur Regierungsvorlage (Kaserer XXI, S. 40): „Das mit der Bahn vereinigte Materiale konnte darum nicht als Zugehör des Bahnkörpers erklärt werden . . ."

sie in gleicher oder ähnlicher Weise einem gemeinsamen Zwecke dienen (z. B. Gabel, Messer, Löffel als Theile eines Essbesteckes), und hat die Erkenntnis dieses Verhältnisses auch in einer einheitlichen Bezeichnung ihren Ausdruck gefunden, so sprechen wir von einer Gesammtsache. Sind aber von mehreren Sachen eine oder mehrere derart beschaffen, dass sie zwar eine selbstständige physische Existenz haben, allein ihrer Verwendbarkeit nach nur einen Theil einer anderen an sich selbstständigen Sache bilden, der Benützung dieser Sache dienen und ihr geradezu angepasst sind, so dass sie auch äusserlich mit ihr vereint und verbunden werden können, so liegt eine Pertinenz oder Zugehör im technischen Sinne vor. Besteht aber zwar eine innere Beziehung in der Verwendung mehrerer Sachen, ohne dass dieselbe jedoch äusserlich an den Sachen selbst oder doch durch eine einheitliche Bezeichnung manifestiert wäre, so liegt ein Verhältnis von Haupt- und Nebensache (Zubehör) vor.

Es soll daher im Folgenden von den Gesammtsachen (auch Sachgesammtheiten), den Pertinenzen und den Nebensachen gehandelt werden.

α_1. **Gesammtsachen** (Sachgesammtheit).[1]

§ 66.

Sachen, welche wir um ihrer gleichartigen Beziehung auf unsere Bedürfnisse und Zwecke willen räumlich vereinen, oder doch in unserer Auffassung begrifflich als eine sachliche Einheit betrachten und darum

[1]) Hasse, Über Universitas juris et rerum und über Universal- und Singular-Succession, Archiv f. civ. Praxis V, 1822, N. I, S. 1—63; Warnkönig, Über den Begriff und die juristische Wichtigkeit der sog. Universitates rerum, Archiv f. civ. Pr. XI, 1828, N. IX, S. 169—204; Mühlenbruch, Über die sog. juris et facti universitates, Archiv f. civ. Pr. XVII, 1834, N. XII, S. 321—379; Schuster, Über den Begriff der Gesammtsachen, Z. f. ö. R. 1835, I, N. X, S. 225—249; Wächter, Erörterungen N. 1; Girtanner, Die Rechtsstellung der Sache und der Eigenthumsbegriff mit besonderer Rücksicht auf Sachgesammtheiten (universitates rerum), Accessionen und Miteigenthum, Jahrb. f. Dogm. III, 1859, N. II, S. 58—298; Bechmann, Zur Lehre vom Eigenthumserwerb durch Accession und von den Sachgesammtheiten, Kiel 1867, 79 S.; Göppert, Über einheitliche, zusammengesetzte und Gesammtsachen nach r. R., Halle 1871; Unger, Eigenthum an der Gesammtsache, Jahrb. f. Dogm. XII, 1873, N. III, S. 273—276; Steinlechner, Das Wesen der juris communio und juris quasi communio, Eine civil. Abhandlung, Innsbruck 1876 und 1878 (hiezu Regelsberger in Grünhut's Zeitschrift III, 1876, S. 695—701 und VI, 1879, S. 742—748; Eck, Kr. VJS XIX, 1877, S. 223—238; XXI, 1878, S. 118—121). Unger I, § 57; Schiffner I, § 77; Randa, Besitz, § 19, S. 434—438; Exner, Tradition, S. 25, 26 und S. 215—247; Ihering III, § 51, N. 22; Baron, Die Gesammtrechtsverhältnisse im röm. Recht, 1. Aufl., Leipzig 1864, 4. Aufl., Marburg 1882 (rec. Altmann in Gruchot's Beiträgen IX, 1865, S. 251—255).

auch mit einem einheitlichen Namen belegen, über welche wir daher gemeiniglich und jedenfalls dann, wenn wir uns dieser Sammelbezeichnung bedienen, in gleicher Weise rechtlich verfügen, nennen wir Gesammtsachen, auch Sachgesammtheiten. Es ist nicht erforderlich, dass diese Sachen äusserlich unter einander gleich sind, dass sie alle derselben Gattung angehören, nur die gemeinsame Beziehung auf unsere Interessen bei vollständiger Wahrung der individuellen Selbstständigkeit und Existenz ist es, welche diese möglicherweise ungleichartigen Sachen begrifflich vereint. Eine solche Sachgesammtheit bildet eine Heerde, eine Bibliothek, aber auch ein Schachspiel, ein Essbesteck, eine Meublegarnitur. Jede der Einzelsachen ist selbstständig, keine bildet einen Theil der anderen, keine geht in der Individualität der anderen auf, so dass sie auch nur begrifflich einen Theil derselben bilden würde, die Schachfigur ist auch begrifflich kein Theil des Schachbrettes, das Messer geht auch begrifflich nicht auf in dem Begriffe der Gabel, das eine Schaf dient nicht der Bestimmung des anderen Schafes, der Fauteuil nicht der des Divans, aber das Schaf ist begrifflich ein Theil der Heerde, der Löffel ein Theil des Essbesteckes, das Buch ein Theil der Bibliothek, der Thurm ein Theil des Schachspieles. Wer über den Löffel verfügt, verfügt allerdings nicht auch über das Messer, wer das Schachbrett verschenkt, verschenkt nicht auch die Figuren, wer den Divan verkauft, verkauft nicht auch den Sessel, wer Goethes Werke verkauft, hat nicht auch Schiller verkauft, wer ein Wagenpferd verpfändet, hat nicht auch die drei mit ihm zu einem Viererzug eingeführten verpfändet, aber wer Essbesteck, Heerde, Bibliothek, Schachspiel, Viererzug, Meublegarnitur verschenkt, verkauft, verpfändet, hat Messer, Gabel, Löffel, Hammel, Schafe, Herder, Lessing, Wieland, Schachbrett, Schachfiguren, alle vier Pferde, Sofa, Sesseln nothwendig alle verschenkt, verkauft, verpfändet, soweit er nicht ausdrücklich das eine oder andere ausschied. Aber nicht am Essbesteck ist ein Pfandrecht, nicht an der Heerde ein Nissbrauch, nicht am Schachspiel ein Eigenthumsrecht erworben worden, denn diese Gesammtheiten existieren ja nur begrifflich, sondern nur an den einzelnen reell existierenden Sachen, dem Messer, den einzelnen Schafen, den Schachfiguren etc.[2]) Die einheitliche Bezeichnung ist nur

[2]) In seiner mehr umfangreichen als befriedigenden Abhandlung, Die Rechtsstellung der Sache etc., Jahrb. f. Dogm. III, 1859, N. II, bemüht sich

ein Sammelname, der lediglich dazu dient, unsere Ausdrucksweise zu erleichtern, uns ermöglicht, das was wir von einer Mehrheit von Sachen, von jeder einzeln ausdrücken wollen, mit einem male von ihnen allen zu sagen, die rechtliche Verfügung über die einzelnen Sachen in einem Cumulativacte vorzunehmen. Und insoferne enthält die Bestimmung der § 427 und § 452 a. b. G. allerdings ein ganz richtiges Moment, wenn sie besagt, zur Übertragung oder Verpfändung eines Waarenlagers sei durchaus nicht die physische Übergabe eines jeden einzelnen Stückes erforderlich, sondern es genüge, da ja das Waarenlager als Ganzes nicht physisch von A dem B in die Hand gelegt werden kann, eine concludente Willenshandlung, aus der hervorgeht, dass A dem B nicht nur einen Sack Caffee oder ein Stück Shirting, sondern alle einzelnen das Waarenlager bildenden Sachen übertragen oder verpfänden wolle,[3]) und unrichtig ist nur, wenn § 427 anzunehmen scheint, es sei bei jeder Gesammtsache physische Tradition in einem Acte unmöglich,[4]) während ich doch gewiss ein Essbesteck auch physisch in einem Acte tradieren kann. Keineswegs aber scheint m. E. aus den cit. §§ der von Unger I, § 57, S. 486, 487 und N. 62 gezogene Schluss sich zu ergeben, dass das Pfandrecht auch die nach erfolgter Verpfändung zu den verpfändeten Sachen hinzutretenden Sachen, also die neu eingereihten Schafe, Bücher etc., ergreife. Das Gesetz könnte der Verpfändung einer Anzahl von Sachen durch einen Collectivact eine solche Wirkung beimessen und die Vermutung aufstellen, dass hiemit der Verpfänder bestimmen wolle, dass auch die neuhinzutretenden Sachen in den Pfandnexus eintreten, ja es könnte eine praesumptio juris et de jure hierüber aufstellen, es spricht aber thatsächlich einen solchen Grundsatz nirgend aus.[5])

Girtanner auf Grund der „Gemeinsamkeit zwischen universitates rerum sowol distantium als cohaerentium", welche „gänzlich verkannt" (S. 97, vgl. auch S. 178) wird, darzuthun, dass „die universitas als einzelne Sache Object des Eigenthums" (S. 97) sei. Gegen Girtanner (und Baron, Gesammtrechtsverhältnisse) vgl. die eingehenden und überzeugenden Ausführungen bei Exner l. c.

[3]) Eine andere Auffassung des § 427 bei Unger I, § 57, N. 43.

[4]) Auch Unger hat bei seiner Besprechung der Sachgesammtheiten immer nur gleichartige, zusammen einen physisch unerfassbaren Complex bildende Sachen (Schafe, Bücher) im Auge (I, § 57, S. 476 und N. 20). Es ist aber kein innerer Grund einer verschiedenen Behandlung und Subsumierung dieser Complexe und solcher, bei welchen allerdings eine Übergabe in einem Acte erfolgen kann, erfindlich.

[5]) Vgl. auch Schuster, Z. f. ö. R. 1835, I, S. 228 N. 1 (gegen Zeiller ad § 302 II, S. 28) und S. 248, 249 (gegen die Ersitzbarkeit der Gesammtsache); ferner Exner S. 245, N. 226.

Soll der Begriff der Gesammtsache jedoch von practischem Werthe sein, so muss man aus ihm unbedingt jene natürlichen Sachgesammtheiten ausscheiden,[6]) bei denen das Sachindividuum zwar physisch selbstständig bleibt, bei denen aber seine Individualexistenz trotzdem vollkommen in der begrifflichen Gesammtheit darum aufgeht, weil das Sachindividuum (z. B. ein Gerstenkorn, ein Sandkorn) für sich allein für das Individuum gar keine oder doch nur verschwindende Bedeutung und Verwendbarkeit hat. Gewiss erblicken wir nur in dem Gerstenhaufen, dem Sacke Sand die Individualsache, und es dürfte kaum Jemandem beifallen, zu sagen, es existiere Besitz, Eigenthum, Pfandrecht nicht an dem Scheffel Gerste, nicht an dem Haufen Sand, sondern an den einzelnen Gersten- oder Sandkörnern. Vgl. oben § 59, N. 3.

Wenn wir nach dem Gesagten somit die rechtliche Bedeutung der Aufstellung der Kategorie der Gesammtsachen präcisieren, so ergibt sich, dass die einzelnen eine Gesammtsache begrifflich bildenden Individualsachen rechtlich vollkommen selbstständige Existenz bewahren, dass vor ihrer räumlichen Vereinigung an ihnen bestandene Sonderrechte durch die Vereinigung als solche nicht alteriert werden, sondern fortbestehen können, dass solche Sonderrechte auch ungeachtet der fortbestehenden räumlichen oder begrifflichen Vereinigung begründet werden können, dass Besitz, Eigenthum, Pfandrecht, Servituten nur an den einzelnen Individualsachen begründet werden und bestehen können, dass durch die blosse Vereinigung keineswegs hinsichtlich der anderen Sachen bestehende Rechte (z. B. Pfandrecht) auch auf die neu hinzugekommene Sache ausgedehnt werden, dass die rechtliche Bedeutung der Kategorie der Gesammtsache vielmehr nur darin liegt, dass vermöge der Sprachgesetze jede Verfügung, welche hinsichtlich des Collectivbegriffes getroffen wird, als hinsichtlich aller einzelnen diesen Collectivbegriff bildenden Sachen beabsichtigt nothwendig angenommen werden muss, so dass nach den Gesetzen sprachlicher Logik einzelne dieser Sachen nur dann von der Collectivverfügung ausgenommen erscheinen, wenn diess ausdrücklich bemerkt oder sonst auf zweifellose Weise erkennbar gemacht wurde.

---

[6]) Vgl. Schey in Grünhut's Zeitschrift VIII, 1881, N. II, S. 117.

β_1. Zugehörige Sachen (Pertinenzen).[1]

§ 67.

Sachen welche, wiewol sie physische Sonderexistenz haben, doch in ihrer Verwendbarkeit und in ihrer äusseren Erscheinung eine solche nothwendige Beziehung auf eine andere Sache bestimmter Beschaffenheit[2] an sich tragen, dass sie mit dieser anderen Sache thatsächlich in Verbindung gebracht, nicht etwa mit ihr einen neuen einheitlichen Sachbegriff bilden, sondern vielmehr im Begriffe der anderen Sache aufgehen, welche somit zu dieser anderen Sache begrifflich gehören, nennen wir zugehörige Sachen, auch Zugehör, Pertinenz. Nur in dieser Begrenzung scheint mir der Begriff der Zugehör überhaupt juristische Berechtigung zu haben. Nicht Pertinenz ist es somit, wenn ein Gegenstand mechanisch mit einem anderen verbunden ist, denn dann hat ja ohnehin der Gesichtspunct der zusammengesetzten Sache[3] statt, und an mechanisch mit

---

[1]) Gesterding, Alte und neue Irrthümer der Rechtsgelehrten, 1818, N. 10, Das System des röm. Rechts von den Pertinenzen, S. 300—390; Funke, Die Lehre von den Pertinenzen, Chemnitz 1827, 2. Aufl. 1850 (hiezu Puchta, Erlanger Jahrbücher IX, S. 18 ff.); Wächter, Erörterungen I, N. 2 und Würt. Pr. II, § 41; Veselin, Die Lehre von den Pertinenzen, Diss., Barth's Sammlung, Augsburg 1835, I; Göppert, Über einheitliche, zusammengesetzte und Gesammtsachen nach r. R., Halle 1871; Ewell D., A Treatise on the Law of Fixtures, 1877; Kierulff S. 330—338; Windscheid I, § 143; Arndts § 54; Beseler § 78; Stobbe I, § 65; Roth, D. Pr. I, § 81, Bayr. Pr. I, § 56; Unger I, § 55 (auch 53, 54); Schiffner I, § 78; Randa, Besitz, § 19, S. 439; Exner, Hypothekenrecht I, § 38.

[2]) Nicht nothwendig nur auf eine einzige concrete Sache; aber sie müssen zu einer einzigen concreten Sache thatsächlich in erkennbare Beziehung gebracht werden. Vgl. Unger I, § 55, N. 48.

[3]) Unger I, § 53, S. 427, 428 bezieht auch den Begriff der zusammengesetzten Sache theilweise unter den Gesichtspunct des Verhältnisses von Haupt- und Nebensache; allein die in einer zusammengesetzten Sache aufgegangene Sache hat physisch (vgl. Unger selbst § 54, N. 1) und juristisch aufgehört, selbst Sache zu sein, sie ist auch nicht mehr Nebensache. Ganz ungerechtfertigt erscheint es mir aber, dieses Verhältnis der Sachtheile zur zusammengesetzten Sache, diesen Zustand des Verbundenseins, unter dem Gesichtspuncte der Entstehung dieser Verbindung, des Zuwachses, zu betrachten (dass an dem Dachsparren kein Pfandrecht begründet werden kann, folgt nicht daraus, dass er dem Dache eingefügt wurde, sondern daraus, dass er ihm eingefügt ist), und nun Zuwachs, d. i. Entstehung einer sachlichen Beziehung, und Pertinenz, d. i. Vorhandensein einer sachlichen Beziehung als coordinierte Begriffe darzustellen. Überhaupt hat gerade in diesen Partien Unger zwar mit zersetzender Schärfe die Mangelhaftigkeit der betreffenden Bestimmungen des Gesetzes dargelegt, aber seine eigene Darstellung vermag wenigstens meines Erachtens an Stelle der destruierten Begriffe des Gesetzes keine neuen haltbaren Gesichtspuncte zu setzen.

einander verknüpften Sachen kann, insoweit nicht schon eine communio pro diviso möglich ist, und diess ist nur bei Grund und Boden und Baulichkeiten in vertikalen Schichten der Fall, eine verschiedene rechtliche Beherrschung der eingefügten oder angefügten Sache gar nicht Platz greifen, somit gerade jenes nicht, was bei der Pertinenz, soll anders ihr Begriff systematische Berechtigung haben, möglich sein muss.[4]

---

[4]) Auf der Verkennung dieses Umstandes, dass dort, wo eine Sache ohnedem physisch derart mit einer anderen verbunden ist, dass sie mit ihr für unsere Auffassung ein Ganzes ausmacht, gar keine innere Nöthigung vorhanden ist, von einer Pertinenz zu sprechen, beruht es, wenn Unger I, § 55, S. 436 den Blitzableiter, die eingehangenen Vorfenster eine Pertinenz des Hauses nennt, weil das Haus auch ohne Blitzableiter, Vorfenster ein Haus sei; aber auch ohne einen einzelnen concreten Ziegel, ohne Fenstergitter, ohne Balcon ist das Haus noch immer ein Haus, und nicht einmal nothwendigerweise ein beschädigtes oder unvollständiges Haus, und trotzdem ist der einzelne Ziegel, der Balcon, das Fensterkreuz nicht Zugehör, sondern Theil des Hauses. Wenn Unger einerseits S. 437 ganz richtig sagt, die Pertinenzen „treten nicht in eine solche Verbindung mit der Hauptsache, dass sie mit ihr Einen Körper, Ein Ganzes ausmachen würden, in welchem sie als Bestandtheile erschienen", und gleich in der Note (5) hinzufügt, sie können immerhin derart „physisch in fester Weise mit der Hauptsache verbunden sein", dass sie „hiedurch ihre physische Einzelnexistenz" „verlieren", so erscheint mir diess allerdings als ein Widerspruch (vgl. auch N. 79), denn dann sind sie doch „zu Bestandtheilen des Ganzen" geworden, und daher keine Pertinenzen. Die fragliche Note 5 scheint nur den Zweck zu haben, die Pertinenzqualität für den Blitzableiter zu retten; vgl. auch ebenda I, § 53, N. 2. Das Vorfenster aber kann allerdings unter Umständen Pertinenz des Hauses sein, dann nemlich, wenn und insolange es ausgehangen am Boden liegt. Aber auch der Thürpfosten, die Fussbodenparquetten, wenn sie behufs Vornahme einer Reparatur ausgehoben und in eine Werkstätte transportiert wurden, erscheinen nun, da sie aufgehört haben, Theil des Hauses zu sein, und doch ihrer Bestimmung nach im innigsten Zusammenhange mit ihm stehen, bis zu ihrer Wiedervereinigung als Pertinenz. Die Pertinenzqualität ist eine relative, sie unterliegt dem Wechsel. So weit ist die von Unger I, § 55, S. 438 ff. mit Recht angefochtene Ausdrucksweise des Hofd. 7. April 1826, JGS 2178, wonach die Zugehör „als Bestandtheil des Gutes selbst zu betrachten ist", von der Wahrheit entfernt, dass dieselbe sogar aufhört, Zugehör zu sein, sobald sie Bestandtheil des Gutes resp. der Sache wird. Mit Recht wird übrigens von Unger I, § 55, N. 9 auch hervorgehoben, dass die Bestimmungen dieses Hofd. sich nicht lediglich auf den Begriff der Pertinenz zurückführen lassen, sondern auch Sachen, welche nicht Pertinenzen sind, von der Separatexecution eximieren.

Pertinenzqualität kann somit, wenn die Beziehung der Nebensache zu einer ganz concret bestimmten Hauptsache äusserlich erkennbar geworden ist, haben: der Ladstock hinsichtlich des Gewehres, die Scheide hinsichtlich des Degens, das Winterfenster und die Jalousie hinsichtlich des Hauses, der Brunneneimer hinsichtlich des Gartens, der Anschraubekoffer hinsichtlich des Wagens, der Schlüssel hinsichtlich des Schlosses, das Futteral hinsichtlich des Schmuckes, ja auch losgelöste Theile einer Gesammtheit, insoweit sie die aus den Umständen erkennbare Bestimmung haben, wieder mit dem Ganzen vereint zu werden, also die zum Anstreicher gegebene Thüre, das vom Glaser mitgenommene Fenster, die zur Behauung herausgehobene Stiegenstufe (vgl. Note 4).[5]) Und die Pertinenzqualität hört auf, wenn, soweit diess im concreten Falle etwa geschehen kann, die für die Hauptsache bestimmt gewesenen Nebensachen mit ihr mechanisch zu einem Sachindividuum verbunden sind, wenn also das Winterfenster eingehangen, die Stiegenstufe eingemauert, der ausgehobene Fussboden eingefügt wird, sie kommt gar nicht zur Geltung, so lange das Fenster eingehangen, der Thürstock eingemauert ist, weil dann das, was sonst Pertinenz sein kann, integrierender Bestandtheil der Sache ist.

Keine Berechtigung hat m. E. die Übertragung des Pertinenzbegriffes auf Grundstücke; sind dieselben räumlich nicht getrennt, so greift wol hier richtiger der Gesichtspunct der zusammengesetzten Sache, sind sie räumlich durch fremde Grundstücke geschieden, der der Gesammtsache (Landgut, Fabrik, Bahnkörper) Platz, wozu im österr. Recht noch die durch das System der öffentlichen Bücher bedingten Modificationen kommen (vgl. S. 137), welche mit der Pertinenzqualität gar nichts zu thun haben.

Das Pertinenzverhältnis unterscheidet sich von dem Begriffe der zusammengesetzten Sache dadurch, dass die Pertinenz nicht aufhört Sachindividuum zu sein, dass an ihr Sonderrechte fortbestehen und neubegründet werden können, dass sie nicht physischer Theil einer anderen Sache ist, vielmehr aufhört Pertinenz zu sein, sobald sie beginnt, Theil zu werden. Es unterscheidet sich von dem Begriffe der Gesammtsache dadurch, dass die Pertinenz mit der Sache, zu der sie gehört, nicht begrifflich ein von dieser Sache Verschiedenes bildet, sondern begrifflich in ihr selbst enthalten scheint, und die Folge hievon

[5]) Keine Pertinenzqualität i. t. S. hat die in ein Haus gestellte Feuerspritze (wie Unger I, § 55 z. B. S. 442 oder N. 17 annimmt), ebensowenig als der in die Küche gestellte Besen, es fehlt das Moment der äusserlichen Anpassung, der äusserlich erkennbaren Beziehung. Selbe ist höchstens unter Umständen eine Nebensache, das was Unger Zubehör im vulgären Sinne nennt.

ist, dass, während die Verfügung über eines der die Gesammtsache bildenden Sachindividuen noch durchaus keine Verfügung über die anderen diese Gesammtheit mitbildenden Sachindividuen enthält, allerdings die Verfügung über jene Sache, der die Pertinenz dient, zugleich auch eine Verfügung über die Pertinenz involviert, insoweit nicht ein Anderes ausdrücklich oder doch auf unzweifelhaft erkennbare Weise ausbedungen wurde; während bei der Gesammtsache nur die begriffliche Collectivverfügung massgebend ist für das Schicksal der einzelnen Sachen, ist bei der Pertinenz die thatsächliche Verfügung über eine andere Sache bestimmend für das Schicksal der Pertinenz u. z. nicht etwa auf Grund einer von der Rechtsordnung aufgestellten technischen Vermutung sondern auf Grund der logisch zwingenden Sprachgesetze, der allgemeinen Auffassung, welche mit dem Begriffe der einen Sache (Hauptsache) stets oder doch in gewissen Fällen den der anderen Sachen (Pertinenzen) verbindet.

Eine aus den Bestimmungen des Hofdecretes 7. April 1826 JGS 2178 sich ergebende Singularität ist es, dass aus wirthschaftlichen Gründen auf die technischen Pertinenzen eines Reales keine abgesonderte Execution geführt werden kann.[6])

γ1. **Nebensachen** (Zubehör).

§ 68.

Sachen, welche in ihrer Verwendung zu einer concreten anderen Sache in einer gewissen Beziehung stehen, zu ihrer ordnungsmässigen oder besseren Benützung, Instandhaltung dienen, ohne dass diese Sachen jedoch ein begriffliches Gesammtganze ausmachen, und ohne dass dieses Verwendungsverhältnis in einer äusseren Anpassung sich manifestieren würde, nennen wir Nebensachen schlechtweg.

Im Allgemeinen hat der Begriff der Nebensache keine rechtliche Bedeutung; die Nebensache bleibt ganz unabhängige Sache, es sind

[6]) Die Anwendung dieser Bestimmung auf alle Pertinenzen im technischen Sinne wäre wol de lege ferrenda zu rechtfertigen, denn gemeiniglich verliert die Hauptsache durch die Abstossung der Pertinenzen viel mehr an ihrem Verkaufswerthe, als der Erlös der verkauften Pertinenz betragen wird. Das cit. Hofdecret handelt übrigens zunächst gar nicht von den Pertinenzen i. t. S., sondern nur von dem, was das a. b. G. Zugehör oder Pertinenz nennt, was hier im folgenden Paragraph als Nebensache behandelt wird; aber was hinsichtlich der Realitäten von diesen Pertinenzen im uneigentlichen Sinne gesagt wird, muss umsomehr von ihren technischen Pertinenzen um ihres viel innigeren Zusammenhanges mit der Hauptsache willen gelten.

hinsichtlich ihrer nicht nur Sonderbesitz, Sonderrechte und Sonderverfügungen möglich, sondern die Verfügung über die Hauptsache involviert durchaus nicht auch eine Verfügung über die Nebensache; Frage der Willensinterpretation ist es, zu erkennen, ob nicht dennoch in gewissen Fällen eine Verfügung über die Hauptsache auch hinsichtlich der Nebensache gemeint sei, und dieser Willensinterpretation kommt das Gesetz zu Hilfe, wenn es für gewisse Fälle Auslegungsregeln, welche im Zweifel zur Anwendung zu kommen haben, aufstellt, im Zweifel festsetzt, es werde vermutet, dass, wenn eine Verfügung über die eine Sache (welche dann Hauptsache genannt wird) getroffen werde, dieselbe auch auf die anderen Sachen bezogen werden wolle.

In diesem Sinne nennt denn das a. b. G. das Getreide, das Holz, das Viehfutter, die eingebrachten Erzeugnisse, das Vieh, Werkzeuge und Geräthschaften, insoferne „sie zur Fortsetzung des ordentlichen Wirthschaftsbetriebes erforderlich sind“ (§ 296 a. b. G.),[1]) ferner Brunneneimer, Seile, Ketten, Löschgeräthe,[2]) (§ 297 a.

[1]) Über die Unzulässigkeit einer abgesonderten Executionsführung auf den „fundus instructus“ (Hofd. 7. April 1826 JGS 2178) vgl. Riehl, Excurse aus dem Höferecht, GH 1882, N. 99; Sernec, Fundus instructus GH 1883, N. 7; Der Executionsvollzug und der kleine Grundbesitz, Wiener Landw. Zeitung 1883, N. 3; Riehl, Zur Frage der Executionsführung auf den Fundus instructus, GH 1883, N. 13.

[2]) Das was „erd-, mauer-, niet- und nagelfest ist, als Braupfannen, Branntweinkessel und eingezimmerte Schränke“ (§ 297 a. b. G.) ist in vielen Fällen überhaupt Bestandtheil des Reales, in anderen steht es in gar keiner rechtlich bedeutsamen Beziehung zum Hauptgebäude und darum ist der Gesichtspunct der Zugehör sowol als jener der Nebensache irrelevant. Dass die Maschinen nicht Zugehör resp. Nebensache einer Fabrik sind, betont mit Recht Unger I, § 55, N. 9, N. 42. Der oberste Gerichtshof hat jedoch wiederholt die Maschinen als „Pertinenzen“ erklärt (vgl. die Entscheidungen bei Riehl I ad § 294 u. 297 und Geller ad § 294). In diesen Entscheidungen handelt es sich aber im Principe nicht so sehr um die Statuierung der Qualität als Pertinenz oder Nebensache, sondern um die analoge Ausdehnung der Vorschrift des Hofd. 7. April 1826 JGS 2178 über die Unzulässigkeit einer abgesonderten Execution auf die Maschinen einer Fabrik, wie denn auch in dem cit. Hofd. die angebliche Pertinenzqualität der in § 296 a. b. G. als Zugehör genannten Nebensachen lediglich zur Motivierung dieser beschränkenden Vorschriften über Executionsführung herausgezogen ist. Die Maschinen werden mit dem Fabrikgebäude unter Umständen geradezu eine zusammengesetzte Sache bilden, oder mit demselben unter dem Gesichtspuncte einer Sachgesammtheit sich darstellen (die Bezeichnung „Fabrik“ begreift sprachlich nicht nur die nackten Wände mit dem Schlotte unter sich). — Wenn das Hofd. 9. Dec. 1824 JGS 2063 bestimmt, dass radicierte Gewerberechte nicht abgesondert von dem Reale „verpfändet und belastet“ werden dürfen, so ist diess eine Consequenz aus der Natur des Realrechtes und nicht etwa aus einer angeblichen Pertinenzqualität dieser radicierten Gewerberechte. — Aus der Literatur vgl. Ewell D., A Treatise on the Law of Fixtures, 1877.

b. G.)[3]) als „Pertinenzen“. In diesem Sinne nennt auch § 121 des Berggesetzes als Zugehör jeden Bergwerkes insbesondere „die bei demselben befindlichen, zum Betriebe desselben bestimmten Thiere, Maschinen, Werkzeuge und Geräthschaften, die vorhandenen Material-, Natural- und andere Vorräthe, und die noch nicht im kaufrechten Zustande nach der Beschaffenheit des Gewerbsbetriebes befindlichen Erze und Hüttenproducte“.[4])

Ja das Gesetz stellt auch in diesem Sinne eine allgemeine Vermutung auf, u. z. dort, wo ein wechselseitiges, auf Dauer berechnetes Gebrauchsverhältnis zwischen mehreren Sachen durch den Disponierenden[5]) selbst hergestellt wurde, wo der Disponierende somit gewisse Sachen als Nebensachen „zum fortdauernden Gebrauche (einer anderen Sache als) .. Hauptsache bestimmt hat“ (§ 294 a. b. G.),[6]) und, wie man wird hinzufügen müssen, diese Bestimmung auch äusserlich erkennbar geworden ist.

[3]) § 295 a. b. G. nennt auch die Fische im Teiche und das Wild im Walde Pertinenz. Dieselben kann man aber nicht einmal als Nebensache in dem oben erörterten Sinne betrachten. Sie bilden eher mit Teich und Wald in gewissem Sinne eine Gesammtsache, den Fischteich, die Jagdgründe. Die fragliche Bestimmung kann nur bedeuten, es stehe dem Verkäufer nicht mehr frei, den verkauften Fischteich, das verkaufte Jagdrevier vor der Übergabe noch schnell auszufischen, abzuschiessen. Umgekehrt könnte sich aber der Verkäufer gar nicht das Eigenthumsrecht an den nicht gefangenen Fischen, den nicht geschossenen Hirschen für die Zeit nach der Tradition vorbehalten. Vgl. auch Unger I, § 55, N. 45 i. f.

[4]) Für die Bezeichnung dieser Gegenstände als Pertinenz ist jedoch in erster Linie massgebend die Bestimmung der Al. 1 des cit. § 121: „Auf das Bergwerkszugehör findet eine abgesonderte Execution nicht statt“ (vgl. N. 2). — Nicht zur Frage nach dem Umfange des Begriffes Nebensache oder Zugehör gehört die Bestimmung des § 117 cit. und § 5 Ges. 19. Mai 1874 RGB 70 (vgl. oben § 64, N. 6). In diesen Fällen ist es das Princip der bücherlichen Einheit, welches von entscheidender Bedeutung ist. Dieses Verhältnis verkennt Schiffner I, § 78, N. 23. Über das Bergwerkszugehör vgl. Schuster, Beiträge zur Lehre vom Bergwerkseigenthum nach ö. R., GZ 1880, N. 54, 55; Haberer u. Zechner, Österr. Bergrecht, § 102.

[5]) Der Ausdruck Eigenthümer im Gesetze ist zu eng.

[6]) Mit Recht wird der von der älteren Doctrin gemachte Unterschied zwischen präsumptiven Pertinenzen und gewillkürten Pertinenzen verworfen; vgl. Unger I, § 55, S. 447 ff. Der ganze Begriff der Nebensache (in dem in diesem Lehrbuche aufgestellten Sinne, beziehungsweise der Pertinenz im vulgären Sinne) beruht auf einer Präsumption, ist nichts als Hilfsmittel der Willensinterpretation. Während aber in dem einen Falle ein concretes

γ. Werth.[1])

§ 69.

Indem das Individuum alle Sachen auf sein Interesse bezieht, untereinander vergleicht, und nach dem Massstabe dieses Interesses misst, ergibt sich ihm eine ideelle Beziehnng der Sachen untereinander, welche wir die Werthrelation nennen.

Ein Doppeltes ist es, das zunächst entscheidend sein muss für dieses Vergleichungsresultat: Die Wichtigkeit eines Gegenstandes für das Individuum, und die grössere oder geringere Leichtigkeit, denselben zu erlangen; aus diesen beiden Momenten, beziehungsweise aus ihrer Erkenntnis resultiert die grössere oder geringere Lebhaftigkeit des Wunsches nach der Sache. Die Leichtigkeit eine Sache zu erlangen ist aber wieder durch ein Doppeltes bedingt, durch ihre den Individuen zur Verfügung stehende oder doch erreichbare Menge (Vorrath) und die Wichtigkeit dieser Sache für alle anderen Individuen, d. i. die aus dieser sich ergebende Nachfrage. Individualbedürfnis, Vorrath und Nachfrage sind die drei Elemente, welche für das Individuum bei Vergleichung verschiedener Sachen vom Standpuncte des Interesses, bei Festsetzung ihrer Individualwerthrelation somit, massgebend sind.

---

früheres Handeln des Disponierenden, aus welchem hervorgeht, dass er die eine Sache zum fortdauernden Gebrauche der anderen Sache bestimmte, die Basis der Präsumption, dass der Disponent zugleich mit der einen Sache auch über die andere disponieren wollte, bildet, wird in anderen Fällen auch diese Bestimmung der einen Sache für die andere Sache durch ihren Eigenthümer selbst wieder präsumiert. In diesem Sinne spricht § 294 a. b. G. von Sachen, „die das Gesetz, oder der Eigenthümer zum fortdauernden Gebrauche der Hauptsache bestimmt hat". Unter den vom „Gesetz . . . zum fortdauernden Gebrauch der Hauptsache" bestimmten Nebensachen sind die in den oben angeführten Singularbestimmungen der §§ 295 ff. bezeichneten Gegenstände zu verstehen. Hinsichtlich solcher, z. B. der Löschgeräthe, wird also zunächst vermutet, dass sie „zum fortdauernden Gebrauche der Hauptsache bestimmt" werden; der Disponent kann nun beweisen, dass die Löschgeräthe diese Bestimmung nicht hatten, dass z. B. die Feuerspritze als Geschenk für die Gemeinde gekauft und nur provisorisch eingestellt wurde. Vermag er aber diese erste Präsumption nicht zu widerlegen, so tritt nun die zweite ein: es wird daher vermutet, es sei Wille des Verkäufers gewesen, diese Feuerspritze mit dem Hause zu verkaufen, und nun kann immer noch erst diese Präsumption widerlegt werden. In diesem Sinne mag man also auch immerhin nach § 294 a. b. G. von gesetzlichen und gewillkürten Pertinenzen sprechen, wiewol diese Bezeichnung, als leicht zu Missverständnissen Anlass bietend, gewiss besser vermieden wird.

[1]) Unger I, § 47; Schiffner I, § 82; Goldschmidt, Handelsrecht II, § 64—64 b (2. Aufl.), Endemann in seinem Handbuch des HR. II, § 167.

Wenn aber zunächst nur der Massstab des Individuums in's Auge gefasst wurde, als der einzig richtige Ausgangspunct für die Werthrelation, so ergibt sich normalerweise bei der Innigkeit des Wechselverkehres eine stete Ausgleichung der differierenden Werthrelationen, welche jedes Individuum aufstellen müsste, wenn es nur seine eigenen Bedürfnisse und Wünsche unmittelbar in's Auge fassen würde. A, für den z. B. Fische keinen Verwendungswerth haben, weil er sie nicht essen mag, wird ihnen doch darum einen Werth beimessen, weil er weiss, dass B—Z ihnen solchen beimessen, und er darum für Fische andere Dinge erlangen, eintauschen kann, welche auch für ihn als Individuum Verwendungswerth haben, oder durch welche er sich doch solche Dinge wieder von Anderen verschaffen kann. Und so fliessen die aus Vorrath, Nachfrage und Individualbedürfnis an den einzelnen Sachen resultierenden Individualwerthe, wie sie Jeder für sich allein aufstellen würde, in lauter durchschnittliche Werthattribute zusammen, welche jeweilig Jeder den Sachen mit Berücksichtigung ihrer Verkehrsfähigkeit zumisst. Jeder misst unter normalen Verhältnissen nicht nur mit seinem Massstabe, sondern mit dem aller Anderen.

Ich kann aber zwei Dinge nur dann dem Grade nach, d. i. scalamässig vergleichen, wenn ich ein Drittes oder eines von ihnen selbst als Einheit nehme.[2]) Eine solche Interessen- beziehungsweise Wertheinheit muss immer angenommen worden sein, wo ein Interessen- oder Werthbewusstsein sich gebildet hatte. Es war nun naheliegend, eines der unmittelbaren Gebrauchsobjecte selbst und zwar eines der am häufigsten im Verkehre gebräuchlichen (z. B. Rinder, Häute) als Wertheinheit zu setzen, ein Tauschobject zur Wertheinheit zu machen. Wenn nun dieses Tauschobject, welches die Wertheinheit bildet, oder ein anderes Tauschobject, welches in einem ziemlich stätigen Verhältnisse zur gedachten Wertheinheit steht, allgemein als Träger der Wertheinheit oder einer bestimmten Anzahl von Wertheinheiten anerkannt wird, so kann es um dieses „fixen Werthes" willen zum allgemeinen Tauschmittel, d. i. zum Gelde werden.

Die Bedürfnisse eines lebhafteren Verkehres mussten jedoch gar bald zur Erkenntnis führen, dass die Wertheinheit selbst Geld sein

---

[2]) Wenn A das Werthverhältnis zwischen einem Schweine und einem Pferde sich klar machen will, so kann er entweder sagen: dieses Pferd ist mir so viel werth, als zehn solche Schweine, oder er kann sagen: das Schwein ist mir so viel werth, als drei Rindshäute, das Pferd so viel als dreissig Rindshäute.

solle, und dass gerade die, unmittelbaren (vitalen) Bedürfnissen entsprechenden, daher ursprünglich als Wertheinheiten angenommenen, Gegenstände ungeeignet sind, allgemeines Tauschmittel, d. i. Geld[3]) zu sein. Denn ihr Verhältnis zu den vitalen Bedürfnissen, ihr eigener Werth somit ist schwankend, sie sind leicht der Veränderung, d. i. Zerstörung ausgesetzt, und darum ist das Interesse am Besitze derselben ein leicht gesättigtes. Hieraus ergibt sich aber, dass sie auch nicht jene Empfänglichkeit haben können, die Einflüsse einer allgemeinen Interessenfluctuation in sich aufzunehmen, welche erforderlich wäre, damit sie in einem bestimmten Zeitpuncte normalerweise für alle Individuen annähernd gleichen Werth haben könnten. In den edlen Metallen nun fand der Verkehr jenes Tauschmittel, welches als das geeignete erschien, allgemeines Tauschmittel, d. i. Geld zu werden. Ihre Dauerhaftigkeit, ihr innerer Werth, den sie durch die Beschränktheit des verfügbaren Vorrathes und die erwachte Freude der Menschen am Schmucke erhielten, und welcher dadurch, dass er selbst nur geringen und langsamen Schwankungen unterlag, ganz vorzüglich geeignet war, zugleich die Wertheinheit zu repräsentieren, sowie der weitere Umstand, dass auch der ordnungsmässige Gebrauch (als Schmuck etc.) sie nicht zerstörte, d. i. ihre Unverbrauchbarkeit in ihrer ursprünglichen Function, machten sie ganz vorzüglich zu dieser weiteren (Geld-) Function geeignet.

Da die Quantität der Edelmetalle das Entscheidende war, dieselbe aber um so schwieriger äusserlich sofort zu erkennen ist, als die Edelmetalle leicht mit anderen Metallen vermischt werden können, ja schon aus technischen Gründen seit jeher gemischt wurden, da somit ein allgemeines lebhaftes Interesse daran bestand, dass an den als Geld dienenden Edelmetallstücken die in ihnen enthaltene Quantität Edelmetalles sofort äusserlich erkennbar sei, war es naheliegend, dass der

[3]) Unger I, § 47; Schiffner I, § 83; Stubenrauch III, S. 146 ff.; Kirchstetter S. 508; Hasenöhrl, Obligationenrecht I, § 16, 17; Savigny, Obligationenrecht § 40—48; Windscheid II, § 256; Arndts § 205; Beseler § 122; Goldschmidt, Handelsrecht II, § 99, S. 1060 (1. Aufl.) (woselbst ausführliche Literaturangaben); Koch, Geld u. Geldwerthzeichen, in Endemann's Handb. d. HR. II, § 184—190. Von neueren Monographien: Hartmann, Über den rechtlichen Begriff des Geldes und den Inhalt von Geldschulden, Braunschweig 1868, 139 S. (hiezu Karlowa, Kr. VGS, XI 1869, S. 526 ff., Goldschmidt, Zt. f. Handelsr. XIII, 1869, N. VIII, S. 367—390); Knies, Geld und Credit, 1. Abth. Das Geld, Darlegung der Grundlehren von dem Gelde, mit einer Vorerörterung über das Capital und die Übertragung der Nutzungen, Berlin 1873, 344 S.; Knies, Weltgeld und Weltmünzen, Berlin 1874, 60 S. (zu beiden Schriften Inama, Grünhut's Zeitschrift I, 1874, S. 621—628 und 628—632); Hasner, Zur Lehre vom Gelde, Grünh. Ztschr. VII, 1880, N. I, S. 1—45. Hildebrand, Die Theorie des Geldes, Jena 1883, 146 S.

Staat, beziehungsweise ein staatliches Organ, eine Bezeichnung der Metallstücke, eine Fixierung ihres Edelmetallinhaltes und darum überhaupt die ausschliessliche Umformung von Edelmetallstücken zu Geldstücken in die Hand nahm. Hiedurch ward das Edelmetall als allgemeines Tauschmittel zum Geld im engeren Sinne des Wortes, zu dem staatlich anerkannten, staatlich hinsichtlich Feingehaltes (d. i. Quantität des Edelmetalles)[4]) nach Schrot (d. i. fixes Gewicht der Münze) und Korn (d. i. fixes Mischungsverhältnis) declarierten (geprägten) allgemeinen Tauschmittel.

Ward so der Begriff des Geldes ein beschränkter gegenüber dem des Edelmetalles, so ward er aber im Laufe der Zeiten auch wieder anderseits erweitert. Indem beim gemünzten Golde die ursprüngliche Verwendung und Benützung um seiner selbst willen in den Hintergrund trat, und nur seine Bedeutung als Mittel, durch Ausgabe, d. i. vom Individualstandpuncte aus betrachtet, durch Verbrauch, andere Bedürfnisobjecte zu erwerben, in's Auge sprang, das unverbrauchbare Gold somit zum verbrauchbaren Gelde ward, musste es überhaupt als überflüssig erscheinen, dass das Geld ausser seinem Werthe als Tauschmittel auch noch einen anderen, unmittelbaren, „wirklichen" Gebrauchswerth habe. Es genügte die vom Staate aufgestellte und allgemein anerkannte Bezeichnung gewisser, der Quantität nach beschränkter und durch Einzelnwillkür nicht vermehrbarer, Sachen als gewissen Wertheinheiten entsprechende allgemeine Tauschmittel, als Geld. Und so trat zu dem geprägten Gelde, den Edelmetallen, das beschriebene, bedruckte Geld, das Papiergeld, dessen Werth keineswegs nothwendig in der Einlösbarkeit gegen Edelmetalle Seitens des Staates liegt, sondern auch lediglich in dem anerkannten staatlichen Willen, dass es Tauschmittel sei, und allgemein als solches angenommen werden solle (Zwangscours), und der hiedurch gegebenen Möglichkeit, durch selbes andere Bedürfnisobjecte zu erlangen, liegen kann. Der Staat kann aber den Einzelnen durch Aufstellung eines Zwangscourses für Papiergeld nur zwingen, eine Sache, wenn er sie überhaupt veräussert, gegen Papiergeld zu veräussern, beziehungsweise das Papiergeld als Zahlung an-

[4]) Der Münzfuss bestimmt, wie viele Münzeinheiten aus einer gewissen Quantität reinen Edelmetalles geprägt werden sollen. Durch den zwischen Österreich und Lichtenstein einerseits und den deutschen Zollvereinsstaaten anderseits geschlossenen Wiener Münzvertrag vom 24. Januar 1857, RGB 101, zu dessen Durchführung die k. Patente 19. Sept. 1857, RGB 169, und 27. April 1858, RGB 63, erflossen, wurde als Münzfuss der „Fünfundvierzigguldenfuss", wonach aus dem Pfund feinen Silbers fünfundvierzig Silberguldenstücke zu prägen sind, für Österreich festgesetzt.

zunehmen, er kann ihn aber hiedurch allein nicht zwingen, dass er diese Sache veräussert, oder sie nun, da er nur Papiergeld bekömmt, nicht um einen höheren Preis veräussert. Das Papiergeld hat aber um seiner Bequemlichkeit für den Verkehr für diesen allerdings als Verkehrs-, als Tauschmittel auch einen „wirklichen" Werth,[5]) und so lange der Staat daher nur soviel Papiergeld in Umlauf setzt (emittiert), als den Bedürfnissen des Verkehrs entspricht, von ihnen absorbiert werden kann, wird die Ausgabe auch eines nichteinlösbaren Papiergeldes die angedeuteten Wirkungen nicht herbeiführen. Sobald aber mehr Papiergeld ausgegeben wird, als das allgemeine Bedürfnis erheischt, sinkt dieser Verkehrswerth des Papiergeldes, und da er vermöge des Zwangscourses numerisch, d. h. nominell fix ist, steigt der numerische Werth, der in Papiergeld ausgedrückte Preis[6]) aller anderen Sachen. Aber auch die Gold- und Silbermünzen haben einen staatlich fixierten Werth (den Nennwerth), da man aber Niemanden hindern kann, eine Sache in einem höheren Werthe als diesem Nennwerthe freiwillig anzunehmen, so steigt nun entsprechend[7]) der Verkehrswerth (Courswerth) der Gold- und Silbermünzen (Aufgeld, Agio) gleichmässig mit allen anderen Werthen, und der fixe Werth (Zwangscours) des Papiergeldes wird hiemit illusorisch. Das Agio der Edelmetallgeldsorten ist somit, wenn es bei allen steigt, ein Zeichen der das Bedürfnis überschreitenden Menge von Papiergeld.[8]) Das Agio hat aber noch eine andere Function. Auch Gold und Silber unterliegen, wenn auch langsam, Werthänderungen. Da aber nun die Werthe der Gold- und Silbermünzen staatlich fixiert sind, aber durchaus nicht nothwendig sich

[5]) Dass das Papiergeld einen wirklichen Verkehrswerth hat, ergibt sich schon daraus, dass es, wenn es seiner Quantität nach das Verkehrsbedürfnis nicht deckt, sogar einen höheren Verkehrswerth (Courswerth) als den ihm vom Staate beigelegten Nennwerth, ein Aufgeld (Agio), erreichen kann.

[6]) Der Preis ist der in Geld ausgedrückte Verkaufswerth einer Sache, d. i. der Tauschwerth, insoferne eine wirkliche Hingabe der Sache, u. z. gegen Geld in's Auge gefasst wird.

[7]) Wenn das Papiergeld mit dem fixen Werthe a durch zu grosse Vermehrung im Werthe sinkt, so dass es nur mehr zwei Drittel seiner früheren Wertheinheit a enthalten würde, aber vermöge gesetzlicher Vorschrift nicht den Werth $\frac{2a}{3}$ erhalten darf, so erlangen nun die Verkehrssache und das Edelmetallstück, welche früher den Werth a hatten, den Werth $\frac{3a}{2}$.

[8]) Auch bei einlösbarem Papiergelde kann, wenn seine Menge das Bedürfnis überschreitet, und der Staat das ihm in Folge dessen zur Einlösung zuströmende Papiergeld immer wieder neuerlich in Umlauf setzt, ein Agio der Edelmetallmünzen entstehen.

gleichmässig verändern, so wird unter Umständen der Verkehrswerth (Courswerth) der einen Metallsorte gegenüber der anderen steigen, also in Goldagio oder in Silberagio seinen Ausdruck finden.[9]) Aus diesem Grunde sind denn auch die meisten Staaten zu dem Resultate gelangt, überhaupt nur eine Metallsorte als Geld zu bezeichnen, ihr Währung beizulegen, die andere Metallsorte aber, ungeachtet sie auch einen bestimmten Nennwerth erhält, gar nicht als Geld im engsten Sinne, sondern nur als Waare zu behandeln. In Österreich besteht als „österreichische Währung" die Silberwährung, neben ihr jedoch auch Papierwährung.[10]) Daneben bestehen als Scheidemünze auch Kupfer- und Silbermünzstücke. Mit MV. 28. November 1850, RGB, 451 wurde das schon öfter eingeschärfte Verbot des Agiotirens mit Silber- und Kupferscheidemünze neuerlich wiederholt.

[9]) Von dem Falle einer erkennbaren, beziehungsweise nennenswerthen Differenz zwischen dem Metallwerthe und dem Nennwerthe wird, als durch den Münzvertrag ausgeschlossen, hier gar nicht gehandelt. Die Differenz im Feingehalte (Remedium, Schlagschatz) darf bei Silbermünzen nicht mehr als $^3/_{1000}$ (bei Viertelguldenstücken $^5/_{1000}$), bei Goldmünzen nicht mehr als $^2/_{1000}$ betragen.

[10]) Papiergeld i. e. S. sind die Staatsnoten zu ein Gulden, fünf Gulden und fünfzig Gulden (Gesetz 25. August 1866, RGB 101, und FME 9. Februar 1867, RGB 32). Dieselben haben Zwangscours zum Nennwerthe „in allen Zahlungen, die nicht in Folge gesetzlicher Bestimmungen in klingender Münze zu leisten sind", und sind bei den Staatscassen gegen klingende Münze nicht einlösbar. Papiergeldfunctionen haben aber auch die Noten der (an Stelle der Nationalbank getretenen) österreichisch-ungarischen Bank, Osták-magyarbank (gegenwärtig zu zehn, hundert und tausend Gulden ausgegeben); dieselben haben ebenfalls Zwangscours zum Nennwerthe, und ist die Bank auf die Dauer des Zwangscourses der Staatsnoten ihrer Einlösungspflicht enthoben. Hiedurch sind aber diese Geldcreditpapiere thatsächlich zu Papiergeld geworden. Die schwebende Schuld in Staatsnoten (und Münzscheinen), wie sie zur Zeit des österr.-ung. Ausgleiches mit 312 Millionen bestand, wurde (mit einer für weitere Emissionen gesetzten Maximalgränze von 400 Millionen) durch § 5 Gesetzes 24. December 1867, RGB 3 ex 1868, „unter die solidarische Garantie beider Reichshälften gestellt".

Über die Geldverhältnisse zur Zeit des Erscheinens des a. b. G. vgl. Pfaff-Hofmann I, S. 98—110, Excurse I, S. 88—102. Historische Skizzen über das österreichische Geldwesen bei Stubenrauch I, S. 20—29 (4. Aufl.), Kirchstetter S. 509—511; Schiffner I, § 83, N. 10. Literaturangaben bei Schiffner cit. und Stubenrauch cit. S. 20, N. 3. Vgl. insbesondere Beer, Die Finanzen Österreichs im 19. Jahrhundert, Prag 1877, auch Nagl, Über die Rechtswirkungen der Veränderungen des österr. Geldwesens, insbes. des k. Pat. 20, Hornung 1811, auf Privatforderungen J. Bl. 1875, N. 19, 20; Pfaff, Eine Episode aus der Geschichte des österr. Papiergeldes, Jur. Bl. 1882, N. 24—28.

Das Geld ist uns der allgemeine Werthmesser, in Geld drücken wir den Werth der Sachen aus. Der Werth der Sachen ist aber ein schwankender; er ist verschieden in verschiedenen Zeiten, an verschiedenen Orten, ja zur selben Zeit und am selben Orte für verschiedene Personen mit Rücksicht auf ihre verschiedenen Bedürfnisse, Wünsche und Verhältnisse. Im Allgemeinen wird zwar die wechselseitige Fluctuation der Interessen einen durchschnittlichen Werth (ordentlicher Tauschwerth) ergeben, aber auch hier wird stets eine Differenz bestehen zwischen dem Werthe, den der Inhaber einer Sache seiner Preisbemessung zu Grunde legt, dem Preisminimum, um welches er sie hintangeben würde, und dem Werthmaximum, welches andere ihrem Angebote zu Grunde legen, um welches sie die Sache zu erstehen bereit wären, eine Differenz somit zwischen Verkaufs- und Einkaufswerth, und diese Differenz wird eben die Ursache sein, warum jene Sachen, hinsichtlich derer sie besteht, nicht vertauscht werden.[11]) Insoferne nun der Werth, den A einer Sache beimisst, d. h. gegen dessen Vergütung er sie hergeben würde oder hergegeben hätte, von dem allgemeinen durchschnittlichen Verkaufswerthe (Tauschwerth i. e. S.), d. i. dem Werthbetrage, um welchen eine solche Sache durchschnittlich zu haben ist, nur wenig abweicht, sagen wir die Sache habe für ihn den gemeinen oder ordentlichen Werth. Es kann aber sein, dass die Sache für A gerade einen viel höheren Werth hat, als dieser durchschnittliche Tauschwerth ist, dann sprechen wir von dem ausserordentlichen Werthe einer Sache. Beruht nun dieser ausserordentliche Werth auf vermögensrechtlichen Verhältnissen des A, auf dem besonderen Nutzen, den gerade A aus dieser Sache hätte ziehen können, auf dem Verhältnisse der Sache zu anderen Vermögensobjecten des A (z. B. es handelt sich um ein Pferd aus einem Viergespanne), ist dieser ausserordentliche Werth somit objectiv nachweisbar, d. i. auch für Andere unmittelbar erkennbar, so sprechen wir von einem ausserordentlichen Werthe schlechtweg; beruht er aber nur auf dem subjectiven Ermessen des A, seiner Vorliebe für die Sache, ist er somit für Dritte nicht messbar, d. i. schätzbar, so sprechen wir von dem ausserordentlichen Werthe der besonderen Vorliebe.[12])

[11]) Nur beim Börsen- und Marktverkehre tritt diese Differenz scharf hervor, aber sie besteht bei jeder Sache.

[12]) Ein innerer Widerspruch, wie ihn Unger I, § 47, S. 377 als im Begriffe des Affectionswerthes liegend annimmt, liegt in demselben keinesfalls. Es ist nicht wahr, dass „Neigungen und Affectionen einer pecuniären Veranschlagung unfähig sind"; meine Neigung kann ich ganz gut in Geld veranschlagen. Wenn sich jemand an der Theatercasse erkundiget, ob noch irgend ein Sitz unter drei Gulden zu haben sei, so hat er seine Neigung sehr genau veranschlagt, und wenn er dem Agioteur wegen des Auftretens einer italienischen Stimmvirtuosin oder eines Clavierturners für den Fauteuil fünfzig Gulden zahlt, ebenfalls; und ebenso, wenn er seinen Garten, der einen gemeinen Werth von 200 Gulden hat, einer Eisenbahngesellschaft trotz eines Angebotes von 1000 Gulden wegen seiner angenehmen Lage, oder weil er der Lieblingsaufenthalt seiner seligen Frau war, nicht verkauft, ihn aber derselben Eisenbahngesellschaft, nachdem sie ihr Gebot auf 1200 Gulden erhöhte, doch verkauft. Nur Andere können meine Neigungen in ihrer Stärke nicht untrüglich erkennen, und darum nennt § 303 a. b. G. Sachen, deren Werth durch keine Vergleichung mit anderen im Verkehre befindlichen Sachen (sc. von Anderen) bestimmt werden können, die daher nicht gerichtlich durch Schätzleute in ihrem Werthe für eine bestimmte Person geschätzt werden können, unschätzbare. Aber indirect kann immerhin entnommen werden, ob die von dem Besitzer selbst behauptete Werthhöhe, die eine Sache für ihn mit Rücksicht auf seine Vorliebe haben soll, nicht erdichtet ist, ob die Sache ihm wirklich so viel werth ist, und so lässt sich allerdings auch dieser Werth durch Schätzungseid, unter eventueller Erwägung der Verhältnisse durch den Richter (§ 216, 218 a GO), ermitteln und erweisen. Unger's Ansicht wird auch von Schiffner I, § 82, S. 55 (in den älteren Auflagen auch Kirchstetter) getheilt.

Es ergibt sich somit für jede Sache eine dreifache Werthmöglichkeit: Der gemeine Werth, der Individualwerth und der ausserordentliche Individualwerth. In der Lehre vom Schadenersatze gelangen diese Unterschiede zu practischer Bedeutung. Im Übrigen bestimmt § 306 des a. b. G.: „In allen Fällen, wo nichts Anderes entweder bedungen oder von dem Gesetze verordnet wird, muss bei der Schätzung einer Sache der gemeine Preis zur Richtschnur genommen werden."

2. Ausdehnung des Sachbegriffes.[1])

§ 70.

Die Sache ist dem Individuum nur von Bedeutung als Mittel zur Befriedigung der Bedürfnisse, d. i. zum Genuss i. w. S., oder als Mittel zur Erlangung von Genussmitteln, und die Rechtsordnung ist dem

[1]) Windscheid I, § 42; Schiffner I, § 80, 81, 84—89. Birkmeyer, Über das Vermögen im jur. Sinne, röm. rechtl. Quellenstudien, Erlangen 1879, 356 S. (hiezu Pernice, kr. VJS XXII, N. F. III, 1880, N. X, Vermögen und Universalsuccession S. 232—266, Hölder, Goldschmidt's Z. f. HR XXIV, 1879, S. 609—616; Mandry, Archiv f. civ. Pr., 62 Band, N. F. 12, 1879, S. 360—363). Über die vermeintliche Unterscheidung von universitas juris und universitas facti vgl. die Abhandlungen von Hasse und Mühlenbruch, oben § 66, N. 1.

Einzelnen behilflich, eine Sache sich als Genussmittel zu sichern und die Anderen von ihr ganz oder theilweise auszuschliessen. Insoferne sie den Einzelnen hinsichtlich einer Sache im Genusse oder in der Bereithaltung zum Genusse gegen alle Anderen total oder partiell schützt, sprechen wir von einem Rechte an der Sache, einem sachlichen oder dinglichen Rechte. Und indem nur dieses hinsichtlicht einer Sache von der Rechtsordnung anerkannte Recht, beziehungsweise diese sich als subjectives Recht darstellende Anerkennung dem Individuum das die jeweilige Genussmöglichkeit begründende physische Verhältnis zur Sache zu sichern vermochte, erschien das Recht als das in den Vordergrund Tretende, das Recht an der Sache erschien als das Werthobject.[2]) Ja überhaupt alle gegen andere Personen gewährten rechtlichen Wirkungen, wenn sie sich auch nicht unmittelbar auf eine Sache und durch sie gegen alle Anderen richten, sondern nur hinsichtlich bestimmter Personen festgesetzt sind (persönliche Rechte), stellen sich in letzter Linie als Mittel zur Erreichung einer Sache, oder doch als Mittel zur Befriedigung eines Bedürfnisses durch Zuhilfenahme der Aussenwelt dar, und werden daher der allgemeine Werthrelation unterzogen.

Indem nun aber das Recht auf totale Herrschaft über eine Sache, d. i. totale Ausschliessung aller Anderen von ihr, und nicht die Sache selbst als das, was rechtlich von Bedeutung ist, sich darstellte, erschien in diesem Sinne für die Rechtsordnung das totale Recht an einer Sache selbst als die Sache, und in der consequenten Durchführung hievon dann überhaupt jedes Recht als Sache.[3]) Weil aber die Rechte das Wesentliche des Vermögens ausmachen, ja das Vermögen normalerweise geradezu als die Summe der dem Einzelnen zustehenden Rechte erscheinen musste, wurde der Sachbegriff auch auf das Vermögen als solches übertragen.

Eine Folge dieser Auffassung war, dass man auch die verschiedenen Eintheilungen der Sachen auf die Rechte und das Vermögen bezog, auch Rechten Pertinenzqualität (so z. B. dem Jagd- und Fischereirecht) zuschrieb, wenn sie dem Eigenthümer einer Sache als solchem zustanden, den Begriff der Beweglichkeit und Unbeweglichkeit auf die

[2]) Mit Recht betont Pfaff in Grünhut's Zeitschrift (I, S. 63), dass nicht nur die Sache es ist, welche den Werth bestimmt, dass auch ein rechtliches Moment bei der Werthtaxation massgebend ist; der Kaufpreis, den der Hehler für die Sache bietet, ist ein ganz anderer, als der, den der gutgläubige Erwerber bietet, der Eigenthum an der Sache zu erwerben wähnt.

[3]) Wie ursprünglich „beim Eigenthum die Sache das Recht verdeckte" (Ihering II, § 43, S. 439), verdeckte später das Recht die Sache.

Rechte als Vermögensbestandtheile[4]) übertrug, und überhaupt nunmehr die Sachen in körperliche Sachen, worunter man in Verwechslung des totalen Rechtes an der Sache mit der Sache selbst die totale Sachherrschaft (Besitz und Eigenthumsrecht) verstand, und unkörperliche Sachen, worunter alle anderen Vermögensbestandtheile[5]) (Servituten, Forderungsrechte etc.) inbegriffen waren, eintheilte.

Von den rechtlichen Eintheilungen der Sachen ist aber nur eine Einzige der Natur der Rechte nach auch auf diese anwendbar: die oben in § 60 besprochene Eintheilung nach dem Gesichtspuncte der Theilbarkeit.

Ist die Sache nur physisch oder räumlich theilbar, so ist das Recht in einer Sache ideell theilbar; das Pferd, der Acker können nur räumlich in Theile getheilt, beziehungsweise zerlegt werden, und an jedem dieser Theile mag dann Verschiedenen ein Recht zustehen; dieses steht aber dann Jedem an einem räumlich abgetrennten Theile, d. i. rechtlich an einer anderen selbstständigen Sache zu. Das Eigenthumsrecht am ganzen Pferde, am physisch ungetheilten Acker aber

[4]) Wo es sich um ein Recht an einer unbeweglichen Sache handelte, war ein unbewegliches Recht vorhanden, wo um ein Recht an einer beweglichen Sache, ein bewegliches Recht. Die Detailfragen sind ziemlich bestritten, und haben nur Interesse, insoferne es sich (z. B. in einem Testamente: dem B vermache ich meine beweglichen, dem C meine unbeweglichen Sachen) um Auslegung einer Willenserklärung handelt. Das Richtige dürfte sein, auch bei Forderungsrechten auf die Qualität des Forderungsgegenstandes zu sehen; es bestimmt jedoch § 298 a. b. G., dass Forderungsrechte immer beweglich seien. Hinsichtlich des Pfandrechtes ist die Frage gegenstandslos, da das Pfandrecht stets demselben zufällt, wie die Forderung; den deutschrechtlichen Grundsatz, dass Schuldforderungen durch Sicherstellung auf unbeweglichen Sachen selbst unbeweglich werden, hat § 299 a. b. G. mit Recht abgelehnt. Vgl. über diese Fragen Unger I, § 48, S. 394 ff.: „Klagen theilen die Natur des Rechts, zu dessen Geltentmachung sie bestimmt sind" (S. 399; vgl. Code civil Art. 526, § 4: „Sont immeubles . . les actions qui tendent à revendiquer un immeuble; ferner L. 15, D. 50, 17: „Is qui actionem habet ad rem recuperandum, ipsam rem habere videtur", und L. 143, D. 50, 16: „Id apud se quis habere videtur, de quo habet actionem; habetur enim, quod peti potest"). Die „Erbrechtsklage . . steht . . beiden Erben gemeinschaftlich zu, und was durch sie erlangt wird ist nach der Qualität der Beweglichkeit und Unbeweglichkeit unter B und C zu theilen" (Unger S. 400). Über die Bedeutungslosigkeit des § 298 a. b. G. vgl. ebenda.

[5]) Diese Eintheilung ist weder eine Eintheilung der Sachen noch der Vermögensrechte (auch das Eigenthumsrecht ist unkörperlich), sondern des Vermögens, der Vermögensbestandtheile. Über die Entstehung der irrigen Auffassung dieser Eintheilung vgl. Unger I, § 45, S. 358 ff.; vgl. aber auch Ihering II, § 43, S. 438, 439. Aus den Quellen vgl. Gajus II, § 12—14, Jnst. 2.2, L. 1, § 1. D. 1, 8.

kann mehreren zugleich zustehen, so dass keinem der ganze Acker allein gehört, d. h. dass keiner die Anderen von der Mitbenützung und Mitbeherrschung des ganzen Ackers ausschliessen kann, dass aber auch keinem lediglich ein bestimmter Theil desselben gehört, d. h., dass jeder ebenfalls von der Mitbeherrschung des ganzen Ackers nicht ausgeschlossen werden kann, sondern dass vielmehr jedem das Recht am ganzen Acker, aber dieses Recht nur zu einem ideellen Theile zusteht.[6]) Und so ist die rechtliche Untheilbarkeit

[6]) Partes pro indiviso im Gegensatze zu den zwar räumlich nicht losgetrennten, aber abgegränzten Theilen (partes pro diviso). Eine in jüngster Zeit lebhaft ventilierte Streitfrage ist, ob wirklich das Recht an einer Sache und nicht etwa nur der Werth theilbar sei. Für letztere Auffassung besonders Windscheid I, § 142, N. 10 und 11, 169 a, N. 5, und Steinlechner, Das Wesen der juris communio und juris quasi communio, Eine civil. Abhandlung, 1. Abth., Revision der Lehre von der Theilbarkeit und Untheilbarkeit auf dem Rechtsgebiete, Innsbruck 1876 (hiezu Regelsberger, Grünhut's Ztsch. III, 1876, S. 695—701; Eck, Kr. VJS XIX, 1877 S. 223—238); 2. Abth., Das Miteigenthum in seinen principiellen Einzelbeziehungen, Innsbruck 1878 (hiezu Regelsberger cit. VI, 1879, S. 742—748; Eck cit. XXI, 1878, S. 118—121); Schey in Grünhut's Zeitschr. VIII, S. 132—136. Gegen Windscheid wieder Rümelin, Die Theilung der Rechte, Freiburg 1883, 277 S., bes. § 4. Ich halte den Streit für einen unfruchtbaren (vgl. auch Rümelin cit.). Das Recht ist nichts Reales, und darum natürlich kann es auch nicht im realen Sinne des Wortes „getheilt" werden. Aber auch der Werth einer Sache ist, so lange sie nicht veräussert oder Gegenstand eines Ersatzanspruches wird, ein ebenso ideelles, ungreifbares und daher materiell untheilbares als das Recht. Wie uns das Wort „Recht" ein Mittel ist auszudrücken, dass die Rechtsordnung zu Gunsten gewisser Personen gewisse Wirkungen statuiert habe, so sprechen wir dort von einem getheilten Rechte, wo diese Wirkungen zu Gunsten mehrerer Person in gleichförmiger, sich gegenseitig beschränkender Weise festgesetzt sind, um eben diese Beschränkung anzudeuten. Wollen wir andeuten, dass der Miteigenthümer in der rechtlichen Verfolgung von Ansprüchen beschränkt ist, so sprechen wir von der Getheiltheit seines Rechtes, denken wir aber an die Beschränkung der Genussmöglichkeit, so tritt uns die Getheiltheit des Werthes in den Vordergrund; vgl. auch Randa, Besitz, § 17, N. 15. Die Bestimmungen von L. 1, § 4, L. 7, § 1, L. 8, L. 9, pr. D. 45, 3, dass ein im Miteigenthum stehender Sclave, wenn er einem seiner Herren nicht erwerben kann, dem anderen das Ganze erwirbt, die Entscheidung bei Ulpian I, 18, dass im Falle der Freilassung des gemeinsamen Sclaven durch einen Herrn, der andere Volleigenthümer wird, sind Singularitäten, die sich nicht etwa aus der „Natur" des Rechtes und des Miteigenthumes ergeben, sondern die ihre Ursache im dem Institute der Sclaverei, in dem Umstande, dass der Sclave für sich erwerbsunfähig war, dass eine theilweise Sclaverei unpractisch erschien, somit in Zweckmässigkeitsgründen hatten. Auf m. E. zutreffende Weise erklärt Schey cit. die rechtliche Natur der Verwandlung von Alleineigenthum in

einer Sache (sei es, dass sie gar nicht, oder nur unter räumlicher Abgränzung oder Abtrennung theilbar sei) kein Hindernis, dass das Recht an dieser Sache theilbar sein könne. Aber auch nicht alle Rechte sind nothwendig theilbar, indem die Rechtsordnung die Theilbarkeit gewisser Rechte ausdrücklich beschränken kann.[7]) Untheilbar waren nach röm. Recht der Usus, die Grunddienstbarkeiten, Forderungsrechte auf untheilbare persönliche Leistungen[8]) oder auf Übertragung eines untheilbaren Rechtes. Hinsichtlich der genannten Obligationen und der Grunddienstbarkeiten (§ 485 a. b. G.) gilt diess auch noch vom österr. Rechte, während die Servitut des Gebrauchsrechtes allerdings mehreren Personen zustehen kann; das Theilverhältnis wird in letzterem Falle dann von practischem Belange sein, wenn die Sache nicht für die persönlichen Bedürfnisse aller Theilhaber ausreicht.

3. Einschränkung des Sachbegriffes.[1])

§ 71.

Wie der Sachbegriff im rechtlichen Sinne erweitert wurde, indem man ihn auf die Bestandtheile des Privatvermögens, die Rechte ausdehnte, so erlitt er auch eine Einschränkung, indem privatrechtlich nur das als Sache erscheinen konnte, an dem Privatrechte von Privatpersonen möglich waren.

Miteigenthum und umgekehrt durch „Ausscheiden und Eintritt eines . . Kreises von Ansprüchen". Aber auch die ständigen Anspruchsmöglichkeiten werden durch das Eintreten oder Entfallen von Eigenthum modificiert. Über Miteigenthum: Göppert, Beiträge zur Lehre vom Miteigenthum, Halle 1864, 161 S.; Boas, Zur Lehre vom Miteigenthum, Berlin 1864, 108 S.; Eisele, Z. L. v. Miteigenth., Arch. f. c. Pr. LXIII 1880, S. 27—71.

[7]) Zu unterscheiden rechtliche Untheilbarkeit einer Sache und Untheilbarkeit eines Rechtes. In beiden Fällen pflegt man von „juristischer Untheilbarkeit" zu sprechen.

[8]) Ubbelohde, Die Lehre v. d. untheilbaren Obligationen, Hannover 1862, 311 S.

[1]) Wappäus H., Zur Lehre von den dem Rechtsverkehr entzogenen Sachen nach römischem und heutigem Recht, Göttingen 1867 (hiezu Berchtold, Kr. VJS XIII, 1871, S. 118—136); Eisele F., Über das Rechtsverhältnis der res publicae in publico usu, Basel, 1873 (hiezu Hölder, Kr. VJS XVI, 1874, S. 443—446); Wand H., Die Rechtsverhältnisse der öffentlichen Wege in der Pfalz, Kirchheimbolanden 1873, 232 S.; Bourguignat A., De la propriété des chemins ruraux, 3. Aufl., Paris 1881, 64 S.; Baillière P. G. E., Du domaine public de l'Etat, Paris 1882; Wittken, Rechtsverhältnisse der Kirchhöfe, Gruchot's Beiträge XXVI, 1882, S. 662—676; Müller, Über das Privateigenthum an katholischen Kirchengebäuden, München 1883; Ihering, Geist d. r. R. III, § 61, S. 346—350;

I. An gewissen Sachen nun sind Rechte überhaupt unmöglich wegen ihrer factischen Unbeherrschbarkeit; diess ist der Fall beim Erdballe in seiner Totalität, der Luft in ihrer Totalität sowol als überhaupt in nicht abgeschlossenem, ihre Beweglichkeit hemmendem Raume, dem Meere, sowol in seiner Totalität als auch bei dem gemeiniglich unzugänglichen Meeresgrunde und den hin- und herfluthenden Meereswogen, schliesslich dem fliessenden, d. i. davoneilenden Wasser (aer, aqua profluens, mare).[2])

II. An anderen Sachen wären Rechte, wäre eine Beherrschbarkeit durch das Individuum möglich, aber es ist durch die Rechtsordnung die ausschliessende totale oder partielle Beherrschung durch Privatpersonen (im Gegensatze zum Staate, zu Gemeinden), der Bestand eines „Privatrechtes" wegen ihrer Unentbehrlichkeit oder doch ausnehmenden Wichtigkeit für die Gesammtheit oder gewisse nicht geschlossene Kreise von Individuen verwehrt. Diese Sachen unterliegen eben darum, weil kein geschlossener Kreis von Interessenten sie ausschliesslich benützen darf, der allgemeinen Benützung, aber sie „gehören" keinem Einzelnen, da keiner die Anderen von der Mitbenützung ausschliessen kann. Wol aber wird man sagen können, sie gehören dem Gemeinwesen (u. z. normalerweise dem Staate), sind Eigenthum desselben, da ja — nach neuerer Rechtsordnung wenigstens — der Staat es ist, dem die Abwehr von Beschränkungen der allgemeinen Genussmöglichkeit durch Übergriffe Einzelner, zusteht, der die allen eröffnete Genussmöglichkeit aufheben, beschränken, auf andere Sachen übertragen

---

Wächter, Württ. Pr. II, § 44; Windscheid I, § 146, 147; Brinz I, § 125—128; Stobbe I, § 64; Roth, D. Pr. I, § 79, Bayr. Civilr. § 116; Unger I, § 46; Schiffner I, § 67; Randa, Besitz, § 10; Stubenrauch I, S. 374—377 (4. Aufl.); Kirchstetter S. 158—160. Hieher gehören auch die unten angeführten Gutachten. Über die Wasserrechtsliteratur, N. 5. Vgl. ferner Kappeller, Über Rechtsverhältnisse an Gletschern, Zeitschr. f. schweiz. Gesetzgebung und Rechtspflege I, 1875, 4. Heft, und Schiestl, Das Gletschereigenthum, J. Bl. 1877, N. 31, 32 (aus dem Jahrb. des österr. Turistenclubs 1877), hiezu Hofd. 7. Januar 1839, JGS 325.

[2]) So lange das Wasser noch im Flusse oder Bache dahinrinnt, kann es nicht Object eines Rechtes sein; denn das Wesen des Rechtes an einer Sache liegt ja in der Möglichkeit, sie mit Ausschliessung Anderer zu beherrschen, zu benützen, in einer gewissen Stabilität des Machtverhältnisses. Wenn der Bach eine Mühle treibt, so ist es jeden Moment ein anderes Wasser, das dem Müller des Rad bewegt, die einzelne Wasserquantität entzieht sich, so lange sie „fliesst", völlig dauernder Beeinflussung. Sache kann sie erst werden durch Fixierung, durch Isolierung. Vgl. Randa, Wasserrecht S. 3, Lemayer, GZ 1869, S. 166.

kann.[3]) In den §§ 287, 288 a. b. G. werden derartige Sachen öffentliches Gut beziehungsweise, wenn sie im Gemeindeeigenthume stehen, Gemeindegut genannt.

Solches öffentliches Gut nun sind die öffentlichen Strassen[4]), Wege

---

[3]) Ihering, die Gutachten, Leipzig 1862, S. 36 ff. und Basel 1862, S. 3 ff., Beiträge zur Lehre vom Besitz, Jahrb. f. Dogm. IX, 1868, S. 129 ff. und Geist III, § 61, S. 336, 346—350 betont den öffentlichen Gebrauch als die rechtliche Seite. So sagt er cit. S. 349: „wir . . werden . . nicht umhin können, das Recht des Gemeingebrauches unter die Zahl der Rechte an den Sachen aufzunehmen", und leugnet in den Gutachten und im „Grund des Besitzschutzes" ein Eigenthum des Staates; allein in der zweiten Auflage letzterer Schrift (1869, S. 151) erkennt er dem Rechte des Staates, welches sich im Bezuge der Nebenerträge, und im Falle der Aufhebung der Qualität einer Sache als res publica, manifestiert, mindestens „einen privatrechtlichen Character" zu. Ich sehe kein Hindernis, es geradezu Eigenthum zu nennen, womit aber nicht gesagt sein will, dass es innerhalb des Eigenthumsbegriffes nicht gewisse Differenzierungen gebe. Vgl. über diese Frage, ob dem Staate am öffentlichen Gute nur ein Hoheitsrecht oder ein Eigenthumsrecht zustehe, die Gutachten im Baseler Festungsstreit von Rüttimann 1859, Keller 1859 (gedruckt 1861), Keller 1860, Rüttimann 1860, Ihering 1862, Dernburg 1862, Ihering 1862 und über alle Stintzing, Kr. VJS V, 1863, S. 127—134. Literaturangaben bei Stobbe I, § 64, N. 11.

[4]) Auch öffentliche Museen, Galerien, Markthallen, Bibliotheken kann man, falls ihre Benützung nicht von der Erfüllung gewisser Vorbedingungen (Eintrittskarten, Zahlung etc.) abhängig gemacht ist, zu den res in publico usu rechnen. Aber hier ist die Gebrauchsmöglichkeit schon überall eine viel beschränktere, während das Eigenthumsrecht des Staates oder der Gemeinde um so schärfer in den Vordergrund tritt. Keinesfalls sind zu den res extra commercium (z. B. mit Randa § 10, S. 312 und Schiffner I, § 67, S. 8) die Schulen zu rechnen, oder (mit Letzterem) gar auch die Eisenbahnen. Dann wäre auch die Wiener Oper, ja jedes Gast- oder Caféhaus ein öffentliches Gut (vgl. Stobbe I, § 64, N. 10). Überhaupt hat die Extracommercialität an all den erwähnten Sachen nicht mehr jene Bedeutung, die mit diesem Begriffe einst verbunden war. Sie können allerdings nicht Gegenstand von Rechtsgeschäften Privater sein, ein von Privaten hinsichtlich ihrer gesetztes Rechtsgeschäft (z. B. Vermächtnis) ist nicht als ein Rechtsgeschäft über fremde Sachen anzusehen, sondern ist wegen der Extracommercialität geradezu nichtig; auch sind dieselben keine Gegenstände der Execution und insbesondere öffentlicher Versteigerung durch Gläubiger des Staates oder der Gemeinde, und zur Veräusserung genügt nicht lediglich eine Massregel der finanziellen Vertretung, sondern die Verwaltungsbehörde, in deren Ressort das mitbetheiligte öffentliche Interesse einschlägt, muss der Aufhebung des öffentlichen Gebrauches, beziehungsweise Übertragung desselben auf ein anderes Object, zustimmen. Aber diese Objecte sind überhaupt veräusserlich, und soweit der usus publicus hiedurch nicht beeinträchtigt wird, ist die Extracommercialität kein Hindernis, dass nicht auch dingliche Partialrechte an ihnen begründet werden könnten (vgl. Stobbe I,

und Plätze, öffentliche Hallen, öffentliche Anlagen, ferner das Bett der sogenannten öffentlichen Flüsse und Gewässer.[5])

§ 64, S. 533). Ja es werden auch Veräusserungen an Private unter Aufrechterhaltung und gegen Sicherstellung des publicus usus, d. i. eines zu Gunsten des Gemeinwesens (Staat, Gemeinde) bestellten Partialrechtes zulässig sein, wie auch an Privateigenthum ein solcher publicus usus bestellt werden oder entstehen kann. Die Begriffe „öffentliches Gut" und „Staatsvermögen" (§ 287 a. b. G.) haben sich jedenfalls genähert, ja es mag fraglich erscheinen, ob die Unterscheidung nicht besser ganz aufgegeben würde und nur von unbeschränktem und durch usus publicus beschränktem Eigenthume des Staates, der Gemeinde, juristischer Personen, zu sprechen wäre. Der usus publicus würde sich dann nach Massgabe als ein Partialrecht der Gemeinden, juristischer, ja auch natürlicher Personen, darstellen.

[5]) Aus der reichen Literatur seien genannt: Gesterding, Beiträge zum Wasserrecht, Archiv f. civ. Praxis III, 1820, N. V, S. 60—77; Romagnosi, Della condotta delle acque, Mailand 1822—1824; Della ragione civile delle acque, Mailand 1829; Funke, Beiträge z. Wasserrecht, Archiv f. civ. Pr. XII, 1829, N. XV, S. 274 ff., N. XXI, S. 432 ff.; Kremer, Über das Eigenthumsrecht des Staates über das Uferland und die Inseln der Flüsse, Z. f. ö. R. 1831, I, N. V, S. 107—138; Hofmann, Versuche in Bearbeitung des röm. Rechts, 2. Heft, 1831; Kori, Über das Wasserrecht, Archiv f. civ. Pr. XVIII, 1835, S. 37—54; Wildner, Das österr. Fabriksrecht mit einem Anhange über das Recht der Wasserleitungen, 1838; Elvers, Beiträge zum Wasserrecht, Themis N. F. I, S. 413 ff.; Daviel, Traité de la legislation et de la pratique des cours d'eau, 1845; Schwab, Die Conflicte der Wasserfahrt auf den Flüssen mit der Benützung derselben zum Maschinenbetriebe, erörtert nach den Grundsätzen des gemeinen in Deutschland gültigen Rechtes, Beilage zum XXX. Bande des Archiv für civ. Pr. 1847; Börner, Revision der neueren Lehre von der Zugehörigkeit der beständig fliessenden Gewässer nach Röm. und Deutschem Rechte, Archiv f. civ. Pr. 38. Band, 1855, N. VII, S. 149—185 und N. XV, S. 359—379; Weiske, Über die Eigenthumsrechte am Wasser, Haimerl's Magazin VI, 1852, N. II, S. 34—43; Lhota, Über Wasserbezugsrechte, Haim. Mag. XI, 1855, N. XVI, S. 377—381; Lhota, Störungen der Wasserbezugsrechte, GZ 1857, N. 82; Pelikan, Zur Frage über Wassereigenthumsrecht, GZ 1857, N. 115; Lhota, Noch ein Wort über Wasserbezugsrechte, GZ 1857, N. 131; Pelikan, Schlusswort zur Frage über das Wassereigenthumsrecht, GZ 1858, N. 17; Pözl, Die neuere Gesetzgebung und Literatur über das Wasserrecht, Kr. VJS I, 1859, N. II, S. 23—45, und: Die neuere Gesetzgebung und Literatur über das Wasserrecht in Deutschland und Österreich, Kr. SJV XXII, N. F. III, 1881, N. I, S. 1—32. Derselbe: Die bayrischen Wassergesetze vom 28. Mai 1825 erläutert, Erlangen 1859, 2. Aufl. 1880, 516 S.; Scheele, Das preussische Wasserrecht, Lippstadt 1860, 135 S.; Endemann, Das ländliche Wasserrecht, Kassel 1862, 114 S. (mit bes. Rücksicht auf Kurhessen); Hesse, Grundzüge des Wasserrechts nach dem gem. Rechte, Jahrbuch f. Dogm. VII, 1865, N. V, S. 179 bis 317; Nieberding, Wasserrecht und Wasserpolizei im Preussischen Staate, Breslau 1866; Stein, Die Wasserrechtslehre, Öst. VJS XVIII, 1866, N. X, S. 227—267; Jičinsky, Das künftige Wasserrechtsgesetz für Österreich mit aphorist. Bemerkungen, Öst. VJS XVIII, 1866, N. XI,

Es wurde schon oben ausgeführt, dass an fliessendem Wasser, so lange es fliesst, kein Recht möglich ist; wol aber ist ein totales oder

S. 268—292; Schenk, Zur Wasserrechtsfrage, Wiesbaden 1866; Kappeler, Der Rechtsbegriff des öffentl. Wasserlaufs, entwickelt aus den Quellen des röm. Rechts, Zürich 1867 (hiezu Berchtold, Kr. VJS XIII, 1871, S. 137 bis 151); Fischer Franc., De privatis fluminibus, Diss., Berlin 1868, 98 S.; Jullien J., Etude sur les cours d'eau, en droit romain, Thèse, Paris 1868, 233 S.; Houck L., A Treatise on the Law of Navigable Rivers, Boston 1868, 235 S.; Lemayer, Zur neuen Gesetzgebung über Wasserrecht, GZ 1869, N. 41—47; Jičinsky, Vodní právo, 1870; Kissling, Die Regulierung der bestehenden Wasserbezugsrechte nach den Bestimmungen des Reichsgesetzes 30. Mai 1869, RGB 93 und der Landesgesetze, Linz 1871, 43 S.; Rissmann, Das Wasserrecht nach gem. u. kgl. sächsischem Rechte, 2. Aufl., Dresden 1872; Ulbrich in den Mitth. des deutschen Juristenvereines, Prag 1873, N. 1; Traina T., Le servitù legali sulle acque, Palermo 1873. 344 S. (2. Band der Nuova biblioteca legale); Plocque, Des cours d'eau navigables et flottables, 3 Bde., 1873—1874; Nadault de Buffon, Des usines et des autres etablissements sur les cours d'eau, 2 Bde., 1874 (2. Aufl.); Peyrer C., Fischereibetrieb und Fischereirecht in Österreich, Eine vergleichende Darstellung des österr. Fischereiwesens mit dem Fischereibetriebe und der Fischereigesetzgebung anderer Länder, insbes. Deutschlands, Wien 1874, 159 S.; Schenkel K., Das badische Wasserrecht . . . mit systematischer Darstellung und Erläuterungen bearbeitet, Karlsruhe 1877, 198 S.; Brückner, Das deutsche Wasserrecht, Hirth's Annalen 1877, S. 1—77; Randa, Beiträge zum österr. Wasserrechte, 1. Auflage, Wien 1877 (Abdruck a. d. Ö. Z. f. Verwaltungsrechtspflege 1877, S. 423 ff.), 2. Aufl., Wien 1877, 67 S. (hiezu GZ 1879, N. 17—20); Huber, Die Wassergesetze Elsass-Lothringens zusammengestellt und erläutert, Mannheim 1877, 426 S.; Michael W. H. and Will J. S., The Law relating to Gas and Water, comprising the Rights and Duties as well of Local Authorities as of Private Companies in regard thereto, 2. Aufl., London 1877, 860 S.; Descours A., Les eaux courantes en droit romain, et des cours d'eau navigables et flottables en droit français, Thèse, Paris 1877, 184 S.; Angell J. K., A Treatise on the Law of Watercourses, 7. Aufl., Boston 1878; Baron, Begriff und Bedeutung des öffentlichen und privaten Wasserlaufes nach alten und neuen Gesetzen, Z. f. vergleichende Rechtswissenschaft I, 1878, S. 261—315, II, S. 51—104; Gianzana S., Le acque nel Diritto civile italiano, 1. Band: Nozioni generali di Diritto, e Cenni idraulici, Teorica dell' acquisto, esercizio e perdita della presa d'acqua, Turin 1879, 928 S.; G. De Cesare, Teoria di diritto civile sulle acque, 1. Theil: Nozioni generali ed Alluvioni, Neapel 1879, 64 S.; Peyrer K., Das ö. Wasserrecht, enthaltend das Reichsgesetz vom 30. Mai 1869 RGB 93, und die 17 Landesgesetze . . . mit vorzüglicher Rücksicht auf die Entstehungsgeschichte und die Spruch- und Verwaltungspraxis erläutert, Wien 1880, 736 S. (hiezu Juraschek in Grünhut's Ztschft. VIII 1881, S. 768—773, Jur. Bl. 1880, N. 8, u. GZ 1880, N. 100—102); Fliche L., Des cours d'eau, en droit romain. Des eaux de source en droit français, Paris 1882, 203 S.; Naef, Das Wasserrecht im Grossherzogthum Baden, Lahr 1883, 372 S. Gould J. M., A Treatise on the Law of Waters, Chicago 1884, 816 S. Vgl. ferner von den in N. 1 genannten Schriftstellern Wappaeus -

partielles Recht am Grunde[6]), am Bette der Ströme, Flüsse, Bäche, möglich, und ein solches Recht wird sich nun vorzugsweise darin zeigen, dass der Berechtigte die über seinen Grund fliessende Wassermenge benützen, ja auch auffangen kann und darf. Um der Wichtigkeit des Wassers zum Genusse, zum Verkehre, zur Bewässerung, zum Gewerbebetriebe willen untersagt aber die Rechtsordnung an gewissen grösseren Wasserrinnsalen eine ausschliessliche Herrschaft Einzelner, d. h. sie verwehrt ihnen, die ganze Wasserquantität zu isolieren oder namhafte Wasserquantitäten auszuscheiden oder überhaupt sonst die allgemeine Benützung, den allgemeinen Gebrauch zu stören. Solche Gewässer, beziehungsweise deren Bett, kann daher keines Privaten Eigen werden, es ist öffentliches Gut, und kann innerhalb gewisser Schranken von Allen durch Auffangung oder Verwendung des darüberfliessenden Wassers etc. benützt werden.[7]) Ein solches öffentliches Gut nun sind

---

und die Handbücher, auch Pražak, Das Recht der Enteignung in Österreich, § 10; Mayrhofer, Handb. f. d. Verwaltungsdienst II, S. 1139—1176; Stein, Handbuch d. Verwaltungslehre, S. 321 ff. (2. Aufl. 1876); Über Competenz in Wasserrechtsstreitigkeiten Kissling, GZ 1876, N. 99—101, und hiegegen GZ 1877, N. 19—22. Vgl. auch die Zusammenstellung von Entscheidungen GZ 1877, N. 18, ferner J. Bl. 1880, N. 27, 28; Kissling, Sind die Gerichte oder die Verwaltungsbehörden zur Entscheidung über Klagen wegen Störung im Besitze von Wasserrechten competent? GH 1876, N. 99—101; Kissling, Sind die Gerichte oder Verwaltungsbehörden zur Entscheidung wegen Klagen betreffs Wasserrechte competent? GH 1877, N. 53, 54.

[6]) Lemayer, GZ 1869, S. 166; Schiffner I, § 67, S. 14. Die Römer haben beim Flusse an ein Staatseigenthum am Bette gewiss nicht gedacht; aber das hindert nicht, dass wir, wenn wir die Rechtsverhältnisse hinsichtlich der Flüsse in's Auge fassen, zum Resultate kommen können, das Verhältnis, in dem der Staat und die Einzelnen hinsichtlich des Flussbettes stehen, sei dasselbe oder doch ein ganz ähnliches wie in jenen Fällen, in denen wir vom Eigenthumsrechte sprechen. Eine Zusammenstellung der verschiedenen ä. Ansichten bei Hesse, Jahrb. f. Dogm. VII, 1865, Grundzüge des Wasserrechts, § 18. Was Hesse S. 315, 316 gegen die Eigenthumstheorie, die er „einen unversiegbaren Quell von Controversen" nennt, vorbringt, richtet sich wol vorwiegend nur gegen die Annahme eines Eigenthumsrechtes am fliessenden Wasser selbst.

[7]) Die Benutzung der öffentlichen Gewässer durch Fischerei ist ausgeschlossen von der allgemeinen Benutzbarkeit derselben; sie steht entweder Privaten auf Grund eines Rechtstitels oder andersfalls dem Staate zu (Fischereirechte). Die Landeswassergesetze (zumeist § 15, 16) bestimmen überhaupt, dass zu jeder anderen Benützung der öffentlichen Gewässer als zum Baden, Waschen, hauswirthschaftlichen Zwecken, Tränken, Schwemmen, Schöpfen, Gewinnung von Pflanzen, Schlamm, Erde, Sand, Schotter, Steinen, Eis die vorläufige Bewilligung der politischen Behörde erforderlich ist. Allein auch diese Benützungsarten sind nur gestattet, soweit dadurch weder der Wasserlauf und die Ufer gefährdet, noch ein fremdes Recht verletzt, noch Jemandem ein Schade zugefügt wird (Steyermark § 65: noch andere Personen von der Benützung der Gewässer ausgeschlossen werden). Fischereiberechtigten steht (§ 19 RWG und die LWG) gegen die Ausübung anderer Wasserbenützungsrechte nicht das Recht des Widerspruchs, sondern bloss der Anspruch auf Schadloshaltung zu.

nach § 2 und 3 Reichswassergesetzes 30. Mai 1869, RGB, 93 und der Landeswassergesetze in Österreich

1) die Bette der Flüsse und Ströme von der Stelle an, von der an sie mit Schiffen oder gebundenen Flössen befahren werden,[8]) bis zu ihrer Mündung einschliesslich der Seitenarme, auch wenn sie an einzelnen Strecken oder zu bestimmten Zeiten unfahrbar sind oder nicht befahren werden, oder ihre Schiffbarkeit gänzlich aufhört;

2) überhaupt die Bette aller fliessenden Gewässer, sowie alle stehenden Gewässer, insoferne sie in ihrer Totalität erfassbar sind (z. B. Teiche), wenn diess aber nicht der Fall ist, deren Becken oder Beckentheile, jedoch nur insoweit nicht an ihnen zufolge einer gesetzlichen Bestimmung, oder auf Grund giltigen Erwerbes („besonderer Privatrechtstitel") am 24. Juli 1869, als dem Tage des Beginnes der Wirksamkeit des Gesetzes 30. Mai 1869, Privateigenthum[9]) bestand und

---

[8]) Die blosse Befahrbarkeit genügt nicht. Doch ist in diesem Falle nach § 6 cit. und § 365 a. b. G. eine Expropriation möglich. Über die Unzweckmässigkeit dieser Beschränkung im Vergleiche zu der viel weiteren Bestimmung des § 287 a. b. G. vgl. Randa, Besitz § 10, N. 6, Lemayer, GZ 1869, N. 46, Schiffner I, § 67, N. 16a. Dass auch § 287 a. b. G. nicht alle fliessenden Gewässer als öffentliches Gut erklären wollte, ergibt sich schon aus § 854 a. b. G., wo von „Privat-Bächen" die Rede ist. Nach Hofd. 14. Juni 1776 gehören „schiffbare Flüsse zum allgemeinen Vermögen des Staates, unter die Regalia principis". Hienach waren vor dem Reichswassergesetze alle schiffbaren Gewässer öffentliches Gut, die nicht schiffbaren aber nur, insoferne sie (resp. ihr Flussbett) nicht Privatgut waren (vgl. Randa S. 14). — Die Bestimmung des § 407 a. b. G., dass „Inseln auf schiffbaren Flüssen . . dem Staate vorbehalten" bleiben, ist jedoch durch die neue Gesetzgebung nicht alteriert. Selbst dann also, wenn der schiffbare aber nicht beschiffte Fluss Privateigenthum oder im Privatbesitz wäre, wird die insula in flumine nata Staatseigenthum. Umgekehrt unterliegen Inseln in nicht schiffbaren, wenn auch öffentlichen Flüssen der Zueignung durch die Uferbesitzer. Es sind diess singuläre Bestimmungen, Folgen der Discongruenz der Bestimmungen des älteren und neueren Rechtes. Inseln, welche in nicht schiffbaren Privatgewässern entstehen, sind eo ipso Eigenthum der Eigenthümer des Flussbettes.

[9]) Das Gesetz braucht hier und wiederholt den Ausdruck „Jemandem zugehören", weil es den Gedanken, als sei am fliessenden Wasser ein Eigenthum möglich, ausschliessen wollte (die Regierungsvorlage enthielt noch

sich erhalten hat; ja schon der blosse Besitz durch Private in dem oben angegebenen Zeitpuncte, insoweit und insolange derselbe fortbesteht, schliesst die Qualität der betreffenden Objecte als öffentliches Gut aus.[10]) Hieraus ergibt sich aber auch, dass an den wenngleich schiffbaren, so doch zur erwähnten Zeit nicht beschifften Flüssen etc. d. i. an ihrem Bette, auch partielle Rechte bestehen können (Servituten), nur kann weder ein totales noch partielles Recht mehr neu begründet werden, insoweit bereits die Qualität als öffentliches Gut eingetreten ist.

Die Rücksicht auf das öffentliche Wohl hatte jedoch nicht nur dazu geführt, eine totale oder partielle Herrschaft Privater hinsichtlich der Flussgründe möglichst auszuschliessen, die Wichtigkeit des den Grund überfliessenden Wassers auch für Andere hatte bewirkt, dass man auch dem etwaigen Privateigenthümer des Flussbettes überhaupt nie eine so unbeschränkte Benützungsfreiheit einräumte, wie eine solche in anderen Fällen dem Eigenthümer zusteht.[11]) Er muss Rücksicht nehmen auch auf diejenigen, auf deren Grund das Wasser von seinem Grunde nor-

---

den Ausdruck Eigenthümer). Daraus, dass das Gesetz (mit Recht) kein Eigenthum am fliessenden Wasser anerkennt, würde man aber gewiss nicht folgern dürfen, dass es auch die Auffassung eines Eigenthumes am Flussbett ausschliessen wollte (in der MVdg 31. Januar 1852, Z 460, erlassen in Grundentlastungsangelegenheiten für Böhmen, Mähren und Schlesien, ist geradezu vom Eigenthum am Wasserbett die Rede).

[10]) Diess ist m. E. der Sinn des allerdings nicht sehr glücklich gefassten Al. 2 § 3 cit., und so verstehe ich auch die Entscheidungen des OGH 10. Dec. 1872, GUW 4806, SpR 32 und 4. Februar 1874 GUW 5239, JB 86. Vgl. auch Randa, Besitz, § 40, N. 7a, der aber eine Anomalie darin findet, dass „dadurch Besitz an Objecten geschützt werden soll, welche nach § 311 a. b. G. gar nicht Gegenstand des Besitzes sind". Aber auch vor Erlassung des Wassergesetzes war Besitz an Flüssen und Bächen, d. i. ihren Betten, möglich, trotz der Bestimmungen der §§ 287 und 311 a. b. G., da (wie Randa, Wasserrecht, S. 13, 14, selbst ausführt) in § 287 a. b. G. nicht alle fliessenden Gewässer als öffentliches Gut erklärt wurden (vgl. o. N. 8), „ganz abgesehen davon, dass es nicht in der Absicht der Gesetzgebung gelegen haben konnte, früher erworbene Rechte kurzweg zu beseitigen" (Randa N. 2, S. 14 cit.).

[11]) Zu weit scheint mir Randa, Wasserrecht S. 45, zu gehen, wenn er um dieser Beschränkungen des Eigenthümers willen sagt: „Und so hebt denn die Gesetzgebung selbst das »Eigenthum« an Bächen und Flüssen, welches sie . . vorerst theoretisch anerkannt, . . . in allen practisch wesentlichen Consequenzen wieder auf und kehrt thatsächlich — mit geringen Modificationen — zu dem natürlichen, dem öffentlichen Interesse einzig entsprechenden Grundsatze des römischen Rechtes zurück: Flumina omnia sunt publica".

malerweise abfliesst,[12]) ja soweit durch Anstauung[13]) oder jähe Ableitung des Wassers eine Gefährdung der Interessen des im oberen oder unteren Laufe Berechtigten oder überhaupt anderer Personen erfolgen könnte, auch auf diese (Vgl. III. Abschnitt des österr. Reichswassergesetzes und der Landeswassergesetze). Nach § 15 des Reichswassergesetzes (§ 27 der meisten LWG) können sogar in gewissen Fällen gegen den Willen des Berechtigten für Dritte „Wasserbenützungsrechte" im Verwaltungswege begründet werden.[14])

Als Privatgewässer, u. z. von dem Standpuncte aus, dass diese „Gewässer" dem „Grundbesitzer", d. i. dem Besitzer des Grundes, oberhalb dessen sie sich selbst befinden, gehören, bezeichnen die Wassergesetze (§ 4): 1. das aus einem Grundstück emporquellende Wasser; (auch Mineralquellen), ausgenommen Salzquellen und Cementwässer; 2. das auf einem Grundstücke aus atmosphärischen Niederschlägen sich ansammelnde Wasser; 3. das in Behältern (Brunnen, Teichen etc.) sammt Zu- und Abfluss-Röhren und -Canälen eingeschlossene Wasser;[15]) 4. die Abflüsse aus den sub 1—3 bezeichneten Wässern (natürlich nur so lange sie den Grundcomplex eines Grundbesitzers nicht verlassen und noch nicht in ein öffentliches Gewässer sich ergossen haben, oder durch Beschiffung selbst öffentliches Gut geworden sind).

---

[12]) Der von Randa, Wasserrecht S. 31, aufgestellte Grundsatz, „dass — soweit nicht erworbene Privatrechte in's Spiel kommen — die Bestimmung des Masses und der Art der Wasserbenützung bei möglichst gleichmässiger Vertheilung des verfügbaren Wassers dem durch das Gutachten unbefangener Sachverständiger geleiteten Ermessen der Verwaltungsbehörde überlassen werden muss", scheint mir vollkommen entsprechend zu sein.

[13]) Zur Fixierung der erlaubten Gränze der Anstauung dienen die „Staumasse", deren Form mittelst Verordnungen des Ackerbauministeriums (für die meisten Länder vom 20. Sept. 1872) bestimmt wurde.

[14]) Sämmtliche Wasserbenutzungsrechte sind in das Wasserbuch einzutragen (§ 99 der meisten LWG). Über die Einrichtung und Führung des Wasserbuches die Vdg. des Ackerbauministeriums für die einzelnen Länder (zumeist 20. Sept. 1872). Vgl. auch § 22 RWG.

[15]) Ganz unerfassbar ist es, dass Schiffner I, § 67, N. 18 es als eine Halbheit vom legislativen Standpuncte aus bezeichnet, dass dieses „eingeschlossene Wasser" dem Grundeigenthümer gehöre, resp. Privatgewässer sei, „gleichgiltig, wo dieses Gewässer entspringt"! Da sollte also wol der Brunnen in meinem Garten Eigenthum des Bauer sein, auf dessen Bergwiese die Brunnquelle entspringt? Gänzlich leugnet die Möglichkeit von Privateigenthum an eingeschlossenem Wasser (speciell eines Teiches) die Entscheidung des OGH als Cassationshofes 28. Februar 1876, Z. 12268, die demgemäss solches Wasser nicht als Object eines Diebstahles erkennt; gegen diese Auffassung mit Recht der Artikel in N. 21 der Jur. Bl. ex 1876.

Das Gesetz gebraucht in allen diesen Fällen den umfassenderen Ausdruck „gehören“ (vgl. oben N. 9). Nach dem oben Entwickelten werden wir sagen müssen, im ersten Falle bestehe wirklich am Wasser Eigenthum, wenn es sofort aufgefangen werde, ebenso im zweiten Falle, soferne nicht ein sofortiger Abfluss besteht; im dritten Falle hinsichtlich der Wasserbehälter und Zuflussröhren, insoferne der Abfluss gesperrt werden kann, ebenfalls am Wasser selbst; hinsichtlich der Abflussröhren und der Abflüsse sub 4 liege jedoch kein Eigenthum am Wasser vor, sondern die Möglichkeit, das jeweilig vorhandene Wasser zu gebrauchen, sei nur ein Ausfluss, eine Folge des Grundeigenthumsrechtes als solchen.[16])

III. An einer dritten Gruppe von Sachen untersagt die Rechtsordnung die Beherrschung durch Private, nicht etwa wegen der hiedurch zu gewärtigenden Beeinträchtigung der eventuellen Benützung Dritter, sondern weil sie erachtet, dass diese Sachen überhaupt kein Privater benützen beziehungsweise rechtlich innehaben soll. Hieher gehören ärarische Monturstücke,[17]) ausländische Lotterieloose,[18]) ausländische Staatsloose, wenn der Einsatz eventuell verloren geht,[19]) ausländische Privatloose,[20]) menschliche Leichname oder Theile derselben,[21]) Kossuthnoten und Mazziniloose.[22])

---

[16]) Wenn § 5 der Wassergesetze die Privatbäche und Privatgewässer Pertinenzen nennt, so ist auf das oben § 64 i. f. Gesagte zu verweisen.

[17]) Die Verordnungen bei Stubenrauch ad § 355 a. b. G. (I, S. 438, N. 2, 4. Aufl.).

[18]) §§ 24 und 25 Lottopatentes 13. März 1813 und Hofkammerdecr. 7. Juni 1826, PGS 54, S. 56.

[19]) FME 26. Januar 1852, Z 13435a (LG und RBl für die Lombardei N. 91; Sammlung der Gesetze u. Vdg. im Justizfache VII, N. 1025).

[20]) FME 4. Febr. 1860, RGB 33.

[21]) Vgl. § 306 StGB. Über die Auffassung amerikanischer Gerichte, dass den gesetzlichen Erben Eigenthumsrechte an der Leiche zustehen, J. Bl. 1880, N. 32.

[22]) MV 27. April 1854, RGB 107. — Nicht hieher gehören depositenämtlich vinculierte Werthpapiere (bei ihnen bestehen nur bestimmte formale Erfordernisse für die Übertragung), verbotene Waffen (da ihr Besitz nicht unbedingt für alle verboten ist), Reliquien und Kreuzpartikeln (da nur der Verkauf verboten ist), verbotene Bücher (da nur ihre Weiterverbreitung untersagt ist), etc.

C. Lebensverhältnisse.

§ 72.

Das Individuum, die Person, bedarf der Aussenwelt, d. i. der anderen Personen und der Sachen zur Befriedigung seiner Bedürfnisse, u. z. entweder, indem diese unmittelbar dieser Befriedigung zu dienen vermögen, oder indem sie selbst nur Mittel sind zur Herbeischaffung solcher unmittelbarer Befriedigungsmittel oder wieder anderer Vermittler von Befriedigungsmitteln. Damit aber die einzelnen Theile der Aussenwelt, Personen und Sachen, welche ihrer Natur nach Mittel sein können zur Befriedigung von Bedürfnissen, auch vom Standpuncte des Individuums aus dieser Befriedigung im jeweiligen Bedarfsfalle zugeführt werden können, ist ein thatsächliches Machtverhältnis der Individuen über diese Sachen und Personen erforderlich, und indem und insoferne die staatliche Macht dieses Individualmachtverhältnis anerkennt, und der Individualmacht für den Bedarfsfall die Hilfe der staatlichen Macht zur Aufrechterhaltung und Bethätigung dieses Individualmachtverhältnisses wider Dritte verheisst und gewährt, wird dasselbe zu einem durch die Rechtsordnung geschützten, einem Rechtsverhältnisse.

Das staatliche Recht als der Ausdruck des im Staate Seinsollenden ist seinem Wesen nach gegründet auf die Willensfähigkeit[1]) des Menschen. Nur für Personen kann die Rechtsordnung in letzter Linie ihren Schutz verheissen, nur gegen Personen kann derselbe in letzter Linie gerichtet sein; nur diese Richtung kann das rechtliche Sollen haben, von Individuum zu Individuum. Und so ist

---

[1]) Wol zu unterscheiden von der Willensfähigkeit ist die angebliche Willensfreiheit, die Behauptung, es sei dem Individuum in der Art möglich, in einem gegebenen Momente so oder anders zu handeln, dass diese Willensrichtung nicht das nothwendige Resultat der Summe aller gegebenen thatsächlichen Verhältnisse sei, sondern unabhängig von denselben nach einem jeweiligen, durch keinerlei thatsächliche Nöthigungen substantiierten, daher willkürlichen psychischen Hinneigen des Individuums erfolgen könne.

auch das Rechtsverhältnis in letzter Linie stets ein durch die Rechtsordnung anerkanntes Verhältnis zwischen Personen, welches auf die Befriedigung menschlicher Bedürfnisse hinzielt. Damit aber ein solches Verhältnis überhaupt Gegenstand menschlichen Bewusstseins und sohin rechtlicher Normierung werden könne, ist erforderlich, dass das Individuum die Aussenwelt als solche, als ihm Gegenständliches, sich selbst aber als Ich, als Persönlichkeit erkennt. Die metaphysische Voraussetzung nun der Gegenständlichkeit, d. i. „die formale Beschaffenheit des Subjectes, von Objecten afficiert zu werden",[2]) ist der Raum, die metaphysische Voraussetzung der Persönlichkeit, „die Form des innern Sinnes, d. i. des Anschauens unserer selbst und unsers innern Zustandes",[3]) ist die Zeit. Indem das Individuum die Gegenständlichkeit auf sein Ich bezieht, die Horizontaldimension des Raumes in der Verticaldimension der Zeit betrachtet, gewinnt ihm sein Verhältnis zur Aussenwelt Körperlichkeit; alles was ist, ist uns im Raume und in der Zeit.

Es kann nicht Aufgabe der Rechtswissenschaft sein, den Begriff und die Eintheilung des Raumes und der Zeit zu erörtern; der Begriff gehört der speculativen Wissenschaft und diese Eintheilung selbst der Naturwissenschaft (physikalische Geographie) an.[4]) Wenn die Rechts-

[2]) Kant, Kritik der reinen Vernunft (Ausgabe 1781, S. 25).

[3]) Ebenda S. 33.

[4]) Jene Schriftsteller, welche im Rechtssysteme die Eintheilung der Zeit behandeln, dürften dann consequenterweise auch die des Raumes aus ihrer Darstellung nicht ausschliessen, und müssten der ganzen Lehre von den Längen-, Flächen- und Körpermassen, sowie der Lehre vom Gewichte ebenfalls im Systeme Platz einräumen. Nur als eine Folge dieser Hereinbeziehung der Lehre von der Zeit in das Privatrechtssystem erscheint es mir, wenn man für nöthig findet, darauf hinzuweisen, dass gemäss der historischen Kalenderentwicklung der 29. Februar der Schalttag sei. Ganz abgesehen davon, dass dem Bewusstsein des nicht in Chronologie machenden Laien, und des practischen Lebens überhaupt, ganz gewiss der 29. Februar der Schalttag ist, ist der 24. Februar doch so absolut bedeutungslos für die Rechtsordnung, dass er in seiner rechtlichen Behandlung sich von keinem anderen Tage unterscheidet. Von Bedeutung auf dem Gebiete der Rechtsordnung kann dermalen nur der 29. Februar sein, und auch er nur darum und insoferne, als er nur alle vier Jahre einmal vorkommt, so dass in einem Jahre, in dem es keinen 29. Februar gibt, für jene Verhältnisse, für welche sonst der 29. Februar massgebend sein würde, nunmehr ein anderer Tag massgebend sein muss. Ganz dasselbe, was hier vom Verhältnisse einzelner Jahre zu einander, die durch das Vorhandensein oder Fehlen des Schalttages von einander differieren, gilt, hat aber überhaupt auch Anwendung auf das Verhältnis einzelner Monate, die nicht gleich viele Tage haben. So bestimmt denn auch Art. 328, Abs. 2 i. f. ganz allgemein,

ordnung trotzdem Regeln aufstellt über die rechtliche Eintheilung der Zeit[5]) und Berechnung der Zeittheile, Fixierung von Zeitpuncten, so hat diess nur darin seinen Grund, dass die Willensmeinung der Individuen oder des Gesetzgebers über die Berechnung und Fixierung dieser Zeitmomente in gewissen Fällen zweifelhaft sein kann, somit lediglich interpretativen Character.

Und zwar kann es mit Rücksicht auf die ungleichmässige Dauer der einzelnen Monate und Jahre, beziehungsweise der einzelnen Rechnungszeittheile, zweifelhaft erscheinen, wie die einzelnen Zeittheile in Rechnung zu setzen seien. Der natürlichen allgemeinen Auffassung wird jene Zeitberechnung entsprechen, die die Monate und Jahre nicht nach der factischen Anzahl der verflossenen Tage, sondern nach der homogenen Bezeichnung berechnet, so dass 30 Jahre nach dem 17. Januar 1882 sein wird am 17. Januar 1912, 5 Monate nach dem 24. November 1845 sein wird am 24. April 1846. In jenen Fällen, in denen von einem im vorhinein bekannten fixen Datum an zu rechnen ist, wird daher diese Rechnungsweise unbedingt als von den Parteien stillschweigend vereinbart anzunehmen sein, u. z. schon nach den Gesetzen des Sprachgebrauches.[6]) Wo aber nach dem Willen der Parteien einer derselben eine bestimmte Frist zu Gute kommen soll, ohne dass der Anfang derselben schon genau bekannt wäre, da wird es normalerweise dem Parteiwillen entsprechen, dass die factische Länge dieser Frist

dass, wenn eine Frist nach Wochen, Monaten, oder einem mehrere Monate umfassenden Zeitraume bestimmt ist, und jener Tag des letzten Monates, welcher durch seine Benennung oder Zahl dem Tage des Fristbeginnes entspricht, fehlt, die Erfüllung auf den letzten Tag dieses Monates fällt.

[5]) Savigny IV, § 179—194; Wächter, Würt. Pr. II, § 121, und Sächs. Entwurf, S. 35 f.; Windscheid I, § 103; Arndts § 88—90; Brinz I, § 112; Vangerow § 194—197; Stobbe I, § 68; Roth, D. Pr. I, § 86; Unger II, § 105, 106; Schiffner I, § 137; Kirchstetter S. 378, 379; Stubenrauch III, S. 61—65 (3. Aufl.); auch Hasenöhrl, Obligationenrecht § 22; Winiwarter, Die Zeitrechnung in der Anwendung auf Rechtsverhältnisse, Z. f. ö. R. 1842 II, N. L, S. 321—333; Bachofen, Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XVIII, 1843, N. II, S. 38 ff. u. N. XI, S. 335 ff.; Huschke, ibid. N. F. II, 1846, S. 166 ff.; Krüger, De temporum computatione Romanorum, 1861, und in den krit. Versuchen (Berlin 1870), S. 59—66; Johanny, Über Zeitrechnung, GH 1865, N. 16; Geller, Über Zeitberechnung, Ein Beitrag zur Revision der Lehre von der Civilcomputation, GZ 1872, N. 99—101; Hölder, Die Theorie der Zeitberechnung nach röm. Recht, Göttingen 1873, 144 S. Ältere Literatur bei Vangerow I, § 196; Krüger S. 4 ff. Vgl. auch Mommsen, Römische Chronologie.

[6]) Vgl. Johanny, GH 1865, S. 87, der mir jedoch zu weit zu gehen scheint, wenn er diese Auslegungsregel ohne Unterscheidung aufstellt.

nicht alteriert werde durch den zufälligen Zeitpunct ihres Beginnes, und in diesem Sinne wird auch im gewöhnlichen Leben der Monat mit 30 Tagen, das Jahr mit 365 Tagen gerechnet, nur dass auch hier bei längeren Fristen, wo der einzelne Tag nach der Absicht der Parteien kaum in die Wagschale fallen konnte, die früher erwähnte Berechnung Platz zu greifen haben wird.[7]) Wenn nicht erkennbar ist, welche Auffassung die Parteien dem Vertragsabschlusse zu Grunde gelegt, ist laut ausdrücklicher Vorschrift des Gesetzes der Monat mit dreissig Tagen, das Jahr mit dreihundertfünfundsechzig Tagen zu berechnen. Nur in diesem Sinne[8]) ist m. E. die Bestimmung des § 902 a. b. G.: „Nach dem Gesetze werden 24 Stunden für einen Tag, 30 Tage für einen Monat, 365 Tage für ein Jahr gerechnet" zu deuten, keinesfalls aber auf die

[7]) In gleichmässiger Weise behandelt beide Fälle Art. 328 HG (32 WO): „Wenn die Erfüllung einer Verbindlichkeit mit dem Ablaufe einer bestimmten Frist nach Abschluss des Vertrages erfolgen soll, so fällt der Zeitpunct der Erfüllung . . . wenn die Frist nach Wochen, Monaten, oder einem mehrere Monate umfassenden Zeitraum (Jahr, halbes Jahr, Vierteljahr) bestimmt ist, auf denjenigen Tag der letzten Woche oder des letzten Monates, welcher durch seine Benennung oder Zahl dem Tage des Vertragsschlusses entspricht" (beziehungsweise wenn dieser Tag in dem letzten Monate fehlt, „auf den letzten Tag dieses Monates"). „Nach den vorstehenden Grundsätzen ist die Frist auch dann zu bezeichnen, wenn der Anfang derselben nicht nach dem Tage des Vertragsabschlusses, sondern nach einem anderen Zeitpuncte oder Ereignisse bestimmt worden" ist. Vom legislativ-politischen Standpuncte lässt sich übrigens diese Gleichstellung, besonders wo es sich, wie im Handels- und speciell im Wechselverkehre, um leicht erkennbare Endtermine handelt, vollkommen rechtfertigen. Auch die Bestimmung des vorletzten Absatzes cit., dass der Ausdruck „halber Monat" einem Zeitraume von fünfzehn Tagen gleich zu achten sei, und dass bei einer ausserdem noch aus einem oder mehreren Monaten zusammengesetzten Frist, „die fünfzehn Tage zuletzt zu zählen" seien, ist vollkommen zweckmässig. Aber auch nach bürgerlichem Rechte wird die Rechnung des halben Monates mit fünfzehn Tagen dem Parteiwillen entsprechen. Eine weitere einschlägige Interpretationsbestimmung enthält Abs. 1 cit. i. f.: „ist die Frist auf acht oder vierzehn Tage bestimmt, so werden darunter volle acht oder vierzehn Tage verstanden". Hinsichtlich der vierzehn Tage würde diess eigentlich selbstverständlich erscheinen; diese Bestimmung bezieht sich aber vielmehr auf den romanischen Sprachgebrauch, wonach vierzehn Tage quinze jours, quindici giorni genannt werden; sie besagt somit ein Doppeltes, dass, wo im Deutschen vierzehn Tage stipuliert werden, nur vierzehn Tage zu berechnen sind, dass, wo im Französischen etc., so wie wir für eine Woche acht Tage sagen, für vierzehn Tage fünfzehn Tage gesagt wird, volle fünfzehn Tage zu berechnen sind.

[8]) Auch Hasenöhrl S. 303 fasst den § 902 a. b. G. zunächst nur als Interpretationsregel auf, will ihn aber um seiner „allgemeinen" Textierung willen auch auf gesetzliche Fristen ausdehnen.

Berechnung vom Gesetze selbst aufgestellter Zeitfristen, resp. Zeiträume anzuwenden,[9]) wogegen schon die blosse Stellung des § 902 in der Lehre von den Verträgen sprechen muss. Die gesetzlichen Fristen werden vielmehr, schon um der leichten Erkennbarkeit des Endpunctes willen, stets nach dem Kalenderjahre zu berechnen sein, wogegen um so weniger ein Bedenken entstehen kann, als es sich hier fast durchgehends um grössere Zeiträume handelt, bei denen einige Tage nicht auf meritale Weise in's Gewicht fallen; das Schwankende der Frist um einige Tage je nach ihrem Beginne ist hier schon a priori in Rechnung gesetzt.

Eine weitere Interpretationsschwierigkeit kann sich jedoch bei der Berechnung eines Zeitraumes auch dadurch ergeben, dass es zweifelhaft erscheint, ob sie von einem bestimmten Augenblicke bis zu einem be-

[9]) Nicht richtig erscheint mir daher die von Unger II, § 105, S. 289 (vgl. auch Kirchstetter S. 378; Schiffner I, § 137, S. 154; Stubenrauch III, S. 64, N. 3. 3. Aufl.) aufgestellte Behauptung, § 902 beziehe sich auf Fälle, „wo das Gesetz eine Frist nach Monaten, resp. Jahren — bestimmt". Während übrigens Unger und Kirchstetter dem § 902 seine Bedeutung als Interpretationsmittel von Willenserklärungen gänzlich absprechen, beziehen ihn die anderen genannten Schriftsteller als Dispositivnorm auch auf gewillkürte Fristen. Vgl. auch Hasenöhrl (vorige Note), Geller, GZ 1872, S. 397, welcher der Ansicht ist, dass § 902 „einen allgemeinen, auf das ganze Rechtsgebiet sich erstreckenden Grundsatz ausspricht". Schwankend ist auch die Praxis des OGH. Während die Entscheidung vom 5. Januar 1841 (bei Peitler N. 698) die Bestimmung des § 902 nur auf Verträge bezieht, hat eine Reihe späterer Entscheidungen, 31. Aug. 1859 (Peitler N. 697), 18. April 1865 (GUW 2157), 14. April 1869 (GUW 3373), 6. Sept. 1870 (GUW 3862), Plenar. E. 6. Dec. 1870 (GUW 4416), 24. Januar 1871 (GUW 4028), 17. Februar 1874 (GUW 5269), den Grundsatz ausgesprochen, dass bei der Berechnung der Fristen der §§ 138 und 163 a. b. G. der § 902 zur Anwendung komme, da das Gesetz nicht einen je nach der längeren oder kürzeren Dauer der Kalendermonate schwankenden Zeitraum aufstellen wollte. Hinsichtlich der nach Jahren bestimmten Verjährungsfristen aber wurde entschieden (5. März 1862, GUW 1491), dass sie nicht nach § 902 zu berechnen sind, ebenso hinsichtlich der gesetzlichen Kündigungsfristen bei Miethverträgen (8. Nov. 1851 Peitler 695; 7. Dec. 1859 GUW 924), falls der Endtermin der Miethzeit nach dem Kalender zu berechnen ist, während in anderen Fällen für die Kündigungsfrist des § 1116 der § 902 massgebend erklärt wird (22. Januar 1862 GUW 1461 17. Dec. 1874 Právnik 1876, N. 8, 3. Mai 1876 ibid. N. 40). Für die Wechselverjährung wird nicht § 902, sondern Art. 32 WO für massgebend erklärt (22. Juli 1856 Peitler's wechselr. Entsch. 82; 10. Jan. 1866 ibid. 388; 18. April 1866 ibid. 416; 19. Nov. 1873 Czelechowsky 30; 5. März 1875 ibid. 85; 11. Dec. 1878 ibid. 230; 4. März 1880 ibid. 252; 30. März 1882 ibid. 304). Die vorletzte der genannten Entscheidungen bemerkt übrigens nebenbei, dass § 902 a. b. G. keineswegs von der Frage der Verjährung, sondern davon handle, wann Verträge erfüllt werden.

stimmten Augenblicke (a momento ad momentum) statthaben soll (Natural computation), oder ob es sich nur um den Tag, ja nur um den Zeittheil (Monat, Jahr) des Anfangs, beziehungsweise durch ihn den Tag, resp. Zeittheil des Endes des Zeitraumes handeln soll (Civilcomputation).

Letzteres wird normalerweise dem Willen der Parteien hinsichtlich der Tage entsprechen, so dass es sich nicht darum handeln wird, ob ein Ereignis, von dem an eine Frist laufen soll, um 4 oder 5 Uhr des 7. Juli's geschehen ist, sondern nur darum, dass es überhaupt am 7. Juli geschah, während eine ähnliche Berechnung hinsichtlich der Monate oder gar der Jahre normalerweise nicht dem Parteiwillen entsprechen und, wo es nicht ausdrücklich festgesetzt ist,[10]) auch bei den gesetzlichen Fristen nicht anzuwenden sein wird.

Aber auch bei der Civilcomputation kann es wieder zweifelhaft sein, ob eine Frist an dem Beginne des Tages (resp. Zeittheiles), in welchen der mathematische Endpunct fällt, oder erst mit dessen Ende als abgelaufen anzusehen sei. Für das gemeine Recht wird gemeiniglich behauptet, dass dort, wo es sich um den Erwerb eines Rechtes oder einer Fähigkeit handle, die Regel „dies ultimus coeptus pro completo habetur" gelte, somit Recht und Fähigkeit schon am Beginne des letzten Tages vorhanden sind, dort jedoch, wo es sich um den an den Ablauf einer bestimmten Zeit geknüpften Verlust handle, dieser erst mit Ablauf des letzten Tages der Frist eintrete. Für das österreichische Recht ist die Aufstellung eines solchen mehr als problematischen[11]) Unterschiedes keineswegs gerechtfertigt; denn er ergibt sich weder aus dem Sprachgebrauche, beziehungsweise dem muthmasslichen Parteiwillen mit Nothwendigkeit, noch statuiert ihn das Gesetz.[12]) Die Frage sollte aber logisch gar nicht in der Form aufgeworfen werden, dass man fragt, ob der Beginn oder das Ende des letzten Tages das Fristende darstellt, sondern in der, dass man erwägt, ob der Anfang oder das Ende des ersten Tages der Anfangspunct sei, eine Frage, welche gemeiniglich

[10]) Wie z. B. hinsichtlich der Jahre in §§ 13, 14 k. Pat. 19. Oct. 1846, JGS 992. Ob ein Autor am 1. Januar oder am 31. December eines Jahres stirbt, ist für die Dauer der Schutzfrist vollkommen gleichgiltig.

[11]) Vgl. Hasenöhrl § 22, N. 41. Vom selben Zeitlauf kann für den Einen der Rechtserwerb, für den Anderen der Rechtsverlust abhängen.

[12]) Die Bestimmung des § 903 a. b. G. („Ein Recht, dessen Erwerbung an einen gewissen Tag gebunden ist, wird mit dem Anfange des Tages erworben. Zur Erfüllung einer Verbindlichkeit aber kommt dem Verpflichteten der ganze Tag zu statten") bezieht sich nicht auf Fristen, beziehungsweise mittelbare Zeitbestimmungen, sondern lediglich darauf, wenn ein Tag nominatim fixiert ist, wenn es z. B. heisst: „am 29. November 1897". Vgl. Geller, GZ 1872, S. 402.

jedoch ganz verkehrter Weise als eine von der ersteren ganz verschiedene aufgefasst wird, so z. B. auch von Unger II, § 106, S. 295 ff. Wenn nemlich die Frist eines Jahres am 7. März 1882 zu laufen beginnt, und zwar nicht a momento ad momentum, sondern in der Weise, dass nur der 7. März in das Auge gefasst wird, so kann diess, da der hienach sich ergebende Endtag selbst wieder in Zeittheile zerfällt, die nach der Naturalcomputation scharf geschieden wären, nunmehr aber verschwimmen, nur den Sinn haben, dass nicht von jener bestimmten Stunde, in der das massgebende Ereignis eintrat, sondern von jenem, aber auch bestimmten Zeitpuncte an zu rechnen ist, in dem der Tag des Ereignisses begann, oder von jenem, in welchem er endete. Die Civilcomputation ist auch eine Naturalcomputation, aber mit künstlich verstelltem Anfangspuncte. Die Frage aber löst sich somit in die andere auf: ist vom Beginn des 7. März 1882 oder vom Ende des 7. März 1882 an zu rechnen. Ist erst vom Ende des 7. März an zu rechnen (somit vom Anfang des 8. März), so fällt das Ende einer eintägigen Frist auf das Ende des 8. März, das einer einmonatlichen auf das Ende des 7. April, das einer einjährigen auf das Ende des 7. März 1883; ist vom Anfang des 7. März 1882 an zu rechnen, so fällt das Ende der eintägigen Frist auf das Ende des 7. März, das der einmonatlichen auf das Ende des 6. Aprils, das der einjährigen auf das Ende des 6. März 1883. Schon aus dem gewöhnlichen Sprachgebrauche ergibt sich, dass die erste der beiden Rechnungsarten die des gewöhnlichen Lebens ist.[13])

[13]) Entgegengesetzter Ansicht Unger II, § 106, N. 17, der aber dann wieder S. 300 hinsichtlich der angeblichen Bedeutung des Endtages unterscheidet, „ob der Zeitraum schon mit dem Beginn des letzten Kalendertags, oder erst mit dem Ablauf desselben beendet werde", und diess tautologisch danach bestimmen will, ob es sich bloss darum handelt, dass eine Frist erreicht sei, oder darum, dass sie abgelaufen sei. Vgl. die Ausführungen bei Hasenöhrl I, § 22, S. 298 über die im Texte aufgestellte Ansicht. Verfehlt erscheint mir das GZ 1872, S. 398, von Geller zu Art. 328, Z. 1 HG, Vorgebrachte, wonach es „eine offenbare Absurdität, ein . . arithmetischer Fehler" wäre, dass nach der cit. Gesetzesstelle der Zeitpunct der Erfüllung „auf den letzten Tag der Frist fällt", während er thatsächlich erst auf den folgenden Tag fiele, ein Fehler, der dann durch den angeblichen weiteren Fehler, dass „bei Berechnung der Frist . . der Tag, an welchem der Vertrag geschlossen ist, nicht mitgerechnet" wird, paralysiert werde. Geller fasst den Art. 328 cit. so auf, als hiesse es dort, „wenn die Erfüllung . . nach dem Ablauf einer . . Frist erfolgen soll", während es nicht „nach", sondern „mit" heisst. Nicht darum handelt es sich, dass erst nach Ablauf der Frist erfüllt werden dürfe, sondern dass mit Ablauf geleistet sein müsse. Wer am 3. Januar Abends verspricht, in einem Tage zu zahlen, der muss am 4. Januar zahlen, am 5. ist er schon in mora. Seiner Ansicht

Wenn A dem B am 7. März eine Zahlungsfrist von eins, zwei, drei Tagen gibt, so braucht B auch bei der eintägigen Frist nicht schon am 7. März zu zahlen, sondern erst am 8. März, bei der zweitägigen am 9., bei der dreitägigen am 10., ein Beweis, dass die Frist erst mit Ende des ersten Tages zu laufen beginnt; um ja sicherzustellen, dass die Frist von einer Woche, welche z. B. an einem Donnerstag beginnt, erst am Donnerstag und nicht schon am Mittwoch endet, somit vom Ende des Donnerstag an zu berechnen ist, ist im Verkehrsleben an Stelle der Bezeichnung Woche die „acht Tage" getreten.[14]) Allerdings aber wird unter Umständen aus dem Parteiwillen entnommen werden können, dass die Frist schon vom Beginne des Tages, an dem das den Rechnungsanfang bedingende Ereignis vorfiel, zu laufen beginnt; und auch gesetzlich kann diess normiert sein.[15])

Hiemit aher entfällt in Wahrheit vollständig die Möglichkeit der Frage, ob es genügt, dass der Endtag erreicht ist, oder ob er vollendet sein muss; wenn einmal feststeht, welcher der Endtag ist, d. h. mit dem Ablaufe welchen Tages die Frist zu Ende ist, so steht auch fest, dass sie vor dem Ablaufe dieses Tages noch nicht zu Ende ist; oder richtiger gesagt, jede Frist hat einen **Endpunct**, der bei der Civilcomputation allerdings als der Gränzpunct zweier Tage beiden gemeinsam ist; will man aber schon von dem Endtage sprechen, so ist diess consequenterweise der frühere der beiden angränzenden, durch den „Endpunct" geschiedenen Tage, denn mit diesem ist die Frist abgelaufen,

gemäss fasst Geller (S. 401) die Bestimmung des Art. 328, Z. 2, dahin auf, dass hier die Frist an dem dem correspondierenden Tage vorhergehenden Tage ende, weil die Erfüllung erst am correspondierenden Tage zu erfolgen brauche!

[14]) Ähnlich quinze jours, quindici giorni. Das Handelsgesetz hat nun, indem es einerseits in Art. 328 den richtigen Grundsatz aufstellt, der erste Tag werde nicht mitgerechnet, anderseits festsetzte, es seien volle acht Tage zu berechnen, das practische Resultat herbeigeführt, dass wenn am Donnerstag eine achttägige Frist gegeben wird, selbe erst mit Ende des nächsten Freitages endet; d. h. es wird im Zweifel nicht angenommen, dass mit „acht Tagen" eine Woche gemeint sei.

[15]) In gewissem Sinne gehört hieher § 6 Ges. 10. Juni 1869, RGB 113: „Die verbindende Kraft der im Reichsgesetzblatte enthaltenen Kundmachungen beginnt . . mit dem Anfange des fünfundvierzigsten Tages nach Ablauf des Tages, an welchem die deutsche Ausgabe . . versendet wurde." Denn indem § 6 cit. die verbindende Kraft schon mit dem Anfange des fünfundvierzigsten Tages eintreten lässt, ergibt sich, dass eigentlich die Frist schon am vierundvierzigsten Tage nach Ablauf des Versendungstages beendet ist, somit in die „fünfundvierzigtägige" Frist der Versendungstag geradezu eingerechnet wird. Richtiger wäre es wol, hier überhaupt nur von einer vierundvierzigtägigen Vacatio legis zu sprechen.

der nächste fällt nicht mehr in die Frist. In consequenter Übereinstimmung mit der Bestimmung des Art. 328 HG (32 WO, vgl. N. 7) entscheidet Art. 330 HG: „Soll die Erfüllung innerhalb eines gewissen Zeitraumes geschehen, so muss sie vor Ablauf desselben erfolgen"; hinsichtlich eines Sonntages oder eines allgemeinen Feiertages bestimmt Art. 330, dass, wenn die Erfüllung innerhalb eines gewissen Zeitraumes geschehen soll und der letzte Tag desselben auf einen solchen Sonn- oder Feiertag fällt, „spätestens am nächstvorhergehenden Werktage erfüllt werden" muss, während, wenn nicht ausdrücklich die Erfüllung innerhalb des Zeitraumes bedungen ist, nach Art. 329 „der nächste Werktag als der Tag der Erfüllung" gilt. Nur dieser Singularität hinsichtlich der Feiertage verdankt Art. 330, Al. 1, welche nur ganz Selbstverständliches sagt, und aus der ein Argumentum a contrario keinesfalls gezogen werden kann, ihre Existenz.[16])

Aber ganz abgesehen von diesem rein interpretativen Verhältnisse der Rechtsordnung zum Begriffe der Zeit,[17]) beziehungsweise des Raumes, werden Zeit und Raum für die ganze rechtliche Beurtheilung eines Verhältnisses, für die Existenzfrage eines rechtlichen Verhältnisses als solchen von der eminentesten Bedeutung dadurch, dass nicht an jedem Orte und nicht zu allen Zeiten dasselbe objective Recht gilt, somit die Frage entsteht, das Recht welcher Zeit, welchen Ortes denn auf die rechtliche Beurtheilung eines Verhältnisses anzuwenden sei. Man nennt die diessbezüglichen Lehren die Lehren von den zeitlichen und den örtlichen Grenzen des Privatrechtes. Und da die Zeit die metaphysische Voraussetzung der Persönlichkeit, der Raum die metaphysische Voraussetzung der Gegenständlichkeit ist, die zeitliche und örtliche Giltigkeit des Rechtes überhaupt die Voraussetzung der Entstehung und Beurtheilung eines Rechtsverhältnisses ist, so soll zuerst gehandelt werden von den zeitlichen Grenzen des Privatrechtes, dann von den räumlichen Grenzen des Privatrechtes, dann von den Rechtsverhältnissen selbst.

[16]) Daher auch die Stellung zwischen Art. 329, 330 Al. 2, welche beide von dem Falle handeln, da der Endpunct einer Frist auf einen Feiertag fällt. Geller setzt (s. o. N. 13) offenbar Art. 328 und 330 einander entgegen. Daher denn auch der Tadel wider Art. 328.

[17]) Keinerlei systematische Bedeutung hat der Begriff des tempus utile im Gegensatze zum tempus continuum. Ersteres ist lediglich ein möglicherweise aus verschiedenen getrennten Zeitabschnitten zu summierender Zeitraum. Unrichtig ist es m. E., wenn Unger II, § 106, S. 311 behauptet, im ö. Rechte gebe es kein tempus utile, die Zeit sei stets als fortlaufende, continuierliche, nie als discontinuierliche zu betrachten. Jedenfalls ist die Ersitzungs- und Verjährungsfrist ein tempus utile (§ 1495, 1496 a. b. G.); vgl. Zrodłowski, Verjährung, § 6.

1. Von den zeitlichen Grenzen des Privatrechtes.[1]

§ 73.

Nur dadurch werden die Verhältnisse, in denen die Individuen stehen können, zu Rechtsverhältnissen, dass die Rechtsordnung ihnen

[1]) Gönner, Von der rückwirkenden Kraft eines neuen Gesetzes auf vorhergegangene Handlungen, in Gönner's Archiv I, 1808, S. 148—162; Chabot de l'Allier, Questions transitoires sur le Code Napoléon, 2 Bände, Paris 1809, 2. Aufl., Dijon 1829; Pfeiffer, Über die Anwendung eines neuen Gesetzbuches auf früher begründete Rechtsverhältnisse, Zeitschrift Germanien III, S. 411 ff.; Weber, Über die Rückanwendung positiver Gesetze, Hannover 1811 (hiezu Georgii im Archiv f. civ. Pr. III, 1820, N. XII, S. 145—194); Herrestorf, Über die zurückwirkende Kraft der Gesetze, oder Versuch einer Entwicklung legis 7 C. de legibus in Beziehung auf das Gesetzbuch Napoleons, Düsseldorf 1812; 2. umgearb. Aufl. Frankfurt 1815, 419 S. u. d. T.: Abhandlung über die Eigenheit der Gesetze in Ansehung der Zeiten nach allgem. Grundsätzen; Meyer, Principes sur les questions transitoires, Amsterdam 1813, 2. Aufl., Leyden 1858; Bauer, Über die Grenzen der Anwendung des Code Nap. auf die während seiner Geltung in deutschen Ländern entstandenen Rechtsverhältnisse, Göttingen 1814, 132 S.; Borst, Über die Anwendung neuer Gesetze auf früher entstandene Rechtsverhältnisse, Bamberg 1814; Wiesen, Systematische Entwicklung der Lehre über die rückwirkende Kraft der Gesetze nach röm. Recht, Frankfurt a. M. 1814; Martinez, Sulla retroazione delle leggi, Mailand 1814; Archini, Dei diritti acquistati in forza delle leggi civili abrogate al 1 Gennajo 1816, considerati in se stessi ed in ordine al procedimento a modo dell' esercizio dei medesimi etc., Mailand 1816; Hüttner, Über die rückwirkende Kraft der Gesetze zur Erläuterung des § 5 b. G. B., Wien Triest 1817; Bergmann, Das Verbot der rückwirkenden Kraft neuer Gesetze im Privatrecht, Hannover 1818, 582 S.; Struve, Über das positive Rechtsgesetz rücksichtlich seiner Ausdehnung in der Zeit oder über die Anwendung neuer Gesetze, Göttingen 1831, 278 S. (rec. Z. f. ö. R. 1833, III, S. 214—216); Fischer, Beitrag zur Erläuterung des § 5 a. b. G. über die Zurückwirkung der Gesetze, Z. f. ö. R. 1835, II, N. XXX, S. 247—260; Herbst, Zur Lehre von der Rückwirkung der Gesetze, Z. f. ö. R. 1844, I, N. XXIII, S. 344—352; Hermann, Was gemeinen Rechtens sei, wenn im Laufe einer Verjährungsfrist ein neues Gesetz über Verjährung gegeben werde? Z. f. Civilr. und Process N. F. II, 1846, N. III; Stefan, Zur Lehre von der Ersitzung, Über den Einfluss eines abändernden Gesetzes auf laufende Verjährungsfristen, Archiv f. civ. Pr., 32 B. 1849, N. VI, S. 151—173; Petruska, Zur Verständigung über einige Fragen aus Anlass der Anwendung der den Zwangscours des Papiergeldes bffd. Gesetze vom Jahre 1848, GZ 1853, N. 121; Wyss in der Z. f. schweiz. Recht III, 1854, S. 124 ff.; Bornemann, Erörterungen im Gebiete des pr. Rechts, Berlin 1855, N. I, S. 1—64: Über die Anwendung neuer Gesetze auf bestehende Rechtsverhältnisse (hiezu Goldschmidt i. d. Heidelb. kr. Z. III, S. 467—484); Christiansen, Über erworbene Rechte, Kiel 1856; Füger v. Rechborn, Das neue und

ihren Schutz zusichert, sie anerkennt und sich als auf sie anwendbar erklärt. Die Rechtsordnung ist aber selbst ein Wechselndes, und die

alte Privatrecht in Ungarn etc. bezüglich seiner Fortdauer und Rückwirkung dargestellt, Hermanstatt 1858; Lasch, Etwas über den Einfluss des k. Pat. 8. Oct. 1856, RGB 185, auf eine Judenehe, welche durche Übertritt eines Ehetheiles zur kath. Rel. eine gemischte Ehe geworden ist, GZ 1858, N. 140, 141; Schaaf, Abhandlungen a. d. Pandectenrecht I, Heidelberg 1860, S. 215—516: Über die rückwirkende Kraft der Gesetze (hiezu Dworzak, Österr. VJS XIII, 1864, Lit. Anz., S. 37—43); Lassalle, Das System der erworbenen Rechte, Leipzig 1861 (bes. I. Theil, Die Theorie der erworbenen Rechte und der Collision der Gesetze), 2. Aufl. besorgt v. L. Bucher 1880 (ich citiere nach der 1. Auflage); zu Lassalle vgl. die für den anonymen Kritiker wenig ehrenvolle Besprechung in Haimerl's Österr. VJS X, 1862, S. 18—43 des L. Bl.; Ehrenfeld, Zur Lehre von der letztwilligen Substitution und von der Rückwirkung des Gesetzes, GZ 1862, N. 1—3; Christ, Über die Rückwirkung der Gesetze mit bes. Rücksicht auf das neue Handelsgesetzbuch, Goldschmidt's Z. f. HR VI, 1862, N. IX, S. 413—451; Schmid, Die Herrschaft der Gesetze nach ihren räumlichen und zeitlichen Grenzen im Gebiete des bgl. und peinl. Rechtes, eine staatsrechtliche Abhandlung, Jena 1863, S. 101—149; Puchelt, Rückwirkende Kraft des Handelsgesetzes, Busch's Archiv II, S. 1—8; Gabba, Teoria della retroattività delle leggi, Pisa 4 Bände, 1868—1874; Laurent, Principes de droit civil, Brüssel und Paris 1869, I, S. 213—321; Rintelen, Über den Einfluss neuer Gesetze auf die zur Zeit ihrer Emanation bestehenden Rechtsverhältnisse (rückwirkende Kraft der Gesetze) nach röm. und preuss. Recht, insbes. in Beziehung auf das Gesetz vom 5. Mai 1872 über den Eigenthumserwerb und die dingliche Belastung der Grundstücke etc. . ., Breslau 1877 (hiezu Grosse in Gruchot's Beiträgen XXI, 1877, S. 642—644); Wade W. P., Treatise on operation and construction of retroactive laws, as affectes by constitutional limitations and judicial interpretations, St. Louis 1880, 430 S.; Über rückwirkende Kraft des Eigenthumserwerbsgesetzes vom 5. Mai 1872 („Von einem früheren Obertribunalsrath"!), Berlin 1880, 23 S.; Daum, Zur Frage der Rückwirkung des Gesetzes über die Abhilfe wider unredliche Vorgänge bei Creditgeschäften, J. Bl. 1881, N. 23, 24; Maitisch, Über die civilrechtliche Rückwirkung des allgem. Wuchergesetzes auf executionsfähige Notariatsacte, J. Bl. 1883 N. 25 (vgl. auch N. 17 Ungermann, N. 20 Maitisch, N. 27, 28 Ungermann); Göppert, Das Princip: „Gesetze haben keine rückwirkende Kraft" geschichtlich und dogmatisch entwickelt. Aus dem Nachlass des Verf. hsg. v. Eck, Jahrb. f. Dogm. XXII, N. F. X, 1884, N. I, S. 1—206. Savigny VIII, §§ 383—400 (Vgl. Private international Law, A treatise on the conflict of laws and the limits of their operation in respect of place and time. By F. C. v. Savigny, Translated with notes by William Guthrie, Edinburg 1869, und hiezu Journal of jurispr., Edinburg 1869, S. 134—145); Wächter, Württ. Pr. II, §§ 29, 30; Vangerow I, § 26; Brinz I, § 21; Windscheid I, § 32, 33; Beseler § 21; Stobbe I, § 27, 28; Böhlau, Mecklenb. LR I, §§ 67, 68; Roth, D. Pr. I, § 50; Bayr. CR I, § 15; Unger I, §§ 20, 21; Schiffner I, §§ 22, 23; Stubenrauch I, S. 44—47, 4. Aufl.; Kirchstetter S. 18—23; Pfaff-Hofmann I, S. 156 bis 166 und Excurse I, S. 107—112; Menger I, § 15; Canstein I, § 21; Rittner, Eherecht § 6.

Rechtsverhältnisse sind kein Einheitliches in dem Sinne, dass jedes derselben nur auf eine Thatsache, ein Geschehen zurückgeführt werden könnte, und dass die in Frage stehenden rechtlichen Wirkungen sich unmittelbar an die einzelnen rechtserzeugenden Thatsachen anschliessen; die einzelnen Geschehnisse, deren Resultat ein bestimmtes Verhältnis ist, um dessen rechtliche Beurtheilung es sich handelt, sind somit keinesfalls mit Nothwendigkeit unter der zur Beurtheilungszeit giltigen Rechtsordnung vorgefallen, ja es können in den verschiedenen Zeitpuncten, in denen sie eintraten, verschiedene rechtliche Normen, verschiedene Rechtsordnungen somit gegolten haben. Welcher dieser zeitlich getrennten, successiven Rechtsordnungen nun sind die einzelnen Thatsachen, deren rechtliche Relevanz geprüft, aus denen das Dasein und die Beschaffenheit eines Rechtsverhältnisses abgeleitet werden soll, zu unterstellen?

Die Antwort schiene sehr naheliegend und einfach: unter jene Rechtsordnung, unter der sie vorfielen. Ein Doppeltes aber träte der consequenten Durchführung dieses Grundsatzes entgegen. Das Individuum, das die jeweilige Rechtsordnung bei seinen Handlungen als eine geltende in den Kreis der Belehrung gezogen hat, muss das Bestreben haben, die auf Grund dieser Handlungen entstandenen Verhältnisse, ja überhaupt seine momentanen Verhältnisse, welche in ihrer ganzen Anlage schon gerade auf diese Rechtsordnung berechnet sein mochten, ihr angepasst sind, vor einer minder günstigen neuen Rechtsordnung möglichst zu bewahren, so dass für gewisse Thatsachen, auch wenn sie schon in die Geltungszeit des neuen Rechtes fielen, um ihres Zusammenhanges mit früheren Thatsachen willen, doch noch die alte Rechtsordnung massgebend wäre; das Interesse des Individuums somit muss dahin gehen, nicht nur für die Beurtheilung der Schlüssigkeit jener Thatsachen, aus denen das Rechtsverhältnis entsprang, die alte Rechtsordnung zu wahren, sondern überhaupt das ganze unter der alten Rechtsordnung entstandene Rechtsverhältnis als solches vor einem etwa nachtheiligen Einflusse der neuen Rechtsordnung zu wahren. Umgekehrt aber mag es für die neue Rechtsordnung, die sich ja offenbar für eine bessere hält als die alte Rechtsordnung, sonst würde sie ja ihre eigene Existenzberechtigung negieren, sehr verlockend erscheinen, auch für die rechtliche Relevanz aller früheren Thatsachen allein massgebend sein zu wollen, und ihre eigene Erspriesslichkeit durch Folgen der Mängel einer früheren Rechtsordnung nicht verkümmern zu lassen; zum mindesten in gewissen ihr besonders wichtig erscheinenden Fragen, wenn sie z. B. bestimmte Verhältnisse geradezu verpönt wird sie sich dadurch, dass selbe bereits bei ihrem Eingreifen vorhanden waren, gewiss nicht beirren lassen, und auch den schon vorhandenen die Anerkennung verweigern.

Aus dem Gesagten ergibt sich aber schon, dass in Zeiten, beziehungsweise unter Zuständen individueller Unfreiheit, der letztere Gesichtspunct Platz greift,[2]) während bei Anerkennung des individuellen Selbstbestimmungsrechtes, des Eigenwillens der Individuen, der erstere Grundsatz zur überwiegenden Anwendung kommen wird.

Die Frage nun des richtigen Verhältnisses dieser beiden Principien, welche sich in den beiden Sätzen formulieren lassen: „Rechtsnormen sollen um des Individualinteresses willen auf wolerworbene Rechte keinen Einfluss haben", und „Rechtsnormen sollen, wenn es das allgemeine Interesse erheischt, selbst auf wolerworbene Rechte Einfluss haben", ist eine legislativ-politische, deren Satzung überhaupt nicht Gegenstand der systematischen Darstellung eines positiven Rechtes sein könnte. Aber da diese Frage, welche Grundsätze über die Rückwirkung der Gesetze Platz greifen sollten, so oft verwechselt wurde und wird mit jener, welche Grundsätze über die Rückwirkung der Gesetze thatsächlich nach einer bestimmten Rechtsordnung Platz greifen,[3]) somit zu Irrlehren auf dem Gebiete des positiven Rechtes wurden, soll mit thunlichster Kürze auch der Stand dieser Frage besprochen werden.

In früherer Zeit stellte man den Grundsatz auf, die dem öffentlichen Rechte entflossenen Bestimmungen seien rückwirkender Natur, andere Rechtsnormen jedoch sollen nicht zurückwirken. Ganz abgesehen jedoch davon, dass hiemit noch gar nicht gesagt war, worin das Wesen dieser Rückwirkung liege, war hiemit die Frage nach der Rückwirkung de lege ferenda gar nicht einmal in Angriff genommen, denn darum sollte es sich ja handeln, wann ein Gesetz um des allgemeinen Interesses willen das Privatinteresse beeinträchtigen dürfe, wann es somit öffentlich-rechtlicher Natur sein solle.

Näher gieng der Frage Savigny zu Leibe, indem er nicht, wie jene ältere Doctrin zu thun vermeinte, auf die Form des Gesetzes, sondern auf dessen Inhalt Rücksicht nahm, und unterschied zwischen Gesetzen, die sich auf den Erwerb eines Rechtes, und Gesetzen, die sich auf das Dasein eines Rechtes bezögen; letztere sollten rückwirkend sein, erstere nicht. Aber dieses Näherrücken war eigentlich nur ein scheinbares, es muss vor der Erkenntnis schwinden, dass ja auch der Unter-

---

[2]) Beispiele bei Lassalle I, S. 62 ff., besonders die Besprechung des Falles im 4. Buch Moses, Cap. 4 ff., ebenda S. 67.

[3]) Vgl. Menger, System des österr. Civilprocessrechtes S. 191: „Die Vermischung dieser beiden Fragen hat bei den Schriftstellern, welche unsern Gegenstand behandelt haben, nicht wenig zu der Unklarheit beigetragen, welche die Darstellung der Lehre über die zeitliche Begrenzung der Gesetze unleugbar beherrscht."

schied zwischen Privat- und öffentlichem Recht sich auf den Inhalt des Rechtes beziehe, und dass die Frage, ob ein Gesetz sich auf das Dasein eines Rechtes beziehen, dasselbe somit unter Umständen gänzlich negieren solle resp. dürfe, identisch ist mit der Frage, ob es öffentlich-rechtlicher Natur sein solle.[4]) Es ist aber nicht nur durch diese Unterscheidung noch kein Gesichtspunct für die Frage, ob ein Gesetz sich auf das Dasein eines Rechtes beziehen solle, gewonnen, es wird auch vom Standpuncte des positiven Rechtes in vielen Fällen zweifelhaft erscheinen, ob ein Gesetz sich auf das Dasein eines Rechtes oder auf dessen Erwerb beziehe. Man könnte vielleicht versucht sein, mindestens in dem Grundsatze, dass ein Gesetz, das sich auf den Erwerb eines Rechtes beziehe, nicht zurückwirken dürfe, ein positives Resultat zu erblicken, ein Resultat, das man dahin zu formulieren pflegt: „Gesetze wirken auf wolerworbene Rechte nicht zurück." Aber ganz abgesehen davon, dass hiemit weder der Begriff des wolerworbenen Rechtes noch der des Wesens der Rückwirkung gegeben ist, wirken gewisse Gesetze eben dennoch auch auf wolerworbene Rechte zurück, dann nemlich, wenn sie selbst das Dasein solcher Rechte unmöglich machen wollen.

In richtiger Erkenntnis und scharfer logischer Darlegung dieser Inhaltslosigkeit[5]) der Savigny'schen Theorie hat nun Lassalle in seinem System der erworbenen Rechte (Leipzig 1861) den Versuch gemacht und in geistvollster Weise durchgeführt, aus dem eigenen „Begriff der Nichtrückwirkung selbst" (S. 54) diese Frage zu lösen, und sie auf ein materielles Princip zurückzuführen. Aber gerade darum ist dieser Versuch von so ausserordentlichem Interesse, weil er m. E. auf das klarste zeigt, dass eine solche principielle Lösung überhaupt unmöglich ist.

Nach Lassalle (S. 57) ist das Privatrecht „überhaupt nichts anders als die Realisation der Willensfreiheit des Individuums", der Begriff der Rückwirkung aber der „eines Eingriffes in die Freiheit und Zurechnungsfähigkeit des Menschen" (S. 56). „Wird also durch ein späteres Gesetz rückwirkend die freiwillige Handlung eines Individuums

[4]) So sagt Savigny VIII, S. 520 selbst: „Ein besonders sicheres . . . Mittel der Grenzscheidung wird darin liegen, dass wir untersuchen, ob vielleicht ein neues Gesetz zu den . . Gesetzen von streng positiver Natur gehört, die ausser dem reinen Rechtsgebiet ihre Wurzel haben. In diesem Falle haben wir dasselbe unzweifelhaft zu den Gesetzen über das Dasein der Rechte zu zählen, auf welche der Grundsatz der Nichtrückwirkung keine Anwendung findet."

[5]) Vgl. auch Unger I, § 20, N. 40.

getroffen, so ist ihm sein Wille entstellt und in einen anderen umgewandelt worden" (S. 57), die Rückwirkung ist also wie Toullier sie nennt „un piège tendu aux individus par le législateur", sie „bringt ex post hervor, dass das Individuum ein anderes gewollt und ein anderes gethan hat"[6]) (S. 57). Lassalle stellt daher als aus dem Wesen der Rückwirkung sich ergebend den Grundsatz auf (S. 55):

„a. Kein Gesetz darf rückwirken, welches ein Individuum nur durch die Vermittlung seiner Willensactionen trifft;

b. Jedes Gesetz darf rückwirken, welches das Individuum ohne Dazwischenkunft eines solchen freiwilligen Actes trifft; welches das Individuum also unmittelbar in seinen unwillkürlichen, allgemeinmenschlichen oder natürlichen oder von der Gesellschaft ihm übertragenen Qualitäten trifft."

Aber gerade einem Lassalle konnten die practischen Consequenzen dieses Grundsatzes nie und nimmer acceptabel erscheinen; denn hienach liesse sich dann allerdings vom Individuum ein „Pflock in den Rechtsboden schlagen" und es könnte „sich mittels desselben für selbstherrlich für alle Zeiten und gegen alle künftigen zwingenden oder prohibitiven Gesetze erklären" (S. 197), während diess gewiss eben so wenig möglich sein kann, „als sich ein Pflock in das Erdreich schlagen und verlangen lässt, dass dieser selbst dann noch an seiner Stelle bleibe, wenn sich das ganze Erdreich, in dem er haftet, in Bewegung setzt." Daher hat denn auch Lassalle als einen weiteren Fall erlaubter Rückwirkung unmittelbar den hinzugefügt, wenn das neue Gesetz das neue Individuum zwar in der angegebenen Weise trifft, aber „es nur dadurch trifft, dass es die Gesellschaft selbst in ihren organischen Institutionen ändert". Aber auch diese Einschränkung der Realisation der Willensfreiheit des Individuums konnte Lassalle nicht genügen. Er sah sich daher genöthigt, zu künstlichen zwangsweisen Willensinterpretationen seine Zuflucht zu nehmen. Er nimmt an, „dass jedem Vertrage von Anfang an die stillschweigende Clausel hinzuzudenken ist, es solle das in demselben . . stipulierte Recht nur auf so lange Zeit Geltung haben, so lange die Gesetzgebung ein solches Recht überhaupt als zulässig betrachten wird" (S. 194);[7])

[6]) Vgl. die Constitution des Kaisers Anastasius L. 65 i. f.. C. X, 31: „quum conveniat leges futuris regulas imponere, non praeteritis calumnias excitare" und Codex Theodos. L. 3, de const. princ.: „omnia constituta non praeteritis calumniam faciunt, sed futuris regulam imponunt."

[7]) Es ist diess das Gegenstück der nach Hüttner (a. N. 1. a. O. S. 37) jedem erlassenen Gesetze hinzuzudenkenden Clausel, wonach der Gesetzgeber

es sei ferner „nothwendig, auch noch die andere stillschweigende Stipulation hinzuzudenken: dass solange aus diesem Rechtsgrunde und an diesem Rechtsobject überhaupt noch ein Rechtsanspruch von neuem erworben werden kann und somit als rechtlich möglich anerkannt werden wird, das vom Individuum sich constituierte Recht in jeder andern Form und Bestimmtheit fortbestehen solle, welche vor dem Bewusstsein des neuen Gesetzgebers noch als zulässig erscheinen wird, d. h. also in jeder Form, in welcher aus diesem Rechtsgrunde und auf dieses Rechtsobject auch noch nach dem neuen Gesetze Rechte neu erworben werden können“ (S. 231).

Aber indem diese beiden Clauseln absolut und unbedingt als hinzugedacht gelten sollen, hören sie auf, Gegenstand der Willensaction zu sein; wenn z. B. die erste Clausel auch dann als im Willen der Individuen gelegen angesehen werden soll, wenn sie ihm nicht entspricht — und gewiss hat beim Vertragsabschlusse normalerweise keine der Parteien an sie gedacht —, ja wenn dieser sie geradezu ablehnen würde, ist es eben nicht wahr, dass die Rückwirkung auf dem eigenen Willen der Parteien beruht; sie beruht vielmehr auch hier nur in dem Willen des Gesetzgebers.

Lassalle fühlte selbst sehr wol diesen Widerspruch seiner Darstellung; er suchte ihn mit Zuhilfenahme des Hegel'schen Satzes, dass „das gemeinsame Bewusstsein des ganzen Volkes; der allgemeine Geist“ „die alleinige Quelle des Rechtes ist“, so dass ein diesem entgegengesetzter Wille der Parteien „ein von Haus aus unrechtlicher und ungiltiger wäre“ (S. 194), zu beseitigen. Ganz abgesehen aber von der practischen Unwahrheit dieses Satzes der Hegel'schen Philosophie für das positive Recht, ist diese Art der Motivierung eine reine petitio principii. Man könnte ebenso von jedem neuen Gesetze sagen, dass ein ihm a priori entgegengesetzter Wille, ein Wille der die Anwendung dieses Gesetzes auf ein früheres Verhältnis auch dann ausschliessen wollte, wenn das neue Gesetz diese seine Anwendbarkeit statuiere, „ein von Haus aus unrechtlicher und ungültiger wäre“, so dass es doch wieder nur auf den factischen Willen des Gesetzgebers ankäme, und ein Criterium über die ethische Berechtigung des Gesetzgebers zu dieser Verfügung nicht gefunden werden kann.

Und thatsächlich behauptet Lassalle, dass vom legislativpolitischen Standpuncte aus jedes Gesetz sich rückwirkende Kraft vindicieren

bei der Erlassung des alten Gesetzes das Versprechen von sich gab, „jede diesem Gesetze entsprechende Erwerbung eines Rechts aufrecht zu erhalten und zu schützen“.

könne, d. h. auch auf alle schon von ihm vorgefundenen Rechtsverhältnisse sich anwendbar erklären dürfe, wenn es nur verneint, „dass ein Rechtsinhalt überhaupt noch vom Individuum zu seinem Eigenthum gemacht, seinem Privatwillen unterworfen werden könne“ (S. 253),[s]) ja dass das neue Recht dann sogar das alte Rechtsverhältnis stets gänzlich vernichten könne, selbst ohne Belassung irgend eines Entschädigungsanspruches. Er sagt S. 226: „Ist nun die negative Wendung des neuen Bewusstseins die totale, dass ... aus diesem Rechtsgrunde .. überhaupt keinerlei Recht auf den Gegenstand des bisherigen Rechts mehr entstehen können soll, so .... (kann) von einer Entschädigung .. nicht die Rede sein. Geht aber die Prohibition des neuen Bewusstseins nur so weit, dass aus diesem Rechtsgrunde allerdings noch Rechte .. auf ein Rechtsobject derselben Art entstehen können sollen, nur nicht die bestimmte bisher gewählte Art der Rechtsbefriedigung, . . . so muss nun allerdings eine Umwandelung eintreten, ... d. h. eine Überleitung des noch als wirksam anerkannten Rechtsinhaltes aus der prohibierten Art seiner Befriedigung in seine unprohibierte.“ Hiemit verweist aber auch thatsächlich Lassalle in letzter Linie doch nur auf das jeweilige massgebende Rechtsbewusstsein, d. h. auf die jeweilige thatsächliche Anerkennung des unmittelbaren Individualinteresses durch die Rechtsordnung. Diese Stellung des Individualinteresses, die allgemeine Anschauung über sein Verhältnis zu dem allgemeinen Interesse ist aber selbst ein Wechselndes und nicht nur verschieden in verschiedenen, oft nur durch geringe Zwischenräume getrennten Zeiten, sondern auch verschieden hinsichtlich verschiedener Materien und Verhältnisse. In einem Falle wird das allgemeine Interesse höher angeschlagen werden als das Individualinteresse, dort nemlich wo jenes Interessen betrifft, deren Wahrung dem Allgemeinen wichtiger erscheint, als die Wahrung von Individualinteressen, in einem anderen Falle wird das allgemeine Interesse, das an der Wahrung der Individualinteressen als solcher besteht, höher angeschlagen

[s]) Hienach besteht die Rückwirkung eines Gesetzes aber eigentlich darin, „dass es nicht hinreichend weit geht in der Ausführung des neuen Rechtsbewusstseins“ (S. 405); und thatsächlich behauptet Lassalle, dass das französische Gesetz vom 14. November 1792 „gerade dadurch, dass es nicht weit genug ging“ (S. 218, N. 1) rückwirkend war, dass es, indem es die Fideicommisse aufhob und trotzdem selbe noch dem Nutzungseigenthümer beliess, statt ihre Theilung unter den Familiengliedern (den Erben des Stifters) zu verfügen, „um scheinbare Rückwirkung zu vermeiden“ (S. 401), wahrhaft rückwirkte, weil „es die Abolition nicht weit genug geführt hat“ (S. 405).

werden, als ein anderes nur durch ihre Ignorierung zu erzielendes allgemeine Interesse. Denn die Rechtsordnung erkennt die Individualinteressen ja nur darum im Principe an, weil diess im allgemeinen Interesse liegt; gewiss wird das allgemeine Interesse auch geschädigt, wenn Individualinteressen verletzt werden können („heute mir, morgen dir"), aber es handelt sich im concreten Falle eben darum, und nur darum, wodurch nach der jeweiligen Auffassung das allgemeine Interesse weniger resp. mehr geschädigt wird, durch die Anerkennung wolerworbener Rechte oder durch deren nachträgliche Vernichtung. Die Frage nach der Rückwirknng der Gesetze lässt sich daher legislativ-politisch nicht principiell lösen.[9])

Hiemit aber werden wir mit logischer Nothwendigkeit auf die zweite der oben fixierten Fragen geleitet, welche Grundsätze über die Rückwirkung der Gesetze (beziehungsweise Rechtsnormen) thatsächlich nach der österr. Rechtsordnung Platz greifen. Es wurde zwar behauptet, dass diese Frage in jedem positiven Rechte nothwendig mit der vorigen zusammenfallen müsste, und wieder ist es Lassalle, der die von den Männern der französischen Revolution aufgestellte These, präcise formuliert.[10]) Aber aus dem Wesen des positiven Rechtes sowol als auch aus dem Vorherausgeführten ergibt sich die Hinfälligkeit sowie selbst die practische Undurchführbarkeit dieser Behauptung. Nur aus dem positiven Rechte kann die Frage nach der Rückwirkung für das positive Recht gelöst werden.

Und so werden wir denn als obersten Grundsatz aufstellen müssen, dass in erster Linie der im Gesetz erkennbar gewordene Wille des

[9]) Auch die von Pfaff-Hofmann I, S. 158 aufgestellte, auf dem „sachlichen Principe", dass wir uns auf die Gesetze müssen „verlassen können" und dem „ergänzenden Principe", „Gesetze sollen erworbene Rechte schonen", beruhende „Formel": „das berechtigte Vertrauen auf den Rechtszustand soll nicht getäuscht werden" hat nur Werth als Mittel zur Interpretation des gesetzgeberischen Willens, denn wann ist dieses Vertrauen ein „berechtigtes", und wann die „thörichte Erwartung: der Rechtszustand werde sich nicht ändern"? Vgl. Göppert, S. 106, 107.

[10]) Vgl. S. 59: „Doch bedarf es keiner Constitution, um zu wissen, dass es keinem Gesetzgeber zusteht . . . die menschliche Willensfreiheit und Zurechnungsfähigkeit aufzuheben und den Geist als Sache zu setzen," und: „Mindestens würden wir den Richter bedauern, der diess erst aus einer Staatsconstitution lernen müsste und der daher Bedenken trüge, selbst einem unzweifelhaft rückwirkenden Gesetze . . . die Anwendung zu versagen. Jedenfalls müsste er in das Urtheil setzen ‚von Gewalts wegen' statt ‚von Rechts wegen'." Vgl. auch den Ausspruch Mirabeau's in der Sitzung der Constituante, 21. November 1790: „Nulle puissance humaine ni surhumaine ne peut legitimer un effet rétroactif. J'ai demandé la parole pour faire cette profession de foi."

Gesetzgebers[11]) selbst für die zeitliche Anwendung wird massgebend sein müssen. Ist ein solcher specieller Wille nicht erkennbar, so werden die allgemeinen gesetzlichen Vorschriften über die zeitliche Anwendbarkeit einer Rechtsnorm Anwendung finden müssen, also inbesondere die Vorschrift des § 5 a. b. G.: „Gesetze wirken nicht zurück; sie haben daher auf vorhergegangene Handlungen und auf vorher erworbene Rechte keinen Einfluss." Soweit auch diese Regeln nicht genügen, wird aber noch immer nicht ein angeblich legislativ-politischer Grundsatz anzuwenden, vielmehr an der Auslegungsregel festzuhalten sein, dass jede Thatsache, jedes Ereignis, jede Handlung oder Unterlassung in ihrer juristischen Relevanz nach jenem Rechte zu beurtheilen sein wird, unter dessen Herrschaft sie vorfiel, dass sie daher jene rechtlichen Wirkungen haben wird, die das Recht, das zur Zeit ihres Eintrittes galt, normierte.[12]) Um nun die etwaige Bedeutung der in § 5 a. b. G. aufgestellten Rechtsregel darzulegen, und so die Grenze der Anwendbarkeit des zuletzt aufgestellten Grundsatzes zu finden, wird auf den Begriff der Rückwirkung und den Begriff des erworbenen Rechtes selbst zurückgegangen werden müssen.

Jede Rückwirkung setzt begrifflich ein Früheres und ein Späteres voraus, welche miteinander in eine gewisse Verbindung treten. Das Spätere kann nun aber niemals auf ein Früheres in irgend welcher Weise thatsächlich einwirken, denn jede Wirkung ist logisch dadurch bedingt, dass das Einwirkende und das Zubeeinflussende gleichzeitig sind. Das Spätere kann daher nicht auf das Frühere selbst, sondern nur auf die mit dem Späteren gleichzeitigen Folgeerscheinungen des Früheren einwirken, somit auf das Frühere nur insoferne es selbst in

[11]) Für das Gewohnheits- und Juristenrecht ist die Frage nach der Rückwirkung darum zum mindesten normalerweise minder practisch, weil hier ja keine fixe Grenze zwischen der Giltigkeit verschiedener Rechtsnormen nachweisbar sein kann.

[12]) Es ist ganz richtig, was Pfaff-Hofmann I, S. 157 sagen: „Auch der Satz: dass jede juristische Thatsache nach dem Gesetze ihrer Zeit zu beurtheilen sei, ergibt nicht durchweg richtige Resultate." Er wird jedoch hier nicht als „formales Princip" aufgestellt, „aus dem durch einfache logische Folgerung die Entscheidung jedes einzelnen Falles zu gewinnen wäre." Er erscheint vielmehr nur als der aus logischen Gründen im Zweifel anzunehmende Wille des Gesetzgebers, d. i. er erscheint, wenn kein anderer Wille in erkennbarer Weise ausgesprochen wurde, oder sonst zu entnehmen ist, als der zu vermutende Normalwille des Gesetzgebers. Ob es nicht in concreten Fällen besser gewesen wäre, wenn der Gesetzgeber einen anderen Willen gehegt und ausgesprochen hätte, diess ist freilich eine andere Frage, aber bedeutungslos für das positive Recht.

einem Späteren neuerlich sich manifestieren will. Die Rückwirkung des Späteren kann somit in nichts anderem bestehen als in einer Beeinflussung resp. Modification, Hintanhaltung oder Aufhebung mit ihm gleichzeitiger Nachwirkungen des Früheren. Die Frage der Rückwirkung späterer Gesetze löst sich somit thätsächlich auf in die der Nachwirkung von vor ihrer Herrschaft unter einer anderen Rechtsordnung vorgefallenen Ereignissen, beziehungsweise in die Frage nach der Nachwirkung der früheren Rechtsordnung selbst. Darum also handelt es sich, ob das frühere Ereignis auch unter einer anderen Rechtsordnung noch rechtliche Wirkungen zu haben vermag, und wenn, ob diese Wirkungen nach der neuen oder der alten Rechtsordnung zu beurtheilen sind; oder da die erste Frage, ob das frühere Ereignis überhaupt noch rechtliche Wirkungen zu haben vermag, logisch in der zweiten Frage aufgeht, stellt sich als das Entscheidende die Frage dar, ob die rechtliche Wirksamkeit von in einer früheren Rechtsperiode vorgefallenen Ereignissen in einer späteren Rechtsperiode nach der alten oder der neuen Rechtsordnung zu beurtheilen sind. Der Satz des § 5 a. b. G.: „Gesetze wirken nicht zurück," hiesse somit rein logisch gedacht, soviel als „Gesetze wirken nach," d. h. jedes unter einem früheren Rechte vorgefallene Ereignis ist in seiner juristischen Relevanz auch noch unter einer späteren Rechtsordnung zu beurtheilen (immer natürlich vorausgesetzt, dass die neue Rechtsordnung nicht selbst etwas Anderes statuiert). Und so würde dieser Satz des § 5 a. b. G. zusammenfallen mit jenem oben von uns erörterten Subsidiarsatze, der dann Platz zu greifen hätte, wenn eine ausdrückliche Bestimmung des Gesetzes oder der Rechtsordnung überhaupt hierüber nicht auffindbar wäre. Es ist aber kaum anzunehmen, dass diess wirklich der Gedanke der Gesetzgeber bei Abfassung dieses Satzes war;[13]) sie wollten vielmehr hiemit lediglich der herrschenden Doctrin Rechnung tragen und Ausdruck verleihen, nach welcher die „Rückwirkung" unstatthaft sein solle, welche aber gerade das Wesen der Rückwirkung gar nicht weiter begrifflich substantiierte.

Und so bleibt uns denn nur noch der weitere Satz des § 5, dass Gesetze „auf vorher gegangene Handlungen und auf vorher erworbene Rechte keinen Einfluss" haben. Auch dieser kann logischerweise nach dem oben Gesagten keinen anderen Sinn haben, als den, dass die juristische Relevanz vorhergegangener Handlungen und vorher erworbener Rechte auch unter der Herrschaft eines neuen Gesetzes noch nach dem alten Gesetze, unter dem sie vorfielen, resp. erworben wurden,

[13]) Vgl. die interessante Redactionsgeschichte des § 5 a. b. G. bei Pfaff-Hofmann, Excurse I, S. 107.

zu beurtheilen sei. Da aber das subjective Recht selbst nur ein Product aus den als rechtlich relevant erklärten Thatsachen ist, werden wir mit Nothwendigkeit auf die Betrachtung der einzelnen Thatsachen hingewiesen; es wird sich somit als zweckmässig, ja als nothwendig darstellen, die Frage nach dem Wesen der erworbenen Rechte und implicite der Bedeutung des Schlusssatzes des § 5 a. b. G. unter Einem mit der Erörterung des oben aufgestellten Subsidiarprincipes zu behandeln, dass jede Thatsache in ihrer juristischen Relevanz nach dem Rechte ihrer Zeit zu beurtheilen sei.

Da die Frage, ob die rechtliche Relevanz einer Thatsache nach dem alten oder dem neuen Gesetz zu beurtheilen ist, nur dann und insoferne practische Bedeutung haben kann, als diese Gesetze untereinander differieren, so wird davon auszugehen sein, worin denn der Unterschied zwischen einem früheren und einem späteren Gesetze bestehen kann.

Das Wesen einer Rechtsnorm besteht darin, dass sie an das Vorhandensein gewisser Voraussetzungen gewisse Wirkungen knüpft. Das spätere Gesetz kann somit entweder 1. für den Eintritt derselben Wirkung andere Voraussetzungen fordern, oder es kann 2. bei den gleichen Voraussetzungen eine andere Wirkung eintreten lassen als das frühere Gesetz, es kann schliesslich 3. sowol Voraussetzungen als Wirkung modificieren, so dass die gleichen Voraussetzungen ihre frühere Wirkung nicht mehr haben, aber auch nicht an Stelle dieser eine andere, und dass auch nicht an Stelle dieser Voraussetzungen andere für geeignet erklärt werden zur Herbeiführung jener Wirkung, die die früher normierten Voraussetzungen hatten. Oder graphisch ausgedrückt: wenn das frühere Gesetz für die Voraussetzung V als Wirkung W bestimmte, somit festsetzte $V = W$, kann das neue Gesetz unter Aufhebung des Grundsatzes $V = W$ bestimmen, entweder

$V_1 = W$ oder
$V = W_1$ oder
$V_1 = W_1$.

V und V_1 können aber und werden auch normalerweise selbst wieder aus einzelnen Elementen bestehen, durch deren theilweise oder gänzliche Verschiedenheit eben der Unterschied von V und V_1 bedingt ist.

Wenn V bestand aus $a + b + c$,
somit $V = a + b + c$ war,
kann $V_1 = a + b$
oder $V_1 = a + b + c + d$
oder $V_1 = a + b + d$ sein,
somit kann $V^1 < V$ oder
$V_1 > V$ sein, oder

sie können qualitativ verschieden sein. Und ebenso kann W_1 von W sich entweder nur quantitativ unterscheiden,

so dass $W_1 < W$

oder $W_1 > W$ ist, oder

es können W_1 und W qualitativ von einander verschieden, hinsichtlich ihrer Grösse nicht vergleichbar sein.

Wenn nun, um auf den ersten der oben angeführten drei Fälle überzugehen, die Differenz bloss in der Wirkung liegt und a + b + c schon unter dem alten Gesetze, das mit I bezeichnet werden soll, eingetreten waren, so muss jedenfalls (immer vorausgesetzt, dass das neue Gesetz oder die Rechtsordnung nicht ausdrücklich ein Anderes bestimmt), demjenigen, der auf Grund von a + b + c nunmehr auch noch unter dem neuen Gesetze die Gewährung der früheren Wirkung W[14]) durch die Rechtsordnung verlangt, dieses W gewährt werden.[15]) Hieraus folgt aber noch keineswegs, dass ihm nicht auch unter Umständen über sein Verlangen W_1 werde gewährt werden können, selbstverständlich dann nemlich, wenn $W_1 < W$,[16]) aber auch dann, wenn a + b + c nur für den Wirkungswerber Voraussetzungen einer Wirkung sind,[17])

---

[14]) Es kann aber auch $W = 0$ gewesen sein, somit diese Frage ganz entfallen. Z. B. die Vollendung des 20. Lebensjahres kann nach Recht I gar keine Wirkung gehabt haben, während das Recht II ihr eine solche einräumt; dann ist eben nach I keine Wirkung vorhanden und kann daher auch nicht unter II eine Wirkung nach I (sondern nur eventuell aus II; siehe das Nächstfolgende) in Anspruch genommen werden; vgl. N. 20.

[15]) Eine nach altem Recht intabulationsfähige unter seiner Herrschaft errichtete Urkunde bleibt intabulationsfähig, wenn auch das neue Recht eine derartige Urkunde nicht mehr als intabulationsfähig ansieht.

[16]) In diesem Falle liegt überhaupt W_1 schon in W und war auch nach I anspruchbar.

[17]) Wenn z. B. ein neues Gesetz die Mitmachung eines Feldzuges als Excusationsgrund für die Annahme von Vormundschaften bezeichnen, oder bestimmen würde, dass durch das abgelegte Abiturientenexamen die Grossjährigkeit erworben wird, oder dass mit dem Eintritte der Menstruation die Heirathsfähigkeit und Mündigkeit der Mädchen beginnt. In allen diesen Fällen wird (vorausgesetzt natürlich immer, dass das neue Gesetz kein Anderes normiert) auch schon der Eintritt dieser Ereignisse unter I bewirken, dass vom Beginne von II an die von II an diese Ereignisse geknüpften Wirkungen beansprucht werden, beziehungsweise eintreten können. Es muss aber hier wol unterschieden werden. Ganz verfehlt z. B. wäre es, wenn das neue Gesetz eine stillschweigende Grossjährigkeitserklärung (durch Gestattung der Führung eines eigenen Haushaltes) statuiert, nun auch an diese schon früher erfolgte Bewilligung der Führung eines Haushaltes von II an die durch II eingeführte Wirkung der Grossjährigkeit zu datieren. Denn hier ist V nicht bloss die Bewilligung des eigenen Haushaltes durch

nicht aber auch für einen bestimmten Dritten Voraussetzungen einer anderen Wirkung sind, die zu jener in umgekehrtem Verhältnisse steht; denn dort, wo die Wirkung aus a + b + c gegen eine bestimmte Person B gerichtet ist, hat a + b + c, d. i. der Umstand, dass a + b + c unter der Herrschaft von I vorfiel, auch für B eine Wirkung, die nemlich, dass A nur das von I zugelassene W und nicht auch das von einer späteren Rechtsordnung II etwa zugelassene 2W oder 3W herbeiführen kann;[18]) wenn somit W_1 für A grösser würde, müsste eo ipso W_1 für B kleiner werden.[19]) Wenn daher W_1 für A grösser ist als W oder der Unterschied ein qualitativer (d. i. incommensurabler) ist, und jenes W_1 welches A, obgleich a + b + c noch unter I vorfielen, von II für sich verlangen wollte, gegen einen bestimmten Anderen B gerichtet ist, wird dem A nur jenes W, das ihm früher zugesichert war, und nicht auch W_1, das nunmehr in diesem Falle an ein unter der Herrschaft von II vorgefallenes a + b + c als Voraussetzung geknüpft ist, gewährt werden können.

Es wurde jetzt der Fall betrachtet, wenn durch die II. Rechtsordnung W geändert wurde. Es muss nun auch der Fall in's Auge gefasst

---

den Vater, sondern auch die hiemit von ihm implicite beabsichtigte Entlassung; letzteres Element aber war unter I noch nicht in der Bewilligung des Haushaltes involviert. Ebenso verfehlt wäre z. B. auch nachstehender Schluss: Der 17jährige A hat unter I testiert; das Recht II hat die Grenze der Testierfähigkeit von 18 auf 16 Jahre herabgesetzt, daher sei das Testament nunmehr giltig, denn der Zeitpunct der Testierfähigkeit und die Testamentserrichtung seien schon unter I eingetreten. Umgekehrt konnte der Minderjährige damals gar kein Testament errichten, weil er damals noch nicht testierfähig war. Ebensowenig könnte nachträglich ein nach früherem Rechte, als von einem Minderjährigen abgeschlossen, ungiltiger Vertrag als giltig angesehen werden, wenn nun nach neuem Rechte an das damalige Alter des m. Contrahenten schon die Wirkung der Grossjährigkeit geknüpft ist. Unter den im Texte aufgestellten Gesichtspunct aber fällt es, wenn ein neues Recht die Wirkung (den Umfang) dinglicher Rechte ändert. Denn die Voraussetzung des Inhaltes eines dinglichen Rechtes ist, dass es entstanden ist; wenn nun ein dingliches Recht, z. B. das Eigenthum, auch unter I entstanden ist, so können doch dieselben Wirkungen, die das Entstehen eines Eigenthumes unter II hätte, herbeigeführt werden. Anders jedoch, wo es sich um die Wirkung eines dinglichen Rechtes gegen eine bestimmte Person richtet, z. B. für den Servitutsberechtigten gegen den Eigenthümer (vgl. das im Texte Folgende).

[18]) Z. B. das frühere Recht erklärt einen Notariatsact nur als processuales Beweismittel, das spätere Recht aber erklärt den Notariatsact executionsfähig.

[19]) Denn das W des B bestand ja darin, dass die Wirkung für A nicht grösser sei als W.

werden, wenn V durch II geändert wurde (zweiter Fall), oder beide durch II geändert wurden (dritter Fall).

War unter I bereits a + b + c, das ist V, eingetreten, so wird auch von II die Gewährung von W verlangt werden können (beziehungsweise wenn nicht nur V sondern auch W durch II modificiert ist, nach den im vorhergehenden Absatze entwickelten Grundsätzen unter Umständen auch die Gewährung von W_1), mag nun die II. Rechtsordnung W schon an a + b oder erst an a + b + c + d[20]) oder an a + b + d knüpfen.

War unter I von a + b + c als V erst a + b eingetreten, so wird dort wo A von II Gewährung des W verlangt und nach II hiezu schon a + b allein genügen würde (somit $V_1 < V$), W dann gewährt werden, wenn W nicht gegen eine bestimmte Person B gerichtet ist;[21]) denn im letzteren Falle würden wider B die Elemente a + b, die zu ihrer Geschehenszeit noch gar keine Wirkung hatten, nun plötzlich eine solche erlangen, somit W, das bei a + b früher = 0 war, nunmehr eine reelle Grösse werden, somit wachsen, also die Voraussetzung, welche für B erforderlich ist, damit W = 0 sei, grösser werden,[22]) d. i. $V_1 > V$ sein.

Wenn durch II die Voraussetzung V = a + b + c in V_1 = a + b + c + d geändert wurde, so kann nach dem früher ausgeführten Grundsatze, dass es jedenfalls genüge, wenn unter I schon a + b + c eingetreten war, nur der Fall practisches Interesse haben, wenn zugleich auch W in W_1 geändert wurde. Es entsteht nemlich hier wieder die Frage, ob, wenn a + b + c + d schon unter I eingetreten war, von II die Gewährung von W_1 verlangt werden kann, welche ja

[20]) Z. B. das frühere Recht verlangt ein Alter von 20 Jahren, d. i. Ablauf von 20 Jahren seit der Geburt, zur Grossjährigkeit, ein späteres Recht verlangt ein Alter von 25 Jahren, d. i. Ablauf von noch weiteren 5 Jahren. Dieses Beispiel liesse sich übrigens auch unter dem Gesichtspuncte einer Änderung in W betrachten, nemlich dass der Ablauf von 20 Jahren seit der Geburt nach I als Wirkung die Grossjährigkeit hat, nach II als Wirkung $W_1 = 0$. (Vgl. Göppert cit. S. 102.)

[21]) Z. B. das frühere Recht I erklärte, eine Schulderklärung müsse vom Aussteller unterschrieben und von zwei Zeugen gefertigt sein, ein spätere Recht II erklärt die Unterschrift des Ausstellers für genügend. Eine unter I ausgestellte bloss vom Darsteller unterschriebene Urkunde ist daher auch unter II ungiltig.

[22]) Denn während V früher darin bestand, dass a + b + c nicht eintrete, würde diess nicht mehr genügen, sondern auch erforderlich sein, dass auch nicht a + b + d, nicht a + b + e, nicht a + b + f . . . überhaupt nicht a + b eintrete.

unter I noch nicht an a + b + c + d geknüpft war. Es wird aber hier wieder wie im ersterörterten Falle (der Veränderung von W) darauf ankommen, ob W_1[23]) gegen einen bestimmten Dritten gerichtet sein soll[24]) oder nicht, und nur im letzten Falle wird schon der unter I erfolgte Eintritt von d beziehungsweise von a + b + c + d für A die Wirkung W_1 herbeiführen können, denn gegen B hatte ja damals unter I die Summe a + b + c + d noch nicht die Wirkung W_1; während somit der damalige Eintritt von a + b + c + d für B bewirkte, dass W_1 nicht eintrete, d. i. Null sei, soll nun nachträglich das W, das a + b + c + d damals für ihn hatte (Nichteintritt von W_1) vermindert werden, die Voraussetzung seines W (dass nemlich $W_1 = 0$) aber erschwert werden, somit gelten $V_1 > V$; für A aber würde gelten $V_1 < V$, da dieser unter I sein W_1 weder mit a + b + c noch mit a + b + c + d herbeiführen konnte, sondern gar nicht,.

War aber endlich unter I die Voraussetzung V = a + b + c, und ist unter II V_1 = a + b + d, so kann W überhaupt nur dann von II auf Grund von a + b + c verlangt werden, wenn a + b + c schon unter I eingetreten waren; der Eintritt von a + b + d als schon unter I eingetreten, kann aber nach dem früher Ausgeführten nur insoferne genügen, um W oder W_1 von II zu erlangen, als W oder W_1 nicht gegen einen bestimmten Dritten gerichtet sein soll.

Und so ergibt sich ein doppelter Grundsatz zur Beurtheilung jener Fälle, in denen keine ausdrückliche oder doch durch unmittelbare Interpretation erkennbare gesetzliche Anwendungsregel vorliegt; nemlich

1. dass dort, wo die nach einer früheren Rechtsordnung erforderlichen Voraussetzungen einer durch diese Rechtsordnung verheissenen Wirkung noch unter dieser früheren Rechtsordnung vollständig eingetreten sind, derjenige, für den diese Wirkung statuiert ist, sie jedenfalls auch unter der neuen Rechtsordnung für sich beanspruchen kann, mag diese an die gedachten Voraussetzungen auch eine andere Wirkung knüpfen, oder für diese Wirkung andere Voraussetzungen erheischen;

2. dass dort, wo die nach einer späteren Rechtsordnung erforderlichen Voraussetzungen einer durch diese Rechtsordnung verheissenen Wirkung noch unter der früheren Rechtsordnung vollständig eingetreten sind, derjenige, für den diese Wirkung durch die neue Rechts-

[23]) W_1 natürlich > W oder qualitativ verschieden angenommen.

[24]) Z. B. ein neues Gesetz verlangt zur Intabulationsfähigkeit einer Schulderklärung einen Notariatsact, erklärt aber einen solchen Notariatsact für sofort executionsfähig.

ordnung statuiert ist, dann, aber nur dann, sie von ihr für sich beanspruchen kann, wenn diese Wirkung nicht gegen einen bestimmten Dritten gerichtet ist.

Im ersteren Fall nun können wir von einer Nachwirkung des früheren Rechtes auf die spätere Beurtheilung der Relevanz früherer Thatsachen, im zweiten Falle aber wenigstens in dem Sinne von einer Rückwirkung des späteren Rechtes auf die juristische Relevanz früherer Thatsachen sprechen, dass diese Relevanz Gegenstand einer späteren Beurtheilung wird.

In diesen beiden Grundsätzen nun liegen die „wolerworbenen Rechte“ wol eingebettet. Es erscheint auch nicht als nöthig, auf den Begriff der erworbenen Rechte hier näher einzugehen;[25]) denn aus dem Gesagten folgt, dass nicht nur unter der Herrschaft eines früheren Gesetzes „erworbene Rechte“, soweit es sich um jene Elemente handelt, die die Voraussetzung ihres Daseins und ihrer Gestaltung bildeten (und nur insoweit es sich um diese Elemente handelt), nach diesem früheren Gesetze auch noch in einer späteren Zeit zu beurtheilen sind; dass nicht nur unter der Herrschaft eines früheren Gesetzes gesetzte, d. i. „vorhergegangene Handlungen“ in ihrer juristischen Relevanz, insoweit es sich (und nur insoweit es sich) nur um sie und andere vorhergegangene Thatsachen handelt, nach diesem früheren Gesetze auch noch in einer späteren Zeit zu beurtheilen sind; sondern, dass diess (immer vorausgesetzt, dass das Gesetz nicht ein anderes bestimmt) von allen vorhergegangenen Thatsachen gilt.

Es sollen nun nur noch in Kürze die Consequenzen der entwickelten Ausführungen für die einzelnen Rechtsinstitute gezogen werden.

Die unter der Herrschaft eines alten Gesetzes erworbene Rechts- und Handlungsfähigkeit bleibt unter einem neuen, erschwerte oder andere Bedingungen ihres Eintrittes einführenden Gesetze bestehen.[26])

[25]) Die Streitfrage, ob die Rechtsfähigkeit als erworbenes Recht anzusehen ist, ist vom Standpuncte des österreichischen Rechtes gerade für die vorliegende Frage wol zu bejahen. Vgl. z. B. Hofd. 3. Januar 1818, JGS 1403, wo es heisst, die „erreichte Grossjährigkeit konnte . . . nicht wieder aufgehoben werden“. Die herrschende Lehre fasst zwar die Rechtsfähigkeit nicht als erworbenes Recht auf (vgl. aber Pfaff-Hofmann I, S. 159), acceptiert aber trotzdem für die Frage der Rückwirkung aus Zweckmässigkeitsgründen die Consequenzen der entgegengesetzten Auffassung.

[26]) In eigenthümlicher Weise kommt Lassalle aus entgegengesetzten Principien doch thatsächlich fast zu denselben Consequenzen wie die des im Texte aufgestellten Satzes; denn einerseits stellt er (S. 86) den Grundsatz auf: „alle solche Rechte, welche dem Individuum durch die eigene

Fast alle Schriftsteller fühlen das unserem Rechtsgefühle Widerstrebende der entgegengesetzten Regel (besonders hinsichtlich der Grossjährigkeit), stellen aber trotzdem letztere auf,[27]) ohne dass

Geburt oder den Tod anderer entstehen und welche vermittelt sind durch das Familienrecht . . . sind dem Individuum erworben vermöge der nach der Anschauung des Rechts — (oder richtiger nach der Anschauung Lassalle's) — innerhalb der Familie herrschenden Identität der Personen und ihres Willens. Vermöge dieser Identität wird vom Rechte die giltige Willenshandlung der einen Familienperson zugleich als Willenshandlung der anderen angesehen.“ Hienach also ist Lassalle z. B. die „Grossjährigkeit durch Entlassung aus der väterlichen Gewalt durch den Vater“ (S. 88) schon irrevocabel geworden. Aber auch die auf andere Weise erworbene Grossjährigkeit, beziehungsweise Rechtsfähigkeit würde, auch wenn sie an sich revocabel wäre, zufolge eines weiteren von Lassalle (anlässlich der Besprechung des Indigenats, S. 79) aufgestellten Grundsatzes doch in den meisten Fällen sehr bald (ja bei der Grossjährigkeit kann man sagen sofort) irrevocabel werden; denn er nimmt von der entziehenden Wirkung des späteren Gesetzes diejenigen Personen aus, „welche diese Qualität vor dem widerrufenden Gesetze durch ausdrückliche Willenserklärung oder concludente Handlungen . . . bereits acceptiert und so durch eine spätere individuelle Willensaction zu ihrem individuellen Eigenthum gemacht hatten; denn es ist ganz gleichgiltig, ob das Recht erst entsteht durch die individuelle Willensaction, oder ob es ursprünglich aus dem Gesetze fliesst, das Individuum aber es durch spätere Handlungen ergreift und verseinigt“. Der Grossjährig gewordene also, der eine Schuld contrahiert, der einen Acker gekauft, der Werthpapiere eingetauscht hat, ja der überhaupt irgend eine Vermögensverwaltungshandlung vorgenommen hat, ist schon der Revocabilität entzogen. Lassalle versäumt aber an anderer Stelle wieder selbst die Consequenzen dieses seines Grundsatzes zu ziehen, so wenn er S. 498 die Behauptung, ein von einer zur Errichtungszeit testamentsfähigen Person errichtetes Testament verliere seine Giltigkeit, wenn das neue Gesetz die Altersgrenze der Testamentsfähigkeit derart hinausschiebe, dass nun nach neuem Gesetze der Testator zur Zeit des Testierens noch nicht testamentsmündig gewesen wäre, damit motiviert, dass ja nun der nach neuem Gesetz noch testierunfähige Errichter an sein früheres Testament unwiderruflich gebunden wäre, und es nicht ändern könnte, eine Motivierung, welche sammt These von Kirchstetter S. 22, N. 23 sofort acceptiert wird. Aber nach Lassalle selbst hätte ja der Testator seine Testamentsmündigkeit durch das Testieren schon „verseinigt“, so dass sie irrevocabel geworden wäre. Das Argument beweist vielmehr nur die Verkehrtheit der Behauptung, dass die eingetretene Testierfähigkeit durch ein späteres Gesetz wieder erlösche.

[27]) Hinsichtlich der Grossjährigkeit ist Savigny principiell der im Texte aufgestellten Ansicht, u. z. darum, weil er selbe als erworbenes Recht betrachtet (VIII, S. 415). (Vgl. N. 25.) Auch durch positive Bestimmungen wurde wiederholt ausgesprochen, dass die erworbene Grossjährigkeit nicht wieder verloren gehe. Vgl. N. 25, ferner Erlass des bevollm. Hofcomm. 14. Febr. 1849, RGB (Erg. B.) N. 131 für Lomb. Ven.; vgl. auch die sich als Ausnahmsbestimmungen bezeichnenden Beschränkungen hinsichtlich der Ehefähigkeit in den N. 29 genannten Normen.

ein anderer Grund hiefür angegeben zu werden vermöchte, als der, dass es sich hier um kein „erworbenes Recht" handle. Allein ganz abgesehen von der Frage der Richtigkeit oder Unrichtigkeit dieses Argumentes steht ja nirgend geschrieben, dass nur erworbene Rechte von neuen Gesetzen unberührt bleiben.[28]) Wer also unter dem alten Gesetze grossjährig geworden ist, die Mündigkeit erreicht hat, die Testierfähigkeit erlangt hat, Staatsbürger geworden ist, etc., der bleibt es auch unter dem neuen Gesetz, vorausgesetzt natürlich, dass dieses nicht selbst ein anderes ausdrücklich oder doch auf erkennbare Weise bestimmt. Diess wird aber z. B. schon dann aus dem blossen Inhalte des neuen Gesetzes zu entnehmen sein, wenn dieses sagt „zur Abschliessung einer Ehe ist erforderlich das erreichte sechzehnte Lebensjahr". Hier will das Gesetz, dass ein Fünfzehnjähriger überhaupt nicht heirathen soll und kann, gleichgiltig wann er vierzehn Jahre (der etwaige frühere Zeitpunct des Eintrittes der Ehefähigkeit) alt geworden ist. Hinsichtlich der Ehefähigkeit wurden auch thatsächlich wiederholt ähnliche Grundsätze aufgestellt.[29]) Also nur, wenn der Wille des Gesetzgebers nicht aus dem Gesetze selbst, beziehungsweise seiner ganzen Tendenz, in irgend einer Weise zu entnehmen ist, greift unsere Regel Platz.[30]) Man wäre vielleicht versucht, hienach den Grundsatz aufzustellen, dass wo das neue Gesetz nicht oder nicht bloss die Bedingungen der Rechts- resp. (um der herrschenden Auffassungsweise Rechnung zu tragen) Handlungsfähigkeit, sondern ihren Umfang ändert, dieser Wille des Gesetzgebers eo ipso zu entnehmen wäre;[31]) allein wenn ein Gesetz die Bedingungen der

[28]) Auch Lassalle behauptet nur (S. 349), „dass jedes neue Gesetz, insofern es einem Individuum zugute kommt und nicht wahrhaft erworbene Rechte eines anderen Individuums verletzt, sofort zur unbedingten Anwendung kommen muss."

[29]) Vgl. k. Patent 20. April 1815, JGS 1143, § 4; Hofd. 22. Nov. 1815, JGS 1189, § 3; ferner Art. IV des k. Pat. 23. März 1852, RGB 79.

[30]) Zur Hintanhaltung jeden Missverständnisses sei nochmals die Stufenleiter aufgestellt, nach welcher im einzelnen Falle vorzugehen ist: In erster Linie ist massgebend die etwaige ausdrückliche Bestimmung des Gesetzes, dann die materielle Interpretation des Willens des Gesetzgebers aus dem Geiste des concreten Gesetzes, der Art der erfolgten Abänderungen, dann erst die oben entwickelte formale Interpretation.

[31]) Diess wird auch thatsächlich von Schmid a. a. O. § 11, S. 104, 105, behauptet, der überhaupt in Modification der Savigny'schen Regel den Grundsatz aufstellte, das neue Gesetz ergreife die Wirkungen (den Inhalt), nicht aber die Voraussetzungen unter dem alten Rechte entstandener Rechtsverhältnisse. Zu Schmid vgl. Göppert a. a. O., S. 101, 102.

Ehe- oder Testierfähigkeit ändert (z. B. von 14 auf 16, von 18 auf 20 Jahre erhöht), ändert es ja zugleich auch den Umfang der Handlungsfähigkeit des 15 resp. 19jährigen, wie diess schon oben bei der schematischen Darstellung sich gezeigt hat;[32]) und darum wird es ja zum Mindesten das Zweifelhafte sein, ob das neue Gesetz bloss die Voraussetzungen der Entstehung, oder auch den Umfang, die Wirkung der Voraussetzungen ändern wollte. Wenn das neue Gesetz günstiger ist für die in Frage stehende Person, so wird diese es nach dem oben Ausgeführten sofort auf sich anwenden können,[33]) aber auch wenn es neue Voraussetzungen statuiert, die gerade bei diesem Individuum schon vorher eingetreten sind, wird nun dieses das neue Recht für sich geltend machen können,[34]) vorausgesetzt nur, dass die unter dem früheren Gesetze eingetretenen Umstände wirklich ganz identisch sind mit den vom neuen Gesetze geforderten Bedingungen (vgl. N. 17).

Die Frage nach der Anwendbarkeit der Bestimmungen eines neuen Gesetzes über den Besitz und seine Wirkungen wird dahin zu beantworten sein, dass, da es sich hier nur um den thatsächlichen Zustand handelt, beziehungsweise um das Fortdauern eines solchen Zustandes, somit die Fortdauer selbst ein nothwendiges Element der Besitzfrage ist, das neue Gesetz Anwendung finden wird. Anders jedoch ist es beim Tabularbesitz, wo es sich nicht um einen fortdauernden Zustand (etwa des Eingetragenseins) sondern, lediglich um das Eingetragenwordensein handelt. Hier gelten dieselben Grundsätze wie für das Sachenrecht überhaupt.

[32]) Wenn für eine Voraussetzung geringere Wirkungen normiert wurden, so sind eben die Voraussetzungen der alten Wirkungen geändert, beziehungsweise unter Umständen, wenn diese nun gar nicht mehr eintreten können, ist $V = \infty$ geworden.

[33]) Wenn also das neue Gesetz die Befugnisse des gerichtlich erklärten Verschwenders erweitert, z. B. die Beschränkung seiner Testierfreiheit aufhebt, so greift es sofort auch für die bereits als Verschwender Erklärten Platz. Im umgekehrten Falle aber bleibt das bereits errichtete Testament giltig, ja, wenn aus dem neuen Gesetze nicht ein Anderes als Absicht des Gesetzgebers zu entnehmen ist, bleibt der bereits erklärte Verschwender auch noch testierfähig pro futuro. Um die strengeren Wirkungen des neueren Gesetzes auch gegen ihn zur Anwendung zu bringen, wäre ein neuerliches Verfahren, ein neuer Ausspruch der Curatelsbehörde erforderlich.

[34]) Diejenigen, welche der Ansicht sind, die Grossjährigkeit sei nur nach dem neuen Gesetze zu beurtheilen, müssten bei entgegengesetzter Auffassung zu der Consequenz kommen, dass, wenn ein neues Gesetz erklärt, „die Grossjährigkeit tritt ein mit dem vollendeten 20. Lebensjahre", ein derzeit 21jähriger gar nie grossjährig werden könne; denn er kann nie mehr 20 Jahre alt werden.

Ob ein Sachenrecht unter dem früheren Rechte erworben oder verloren wurde, daher besteht oder nicht besteht, ist nach dem früheren Rechte zu beurtheilen, der Erwerb oder Verlust unter späterem Rechte nach diesem. Wenn ein späteres Recht gewisse Sachenrechte gänzlich negiert, so hebt es eben hiemit auch die nach früherem Rechte begründeten auf. Der Inhalt eines Rechtes, d. i. die durch das Recht an die Vorbedingungen des Rechtes geknüpften Wirkungen, ändern sich im Zweifel nur dann, soweit sie absoluter Natur sind,[35]) d. i. nicht gegen einen bestimmten Dritten, sondern gegen Alle gerichtet sind,[36]) während jene Wirkungen, welche das Verhältnis zwischen Eigenthümer und Servitutsberechtigten oder zwischen den einzelnen Pfandgläubigern betreffen, beziehungsweise überhaupt gegen bestimmte Personen sich richten sollen (wie gesagt im Zweifel) nach früherem Rechte beurtheilt werden müssen. Kaum erwähnt braucht es zu werden, dass die Verkehrsfähigkeit der Sachen, beziehungsweise die Sachqualität, nach dem neueren Rechte zu beurtheilen ist, die rechtliche Qualität (Beweglichkeit etc.) jedoch, wenn eine bestimmte Qualität als Dispositionselement bereits unter einem früheren Rechte war in's Auge gefasst worden, nach diesem früheren Rechte.

Obligationen sind durchwegs nach der Entstehungszeit zu beurtheilen, wenn aus dem neuen Gesetze nicht ein anderer Wille zu entnehmen ist, was z. B. bei Änderungen im Zinsfusse wol gemeiniglich (aber nicht nothwendig) der Fall sein wird. Also Vertragsfähigkeit der Person und der Sache,[37]) Form der Verträge, Zulässigkeit mündlicher Nebenverabredungen bei einem schriftlichen Vertrage, Auslegung der Verträge, sei es auf Grund von Dispositionormen, sei es auf Grund von allgemeinen Auslegungsregeln (welch letzteres Unger I,

[35]) Gegen die theoretisch unrichtigen, dem practischen Resultate nach aber acceptablen Ausführungen Savigny's VIII, S. 423 u. 539 ff. und Unger's I, S. 136 über die Wirkungen der Einführung von Grundbüchern, beziehungsweise einer Änderung im Pfandrechtssysteme vgl. die treffende Bemerkung bei Pfaff-Hofmann I, S. 136, N. 27. Auch eine erworbene Generalhypothek wird, wenn das neue Gesetz es zweifelhaft lassen sollte, ob es nur Neubegründung von Generalhypotheken unzulässig erklären, oder selbe überhaupt gänzlich beseitigt wissen will, fortbestehen. (Anders Unger a. a. O.)

[36]) Aber auch hier nur, wenn und insoweit der Berechtigte nicht selbst vorzieht, noch die früher gewährten Wirkungen zu beanspruchen, also so weit ihm das neuere Gesetz günstiger ist (wieder vorausgesetzt, dass das neue Gesetz nicht auch im anderen Falle angewandt werden will).

[37]) Hinsichtlich dieser aber wird allerdings gemeiniglich der Wille des neuen Gesetzes dahin gehen, dass es unbedingt Platz greife.

S. 139, bestreitet), Inhalt, d. i. Wirkung[38]) des Vertrages, Zwang, Dolus, Culpa, Casus, Mora, Erfüllung, Gewährleistung, Zinsenverbindlichkeit,[39]) Condicio, Dies, Modus, Anfechtbarkeit,[40]) ferner Vorhandensein und Wirkung einer Delictsobligation[41]), sind alle nach dem zur Zeit des Vertragsabschlusses, beziehungsweise bei reinen Delictobligationen zur Zeit der Delictsbegehung, geltenden Rechte zu beurtheilen. Es kann hiegegen nicht etwa eingewendet werden, dass ja hier eines der massgebenden Elemente (Culpa, Undankbarkeit des Beschenkten, Eintritt der Bedingung etc.) erst unter dem neuen Gesetze eingetreten sei, denn gerade um die Bedeutung, welches dieses neue Ereignis auf Grund der früher eingetretenen hat, handelt es sich ja, und für diese Frage ist das neue Ereignis gar nicht Element.[42]) Die objectiven

[38]) Auch die Frage, ob ein Recht absoluter Natur sein soll oder nicht (Kauf bricht Miethe). Vgl. Lassalle I, S. 398.

[39]) So ausdrücklich das Gesetz 14. Juni 1868, RGB 62, in § 7. Anders jedoch § 13 Gesetzes 28. Mai 1881, RGB 47, wonach die civilrechtlichen Bestimmungen dieses Gesetzes auch auf Forderungen anzuwenden sind, „welche vor dem Beginne der Wirksamkeit dieses Gesetzes entstanden und vor diesem Zeitpuncte weder getilgt, noch durch richterlichen Spruch zuerkannt oder durch gerichtlichen Vergleich festgestellt sind". Vgl. aber auch § 16, wonach das Gesetz 19. Juli 1877, RGB 66, in den Ländern „rücksichtlich der Creditgeschäfte, welche vor dem Beginne der Wirksamkeit des neuen Gesetzes abgeschlossen sind, in Anwendung" bleibt. Das Gesetz vom 19. Juli 1877 selbst enthielt keinerlei Bestimmungen über die Rückwirkung. Über das Gesetz 28. Mai 1881 vgl. Daum, J. Bl. 1881, N. 23 u. 24.

[40]) In eigenthümlicher Weise will Lassalle S. 192 hinsichtlich der Widerrufbarkeit der Schenkung unterscheiden: war sie nach dem alten Gesetze an sich zulässig, so gilt diess auch bei später eintretenden Widerrufsgründen; war sie unzulässig, so ändere hieran die nach späterem Recht relevante spätere Geburt von Kindern nichts, aber sie werde zulässig wegen später stattfindenden, nach späterem Rechte relevanten Undankes des Beschenkten. — Vgl. § 52 Ges. 16. März 1884, RGB 36.

[41]) Wenn Lassalle I, 431 und nach ihm Kirchstetter S. 21 behaupten, bei Delictobligationen sei das dem Delinquenten günstigere Gesetz anzuwenden; denn, wenn ein späteres Gesetz andere Bestimmungen über ein Delict treffe, sei „zur Zeit des Urtheils kein Delict mehr vorhanden" (Lassalle), es könne „etwas überhaupt nicht als Delict behandelt werden, was das gegenwärtige Gesetz nicht mehr als solches anerkennt" (Kirchstetter N. 19, ibid.), so ist ersteres Argument eine reine Petitio principii, während letzteres auf einer Verwechslung des strafrechtlichen mit dem civilrechtlichen Gesichtspuncte beruht. (Kirchstetter lässt sich überhaupt in der ganzen Materie in den Specialfragen viel zu viel durch Lassalle beeinflussen.)

[42]) Ein über den Inhalt des früheren Vertrags abgeschlossener, ihn modificierender neuer Vertrag (Novation, Cession, Bürgschaft) ist aber

Endigungsgründe von Verträgen werden schon nach dem natürlichen Willen des Gesetzgebers stets nach dem neuen Rechte zu beurtheilen sein.

Auf keinen Fall kann bei Obligationen ohne ausdrückliche Vorschrift des Gesetzes ein noch unter der Herrschaft eines früheren Gesetzes eingetretenes Ereignis nachträglich eine Wirkung erlangen, die nur das neue Gesetz einem solchen Ereignis gewährt.

Wenn Unger I, S. 137 behauptet, „auch neue Prohibitivgesetze ändern die rechtlichen Wirkungen früher geschlossener Verträge nicht," so kann diess nur ein legislativpolitischer Wunsch sein; es kommt eben darauf an, wie weit die Prohibition gehen will; ein neues Gesetz kann auch alle Schuldverhältnisse, oder z. B. als Agrargesetz alle Hypothecarschulden, ganz oder theilweise aufheben; im Zweifel aber natürlich ist stets die minder weitgehende Absicht anzunehmen.

Was von den Verträgen gesagt wurde, gilt auch von den Ehepacten und dem durch Parteiwillen veränderbaren ehelichen Güterrecht, da dieses, wenn die Parteien eine solche Änderung unterliessen, stillschweigend ihrem Verhältnisse zu Grunde gelegt wurde. Aber auch das durch Parteiwillen nicht änderbare eheliche Güterrecht fällt unter den Gesichtspunct durch die Eheabschliessung begründeter Obligationen, und ist daher nach der Zeit der Eheabschliessung zu beurtheilen.

Hinsichtlich des Eherechtes wird es in vielen Fällen directer Wille des Gesetzes sein, sofort einzugreifen. Die Giltigkeit einer Ehe wird nach der Zeit ihrer Abschliessung zu beurtheilen sein; ausdrücklich besagt diess das Gesetz 25. Mai 1868, RGB 47, Art. IV § 1. Die Frage, ob eine noch nicht abgeschlossene Ehe abgeschlossen werden könne, ist nach dem neuen Gesetze zu beurtheilen, nur die einmal erworbene Ehefähigkeit bleibt im Zweifel nach dem früheren Gesetze zu beurtheilen, und die bereits getroffenen Vorbereitungen (Aufgebot etc.) behalten ihre Wirksamkeit, wenn nicht das neue Gesetz ein anderes verfügt, wie Art. IV, § 5 cit.[43]) Die Wirksamkeit eines Verlöbnisses ist nach früherem Rechte zu beurtheilen; ein die Eheverlöbnisse nicht

natürlich, soweit es sich um ihn selbst handelt, nach dem Rechte seiner Zeit zu beurtheilen, während für jene Fragen, in denen der frühere Vertragsinhalt massgebend bleibt, auch das frühere Recht Anwendung findet.

[43]) „Insoweit es sich um die Aufgebote und sonstigen Vorbereitungen einer Ehe handelt . . . . müssen (dieselben) während der Wirksamkeit dieses Gesetzes . . neuerlich vorgenommen werden" (soferne nicht die Ehe schon vor der Wirksamkeit des neuen Gesetzes abgeschlossen wurde). Vgl. auch k. Patent 20. April 1815, JGS 1143; Hofd. 22. Nov. 1815, JGS 1189; kais. Pat. 23. März 1852, RGB 79.

anerkennendes neues Recht wird sich aber auch auf frühere Verlöbnisse beziehen wollen; wäre diess aber nicht erkennbar, so bleibt das Verlöbnis bindend und wirksam nach Massgabe des früheren Rechtes. Hinsichtlich der Ehescheidung und Ehetrennung, und zwar nicht nur hinsichtlich des Verfahrens, sondern auch hinsichtlich der Voraussetzungen (Scheidungsgründe, Verzeihung), kommt laut ausdrücklicher Bestimmung des Absatzes 2 des § 1, Art. IV cit. Gesetzes immer dieses neue Gesetz zur Anwendung;[44]) für bereits früher eingetretene Trennungs- und Scheidungsvoraussetzungen jedoch dürfte dieser Grundsatz kaum zu billigen, und falls das Gesetz ihn nicht aufstellen würde, keineswegs anzunehmen sein.[45]) Hinsichtlich der Ungiltigkeitserklärung richtet sich nur die Art des Verfahrens nach dem neuen Gesetze; diess folgt schon aus dem oben über die Beurtheilung der Giltigkeit der Ehe Gesagten und ist auch aus Art. IV, §§ 1 und 2 zu entnehmen. Der Umfang der ehemännlichen Gewalt richtet sich nach den jeweiligen Gesetzen, da ein wesentliches Element der Ausübung der actuelle Fortbestand der Ehe ist.

Entstehung und Beendigung der elterlichen und vormundschaftlichen Gewalt richten sich nach den Gesetzen zur Zeit des Eintrittes der in Frage kommenden Thatsachen; der Umfang derselben richtet sich nach den jeweiligen Gesetzen, da auch hier der Fortbestand des Verhältnisses ein wesentliches Element der Ausübung ist; und ganz dasselbe muss auch von den Rechten der Eltern und Vormünder auf Verwaltung oder Niessbrauch[46]) an dem Vermögen der Kinder, auf Entlohnung etc. gelten, soweit sich nicht schon einzelne individualisierte Rechte gebildet haben, z. B. Anspruch auf Entlohnung aus einem abgelaufenen Verwaltungsjahr. Die Pflichten auf Alimentation

[44]) Vgl. auch Art. III Patentes 23. März 1852, RGB 79.

[45]) Dass ein früher vorgefallener, nicht mehr anerkannter Scheidungsgrund nicht mehr geltend gemacht werden kann, lässt sich allerdings billigen, aber wie unbillig ist es, eine Scheidungsklage aus einer Thatsache zu geben, die zur Zeit ihres Vorfalles gar keine Scheidungsursache war! Und wie erst, wenn das alte Gesetz erklärte, nach erfolgter (stillschweigender oder ausdrücklicher) Verzeihung könne aus dem nachgesehenen Grunde nicht mehr geklagt werden, und nun das neue Gesetz der Verzeihung diese Wirkung nicht mehr beilegt, oder die früher als stillschweigende Verzeihung erklärte Ausübung des Beischlafes nicht mehr als solche anerkennt!

[46]) Das Hofd. vom 12. December 1817, JGS 1394, traf aber in einem speciellen Falle hinsichtlich des Fortbestandes des Niessbrauches die entgegengesetzte Bestimmung, eine Entscheidung, die sich aus Utilitätsgründen sehr empfiehlt.

Seitens der Eltern gründen sich auf die Geburt und die fortdauernde Unfähigkeit der Kinder, sich selbst zu erhalten. Wenn daher ein neues Gesetz dieselben z. B. hinsichtlich des ausserehelichen Vaters aufhebt oder modificiert, so kommt dieses Gesetz sofort zur Anwendung auf die noch nicht fällig gewordenen Alimentationsbeträge,[47]) da hier die noch andauernde Unfähigkeit, sich selbst zu erhalten, ein Element des Rechtsverhältnisses ist. Die Ansprüche der Geschwängerten auf Schadenersatz, sowie die Ersatzansprüche von Personen, welche Leistungen gemacht haben, die von dem zunächst Verpflichteten selbst hätten erfüllt werden müssen, sind nach der Zeit der Beiwohnung resp. der Fälligkeit der fraglichen Leistungen zu beurtheilen.

Die Dotationspflicht unterliegt denselben Grundsätzen wie die Alimentationspflicht.

Excusationsgründe der Vormundschaft sind nach der Zeit ihres Eintrittes zu beurtheilen, ja selbst ein erst nachträglich als Excusationsgrund gesetzlich anerkanntes früheres Ereignis wird geltend gemacht werden können, ausser es handelt sich um Abwälzung einer schon bestehenden Vormundschaft. (Vgl. N. 17.) Das neue Gesetz wird jedoch gemeiniglich nicht nur die Excusationsgründe, sondern auch die Fälle der Unfähigkeit zur Vormundschaft und des Verlustes derselben durchgreifend regeln wollen. Die Delation richtet sich im Zweifel nach den Gesetzen zur Zeit des Delationsfalles;[48]) aber auch hier wird das Ebengesagte gelten.

Im Erbrechte ist die Frage nach der Testamentsfähigkeit resp. Rechtsfähigkeit des Testators, ferner die Frage der formalen Giltigkeit eines unter dem früheren Gesetze errichteten Testamentes nach diesem früheren Gesetze zu beurtheilen. Ein unter dem früheren Gesetz errichtetes Testament ist aber im Zweifel auch dann giltig, wenn es zwar nicht den Erfordernissen des früheren Gesetzes, wol aber denen des neuen Gesetzes entspricht.[49]) Wer unter dem früheren Recht testierfähig war, bleibt

[47]) Durch den Art. 340 des Code civil: „La recherche de la paternité est interdite" ward allerdings bei unehelich Geborenen auch die Klage auf Anerkennung der Vaterschaft unmöglich gemacht; verfallene Alimente konnten daher nur eingeklagt werden, soferne die Vaterschaft bereits durch früher erflossenes Urtheil festgestellt worden war. (Vgl. Lassalle I, S. 439, 440.)

[48]) Also z. B. des Todes des Vaters.

[49]) So entschied auch ausdrücklich das Aviticitätspatent vom 29. November 1852 in § 7 des II. Hauptstückes; das Aviticitätspatent hat übrigens keinerlei practische Bedeutung für unser Recht. Den richtigen Gesichtspunct präcisiert Lassalle S. 485: . . . „bei dem unter dem heutigen

es im Zweifel auch unter dem neuen. Die Auslegung des Inhaltes eines früher errichteten Testamentes ist nach dem alten Gesetze zu beurtheilen, die Zulässigkeit des Inhaltes eines solchen Testamentes wäre wol im Zweifel nach dem Gesetze zur Delations- resp. Todeszeit zu beurtheilen, das Hofdecret 16. November 1814, JGS 1111, bestimmt jedoch, dass solche Testamente „nicht nur in Hinsicht auf die Giltigkeit der äusseren Form, sondern auch in Hinsicht auf den Inhalt nach den früher, zur Zeit der Errichtung bestandenen Gesetzen zu beurtheilen seien", und führt sich geradezu als authentische Interpretation des Absatzes V Kundmachungspatentes und § 5 a. b. G. ein. Diese Bestimmung des cit. Hofdecretes nun liesse sich allerdings dem blossen Wortlaute des angeführten Tenors nach auch lediglich auf die Interpretation des Inhaltes beziehen, und eine solche Argumentation würde durch den Wortlaut des cit. Absatzes V eher unterstützt als ausgeschlossen, demungeachtet aber geht schon aus dem im cit. Hofdecret selbst erwähnten Anlasse der fraglichen Bestimmung und der ausdrücklichen Bezugnahme auf die Quarta Falcidia, das Pflichttheils- und Accrescenzrecht, unzweifelhaft hervor, dass sie sich auf den Inhalt als solchen, beziehungsweise seine Zulässigkeit, beziehen will. Keinesfalls unter den Inhalt des Testamentes fällt jedoch die Beurtheilung der Fähigkeit des Honorierten.[50]) Die Enterbungsgründe sind im Zweifel nach dem Gesetze zur Zeit jenes Ereignisses, das die Enterbung begründen soll, zu beurtheilen.[51])

Gesetze vom Testator hinterlassenen Testamente eine Unfähigkeit des Testators auf Grund des aufgehobenen Gesetzes, und trotz des sie nicht mehr anerkennenden heutigen Gesetzes, annehmen wollen, wäre . . . nichts Anderes als das Entgegengesetzte der Rückwirkung, d. h. nicht Nichtrückwirkung, sondern ein Hineinschleifen und Fortsetzen des untergegangenen Gesetzes in das Herrschgebiet des gegenwärtigen und ihm entgegenstehenden, und somit eine Verleugnung des letztern." Ganz ungerechtfertigt ist aber wieder die weitere Behauptung Lassalle's, es erlösche ein früheres Testament, wenn der Testator durch das spätere Gesetz testierunfähig würde. Vgl. N. 26 i. f. In beiden Puncten wird die Ansicht Lassalle's recipiert von Kirchstetter S. 22.

[50]) A. M. Unger I, S. 143 mit m. E. unzulässiger Berufung auf das Aviticitätspatent. Dieselbe ist im Allgemeinen nach dem Rechte der Delation zu beurtheilen, dort jedoch, wo es sich um eine auf bestimmte Thatsachen gegründete Erbunfähigkeit oder Erbunwürdigkeit handelt, nach dem Rechte, das zur Zeit des Ereignisses herrschte.

[51]) Nicht entgegen steht die Bestimmung des obcit. Hfd. 16. November 1814, denn dieses hat nur die Frage im Auge, ob das Gesetz zur Errichtungszeit des Testamentes oder zur Delationszeit Anwendung finden soll, und nicht die nach der Anwendung eines etwaigen noch früheren Gesetzes.

Für das Intestaterbrecht[52]) ist massgebend die Zeit des Todes des Erblassers, beziehungsweise die der Delation. Eine auf eine concrete Thatsache sich gründende Erbunwürdigkeit oder Erbfähigkeit aber ist nach dem Rechte zur Zeit des Ereignisses zu beurtheilen; vgl. N. 50. Für die Erbantretung ist das Recht zur Zeit der Antretung entscheidend, für den Erschaftserwerb das Recht zur Zeit des Erwerbes.

Erbverträge sind hinsichtlicht ihrer testamentarischen Seite nach den Grundsätzen über Testamente, hinsichtlich ihrer vertragsmässigen Seite nach den über Verträge aufgestellten Grundsätzen zu beurtheilen.

Was schliesslich jene Fälle betrifft, in denen ein Recht durch Ablauf einer bestimmten Zeit erworben oder verloren wird (Verjährung, Ersitzung, Verschweigung)[53]), so ist hier in dem Ablaufe der erforderlichen Zeit die entscheidende Thatsache zu erblicken.[54]) Hienach wird

---

[52]) Ganz singuläre Ansichten über das Intestaterbrecht stellt Lassalle zufolge der von ihm behaupteten rechtlichen Identität des Willens der Familienglieder auf. Der Ausführung dieses offenbar gänzlich verfehlten Gedankens ist fast der ganze zweite Band seines Werkes gewidmet.

[53]) Nach Lassalle (S. 128) ist der Gesichtspunct ausschlaggebend, dass die Rechte aus der „Usucapion . . . und den ihr analogen Verjährungsarten" nur „scheinbar aus blossen Ereignissen entspringen", und sich vielmehr „in solche auflösen, die, nach der Anschauung des Gesetzes, vielmehr der eigenen Willensaction des Individuums entflossen sind". „Ich vermeinige eine Sache dadurch, dass ich sie mit meinem Wissen und Willen als die meinige setze und einen bestimmten Zeitraum hindurch als solche behandle." Nach seiner Ansicht (S. 134) liegt bei der Klageverjährung „ein zwar stillschweigendes, aber deshalb nicht weniger vollständiges beiderseitiges Übereinkommen vor, durch welches ein ursprüngliches Geschäft des Civilrechts aus der Sphäre des Civilrechts heraus- und in den freien naturalen Willen hineinversetzt wird". „Wenn der Gläubiger durch seine Unterlassung erklärt, dass die Zahlung der Schuld auf den Willen des Schuldners ankommen solle, so ist die Unterlassung des Letzteren . . gleichfalls ein verborgenes Handeln, durch welches er dies annimmt, dass es von nun an auf seinen Willen ankommen sollte." Zu solchen ungeheuerlichen Willensinterpretationen oder vielmehr Willensoctroyierungen führt das Bestreben, ein einheitliches Princip durchzuführen. Die Consequenz, die Lassalle aus den angeführten Sätzen zieht, ist die These (S. 181): „Fristen, mögen sie stillschweigend oder ausdrücklich ausbedungen sein, können durch spätere Gesetze ohne Rückwirkung verkürzt werden, wenn zur Aufrechterhaltung des dabei in Rede stehenden Rechts der blosse individuelle Wille hinreicht. Sie können nicht verkürzt werden, wenn zu dieser Aufrechthaltung das Individuum noch irgend eine ausserhalb des blossen individuellen Willens liegende Bedingung bedarf."

[54]) Streng genommen ist der Ablauf der Zeit keine Thatsache, kein Ereignis, die Thatsachen wären die einzelnen Ereignisse (und speciell also

der unter dem früheren Gesetz bereits erfolgte Ablauf der Zeit in seinen Wirkungen durch ein abänderndes neues Gesetz nicht alteriert werden, umgekehrt aber würde, da solange die Zeit noch nicht vollständig abgelaufen ist, eben noch nicht die thatsächlichen Elemente der Ersitzung oder Verjährung gegeben sind, eine noch nicht abgelaufene Verjährung (im weitesten Sinne) hinsichtlich der Zulässigkeit derselben und hinsichtlich ihrer Voraussetzungen, beziehungsweise des erforderlichen Zeitablaufes, im Zweifel nach dem neuen Gesetze zu beurtheilen sein. Artikel VI des Kundmachungspatentes jedoch, von der älteren Auffassung, dass die bereits angefangene Verjährung ein erworbenes Recht sei, ausgehend, verfügt,[55]) dass „eine schon vor der Wirksamkeit dieses Gesetzbuches angefangene Ersitzung oder Verjährung nach den älteren Gesetzen zu beurtheilen" ist; natürlich aber kann derjenige, zu dessen Gunsten die Verjährung läuft, auch die nach dem neuen Gesetze günstigeren Bedingungen für sich in Anspruch nehmen, soferne er die Verjährungszeit von dem neuen Gesetze an neu zu berechnen beginnt; diess gilt nicht nur für den Fall, dass ein neues Gesetz eine kürzere Frist gewährt, sondern auch für jene Fälle, wo andere Verjährungsbedingungen (bona fides etc.) durch das neue Gesetz geändert werden; nur muss aber dann die Verjährung in allem nach dem neuen Gesetze beurtheilt werden. Ausdrücklich spricht diess hinsichtlich der Fristenberechnung, falls selbe nach dem neuen Gesetze günstiger ist, Absatz VI cit. aus.

Selbstverständlich ist, dass, wenn das neue Gesetz zu erkennen gibt, dass in gewissen Fällen eine Verjährung überhaupt unstatthaft sein soll, auch die begonnene Verjährung nicht zu Ende geführt werden kann. De lege ferrenda vollkommen richtig erscheint mir die Bemerkung Pfaff-Hofmann's I, S. 166: „wenn und insoweit man annimmt, dass eine proportionale Berechnung stattfinden müsse, wo auf eine privilegierte eine nichtprivilegierte Person folgt oder umgekehrt, so dass die Verjährung gegen die eine angefangen,

---

die einzelnen die Ersitzung begründenden Handlungen, oder die continuierlichen Unterlassungen, beziehungsweise das continuierliche Andershandeln) die wir nur mit dem unserer Anschauung eigenen Massstabe der fliessenden Zeit betrachten. Aber nicht nur entspricht es der allgemeinen Auffassung, den Zeitverlauf selbst als Thatsache, als ein Geschehen anzusehen, sondern diese Ausdrucksweise vereinfacht, ohne zu practischen Unrichtigkeiten zu verleiten, die Darstellung.

[55]) Diese Bestimmung bezieht sich jedoch (anders als § 5 a. b. G.) nur auf das Verhältnis des a. b. G. zu früheren Gesetzen, und kann auf andere Gesetze nicht angewandt werden.

gegen die andere fortgesetzt wurde; — so muss man die gleiche Berechnung in demselben Umfang eintreten lassen, wo dieselbe Person nach dem alten Gesetze privilegiert, nach dem neuen nicht privilegiert ist oder umgekehrt". Allein nach Abs. VI cit. wird die gegen einen Nichtprivilegierten begonnene Ersitzung etc. nach dem alten Gesetze vollendet werden können, ungeachtet er inzwischen privilegiert wurde, die Beseitigung eines Privilegiums aber nur geltend gemacht werden können, wenn die Ersitzung neuerlich angefangen wird (vgl. aber N. 55).

2. Von den räumlichen Grenzen des Privatrechtes.[1])

§ 74.

Der Zwang des Lebens hat die Menschen wol zu durch Abstammung oder räumliche Grenzen zusammengehaltenen einheitlichen Verbänden gesellt, deren Natur eine rechtliche ist, deren Wesen in der

[1]) Ältere Literatur bei Savigny VIII, § 345, S. 8—10. Meier, De conflictu legum divers, Bremen 1810; Bromirski, Dissertatio de vi ac potestate legum civilium austriacorum extra territorium imperii, Leopoli 1820, 115 S.; Hilleprandt Dr. Fr. v., Abhandlung über die Frage, wieferne ein österr. Staatsbürger bei der Unternehmung von Rechtsgeschäften im Auslande an die Privatrechtsgesetze seines Staates gebunden sei, Wien 1821, 96 S. (rec. Fischer, Z. f. ö. R. 1825, I, S. 13—15, N. Bl.); Winiwarter, Über den Umfang der Gesetze in Ansehung des Subjectes, §§ 4 und 33 des ö. bgl. Gesetzbuches, Z. f. ö. R. 1830, II, N. XXXIII, S. 295—304 (als Probe aus dem Commentar, welcher 1831 zu erscheinen begann); Story, Comment. on the conflict of laws, Boston 1834, 8. Aufl. 1883 von Bigelow; Struve, Über das positive Rechtsgesetz in seiner Beziehung auf räumliche Verhältnisse, Carlsruhe 1834; Cotta-Morandini, Del diritto di reciprocità sulle basi del codice civile universale austriaco, Milano 1835; Gapp, Können österr. Unterthanen dem von ihnen im Inlande aufgestellten Schiedsrichter in einem in der Regel nach österr. Privatrechte zu entscheidenden Rechtsstreite auch ausländische Gesetze als Entscheidungsquelle bestimmen? Z. f. ö. R. 1838, I, N. IV, S. 51—68; Hartogh, De regula juris: locus regit actum, Haag 1838; Funk, Über die Rechtsfrage: Ob und inwiefern Güterrechte der Ehegatten durch eine Veränderung des Fori des Mannes verändert werden können, Archiv für civ. Praxis XXI, 1838, N. XV, S. 368—390, XXII, 1839, N. V, S. 99—126; Burge, Commentaries on colonial and foreign laws generally and in their conflict with each other and with the law of England, London 1838, 4 Bände; Schäffner, Entwicklung des internationalen Privatrechtes, Frankfurt 1841, 213 S. (rec. Z. f. ö. R. 1842, III, S. 179—182); Wächter, Über die Collision der Privatrechtsgesetze, Archiv f. civ. Pr., Band 24 (1841), N. II, S. 230—311, Band 25 (1842), N. I, S. 1—60, N. IV, S. 161—200, N. XII, S. 361—419; Rocco, Dell' uso e autorità delle leggi delle due Sicilie considerate nelle relazioni con le persone

Verwirklichung eines Stätigen, das eben durch diese Verwirklichungsaussicht zum Rechte wird, liegt. Aber diese einzelnen zunächst räum-

e col territorio degli Stranieri, Neapel 1842; Vesque v. Pütlingen, Die gesetzliche Behandlung der Ausländer in Österreich, Wien 1842 (rec. Kalessa, Z. f. ö. R. 1842, III, S. 452—462); Fölix, Traité du droit international privé, 1. Aufl., Paris 1843, 4. Aufl. von Demangeat 1866; Kalessa, Beitrag zur Erläuterung des § 33 a. b. G.; Z. f. ö. R. 1844 I, N. 14, S. 199—207; Pütter, Das practische europäische Fremdenrecht, Leipzig 1845; Pfeiffer, Das Princip des internationalen Privatrechtes, Stuttgart 1851, 79 S. (rec. Neumann in Haimerl's Magazin VII, 1853, S. 387—392); Hälschner, Diss. juris gentium de legum quae ad jus privatum pertinent vi et auctoritate quam obtinent ultra civitatis fines, Bonn 1851; Thöl, Einleitung in das deutsche Privatrecht, 1851, § 81—85; Harum (zu Stubenrauch's Commentar), Haimerl's Magazin VIII, 1853, S. 395—398; Purgold, Über die persönliche Rechtsfähigkeit in ihrer Anwendung auf die im Auslande abgeschlossenen Rechtsgeschäfte, Archiv für pract. Rechtswissenschaft V, N. XI, S. 268—277; Wyss, Über die Collision verschiedener Privatrechte nach schweiz. Rechtsansichten, Z. f. schweiz. Recht II, 1853, S. 35—101; Pütter, Die Collision zwischen den Particularrechten eines Staats und zwischen den Gesetzen verschiedener Staaten, nach allg. europ. und gem. d. R., Archiv f. civ. Pr. 37. Bd., 1854, N. XIV, S. 384—414, 38. Bd., 1855, N. III, S. 57—96; Bornemann, Erörterungen aus dem Gebiete des preuss. Rechts, Heft 1, N. 2, 1855; Bremer, Die Wandelbarkeit des chel. Güterrechtes nach Stand und Wohnort, Zeitsch. f. deutsches Recht u. deutsche Rechtswissenschaft, 1858, N. VII, S. 200—264; Maro, Nach welchen Gesetzen ist in Österr. die Giltigkeit der Ehen kath. Ausländer zu beurtheilen? Österr. VJS I, 1858, N. III, S. 62—78; Knepler, Was versteht man unter persönl. Fähigkeit zu Rechtsgeschäften, Ungermann, Beitrag zur Lehre von der örtlichen Geltung der Gesetze, GZ 1858, N. 85—87, 93—95; Bar, Das internationale Privat- und Strafrecht, Hannover 1862, 616 S. (engl. Übersetzung von Gillesnie, Boston 1883); Rosshirt, Beitrag zum internationalen Privatrechte, Archiv f. civ. Praxis 46. Bd., 1863, N. XIII, S. 311—334; Schmid, Die Herrschaft der Gesetze nach ihren räumlichen und zeitlichen Grenzen im Gebiete des bgl. und peinl. Rechtes, Eine staatsrechtliche Abhandlung, Jena 1863, 204 S.; Lesse, Ein Beitrag zur örtlichen Geltung der Handelsrechtssätze, Busch's Archiv V, S. 1—6; Voigtel, Örtliche Anwendung der Gesetze über das Mandats- und Societätsverhältnis, ibid. S. 7—11; Esperson, Il principio di nationalità applicato alle relazioni civili internazionali, Pavia 1868, 211 S.; Vesque v. Pütlingen, Handbuch des in Österr.-Ungarn geltenden internat. Privatrechtes, Wien 1868, 2. Aufl. 1878, 660 S.; Vering, Über die Eheschliessung der Ausländer in Österr. und der österr. Staatsangehörigen im Auslande, Archiv f. kath. Kirchenr. XV, 1866, S. 275—331; Laurent, Exposé et critique des principes generaux en matière de statuts réels et personnels, d'après le droit français, Revue de droit int. I, 1869, S. 244—272; Esperson, Movimento giuridico in Italia e nel Belgio sul diritto internazionale privato 1870; Ramirez, Diccionario de Derecho internacional publico y privado de la Republica

lich geschiedenen staatlichen Verbände sind nicht wieder in einen einheitlichen staatlichen Gesammtverband vereint, und in den ver-

---

Mexicana, Mexico 1870; Wharthon, A treatise on the conflict of laws; or private international law, Philadelphia 1872, 2. Aufl. 1881, 864 S. (hiezu Bar kr. VJS XV, S. 1—49); Carle, La dottrina giuridica del fallimento nel diritto privato internazionale, Neapel 1872, 119 S. (franz. Übersetzung von Dubois, Paris 1875); Fiore, Del fallimento secondo il diritto privato internazionale, Pisa 1873, 136 S. (zu diesen beiden Sachs in Goldschmidt's Z. f. HR XX, 1875, S. 312—318); Milone, Dei principi e delle regole del diritto internazionale privato, Neapel 1873, 102 S.; Die ö. Eisenbahnen und die Goldwährung, III. Örtl. Recht der Obligation, J. Bl. 1873, N. 47; Lomonaco, Trattato di diritto civile internazionale 1874; Haus, Le droit privé, qui régit les étrangers en Belgique, Gand 1875, 435 S.; Brocher, Théorie du droit international privé, Genf, Basel 1873, 155 S. (a. d. Revue de droit international), und Nouveau traité de droit international privé, 1876; Starr, Die Behandlung des Nachlasses der Ausländer in Österreich, Wien 1873; 2. Aufl. 1878, 428 S., unter dem Titel: Die Rechtshülfe in Österreich gegenüber dem Auslande, Sammlung aller diesen Gegenstand betr. Staatsverträge, Gesetze, Vdg. und Justiz-Ministerial-Acte; Fiore, Diritto internazionale privato, o principii per risolvere i conflitti tra legislazioni diverse in materia di diritto civile e commerciale, 2. Aufl. Florenz 1874, 644 S. (übers. v. Pradier-Fodéré, und von Antoine in's Französische, von Moreno, Madrid 1879, in's Spanische); Holtzendorff, Question de droit international privé. Une femme française séparée de corps peut se faire naturaliser en pays étranger, notamment en Allemagne, sans autorisation maritale, et y contracter un second mariage, Paris 1876, 20 S. (aus d. Journal de droit int. privé); M* . . , De la naturalisation à l'étranger d'une femme séparée de corps en France, et des effets de son second mariage dans un pays qui admet le divorce, Revue du Notoriat 1876, S. 299 ff.; Rossi, Über Ehepacten vom Standpuncte des intern. Rechtes, J. Bl. 1876, N. 20 (auch GH 1876, N. 37; aus dem Giornale delle leggi, Genua 1876, N. 15); Renaud Louis, Introduction à l'étude du droit international, Paris 1877; West, Welchem örtlichen Rechte sind Veräusserungen zur Benachtheiligung der Gläubiger unterworfen? Archiv f. civ. Pr. 60. Band, N. F. 10; 1877, N. X, S. 358—390; Gilt das österr. Gesetz 25. Mai 1868, RGB 49, über die interconf. Verhältnisse der Staatsbürger auch für Ausländer? Österr. Z. f. Verwaltungsrecht 1878, N. 36: Kujawa, Zur Lehre von der örtlichen Begrenzung der Anwendbarkeit des Rechts nach preussischem Rechte mit bes. Beziehung auf die Ansprüche der unehelichen Kinder und der Geschwängerten gegen den ausserehelichen Schwängerer, Gruchot's Beiträge XXII, 1878, S. 516—535, 831—870; Mommsen Fr., Wie ist in dem bürg. Gesetzbuch für Deutschland das Verhältnis des inländischen Rechts zu dem ausländischen zu normieren? Archiv f. civ. Pr. 61, N. F. 11, 1878, II. Heft, N. I, S. 149—202; Hamaker, Aard en doel van het internationaal privaatrecht, Leiden 1878, 32 S. (übers. von Mühlbrecht: Das int. Privatrecht, seine Ursachen und Ziele, Berlin 1878, 31 S.; hiezu Störk in Grünhuts Zeitschrift VIII, S. 191—193); Asser, Schets van het internationaal privaatrecht, Haarlem 1878, 188 S.

schiedenen rechtlich miteinander unverbundenen Staaten ist ein Verschiedenes Recht, ja innerhalb einzelner Staaten selbst gilt wieder in durch räumliche Linien begrenzten Gebieten ein verschiedenes Recht.

(bearb. von Cohn, Amsterdam 1880, 140 S.: Das int. Privatr., ein Leitfaden; hiezu Störk l. c. VIII, S. 413, 414); Foote, A concise treatise on Private International Jurisprudence, based on the decision in the English courts, London 1878; Roussel, De la formation des conventions, en droit international privé, Paris 1879, 136 S.; Teichmann, Über Wandelbarkeit oder Unwandelbarkeit des gesetzlichen ehelichen Güterrechts bei Wohnsitzwechsel, Basel 1879, 47 S.; Phillimore, Commentaries upon international law, 3. Aufl., London 1879; Dicey, The law of domicil as a branch of the law of England, London 1879; Alauzet, De la qualité de Français, de la naturalisation et du statut personel des étrangers, 2. Aufl. 1880; Strisower, Die italienische Schule des internationalen Privatrechtes, GH 1881, N. 20—26; Calvo, Manuel du droit international public et privé, conforme au programme de facultés de droit, Paris 1880, 422 S.; Calvo, Le droit international théorique et pratique, Paris 1880, 1881, 4 Bände; Laurent, Le droit civil international, 1880—1882, 8 Bände; Westlake, A treatise on Private International Law, and principal reference to its Practice in England, Being in lieu of a 2nd ed. of the work published in 1858, London 1880; Esperson, Le droit international privé dans la législation italienne, Paris 1881, 49 S. (a. d. Journal du droit int. pr. VIII, S. 206 ff.); De Rossi, Studii di diritto internazionale privato in relazione alla legge italiana, Livorno 1881, 207 S.; Böhm, Handbuch der internationalen Nachlassbehandlung mit bes. Rücksicht auf das deutsche Reich, Augsburg 1881, 479 S.; Lozzi, Introduzione al Codice civile e al diritto internazionale privato, 2. Aufl., Venedig 1881, 356 S.; Darling, The lex loci in regard to insolvent assigments, The american law review XV, S. 251 ff.; Agnetta Gentile, Della donazione per diritto privato internazionale I, Palermo 1881, 323 S.; Lehr, Über die Verjährung im internationalen Privatrecht (abgedruckt GH 1882, N. 55); Brochet, Cours de droit international privé suivant les principes consacrés par le droit positiv français, I, Genf 1882, 460 S.; Duguet, Des conflits de législation relatifs à la forme des actes civils, Etude de droit international, Paris 1882, 224 S.; Lorimer, The institutes of the Law of Nations, 1883, 8. Capitel; Catellani, Il diritto internazionale privato e i suoi recenti progressi, Turin 1883; Bard, Précis de Droit international, Droit pénal et privé, Paris 1883, II, Cap. 2—7, S. 177—344; Zum österr. Eherecht J. Bl. 1883, N. 51; Eon, Droit international: titres au porteur perdus ou volés, Paris 1883, 34 S. (a. d. Revue de jurispr. de Nantes); Lyon-Caen, Etude de droit international privé maritime, Paris 1883, 62 S. (a. d. Journal du droit intern. privé); Gentet, Droit international privé: Etude sur les questions d'état et de capacité au point de vue de la jurisdiction, Genf 1883, 148 S.; Vaquette, Cours résumé de droit international privé, Paris 1883, 501 S.; Savigny VIII, §§ 345—382 (vgl. oben § 73, N. 1 die englische commentierte Übersetzung von Guthrie); Kierulff S. 73—82; Wächter, Würt. Privatr. II, §§ 18—20; Windscheid I, §§ 34, 35; Brinz I, §§ 22, 23; Beseler, §§ 38, 39; Stobbe I, §§ 29—34;

Wären die einzelnen Staaten zu einem einzigen Einheitsstaate vereint, oder hätten alle Staaten gleiche rechtliche Bestimmungen über die Anwendbarkeit fremden Rechtes, so würden sich die aus dieser Verschiedenheit des Rechtes ergebenden Schwierigkeiten dahin formulieren lassen: welches Recht ist anzuwenden, wenn persönlich verschiedenen Rechtsordnungen unterstehende Personen an einem rechtlich zu beurtheilenden Verhältnisse Theil haben, oder wenn nicht alle der für diese Beurtheilung relevanten Facten auf demselben, sondern auf verschiedenen rechtlichen Territorien vorfielen, oder wenn die Frage der Beurtheilung selbst auf einem anderen Territorium acut wird, als auf dem diese Facten oder einzelne derselben vorfielen?

Nicht so aber kann diese Frage in Wirklichkeit gestellt werden, da die Divergenz der positiven Rechte in der Anerkennung der Anwendbarkeit eines fremden Rechtes eine solche einheitliche Beantwortung geradezu unmöglich machen müsste. Für uns kann die Frage vielmehr nur dahin gehen: Hat der österr. Richter, der über ein rechtliches Verhältnis zu entscheiden hat, hiebei nur sein einheimisches

---

Gengler §§ 15, 16; Goldschmidt I, § 38; Roth, Bayr. Civilr. I, § 16, D. Pr. I, § 51; Böhlau I, §§ 71—76; Unger I, § 22, 23; Schiffner I, § 21; Kirchstetter S. 56—63; Stubenrauch (4. Aufl.) I, S. 16—18, 38—44, 93, 94; Menger I, § 12; Canstein I, § 21; Pfaff, Excurse I, S. 103—107; Randa, Erwerb der Erbschaft S. 4 ff.; Rittner, Eherecht § 5. Ferner ist eine Reihe sehr werthvoller Aufsätze enthalten in den Zeitschriften: Revue de droit international et de législation comparée (seit 1869), hsg. von Asser, Westlake, Arntz, Rivier, Rolin-Jacquemyns u. A., und Journal du droit international privé et de la jurisprudence comparée (seit 1879) hsg. von Clunet. Vgl. auch die Artikeln: „On the conflict of laws, administered by the supreme courts of Great Britain im Journal of jurisprudence, Edinburg 1869 fg. Über die sog. siebenbürgischen Ehen vgl. Fuchs, Das Ehehindernis des bestehenden Ehebandes nach österr. Recht und seine Umgehung, Wien 1879, 58 S. (hiezu Maurus im Archiv f. kath. Kirchenr. 42. Band, 1879, S. 202 und Scherer, ibid. S. 466—472; vgl. auch 36. Bd., 1877, S. 123 ff.); Fuchs, J. Bl. 1879, N. 8 u. 1883, N. 12, 13, ferners den Aufsatz J. Bl. 1880, N. 20, 21. Aus der Literatur der Couponsprocesse: Funke, Zur Frage von der Goldeinlösung, Prag 1880; Hartmann, Internationale Geldschulden, Tübingen 1882, 96 S. (erweiterter Abdruck a. d. Archiv f. civ. Pr. 65, 1882; hiezu Brinz, Kr. VJS XXV, 1883, S. 50—73); Bekker, Über die Couponsprocesse der österr. Eisenbahngesellschaften und über die internationalen Schuldverschreibungen, Weimar 1881, 196 S. (hiezu Czyhlarz, Kr. VJS XXIV, 1882, S. 53—70 und Behrend in Goldschm. Z. f. HR XXVIII, 1882, S. 402—414); Ofner, Über die internationale Rechtsfrage in den Couponstreitigkeiten der österr. Bahnen, GH 1881, N. 27—29; Nowak, Die österr.-deutschen Währungsprocesse GZ 1882, N. 32—36; Die österr. Couponsprocesse, Deutsches Handelsblatt 1882, S. 74 ff.

österr. Recht zur Anwendung zu bringen, oder unter Umständen auch ein auswärtiges, fremdes Recht, und wenn, so wann und welches? Die Beurtheilung einer weiteren Frage, welche sich hieran schliessen würde, hinsichtlich der Anwendbarkeit territorial verschiedener einheimischer Rechte im heimatlichen Staate ist für die österr. Verhältnisse gegenstandslos, da auf privatrechtlichem Gebiete nahezu vollständige Rechtscongruenz in den einzelnen Theilen der diesseitigen Reichshälfte besteht, Ungarn jedoch und seine Nebenländer den cisleithanischen Ländern gegenüber als Ausland sich darstellen.

Es ist nicht zu verkennen, das die formulierte Frage innere Ähnlichkeit mit jener hat, deren Beantwortung der vorhergehende Abschnitt gewidmet war, ob der Richter nur heutiges oder ob und wann auch früheres Recht zur Anwendung zu bringen habe. Und so hat man denn auch wirklich eine congruente Lösung beider Fragen versucht, und Lassalle (I, S. 363) glaubte dieselbe in der Formel gefunden zu haben, „dass wo, wenn die Collision auf eine zeitliche reduciert wird, der Richter das neue Gesetz anwenden müsste, im Falle der örtlichen Collision der Richter das Recht des Processforums zu hören hat; dass aber in Fällen wo, wenn die Collision eine zeitliche wäre, das Gesetz zur Zeit der Handlung zur Anwendung kommen müsste, bei der örtlichen Collision in Bezug auf die Rechts- und Handlungsfähigkeit der Person das Recht des Domicils, in Bezug auf die formelle Giltigkeit der Handlung das Recht des Ortes der Handlung, in Bezug auf die rechtlichen Wirkungen derselben aber das durch die, wenn auch stillschweigend an den Tag gelegte individuelle Absicht der Parteien bestimmte Recht in Anwendung zu bringen ist"; eine Ansicht, welche für das österr. Recht auch Kirchstetter S. 56 mit der Modification acceptiert, dass im Falle „das frühere Gesetz zur Anwendung kommen müsste . . . entweder das Recht des Domicils, oder des Ortes der Handlung, oder des Erfüllungsortes, oder der gelegenen Sache, oder des Processforums zur Anwendung kommt, je nachdem dadurch der individuellen Willensfreiheit der Parteien am besten entsprochen wird".

Allein ganz abgesehen davon, dass die ganze Reduction der örtlichen Collision auf eine zeitliche in einem versteckten Cirkel sich bewegt und die aus ihr gezogenen Schlüsse als petitiones principii bezeichnet werden müssen,[2]) sind räumliche und zeitliche Collision von

---

[2]) In gewissen Fällen wird es ja gerade darauf ankommen, wie ich reducieren soll, welches örtliche Recht ich als das frühere, welches als das spätere fingieren soll. Wenn der durch die Geburt österr. Staatsbürger

Rechtsordnungen zwar einerseits ähnlicher, aber doch wieder auch anderseits ganz verschiedener Natur. Gemeinsam ist beiden Fragen nach der Anwendbarkeit eines Rechtes nur, dass es sich für den Richter darum handelt, eventuell ein dermalen in seinem Vaterlande nicht geltendes Recht zur Anwendung zu bringen. Während aber bei der zeitlichen Collision es sich doch noch immer um ein Recht des eigenen Staates handelt, um ein Recht, das der zur Realisierung berufene Staat selbst gesetzt hat, dessen Consequenzen daher nur Consequenzen seines eigenen rechtlichen Willens sind, soll im anderen Falle ein fremdes Recht, das Recht eines fremden Staates, an dessen Setzung der heimatliche Staat gar keinen Antheil hatte, doch von seinen Organen berücksichtigt und angewandt werden. Die Gesichtspuncte, von denen der Staat bei der positiven Regelung dieser beiden Fragen nach der Anwendung eines anderen zeitlichen und eines anderen örtlichen Rechtes sich wird leiten lassen, werden somit keineswegs dieselben sein; wol aber wird in beiden Fällen das Eine festzuhalten sein, dass ein vom gegenwärtigen Rechte eines Staates verschiedenes Recht, sei es nun das frühere Recht desselben Staates oder das gegenwärtige Recht eines anderen Staates oder das frühere Recht eines anderen Staates (auch dieser Fall kann practisch werden), nur dann und insoweit von den staatlichen Organen wird angewandt und verwirklicht werden können, als die Befugnis hiezu aus der gegenwärtigen Rechtsordnung dieses Staates mittelbar oder unmittelbar zu entnehmen ist.

Wie es eines concreten Grundes bedarf, damit der Staat, ungeachtet er selbst eine frühere Rechtsordnung aufgehoben hat, dennoch selbe noch in manchen Beziehungen in das Gebiet der neuen Rechtsordnung hineinragen lässt, und dieser Grund darin gefunden werden muss, dass es im allgemeinen Interesse liegt, dass die Rechtsordnung verlässlich sei, und auf sie von den Einzelnen gebaut werden könne, so bedarf es auch eines concreten Grundes für den Staat, damit er fremdes Recht anerkenne und verwirkliche, d. i. zu bedingt eigenem mache. Dieser Grund nun kann in einem Gefühle der Zusammen-

gewordene, in Paris wohnhafte A in England heiratet und nun die Giltigkeit seiner Ehe in Wien in Frage kommen sollte — ist die räumliche Collision in der Art auf eine zeitliche zu reducieren, dass ich sage: Das österr. Recht, als das des Processforums, ist das neue Recht, die früheren sind die älteren Rechte, oder dass ich sage, das Recht Englands als das der Eheabschliessung, beziehungsweise das Frankreichs als das des Domicils, ist das neuere, und das Recht, unter dem die Staatsbürgerschaft erworben wurde, das österreichische, das ältere? Oder wie kann man den Fall, wenn einem Inländer und einem Ausländer eigenthümlicher Weizen vermischt wird, überhaupt auf eine zeitliche Collision reducieren?

gehörigkeit verschiedener staatlicher Gebilde auf Grund nationaler Verwandtschaft beruhen, er kann der bewusste Ausdruck der Überzeugung sein, dass nur auf diesem Wege der Anerkennung fremden Rechtes für gewisse Fälle, auch die wünschenswerthe Anerkennung des eigenen Rechtes durch fremde Staaten für congruente Fälle erwirkt werden könne, er kann schliesslich rein idealer Natur sein, indem sich aus den vorerwähnten concreten äusseren Anlässen schliesslich die Rechtsidee loslöste, es entspreche die Anerkennung und Anwendung fremden Rechtes in jenen Fällen, in denen man um diesen Preis das eigene Recht auch vom fremden Staate anerkannt und angewandt wissen möchte, einem ethischen Principe.

Da aber der erste der erwähnten Gründe eine gleichmässige Behandlung der vorliegenden Frage bei den sich als zusammengehörig fühlenden staatlichen Individuen eo ipso zur Folge haben wird, und wo diess nicht der Fall wäre, selbst dann, wenn in einzelnen Staaten bereits ein kosmopolitisches Princip sich entwickelt haben sollte, gemeiniglich schon die blosse Wahrung der eigenen Interessen verlangen wird, den fremden Staat durch Versagung der Anerkennung seines Rechtes zur Anerkennung des ihm fremden Rechtes zu bewegen,[3]) so dass also auch das nationale und kosmopolitische Princip hiedurch eine naturgemässe Einschränkung wird erfahren müssen, stellt sich practisch als der Grund der Anerkennung und Anwendung fremden Rechtes die erstrebte Anerkennung und Anwendung des eigenen Rechtes durch den fremden Staat dar.[4])

Es wäre hienach vor Allem die Frage zu erörtern, wann will denn der Staat A, dass die Staaten B—Z seine Rechtsordnung anwenden, um hieraus entnehmen zu können, wann er bereit sein werde, ihre Rechtsordnung anzuerkennen. Diese Frage geht aber selbst wieder in einer weiteren höheren Frage auf; denn nur um seiner Bürger und nicht um fremder Bürger willen hat ja der Staat A ein

[3]) Falls es nicht etwa gelingt, auf directem Wege diess zu erzwingen.

[4]) Die Forderung eines Staates kann sogar soweit gehen, dass er selbst die Judicatur in gewissen seine Bürger betreffenden Angelegenheiten nur seinen Organen vorbehalten wissen will. Diess ist gegenüber jenen Ländern des Orientes der Fall, in denen die europäischen Staaten keine genügenden Garantien für eine unseren Begriffen von Recht entsprechende Rechtsverwirklichung fanden, und ihren Wünschen (allerdings auf anderem Wege als dem der Gewährung einer gleichen Judicatur an den fremden Staat) Erfüllung zu verschaffen vermochten. Aber auch unter europäischen Staaten bestehen ähnliche Concessionen, so insbesondere hinsichtlich der gerichtlichen Ingerenz und Judicatur in Erbschaftssachen, soferne es sich um Mobilien handelt.

Interesse an der Anwendbarkeit seiner Rechtsordnung durch fremde Staaten. Sie löst sich somit in der anderen Frage auf: wie will der Staat A denn überhaupt, dass die Staaten B—Z seine Bürger behandeln? Erst aus der Beantwortung dieser Frage kann sich dann die der weiteren ergeben, wie sich der Staat A gegen die Bürger der Staaten B—Z verhalten müsse, um die gewünschte Behandlung seiner Bürger durch diese Staaten zu erzielen.

Auch hier haben wir es somit mit einer legislativ-politischen Frage zu thun, deren Lösung nicht von einem Systeme eines positiven Rechtes verlangt werden könnte. Aber auch hier sei hervorgehoben, dass u. E. eine principielle, formelhafte Lösung dieser Frage gar nicht erfolgen kann; denn einerseits würde jeder Staat es gewiss am liebsten sehen, wenn seine Bürger stets nur der Judicatur seiner Behörden, der Anwendung seines Rechtes unterstehen würden, anderseits würde er selbst ein gleich umfangreiches Zugeständnis, wenn überhaupt, so nur höchst ungerne machen, es wird also normalerweise ein Mittelweg eingeschlagen werden, welcher bedingt ist durch das Abwägen zwischen Errungenschaft und Zugeständnis. Eine Errungenschaft hört auf eine solche zu sein, sobald sie durch ein sie auf- oder überwiegendes Zugeständnis erkauft ist. Der Werth des Zugeständnisses aber und der Werth der Errungenschaft ist bedingt durch den thatsächlichen Inhalt der eigenen Rechtsordnung und den der fremden Rechtsordnung, beziehungsweise ihr Verhältnis, so dass, wenn auch ganz abgesehen wird von rein äusseren Machtverhältnissen, die es einem Staate ermöglichen, die gewunschene Anerkennung resp. Handlungsmaxime direct zu erzwingen, auch hier, wie bei der im vorigen Abschnitte erörterten Frage, ja in einem noch viel stärkeren Masse, rein thatsächliche Verhältnisse ausschlaggebend werden.[5])

Bevor wir aber zur Darstellung der positiven Bestimmungen unseres Rechtes schreiten, muss noch ein Blick auf dieses sich bedingende, auf gegenseitige Erzwingung gerichtete Wechselverhältnis zwischen den einzelnen Staaten geworfen werden, da die österr. Rechtsordnung selbes im Principe in der Weise anerkannt hat, dass sie ihre rechtliche Behandlung fremder Staatsbürger und ihre Anerkennung fremden Rechtes in gewissen Richtungen abhängig macht von der gleichen Behandlung und gleichen Anerkennung durch den fremden Staat hinsichtlich der österr. Bürger und des österr. Rechtes.

[5]) Hiezu kommt noch als Weiteres, dass die Auffassung der Frage, wie weit ein Staat in der Anwendung solcher ideeller Repressivmassregeln gehen solle und „dürfe", selbst wieder eine schwankende, mit der jeweiligen Veränderung der allgemeinen ethischen Auffassung wechselnde ist.

Man pflegt das Vorgehen eines Staates in der rechtlichen Behandlung der Bürger eines fremden Staates und der Anwendung fremden Rechtes, das sich auf eine den eigenen Wünschen nicht entsprechende rechtliche Gebahrung dieses fremden Staates gegenüber den einheimischen Bürgern und dem einheimischen Rechte gründet, mit dem Worte Retorsion zu bezeichnen. Die Retorsion in diesem Sinne ist einerseits eine Folge des eben aufgestellten Grundsatzes der Reciprocität,[6]) wonach ein Staat nur soviel an einen anderen Staat in der angedeuteten Richtung gewährt, als er von ihm hiefür auf anderer Seite zu erlangen vermag, sie ist anderseits ein Repressivmittel[7]), um den anderen Staat zu der gewunschenen Mehrleistung zu bewegen.

Der einzelne Staat kann nun bei Anwendung der Retorsion von einem dreifachen Gesichtspuncte ausgehen.

Er kann sagen: Du behandelst in jenen Fällen, wo ich wünschen würde, dass Du meine Bürger nach meinem, d. i. also ihrem Rechte behandelst, mein Recht anwendest, dieselben nicht nach diesem, wendest nicht mein Recht an: daher wende auch ich in den analogen Fällen nicht Dein Recht an. Oder er kann sagen: Du behandelst meine Bürger in jenen Fällen, wo ich Dir die Anwendung Deines Rechtes zugestehe, ja sie vielleicht geradezu wünsche, nicht nach Deinem Rechte, sondern anders als Deine eigenen Bürger, hast für meine Bürger ein ihnen schädliches Ausnahmsrecht gesetzt: daher schlage ich denselben Vorgang ein gegen Deine eigenen Bürger. Oder er kann sagen: Du behandelst meine Bürger in einer derartigen Weise, dass ich diess überhaupt nicht zu dulden vermag, selbst dann nicht, wenn Du sie nur darum so behandelst, weil Du es mit Deinen eigenen nicht besser machst: daher behandle ich die Deinen ganz ebenso.

Man pflegt die beiden ersteren, gemeiniglich nicht ganz genau geschiedenen Fälle als Abweichungen von der formellen Reciprocität, als Retorsion, dem dritten, als einem Falle materieller Reci-

[6]) Die in's Auge gefasste Reciprocität erscheint logisch als das Prius: ich gewähre A, damit Du es auch gewährest; die angewandte Retorsion als das Folgende: da Du A, obwol ich es Dir zu gewähren mich bereit erklärte, mir nicht gewähren willst, gewähre nun auch wieder ich es Dir nicht.

[7]) Die Retorsion ist nur eine Unterart der Repressalien, eine Repressalie durch Aufstellung gewisser mit den Rechtsnormen des fremden Staates in causalem Zusammenhange stehender Rechtsnormen; nur mit dieser Beschränkung ist m. E. das, was Menger I, § 12, N. 7, über den „Unterschied" zwischen Repressalien und Retorsion sagt, richtig.

procität gegenüberzustellen.[8]) Unserem modernen Rechtsbewusstsein entspricht jedoch die materielle Reciprocität in diesem letzteren Sinne überhaupt nicht mehr. Eine Behandlungsweise, die ein Staat derart perhorresciert, dass er sie seinen Bürgern gegenüber selbst dann nicht angewandt wissen will, wenn sie der ordentlichen Rechtsordnung des fremden Staates entspräche, und er die Competenz des fremden Rechtes an sich zuzugeben geneigt ist, soll er selbst auch nicht einmal ausnahmsweise gegen fremde Staatsangehörige ausüben; und thatsächlich kennt auch die österr. Rechtsordnung keine Fälle solcher materieller Reciprocität;[9]) aber gewiss kann es keinem Anstande

[8]) So Unger I, § 40, S. 305, Kirchstetter zu § 33, S. 54 u. A. (Vgl. Menger I, § 12, N. 9.) Unrichtig erscheint mir, was Menger a. a. O. gegen den Begriff der formellen Reciprocität überhaupt einwendet; „wenn zwei Staaten ihre eigenen Angehörigen so wie auch Fremde nach gleichem Massstabe, nämlich lediglich nach den für beide Gruppen gleichmässig geltenden Rechtsnormen behandeln", so bestehen keineswegs „entschieden" „beide Gesetzgebungen beziehungslos nebeneinander"; gerade die Bezeichnung dieses Verhältnisses als Reciprocität deutet an, dass es ein wechselseitig bedingtes, abhängig de observando reciproco ist, nur so lange von dem einen Staate für den andern anerkannt ist, als umgekehrt von diesem. Wol aber muss das gegen diese Eintheilung eingewendet werden, dass die sogenannte materielle Reciprocität und die Retorsion überhaupt nicht coordinierte Begriffe sind.

[9]) Die zwei Fälle, die man hier anzuführen pflegt (Kirchstetter zu §§ 33, N. 1), der des Patentes 12. Dec. 1785, JGS 502, und der des Hofd. 4. Mai 1787, JGS 676 (Unger I, § 40, N. 21 nennt nur den ersteren), betreffend die Beurtheilung der Dauer der Beweiskraft inländischer Handlungsbücher gegen ausländische Kaufleute und ausländischer Handlungsbücher gegen inländische Kaufleute sind gar keine Fälle materieller Reciprocität im oben erörterten Sinne. Das Patent 1785 bestimmt, es „ist die wechselseitige Beobachtung stets im Gesichte zu behalten, und sollen folglich die Handlungsbücher der in den k. k. Erblanden befindlichen Kaufleute die Wirkung eines Beweises eben so lange beibehalten, als diese Wirkung nach den in fremden Staaten bestehenden Gesetzen den Handlungsbüchern (sc. der Österreicher) daselbst zugestanden ist". Die Einschaltung der Worte „der Österreicher" ist eine zwingende Consequenz aus dem „folglich" und der „wechselseitigen Beobachtung". Und so sagt denn auch das Hofd. 1787 unter Bezugnahme auf das Patent 1785, „welches sich die genaue Reciprocität gegenwärtig zu halten befiehlt", ausdrücklich, „folglich behält das Handlungsbuch des fremden Handelsmannes . . . . gegen einen hierländigen Handelsfreund in so lang die Kraft des halben Beweises, als der fremde Handelsmann darthun kann, dass in dem Lande, zu welchem er gehört, den hierländigen Handlungsbüchern die Beweyseskraft eingeräumet sey": Hieraus und besonders aus der Bezugnahme auf die Reciprocität ergibt sich aber, dass diese Bestimmungen nur für den Fall gelten, wenn das auswärtige Gesetz den Büchern seiner Kaufleute eine längere Beweisdauer als denen der Österreicher einräumt; dann sollen die Bücher der Österreicher

unterliegen, die Retorsion selbst als materielle Reciprocität zu bezeichnen.[10])

Das positive österr. Recht belangend wird nun als oberster Grundsatz der aufzustellen sein, dass in erster Linie der Wille des österr. Rechtes selbst als massgebend für die Anwendung des eigenen oder eines fremden Rechtes angesehen werden muss. Wo das österr. Recht von seinen eigenen Organen sein Recht angewandt wissen will, da muss und kann nur dieses Recht angewandt werden, mag es sich nun um Einheimische oder Fremde, um im Inlande oder Auslande vorgefallene Ereignisse handeln. Wo das österr. Recht die Anwendung eines fremden Rechtes anordnet oder doch zulässt, da muss, beziehungsweise kann dieses fremde Recht vom österr. Richter seiner Verfügung zu Grunde gelegt werden. Wenn aber der Wille des Gesetzgebers weder unmittelbar noch mittelbar aus dem Gesetze selbst zu erkennen ist, so steht der Richter vor einem unendlich schwierigen Problem. Einerseits erheischt sein Billigkeitsgefühl, dass in jenen Fällen, in denen die Parteien auf das österr. Recht nicht Bedacht nahmen, ja gar nicht Bedacht nehmen konnten, da das Verhältnis nur zufällig in Österreich realisiert werden soll, nicht mit dem Massstabe, für den das Rechtsverhältnis gar nicht angelegt ist, gemessen werde, anderseits ist er

gegen die Ausländer diese längere Beweiskraft (Patent 1785), die der Ausländer gegen die Österreicher aber diese kürzere Beweiskraft (Hofd. 1787) haben (vgl. auch Menger I, § 13, N. 23). Dass diese Auffassung die richtige ist, geht auch schon aus dem Eingange des Pat. 1785 hervor. Es wird dort gesagt, es könne dem Wunsche des Handelsstandes nach Aufhebung der Beschränkung der Beweiskraft auf ein Jahr sechs Wochen nicht stattgegeben werden. Diese Beschränkung erstrecke sich aber nicht gegen Ausländer, indem es hier auf die „wechselseitige Beobachtung" ankomme. Schon daraus folgt, dass zufolge des cit. Patentes die Beweiskraft nicht etwa auf noch kürzere Zeit eingeschränkt werden könne, sondern in den Fällen der Retorsion ausgedehnt werde. Aus der anderen Auffassung aber würde sich unter Umständen geradezu eine solche Einschränkung ergeben. Es handelt sich somit in den gedachten Fällen thatsächlich um formelle Reciprocität; dass wenn diese nicht gewährt wird, Retorsion eintritt, ist gar keine Besonderheit. Die Retorsion aber führt selbst zu materieller Reciprocität; ihr Grundsatz ist: behandelst Du Deine und meine Bürger nicht gleich, so behandle ich auch Deine und meine nicht gleich; aber nun entsteht die Frage, ja wie behandle ich denn dann die Deinen? denn mit dem „nicht gleich" ist noch immer nicht das „wie" gegeben! Die nächstliegende Antwort hierauf ist aber: nun so, wie Du die meinen; und diess ist allerdings materielle Reciprocität, aber in einem anderen als in dem nach der bekämpften Ansicht hiemit verbundenen Sinne.

[10]) Vgl. Menger I, § 12, N. 10.

österreichischer Richter und als solcher geradezu verpflichtet, das österr. Recht in allen jenen Fällen anzuwenden, in denen ihm nicht ein Anderes gestattet ist.

Aus diesem Dilemma dürfte nur die Erwägung führen, dass jedes Recht, somit auch das heimatliche Recht, normalerweise nur Anwendung finden wolle 1. für die Bürger des Heimatsstaates, 2. im Territorium des Heimatsstaates; dass somit (falls das positive Recht nicht die Schranken enger oder weiter zieht) im Auslande von Nichtösterreichern gesetzte Handlungen oder bei ihnen eingetretene Ereignisse nur dann nach österr. Rechte zu beurtheilen seien, wenn sie selbst diesem österr. Rechte sich ausdrücklich oder stillschweigend unterstellt haben (I); ja dass selbst (immer vorausgesetzt, das positive Gesetz mache keinen anderen Willen erkennbar) Inländer im Auslande oder bei Beziehungen zu Ausländern sich dem fremden Gesetze accomodieren (II) oder Ausländer untereinander auch im Inlande oder hinsichtlich desselben ihr heimisches Recht, als für sich massgebend, ihren Handlungen zu Grunde legen können (III). Während also im ersteren Falle bei von Nichtösterreichern im Auslande gesetzten und nicht schon ursprünglich auf das Inland bezogenen Handlungen im Zweifel nicht das österr. Recht als von ihnen denselben zu Grunde gelegt wird angesehen werden müssen, wird in den anderen erwähnten Fällen nur dann ein fremdes Recht anwendbar sein, wenn der auf selbes gerichtete übereinstimmende Parteiwille ausdrücklich erklärt oder doch sonst erkennbar gemacht wurde. Führen diese auf einer weitgehenden Interpretation des mutmasslichen Willens des Gesetzgebers beruhenden Gesichtspuncte nicht zur Anwendbarkeit eines fremden Rechtes, so ist absolut das heimatliche Recht vom heimatlichen Richter anzuwenden.

Bevor nun zur Darlegung der im a. b. G. und dem österr. Rechte überhaupt für die Frage der Anwendbarkeit eines fremden Rechtes aufgestellten Grundsätze geschritten wird, ist es nöthig, in Kurzem jene Doctrin darzulegen, der diese positiven Rechtssätze entwachsen sind, und auch mit wenigen Worten den Standpunct der gegenwärtigen gemeinrechtlichen Doctrin zu präcisieren, deren subsidiare Anwendbarkeit ja auch für unser positives Recht von hervorragender Seite behauptet wurde.[11])

Nach Auffassung des älteren deutschen Rechtes trug jeder Angehörige eines deutschen Stammes sein Recht, nach dem er zu richten war, mit sich selbst herum; der Franke wurde nach fränkischem

[11]) Unger I, § 22, S. 159.

Rechte, der Sachse nach sächsischem Rechte, der Alamane nach alamanischem Rechte gerichtet; der Fremde, d. i. Nichtstammverwandte, galt zumeist als rechtlos. Diesem Systeme der persönlichen Rechte gegenüber entwickelte sich mit der Ausbildung des staatlichen Gedankens das Princip des Territorialrechtes, nach welchem jeder Staat auf seinem Territorium nur sein Recht anzuerkennen und zu verwirklichen habe,[12]) nach welchem in seiner vollsten Ausbildung schon die blosse an einen Staat gerichtete Zumutung, ein fremdes Recht zu verwirklichen, als eine Verletzung seines territorialen Hoheitsrechtes wäre erachtet worden. Und so wurde das Princip der persönlichen Rechte in allmählicher Beschränkung schliesslich in sein gerades Gegentheil, das des territorialen Rechtes, verwandelt.

Ein solches System vollständiger territorialer Abgeschlossenheit des Rechtes konnte jedoch auf die Dauer nicht aufrecht erhalten werden, da es eine zu empfindliche Schranke für den Verkehr bilden und so gerade den eigenen Bürgern selbst in letzter Linie nachtheilig werden musste. Dem zufolge entwickelte sich ein gemischtes System, welches für gewisse Fälle das Recht des fremden Staatsangehörigen anerkannte, für andere Fälle aber unbedingt die Giltigkeit des Rechtes des eigenen Staates in Anspruch nahm, in anderen Fällen schliesslich wieder, ohne auf die Staatsangehörigkeit der Personen zu sehen, nur darauf Rücksicht nahm, in welchem Territorium thatsächlich die einzelnen Elemente des rechtlichen Verhältnisses gegeben sind.

Ein Criterium der Unterscheidung glaubte man in der Theorie der Personal-, Real- und gemischten Statuten, die sich in theilweisem Anschlusse an diese Unterscheidung selbst bildete, gefunden zu haben. Indem man Anfangs diese Bezeichnungen nach dem Objecte rechtlicher Normierung richtete, so dass die Personalstatuten jene Bestimmungen waren, die zunächst die Personen (und vorzüglich ihre Rechts- und Handlungsfähigkeit) betrafen, die Realstatuten jene, welche Sachen, die gemischten Statuten jene, welche die Personen und Sachen in ihrer Beziehung zu einander, d. i. Handlungen betrafen, dann aber als Eintheilungsgrund das örtliche Recht annahm, so dass die Personalstatuten das am Orte des Domicils einer Person geltende Recht, die Realstatuten das am Orte des Vorhandenseins einer Sache geltende Recht, die ge-

[12]) Vgl. Sachsenspiegel III, 33, § 2 u. 5; ferners I, 30 (. . „âne uffe der art, dâ her uffe geborn ist". „Der kung sal ouch richten umbe eigen nicht nâh des mannes rechte, wen nâh des landes." „Iclich înkomen man entfêt erbe binnen dem lande zu Sachsen nâch des landes rechte, und nicht nâh des mannes rechte.") Vgl. auch Schwabensp. Cap. 32, 244, 246, § 2.

mischten Statuten das Recht am Orte, wo die Handlung erfolgte, bedeuteten, war eine scheinbar sehr naheliegende und logische Lösung schon gegeben. Für die personenrechtlichen Fragen (Personalstatuten i. ä. S.) sollte das Recht des Domicils (Personalstatuten i. n. S.), für die rechtliche Behandlung der Sachen (Realstatuten i. ä. S.) sollte das Recht des Ortes, an dem sich die Sache befand, die lex rei sitae (Realstatuten i. n. S.), für die rechtliche Behandlung der Handlungen (gemischte Statuten i. ä. S.) das Recht des Ortes, an dem gehandelt worden war (gemischte Statuten i. n. S.), Giltigkeit haben und Anwendung finden.

Es kann hier um so weniger der Ort sein, auf die äusserst bestrittenen Details dieser Theorie und ihre verschienenen Phasen einzugehen, oder ihre innere Unhaltbarkeit darzuthun, als in ersterer Richtung bereits eine eingehende Darstellung von Wächter im Archiv[13]) für die civilistische Praxis in der trefflichen Abhandlung „Über die Collision der Privatrechtsgesetze verschiedener Staaten" vorliegt, in letzterer Beziehung jedoch auf die überzeugenden Ausführungen Savigny's (VIII, § 361, S. 121) verwiesen werden kann. Nur auf Eines wird hier hinzuweisen sein, dass sich nemlich mit der Zeit als fast allgemein anerkannte Ausnahme von diesen Principien der Satz entwickelte, Mobilien seien gleichsam als am Domicilsorte des Eigenthümers[14]) liegend anzusehen (mobilia ossibus inhaerent), so dass auf sie die Personalstatuten (i. n. S.) zur Anwendung zu kommen haben, während man hinsichtlich der Immobilien im Allgemeinen an der Giltigkeit der lex rei sitae festhielt, und nur allmählich und nicht ohne lebhaften Widerspruch von anderer Seite in einzelnen jener Fälle Ausnahmen zu statuieren geneigt ward, wo diese Immobilien nicht als Einzelnsachen, sondern nur als Bestandtheile einer Gruppe von Vermögensgegenständen in Frage kamen. Diese entwickelte Theorie nun ist im Wesentlichen, jedoch ohne Reception der zuletzt besprochenen Ausnahme hinsichtlich der Immobilien, auch in das österr. Recht beziehungsweise das a. b. G. übergegangen.

Es kann nicht geleugnet werden, dass dieselbe in manchen Fällen zu Resultaten führt, welche unserem Rechtsbewusstsein nicht entsprechen, dass sich trotz der einzelnen aufgestellten Rechtsnormen empfindliche Lücken, ja aus den spärlichen Gesetzesbestimmungen selbst

[13]) Jahrgang 1841, 1842 (Band 24, 25). Vgl. auch Unger I, § 22, S. 153 ff.

[14]) Nach Andern des Besitzers, oder auch des dinglich Berechtigten; vgl. Wächter a. a. O. Band 24, S. 293.

fast unlösliche Widersprüche ergeben. Es ist selbstverständlich, dass der erstere Grund, die Divergenz der Resultate eines positiven Rechtsatzes von dem ethischen Rechtsbewusstsein, von dem Richter nicht als Anhaltspunct für eine Abweichung vom positiven Rechte genommen werden kann. Aber auch im zweiten und dritten Falle wird der Richter nicht etwa auf legislativpolitische Momente Rücksicht nehmen und sich selbst zum Gesetzgeber aufschwingen dürfen, sondern er wird von dem oben erörterten Grundsatze ausgehen müssen, dass wo auch nicht auf mittelbarem, interpretativem Wege der Wille des Gesetzgebers, die Anwendung fremden Rechtes zuzulassen, erkannt werden kann, nur das eigene Recht angewandt werden dürfe; bei Widersprüchen aber, wo die Aufstellung eines einheitlichen Principes dem Gesetze nicht zu entnehmen ist, wird der Richter je nach Beschaffenheit des Falles zu erwägen haben, ob dieser concrete Fall nach der vermutlichen Intention des Gesetzgebers eher unter das eine oder das andere der widersprechenden Principien subsumiert werden solle; auch hier wird, wenn selbst auf diese Weise eine Lösung unmöglich sein sollte, in letzter Linie auf die oben erörterten Grundsätze zurückzugehen sein.

Da jedoch behauptet wird,[15]) es sei in all diesen letzterwähnten Fällen gestattet „von der Wissenschaft freien Gebrauch zu machen und . . . die Lösung in der Weise zu treffen, wie sie die für richtig anerkannte Theorie des internationalen Privatrechtes gibt", soll auch dieser Auffassung Rechnung getragen, und der herrschenden gemeinrechtlichen Lehre in Kurzem gedacht werden. Als solche muss auch dermalen noch der von Savigny aufgestellte und in den §§ 360, 361 des VIII. Bandes seines Systemes des Näheren erörterte und ausgeführte Grundsatz angesehen werden, dass jenes Recht zur Anwendung zu kommen habe, in dessen Geltungsgebiet das in Frage stehende Rechtsverhältnis seinen Sitz habe, dem es „seiner eigenthümlichen Natur nach angehört oder unterworfen ist" (S. 108), ein Princip, bei dem die Schwierigkeit meines Erachtens nur hinausgeschoben und nicht behoben ist, da die Frage, wo ein Rechtsverhältnis seinen Sitz habe, selbst wieder in vielen Fällen eine zweifelhafte sein, ja da ihre Beantwortung oft geradezu umgekehrt von der Vorfrage abhängig sein wird, welchem Rechte denn die Parteien ihr Rechtsverhältnis unterworfen wissen wollten, und welchem Rechte das Gesetz dasselbe unterwirft.[16])

[15]) Unger I, § 22, S. 159.

[16]) Der im Texte ausgeführten Ansicht ist im Wesentlichen Wächter, nur dass er kein Criterium darüber, welcher Wille im Zweifel als der des

Was nun die einzelnen Rechtsverhältnisse und die Frage der Anwendbarkeit eines bestimmten örtlichen Rechtes auf sie nach den vom österr. Rechte aufgestellten unter Zuhilfenahme der oberwähnten Interpretationsmittel zu entnehmenden Rechtsregeln und zwar zunächst die persönliche Rechts- (und Handlungs)fähigkeit betrifft, so ist nach österr. Rechte für diese letzteren im Allgemeinen das Recht des Staates massgebend, dem die Person, um deren Rechtsfähigkeit es sich handelt, als Staatsbürger untersteht. In unbestreitbarer und unbestrittener Weise spricht diess § 4 des a. b. G. aus hinsichtlich der österr. Staatsbürger: „Die Staatsbürger bleiben auch in Handlungen und Geschäften, die sie ausser dem Staatsgebiete vornehmen, an diese Gesetze gebunden, insoweit als ihre persönliche Fähigkeit, sie zu unternehmen, dadurch eingeschränkt wird, und als diese Handlungen und Geschäfte zugleich in diesen Ländern rechtliche Folgen hervorbringen sollen."

Hiemit ist im Principe der Satz ausgesprochen, der österr. Staatsbürger bleibt hinsichtlich seiner Rechts- und Handlungsfähigkeit, wo immer er sich vorübergehend oder dauernd aufhalten mag, so lange er nur österr. Staatsbürger ist, in den Augen des österr. Rechtes diesem unterworfen. Diesem Grundsatze ist jedoch grammatisch eine Beschränkung beigefügt, welche dem ersten Anscheine nach als eine in zweifacher Richtung gesetzte angesehen werden könnte. Allein schon aus der bei Pfaff-Hofmann (Excurse I, S. 103) mitgetheilten Entstehungsgeschichte dieses Paragraphen ergibt sich, dass diese Beschränkung nur als eine mit doppelter Voraussetzung gedacht ist, dass somit das inmitten stehende „und" conjunctiver und nicht disjunctiver Natur sei. Wenn nun die erste der beiden Voraussetzungen, bei deren cumulativen Eintritte die österr. Staatsbürger an die österr. Gesetze nicht „gebunden" bleiben sollen, genauer in's Auge gefasst wird, so würde sich vom Standpuncte rein grammatischer Interpretation aus derselben ergeben, dass der österr. Staatsbürger hinsichtlich ausser dem österr. Staatsgebiete vorgenommener Handlungen dann in seiner Handlungsfähigkeit nicht dem österr. Rechte, sondern dem fremden Rechte unterliege, wenn ersteres keine Einschränkung enthalte, letzteres somit ungünstiger für die Rechtsfähigkeit sei, als das österr. Recht. Hienach aber wäre diese scheinbare Beschränkung der Gebundenheit österr. Staatsbürger eine thatsächliche Erweiterung ihrer Gebundenheit, indem stets das der Rechtsfähigkeit ungünstigere Recht anzuwenden wäre. Es wurde daher stets von den österr. Schriftstellern angenommen, dass diese scheinbare Einschränkung ohne practische Bedeutung sei,[17]) und findet diese Auffassung auch ihre Bekräftigung durch das von Pfaff-Hofmann, Excurse I, S. 104 ff. mitgetheilte. Es erübrigt daher thatsächlich nur noch die zweite oder vielmehr nun einzige Einschränkung, „insoweit . . . als diese Handlungen und Geschäfte zugleich in diesen Ländern rechtliche Folgen hervorbringen sollen." Auch diese Beschränkung könnte auf den ersten Blick als nur etwas ganz Selbstverständliches besagend angesehen werden, dass nemlich die Beschränkung der Rechtsfähigkeit von Österreichern im Auslande durch österr. Recht nur dann eingreife, insoferne die Judicatur österr. Behörden stattfinde. In dem Worte „sollen" scheint mir aber viel mehr zu liegen, nemlich nicht bloss dieses (selbstverständliche) objective, sondern auch ein (keineswegs selbstverständliches) subjectives Moment; und diese Auffassung wird noch mehr bestärkt durch den Wortlaut des dem § 4 a. b. G. entsprechenden § 15 des W. G. G. B. I. Theil, wo es heisst „rechtliche Folgen hervorbringen können und sollen". Hieraus aber würde sich ergeben, dass die österr. Staatsbürger in ihrer Rechts- und Handlungsfähigkeit dann nicht an die österr. Gesetze gebunden sind, wenn nach ihrer zur Handlungszeit erkennbar gewordenen Absicht die von ihnen im Auslande gesetzten Handlungen und Geschäfte nicht auch „zugleich in diesen Ländern rechtliche Folgen hervorbringen" sollten. Wenn nun trotz dieser durch die äusseren Verhältnisse auch objectiv substantiierten Absicht rechtliche Folgen im Inlande existent werden oder der österr. Richter über im Auslande existent gewordene Folgen zu judicieren in die Lage kommt,[18])

Gesetzgebers anzusehen sein dürfte, angibt. Thöl in seiner Einleitung in das deutsche Privatrecht, §§ 71 ff., geht von dem Grundsatze aus, dass man nicht nur das eigene Recht, sondern auch das fremde Recht auf den Inhalt des gesetzgeberischen Willens hinsichtlich der Anwendbarkeit prüfen müsse. Die Frage, welches Recht von den Organen eines Staates zu verwirklichen ist, kann aber nur nach dem Rechte dieses Staates entschieden werden, ja da das fremde Recht nur zur Anwendung kommt, insoferne es bedingt eigenes ist, kann auch nicht einmal in zweiter Linie die Frage von Bedeutung werden, ob denn das fremde Recht überhaupt auf in einem anderen Staate zur Judicatur kommende Fälle angewandt sein wolle (denn nur die betreffende Specialbestimmung, nicht aber die das internationale Privatrecht regelnde Bestimmung des fremden Rechtes wird bedingt eigenes Recht).

[17]) Vgl. Unger I, § 23, S. 164, N. 3.

[18]) Z. B. der 21jährige A, österreichischer Staatsbürger, welcher in Berlin domiciliert und daselbst einen Vertrag über Adaptierung seiner in der Friedrichsstrasse gelegenen Wohnung abschliesst, kehrt, ohne seine hieraus erwachsenen Verbindlichkeiten erfüllt zu haben, nach Wien zurück und wird nun in Wien auf Zahlung geklagt; oder der Unternehmer übersiedelt nach Österreich, ohne seinen vertragsmässigen Verpflichtungen nach-

ist die Rechtsfähigkeit nicht nach österr. Rechte, sondern nach ausländischem Rechte zu beurtheilen, und zwar nach dem Rechte jenes Staates, in welchem die rechtlichen Folgen nach Absicht der Contrahenten hätten hervorgebracht werden sollen, beziehungsweise falls hienach ungewiss bleiben sollte, das Recht welchen Staates anzuwenden sei, nach dem Rechte jenes Staates, in dem gehandelt wurde; die Beantwortung der Frage, welchen Staates Recht dann anzuwenden sei, wird sich somit in diesem Falle nach dem mittelbar oder unmittelbar erkennbar gewordenen Willen der Contrahenten über das Gebiet der Wirksamkeit des Rechtsverhältnisses, und bei einem hienach etwa verbleibenden Zweifel nach dem Orte der Handlung richten. Da aber gerade aus dem Domicil zur Zeit der fraglichen Handlung in vielen Fällen ein solcher Wille oder vielmehr ein solcher Mangel des Willens, dass die Handlung in Österreich rechtliche Folgen hervorbringen solle, wird zu entnehmen sein, so entschwinden bei dieser Auffassung der fraglichen Gesetzesstelle, welche allerdings nicht die unserer Schriftsteller ist, die gewichtigen practischen Bedenken, welche gegen § 4 a. b. G. gemeiniglich erhoben werden.[19]) Hienach wird insbesondere auch die persönliche Fähigkeit zur Eheschliessung in jenen Fällen, wo ein österr. Staatsbürger nachweisbar[20]) zur Zeit der im Auslande erfolgten Eheschliessung die Absicht hatte, nicht mehr nach Österreich zurückzukehren,[21]) nicht durch das österr. Recht beschränkt; wo aber schon bei der Entfernung aus Österreich die Absicht auf Eheschliessung im Auslande und sohine Rückkehr gerichtet war, ja wo nicht die entgegengesetzte Absicht auch objectiv substantiiert und hiedurch glaubbar gemacht werden kann, greifen allerdings die Beschränkungen des österr. Rechtes Platz.

Aus § 4 ist aber m. E. noch mehr zu entnehmen. Derselbe sagt nur, in welchen Fällen der österr. Staatsbürger an die österr. Gesetze

gekommen zu sein, und wird nun in Österreich auf Schadenersatz geklagt; oder die Zahlung war für Neujahr 1884 in der Wohnung des Unternehmers bedungen und der Unternehmer oder beide Contrahenten haben inzwischen das Domicil nach Österreich verlegt, so dass der Erfüllungort nunmehr in das Inland fällt.

[19]) Vgl. Unger I, § 23, N. 2. Savigny VIII, S. 144 bezieht (mit Unrecht) die Worte, „diese Gesetze" auf die des Wohnsitzes, wonach für österr. Staatsbürger principiell das Recht ihres Wohnsitzes massgebend wäre.

[20]) Z. B. ein politischer Flüchtling verehelicht sich im Auslande.

[21]) Dass die blosse Auswanderung mit der Absicht, nicht mehr in die Heimat zurückzukehren, heute keinesfalls den Verlust der Staatsbürgerschaft nach sich zieht, sondern hiezu der Erwerb der fremden Staatsbürgerschaft kommen müsste, wurde bei der Lehre von der Staatsbürgerschaft auszuführen versucht.

über Rechts- und Handlungsfähigkeit „gebunden" sei, somit ihnen zufolge auch im Auslande rechts- oder handlungsunfähig sei; er sagt aber keineswegs, dass dort wo der Inländer nicht an das Heimatsrecht gebunden sei, seine durch dasselbe statuierte Handlungsfähigkeit erlösche, d. h. er nunmehr an das fremde Recht „gebunden" sei. Hieraus wird zu entnehmen sein, dass auch in jenen Fällen, in denen die Rechts- oder Handlungsfähigkeit eines Österreichers hinsichtlich im Auslande und mit Rücksicht auf das Ausland gesetzter Handlungen vom österr. Richter nicht nach österr. Recht beurtheilt werden muss, dieselbe doch auch nicht nach fremdem Rechte beurtheilt werden muss, sondern immerhin noch dann nach österr. Rechte zu beurtheilen ist, wenn dieses die persönliche Fähigkeit im Gegensatz zum fremden Rechte nicht einschränkt, also für selbe günstiger ist als das fremde Recht.[22])

Hienach aber ergeben sich für die persönliche Rechts- und Handlungsfähigkeit der Inländer nachstehende Grundsätze aus § 4 a. b. G.:

Der nach österr. Rechte Rechts- und Handlungsfähige ist vom österr. Richter auch hinsichtlich im Auslande gesetzter Handlungen stets und unbedingt als handlungsfähig zu betrachten; der nach österr. Rechte Rechts- oder Handlungsunfähige ist vom österr. Richter nur dann auch hinsichtlich im Auslande gesetzter Handlungen als rechts-[23]) oder handlungsunfähig zu betrachten, wenn nicht zu entnehmen ist, dass diese Handlungen nicht darauf berechnet waren, auch in Österreich

[22]) Diese Auffassung gewinnt eine kräftige Unterstützung durch den Vergleich des § 4 a. b. G. mit § 5 des Josef. Gesetzbuches I und § 15 des WGGB I und das bei Pfaff-Hofmann in den Excursen I, S. 104 Mitgetheilte. Der dem WGGB nachgebildete § 5 a. b. G. will in erster Linie eine Umgiessung des positiven Inhaltes des § 5 Jos. GB, welcher festsetzte, wann eine im Auslande nach ausländischem Rechte unternommene Handlung giltig sei, in eine negative Form vornehmen, er sagt also, in welchen Fällen das im Auslande unternommene Geschäft (wegen Rechtsunfähigkeit) ungiltig sei, und setzt hiebei (nach der Auffassung des Vice-Präs. v. Haan) die Regel voraus, „dass in allen anderen Fällen von Inländern im Auslande unternommene Geschäfte giltig seien" (Excurse cit.).

[23]) Bei der Rechtsfähigkeit in dem gemeiniglich mit diesem Worte verbundenen engeren, der Handlungsfähigkeit entgegengesetzten, subjectiven Sinne, wird jedoch allerdings zumeist ein zwingender Rechtssatz des einheimischen Rechtes vorliegen. Wenn z. B. das einheimische Recht festsetzt, ein Ordenspriester soll überhaupt kein Vermögen haben können, so wird die Frage, wo und wie er selbes erworben hat, vollkommen gleichgiltig sein. Wenn im Texte von der Rechtsfähigkeit gesprochen wird, so ist diess die Rechtsfähigkeit im objectiven Sinne, deren eine, gerade hier besonders wichtige, Seite eben die Handlungsfähigkeit ist (s. o. § 22, S. 3).

rechtliche Folgen hervorzubringen, oder wenn zwar eine solche Bezugnahme auf in Österreich zu erzielende Folgen ausgeschlossen war, aber die Rechts- oder Handlungsunfähigkeit auch nach dem Rechte, in dessen Geltungsgebiet die rechtlichen Folgen hätten hervorgebracht werden sollen, nicht gegeben ist.

Es erübrigt nun noch die Erörterung der Frage nach der Rechts- und Handlungsfähigkeit der Ausländer. Mit derselben befasst sich § 34 a. b. G.:

„Die persönliche Fähigkeit der Fremden zu Rechtsgeschäften ist insgemein nach den Gesetzen des Ortes, denen der Fremde vermöge seines Wohnsitzes, oder, wenn er keinen eigentlichen Wohnsitz hat, vermöge seiner Geburt als Unterthan unterliegt, zu beurtheilen, insofern nicht für einzelne Fälle in dem Gesetze etwas Anderes verordnet ist."

Dieser § 34 nun ist, u. z. insbesondere um seines Verhältnisses zu dem früher erörterten § 4 willen, Gegenstand verschiedenster Auffassung geworden. Da nemlich in § 4 für die Rechtsfähigkeit des Österreichers die Staatsbürgerschaft als massgebend statuiert wurde, schien es naheliegend, den gleichen Grundsatz auch hinsichtlich des Ausländers anzuwenden, und so stützte man sich auf das Wort „Unterthan" in § 34 und behauptete,[24]) es komme auch bei dem Fremden stets auf die Staatsbürgerschaft an, und argumentierte, dass Wohnsitz und Geburt „nur desswegen im § 35 des a. b. G. B. besonders hervorgehoben wurden, weil sie gewöhnlich über die Staatsbürgerschaft entscheiden."[25]) Diese Argumentation beruht aber erstens auf einer grammatisch vollkommen ungerechtfertigten Hinüberbeziehung des Wortes „Unterthan" auch auf den „Wohnsitz",[26]) und zweitens auf einer Nichtberücksichtigung der Worte „oder, wenn er keinen eigentlichen Wohnsitz hat". Käme es wirklich nur auf die Staatsbürgerschaft an, so wäre doch die Geburt das Erstentscheidende, denn diese ist nach allgemeinen Grundsätzen doch nicht nur dann, wenn jemand

[24]) So auch Bar, Das internationale Privat- u. Strafrecht 1862, § 30 und Vesque v. Püttlingen, Internationales Privatrecht § 16; auch Ungermann GZ 1858, S. 337 und neuestens Bard, Droit international § 129.

[25]) Vesque v. Püttlingen a. a. O.; ebenso Stubenrauch I, S. 170; vgl. auch Winiwarter I, S. 157, Rittner S. 38, Bard l. c. S. 187: „En indiquant le domicile et le lieu de naissance comme critérium pour l'appréciation de la capacité personnelle des étrangers, la loi autrichienne aurait eu en vue la nationalité et elle aurait insisté sur ces deux éléments parce que le Code même les range parmi les modes d'acquisitation de la nationalité".

[26]) Es müsste dann zwischen „Geburt" und „als Unterthan" ein Beistrich stehen.

keinen ordentlichen Wohnsitz hat, massgebend für die Staatsbürgerschaft. Diese Auslegung ist demnach m. E. völlig unhaltbar. Um ihr nun aber jeden Boden zu entziehen, und das von der gemeinrechtlichen Theorie als richtig erkannte Resultat, dass der Wohnsitz das Entscheidende sei, vor jeder Gefährdung zu schützen, hat man von anderer Seite[27]) überhaupt in Abrede gestellt, dass das Wort Unterthan sich hier auf die staatsrechtliche Unterthanschaft beziehe, und behauptet, es müsse bei diesem Worte immer erst untersucht werden, „ob die staatsbürgerliche oder privatrechtliche (?) Unterthanschaft gemeint sei," hier handle es sich um die privatrechtliche. Eine privatrechtliche Unterthanschaft ist aber ein juristisches Unding; sie fiele, wenn sie überhaupt construiert werden könnte, vollständig mit der Frage der Anwendbarkeit eines örtlichen Rechtes zusammen. Es wird vielmehr § 34 a. b. G. dahin zu verstehen sein, dass für die persönliche Fähigkeit des Fremden zunächst das Recht seines Domicils in Anwendung zu kommen habe, dass jedoch, wenn der Fremde „keinen ordentlichen Wohnsitz hat", das Recht jenes Staates, dessen Staatsbürger er ist,[28]) anzuwenden sei.

Aber es ist kaum anzunehmen, dass man, während der österr. Staatsbürger seine nach österr. Rechte gegebene Rechtsfähigkeit in den Augen des österr. Richters stets bewahren sollte (vgl. oben), nicht auch die gleiche dauernde Anerkennung der nach dem Heimatsrechte eingetretenen Rechtsfähigkeit dem Ausländer gewähren wollte. Sagte doch Zeiller in der Sitzung 1. Februar 1802 (Excurse I, S. 105) ausdrücklich: „Wir wollen, dass die persönliche rechtliche Fähigkeit unserer Mitbürger überall nach unseren vaterländischen Gesetzen ermessen werde; wir müssten also auch das Nemliche bei Fremden gelten lassen." Und für diese Auffassung, dass das Recht des Domicils die Handlungsfähigkeit des Ausländers nur, wo sie nach dem Heimatsrechte desselben nicht gegeben wäre, herbeiführen, nicht aber auch die schon nach diesem vorhandene Handlungsfähigkeit wieder vernichten können solle,[29]) kann man sich auch auf den Wortlaut des § 34 a. b. G. selbst

[27]) Vorzüglich Unger I, § 23, N. 8 und N. 4.

[28]) Die Geburt ist nur als der Normalfall der Erwerbung der Staatsbürgerschaft genannt.

[29]) Der Unterschied zwischen der Behandlung der Einheimischen und der Fremden ist sonach der: Es sollen zwar beide ihre nach Heimatsrecht eingetretene Rechtsfähigkeit auch in jenem Lande, das ihnen Ausland ist, geniessen; aber während die „Fähigkeit der Fremden zu Rechtsgeschäften", d. i. ihre Handlungsfähigkeit nicht in der Weise an ihr Heimatsrecht gebunden sein soll, dass sie falls sie nach dem Rechte an ihrem Domicilsorte

berufen: „Die persönliche Fähigkeit ist insgemein nach den Gesetzen des .... Wohnsitzes ... zu beurtheilen“ (nicht auch die persönliche Unfähigkeit).[30])

Hienach ergibt sich für die Beurtheilung der Handlungsfähigkeit eines Ausländers der Grundsatz, dass für selbe das Recht des Staates, dessen Bürger er ist, oder das Recht seines Domicilortes zur Anwendung kommt, je nachdem das eine oder das andere für selbe günstiger ist, während, wenn der Fremde überhaupt gar keinen Wohnsitz hat, nur das Recht des Staates, dessen Bürger er ist, massgebend ist. Lässt sich auch die Staatsbürgerschaft nicht ermitteln, so wird das Recht des Aufenthaltes zur Zeit der in Frage stehenden Handlung entscheidend sein. Soferne aber Beschränkungen in Frage sind, welche nicht nur die Fähigkeit, rechtswirksam zu handeln, sondern überhaupt die Fähigkeit in Rechtsverhältnissen zu stehen, betreffen (Rechtsfähigkeit i. s. S.), wird einerseits das österr. Recht gemeiniglich zwingender Natur sein, anderseits fallen dieselben keineswegs in den Rahmen des § 34 a. b. G., der nur von der persönlichen Fähigkeit zu Rechtsgeschäften spricht, somit nur

handlungsfähig wären, doch wegen ihres Heimatsrechtes noch immer handlungsunfähig blieben, folgt das einheimische Gesetz „mit den Augen einer Mutter dem Unterthan bis in die entferntesten Regionen, und verhindert ihn zugleich, durch die Entfernung die Gesetze seines Landes zu umgehen“ (Worte Portalis', mitgetheilt von Zeiller S. 45). Der Ausländer mag sich den Schranken der Gesetze seines Staates entziehen, das kümmert den österr. Staat und Richter nicht; aber der Österreicher darf sich denselben nicht entziehen.

[30]) Wenn man gegen die Berücksichtigung der Staatsbürgerschaft anführt, dass „derselbe Mensch von verschiedenen Staaten als Unterthan oder Staatsbürger in Anspruch genommen werden“ könne (Excurse I, S. 106), so könnte man mit demselben Rechte gegen die Berücksichtigung des Wohnortes anführen, dass Jemand mehrere Wohnsitze haben könne, und thatsächlich ist auch dieses Argument schon gebraucht worden von Bar § 30. Und wenn man meint (Excurse ibidem), man „würde dem Richter die Nachforschung zumuten, ob und welche Staaten Jemanden als ihren Unterthan betrachten, was nicht bloss schwierige Gesetzesvergleichungen, sondern geradezu die Erhebung der ganzen Lebensgeschichte des fraglichen Individuums voraussetzen würde“, so könnte man dieses Argument überhaupt gegen jede Anwendung fremden Rechtes anführen. Dass man gerade dieselbe Schwierigkeit auch gegen die Relevanz des Wohnsitzes einwenden könnte, beweist Vesque v. Püttlingen a. a. O., S. 58, indem er diess wirklich thut: „In der Praxis endlich würde die Untersuchung, welches Recht auf einen Fremden vermöge seines Wohnsitzes anzuwenden kommt, da dieser selbst oft zweifelhaft sein kann, zu mannigfachen Schwierigkeiten Anlass geben, während doch die staatsbürgerliche Eigenschaft des Fremden durch seinen Pass ode ein sonstiges Beweismittel ausser Zweifel gesetzt wäre.“

die Handlungsfähigkeit im Auge hat. Für diese Frage also wird auch hinsichtlich des Ausländers nur das österr. Recht zur Anwendung zu kommen haben.

Der § 34 a. b. G. verweist jedoch selbst auf Ausnahmen von diesen Grundsätzen. Eine solche Ausnahme wird in allen jenen Fällen bestehen, wo ein inländisches Gesetz absoluter, prohibitiver Natur vorliegt (z. B. Nichtanerkennung der Beschränkung der Rechtsfähigkeit durch Sclaverei).[31]) Eine solche Ausnahme statuiert ferner § 35 a. b. G.; wenngleich die § 35—37 im Allgemeinen nicht als die persönliche Fähigkeit betreffend anzusehen sind (es würde ja sonst gar kein Raum für die Anwendbarkeit des § 34 bleiben), so wird man doch von § 35 um seiner ganz allgemeinen Fassung und des ihm zu Grunde liegenden Gedankens behaupten müssen, dass er allerdings auch auf die Handlungsfähigkeit, ja auch auf die Rechtsfähigkeit im subjectiven Sinne sich beziehe. Hienach ist „ein von einem Ausländer in diesem Staate unternommenes Geschäft, wodurch er Anderen Rechte gewährt, ohne dieselben gegenseitig zu verpflichten“, entweder nach österr. Rechte oder aber nach den Gesetzen des Staates, dem er als Unterthan angehört, oder in welchem er seinen Wohnsitz hat,[32]) zu beurtheilen, „je nachdem das eine oder das andere Gesetz die Giltigkeit des Geschäftes am meisten begünstigt.“

Eine ähnliche Bestimmung trifft auch Art. 84 der a. W. O.: „Die Fähigkeit eines Ausländers, wechselmässige Verpflichtungen zu übernehmen, wird nach den Gesetzen des Staates beurtheilt, welchem derselbe angehört. Jedoch wird ein nach den Gesetzen seines Vaterlandes nicht wechselfähiger Ausländer durch Übernahme von Wechselverbindlichkeiten im Inlande verpflichtet, soferne er nach den Gesetzen des Inlandes wechselfähig ist.“ Hier kommt somit, aber nur wenn die Übernahme von Wechselverbindlichkeiten für das Inland[33]) erfolgte,

[31]) Die Fälle, die Unger I, § 23, S. 168 hier anführt, gehören zum Theile gar nicht hieher. Das Verbot der Polygamie z. B. ist doch keine Beschränkung der Rechts- beziehungsweise Handlungsfähigkeit! Dann wäre die rechtliche Unmöglichkeit, in Frankreich ein Privattestament zu errichten, ja überhaupt jede Bestimmung über Form und Inhalt der Handlungen auch eine Beschränkung der Handlungsfähigkeit.

[32]) § 35 erwähnt dieses Falles nicht, wol weil auf ihn als einen ungewöhnlichen (dass Jemand in einem Staate Bürger sei, im zweiten wohne, im dritten [Österreich] sich aufhalte), nicht gedacht ward; aber schon aus der Analogie des § 34 ergibt sich diese Ausdehnung.

[33]) Die Worte „im Inlande“ lassen sich grammatisch auf „verpflichtet“, auf „Übernahme“ und auf „Verbindlichkeit“ beziehen. Grammatisch würde die Beziehung auf „verpflichtet“ als die nächstliegende, die auf „Verbind-

entweder das inländische Recht oder jenes des Heimatsstaates hinsichtlich der Frage nach der Wechselfähigkeit zur Anwendung, je nachdem dieses oder jenes der Wechselfähigkeit günstiger ist. Das Recht des Domicils ist irrelevant; sollte aber eine bestimmte Staatsbürgerschaft nicht nachweisbar sein, so dürfte wol auch hier das Recht des Domicils, und wenn auch ein solches nicht bestünde, das des Ausstellungsortes massgebend sein.[34])

Die juristischen Personen betreffend, gilt von ihnen im Allgemeinen das von den Personen überhaupt Gesagte. Nachdem aber die Anerkennung durch den Heimatsstaat eine Existenzbedingung der juristischen Personen ist, wird dieselbe immer nach dem Rechte des Heimatsstaates zu beurtheilen sein. Substrate juristischer Persönlichkeit, die in Österreich gegeben sind, werden nur dann vom österr. Richter als juristische Personen anerkannt werden können, wenn sie vom österr. Rechte als solche anerkannt werden, und das Analoge wird von dem Auslande angehörenden Substraten hinsichtlich ihrer Anerkennung durch das ausländische Recht gelten; nur wo ein österr. Prohibitivgesetz eingreift (es sich z. B. um nach inländischem Rechte unzulässige Vereine handelt) wird der österr. Richter auch einer nach ausländischem Rechte existierenden auswärtigen juristischen Person die Anerkennung versagen müssen.[35])

---

lichkeiten" als die minder wahrscheinliche erscheinen; logisch jedoch hat die Beziehung auf „verpflichtet" darum keine Berechtigung, da diese Worte dann ganz überflüssig wären, und sich schon aus dem Schlusssatze ergeben würden. Logisch erscheint aber gerade die Beziehung auf Verpflichtung als die entsprechendste, da nicht der zufällige Ausstellungsort, sondern der Erfüllungsort das Entscheidende ist.

[34]) Eine weitere Einschränkung des Einflusses fremden Rechtes auf die Rechtsfähigkeit des Ausländers wird von manchen Schriftstellern in der Richtung behauptet, dass die strafrechtliche Verurtheilung eines Ausländers im Auslande seine Rechtsfähigkeit in einem anderen Staate nicht mindere, weil dieser fremde Strafurtheile nicht anerkennt. Diess ist aber nur insoferne richtig, als — um die Frage für das österr. Recht zu beantworten — die vom österr. Rechte normierten Folgen einer Abstrafung nicht eintreten, wenn ein Ausländer in seiner Heimat bestraft wurde; wol aber wird, soweit überhaupt fremdes Recht in Frage kommt, die nach dem Rechte des Fremden an eine in seiner Heimat erfolgte Abstrafung geknüpfte Rechtsminderung auch in Österreich wirksam sein. Der bekämpften Ansicht auch Bard § 135, der aber jene Fälle ausscheidet, wo die Rechtsfolgen nicht als Strafe sich darstellen, sondern ein lediglich ethisches Moment enthalten (als Beispiel ist genannt die Entziehung der väterlichen Gewalt wider den Verführer seiner Tochter).

[35]) Nicht zu verwechseln mit der Anerkennung ausländischer Corporationen ist die Zulassung derselben zum Geschäftsbetriebe im Inlande.

Das Sachenrecht betreffend bestimmt § 300 a. b. G. im Anschlusse an die oben erörterte ältere Doctrin: „Unbewegliche Sachen sind den Gesetzen des Bezirkes unterworfen, in welchem sie liegen; alle übrigen Sachen hingegen stehen mit der Person ihres Eigenthümers unter gleichen Gesetzen." Diese Bestimmung hat Giltigkeit sowol für den Fall, dass es sich um Behandlung der Sachen als Einzelsachen, als auch für den Fall, als es sich um ihre Beurtheilung als Bestandtheile einer Vermögensgruppe handelt. Wenngleich anerkannt werden muss, wie wenig befriedigend die Resultate dieses Grundsatzes zum Grosstheile sind, so wird doch für das österr. Recht von denselben nicht willkürlich abgewichen werden dürfen.

Hinsichtlich der Vorfrage, ob eine Sache beweglich oder unbeweglich sei, entscheidet bei in Österreich gelegenen Sachen stets das österr. Recht, bei im Auslande gelegenen Sachen wird, da es sich in den Fällen, wo diese Frage streitig sein kann, zumeist lediglich um jene fictive Beweglichkeit oder Unbeweglichkeit handeln kann, welche nur massgebend ist für die Interpretation eines Parteiwillens, somit ein Vertrag oder eine einseitige Parteihandlung (Testament) vorliegen wird, nach den oben ausgeführten Grundsätzen auf den Parteiwillen zurückzugehen sein, welcher je nach der besonderen Natur des Rechtsgeschäftes zu beurtheilen sein wird. Wo es sich aber nicht bloss um die Frage der Beweglichkeit oder Unbeweglichkeit in diesem terminologischen Sinne handelt, z. B. die Beweglichkeit oder Unbeweglichkeit eines Seeschiffes und implicite die Art des Erwerbes von dinglichen Rechten an selbem in Frage kommt, oder wo überhaupt kein den Willen der Parteien manifestierender Handlungsact als Directive dient, wird der Richter beim Mangel einer anderen Bestimmung das einheimische Recht anzuwenden haben.[36])

Hinsichtlich dor Verkehrsfähigkeit einer Sache entscheidet für die in Österreich gelegenen Sachen das einheimische Recht; hinsichtlich im Auslande gelegener Sachen jedoch wird, falls nicht ein heimisches

---

Vgl. die Gesetze vom 27. Juni 1878, RGB 62 und RGB 63, die k. Vdg. 29. Novbr. 1865, RGB 127, das Gesetz 23. März 1873, RGB 42. Auch eine zum Geschäftsbetriebe im Inlande nicht zugelassene auswärtige Corporation kann doch vom Richter als existent angesehen werden, soferne er in die Lage kommt über ihren auswärtigen Geschäftsbetrieb zu judicieren.

[36]) Vgl. auch § 15 u. 25 Gesetzes 7. Mai 1879, RGB 65. Aus dem fraglichen Gesetze geht aber keineswegs (wie Geller GH 1881, N. 13 annimmt) hervor, dass nach österr. Recht Seeschiffe unbewegliche Sachen seien; das Gesetz knüpft überhaupt an die Eintragung oder Nichteintragung in das Schiffsregister keine privatrechtlichen Wirkungen.

Prohibitivgesetz vorliegt (z. B. es handelt sich um österr.-ärarische Montursstücke), nach der Bestimmung des § 300 a. b. G. vorzugehen sein, so dass die Verkehrsfähigkeit im Auslande gelegener Immobilien stets nach ausländischem Rechte, im Auslande gelegener Mobilien jedoch nach dem Rechte des Wohnsitzes des Eigenthümers oder desjenigen, der ein Recht an der Sache geltend machen will, zu beurtheilen ist.

Die Frage, ob eine Sache herrenloses Gut ist, kann, so lange sie von Niemandem in Anspruch genommen wird, nicht auftreten; werden aber Ansprüche an selbe aus dem Titel der Occupation von einer Seite erhoben, von anderer Seite auf Grund eines anderen behaupteten Titels widersprochen, so kommt hinsichtlich dieses Anspruchsverhältnisses die allgemeine Regel des § 300 zur Anwendung; unterstehen beide Petenten demselben Rechte, so kommt dieses zur Anwendung, unterstehen sie verschiedenem Rechte, so ist logisch die erste Frage die nach dem Rechte des angeblichen Nichtderelinquenten oder Präoccupanten und ist nach seinem Rechte zu beantworten; erst wenn sie verneint ist, kann die Frage der Occupation durch einen Anderen überhaupt zur Beurtheilung kommen. Sie ist dann nach dem Rechte seines Domicils zu lösen, woferne ihre Beantwortung überhaupt noch nöthig ist (d. i. wenn der Gegner im Besitze ist).

Bei einem Schatze kommt hinsichtlich der Bestimmungen über Finderantheil etc. das Recht der Sache, in der er gefunden wurde, somit, da diese normalerweise ein Immobile ist, die lex rei sitae zur Anwendung. Insoferne man die Bestimmungen über den Schatz überhaupt auf in fremden beweglichen Sachen gefundene Kostbarkeiten auszudehnen berechtigt ist, eine Frage welche erst im weiteren Verlaufe der Darstellung am entsprechenden Orte wird erörtert werden können, müsste das Recht des Domicils des Eigenthümers der fraglichen beweglichen Sache zur Anwendung kommen. Hinsichtlich gefundener Sachen ist die Frage nach der letzten Detention des angeblichen Verlustträgers lediglich eine nach dem Processforum zu entscheidende Beweisfrage. Die Entscheidung, ob dem Finder die Sache zuzufallen habe, ist nach dem für die Occuption zur Anwendung kommenden Rechte zu beurtheilen, die Frage nach dem Finderlohn als einem obligatorischen Anspruche nach dem Gesetze des Fundortes, d. i. der lex rei sitae. Für den Besitz und die Ersitzung[37]) bei unbeweglichen Sachen ist die lex rei sitae,

[37]) Nach Unger I, § 23, S. 175, greift in allen den bis jetzt erörterten Fällen stets die lex rei sitae ein. Für die Ersitzung beruft sich Unger I, § 23, S. 177, darauf, dass es sich hier um einen originären Erwerb handle, und die Grundlage der Ersitzung der fortwährende Besitz sei. Dem § 300 a. b. G. aber ist jene Unterscheidung fremd, und das Argument aus der Fortdauer des Besitzes entfällt mit der Annahme der oben für den Besitz aufgestellten Regel. Unger's Ansicht auch Vesque § 22, S. 67.

bei beweglichen Sachen das Domicil des Eigenthümers der Sache entscheidend.[38]) In Ermanglung eines solchen wird dem Willen des Gesetzgebers die Anwendung des Rechtes des Ortes, an dem sich die Sache dauernd befindet, am nächsten kommen.

Hinsichtlich Entstehung,[39]) Inhalt und Umfang der dinglichen Rechte entscheidet bei Immobilien die lex rei sitae, bei Mobilien das Domicil des Eigenthümers.[40]) Bei concurrierenden Ansprüchen verschiedener angeblicher Eigenthümer entscheidet, wo es sich um successive eingetretene Thatsachen als Grundlagen der Eigenthumsansprüche handelt, für jeden Anspruchswerber das Recht des Domicils seines Vormannes über das Vorhandensein der zum Erwerb des Eigenthumsrechtes erforderlichen Momente; die Frage aber, ob dieser Vormann selbst Eigenthümer war, ob er somit überhaupt ein Vormann war, ist wieder nach dem eventuell abweichenden örtlichen Rechte des Domicils seines weiteren Vormannes etc. zu beantworten,[41]) und so ist vom Eigenthume

[38]) Vgl. Ungermann GZ 1858, S. 373.

[39]) Nicht aber hinsichtlich der Dispositionsfähigkeit über Immobilien; vgl. Unger I, § 23, S. 175 und Note 58.

[40]) Anderer Ansicht hinsichtlich des Pfandrechtes an Mobilien Unger I, § 23, S. 179.

[41]) Z. B. der in Wien domicilierende A hätte eine dem im Gebiete des gemeinen Rechtes domicilierenden B gehörige Sache von C, dem sie B anvertraut hatte, gekauft und tradiert erhalten. B ist nach seinem Domicilrechte Eigenthümer geblieben, A wäre nach seinem Domicilrechte (§ 367 a. b. G.) Eigenthümer geworden. Muss nun B die Eigenthumsklage anstrengen, so ist das Beweisthema des B nicht, dass er Eigenthümer geblieben, sondern dass er es einmal geworden sei; A muss aber beweisen, dass das frühere Eigenthumsrecht des B erloschen sei, beziehungsweise, dass seitdem er, A, Eigenthümer geworden sei, er muss also beweisen für eine Zeit, in der er noch nicht Eigenthümer war; die Relevanz von Thatsachen, zu deren Eintrittszeit noch B Eigenthümer war, ist hinsichtlich dieser Sache aber nach dem damaligen Domicilrechte des B zu beurtheilen. Noch evidenter ist diess, wenn A Kläger ist. Wenn nun A die Sache dem im Gebiete des französischen Rechtes domicilierenden D ohne Tradition, aber nach französischen Rechte auf giltige Weise, in's Eigenthum übergeben, und dieser sie wieder ebenso dem im Gebiete des gemeinen Rechtes domicilierenden E übertragen hätte, und B würde nun gegen E, welcher auf andere Weise Besitzer geworden ist, evincieren, — so kann er, B, beweisen, dass er einstens Eigenthümer geworden ist, aber E kann nicht beweisen, dass auf ihn, E, seitdem das Eigenthum übergegangen sei; denn so lange B Eigenthümer war, hatte A gar nicht von C, d. i. von einem Nicht-B, das Eigenthum erwerben können, und wäre A schon Eigenthümer geworden, so hätte D eine im Eigenthume

des ältesten der Eigenthümer auszugehen, und ist, so lange dieser sein Recht nach seinem Domicilrechte[42]) nicht verloren, nach seinem Domicilrechte somit kein Dritter das Eigenthum erworben hat, stets er als Eigenthümer anzusehen; sobald aber diess geschehen ist, wird das Domicil des Nächstältesten massgebend. Wo aber die Ansprüche auf gleichzeitige Thatsachen oder eine Thatsache basiert sind[43]), und ein früheres Eigenthumsrecht, nach dem diese Ansprüche zu beurtheilen sind, nicht vorliegt, entscheidet das Domicil desjenigen, der im Besitze ist, und falls diess bei keinem der Fall ist, Mangels einer anderen Bestimmung das österr. Recht. Die Frage nach den für den Anspruchswerber zulässigen Klagen ist stets nach österr. Rechte zu lösen.

Was das Obligationenrecht betrifft, so ist in das österr. Recht zufolge der Reception der Theorie der gemischten Statuten der Satz übergegangen: locus regit actum, während nach der dermaligen gemeinrechtlichen Doctrin, wenigstens hinsichtlich der Verträge, nicht der Entstehungs- sondern der Erfüllungsort der Obligation massgebend sein sollte. Auch hier wird ähnlich wie bei der Frage der zeitlichen Collision von Gesetzen das obligatorische Rechtsverhältnis stets als ein einheitliches zu beurtheilen sein.

Was die Verträge und die sogenannten Quasiverträge betrifft, so treffen die §§ 35—37 nachstehende Bestimmungen:[44])

Ein im Inlande zwischen Inländern, von Inländern oder mit Inländern gesetztes[45]) Rechtsgeschäft ist stets nach inländischem Rechte zu

---

des damals in Wien domicilierenden A stehende Sache ohne Tradition gar nicht erwerben können; da somit auch D nicht Eigenthümer werden konnte, konnte E von ihm auch gar kein Eigenthum erworben haben, wenngleich auch der Erwerb, falls D Eigenthümer gewesen wäre, ohne Tradition hätte erfolgen können. Kommt nun B in Besitz, so kann auch E von ihm nicht evincieren; kommt aber D in Besitz, so hat E die actio Publiciana gegen ihn, während er gegen A, wenn dieser in Besitz kommt, auch diese nicht hat, da zwischen A und D auch für die Publiciana eine Lücke ist.

[42]) Natürlich ist nicht das Domicil zur Zeit der Klage, sondern zur Zeit des in Frage kommenden Eigenthumsverlustes entscheidend.

[43]) Z. B. Der Inländer A hat seinen und des Ausländers B Weizen gemischt, oder aus einem in gemeinschaftlichem Eigenthume stehenden Marmorblock durch Specification eine Statue gemacht; hieher gehören überhaupt auch die Fälle, wenn das Eigenthum In- und Ausländern gemeinsam ist.

[44]) Das im Folgenden Ausgeführte gilt nicht nur hinsichtlich des Inhaltes, sondern auch hinsichtlich der Form der Rechtsgeschäfte. Unger I, § 23, S. 208, stellt hinsichtlich dieser abweichende Regeln auf.

[45]) Die Frage, wo ein Vertrag als abgeschlossen anzusehen ist, wird im Obligationenrechte erörtert werden.

beurtheilen, ausgenommen nur[46]) den einzigen Fall, dass ein Ausländer im Inlande mit einem Inländer oder einem Ausländer ein Rechtsgeschäft abschlösse, durch welches er diesem nur Rechte gewährt, ohne ihn zu verpflichten, in welchem Falle das Recht des Verpflichteten oder das österr. Recht zur Anwendung kommt, „je nachdem das eine oder das andere Gesetz die Giltigkeit des Geschäftes am meisten begünstigt“[47]) (§ 35). Nach dem hienach zur Anwendung kommenden Rechte ist aber dann auch das Rechtsverhältnis in seiner Totalität zu beurtheilen; nicht dass z. B. die formelle Giltigkeit des Schenkungsversprechens nach ausländischem Rechte, die Frage, ob selbes wegen Undank hinfällig geworden sei, aber nach inländischem Recht beurtheilt werden könnte.

Zwischen Ausländern im Inlande eingegangene Rechtsgeschäfte sind nach inländischem Rechte zu beurtheilen, „wenn nicht bewiesen wird, dass bei der Abschliessung auf ein anderes Recht Bedacht genommen worden sei“ (§ 36); diess wird aber wol schon dann anzunehmen sein, wenn der Erfüllungsort[48]) im Auslande liegt, oder nur nach dem Heimatsrechte der Contrahenten, nicht nach dem inländischen Rechte der Vertrag giltig ist. Umgekehrt sind im Auslande von, mit oder zwischen Ausländern gesetzte Rechtsgeschäfte im Zweifel nach dem ausländischen Rechte zu beurtheilen, soferne nicht zu entnehmen ist, dass das Recht des Heimatsstaates oder des Domicils eines der beiden Contrahenten zu Grunde gelegt worden ist (§ 37.) Ja auch auf ein anderes Recht (z. B. das des Erfüllungsortes), soferne es nur zu den Parteien oder dem Rechtsverhältnisse in einem bestimmten äusser-

---

[46]) Die Bestimmung des § 914 a. b. G. kann nicht hieher bezogen werden, wie diess von Unger I, § 23, S. 184, No. 4 geschieht (1. Satz § 36 a. b. G.).

[47]) Von Artikel 84 WO war schon oben die Rede; was hinsichtlich seiner von der persönlichen Fähigkeit des Ausstellers gesagt wurde (N. 33), gilt auch von der förmlichen Giltigkeit und dem Inhalte der Wechselverpflichtung.

[48]) Auch wenn der Erfüllungsort zwar nicht ausdrücklich festgesetzt wurde, aber der Natur der Sache nach als im Auslande liegend gegeben ist (z. B. Reparaturen eines im Auslande gelegenen Hauses), wird zwar nicht mit Nothwendigkeit aber doch unter Umständen hieraus eine Bezugnahme auf das ausländische Recht zu entnehmen sein. Eine für alle Fälle zwingende Interpretationsregel aber wird auch bei der ausdrücklichen Festsetzung eines auswärtigen Erfüllungsortes nicht aufgestellt werden können. In beiden Puncten anderer Ansicht Unger I, § 23, S. 182, 183, mit m. E. nicht massgebender Berufung auf die die Competenz regelnde Bestimmung der Civ. J. N. 18. Juni 1850, § 45. (Note 86 cit.) Vesque v. Püttlingen (§ 20, S. 64) erachtet in beiden Fällen die im Texte aufgestellte Interpretationsregel für absolut entscheidend.

lichen Verhältnisse steht, werden die Contrahenten ihren Willen (in diesem wie im vorigen Falle des § 36) wirksam richten können.

Über die von Inländern im Auslande gesetzten Rechtsgeschäfte enthalten die cit. §§ keine Bestimmung, wol darum, weil Inländer unter sich gemeiniglich auf das inländische Recht Bedacht nehmen werden; auch die Bestimmung des § 4 a. b. G. betrifft nur die Handlungsfähigkeit der Inländer im Auslande, nicht aber die anderweitige Beurtheilung der von ihnen im Auslande vorgenommenen Rechtsgeschäfte.[49]) Dieselben werden demnach nach inländischem Rechte zu beurtheilen sein, woferne nicht ein anderes als zu Grunde gelegt nachgewiesen werden kann; dieses andere Recht aber wird nur das des Vertragsabschlusses oder des Erfüllungsortes sein können.

Bei zwischen Angehörigen verschiedener Staaten an einem rechtlich indifferenten Orte (z. B. auf einem Handelsschiffe auf hoher See, im Luftballon) oder einem nicht nachweisbaren oder ganz irrelevanten Orte (z. B. bei der Fahrt auf einer durch verschiedene Gebiete führenden Eisenbahn) geschlossenen Verträgen ist (da auch ein gemeinsames Heimatsrecht nicht vorhanden ist, somit nicht entscheiden kann) das Recht des Erfüllungsortes als vom Parteiwillen dem Rechtsgeschäfte zu Grunde gelegt zu erachten; ist auch dieser nicht fixiert gewesen, so ist das österr. Recht anzuwenden.

Hinsichtlich nicht auf eine bestimmte Obligation sich beziehender Delicte hat der österr. Richter Mangels einer gesetzlichen Bestimmung stets das einheimische Recht zur Anwendung zu bringen.[50])

Das Eherecht betreffend ist die persönliche Fähigkeit nach den oben über die Handlungsfähigkeit entwickelten Grundsätzen,[51]) die

[49]) Vgl. Excurse I, S. 103.

[50]) Savigny VIII, S. 288 ff. u. Wächter im Archiv 25, B., S. 389 ff. sind auch für das gemeine Recht der Anschauung, es habe das Recht des Processforums und nicht das Recht des locus delicti commissi zur Anwendung zu kommen. Anderer Ansicht sowol hinsichtlich des gemeinen als des österr. Rechtes Unger I, § 23, S. 188. — Die Ansicht, es sei das dem Verpflichteten günstigere Recht anzuwenden (Kirchstetter S. 60) ist für das österr. Recht keineswegs haltbar und dürfte überhaupt auf einer Verwechslung des civilrechtlichen und des strafrechtlichen Standpunctes beruhen; vgl. § 73, N. 41.

[51]) Nach Randa (Grünhut's Zeitschrift VII, S. 784) sind die gesetzlichen Bestimmungen aus „der alten, nicht geradezu falschen, als vielmehr lückenhaften" Theorie der Statuten zu ergänzen und ist „alsdann . . . jedenfalls die Fähigkeit zur Ehe bei Österreichern und Ausländern nach den Gesetzen des Staates, dem sie angehören, zu beurtheilen" (S. 785). Aus dem von Randa angeführten Hofkzd. 22. Dec. 1814, JGS 1118, ergibt sich m. E. wol kein Argument für die Frage, welches Recht anzuwenden

Giltigkeit der Ehe (u. z. auch hinsichtlich der formalen[52]) Erfordernisse) auf Grund der Bestimmungen der §§ 36, 37 a. b. G. zu beurtheilen.[53]) In letzterer Richtung sind also im Inlande abgeschlossene Ehen, wenn Inländer bei selben betheiligt sind, stets nach inländischem Rechte zu beurtheilen; Ehen von zwei Ausländern im Inlande oder von zwei Inländern im Auslande sind nach österr. Recht zu beurtheilen, wenn nicht ein anderes Recht offenbar in's Auge gefasst war; es kann aber ein fremdes Recht nur dann für ein Rechtsverhältnis in das Auge gefasst werden, wenn ihm dasselbe factisch unterstellt, somit auf das Eherecht angewandt, wenn der Sitz der Ehe in das betreffende Rechtsgebiet gelegt wird.

Gemischte Ehen im Auslande oder Ehen zwischen Ausländern im Auslande sind nach dem ausländischen Rechte zu beurtheilen, wenn nicht auf die eben erörterte Weise ein anderer Parteiwille zu entnehmen ist.

Was von der Eheschliessung gesagt wurde, müsste auch von den Verlöbnissen gelten, soferne nicht das österr. Recht das Rechtsinstitut des Verlöbnisses überhaupt principiell nicht anerkennen würde.[54])

sei; es wird nur unter Anführung der Bestimmungen des § 34 a. b. G. angeordnet, dass jeder im Inlande „sich verehelichende Ausländer zu verhalten sei, sich bei der Trauung über seine persönliche Fähigkeit, einen giltigen Ehevertrag einzugehen, gehörig auszuweisen"; hiemit ist noch nicht gesagt, nach welchem Rechte diese Fähigkeit zu beurtheilen ist. Auch Krasnopolski (ibid. X, S. 464) ist für die Beurtheilung der Ehefähigkeit des Ausländers nach seinem Heimatsrechte.

[52]) Nach Unger I, § 23, S. 210, wäre eine im Auslande (auch von Ausländern) geschlossene Civilehe stets ungiltig, wenn „das Recht der Heimat den giltigen Abschluss der Ehe an eine kirchliche Trauung bindet". Gegen Unger Rittner S. 48. Der im Text ausgesprochenen Ansicht ist Vesque, Int. Pr. § 65, S. 219. Andere Bestimmungen galten allerdings gemäss § 74 Gesetzes 8. October 1856, RGB 185.

[53]) Wenn Unger I, § 23, N. 116 gegen diese Auffassung einwendet, dass die Ehe „durchaus nicht wie ein obligatorischer Vertrag zu betrachten ist", so ist diese Bemerkung als solche ganz richtig; aber aus ihr folgt kein Einwand gegen die bekämpfte Ansicht: §§ 36, 37 handeln ja auch nicht bloss von Verträgen, sondern von „Rechtsgeschäften". Nachdem aber die Ehe ein Rechtsverhältnis ist, ist ihre Eingehung jedenfalls ein Rechtsgeschäft, und die Möglichkeit dieser Eingehung daher nach den in §§ 36, 37 aufgestellten Grundsätzen zu beurtheilen. Nach Unger's Ansicht ist in allen Richtungen (sogar hinsichtlich der persönlichen Fähigkeit der Frau) das Recht des Wohnsitzes des Mannes zur Zeit der Eheschliessung entscheidend. Ähnlich auch Kirchstetter S. 62. Gegen Unger Ungermann, GZ 1858, S. 342, Rittner S. 40, welcher selbst den Entstehungsort für massgebend erklärt (S. 47).

[54]) Vgl. Vesque, Internat. Pr. § 60, der aber hinsichtlich der Verlöbnisse von Ausländern untereinander anderer Ansicht ist. Ungermann,

Hinsichtlich des Umfanges der ehemännlichen Gewalt hat der österr. Richter, Mangels einer anderen Bestimmung, das österr. Recht anzuwenden.

Die Klage auf Trennung oder uneinverständliche Scheidung kann, Fälle der Retorsion ausgenommen, vom österr. Richter überhaupt nur dann angenommen werden, wenn der letzte gemeinsame Wohnort der Ehegatten im Inlande lag[55]) (2. Abtheilung lit. a des § 14 CJN). Nicht nur das Verfahren sondern auch die Beurtheilung der materiellen Voraussetzungen und Wirkungen richtet sich nach österr. Rechte[56]) u. z. sogar hinsichtlich vor diesem Domicil im Auslande bei Ausländern vorgefallener Scheidungsgründe.[57]) Dasselbe gilt von der einverständlichen Ehescheidung.[58])

Die Ehepacten sind nach den Regeln über Verträge zu beurtheilen, jedoch wo überhaupt eine Parteidisposition zulässig ist (also nicht bei von Inländern im Inlande geschlossenen Ehepacten) wird der Parteiwille auf das Recht an dem in Aussicht genommenen Sitz der Ehe, beziehungsweise am Wohnsitze des Ehemannes, gerichtet sein. Das eheliche Güterrecht ist bei einer im Inlande erfolgten Ehe von Inländern nach österr. Rechte zu beurtheilen; andernfalls wird auch hier die Bezugnahme auf das Domicil des Ehegatten zur Zeit des Eheabschlusses vorauszusetzen sein. Die Frage nach der Zulässigkeit von Verträgen resp. einer Schenkung zwischen Ehegatten ist nach §§ 4 und 34 a. b. G. zu beurtheilen, die nach den formalen Erfordernissen nach den Regeln über Verträge, nur dass hier vermöge der stricten Natur der in dieser Richtung durch das österr. Recht gesetzten Beschränkungen ein bloss zufälliger Aufenthalt (im Gegensatze zum Domicil) in einem nichtösterr. Staate österr. Eheleuten noch nicht die Möglichkeit bieten würde, die vom österr. Rechte geheischten Förmlichkeiten hintanzusetzen.

Die Frage nach der Entstehung der väterlichen Gewalt durch Geburt[59]) in der Ehe ist, insoweit diese Frage überhaupt in Österreich zur Entscheidung zu kommen hat, nach österr. Rechte zu beurtheilen.[60]) Ebenso Umfang und Beendigung der elterlichen Gewalt und die vermögensrechtlichen Verhältnisse zwischen den Eltern und Kindern. Nur in dem Falle, dass die Ehegatten im Auslande ihr Domicil genommen haben, wird anzunehmen sein, dass sie diesem ausländischen Rechte ihre diessbezüglichen Verhältnisse für die Dauer ihres Wohnsitzes unterworfen haben, und diess würde dann allerdings auch von der Wirkung einer zur Zeit dieses Domicils in der Ehe erfolgten Geburt gelten. Hinsichtlich der Adoption kommen die Grundsätze der §§ 36 und 37 zur analogen Anwendung.[61])

Die Frage nach der Paternität und den Alimentationsansprüchen bei ausserehelichen Kindern ist vom österr. Richter, falls er überhaupt zu einer Entscheidung competent ist,[62]) nach österr. Rechte zu beur-

---

GZ 1858, S. 342 betrachtet im Auslande erfolgte, nach ausländischem Rechte wirksame Verlöbnisse als auch im Inlande wirksam.

[55]) Auch hinsichtlich der Eheauflösung (i. w. S.) ist nur in diesem Falle der österreichische Richter competent; aber hier hat er unter Umständen auch auf fremdes Recht Rücksicht zu nehmen; vgl. oben. — Wenn aber das Festhalten an dieser Competenzbestimmung zu einer thatsächlichen Rechtsverweigerung führen würde, z. B. der letzte gemeinsame Wohnort war in einem Lande, nach dessen Recht der Wohnort des Beklagten allein für die Competenz entscheidend ist, so dass der in Österreich domicilierende Gatte, dem der abgesonderte Wohnort bewilligt ist, in Österreich nicht geklagt werden könnte, da dort nicht der letzte gemeinsame Wohnort war, in jenem Lande nicht, weil er dort derzeit nicht domiciliert, wäre allerdings von dieser Competenzbestimmung Umgang zu nehmen. Zu weit geht m. E. Vesque § 68, S. 242, der bei österr. Staatsbürgern stets das österr. Gericht als competent zur Eheklage ansieht, auch wenn gar nie ein gemeinsamer Wohnsitz in Österreich gegeben war, wie er auch S. 240 trotz eines solchen die Eheklagen von Ausländern dem ausländischen Gerichte zuweisen will.

[56]) Die Bestimmungen des Hofd. 23. Oct. 1801, JGS 542, beziehungsweise der als Beilagen desselben in die JGS aufgenommenen Hofd. 15. Juli 1796 und 23. Januar 1794, dass Eheklagen von Ausländern nach dem ausländischen Rechte zu beurtheilen seien, sind durch das a. b. G. (IV, K P.) derogiert. A. A. Vesque § 67, S. 239 und S. 242, N. 2.

[57]) Es folgert diess aus der strengen Auffassung des Gesetzes über die Lösung der Ehe als eines sittlichen Institutes.

[58]) Hier ist normalerweise der österr. Richter nur competent, wenn der Ehemann im Inlande domiciliert.

[59]) Nicht durch die Zeugung in der Ehe, sondern durch die Geburt in der Ehe wird die väterliche Gewalt begründet; die Zeugung kann auch vor Eheabschluss erfolgt sein. Nur dann, wenn die Geburt in der Ehe auf keine Zeugung des Ehegatten zurückgeführt werden kann, begründet sie auch keine väterliche Gewalt. Unger I, § 23, S. 195, Vesque § 68, S. 244 sprechen nur von der „Zeugung in der Ehe".

[60]) Nach Unger I, § 23, S. 195, kommt es hier stets auf den Wohnort des Vaters zur Zeit der Geburt an, nach Vesque § 68, S. 244, auf die Heimatsgesetze des Vaters.

[61]) Dass § 36 nur von der Eingehung eines „wechselseitig verbindenden" Geschäftes spricht, erklärt sich aus seinem Zusammenhange mit § 35. Die Adoption kann aber nicht schlechtweg nach § 35 beurtheilt werden, da durch sie der Adoptat der väterlichen Gewalt des Adoptanten unterworfen wird. Es wird vielmehr nur dann § 35 zur Anwendung gelangen können, wenn die Adoption zweifelsohne als im Vortheile des Minderjährigen gelegen erscheint.

[62]) Diess wird aber bei Ausländern nur der Fall sein, wenn der angebliche Vater zur Zeit der Klage in Österreich domiciliert, oder wenn der

theilen. Hinsichtlich der Ansprüche der Geschwängerten kommen die Bestimmungen über Delicte zur Anwendung.

Die Frage nach der Legitimation unehelicher Kinder durch nachfolgende Ehe ist nach den für die Eheschliessung selbst massgebenden Grundsätzen zu beurtheilen. Die vom österr. Monarchen bewilligte Rescript-Legitimation hat der österr. Richter selbstverständlich unbedingt als giltig anzuerkennen, und richten sich ihre Wirkungen nach österr. Rechte. Für Ausländer oder auch für im Auslande domicilierende Inländer wird jedoch auch eine vom ausländischen Landesfürsten bewilligte Legitimation die nach ausländischem Rechte mit ihr verbundenen Wirkungen herbeiführen.

In Vormundschaftssachen hat sich der österr. Richter, soweit seine Competenz überhaupt eingreifen kann,[63]) an das österr. Recht zu halten; die Befugnisse eines vom auswärtigen Gerichte bestellten Vormundes aber sind nach dem ausländischen Rechte zu beurtheilen. „Über die Verpflichtung zur Übernahme der Vormundschaft, über Excusationsgründe u. s. w. entscheidet das örtliche Recht des Wohnsitzes des Vormundes".[64])

Zeugungsact in Österreich erfolgte, und der angebliche Vater zur Zeit der Klage in Österreich sich auch nur vorübergehend aufhält (§ 29 c. CJN), oder im Falle des § 29 d. CJN, wenn der Staat, dem der Ausländer angehört, Klagen, die er gegen Einheimische nicht zuliesse, gegen österr. Unterthanen zulässt (auch hier handelt es sich nicht um einen Fall sogenannter materieller Reciprocität; vgl. Menger I, § 12, N. 36 u. o. S. 216). Die Frage, ob ein österr. Richter überhaupt zu einer Entscheidung competent ist, und die Frage, welches Recht er dann anzuwenden hat, sind aber an sich stets streng zu scheiden. Unger (I, § 23, S. 196) will es auch hier wie bei der ganzen Gruppe der Verhältnisse der Kinder zu den Eltern nur auf den Wohnsitz des Vaters, u. z. in diesem Falle allerdings zur Zeit der Klageanbringung, ankommen lassen.

[63]) Nach § 20 u. § 83 der CJN ist der Wohnort des Vaters zur Todeszeit oder zur Zeit des Eintrittes der Curatelursache, beziehungsweise bei einem bereits Eigenberechtigten sein eigener Wohnort massgebend. Aber auch wenn ein Ausländer, der nicht in Österreich domicilierte (vgl. Unger I, § 23, N. 150), oder ein solcher Inländer in Österreich ein minderjähriges Kind hinterlässt, „so hat das Gericht demselben einen Vormund für so lange zu bestellen, bis von der zuständigen ausländischen Behörde eine andere Verfügung getroffen wird" (§ 183 Patent 9. August 1854, RGB 208); diess wird analog auch in Curatelsachen zu geschehen haben. Nach § 225 a. b. G. ist die Verwaltung und Bestellung eines Curators hinsichtlich eines im Auslande liegenden Immobiles stets dem auswärtigen Gerichte zu überlassen, umgekehrt aber wird auch für im Inlande liegende Immobilien eines im Auslande domicilierenden Pfleglings im Inlande eine besondere Vormundschaft oder Curatel errichtet.

[64]) Unger I, § 23, S. 199, N. 3.

Hinsichtlich des Erbrechtes stellt das Abhandlungspatent 9. August 1854, RGB 208, das Princip auf, dass soferne der österr. Richter überhaupt zur Abhandlungspflege berufen ist, er stets das österr. Recht anzuwenden habe. Hinsichtlich der Frage der Testierfähigkeit und Erbfähigkeit werden, soweit es sich nicht um in Österreich liegende Immobilien handelt, hinsichtlich derer auch in diesen Richtungen nur das österr. Recht massgebend ist (Hofd. 22. Juli 1812, JGS 997, lit. b),[65]) demungeachtet die oben über Handlungs- beziehungsweise Rechtsfähigkeit aufgestellten Grundsätze zur Anwendung kommen; hinsichtlich der formellen Giltigkeit ist in analoger Anwendung der Bestimmungen der §§ 35 und 37 a. b. G. und mit Rücksicht auf das cit. Hofd. 22. Juli 1812, JGS 997 lit. b, das österr. Recht oder das des Errichtungsortes facultativ, je nachdem das eine oder andere der Existenz des Testamentes günstiger ist, zu Grunde zu legen.

Was nun die Frage nach der Competenz des österr. Richters betrifft, so ist dieser nach § 79 CJN und § 21 des Patentes stets für die Abhandlungspflege nach einem Inländer competent.[66]) Hinsichtlich der Abhandlung nach Ausländern unterscheidet das österr. Recht zwischen Immobilien und dem Mobiliarvermögen. Über im Inlande gelegene (N. 66) Immobilien ist die Abhandlung stets im Inlande zu pflegen (§ 81 CJN und § 22 des Patentes), über Mobilien ist im Allgemeinen die Abhandlung dem Heimatsstaate des Ausländers zu überlassen (§ 80 CJN, Absatz 1 und § 23 Patentes Absatz 1); nur wenn die über Verlangen im Inlande domicilierender Betheiligter edictaliter citierten auswärtigen Betheiligten sich der inländischen Competenz unterwerfen, oder wenn der auswärtige Staat den österr. Gerichten die Abhandlung über den im Ausland befindlichen Mobiliarnachlass eines Inländers oder doch eines im Auslande verstorbenen oder wohnhaft gewesenen Inländers nicht zugesteht,[67]) ist im ersteren Falle (der Zustimmung) stets die

---

[65]) Vgl. auch Unger I, § 23, S. 168 und S. 202.

[66]) Nur die Abhandlung über im Auslande gelegene Immobilien wird der österr. Richter stets dem auswärtigen Staate resp. Gericht überlassen müssen. Vgl. Kirchstetter S. 60, N. 20; auch Unger scheint diese Beschränkung anzunehmen (vgl. I, § 23, N. 158). Vgl. auch Vesque § 82, S. 277.

[67]) Formelle zum Theil wechselseitig ausdrücklich zugesicherte Reciprocität hinsichtlich der Abhandlungspflege in den Mobiliarnachlass besteht hinsichtlich Baden (Kundmachung des Minist. d. Äusseren 28. April 1862, RGB 27), Anhalt, Hamburg, Hessen-Darmstadt, Lippe-Detmold, Frankreich Artikel 2 des Staatsvertrages 11. December 1866, RGB 168), Portugal (Artikel 10 der Convention 9. Januar 1873, RGB 135 ex 1874), Italien

Competenz des österr. Richters gegeben, im zweiten Falle hingegen nach den Grundsätzen der Retorsion[68]) vorzugehen, d. i. über den im Inlande befindlichen beweglichen Nachlass eines Ausländers entweder unbedingt oder doch, falls der Ausländer im Inlande starb oder im Inlande domicilierte (je nach dem Vorgehen des anderen Staates, dem er angehörte), hierlands und nach österr. Rechte die Abhandlung zu führen (§ 80 CJN und § 23 Patentes je der zweite Absatz und § 24 Patentes). Lässt sich die Staatsbürgerschaft nicht ermitteln, so ist für den im Inlande gelegenen Mobiliarnachlass stets der österr. Richter competent. Für den Fall als aus dem Titel des Erbrechtes nach einem Ausländer, hinsichtlich dessen in Österreich weder eine Abhandlung gepflogen wurde noch zu pflegen ist,[69]) im Inlande ein Klageanspruch hinsichtlich

Artikel 12 der Convention 15. Mai 1874, RGB 96 ex 1875), Griechenland (Additionalartikel 12. Juni 1856 RGB 169), Russland (vgl. JME 8. März 1883, Z. 2775), Schweden (JME 1. September 1862, Z. 8689), Spanien (JME 25. Januar 1864, Z. 504, und 16. September 1864, Z. 8071), Türkei (§§ 141—143 Abhandlungspatentes), Rumänien, Serbien (JME 19. Juni 1864, Z. 5163 und 13. September 1870, Z. 10810), Tunis, Persien (Art. 11 Vertrages 17. Mai 1857, RGB N. 74 ex 1858), Siam (Art. 15 Vertrages 8. Mai 1871, RGB 8. ex 1873). Nach dem forum domicilii jedoch richtet sich die Zuständigkeit in und somit auch gegenüber Bayern (JME 7. April 1874, Z. 2797), Sachsen (JMV 23. September 1857, RGB 178), Preussen (JMV 30. October 1858, RGB 193), Würtemberg (JMV 29. Dec. 1858, RGB 4 ex 1859), Dänemark (JME 13. November 1859, Z. 15697), Norwegen (JME 7. März 1883, Z. 2457), Brasilien. In und gegenüber den Vereinigten Staaten, der argentinischen Republik und Uruguay greift in Erbschaftssachen die Competenz des Landes, in dem die fraglichen Nachlassstücke liegen, Platz. Belgien, Holland und Grossbritannien erkennen, da sie principiell keine Abhandlungspflege kennen, auch nicht eine auswärtige Competenz für in ihren Territorien liegende Mobilien von Ausländern an, über im Inlande liegende Mobilien solcher Ausländer ist daher im Inlande die Abhandlung zu pflegen; jedoch sind hinsichtlich Grossbritanniens gemäss JMV 26. Juni 1856, RGB 115, wegen der von diesem Staate gepflogenen congruenten Zugrundelegung österr. Rechtes in Erbschaftssachen „bei Beurtheilung der gesetzlichen Erbfolge dann, wenn der verstorbene britische Staatsangehörige nicht in Oesterreich seinen ordentlichen Wohnsitz hatte, die Gesetze seines Domicils, insoferne sie von den Betheiligten bewiesen werden, zur Richtschnur zu nehmen". Vgl. hinsichtlich der einzelnen Staaten Starr, Die Behandlung des Nachlasses der Ausländer in Österreich, Wien 1873, und Vesque v. Püttlingen, Internationales Privatrecht §§ 86—89.

[68]) Diess ist einer jener oben erwähnten Fälle, wo die Retorsion nicht darum angewandt wird, weil der fremde Staat die Österreicher anders behandelt als seine Unterthanen, sondern weil er sie so behandelt wie seine Unterthanen.

[69]) Wenn z. B. der ausländische Staat über das wo immer gelegene Mobiliarvermögen des im Auslande verstorbenen oder in Domicil gewesenen

eines Mobiliarvermögens erhoben wird, und der österr. Richter mit Rücksicht auf die Bestimmungen des § 37 CJN (es darf auch im Auslande keine Abhandlung anhängig sein) und den Wohnort des Beklagten competent ist,[70]) wird er in Anwendung der den gedachten Gesetzesstellen zu Grunde liegenden Grundsätze das ausländische Recht anzuwenden haben.[71])

3. Rechtsverhältnisse.[1])

§. 75.

Im Begriffe und Wesen des Rechtes liegt es, dass es um der Personen willen an gewisse Voraussetzungen gewisse Wirkungen knüpft; im Wesen des Privatrechtes, dass es diese Wirkungen um bestimmter Personen willen an gewisse Voraussetzungen knüpft. Wodurch aber können diese Personen bestimmt sein?

Zunächst kann diess a priori durch das Recht selbst geschehen, indem dasselbe die Personen, beziehungsweise den Personenkreis, bezeichnet, für den allein es die fraglichen Wirkungen eintreten lassen will, so dass bei nicht in diesen geschlossenen Kreis fallenden Personen, auch wenn die im Gesetze normierten Voraussetzungen gegeben wären, dennoch die an sie geknüpften Wirkungen nicht eintreten sollen; bei genauerer Betrachtung wird man sofort erkennen, dass hier eigentlich

Inländers (falls und soweit er dessen habhaft werden kann) die Abhandlung pflegt, dann ist auch das österr. Gericht befugt, über den in seiner Machtsphäre zum Vorschein kommenden Mobiliarnachlass, sollte über solchen auch schon im Auslande eine Abhandlung gepflogen worden sein, mit Ignorierung derselben eine neuerliche Abhandlung zu pflegen.

[70]) Hinsichtlich französischer und portugiesischer Unterthanen steht dem österr. Richter gar nie eine solche Competenz zu; vgl. die N. 67 angeführten Verträge; auch hinsichtlich griechischer Unterthanen dürfte dasselbe zu behaupten sein (ebenda).

[71]) Dieser Ansicht auch Vesque v. Püttlingen, Internationales Privatrecht § 83, S. 283, der aber mit Unrecht Unger (I, § 23, S. 205) für diese Ansicht citiert; nach Unger kommt es in diesen Fällen auf den letzten Wohnsitz des Erblassers an.

[1]) Neuner, Wesen und Arten der Privatsrechtverhältnisse. Eine civilistische Ausführung nebst einem Anhang, der Grundriss zu einem neuen Systeme der Darstellung des Pandecten-Rechtes, Kiel 1866, 239 S. (hiezu Bürkel Kr. VJS XI, 1869, S. 191—233, Gruchot's Beiträge XII, 1868, S. 925—929). Savigny II, § 52.

nur ein Theil der Voraussetzungen schon in der aprioristisch subjectiven Begrenzung versteckt enthalten ist; es wird unter die Voraussetzungen, unter denen für den Einzelnen gewisse Wirkungen eintreten sollen, auch eine gewisse subjective Qualification, z. B. Nationalität, Abstammung, Stand, Beruf, Religion etc. gesetzt. Aber nicht alle Voraussetzungen sind solcher rein subjectiver Natur, und durch diese rein subjectiven Qualificationen allein, ohne Hinzukommen eines äusserlichen Elementes, würde noch nicht das Eintreten bestimmter concreter Wirkungen für eine bestimmte Person und gegen eine andere bestimmte Person bewirkt werden. Eine solche subjective Qualification wird überhaupt nicht nothwendig von der Rechtsordnung gefordert, so dass dieselbe nur ausnahmsweise eine der Voraussetzungen des Eintrittes, vielmehr dort, wo sie verlangt wird, normalerweise nur Bedingung der Modification dieser Wirkungen ist.

Ist aber die Person, für welche die von der Rechtsordnung gesetzten Wirkungen eintreten sollen, nicht aprioristisch, beziehungsweise nicht durch rein subjective Momente bestimmt, so kann sie diese individuelle Bestimmtheit nur durch eine gewisse subjective Beziehung zu den äusserlichen Voraussetzungen erhalten. Damit erkennbar werde, dass die von der Rechtsordnung an gewisse Voraussetzungen geknüpften Wirkungen gerade für A (und nicht für S oder U) eintreten, muss A zu diesen Voraussetzungen in einer bestimmten äusseren Beziehung stehen. Es wird somit diese subjective Beziehung selbst für A geradezu die Voraussetzung, welche eintreten muss, damit ihm von der Rechtsordnung ihr Eingreifen gewährt wird, die subjective Voraussetzung also der von der Rechtsordnung an gewisse objective Voraussetzungen geknüpften Wirkungen. Diese Beziehung, dieses Verhältnis nun des Subjectes zu äussern thatsächlichen Momenten als Basis rechtlicher Wirkungen nennen wir im objectiven Sinne ein Rechtsverhältnis.

Es ist nun aber gewiss richtig, dass die Spitze jeden Rechtsverhältnisses, wie es für bestimmte Personen besteht, so auch gegen bestimmte Personen gerichtet ist. Da die Wirkungen, welche ein Verhältnis zum Rechtsverhältnis machen, in einem Sollen bestehen, ist hiemit schon gesagt, dass Jemand soll. Die Person des Sollenden ist aber keineswegs mit Nothwendigkeit so positiv bestimmt, wie die des Dürfenden; der Kreis des Sollenden kann auch lediglich durch die Person des Dürfenden in negativer Weise bestimmt sein; A darf, alle Nicht-A's (B—Z) sollen.

Insoferne nun als die an ein bestimmtes thatsächliches Verhältnis einer Person zu einem Theile der Aussenwelt von der Rechtsordnung geknüpften Wirkungen (Rechtswirkungen) stets wieder gegen Personen gerichtet sind, und nur gegen Personen gerichtet sein können, und das Verhältnis selbst nur durch diese von der Rechtsordnung gewährte Richtung gegen gewisse Personen zum Rechtsverhältnisse wird, kann man sagen, das Rechtsverhältnis bestehe selbst „in der Beziehung einer Person zu einer anderen Person“ [2]) während allerdings in vielen Fällen das thatsächliche Verhältnis, die äussere Basis, an welche die rechtlichen Wirkungen geknüpft werden, nur in der Beziehung einer Person zu Sachen besteht.

Es soll nun zunächst gehandelt werden: 1. von den für die Entstehung oder den Bestand von Rechtsverhältnissen relevanten Thatsachen (juristische Thatsachen); 2. von den durch den Eintritt dieser Thatsachen bedingten Phasen des Rechtsverhältnisses, d. i. seiner Entstehung, seinem Aufhören und seiner Veränderung; und 3. von dem Inhalte (d. i. den Wirkungen) des Rechtsverhältnisses.

a. Juristische Thatsachen. [1])

§ 76.

Damit für bestimmte Personen bestimmte rechtliche Wirkungen gegeben erscheinen, müssen die Voraussetzungen dieser Wirkungen bei ihnen zutreffen, d. h. es muss eine Beziehung, ein Verhältnis dieser Personen zu Theilen der Aussenwelt, sei es nun unmittelbar zu Personen oder zunächst zu Sachen und nur mittelbar durch diese wieder zu anderen Personen oder der Gesammtheit der anderen Personen vorhanden sein.

Da das Individuum nur ein Leben von endlicher und sogar sehr beschränkter Dauer hat, müssen alle Verhältnisse, in denen es zur Aussenwelt steht, entstanden sein. Diess konnte nur geschehen durch Veränderungen der bestehenden Zustände. Solche Veränderungen nennen wir Thatsachen, u. z. solche Veränderungen, an welche rechtliche Wirkungen [2]) geknüpft sind, juristische Thatsachen, und insoferne durch

---

[2]) Savigny II, § 60 S. 1; I, § 52, S. 333. Vgl. auch Unger I, S. 2 N. 4 und II, § 71, S. 1.

[1]) Zitelmann, Irrthum und Rechtsgeschäft S. 200—229: „Die juristischen Thatsachen.“ Windscheid I, § 67, 68; Unger II, § 71; Schiffner I, § 115.

[2]) Eine solche rechtliche Wirkung aber liegt nicht nur dann vor, wenn durch gewisse Thatsachen ein Rechtsverhältnis entsteht, also bestimmte positive rechtliche Wirkungen erst begründet werden, sondern auch dann, wenn durch gewisse Thatsachen ein bereits bestehendes Rechtsverhältnis modificiert oder aufgehoben wird, also bestehende rechtliche Wirkungen abgeändert oder behoben werden. Wenn im Texte im Folgenden zunächst immer von dem Einflusse von Thatsachen auf die Entstehung eines Rechtsverhältnisses die Rede ist, so ist das Gesagte auch auf die

sie Rechtsverhältnisse begründet werden, rechtserzeugende Thatsachen.

Das Rechtsverhältnis nun kann, vom Standpunct der Individuen aus betrachtet, zunächst entstehen durch äussere sachliche, d. i. nicht nachweisbar durch die Thätigkeit eines bestimmten menschlichen Individuums hervorgerufene Ereignisse, ja es kann überhaupt lediglich schon an das blosse Bestehen eines bestimmten Verhältnisses, ganz abgesehen davon, wie dieses Verhältnis entstanden ist, eine rechtliche Wirkung geknüpft sein. Wir sprechen in diesen Fällen von Zufällen und Zuständen, und ist dieser Gruppe gemeinsam, dass für den Eintritt der Wirkungen und somit auch für den Bestand der Rechtsverhältnisse nicht der Umstand massgebend ist, dass die Verhältnisse durch menschliche Thätigkeit entstanden sind, sondern nur das eine entscheidet, dass sie überhaupt entstanden sind, beziehungsweise noch fortbestehen.[3])

Ein Verhältnis kann aber auch zweitens entstehen durch menschliche Thätigkeit, u. z. in der Weise, dass die Wirkungen nur für den Fall eintreten, beziehungsweise dass nur in dem Falle ein Rechtsverhältnis vorliegen soll, wenn menschliche Thätigkeit dieses Verhältnis hervorgerufen hat; und zwar kann es sein, dass diese Thätigkeit zum mindesten anscheinend geradezu auf Hervorbringung der rechtlichen Wirkungen gerichtet gewesen sein muss, damit diese eintreten können, oder, dass die Rechtswirkungen auch eintreten, wenn die Thätigkeit nicht auf ihre Herbeiführung gerichtet war, dass es somit nur darauf ankommt, dass gehandelt wurde, nicht aber auch darauf, warum gehandelt wurde; wir werden im letzteren Falle von neutralen Handlungen, im ersteren Falle aber von Rechtsgeschäften sprechen. Eine rechtliche Wirkung beziehungsweise ein Rechtsverhältnis kann somit entstehen 1. durch neutrale Ereignisse, 2. durch neutrale Handlungen, 3. durch Rechtsgeschäfte.

α. Neutrale Ereignisse.

§ 77.

Ein Rechtsverhältnis kann in der Weise entstehen, dass zufolge eines blossen Geschehens an sich, ganz gleichgiltig, ob selbes durch menschliche Thätigkeit hervorgerufen wurde oder nicht, gewisse Wirkungen, welche die Rechtsordnung an dieses neutrale Geschehen knüpft,

Änderung und Aufhebung von Rechtsverhältnissen auszudehnen. Die Entstehung ist nur als der am meisten in die Augen springende Fall herausgegriffen.

[3]) Auch Zustände sind entstanden.

nunmehr für eine bestimmte Person oder bestimmte Personen gegen andere Personen eintreten, d. h. dass durch dieses Geschehen für gewisse Personen ein Sollen gesetzt erscheint, und für den Fall, dass dieses Sollen nicht befolgt würde, oder doch mit Rücksicht auf dieses Sollen, für eine andere Person oder andere Personen ein Dürfen.

Dieses Geschehen muss aber in einer bestimmten Beziehung zu jenen Personen oder den Verhältnissen jener Personen stehen, denen ein Dürfen aus ihm erwachsen soll. Wenn z. B. ein Stück Erdreich vom Wasser losgerissen und an anderer Stelle an ein Grundstück angespült wird, so könnte hieraus allein noch für Niemanden eine rechtliche Wirkung entstehen; diese kann erst entstehen, indem das Grundstück, an das das Erdstück hingeschwemmt wurde, zu einer bestimmten Person in einem bestimmten Verhältnisse stand, beziehungsweise daraus, dass hinsichtlich dieses Grundstückes zwischen einer bestimmten Person und den anderen Personen bereits ein Rechtsverhältnis bestand. Dann erst kann es geschehen, dass nun auch hinsichtlich des neu hinzugekommenen Grundtheiles zwischen denselben Personen wieder ein Rechtsverhältnis entsteht. Oder wenn zwei Getreidehaufen durch sachliche Zufälle vermengt wurden, würde hiedurch allein auch noch kein neues Rechtsverhältnis entstehen; Raum für selbes erwächst nur dadurch, dass diese beiden Getreidehaufen jeder bestimmten Personen gehörten.

Also auch dort, wo neutrale Ereignisse, d. i. Ereignisse, bei denen es und insoferne[1]) es bei ihnen nur darauf ankommt, dass sie eintreten und nicht darauf, aus welcher Ursache sie eintreten, ob durch Menschenthätigkeit oder ohne solcher, in Frage kommen, ist dazu, dass sie rechtliche Ereignisse werden, erforderlich, dass sie in einer gewissen Beziehung zu bestimmten Personen oder deren Verhältnissen stehen.

β. Neutrale Handlungen.

§ 78.

Ein Rechtsverhältnis kann in der Weise entstehen, dass zufolge einer menschlichen Thätigkeit gewisse Wirkungen, welche die Rechtsordnung an diese Thätigkeit knüpft, ganz unabhängig davon, ob der

[1]) Es ist allerdings möglich, dass eine ganz specielle Art des Eintrittes (z. B. absichtliche Herbeiführung durch einen Dritten oder die Betheiligten selbst) wieder andere rechtliche Wirkungen herbeiführt; bei einem derartigen Eintritte sind die fraglichen Ereignisse dann eben nicht neutrale Ereignisse, oder doch für diese Wirkungen nicht neutrale Ereignisse; insoferne es auf eine bestimmte menschliche Handlung ankommt, so dass diese entscheidend wird, werden sie dann juristisch zu Handlungen.

Eintritt dieser Wirkungen vom Handelnden beabsichtigt war oder nicht, für eine bestimmte Person oder bestimmte Personen gegen andere Personen eintreten.

Bei jeder menschlichen Thätigkeit ist schon ein Subject, ein Handelnder gegeben; an den Handelnden werden sich normalerweise[1]) die rechtlichen Wirkungen der Handlung knüpfen; wie aber die rechtliche Wirkung in einem Sollen einerseits, einem Dürfen anderseits besteht, kann die Wirkung des für den Handelnden durch sein Handeln entstandenen Rechtsverhältnisses entweder darin bestehen, dass ihm ein Sollen erwuchs, oder darin, dass ihm ein Dürfen zufiel. Und insoferne für den Handelnden aus dem Handeln ein Sollen entsteht, kann dieses Sollen nur darum und insoferne eingetreten sein, als das Handeln oder Unterlassen schon einem bestehenden Unterlassen- oder Handeln-Sollen widersprach, oder auch ganz abgesehen von vorhergehenden Bestande eines solchen Sollens. Eine neutrale Handlung kann somit für den Handelnden ein Dürfen zur Folge haben, sie kann für ihn an sich ein Sollen[2]) zur Folge haben, oder sie kann nur insoferne für ihn ein Sollen zur Folge haben, als sie einem bereits bestehenden Sollen zuwiderlauft.[3])

Als Beispiel in erster Richtung sei genannt die Specification, in zweiter Richtung die Zeugung durch die Eltern, in dritter Richtung der Diebstahl. Allen dreien ist gemeinsam, dass die gesetzte Handlung nicht oder doch nicht nothwendig darum gesetzt wurde, um die

---

[1]) Allein auch diess ist nicht nothwendig der Fall; vermöge eines speciellen Verhältnisses zwischen dem Handelnden und einem Dritten können die rechtlichen Folgen auch unmittelbar für oder wider einen Dritten eintreten. In ersterer Richtung darf nur auf den filius familias verwiesen werden; in letzterer Richtung auf die Bestimmung des § 1316 a. b. G. Vgl. auch unten N. 40.

[2]) Es ist aber keineswegs ausgeschlossen, dass nicht ein und dieselbe Handlung ein Sollen und ein Dürfen für dieselbe Person zur Folge haben könne.

[3]) Mit Recht bemerkt Pfaff im Gutachten S. 24, der Gegensatz in § 1295 a. b. G.: „Übertretung einer Vertragspflicht" und: „ohne Beziehung auf einen Vertrag" sei „ungenau: es handelt sich . . . um den Gegensatz zwischen einem aus irgend welchem Grunde schon bestehenden Verpflichtungsverhältnis und einer solchen Beschädigung, durch welche ein Verpflichtungsverhältnis zwischen dem Schadenden und Beschädigten erst neu entsteht, wobei nur freilich zu beachten ist, dass eine und dieselbe Handlung auch so geartet sein kann, dass sie als Verletzung eines bestehenden Verpflichtungsverhältnisses erscheint, aber eine Ersatzverbindlichkeit . . . auch erzeugen würde, wenn jenes Verhältnis, das durch sie verletzt wird, nicht bestünde (ein Fall der Klagenconcurrenz)".

vom Rechte an sie geknüpften Wirkungen herbeizuführen. Der Specificant verarbeitete nicht darum den Marmorblock zu einer Statue, um das Eigenthum an ihm zu erwerben;[4]) der Vater eines Kindes hatte der Mutter desselben nicht darum beigewohnt, und sie nicht darum ihm den Beischlaf gewährt, damit für dieses zukünftige Kind Rechtsverhältnisse entstehen; der Dieb stahl nicht darum, um einen Rückforderungsanspruch oder einen Schadenersatzanspruch gegen sich zu begründen.

Einer näheren Betrachtung an dieser Stelle bedarf nur die dritte der drei aufgestellten Gruppen, da hier eine genauere Erörterung der Voraussetzungen, unter denen das Handeln für den Handelnden ein Sollen zur Folge hat, nöthig ist. Wenn A zu einem bereits bestehenden Sollen, sei es nun einem Unterlassen- oder Handeln-Sollen, durch ein ihm entgegengesetztes Handeln oder ein solches Unterlassen sich in Widerspruch setzt, so liegt von seiner Seite objectiv ein Verschulden vor; er tritt aber hiedurch zugleich auch dem Interesse desjenigen, zu dessen Gunsten dieses Sollen bestanden hatte, entgegen, so dass für diesen aus dem Handeln des A ein Schade entsteht; diesen Schaden nun will der Geschädigte vom Verschulder ersetzt haben, er will Schadenersatz.[5])[6])

---

[4]) Er wusste ja gar nicht, dass der Block nicht ihm schon gehörte, sonst hätte er ihn nicht verarbeitet; wusste er diess, so hat er einem Sollen entgegengehandelt, und nun fällt seine Handlungsweise unter diesen Gesichtspunct. Vgl. Sell, Versuche im Gebiete des Civilrechts, Giessen 1833, I, S. 194—217. — Es ist demnach unrichtig, wenn man die Specification ein Rechtsgeschäft nennt; sie ist ein Geschäft, und hat rechtliche Wirkungen, aber sie ist kein Rechtsgeschäft.

[5]) Schömann, Lehre vom Schadenersatz, I. Von der Culpa (aus dem Handbuch des Civilrechtes I, 1806, N. V, abgedruckt); Löhr, Die Theorie der Culpa, 1806; Schömann, Prüfung der Theorie der Culpa des H. von Löhr, 1806 (Handbuch des Civilrechts II, N. X); Löhr, Beiträge zur Theorie der Culpa, 1808; Hasse, Die Culpa des röm. Rechts, Kiel 1815, 2. Aufl. von Bethmann-Hollweg 1838 (hiezu die derbe Beilage des II. Bandes des Archivs für civ. Praxis, 1819 von Gensler, Beitrag zu der Lehre von der Diligenz und Culpa, 3. Aufl. 1839); Elvers, De culpa lineamenta 1823; Kritz; Über die Culpa nach röm. Recht, 1823; Maurenbrecher, Juris germanici de culpa doctrina, 1827; Hepp, Die Zurechnung auf dem Gebiete des Civilrechts, 1838; Mommsen, Beiträge zum Obligationenrecht, 1855, III, S. 345 ff., Beiträge zur Lehre von der Culpa (hiezu Windscheid in der Heidelberger Zeitschr. III, S. 278 ff.); Schaaf, Abhandlungen aus dem Pandectenrecht I, Zur Lehre von der Culpa 1858; Goose, De casu quaedam observationes, Berlin, 1866; Ihering, Das Schuldmoment im röm. Privatrecht, Giessen 1867 (in den Vermischten Schriften 1879 mit einem Nachtrage herausgegeben; vgl. die Anzeige Unger's in der GZ 1867, N. 78); Goose,

Ein Verschulden, eine Schuld (Culpa) in objectivem Sinne liegt vor, wenn eine Person ihre Handlungen dem für sie gesetzten Sollen nicht

---

Zur Lehre vom Casus, Ihring's Jahrb. XI, 1868, N. II, S. 197—222; Saunders, On the Law applicable to Negligence, London 1870, 260. S.; Bar, Über die Lehre vom Causalzusammenhange im Rechte, bes. im Strafrechte, Leipzig 1871; Campbell, The Law of Negligence, Illustrated by the recent decisions of the Courts of the United Kingdom and America, San Francisco 1871, 2. Aufl. London 1879; Sherman and Redfield, A treatise on the law of negligence and the remedies for private wrongs, and the negligent performance of contracts, 1874, 759 S.; Sentz, Die Unterlassung und die Schuld, GH 1876, N. 29, 30; Wharton, On the Law of Negligence, Philadelphia 1874 (2. Aufl. 1878, 892 S., mit reicher Casuistik; hiezu Bar, Zur Lehre von der Culpa und dem Causalzusammenhange im Straf- und Civilrecht, insbesondere auch von der Haftung des Schuldners für Handlungen Anderer, Grünhut's Zt. IV, 1877, N. II, S. 21—90); Binding, Die Normen und ihre Übertretung II, 1877, § 50—55, Die Schuldacten des dolus malus und der culpa lata im gem. röm. Recht; Hesse, Zur Lehre von dolus und culpa, Archiv f. civ. Pr. Band 61, N. F. XI, 1878, N. II, S. 203—276; Waldberg, Die Mora debitoris in ihrer Beziehung zur Culpa nach dem röm. Recht, Berlin 1878, 74 S.; Rupp, Modernes Recht und Verschuldung, Diss., Tübingen 1880, 100 S.; Wächter, Würt. Pr. II, §§ 109—114; Vangerow I, §§ 104—109; Windscheid I, § 101, II, § 265; Brinz II, §§ 264—270; Unger II, §§ 100—102; Schiffner I, § 133; Stubenrauch III, S. 395, 396 (3. Aufl.).

Schömann, Lehre vom Schadenersatz, 2 Theile 1806; Hänel, Versuch einer kurzen und fasslichen Darstellung der Lehre vom Schadenersatze, 1823; Zugschwerdt, Das Recht des Schadenersatzes und der Genugthuung, Wien 1837 (hiezu Kalessa, Z. f. ö. R. 1837, III, S. 265—267); Weninger-Ingenheim, Die Lehre vom Schadenersatze nach röm. Rechte, Heidelberg 1841; Nussbaumer, Über das Mass des Schadenersatzes, 1855; Mayne, Treatise on Damages, London 1856, 3. Aufl. 1878 (Mayne and Smith); Mommsen, Beiträge zum Obligationenrecht II, Zur Lehre vom Interesse, 1855 (hiezu Windscheid, Heidelberger Ztschr. II, S. 525—563 und Esmarch, GZ 1857, N. 6); Ihering, Culpa in contrahendo oder Schadenersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen, Jahrb. f. Dogm. IV, 1860, N. I, S. 1—112; Unger, Fragmente aus einem System des österr. Obligationenrechtes, Österr. VJS XIV, 1864, N. IV, Schadenersatz S. 111—117; Cohnfeldt, Lehre vom Interesse, 1865; Pernice, Zur Lehre von den Sachbeschädigungen nach röm. Rechte, Weimar 1867 (hiezu Exner in der Kr. VJS XI, 1869, S. 312—316); Schuster, Über die Ersatzpflicht der Eisenbahnen für die in Verlust gerathenen Frachtgegenstände, GH 1872, N. 88; Hoppen, Wurzelt die Hilflosigkeit unserer Schadenersatzprocesse im Gesetze oder in der Praxis? Eine Parallele mit dem franz. Rechtszustande, GH 1874, N. 3—7; Sedgewick, A treatise on the measures of damages; or an inquiry into the principles which govern the amount of pecuniary compensation awarded by Courts of Justice, New-York, 6. Aufl. 1874; Field, The law of damages, New-York, 3. Aufl. 1876, 800 S.; Gimmerthal, Die Lehre vom Interesse in ihren Grundzügen reconstruiert, 1876 (hiezu Kohler, Zt. f. franz. Civilr. VIII, S. 269 ff.); die dem 5. Advocatentage 1880 erstatteten Gutachten (über die beantragte Revision des 30. Hauptstückes, III. Theiles des a. b. G.) von Pfaff, Randa (GZ 1878, N. 72, 73, GH 68, 69, J. Bl. 34) und Strohal (alle drei erschienen gesammelt Wien 1880, S. 168); über Pfaff's Gutachten vgl. Krasnopolski, Kr. VJS XXII, N. F III, 1880, N. XXI, S. 502—517, GZ 1880, N. 46, 47, J. Bl. 1880, N. 22, GH 1880, N. 56, Rassow in Gruchot's Beiträgen XXVI, 1882, S. 161—164; vgl. auch den Antrag des Correferenten Neumayer, GH 1880, N. 66; Unger, Beiträge zur Lehre vom Schadenersatz nach österr. Recht, Grünhut's Zt. VIII, 1881, N. IV, S. 209—253 (auch in der GZ 1881, N. 58—64); gegen Letzteren wieder Pfaff, Zur Lehre von Schadenersatz und Genugthuung nach österr. Recht, Eine Replik, ebenda N. XII, S. 613—747; Sutherland, Treatise on the law of damages embracing an elementary exposition of the law, and also its application to particular subjects of contract and tort, 3 Bände, Chicago 1882, 1883. Windscheid, Pandecten II, §§ 257, 258 und 455—461; Hasenöhrl, Obligationenrecht I, § 19; Kirchstetter S. 639—643; Stubenrauch III, S. 422, 423 (3. Aufl.). Vgl. auch die in N. 40 Genannten.

[6]) Nur der Ersatz ist civilrechtlicher Natur, die Strafe, dort wo sie überhaupt eintritt, ist — wenigstens nach moderner Auffassung — öffentlich rechtlicher Natur. Darüber, dass auch das „Schmerzensgeld" den Character eines Ersatzes und nicht einer Strafe hat, vgl. Wächter, die Busse bei Beleidigungen und Körperverletzungen nach dem heutigen gemeinen Recht, Leipzig 1874, S. 72 ff., 77 ff. und Unger in den Beiträgen zur Lehre vom Schadenersatz nach ö. R. (Grünhut's Zeitschrift VIII, S. 221), Pfaff im Gutachten S. 16 und die daselbst N. 49 Angeführten.

[7]) „Der Mangel richtiger Vorstellung von einem Gegenstande lässt sich auf zweyerley Weise denken: entweder als blosse Bewusstlosigkeit in Beziehung auf denselben, oder als falsche Vorstellung, welche die Stelle der wahren eingenommen hat. Den ersten Zustand nennen wir Unwissenheit, den zweiten Irrthum. Die juristische Beurtheilung ist für beide

anpasst, also eine Handlung setzt, etwas thut, wo sie nicht handeln sondern unterlassen sollte, oder eine Handlung nicht setzt, etwas unterlässt, wo sie nicht unterlassen, sondern handeln sollte. Hiemit ist eine Nichtbefolgung des Sollens, somit objectiv eine Rechtsverletzung, ein Verschulden gegeben. Es entsteht nun aber die Frage: ist es wirklich ganz gleichgiltig, in welcher Absicht gehandelt oder unterlassen wurde, ist es nicht etwa speciell erforderlich, dass der Handelnde oder Unterlassende dem Rechte, das er verletzte, auch wirklich entgegenhandeln wollte, somit dieses Sollen kannte und sein Handeln als ein diesem Sollen widersprechendes erkannte? Oder umgekehrt formuliert, ist eine Rechtsverletzung und eine hiedurch erwachende Entstehung eines Rechtsverhältnisses nicht ausgeschlossen, wenn sich der Handelnde hinsichtlich der Relevanz seines Thuns im Unklaren (Unwissenheit, Irrthum)[7]) befunden hatte?

Bevor in diese Frage eingegangen wird, soll noch in's Auge gefasst werden, woraus denn ein solcher Irrthum entstanden sein könnnte. Er kann zunächst den Rechtssatz, gegen welchen verstossen wurde, selbst betreffen: der Handelnde wusste nicht, dass dieser Rechtssatz bestehe,[8]) sei es nun, dass er ihn gar nicht kannte, oder seinen Inhalt verkannte; er kann zweitens die eigene Handlung des Handelnden in ihren thatsächlichen Elementen[9]) betreffen: A wusste nicht, er setze H, er meinte vielleicht H_1 zu setzen;[10]) er kann schliesslich dritten den Zusammenhang zwischen dem Rechtssatze und der Handlung betreffen: A erkannte nicht, dass seine Handlung gegen den Rechtssatz verstosse.[11]) Wir nennen den ersteren Irrthum einen Rechtsirrthum, die zweite Art des Irrthumes einen Thatirrthum; die dritte Art des Irrthumes betrifft das Rechtsverhältnis und lässt sich in letzter Linie wieder zurückführen 1. auf einen Rechtsirrthum oder 2. einen Irrthum über Handlungen des Rechtsverletzers oder Thatsachen überhaupt, oder 3. auf einen logischen Irrthum, einen Denkfehler. Es lässt sich somit

---

Zustände völlig dieselbe.“ (Savigny III, S. 326.) „Unwissenheit ist gänzlicher Mangel der Kenntnis, Irrthum Mangel der richtigen Kenntnis: jenes ist Mangel der Vorstellung überhaupt, dieses Mangel der richtigen Vorstellung, falsche Vorstellung. In juristischer Beziehung stehen Unwissenheit und Irrthum ganz gleich.“ (Unger II, § 77, S. 32.)

[8]) A wusste nicht, dass er sein Vieh nicht auf fremden Wiesen weiden lassen dürfe. Oder B wusste nicht, dass er fremdes auf seinen Wiesen weidendes Vieh nicht niederschiessen dürfe.

[9]) Und zwar kann der Irrthum, beziehungsweise das Unwissen des A darin bestehen, 1. dass er überhaupt nicht wusste, er handle (z. B. A handelt im Schlafe) oder über den unmittelbaren Inhalt seines Handelns im Irrthum war; 2. dass er sich in der Identität eines äusseren Objectes seiner Thätigkeit täuschte; 3. dass er die physischen Wirkungen seiner Handlung nicht erkannte.

[10]) A wusste wol, dass er sein Vieh nicht auf fremdem Grunde weiden lassen dürfe, aber er glaubte sein Vieh auf seine Weide M zu treiben, während er sie auf die Weide N des B auftrieb. B wusste wol, dass er fremdes Vieh, auch wenn er es auf seinem Weidegrunde beträte, nicht schiessen dürfe, aber er wollte gar nicht schiessen, das Gewehr entlud sich von selbst, oder er glaubte blind geladen zu haben (erster Fall der Note 9); oder er wollte nicht auf die Kuh, sondern auf ein in der Nähe aufstehendes Wild schiessen (zweiter Fall); oder er wollte nur schrecken und glaubte wegen der Entfernung nicht treffen zu können (dritter Fall).

[11]) A wusste wol, dass er sein Vieh nicht auf fremde Weide auftreiben dürfe, er wusste auch, dass er sein Vieh auf die Weide N auftrieb, aber er meinte die Weide N gehöre ihm, oder er meinte, B habe ihm den Viehauftrieb gestattet. Oder B wusste, er dürfe fremdes Weidevieh nicht erschiessen, er schoss auch thatsächlich auf eine weidende Kuh P, aber er glaubte, die Kuh P sei sein Eigenthum.

jeder Irrthum zurückführen entweder 1. auf einen Rechtsirrthum (error juris); oder 2. einen Handlungsirrthum[12]) oder überhaupt einen Thatsachenirrthum (error facti); oder 3. auf einen logischen Irrthum.[13])

Das Verhältnis, das durch die objective Rechtsverletzung des A entstand, lässt sich nun vom Standpuncte desjenigen, zu dessen Gunsten das Sollen aufgestellt war, oder aber desjenigen, der gegen dasselbe verstossen hat, betrachten.

Für Ersteren ist aus dem Handeln des A ein Schade erwachsen, er hat den verbietenden Rechtssatz für sich und fordert daher Ersatz, ohne zu fragen, ob A mit Willen so gehandelt hatte, und warum er so gehandelt hatte. Vom Standpuncte des A jedoch aus wird sich das Verhältnis wieder anders ansehen. Da das von der Rechtsordnung aufgestellte Sollen zunächst bestimmt ist, eine Schranke für den Willen des Einzelnen zu bilden, lässt sich diess so auffassen, dass zunächst

---

[12]) An dem Handlungsirrthume wird aber auch in vielen Fällen ein Thatsachenirrthum Theil haben; z. B. A glaubte, nicht scharf zu schiessen, weil er nicht wusste, sein Gewehr sei mit Schroten geladen. — Beispiele über error juris und error facti in Lex 1 D, 22, 6.

[13]) Savigny III, S. 327 hebt neben Error juris und Error facti den Irrthum „in der unrichtigen Subsumtion der Thatsachen unter die Rechtsregel“ hervor, welcher aber stets dem Error facti zuzuzählen sein soll; aber was er (S. 339) als solchen Subsumtionsirrthum anführt (Auslegung der Lex Fratre a Fratre) ist thatsächlich ein Rechtsirrthum (vgl. auch Mühlenbruch S. 423). Bei Savigny ist diese Frage übrigens darum von keiner weiteren Bedeutung, weil er, wenn ein Rechtssatz controvers ist, überhaupt auch den Rechtsirrthum für entschuldbar erklärt (S. 337, derselben Ansicht Unger II, § 77, S. 35). Scheinbar näher rückt der Frage Unger II, § 77, S. 34: „Der Irrthum in der Subsumtion der Thatsachen unter die Rechtsregel ist demnach bald ein Rechts- bald ein factischer Irrthum, je nachdem man über den Obersatz, unter den subsumiert werden soll, oder über den Untersatz, der subsumiert werden soll, irrt.“ Aber in diesen Fällen liegt wirklich ein error juris oder ein error facti vor, und darum liegt gar kein Subsumtionsirrthum i. e. S. vor: ein solcher liegt vielmehr nur dann vor, wenn weder über den Obersatz noch über den Untersatz, sondern nur über den Schlusssatz geirrt wird. Es wird z. B. geschlossen:

Alle A sind B
Alle C sind B
folglich: Einige C sind A.

Hier ist weder ein Rechtsirrthum noch ein Thatsachenirrthum, sondern nur ein logischer Irrthum vorhanden. Derselbe aber hat auf rechtlichem Gebiete gar keine weitere Relevanz als die, dass er den dolus ausschliesst; er begründet immer culpa lata, insoferne er nicht in der ganzen subjectiven Anlage des Handelnden seine zwingende Ursache hat, also nicht Unzurechnungsfähigkeit vorliegt.

jene Handlungen, welche unabhängig vom Willen gesetzt sind, auch gar nicht die von der Rechtsordnung an diese Handlungen sonst geknüpften Wirkungen nach sich ziehen. Ja noch mehr; wir verlangen von der Rechtsordnung, dass sie uns Sicherheit gewähre, dass wir somit bei unseren Handlungen ihr rechtliches Resultat sollen erkennen können; d. h. es soll keine Handlung solche rechtliche Folgen haben, die bei ihrer Unternehmung nicht erkannt werden, somit den Willen, die Handlung zu setzen oder zu unterlassen, nicht beeinflussen konnten. Nur insoferne A bei seiner Handlung den Causalzusammenhang zwischen ihr und ihren thatsächlichen Folgen, beziehungweise den vom Rechte an sie geknüpften Wirkungen erkennen, in seine Berechnung ziehen konnte, trifft ihn ein subjectives Verschulden daran, dass er dem Sollen entgegenhandelte, und nur insoferne wird er seine Ersatzpflicht zugeben wollen.

Der erstere Standpunct, dass nemlich schon die objective Verschuldung, auch abgesehen von einer subjectiven Verschuldung, einer persönlichen Imputabilität, einen Ersatzanspruch begründe, war im Allgemeinen der des älteren deutschen Rechtes.[14]) Der letztere Standpunct, der nemlich, dass nur eine subjective Verschuldung eine Ersatzpflicht zu begründen vermöge, ist im Wesentlichen der des römischen und auch des österr.[15]) Rechtes.

Es werden somit für das österr. Recht bei Beantwortung der Frage nach der rechtlichen Bedeutung einem Sollen zuwiderlaufender neutraler Handlungen oder Unterlassungen vorerst jene auszuscheiden sein, welche von einem Willensunfähigen erfolgten, sohin jene, welche

[14]) Vgl. Sachsenspiegel II, 65, § 1, III, 3.

[15]) §§ 1294, 1295, 1306 a. b. G. In dreifacher Richtung kann eine Erweiterung der Haftung für Schadenersatz über den Kreis des eigenen Verschuldens hinaus gedacht werden. Haftet eine Person nicht auch unter Umständen für den Schaden aus Handlungen, die sie ohne Culpa setzte? Haftet sie nicht auch unter Umständen für die Culpa Anderer? Haftet sie nicht auch sogar unter gewissen Voraussetzungen für den Schaden aus nichtculposen Handlungen Dritter? Es soll hier nur bemerkt werden, dass nach österreichischem Rechte in jeder dieser drei Richtungen Erweiterungen der Haftpflicht über das Gebiet eigener Culpa statuiert sind. Schon im Folgenden werden Belege hierfür erbracht werden, während die Specialisierung der einzelnen Fälle naturgemäss erst bei Darstellung der einzelnen Rechtsverhältnisse erfolgen kann.

[16]) § 1294 a. b. G.: „Der Schade entspringt entweder aus einer widerrechtlichen Handlung, oder Unterlassung eines Anderen; oder aus einem Zufalle. Die widerrechtliche Beschädigung wird entweder willkürlich, oder unwillkürlich zugefügt. Die willkürliche Beschädigung aber gründet sich

ohne Willen des willensfähigen Handelnden eintraten,[16]) schliesslich

theils in einer bösen Absicht . . . theils in einem Versehen . . . Beides wird ein Verschulden genannt.“ § 1295 a. b. G.: „Jedermann ist berechtigt, von dem Beschädiger den Ersatz des Schadens, welchen dieser ihm aus Verschulden zugefügt hat, zu fordern. . .“ § 1306 a. b. G.: „Den Schaden, welchen Jemand ohne Verschulden oder durch eine unwillkürliche Handlung verursacht hat, ist er in der Regel zu ersetzen nicht schuldig.“ § 1308 a. b. G.: „Wenn Wahn- oder Blödsinnige, oder Kinder Jemanden beschädigen, der durch irgend ein Verschulden hierzu selbst Veranlassung gegeben hat; so kann er keinen Ersatz ansprechen.“ § 1309 a. b. G.: „Ausser diesem Falle gebührt ihm der Ersatz von denjenigen Personen, denen der Schade wegen Vernachlässigung der ihnen über solche Personen anvertrauten Obsorge beigemessen werden kann.“ Aber auch dann, wenn weder ein Verschulden des Beschädigten noch der Aufsichtspersonen nachweisbar ist, oder doch aus letzterem Titel (z. B. wegen Mittellosigkeit der Aufsichtspersonen) ein Ersatz „nicht erhalten“ werden kann, auch nicht zu entnehmen ist, dass „dem Beschädiger, ungeachtet er gewöhnlich seines Verstandes nicht mächtig ist, in dem bestimmten Falle „dennoch ein Verschulden zur Last liege“ (dieser Fall wird zwar im Gesetz formal als Ausnahme angeführt, fällt aber thatsächlich unter die Regel, was Pfaff in Grünhut's Zeitschr. VIII, S. 714, als Argument für seine Behauptung, es handle sich im § 1310 überhaupt nicht um Ausnahmen, sondern um einen Ausfluss einer allgemeinen Regel, zu verwerthen sucht) — auch dann „soll der Richter mit Erwägung des Umstandes . . . ob der Beschädigte aus Schonung des Beschädigers die Vertheidigung unterlassen habe, oder . . . mit Rücksicht auf das Vermögen des Beschädigers, und des Beschädigten, auf den ganzen Ersatz, oder doch einen billigen Theil desselben erkennen“ (§ 1310 a. b. G.). Für richtig halte ich es, wenn Pfaff im Gutachten N. 172 sich dahin ausspricht, es sei das Wort „Kinder“ im § 1308 aus § 21 zu interpretieren, für „Kinder“ über sieben Jahre trete die unbeschränkte Haftung ein (anders Kirchstetter S. 647); aber de lege lata für nicht gerechtfertigt erachte ich es, wenn derselbe S. 58 cit. behauptet, die Bestimmung des § 1308 sei überhaupt auch auf Schäden, „die zugefügt werden im Zustande des Deliriums, des Nachtwandelns, der unverschuldeten Volltrunkenheit, des heftigen Schreckens, durch eine Reflexbewegung u. dgl.“ auszudehnen. Hiegegen Krasnopolski, Kr.VJS XXII, S. 510, Unger in Grünhut's Zeitschr. VIII, S. 232, N. 6, Randa, Jur. Bl. 1881, N 5, und gegen diese wieder Pfaff in der Replik, Grünhut's Zeitschr. VIII, S. 711—719, mit Berufung auf den oben besprochenen Zwischensatz in § 1308. Thatsächlich weitergehend war die Bestimmung des WGG III, § 456: „Kinder und Wahnsinnige können weder einer Hinterlist noch einer schuldbaren Unwissenheit beschuldigt werden. Der aus ihren Handlungen entstandene Schade, wenn sie Niemand durch ein Verschulden zum Handeln veranlasst hat, gehört zu den Zufällen. Weil aber der Schadenersatz sich auf das Vertheidigungsrecht gründet, welches auch gegen Kinder und Wahnsinnige statthat, so fällt derselbe, wenn er nicht von dem Schuldigen geleistet worden ist, dennoch auf den Beschädiger.“ Von neueren Gesetzen vgl. das Züricher Gesetzbuch § 1835, wonach im Falle einer Beschädigung durch unzurechnungsfähige Personen „durch freies richterliches Ermessen dem Schädiger, wenn er eigenes Ver-

aber auch diejenigen, welche zwar mit Willen des Handelnden gesetzt

mögen hat, der Schadenersatz ganz oder theilweise auferlegt werden" kann. — Die Bestimmung des § 1310 wurde von der einen Seite lebhaft angegriffen (so Unger II, § 100, S. 232, I, § 11, N. 20, und neuerdings in den Beiträgen zur Lehre vom Schadenersatze in Grünhut's Zeitschrift VIII, S. 235, 236), auf der anderen Seite aber warm in Schutz genommen von Pfaff im Gutachten N. VI, bes. S. 59 (vgl. auch Pfaff in Grünhut's Zeitschr. II, S. 274 u. VIII, S. 711—712), von Strohal im „Gutachten S. 13, 14 (vgl. auch Thon, Rechtsnorm und subjectives Recht S. 106, N. 71 i. f.). Aber im Principe erkennt gegenwärtig auch Unger das practische Resultat des § 1310 a. b. G. als zweckmässig an. Sein Einwand richtet sich wol dermalen nur mehr gegen die Form des § 1310; es solle keine Ersatzpflicht bestehen, sondern, wie normalerweise auch der persönlich delictsfähige, aber schuldlose Beschädiger auch ohne Rechtspflicht aus „Anstandsgefühl" freiwillig Ersatz leisten werde, solle hier für den Willensunfähigen, der ja keinen freiwilligen Ersatz leisten könne, im officiosen Wege ein solcher Ersatzanspruch liquidiert werden (S. 238). Aber zeigt uns nicht vielmehr gerade dieses „Anstandsgefühl", dass es zweckmässiger wäre, die Bestimmung des § 1310 a. b. G. weiter auszudehnen? Der § 1310 enthält nur eine unter den in ihm festgesetzten Beschränkungen m. E. vollkommen gerechtfertigte Berücksichtigung des oben im Texte entwickelten Standpunctes des Beschädigten. Warum soll denn gerade dieser den Schaden leiden, wenn ein Wahnsinniger sein Auslagefenster zertrümmert? Warum soll dieser Zufall gerade ihn und nicht unter Umständen den Verrückten treffen? Wenn es auch richtig ist, dass den Irren kein Verschulden trifft, so ist es doch ebenso richtig, dass auch den Beschädigten kein Verschulden trifft. Die Grenzen der Ersatzpflicht sind mit solcher Mässigung gesteckt, dass es, würden nicht L. 61, D. 26, 7 (impune autem puto admittendum, quod per furorem alicujus accidit, quomodo si casu aliquo sine facto personae id accidisse) und ähnliche Stellen die Lösung bieten, unbegreiflich sein müsste, wie man in § 1310 a. b. G. einen „Billigkeitsdespotismus" erblicken konnte. Ganz gewiss haben die Wirkungen dieser Bestimmung auch nichts „Fremdartiges", für den nicht romanistisch gebildeten Laien wenigstens gewiss nicht. Wenn der reiche Gutsbesitzer in einer Anwandlung von Wahnsinn dem armen Häusler das Feld verwüstet oder dessen strohgedeckte Hütte in Brand steckt, so würde dieser vielmehr weit eher und noch dazu sehr unangenehm „befremdet" sein, wenn er erführe, er habe keinen Ersatzanspruch, er müsse ein Bettler sein, weil sein reicher Nachbar verrückt geworden sei. Das Resultat einer solchen Rechtsregel wäre, dass der Bedrohte jeden solchen willensunfähigen Beschädiger, wenn er ihn nicht auf andere Art abwehren kann, vernünftigerweise niederschiessen müsste, und nach § 2 StGB auch niederschiessen dürfte; diese Tödtung war dann nöthig, „um einen rechtswidrigen Angriff auf .. Vermögen .. abzuwehren", während, dort, wo eine Ersatzpflicht besteht, ein derartiges Vorgehen nicht immer als nöthig wird anerkannt werden können (vgl. auch Pfaff in Grünhut's Ztg. VIII, S. 721). Theoretisch unhaltbar ist freilich die Motivierung Zeiller's (Natürl. Privatrecht, S. 22): „Ich habe das Recht, selbst eine unwillkürliche Verletzung mithin auch die Fortsetzung einer unwillkürlichen Verletzung, mit Nachtheil des Angreifers von mir abzuwenden. Weil nun die Verletzung meines

wurden, deren Rechtswidrigkeit aber von ihm nicht erkannt werden konnte.[17])

Eigenthums so lange fortwährt, bis es in den vorigen Stand zurückgesetzt wird, so kommt mir das Recht zu, mich aus dem Vermögen des Beschädigers schadlos zu halten," — da hier an Stelle der „Fortsetzung" des ersten Satzes in den zweiten Satz plötzlich das „Fortwähren" hineinescamotiert wird. Vgl. hiezu die Äusserung Haan's in Pfaff's Gutachten, S. 55. Es ist wol richtig, dass der Satz: „Nicht der Schaden verpflichtet zum Schadenersatz, sondern die Schuld" (Ihering, Schuldmoment S. 40) die Basis unserer positiven Rechte bildet. Aber mit Recht wurde bezweifelt (Thon, Rechtsnorm S. 106), „ob der Satz unserem heutigen Gerechtigkeitsgefühle in der That völlig entspricht". Und auch im positiven Rechte ist dieser Satz, welcher „als ein geschichtlich nothwendiges Glied der Entwicklung, als eine Reaction gegen die rohere Rechtsanschauung früherer Zeit, welche nicht anstand, selbst Strafe über den Schuldlosen zu verhängen", betrachtet werden muss (Thon, cit. S. 105), bereits theilweise durchbrochen, und eben eine solche Durchbrechung enthalten die oben erwähnten Bestimmungen. Es sind diess Fälle, in denen man von unverschuldetem (Hälschner, Die Lehre vom Unrecht und seinen verschiedenen Formen, Gerichtssaal XXI, 1869, S. 24 ff. und ibid. XXVIII, 1876, S. 404 ff.), objectivem (Ihering, Das Schuldmoment im röm. Privatrecht, 1867), schuldlosem (Thon, Rechtsnorm und subj. Recht S. 71 ff.) Unrecht spricht. Aber „ob es passend sei, ein solches schuldloses .. Verhalten als Unrecht zu bezeichnen" (Thon, S. 76), kann wol bezweifelt werden, denn in unserer sprachlichen Auffassung des Wortes Unrecht liegt schon das subjective Moment. Aus dem oben im § 1 Ausgeführten ergibt sich, dass das Sollen des Rechtssatzes zunächst auf ein Geschehen oder Unterlassen, dann auf ein Ersetzen, und schliesslich auf ein Strafen gehen kann, und dass nur für das Strafendürfen ein Verschulden absolute Voraussetzung ist. Für das Eingreifen des Erfüllungs- oder Ersatzzwanges kann schon die blosse Verletzung des Rechtssatzes, dass geschehen ist, was nicht hätte geschehen sollen, genügen. Mit Recht betont Thon (S. 95), „dass die Normen dem Handlungsunfähigen so gut wie dem Handlungsfähigen gelten". Die Rechtsordnung wird gerade den Unzurechnungsfähigen gegenüber „sich mit Aufstellung ihrer Gebote und Verbote am Wenigsten begnügen können. Wenn überhaupt, muss hier an die Übertretung der Norm .. eine practische Folge geknüpft werden" (S. 96). „Ganz irrig wäre es, zu denken, dass es der Rechtsordnung gerade auf das Gehorchen ankäme. Die Norm, wie die Normbefolgung ist ihr nur Mittel zum Zwecke; sie erstrebt den Zustand, der bei Befolgung ihrer Imperative eintreten würde" (S. 98). Vgl. N. 40. Vgl. über das unverschuldete Unrecht und das Strafmoment auch Binding, Die Normen I, S. 135: „es gibt nur verschuldetes Unrecht;" S. 174: „Strafbares Unrecht ist Unrecht, bei welchem das Delictsmoment als Quelle von Straffolgen anerkannt wird; unsträfliches Unrecht dasjenige, bei welchem das positive Recht das Delictsmoment übersehen will"; S. 175: „Strafunfähig ist seinem Wesen nach allein das sog. objective Unrecht, weil es eben Zufall und nichts weiter ist: straffähig ist alles Unrecht."

[17]) Auch hier liegt eigentlich eine Willensbeschränkung vor; ein solcher Irrthum stellt sich „gleichsam als ein Zwang der Aussenwelt" dar

Wann aber kann von Jemandem die Rechtswidrigkeit einer Handlung oder Unterlassung nicht erkannt werden? Ausgeschlossen ist a priori die Relevanz einer Unkenntnis des objectiven Rechtes; ein Rechtsirrthum ist kein Hindernis der subjectiven Imputabilität eines objectiven Verschuldens.[18]) Das Recht verlangt eben von Jedem,[19]) dass er es kenne; seine Sache ist es, diese Kenntnis sich zu verschaffen.

(Lassalle I, S. 113). Anders aber wenn der Irrthum erkannt werden konnte, es somit nur einer mangelnden Willensenergie des Handelnden zuzuschreiben ist, dass er nicht erkannt wurde; ein solcher Mangel der Erkenntnis stellt sich in letzter Linie als ein Mangel des Willens, als „negativ böser Wille" (Koch, Recht der Forderungen I, § 22) dar. Dieses letztere Verhältnis wurde früher oft verkannt; so sagt noch das WGGB III, § 420: „Jedes Verschulden rührt von einem vermeidlichen Fehler entweder des Verstandes oder des Willens her: von einem Fehler des Verstandes, wenn man das nicht weiss oder bemerkt, was man wissen oder bemerken soll; von einem Fehler des Willens, wenn man von seiner erkannten Pflicht vorsätzlich abweicht." § 421: „Äussert sich der Fehler von Seite des Verstandes, so heisst er ein Versehen, eine Nachlässigkeit; äussert er sich von Seite des Willens, so heisst er eine Bosheit." Vgl. aber § 1294 a. b. G.: „Die willkürliche Beschädigung . . gründet sich theils in einer bösen Absicht . . . theils in einem Versehen." Es darf aber darüber, dass auch die culpa (im Gegensatze zum dolus genommen) sich auf einen Willensmangel zurückführen lässt, nicht vergessen werden, dass sie auch ein Erkenntnismangel ist, dass nur ein Irrthum, wenn auch ein verschuldeter Irrthum, verhindert, dass sie zum dolus werde. Sobald der Handelnde bestimmt weiss, seine Handlung werde diese oder jene rechtswidrigen Folgen haben, und sie dennoch setzt, liegt immer dolus vor, mag auch seine Absicht nicht auf Herbeiführung dieser sondern anderer Folgen gerichtet gewesen sein. Z. B. A schlägt, weil er mit B gestritten hat, aus einem vollen Weinfasse des B die diesem früher geliehene Fasspipe heraus; ihm ist es gar nicht darum zu thun, dass der Wein ausrinne; er will nur seine Pipe zurückhaben, da er dem B keine Gefälligkeit mehr gewähren will. Aber er musste bestimmt wissen, dass nun der Wein ausrinnen werde, und darum ist sein Handeln dolos. Hätte er sich aber in dem Irrthume befunden, das Fass sei schon leer, dann könnte höchstens culpa vorliegen.

[18]) L. 9 pr. D. 22, 6: Regula est, juris ... ignorantiam cuique nocere, ferner L. 2, D. 22, 6; L. 2, C. 1, 18. Vgl. aber L. 10, D. 37, 1; L. 2, § 5, D. 38, 15 und die L. 9, § 3, D. 22, 6 mit ihren mehrfach gedeuteten Schlussworten (Sed juris ignorantiam non prodesse, Labeo ita accipiendum existimat, si jurisconsulti copiam haberet, vel sua prudentia instructus sit: ut, cui facile sit scire, ei detrimento sit juris ignorantia: quod raro accipiendum est). § 2 a. b. G.: „Sobald ein Gesetz gehörig kundgemacht worden ist, kann sich Niemand damit entschuldigen, dass ihm dasselbe nicht bekannt geworden sei."

[19]) Nach r. R. gab es hinsichtlich des Rechtsirrthumes gewisse privilegierte Personenclassen; nicht so nach österr. R.

Man hat die verschiedensten Versuche gemacht, diese Unentschuldbarkeit des Rechtsirrthumes aus einem höheren ethischen Principe abzuleiten, aus der Natur des Rechtes[20]) selbst zu erklären; sie ergibt sich allerdings aus der Natur des Rechtes, aber in einem anderen Sinne genommen, als der, den man gewöhnlich mit diesen Worten verbindet. Ein Recht, das nur angewendet sein wollte, wenn es von den Handelnden gekannt war, würde sich selbst den Boden seiner Anwendbarkeit entziehen und sich in die Luft stellen. Das Recht muss die möglichste Pression auf den Einzelnen üben, dass er sich bemühe, es kennen zu lernen, und diess wird ihm am erfolgreichsten dadurch gelingen, dass es mangelhafte Bekanntschaft mit ihm als Grund seiner Nichtanwendbarkeit grundsätzlich ausschliesst; je grösser die Gefahr aus der Rechtsunkenntnis, desto mehr wird sie Jeder zu vermeiden suchen; das Recht muss auch eine mögliche, nur in den seltensten Fällen widerlegbare Ausflucht der Handelnden, dass sie das Recht nicht gekannt haben, a priori abschneiden und unmöglich machen.

Es erübrigt somit nur noch, die Relevanz des Thatsachenirrthums, des Error facti,[21]) zu untersuchen. Hiezu aber wird es erforderlich

---

[20]) So z. B. Lassalle I, S. 115 nach Hegel: „Das Recht ist ... nur die herausgesetzte eigene Innerlichkeit und Verstandesnatur des Individuums ... Wer also über das Recht irrt, irrt nicht über etwas Gegenständliches, sondern über das eigene Wesen des Geistes, worüber der Geist, weil es ihm nichts Fremdes ist, nicht zu irren braucht." Hienach aber kommt Lassalle I, S. 117, zu dem Resultate, es sollte „der Rechtsirrthum da keine gültige und schädliche Wirkung haben, wo das Recht seine . . . mit dem Volksgeiste identische Natur verlierend, selbst wieder in Zufälligkeiten ausläuft." Hiemit aber würde der Rechtsirrthum nur auf dem Gebiete des Gewohnheitsrechtes unentschuldbar sein. Lassalle freilich meint, unter seine Ausnahme fallen lediglich die auch von Savigny III, S. 336, 337, aufgestellten angeblichen Fälle der Entschuldbarkeit eines Rechtsirrthumes, nemlich controverse und localparticularrechtliche Rechtssätze. Bei Savigny sollen diese beiden Beschränkungen, wie auch die Unentschuldbarkeit des Rechtsirrthumes selbst nur eine Folge des höheren Principes sein, „dass kein Irrthum, der auf grosser Nachlässigkeit beruht, dem Irrenden zu gut kommen soll" (S. 335). Den Irrthum über controverse Rechtssätze erklärt auch Unger II, § 77, S. 35, für entschuldbar. Ganz ungerechtfertigt ist es, auf Grund L. 9, § 3, D. 22, 6 für das österreichische Recht, den Rechtsirrthum als entschuldbar zu erklären, „wenn es dem Irrenden an Gelegenheit zur Rechtsbelehrung gefehlt hat" (Unger, ibid.).

[21]) Für das röm. Recht L. 2, D. 22, 6: In omni parte error in jure non eodem loco, quo facti ignorantia, haberi debebit, quum jus finitum et possit esse et debeat, facti interpretatio plerumque etiam prudentissimos fallat. L. 9 pr. ibid.: Regula est, juris quidem ignorantiam cuique nocere, facti vero ignorantiam non nocere. L. 9, § 2 ibid.: Sed facti ignorantia ita demum cuique non nocet, si non ei summa negligentia objiciatur.

sein, zunächst das Verhältnis zwischen der die Rechtsverletzung enthaltenden oder bedingenden Handlung und dem Rechte, dem normierten Sollen in's Auge zu fassen.

Das Sollen, gegen welches gehandelt wurde, kann in der Art vom Gesetze aufgestellt sein, dass es nicht durch ein besonderes bestehendes Verhältnis zwischen concreten Personen bedingt ist: zu Gunsten einer Person oder einer Personengruppe ist allen Anderen ein Sollen auferlegt. Es kann aber auch in der Art vom Gesetze constituiert sein, dass es nur dann gegeben sein soll, wenn und insoferne zwischen bestimmten Personeń ein bestimmtes rechtliches Verhältnis bereits besteht. Während also im ersteren Falle das der Handlung [22]) entgegenstehende Sollen ohne Dazwischentreten von die Anwendbarkeit eines Rechtssatzes bedingenden und vermittelnden Thatsachen unmittelbar aus der Rechtsordnung selbst zu entspringen scheint, [23]) stellt es sich im letzteren Falle als Folge eines schon zwischen bestimmten Personen und speciell zwischen diesen Personen bestandenen Rechtsverhältnisses dar. [24]) Aber in Wahrheit gründet sich auch dieses erste Sollen auf ein wenn auch entferntes Rechtsverhältnis zwischen dem Sollenden und Jenem, dem das Sollen zu Gute kommt; schon dadurch, dass A, B, C, ... Y die Person und das Eigenthum des Z nicht verletzen sollen, stehen sie zu ihm in einem gewissen, wenn auch nur losen und entfernten Rechtsverhältnis (vgl. oben § 75), und der Unterschied zwischen diesem und dem zweiten Falle liegt nur darin, dass in letzterem das Verhältnis zwischen ganz bestimmten Personen besteht, und schon darum allein ein viel engeres und innigeres ist. [25])

Es wäre nun naheliegend, die Frage nach der subjectiven Entschuldbarkeit eines Handlungs- oder Thatsachenirrthumes in Zusammenhang zu bringen mit der Natur des Rechtsverhältnisses, dem die objective Verschuldung, die Rechtsverletzung entspringt. Ein Irrthum kann,

[22]) Solche Handlungen werden Civildelicte i. e. S., auch Delicte schlechtweg genannt.

[23]) Z. B. der Satz, Du sollst nicht tödten, Du sollst nicht stehlen. Gegen die ungenaue Ausdrucksweise in §§ 859, 860 a. b. G. vgl. Unger II, § 72, S. 4.

[24]) Z. B. A wurde von seinem Dienstgeber B beauftragt, das Geschäftslocal abzuschliessen; er hat diess unterlassen oder dasselbe nur schlecht versperrt, so dass Diebe eindringen konnten.

[25]) Insbesondere gehören in die zweite Gruppe jene Fälle, in denen ein bestehendes obligationenrechtliches Verhältnis den Grund bildet, warum gewisse Handlungen oder Unterlassungen von dem einen oder dem anderen der Contrahenten nicht gesetzt werden sollen. Allein nicht bloss obligationenrechtliche Verhältnisse sind es, welche hieher gehören.

wenn überhaupt, so nur durch einen gewissen Grad von Aufmerksamkeit (Diligentia) vermieden werden. Je inniger z. B. ein Rechtsverhältnis wäre, ein um so grösserer Grad von Aufmerksamkeit müsste hienach dem Individuum obliegen und erforderlich sein, um einen Irrthum, der trotz dieser Aufmerksamkeit entstanden sein sollte, als entschuldbar erscheinen zu lassen; je loser das Rechtsverhältniss wäre, ein um so geringerer Grad von Aufmerksamkeit könnte als genügend angesehen werden, somit, falls seine Anwendung nachgewiesen zu werden vermag, bewirken, dass der trotz dieser Aufmerksamkeit im Handelnden etwa vorhanden gewesene Irrthum diesem keinen Nachtheil bringe, vermöchte somit eine Cautel zu bieten gegen die subjective Imputabilität eines objectiven Verschuldens.

Und wirklich unterschied auch das römische Recht je nach der Art der einzelnen Rechtsverhältnisse den Grad der Aufmerksamkeit, den es erheischte, wenn Derjenige, der über die Rechtsfolgen seiner Handlungen sich im Unklaren befunden hatte, vor ihnen bewahrt bleiben sollte. Zu diesem Behufe musste aber ein gewisser allgemeiner Massstab der menschlichen Aufmerksamkeit und Sorgfalt aufgestellt werden. Derselbe konnte zunächst darin gefunden werden, dass man die Aufmerksamkeit, die Willensenergie des in Frage stehenden Individuums verglich mit der Aufmerksamkeit und Willensenergie, welche im gleichen Falle von anderen Menschen angewandt zu werden pflegt, oder aber, dass man sie verglich mit der Aufmerksamkeit und Willensenergie, welche gerade dieser Mensch meist in seinen Handlungen anzuwenden pflegt. Da aber die einzelnen Menschen nicht einen gleichen Grad von Diligentia anzuwenden pflegen, construierte man zum Behufe der ersteren Vergleichung einen Durchschnittsmenschen; wer nun nicht einmal jenen Grad von Aufmerksamkeit anwendet, den für gewöhnlich jeder Mensch anzuwenden pflegt, [26]) der

[26]) Nicht auf die statistischen Ergebnisse, dass mit der Handlung H unter x Fällen $\frac{x}{n}$ mal ein Schade für fremde Sicherheit oder fremdes Vermögen verbunden sei, kann es ankommen, sondern nur darauf, ob concrete Ursachen der Gefährlichkeit erblickt werden können, oder ob wegen der wiederholten nicht speciell voraussehbaren Unglücksfälle überhaupt nach dem allgemeinen durchschnittlichen Gefühle die Handlung als solche, abgesehen von den einzeln speciell nicht überwachbaren Unglücksursachen, schon als gefährlich erscheint, daher um dieser Gefährlichkeit von einem Menschen normaler Vorsicht und Gewissenhaftigkeit nicht, oder nicht ohne Hinzufügung besonderer Vorsichtsmassregeln, gesetzt würde. Unter 1000 Dampfkesseln wird in einem bestimmten Zeitraume ein bestimmter Percentualsatz zerspringen, u. z. auch bei Anwendung normaler Vorsicht; das wird allerdings

soll unter allen Umständen die Folgen seiner Nachlässigkeit (negligentia) tragen, denn ein so grobes Verschulden, non intelligere quod omnes intelligunt,[27]) kann keinen Entschuldigungsgrund abgeben, er soll somit gerade so behandelt werden, als hätte er mit vollem Bewusstsein der Rechtswidrigkeit gehandelt: lata culpa plane dolo comparabitur.[28]) Aber man glaubte in gewissen Fällen auch einen höheren Grad von Aufmerksamkeit verlangen zu sollen, als jenen, welcher für gewöhnlich von den Durchschnittsmenschen aufgewandt wird, und einen leicht anwendbaren und billig erscheinenden Massstab hiefür gewährt der Grad von Aufmerksamkeit, den ein verständiger Hausvater in

jeder wissen, der einen Dampfkessel errichtet oder aufstellt; ja noch mehr, er wird sich sagen müssen, dass ein bestimmter Percentualsatz von Unvorsichtigkeiten bei der Mangelhaftigkeit der menschlichen Natur unvermeidlich sei. Und doch wird Niemand darin eine Unvorsichtigkeit, eine Verschuldung erblicken, wenn ein Fabrikant einen Dampfkessel aufstellt. Aber unvorsichtig, schuldbar wird es sein, wenn er kein hinreichend instruiertes und fähiges Aufsichtspersonale beistellt. Jährlich entsteht eine ziemlich gleiche Percentualzahl von Zimmerfeuern; ist darum der schuldbar, der in seinem Ofen Feuer macht oder der überhaupt einen Ofen setzen lässt? Gewiss nicht, aber eben so gewiss jener, welcher aus Ersparungsgründen eine Heizvorrichtung construiert, deren Gefährlichkeit a priori erkannt werden kann. Drei Fragen werden zur Beurtheilung der Frage, ob eine Nachlässigkeit vorliegt, zu stellen sein: Welche Umstände hätte der Handelnde oder Unterlassende bei Vorhandensein der entsprechenden Diligenz kennen können? Welche Schlussfolgerungen hätte er hieraus auf die Gefährlichkeit einer Handlung oder Unterlassung ziehen können? Was hätte er demgemäss unterlassen oder vorkehren sollen?

[27]) L. 213, § 2, D 50, 16. Lata culpa est nimia negligentia, id est, non intelligere quod omnes intelligunt. L. 223 ib. Latae culpae finis est, non intelligere id, quod omnes intelligunt. L. 9, § 2, D. 22, 6. Sed facti ignorantia ita demum cuique non nocet, si non ei summa negligentia objiciatur; quid enim, si omnes in civitate sciant, quod ille solus ignorat? Et recte Labeo definit, scientiam neque curiosissimi, neque negligentissimi hominis accipiendum, verum ejus, qui eam rem diligenter inquirendo notam habere possit.

[28]) L. 1, § 1, D. 11, 6. Vgl. auch L. 29 pr. D. 17, 1: Dissoluta enim negligentia prope dolum est, und L. 226, D. 50, 16: magna culpa dolus est. Aber diese Gleichstellung ist allerdings keine absolute. Vgl. z. B. für das röm. Recht L. 30, D. 3, 5; L. 1, §§ 13, 14, D. 27, 3; L. 2, Cod. 5. 58; L. 4, D. 9, 3 (hiezu Mommsen, Erörterungen II, S. 175 ff.), wonach bei einer durch dolus entstandenen Gesammtschuld der Solidarschuldner, welcher die ganze Zahlung leistet, keinen Regressanspruch hat; für das österreichische Recht vgl. § 1302 a. b. G., wonach zwar dieser Unterschied nicht besteht, aber „wenn die Beschädigung in einem Versehen gegründet ist, und die Antheile sich bestimmen lassen", nicht wie im Falle des dolus „Alle für Einen und Einer für Alle" haften, sondern „jeder nur den durch sein Versehen verursachten Schaden" verantwortet.

ähnlichen Fällen anzuwenden pflegt, die diligentia diligentis patrisfamilias. Man verlangte in gewissen Fällen von dem Handelnden nicht nur, er solle erwägen und handeln wie ein Durchschnittsmensch, sondern er solle erwägen und handeln wie ein guter Hausvater, so dass die Anwendung der Achtsamkeit des Durchschnittsmenschen nicht genügen sollte, ein Versehen zu entschuldigen, sondern auch schon der geringere Grad von Nachlässigkeit, nicht so gehandelt zu haben, wie ein sorgsamer Hausvater gehandelt hätte, genügen sollte, ein subjectives Verschulden (levis culpa[29]) zu begründen. Die Anwendung dieser höheren Diligenz wurde aber gewöhnlich nur dort gefordert, wo ein innigeres speciell vertragsmässiges Verhältnis die Quelle der Rechtsverletzung bildete,[30]) u. z. auch da im Allgemeinen nun in jenen Fällen, wo das Rechtsverhältnis zum Vortheile des Rechtsverletzers errichtet worden war.

Aber wie gesagt, nicht nur mit der Thätigkeit und Achtsamkeit anderer Menschen wurde das Vorgehen des Handelnden verglichen, unter Umständen bildete seine eigene gewöhnliche Sorgfalt den Beurtheilungsmassstab dafür, ob ein subjectives Verschulden angenommen

[29]) Über die früher bis auf Hasse fast allgemein als dritter Schuldgrad angenommene culpa levissima, deren Aufstellung sich vorzüglich auf L. 44, D. 9, 2: „In lege Aquilia et levissima culpa venit" gründete, vgl. insbesondere Hasse, Culpa. So unterscheidet noch das WGG gröbstes, geringstes und mittleres Versehen; das Pr. LR. grobes, mässiges, geringes Versehen. Wening, Die Lehre vom Schadenersatze, S. 108: „Eine der merkwürdigsten Erscheinungen bleibt, dass, während alle Zeit die Theorie im Hader war, die Praxis fortwährend nur eine zweigradige culpa annahm und nach dieser ihre Entscheidungen regelte."

[30]) Bei Sachbeschädigungen, die ohne Verletzung einer Vertragspflicht erfolgen, aber verpflichtet auch schon Culpa levis zum Ersatze: In lege Aquilea et levissima culpa venit; L. 44, D. 9, 2. Die Haftung ist jedoch nur scheinbar eine strengere. Denn das Mass von Aufmerksamkeit, welches gefordert wird, ist hier insoferne wieder ein viel beschränkteres denn bei obligationenrechtlichen Verhältnissen, als hier eine ihrem Umfange nach geringere Achtsamkeit erfordert wird, eine Achtsamkeit, welche nicht die fremde Sache und ihre Integrität, sondern die eigene Person und die ihr eigenen oder doch die mit ihr in thatsächlichen oder rechtlichen Zusammenhang gebrachten Sachen zum Gegenstand hat. Hier genügt es, wenn das Individuum durch sein Handeln die Sache nicht beschädigt, beziehungsweise, dass es, falls es handelt, jene Vorsichtsmassregeln nicht unterlasse, welche als gefährlich erkennbar sind, dort wird in vielen Fällen noch die Aufmerksamkeit, dass die Sache durch Andere nicht beschädigt werde, hinzutreten. — Baron, Pand. §. 237 unterscheidet für das gemeine Recht von der diligentia in custodiendo noch ein Einstehen für custodia im technischen Sinne: Haftung für Nachlässigkeit und einzelne Gefahren; hiezu Hofmann in Grünhut's Zt. I, S. 463, 464.

werden könne, so z. B. in dem Rechtsverhältnisse des Vormundes zu seinem Mündel. Man nennt ein hienach sich ergebendes Verschulden culpa in concreto, im Gegensatze zu dem durch Abstraction gewonnenen Schuldmomente, der culpa in abstracto, und die zur Vermeidung einer solchen Verschuldung erforderliche Achtsamkeit, die diligentia quam suis rebus (sc. adhibere quis solitus est), diligentia in concreto. Die diligentia in concreto kann somit je nach der individuellen Beschaffenheit des Handelnden ein geringeres Erfordernis der Achtsamkeit enthalten, als die diligentia in abstracto, oder ein höheres. Massgebend hiefür ist nur, ob der Handelnde unter oder über dem Niveau des Durchschnittsmenschen oder eines diligens pater familias steht. Diese doppelte Möglichkeit sowie auch der Umstand, dass man die diligentia in concreto mit beiden Arten der diligentia in abstracto vergleichen konnte, hat nun aber dazu verleitet, von zwei Arten einer culpa in concreto zu sprechen, einer culpa levis in concreto und einer culpa lata in concreto,[31]) während doch nur eine Art der Verschuldung vorliegen kann, nemlich die, wenn der Handelnde nicht jene Achtsamkeit aufwandte, die er in seinen sonstigen Handlungen anzuwenden pflegt.

Nach österreichischem Rechte sind aber die vorstehenden Unterscheidungen von Schuldgraden nicht mehr massgebend für die Frage, ob ein subjectives Verschulden vorliege, somit ein Ersatz zu leisten sei. Nachdem das a. b. G. in §. 1294 auseinandergesetzt hat, dass die widerrechtliche willkürliche Beschädigung „sich theils in einer bösen Absicht, wenn der Schade mit Wissen und Willen, theils in einem Versehen, wenn er aus schuldbarer Unwissenheit, oder aus Mangel der gehörigen Aufmerksamkeit, oder des gehörigen Fleisses verursacht worden ist", gründe, und dass Beides „ein Verschulden genannt" werde, ferner in § 1295 den Grundsatz aufgestellt hat, es sei Jedermann „berechtigt, von dem Beschädiger den Ersatz des Schadens, welchen dieser ihm aus Verschulden zugefügt hat, zu fordern, der Schade mag durch Übertretung einer Vertragspflicht oder ohne Beziehung auf einen Vertrag verursacht worden sein", erklärt es in der von ihm oft angewandten Form einer Vermutung,[32]) es

[31]) Vgl. z. B. Unger II, § 102, S. 241 und 246 und N. 33, Arndts, § 86 i. f.

[32]) § 1296: „Im Zweifel gilt die Vermutung, dass ein Schade ohne Verschulden eines Anderen entstanden sei." § 1297: „Es wird aber auch vermutet, dass Jeder, welcher den Verstandesgebrauch besitzt, eines solchen Grades des Fleisses (— diligentia in faciendo —) und der Aufmerksamkeit (— diligentia in custodiendo —) fähig sei, welcher bei gewöhnlichen Fähigkeiten angewendet werden kann. . . ."

mache sich derjenige „eines Versehens schuldig", der „bei Handlungen, woraus eine Verkürzung der Rechte eines Anderen entsteht", jenen „Grad des Fleisses oder der Aufmerksamkeit unterlässt", „welcher bei gewöhnlichen Fähigkeiten angewendet werden kann". Es entschuldigt somit nur jener Irrthum, welcher überhaupt nicht, selbst bei Anwendung der diligentia diligentis patris familias nicht, vermieden werden kann, jedes andere Versehen, jeder andere Irrthum vermag die Ersatzpflicht nicht zu beheben.

Die Ersatzpflicht aus neutralen Handlungen tritt also nach österreichischem Rechte jedenfalls ein: 1. wenn die Rechtsverletzung absichtlich erfolgte; 2. wenn der Handelnde nur darum keine Rechtsverletzung in seiner Handlung erblickte, weil er in einem Rechtsirrthume sich befand; 3. wenn er seinen Handlungs- oder Thatsachenirrthum durch Anwendung der Aufmerksamkeit „eines redlichen und fleissigen Hausvaters"[33]) (§ 128 a. b. G.) hätte vermeiden können.

Aber die Unterscheidung der Grade des Verschuldens, wie sie oben entwickelt wurde, hat dennoch auch für das österreichische Recht Bedeutung, wenn auch nicht hinsichtlich des Bestandes der Ersatzpflicht, so doch hinsichtlich ihres Umfanges.

Die Basis des Ersatzes ist der Schade. Der Schade nun, der einer Person aus einer Handlung erwachsen kann, hat auf vermögensrechtlichem Gebiete nur Bedeutung, insoferne es sich in Geld veranschlagen lässt.[34]) Die jener Handlung oder Unterlassung, welche die Rechtsverletzung begründet, entgegengesetzte Unterlassung oder Handlung wird nach ihrem Werthe geschätzt, welchen sie für den in seinen Rechten Verletzten repräsentiert hätte; dieser ins Negative verkehrte Werth der conträren Handlung ist der Schade aus der Rechtsverletzung. Der Werth einer Handlung kann aber gerade so wie der Werth einer Sache von einem verschiedenen Gesichtspuncte aus betrachtet und abgemessen werden.

Er kann erstens ein unmittelbarer sein; durch die Handlung, welche hätte erfolgen sollen, bei Unterlassung dessen, was nicht hätte

[33]) Im Handelsverkehre tritt dort, wo der Handelnde „aus einem Geschäfte, welches auf seiner Seite ein Handelsgeschäft ist, einem Anderen zur Sorgfalt verpflichtet ist . . die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes" an die Stelle der gewöhnlichen diligentia diligentis patrisfamilias (Art. 282). Vgl. auch Art. 344, wonach unter Umständen auch von einem Verkäufer, auf dessen Seite der Kauf kein Handelsgeschäft ist, die „Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns" zu leisten ist.

[34]) Aber nicht nur der an Geld zugegangene (pecuniäre) Schade lässt sich in Geld veranschlagen. Vgl. Pfaff in Grünhut's Zeitschrift VIII, S. 637—654.

geschehen sollen, wäre der Vermögenswerth x erhalten worden, durch die rechtswidrige Unterlassung oder Handlung ist x direct zerstört worden. Es kann aber auch zweitens an Stelle des unmittelbaren Resultates der in Frage stehenden rechtswidrigen Unterlassung oder Handlung überhaupt der Gesammteinfluss, den selbe auf das Vermögen des Verletzten übte, in's Auge gefasst werden.[35]) U. z. ist hier wieder zu unterscheiden. Es kann nemlich, wenn das Vermögen des Verletzten aus $x + y + z = W$ bestand, zufolge der Zerstörung von x nun auch y oder z in seinem Werthe herabgemindert oder vernichtet sein, so dass nun der Werth des verminderten Vermögens w nicht $= W - x$, sondern $= W - x - m$, somit $w < W - x$ ist. Es kann jedoch, ganz abgesehen von einer Veränderung im Bestande oder Verminderung im Werthe der einzelnen Grössen x, y, z, oder ausser einer solchen Veränderung, die rechtswidrige Handlung in der Weise das Gesammtvermögen des Verletzten alterieren, dass durch sie eine Erhöhung desselben, d. i. ein Hinzutreten neuer Elemente oder eine Wertherhöhung einzelner alter Elemente, hintangehalten wird. Statt dass aus $x + y + z = W$ durch Hinzutritt von n oder durch Wertherhöhung von y auf $y + n$ der Werth $w = W + n$ erwachsen wäre, bleibt derselbe W (lucrum cessans.)[36])

In den bis jetzt entwickelten Fällen ward immer noch ein objectiver Massstab angewandt. Es kann aber drittens auch der subjective Werth, den der Einzelne der der Rechtsverletzung conträren Handlung oder Unterlassung beigemessen hätte (bei Sachbeschädigungen Werth der besonderen Vorliebe genannt), der Berechnung des Interesses zu Grunde gelegt werden.[37])

[35]) Nach Ihering Geist II, § 29, S. 110—120 war dem älteren röm. Rechte die subjective Schadenstaxation nach dem Interesse des Geschädigten völlig fremd: es kannte nur die objective Ästimation „nach dem objectiven Geldwerth des geschuldeten, beschädigten, vernichteten Objects" (S. 110). Es „befriedigte das ältere Recht den natürlichen Anspruch eines jeden Verletzten auf das Interesse . . . auf indirectem Wege durch Zuwendung eines Aversionalquantums, nicht aber auf directem durch Zulassung der Liquidation desselben" (S. 119).

[36]) Von grösstem Interesse sind die Ausführungen im Gutachten Pfaff's, S. 91—101, bes. S. 93 und 97 ff., der aus der Redactionsgeschichte der §§ 1324, 1331, 1332 a. b. G. überzeugend nachweist, es sei eigentlich die Absicht der Redactoren gewesen, die dreifache allgemeine Werthscala (gemeiner Werth, Werth des Interesses, Affectionswerth) zur Anwendung zu bringen, durch eine Verwechslung sei jedoch an Stelle des Werthes des Interesses der (einen Theil des Interesses bildende) entgangene Gewinn getreten.

[37]) „Sollten die nicht ökonomischen Güter des Privatlebens nicht an sich und unmittelbar, ganz abgesehen vom Rückschlag auf das Vermögen,

Das a. b. G. stellt nun im Allgemeinen[38]) hinsichtlich der Ersatzpflicht den Grundsatz auf: Wurde der Schade nur durch culpa levis

civilrechtlich geschützt werden? Sollte nicht wie der materielle so der ideelle, wie der pecuniäre so der moralische Schade, wie der körperliche so der Schmerz der Seele vergütet werden? Sollten nicht gleich dem verletzten Geldinteresse alle anderen nichtökonomischen Interessen im Falle ihrer Verletzung durch eine Compensation in Geld ausgeglichen werden, welches, als das allgemeine Genussmittel sich als das allgemeine Entschädigungsmittel darbietet? Unger, Beiträge zur Lehre vom Schadenersatze in Grünhut's Zeitschrift VIII, S. 229. Vgl. auch Ihering, Jahrbücher f. Dogm. XVIII, 1880 I, bes. S. 100. Pfaff in seinem Gutachten N. VIII kommt zu dem Resultate, dass das a. b. G. einem solchen Principe allerdings gerecht werde, indem er sich hiebei sowol auf die aus den Protocollen zu entnehmende Ansicht der Redactoren als auch auf die Worte „Tilgung der verursachten Beleidigung" (§ 1323 a. b. G.) stützt und auszuführen sucht, dass § 1324 nur scheinbar bloss zwei Stufen des Ersatzumfanges enthalte; für culpa levis sei nur „eigentliche Schadloshaltung", für dolus und culpa lata „volle Genugthuung" zu prästieren; diese letztere bestehe aber nach § 1323 a. b. G. eben im Falle des dolus (und nur bei diesem) auch in der „Tilgung der verursachten Beleidigung"; nach Pfaff (S. 93) wäre § 1324 a. b. G. nur „in der Fassung verkürzt", aber mit Recht bemerkt wol Unger a. a. O., S. 215, dass dann „in dem vorgenommenen Verkürzungsprocess das dritte Glied erstickt worden sei" (hiegegen wieder Pfaff in Grünhut's Zeitschrift VIII, S. 654, 680). Das Argument aus den Worten des § 1313 („Tilgung der verursachten Beleidigung") schwindet wol bei Substituierung jener Auffassung, welche die naturrechtliche Doctrin mit den Worten Kränkung und Beleidigung verband (= Rechtsverletzung überhaupt; vgl. die von Unger S. 226, 227 angeführten Schriftsteller); die Bestimmung des § 1325 a. b. G. über Bezahlung eines Schmerzensgeldes spricht eher gegen als für Pfaff's Theorie, weil ja das Schmerzensgeld sogar bei culpa levis zu prästieren ist (wogegen Pfaff in der Replik S. 684 freilich wieder bemerkt, es handle sich hier eben um eine specielle Modification). Die frühere Fassung des § 1323 („für erlittenen Schaden muss Ersatz, für entgangenen Gewinn Vergütung, für zugefügte Beleidigung Genugthuung und Tilgung der Kränkung geleistet werden") erhielt unzweifelhaft die von Pfaff aufgestellte Gliederung.

[38]) Eine sehr tiefeingreifende Ausnahme wird von Randa (GZ 1869, N. 49, Note 6, 1870, N. 7 und 8, J. Bl. 1880, N. 39, 1881, N. 5) behauptet; aus den §§ 1047, 1061, 1066, 1079, 1094, 1120, 1154, 1173, 1283 soll sich nemlich die allgemeine Regel ergeben, dass bei zweiseitig verbindlichen Verträgen auch schon im Falle blosser levis culpa das volle Interesse zu vergüten sei. Diese Behauptung, welcher schon Zródłowski (GZ 1869, N. 88) entgegengetreten ist, erscheint mir endgiltig widerlegt durch die gründlichen Ausführungen Pfaff's im Gutachten S. 105—118 (vgl. auch Krasnopolski, Kr. VJS XXII, 1880, S. 515, Jur. Bl. 1882, N. 13). Der Schlusssatz des § 1047 enthält „nur eine kurzgefasste Hinweisung auf den Grundsatz des § 1324" (S. 114). Bei der Bestimmung des § 1120 ging man von der allerdings nicht völlig zutreffenden Meinung aus, es

verursacht, so ist nur damnum emergens („die eigentliche Schadloshaltung") zu ersetzen, wurde er durch dolus oder culpa lata („aus böser Absicht oder einer auffallenden Sorglosigkeit") verursacht, so ist auch lucrum cessans („volle Genugthuung") zu ersetzen (§§. 1323, 1324); ja falls Jemand „an seinem Vermögen vorsätzlich oder durch auffallende Sorglosigkeit eines Anderen . . . vermittelst einer durch ein Strafgesetz verbotenen Handlung, oder aus Mutwillen und Schadenfreude"[39]) beschädigt wurde, ist er „den Werth der besonderen Vorliebe zu fordern berechtigt" (§ 1331).[40]) Das römische Recht hingegen

könne sich hier nur um absichtliche Vertragsverletzungen handeln. In § 1154 beweist m. E. schon das gleichstellende „auch", dass von den Sätzen: „der Bestellte . . kann . . für den daraus entstandenen Schaden Ersatz fordern" und „der Besteller . . ist . . verbunden, den Bestellten vollkommen zu entschädigen," der zweite nicht mehr sagen will als der erste, und kann nicht der erste Satz aus dem zweiten erweitert, sondern nur der zweite aus dem ersten interpretiert werden. Hinsichtlich des Ausdruckes „allen Schaden" in § 1079 und 1283 verweist Pfaff mit Recht auf § 1014, wo derselbe Ausdruck vorkommt und doch „für den Fall der levis culpa blos das damnum emergens bezeichne" (S. 112); die anderen von Randa angeführten Gesetzestellen enthalten nur Verweisungen auf die eben erörterten Paragraphe. — Nach § 1325—1327 a. b. G. besteht jedoch allerdings eine Ausnahme hinsichtlich körperlicher Verletzungen und Tödtungen. Über Art. 283 HG unten N. 40. Umgekehrt ist, im Falle eine Gewährleistungspflicht Platz greift (§ 932 a. b. G.), nur bei vorhandenem dolus auch der „entgangene Nutzen" zu prästieren.

[39]) Auch im dolus wird hienach eine graduelle Verschiedenheit erkannt, ein erhöhter dolus. Das r. R. anerkannte in gewissen Fällen einen verminderten dolus, den es aber als culpa lata dolo proxima bezeichnete und dessen Wirkung darin bestand, dass gegen ihn nicht die actio doli sondern nur eine actio in factum gewährt wurde. (L. 7, § 7, D. 4, 3; vgl. Mommsen III, S. 348, N. 1.)

[40]) Auf dem Gebiete des Handelsrechtes hat aber auch die culpa in concreto eine Bedeutung, u. z. hinsichtlich der Existenz der Ersatzpflicht; es ist nemlich (Art. 94 HG) „jeder Gesellschafter verpflichtet, in den Angelegenheiten der Gesellschaft den Fleiss und die Sorgfalt anzuwenden, welche er in seinen eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt". Hinsichtlich des Umfanges der Ersatzpflicht bestimmt Art. 283 ganz allgemein: „Wer Schadenersatz zu fordern hat, kann die Erstattung des wirklichen Schadens und des entgangenen Gewinnes verlangen. Eine Ausnahme statuiert jedoch Art. 396 (hinsichtlich der Eisenbahnen 423), wonach, wenn der Frachtführer für den Schaden, „welcher durch Verlust oder Beschädigung des Frachtgutes seit der Empfangnahme bis zur Ablieferung entstanden ist", Ersatz zu leisten hat, „der Berechnung des Schadens nur der gemeine Handelswerth des Gutes zu Grunde zu legen" ist, und er nur dann „den vollen Schaden zu ersetzen" hat, wenn ihm eine bösliche Handlungsweise nachgewiesen wird. Der Frachtführer haftet nemlich nicht nur für sein

machte in jenen Fällen, in denen es eine Ersatzpflicht aus einem Verschulden anerkannte, keine weitere Unterscheidung mehr hinsichtlich

Verschulden, er haftet auch für jedes Verschulden seiner Leute und Beauftragten (Art. 400), ja für jeden Zufall, der nicht „durch höhere Gewalt (vis major) oder durch die natürliche Beschaffenheit des Gutes . . . entstanden ist". Dem modernen Rechtsbedürfnisse dürfte es wol entsprechen, überhaupt im geschäftlichen Verkehre den Unternehmer (Geschäftsherrn) stets, u. z. auch ausserhalb eines Vertragsverhältnisses, soferne nur die Beschädigung anlässlich einer Arbeitsdurchführung erfolgte, für das Verschulden seiner Untergebenen haften zu lassen, wie diess nach französischem (Art. 1384) und italienischem Rechte (Art. 1153) auch der Fall ist (vgl. Cesari, La responsabilità dei padroni nei danni prodotti dal lavoro, Ascoli-Piceno 1881, S. 106; Labiche, De la responsabilité à raison du fait d'autrui, Poitiers 1881, 151 S.). Auch für das österreichische Recht ist eine Erweiterung der Ersatzpflicht über die Grenzen eigener Verschuldung hinaus in einigen speciellen Fällen anerkannt. So ausser dem Falle des schon cit. Art. 400 HG auch gemäss Gesetzes 5. März 1869, RGB 27 (hiezu Randa, über die Haftung der Eisenbahnunternehmungen für die durch Eisenbahnunfälle herbeigeführten körperlichen Verletzungen oder Tödtungen von Menschen, GZ 1869, N. 48—54). Ferners verantworten nach § 1316 a. b. G. die Wirthe, Schiffer und Fuhrleute . . den Schaden, welchen ihre eigenen, oder die von ihnen zugewiesenen Dienstpersonen an den übernommenen Sachen einem Reisenden in ihrem Hause, oder in ihrem Schiffe, oder an der Befrachtung verursachen" (über das Verhältnis der §§ 1316 und 970 a. b. G. vgl. Pfaff im Gutachten S. 88, 89 und Unger in Grünhut's Zeitschrift VIII, S. 238—253). Im Übrigen haftet nach der herrschenden Lehre im Allgemeinen nur „derjenige, welcher wissentlich eine gefährliche; oder wer zu einem Geschäfte eine untüchtige Person bestellet hat, für den Schaden, welchen ein Dritter hiedurch erlitten hat" (§ 1315), so dass nur „für ein Verschulden in der Auswahl der Person" (§ 1161) aufzukommen wäre. Es ist jedoch in jüngster Zeit von Pfaff in seinem mehrerwähnten Gutachten (N. VII, S. 67—89 und Replik S. 700—725) nicht nur auf eine Reihe von Ausnahmen im Gesetze (§§ 459, 460, 965, 979, 1111 und insbes. 1010 a. b. G.) hingewiesen, sondern geradezu behauptet worden, dass aus diesen Einzelbestimmungen sich inductiv die umgekehrte Regel ergebe, der Dominus hafte im Zweifel für seine Gehilfen. Mit Recht betont Pfaff (Grünhut's Ztschr. VIII, S. 701), dass in § 1295 kein „nur" stehe (vgl. die coordinierten Marginalrubriken zu §§ 1295 und 1313), und über die Auffassung der Redactoren kann kein Zweifel bestehen, da, als Pratobevera zu § 1299 den Zusatz beantragte: „Die hier benannten Personen haben auch den Schaden zu vertreten, der bei der Ausübung des Amtes, der Kunst, des Gewerbes, des Handwerks durch ihre Gehilfen, Gesellen, Aufseher, Lehrjungen aus Unwissenheit oder Nachlässigkeit an fremdem Eigenthum zugefügt worden" — nach Inhalt der Protocolle „die übrigen Stimmen . . diese Vorschrift schon in dem § 1315 enthalten" fanden (Gutachten S. 81). Und in der That bezieht sich auch das Wort „wissentlich" in § 1315, wie aus der Interpunction mit einem Strichpuncte und der neuerlichen Einleitung des zweiten Satzes mit einem Relativum („wer") hervorgeht, nur

ihres Umfanges, sondern legte dem einmal als schuldig Erkannten Ersatz des damnum emergens und des lucrum cessans auf,[41]) und zwar Ersatz auch hinsichtlich des interresse singulare (besonderen Werthes), während ihm die Berücksichtigung eines Affectionswerthes überhaupt fremd war. Und so sind dort, wo für die Frage der Existenz der Ersatzpflicht im röm. Rechte zweckmässige Unterscheidungen an die

auf den ersten Passus „gefährliche", so dass nach § 1315 der Dominus für den dolus seiner Angestellten nur haftet, wenn er sie als gefährliche Menschen kannte, während er unbeschränkt für die anlässlich der ihnen zugewiesenen Arbeit zu Tage getretene Culpa haftet. Also auch nach österr. Rechte ist die Verschuldung nicht die einzige Voraussetzung einer Ersatzpflicht: in gewissen Fällen knüpft die Rechtsordnung an gewisse Thatsachen unmittelbar, ohne Voraussetzung einer Rechtsverletzung die Pflicht, entstandenen Schaden zu ersetzen. Vgl. N. 15 i. f. Aus der Literatur vgl. ausser den Genannten Ubbelohde, Wie weit haftet nach gem. R. der Schuldner als solcher für diejenigen Personen, deren er sich zum Zwecke der Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient? Z. f. Handelsrecht VII, 1864, N. V, S. 199—295; Wyss, Die Haftung für fremde Culpa nach röm. Recht, Zürich 1867, 147 S. (hiezu Bechmann, Kr. VJS. X, 1868, S. 313—327): Goldschmidt, Über die Verantwortlichkeit des Schuldners für seine Gehilfen, Z. f. Handelsrecht XVI, N. F. I, 1871, S. 287 ff.; Wächtig, Über die Haftung für fremde unerlaubte Handlungen nach röm. gem., kgl. sächs. und neuerem deutschen Reichsrechte, Leipzig 1875, 111 S.; Bar, Zur Lehre von der Culpa und dem Causalzusammenhange im Straf- und Civilrecht. insbes. auch von der Haftung des Schuldners für Handlungen Anderer, Grünhut's Ztschr. IV, 1877, N. II, S. 21—90 (vgl. spec. S. 73); Randa im Gutachen; Exner, Der Begriff der höheren Gewalt (vis major) im röm. und heutigen Verkehrsrecht, Grünhut's Ztschr. X, 1883, N. X, S. 497—582, auch Wien 1883, 86 S. (welcher mit Recht die Erklärung der über die Culpa hinausgehenden Haftung durch eine „fingierte" Culpa verwirft; wenn er aber selbe auf „eine gesetzlich statuierte Zwangsversicherung" zurückführt (S. 534), so genügt dieser Gesichtspunct wol für das Verhältnis unter den Contrahenten, aber nicht um die Haftung gegenüber in keinem Vertragsverhältnisse stehenden Beschädigten zu erklären); König, Über den Begriff des Unfalls, Winterthur 1883.

[41]) Man hatte mit Rücksicht auf einige offenbar aus ihrem früheren Zusammenhange gerissene Aussprüche Papinians (L. 7, D. 22, 6: Juris ignorantia non prodest adquirere volentibus, suum vero pentenibus non nocet; L. 8, D. 22, 6; L. 11, Cod. 1, 18) auch für das röm. Recht eine practische Bedeutung des Unterschiedes von lucrum und damnum, jedoch vom Standpuncte des Beschädigers aus aufgefasst, behauptet; der Rechtsirrthum nemlich solle dann die Ersatzpflicht ausschliessen, wenn der Schädigende nur die Absicht hatte, einen Schaden von sich abzuwenden, nicht auch dann, wenn er sich hatte bereichern wollen. Vgl. dagegen Savigny III, S. 344 ff. Über diese Stellen auch: H. Peltesohn, Quaenam vis tribuenda sit regulae juris, quam exhibent Leges 7 et 8 D. de juris et facti ignorantia. Diss. inaug. Berlin 1877.

Grade der Culpa geknüpft waren, diese Unterschiede im österreichischen Rechte beseitigt, dafür aber in kaum zu billigender[42]) Weise hereingezogen[43]) bei Festsetzung des Umfanges des zu leistenden Ersatzes.

γ. Rechtsgeschäfte.[1])

§ 79.

Eine rechtliche Wirkung kann entstehen durch ein gerade auf die Herbeiführung der in Frage stehenden Wirkungen gerichtetes Handeln, so dass diese Wirkung nicht eintreten würde, wäre das Herbeiführen dieser Wirkung nicht beabsichtigt gewesen.

[42]) Vgl. aber Lehmann, Der Nothstand des Schädensprocesses etc. Leipzig 1865, S. 45; Stepp, Die Zurechnung auf dem Gebiete des Civilrechts, 1838, S. 110 ff.

[43]) Vgl. aber Ihering, Schuldmoment, S. 55 ff.

[1]) Buchholz, Jurist. Abhandlungen N. 9, Über den Begriff eines rechtlichen Geschäftes, 1833; Witte, Die bindende Kraft des Willens im Obligationenrecht nach der heutigen Wissenschaft, Kr. VJS VI, 1864, N. XIII, S. 330—398; Köppen, Der obligatorische Vertrag unter Abwesenden, Jahrb. f. Dogm. XI, 1871, N. II, § 2, S. 144—163; Bekker (Zur Lehre vom Rechtssubject), Jahrb. f. Dogm. XII, 1873, S. 31 ff.; Lotmar, Über Causa im röm. Recht, Beitrag zur Lehre von den Rechtsgeschäften, München 1875, 179 S. (hiezu Eisele, Kr. VJS XX, 1878, N. I, S. 3—8, Gruchot's Beiträge XX, 1876, S. 626—630); Schlossmann, Der Vertrag, Leipzig, 1876, 356 S. (hiezu Eisele, Kr. VJS XX, N. F. I, 1878, S. 14—29, welcher „die Kritik des Verfassers vielfach unbegründet, seine positive Leistung aber völlig unbrauchbar" nennt; Rassow in Gruchot's Beiträgen XXII, 1878, S. 164—166; GZ 1876, N. 92, J. Bl. 1877, N. 19—21; Sentz, GH 1877, N. 83, 84); Zimmermann, Die Lehre von der stellvertretenden Negotiorum Gestio, 1876, bes. S. 139 ff; Karlowa, Das Rechtsgeschäft und seine Wirkung, Berlin 1877, 282 S., bes. §. 1 (hiezu Puntschart in Grünhut's Zeitschrift V, 1878, S. 615—628); Thon, Rechtsnorm und subjectives Recht, 1878, insbes. VII. Befugnis und Rechtsgeschäft. S. 325—374; Schall, Der Parteiwille im Rechtsgeschäft, 1877, S. 18—23; Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft, Leipzig 1879, 614 S., bes. 3. Cap. S. 197—316 (hiezu Bekker, Kr. VJS XXII, N. F. III, 1880, S. 33—57, der die Arbeit Zitelmann's mit Recht „eine der besten civilistischen Monographien" nennt; seltsam contrastiert mit diesem Urtheile aus berufener Feder die höhnische, selbstgefällige „Recension" Schlossmann's in Grünhut's Ztschr. VII, 1880, S. 543—577; Leonhard in Goldschmidt's Zt. f. Handelsrecht XXVII, N. F. XII, 1882, S. 639—643); Pernice, Rechtsgeschäft und Rechtsordnung, Grünhut's Zeitschrift VII, 1880, N. X, S. 465—498; Lenel, Parteiabsicht und Rechtserfolg, Jahrb. f. Dogm. XIX, N. F. VII, 1881,

Ein solches Handeln, welches in der erkennbaren oder doch scheinbaren Absicht gesetzt ist, rechtliche Wirkungen (Entstehung, Änderung oder Untergang von Rechten) herbeizuführen, und diese Wirkungen nur insoferne herbeizuführen vermag, als sie als vom Handelnden gewollt sich objectiv darstellen, ist ein Rechtsgeschäft.

Es soll nun zuerst gehandelt werden von den Elementen des Rechtsgeschäftes als eines subjectiven Handelns; dann von dem persönlichen Verhältnisse des Handelnden oder der Handelnden zu jenen Personen, welche an einem Rechtsgeschäfte oder seinen Wirkungen unmittelbar betheiligt sind; und schliesslich von der objectiven Consistenz [2]) des Rechtsgeschäftes.

Anmerkung. Drei Einwände sind es, welche Thon, Rechtsnorm und subj. Recht, S. 352 ff., mit Recht gegen die üblichen Definitionen des Rechtsgeschäftes erhebt (vgl. z. B. Windscheid I, § 69: „Rechtsgeschäft ist die auf die Entstehung, den Untergang oder die Veränderung von Rechten gerichtete Privat[3])-Willenserklärung"): 1) Es würde nach denselben

---

N. V, S. 154—253. Über die Entstehung und Entwicklung des Rechtsgeschäftes im älteren röm. Rechte vgl. Ihering, Geist III, § 53, S. 132—175. Wächter, Württ. Privatrecht II, § 83; Windscheid I, § 69, 70; Arndts § 63, 64; Unger II, § 78, 79; Hasenöhrl, Obligationenrecht I, §. 24. Vgl. auch Bruns, Pandectenfragmente (in den Kleinen Schriften II, S. 452—486).

[2]) Die Aufhebung eines Rechtsgeschäftes (beziehungsweise seiner Wirkungen) ist keineswegs etwa identisch mit der Aufhebung eines Rechtsverhältnisses (von welcher in § 104 gehandelt wird); gerade durch Vernichtigung eines Rechtsgeschäftes kann ein Rechtsverhältnis aufrecht erhalten bleiben.

[3]) Mit dem Ausdrucke Privatwillenserklärung sollen „die Verfügungen der Organe staatlicher Thätigkeit, und im Besonderen die richterlichen Verfügungen" aus dem Begriffe des Rechtsgeschäftes ausgeschlossen werden (I, § 69, N. 1). So gewiss es m. E. ist, dass ein richterliches Urtheil kein Rechtsgeschäft ist, so wenig ist es aber überhaupt eine Willenserklärung, d. h. eine Erklärung, welche den Willen des Erklärenden ausdrücken und zu verwirklichen bestimmt ist. Der Richter sagt gar nicht, ich will, B soll 1000 zahlen, er sagt, ich erkenne (finde), B solle 1000 zahlen: er erklärt keinen Willen, er fällt ein Erkenntnis. Aber auch bei den factisch rechtbildenden richterlichen Erkenntnissen und obrigkeitlichen Enunciationen handelt es sich immer nicht um einen Willen, von welchem die Anwendung eines objectiven Rechtssatzes abhängig gemacht wird, sondern entweder um die Schaffung eines objectiven Rechtssatzes (Gesetzgebung) oder um Herbeiführung von rechtlichen Wirkungen nicht als Folgen des Willens des verkündenden Organes, sondern als Consequenzen objectiver Rechtssätze und concreter Thatsachen; es liegt im letzteren Falle nicht eine Erklärung des Willens vor, welche bezweckt, dass ein Satz des objectiven Rechtes angewandt werden könne, sondern eine factische Anwendung eines Satzes

„jede auf die Erzeugung rechtlicher Wirkungen gerichtete Erklärung ein Rechtsgeschäft sein"; 2) „ist es der Wille des Handelnden, der die rechtlichen Wirkungen hervorruft, so folgt mit Nothwendigkeit, dass . . beim Mangel des Willens keine Erklärung im Stande ist, die rechtlichen Wirkungen herbeizuführen", 3) „wird einmal ein Delict um seiner rechtlichen Folgen willen begangen, so würde es sofort auch zum Rechtsgeschäft werden". Dieser dritte Einwand fällt allerdings schon unter den ersten und bedarf nur insoferne besonderer Hervorhebung, als demnach „eine objective Grenze zwischen . . (Rechtsgeschäft) und Delict nicht zu ziehen wäre". Wenn A dem B, der den Freund des A wegen Ehrenbeleidigung belangte, eine Ohrfeige gibt mit den Worten: „damit du mich auch klagen kannst", so liegt gewiss eine „auf die Entstehung von Rechten gerichtete Privatwillenserklärung" vor, aber ebenso gewiss kein Rechtsgeschäft, sondern ein Delict. In dieser Richtung wird die von Zitelmann, Irrthum und Rechtsgeschäft S. 308, 309 aufgestellte Definition des Rechtsgeschäftes den erhobenen Einwänden gerecht. Zitelmann definiert Rechtsgeschäfte i. obj. S. als „die vom obj. R. geschaffenen oder anerkannten Mittel für den Einzelnen, begehrte Rechtsfolgen zu schaffen", als „diejenigen Typen von Handlungen, welche nach der Bestimmung des o. R. dem Einzelnen als Mittel dienen sollen, gewillkürte Rechtsfolgen zu schaffen"; das Rechtsgeschäft i. s. S. als „die Schaffung von Rechtsfolgen durch Erklärung der auf das Eintreten der Rechtsfolgen gerichteten Absicht", als „die juristische Willenserklärung, welche die beabsichtigte Rechtsfolge nach sich zieht". Aber der zweite von Thon erhobene Einwand muss auch Zitelmann's Definition des Rechtsgeschäftes i. s. S. treffen, und kann auch durch das S. 237 gegen Thon Vorgebrachte nicht als beseitigt angesehen werden. Nicht nur das Moment der wirkenden Absicht muss betont werden (S. 309 cit.), auch die Correctur dieses Momentes, dass es sich nemlich nicht um die innerliche Absicht, sondern um das handelt, was als diese innerliche Absicht äusserlich sich darstellt, muss in die Definition des Rechtsgeschäftes aufgenommen werden. Der erhobene Vorwurf trifft auch die Definition Ihering's (Geist d. R. R. III, § 53, S. 132): „Das Rechtsgeschäft ist die Form, in welcher der subjective Wille innerhalb der ihm vom Recht angewiesenen Schranken seine rechtschöpfende Thätigkeit entfaltet."

Indem man von der einen Seite alles Gewicht auf den Willen des Individuums legte, die Wirksamkeit des Rechtsgeschäftes auf die Willenssouverainität der handelnden Parteien stellte, rief man berechtigten Widerspruch hervor; gegenüber jener Auffassung wurde mit Recht betont, dass es auch beim Rechtsgeschäft der Wille des Gesetzgebers resp. die Rechtsordnung sei, wodurch die rechtlichen Folgen an eine concrete Handlung geknüpft werden. Aber man ging in dieser an sich berechtigten Opposition wieder zu weit, man übersah im Eifer der Bekämpfung, dass auch der Parteiwille als ein Element des Rechtsgeschäftes sich darstelle. Wenn

---

es objectiven Rechtes. Dies gilt auch von der Adjudicatio. Anders im letzteren Puncte Thon, S. 374: „Die bekannte Streitfrage, ob das richterliche Urtheil ein Rechtsgeschäft genannt werden könne oder nicht, würde demgemäss dahin zu entscheiden sein: das Urtheil ist niemals Rechtsgeschäft; die Adjudicatio dagegen ist Rechtsgeschäft, aber kein Urtheil."

Kohler, Jahrb. f. Dogm. XVI (1878) sagt: „Das Recht sagt nicht: »Wähle Dir einen Rechtseffect, ich gewähre ihn Dir«, sondern es sagt: »Ich schreibe gewissen Acten einen Rechtseffect zu und überlasse es Deinem freien Willen, ob Du diese Acte wählen willst«", so liegt im zweiten dennoch das erste enthalten, denn um des Effectes willen gewährt ja die Rechtsordnung, wählt ja der Einzelne (gegen Kohler auch Lenel, Parteiabsicht und Rechtserfolg S. 160).

Das Verhältnis zwischen dem in der Rechtsordnung zu Tage tretenden Willen des Gesetzgebers und dem im Rechtsgeschäfte zu Tage tretenden Willen des Handelnden ist vielmehr m. E. folgendes: Das Recht bestimmt im Allgemeinen, dass gewisse rechtliche Folgen eintreten, wenn ein Individuum eine gewisse Handlung setzt. In einzelnen Fällen bestimmt diess nun das Recht darum, damit die Individuen in die Lage kommen, durch Setzen dieser Handlungen diese Folgen herbeiführen zu können. Hiedurch erscheinen die Handlungen vom Standpuncte der Rechtsordnung aus, als Mittel für die Zwecke der Individuen. Aber eben weil die Rechtsordnung dem Parteiinteresse dienen, so weit als möglich bewirken will, dass das rechtliche Resultat nur eintritt, wenn es wirklich als Resultat gewollt ist, hat sie in die das Mittel bildende Handlung schon die Erklärung, dass durch dieses Mittel der Zweck gewollt sei, hineingenommen (vgl. u. § 80). Wie aber die „Erklärung" nicht eine bloss academische Declaration ist, sondern in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle eine eminent practische Bedeutung hat, indem sie dem Individuum Mittel ist, dadurch, dass es sich selbst hinsichtlich gewisser rechtlicher Folgen zu binden bereit erklärt, auch Andere zu Handlungen, Leistungen, Erklärungen zu bewegen, ist es ein Postulat der Verkehrssicherheit, dieser Urquelle des positiven Rechtes sowol als der Rechtsideen, dass die Erklärungshandlung objectiv zu interpretieren sei, dass es nicht darauf ankommen könne, was sie enthalten wollte, sondern darauf, was sie enthielt. Insoferne also ist es richtig, wenn Schlossmann in Grünhut's Zt. VIII, S. 571, sagt: „Das Recht macht nicht die Geschäfte, sondern es tritt von aussen an sie hinzu, als streitschlichtendes, collisionenhebendes, als ordnendes Princip." Aber erst dadurch werden die Geschäfte zu Rechtsgeschäften: wie die Geschäfte das Recht machen, macht das Recht die Rechtsgeschäfte.

Ganz unberechtigt aber und zum Theile geradezu ungeheuerlich sind die Angriffe, welche Schlossmann (Der Vertrag, Leipzig 1876), gegen den systematischen Begriff des Rechtsgeschäftes überhaupt unternommen hat. Freilich, wer dem Rechtsgeschäfte nichts entgegenzusetzen weiss, als die unerlaubten Handlungen, der wird kaum den Anspruch erheben dürfen, eine systematische Eintheilung aufgestellt zu haben. Aus der Mangelhaftigkeit dieser Eintheilung folgt aber doch noch keineswegs, dass „das *πρῶτον ψεῦδος*" des Dogma's von der bindenden Kraft des Willens „in dem Begriff des Rechtsgeschäftes liegen" müsse (S. 129). Nicht den unerlaubten Handlungen ist das Rechtsgeschäft gegenüberzustellen, sondern jenen Handlungen, welche nicht als in der Absicht gesetzt sich darstellen, jene rechtlichen Folgen herbeizuführen, die die Rechtsordnung an sie knüpft, oder deren rechtliche Wirkungen doch nicht davon abhängig sind, dass die Handlung als zum Behufe ihrer Erzielung gesetzt sich darstelle. Die unerlaubten Handlungen sind bei richtiger Begriffsentwicklung allerdings nur „eine Species" (S. 130) der oben als neutrale bezeichneten Handlungen;

dass aber eine Handlung dann, wenn sie nicht zum Behufe der Erzielung der von der Rechtsordnung an sie geknüpften Wirkungen (d. h. jener Wirkungen, welche der Richter bei voller Kenntnis der Sachlage an sie reihen würde), sondern von durch die Rechtsordnung verpönten Wirkungen gesetzt wurde, nicht als Rechtsgeschäft, sondern als unerlaubte (resp. neutrale) Handlung sich darstellt, diess „widerstreitet" wol keineswegs „dem logischen Satze vom Widerspruch". Wenn A dem B eine Kuh verkauft, so ist dieses Verkaufen dem B gegenüber allerdings ein Rechtsgeschäft; dem C gegenüber, dem A den Milchbezug gerade dieser (ärztlich untersuchten) Kuh für die Dauer eines Halbjahres zugesagt hatte, ist aber dieses Verkaufen nicht Rechtsgeschäft, denn A hat die Kuh nicht darum verkauft, damit C einen Entschädigungsanspruch erhalte, oder der Entschädigungsanspruch ist doch völlig unabhängig davon, ob der Verkauf behufs seiner Begründung erfolgte. Über das Wechselverhältnis zwischen Delict und Rechtsgeschäft, insoferne sie auf theilweise identischem Thatbestande beruhen, vgl. die vorzüglichen Ausführungen Thon's (Rechtsn. S. 367, 368). Der (auch von Lotmar, Über Causa im R. R., abgeleugnete) Unterschied zwischen Delict und Rechtsgeschäft liegt darin, dass das Delict die verbotene, das Rechtsgeschäft eine nicht verbotene Hervorbringung rechtlicher Wirkungen ist (vgl. Thon S. 357, Ihering, Geist d. R. R. III, § 53, S. 132).

Daraus, dass der Begriff des Rechtsgeschäftes nicht stets mit wünschenswerther Klarheit entwickelt wurde, folgt gewiss nicht, dass man ihn ganz über Bord werfen müsse. Mit selbstgefälligen Tiraden aber, wie: „Wol aber ist durch die Aufdeckung des scholastischen Ursprunges der Kategorien des Rechtsgeschäftes und der Willenserklärung diesen ihr Platz im System entzogen" (Schlossmann S. 139), oder: „Diese Thatbestände noch (nach den Ausführungen Schlossmann's!) mit dem Namen Rechtsgeschäft oder Willenserklärung zu bezeichnen, dürfte nicht rathsam sein" — ist der Wissenschaft wol nur wenig gedient. Wenn aber Schlossmann in Grünhut's Zeitschrift VII, S. 543—577 die von ernstem wissenschaftlichen Streben erfüllte Arbeit Zitelmann's zum Gegenstande einer Reihe wolfeiler Scherze macht, so muss gegen eine solche Art von Recension (!?) entschiedene Verwahrung eingelegt werden. Wie wenig Schlossmann berechtigt ist, vom hohen Olymp herab Zitelmann zu kritisieren, mögen zwei in unsere Materie einschlagende Argumente Schlossmanns, welche wahre Muster von Sophismen sind, illustrieren. S. 570 cit. sagt Schlossmann: „Gibt Jemand seine Werthsachen in die Bank zur Verwahrung, um einen Anspruch auf Rückgabe zu gewinnen, oder um sie in Sicherheit vor Diebes- und Feuersgefahr zu wissen?" Hier wird statt des Übergabsvertrages plötzlich die Bank in den Vordergrund geschoben. Freilich gibt der Deponent die Werthpapiere in die Bank, und nicht in den Kuhstall, damit sie sicher sind; aber er übergibt sie der Bank, statt sie etwa mit Benützung eines besonders günstigen Momentes heimlich in die Casse zu legen, oder dem Cassier durch's Fenster hineinzuwerfen und davonzurennen, „um einen erweisbaren Anspruch auf Rückgabe zu gewinnen" und die Bank haftbar zu machen für jedes Verschulden in der Verwahrung. Wenn Schlossmann weiters sagt: „Ein sonderbarer Schwärmer müsste es sein, der auf die Frage, warum er sich einen Pelz beim Kürschner bestellt habe, statt zu sagen: weil es kalt ist, antworten wollte: weil ich einen Anspruch auf Lieferung eines Pelzes, oder eine

actio emti erwerben wollte", so ist die Bemerkung Schlossmanns nur dann richtig, wenn man Jemanden fragt, warum er sich beim Kürschner einen Pelz und nicht beim Zuckerbäcker ein Gefrorenes bestellte. Wenn aber Schlossmann denselben Jemand fragt, warum er, da doch kein Pelz vorräthig war, dennoch einen Vertrag über einen Pelz abschloss, warum er nicht wartete, bis der Kürschner den Pelz aus freiem Antriebe machen werde, warum er den Pelz bestellte, dann wird ihm dieser so Befragte gewiss sagen, „weil ich einen Anspruch auf Lieferung eines Pelzes erwerben wollte", und Niemand wird darum diesen einen sonderbaren Schwärmer schelten, sondern viel eher jenen einen sonderbaren Logiker nennen, der in so oberflächlicher Weise die juristische und die wirthschaftliche Seite des Rechtsgeschäftes, die Sache oder Leistung, um die es sich handelt, und die rechtliche Handlung als Mittel sie zu erreichen, durcheinanderwirft.

Schliesslich sei nur noch der Definition Karlowa's (Rechtsgeschäft S. 6) gedacht, welcher „die rechtliche Gebundenheit der Parteien bezüglich des Eintrittes der (zunächst oder eventuell) beabsichtigten Rechtswirkungen ... die Existenz oder den Bestand des Rechtsgeschäftes" nennt. Diess ist aber geradezu das durch das Rechtsgeschäft entstandene Rechtsverhältnis. Gegen diese Verwechslung von Ursache und Wirkung vgl. auch Zitelmann S. 233, 282—285, 302—306 und Pumtschart in Grünhut's Ztschr. V, S. 621.

Für das Gelungenste in der erörterten Materie erachte ich die trefflichen Ausführungen Thon's im Schlusscapitel seines geistvollen Werkes „Rechtsnorm und Rechtssubject". Vgl. S. 350: „Ausübung einer Befugnis ist das, was wir Rechtsgeschäft nennen." S. 385: „In der Form der Vorbedingung für den Eintritt oder das Aufhören gewisser Imperative ist das Rechtsgeschäft das zu diesem Zwecke dem Einzelnen von der Rechtsordnung angebotene Mittel."

α_1. Elemente.

§ 80.

Ein Rechtsgeschäft ist ein menschliches Handeln, welches in der Absicht gesetzt wird, durch dasselbe jene rechtlichen Wirkungen herbeizuführen, welche vom Rechte an ein solches absichtliches Handeln geknüpft sind, oder welches doch als in dieser Absicht gesetzt äusserlich sich darstellt. Als innerstes Element eines menschlichen ein Rechtsgeschäft begründenden Handelns erscheint demnach eine bestimmte Absicht, in der es gesetzt wurde, eine concrete Richtung des Willens somit nicht nur auf die Handlung selbst, sondern auch auf ihre Folgen. Nur jene Handlung ist ein Rechtsgeschäft, welche als absichtlicher Ausdruck dieser Willensrichtung sich manifestiert, welche eine Erklärung des Willens ist oder doch eine solche involviert. Aber die Erklärungshandlung ist nicht das letzte Ziel des Willens, sie ist ihm nur das Mittel zur Erreichung eines rechtlichen Zieles. Um dieses Ziel zu erreichen muss das Individuum zunächst das Mittel,

d. i. die Erklärung des auf diesen Erfolg gerichteten Willens wollen und durch dieses das rechtliche Ziel. Dieses ist in letzter Linie das Gewollte.

Und so haben wir drei im innigsten Zusammenhange stehende Elemente des Rechtsgeschäftes.

Den Willen eine Handlung zu setzen, um durch diese als beabsichtigten Ausdruck (Erklärung) des Willens die von der Rechtsordnung an einen solchen beabsichtigten Willensausdruck geknüpften Wirkungen herbeizuführen;

Die Erklärung als beabsichtigten Ausdruck des Willens, die von der Rechtsordnung an einen solchen beabsichtigten Willensausdruck geknüpften Wirkungen herbeizuführen;

Die rechtlichen Wirkungen als Ziel, als Zweck einer menschlichen Handlung, d. h. als rechtlichen Erfolg einer behufs Herbeiführung dieser Wirkungen unternommenen und auch als Mittel zur Herbeiführung derselben sich darstellenden (somit zugleich eine beabsichtigte Erklärung des auf Herbeiführung dieser Wirkungen gerichteten Willens involvierenden) Handlung.

α_2. Wille.[1])

§ 81.

Um die Bedeutung des Willens als Momentes eines Rechtsgeschäftes darzulegen, wird zuerst das Wesen des Willens zu erörtern sein. Sohin wird zur Klärung der Frage, ob ein Wille vorhanden sei, beziehungsweise rechtliche Wirkungen nach sich zu ziehen vermöge, somit rechtlich vorhanden sei, von den Mängeln des Willens zu han-

---

[1]) Witte, Die bindende Kraft des Willens im Obligationenrecht nach der heutigen Wissenschaft, Kr. VJS VI, 1864, N. XIII, S. 330—398; Witte, Die bindende Kraft des Willens im altdeutschen Obligationenrecht, Z. f. Rechtsgeschichte VI, S. 448ff.; Schall, Der Parteiwille im Rechtsgeschäft, Stuttgart 1877, 58 S. (hiezu Steinlechner in Grünhut's Ztsch. V, 1878, S. 173—177); Bernstein, Zur Lehre vom alternativen Willen und den alternativen Rechtsgeschäften, Abth. I, Der alternative Wille und die alternative Obligation, Berlin 1878, 114 S. (hiezu Pfersche, Kr. VJS XXIII, 1881, S. 309—311); Pescatore, Die sog. alternative Obligation, Marburg 1880, 286 S. (hiezu Pfersche, Kr. VJS XXIII, 1881, S. 305—308). Vgl. auch James Mill, Analysis of the phenomena of the human mind (die letzten Capitel „Will" und „Intention"), 2. Aufl., London 1878; Lectures on jurisprudence or the philosophy of positive law, 4. Aufl., London 1879 (Lecture 18—27).

deln sein, und schliesslich zur Feststellung des Inhaltes, des Umfanges des Willens, zur Klärung der Frage somit, worauf ein Wille gerichtet sei, der concreten Beschränkungen zu gedenken sein, welche sich der Wille setzen kann.

α_3. Wesen.

§ 82.

Der Wille ist ein qualificiertes menschliches Vorstellen, ein Vorstellen, welches nicht nur als unmittelbare Folge äusserer, d. i. physischer Zustände und Veränderungen erscheint, sondern sich in der Idee als wirklich setzt, auch wenn die Vorstellungen den momentanen äusseren Verhältnissen nicht entsprechen: gewisse Vorstellungen haben das Bestreben in sich, sich zu verwirklichen, die ihnen nicht entsprechenden äusseren Verhältnisse sich zu accomodieren, die ihnen entsprechenden zu conservieren.

Nur was man sich vorstellt, kann man wollen. Die Aussenwelt lernt das Individuum nur durch seine Vorstellungen kennen. Unsere Vorstellungen von der Aussenwelt sind aber ein Wechselndes. Aus diesem Wechsel der Vorstellungen ergibt sich für uns die Erkenntnis,[1]) dass die Aussenwelt ein Wechselndes sei, dass sie somit nicht immer so sein werde und daher nicht so sein müsse, wie sie jetzt ist, sondern auch anders sein könne. Hiemit ist aber die Möglichkeit von Vorstellungen gegeben, nicht nur wie die Aussenwelt ist, sondern auch, wie sie sein könnte. Das Individuum bezieht die Aussenwelt mit Nothwendigkeit auf sich und seine Existenz, seinen Vortheil; jenes Individuum, welches diess nicht thun würde, müsste zu Grunde gehen. Das Individuum bezieht somit nicht nur die Vorstellung von der Aussenwelt, wie sie ist, sondern auch die Vorstellung von der Aussenwelt, wie sie sein könnte, mit Nothwendigkeit auf sich und sein Interesse. Jede Vorstellung nun von einer dem Individualwohl günstigeren Aussenwelt als die gegenwärtige es ist, bildet einen relativen Wunsch des Individuums[2]), und die Vorstellungen von der dem Individualwohl nach der vermeintlichen Erkenntnis günstigsten Aussenwelt bilden den Wunsch des Individuums.

[1]) Oder doch der Glaube.

[2]) Jedes Individuum muss für sich die beste Aussenwelt wünschen; wenn Jemand nicht Kaiser, oder nicht Millionär, oder nicht Papst zu sein wünscht, so erachtet er diess einfach als seinem Individualwohl nicht günstig.

Die Erfahrung lehrt dem Individuum einerseits, dass nicht alle Wünsche erfüllbar sind, anderseits jedoch, dass es allerdings durch seine eigene physische Thätigkeit Veränderungen der Aussenwelt hervorzubringen oder solche Veränderungen hintanzuhalten vermag. Hieraus aber ergibt sich eine engere Gruppe von Wunschvorstellungen, jene Vorstellungen, die das Individuum nach seiner vernünftigen Erkenntnis in Wirklichkeit umzusetzen vermag, oder doch umsetzen zu können vermeint, im Gegensatze zu jenen Vorstellungen, hinsichtlich derer ihm die auf Erfahrung gegründete vernünftige Erkenntnis sagt, dass es sie nicht in Wirklichkeit umzusetzen vermöge. Allein nicht immer wird eine zuversichtliche Überzeugung vorhanden sein, dass durch menschliches Handeln gewisse äussere Wirkungen hervorgebracht zu werden vermögen, oder dass eine solche Wirkung nicht hervorgebracht werden könne. Und nicht jedes menschliche Handeln ist seiner Dauer und Intensität nach gleichwerthig. Da aber die menschliche Handlungsfähigkeit ihrer zeitlichen Dauer und überhaupt ihrer Intensität nach nur eine endliche, eine beschränkte ist, so ergibt sich, sogar ganz abgesehen von dem Reibungswiderstande, der durch das Moment der Trägheit (Beharrungsvermögen) bedingt ist,[3]) hienach eine Modification in der Scala der Vorstellungen über das Wünschenswerthe, indem einerseits die grössere Sicherheit des Erfolges und anderseits die geringere erforderliche Handlungsintensität (d. i. Arbeitsquantität, Arbeitsqualität und zeitliche Dauer der Arbeit) eine ein an sich minder wünschenswerthes Resultat erzielende Handlungsthätigkeit als vortheilhafter erscheinen lassen können als eine Handlungsthätigkeit, welche zwar ein an sich Wünschenswertheres, aber minder sicher oder nur mit grösserer Anstrengung herbeizuführen vermöchte.

Und so ergibt sich aus dem geringeren Erfordernisse an Handlungsintensität, der Grösse des möglichen Erfolges der Handlung, und der Wahrscheinlichkeit dieses Erfolges eine andere Scala von Vorstellungen über die menschlichen Handlungen als Mitteln, Wünsche zu erreichen; und diejenige von ihnen, welche jeweilig die oberste, die lebhafteste ist, ist der Wille des Individuums. Das Individuum kann jeweilig nur das thun wollen, was ihm jeweilig nach seinen Vorstellungen und

[3]) Dem Faulen ist die Arbeit (körperliche Anstrengung) unangenehm; die Vorstellung von der Unannehmlichkeit des Arbeitens ist lebhafter als die von den Annehmlichkeiten des Arbeitsresultates. Aber bei jedem Individuum (nicht nur dem Trägen) existiert eine Grenze, jenseits welcher die körperliche Thätigkeit (einschliesslich der sogenannten geistigen Thätigkeit) unangenehm zu werden beginnt. Die Trägheit ist das Ursprüngliche, Natürliche; die Arbeitslust ist nur ein Product der natürlichen Zuchtwahl.

seinen Anlagen, seiner ganzen individuellen Beschaffenheit als das Vortheilhafteste erscheint.[4])

Der Wille hat somit zunächst eine bestimmte Handlungsthätigkeit im Auge, in zweiter Linie ein bestimmtes Handlungsresultat, in letzter Linie den Vortheil des Individuums; er ist nur eine Seite, eine Manifestation des Selbsterhaltungstriebes; das Individuum kann nur den Willen haben, den es hat, und hat ihn nur, weil es ihn haben muss.

Anmerkung. Ihering stellt im „Zweck im Recht" für das Gebiet der (thierischen und menschlichen) Handlungen dem Causalitätsgesetze den Zweckbegriff entgegen. Das Individuum handle nicht, weil (quia) . ., sondern damit (ut) . . Aber gerade in diesem Puncte möchte ich mit besonderem Nachdrucke die Einheit der Gesetze über Veränderungen in der Materie betonen. Mag mit dem stofflichen ein geistiges Element verbunden sein oder nicht — immer wird das stoffliche Element der Träger aller Veränderungen sein (vgl. oben I, § 3, S. 30 ff.) und stets wird es daher das Causalitätsgesetz sein, welches in den Veränderungen uns entgegentreten wird. Der Zweck, das ist die Vorstellung von einem bestimmten Handlungsresultate und seinem Vortheile, beziehungsweise die dieser Vorstellung entsprechende materielle Veränderung der Denkorgane tritt mit in die Reihe der Ursachen, aus denen mit absoluter Nothwendigkeit die Handlung (resp. der Handlungsversuch) oder die Unterlassung erwächst. Gewiss, der Hund isst, um den Hunger zu stillen; er isst nicht, wenn sein Herr ihm das Essen verbietet, er unterlässt das Essen, um der Strafe zu entgehen. Aber was sind diese Vorstellungen von den Folgen der Handlung oder Unterlassung Anderes als Ursachen der Handlung oder Unterlassung? Die Intensität des Hungers, die Qualität des in Augen stehenden Genusses, die Furcht vor der drohenden Strafe, sie sind die materiellen Ursachen, die mit zwingender Nothwendigkeit die Handlung nach sich ziehen. Aber in diesem Falle tritt noch das Causalitätsgesetz, da unter den Ursachen, die Vorstellung eines Zukünftigen figuriert, in dem schimmernden Gewande des bewussten Zweckes auf. Wo jedoch ist z. B. das Zweckgesetz, wenn das neugeborene Kind die erste Nahrung aus der gebotenen Mutterbrust saugt? Wie kläglich wären wir daran, hätte die Natur uns nur auf unser Denken, unser Bewusstsein hingewiesen! Nie und nimmer würden wir, kämen wir auch bereits im Vollbesitze unserer Geisteskräfte zur Welt, durch einen Denkprocess darauf kommen, dass das Essen ein nothwendiges Mittel sei unser Leben zu erhalten, ja dass es geeignet sei, das mit dem Worte Hunger bezeichnete Missbehagen zu beseitigen. Die Instincte, die nackten Anwendungen des Causalitätsgesetzes sind es, die uns in das Leben geleiten, unter deren Schutz wir heranwachsen und die selbst den Erwachsenen oft noch sicherer schirmen als sein in die dunkle Zukunft blickender Verstand. Warum trinkt das Kind? Es trinkt nicht damit . ., es kennt noch keine Zwecke, es trinkt weil . . .; es trinkt, weil die Beschaffenheit seiner Organe eine derartige ist, dass der Stoffumsatz im Körper

[4]) Allerdings kann aber unter Umständen dem Individuum sogar die Selbstvernichtung als das Wünschenswertheste, Vortheilhafteste erscheinen.

eine gewisse Veränderung der Sensibilitätsorgane hervorruft, weil diese wieder auf die Saugorgane wirkt, derzufolge diese letzteren beim Hinzutreten eines äusseren (u. z. vorzüglich eines durch Vermittlung des Geruchs- und Tastsinnes anreizenden) Objectes sich in Bewegung setzen. Durch natürliche Zuchtwahl haben sich aus den mechanischen Kräften der Materie jene Stoffgruppierungen gebildet, aus denen diese Causalzusammenhänge sich ergeben; sie haben sich gebildet, weil sie vortheilhaft waren für Einzelne und die Gattung, weil ohne sie der Einzelne zu Grunde gienge, keine Gattung entstanden wäre, beziehungsweise nur jene Individuen höherer Organisation zu existieren vermochten, bei denen diese Ursachen diese Wirkungen hatten. Erst wenn durch die angeborenen Instincte der Körper bis zu einem gewissen Entwicklungsstadium gebracht ist, beginnen die geistigen Functionen: dann denkt der Mensch über das, was er früher im Instincte gethan. Die Erfahrung lehrt ihn, was auf den Hunger und das Essen folgt: die Befriedigung. Erst dann isst er um der Befriedigung willen. Erst der Erfolg der Handlungen, die er früher instinctiv, d. h. in nothwendiger Consequenz materieller localer Reize setzte, der causale Schluss, es werde bei gleichen Ursachen der gleiche Erfolg eintreten, machen es möglich, dass nunmehr die Vorstellung von dem Erfolge einer Handlung unter die Ursachen dieser Handlung tritt.

Und doch! in einem Puncte, so paradox es vielleicht erscheinen mag, kann ich Ihering nicht unbedingt entgegentreten, darin nemlich nicht, wenn er in der Vorrede für alle Veränderungen das Zweckgesetz als massgebend erklärt. Der Kant'schen Auffassung, welche die unendliche Kette der Veränderungen aus dem vorauswissenden Willen der Gottheit entspringen lässt, und welcher so die Unfreiheit des Einzelnen, in welchem die Gottheit sich manifestiert, nur eine Folge der selbstherrlichen Freiheit des göttlichen Willens ist, ihr vermöchte ich nimmer entgegenzutreten, und wenn ich jetzt mir warnend den Grundsatz vorhalte, über das Geistige als ein Unerforschliches nicht zu meditieren, auf dem Boden der nicht ablehnenden, nicht zustimmenden Skepsis ihm gegenüber zu verharren, so zieht es doch im nächsten Augenblicke mich wieder mit „der Allgewalt der ersten Jugendliebe" zu diesem tiefphilosophischen Gedanken hin. Was ich negiere ist nur die Differenz von Zweckbegriff und Causalitätsgesetz in der Welt der Erscheinung. Mag in uns der Funke der Gottheit glühen, dass wir uns vermessen zu rufen, „Ich bin's, ... bin Deines Gleichen" — er ist gebannt in die starre Form. Wir wissen nichts von den Zwecken des Geistes, der in uns waltet, wir müssen handeln, weil die Ursachen unseres Handelns gegeben sind; wenn unser Handeln Mittel ist für die Zwecke des göttlichen Willens, so braucht es darum noch nicht Mittel zu sein für unsere Zwecke. Ja gerade wenn der göttliche Wille die unendliche Reihe der Veränderungen bewegt, der göttliche Wille die Ursache ist, der die Welt der Erscheinungen entspringt, als Mittel zur Verwirklichung des göttlichen Willens-Zweckes, — dann bleibt für unsere Zwecke kein Raum mehr, sie erblassen vor dem Zwecke des Weltgeistes, sind nur Glieder in der Kette der Causalität.

β_3. Mängel des Willens.

§ 83.

Der zum Zustandekommen eines Rechtsgeschäftes erforderliche Wille muss also gerichtet sein: 1. auf das Setzen concreter Handlungen, 2. auf das Eintreten gewisser rechtlicher Wirkungen,[1]) 3. in letzter Linie (wie jeder menschliche Wille) auf den Vortheil des Handelnden.

Diese drei Richtungen werden in's Auge zu fassen sein, wenn es sich um die Beantwortung der Frage, wann man sagen könne, der Wille leide an einem Mangel, handelt.

1. Es kann gehandelt worden sein, ohne dass gehandelt werden wollte: im Schlafe, in der Trunkenheit, im Wahnsinne,[2]) zufolge äusseren physischen Zwanges (vis absoluta).[3]) Eine solche Erklärung welche nicht nur Nichtgewolltes enthält, sondern selbst nicht gewollt ist, ist unter allen Umständen rechtlich vollkommen wirkungslos, u. z. wirkungslos wegen Mangels des Willens.

2. Es kann mit Willen gehandelt worden sein, aber nicht mit dem Willen Rechtsfolgen herbeizuführen (im Scherze, beispielshalber um Jemanden irre zu führen) oder doch nicht mit dem Willen, diese Rechtsfolgen herbeizuführen, die die Rechtsordnung an diese Handlung knüpft. Da das zu einem Rechtsgeschäfte erforderliche Handeln aber nach dem erörterten Wesen des Rechtsgeschäftes schon die Erklärung, dass die Rechtsfolgen gewollt werden, involvieren muss,[4]) liegt in allen diesen Fällen, vom Standpuncte des Rechtsgeschäftes aus betrachtet, auch ein

[1]) Mit logischer Schärfe und Präcision hat Zitelmann, Die juristische Willenserklärung Jahrb. f. Dogm. XVI, 1878, u. z. S. 362—371, das Eigenthümliche der Erklärungshandlung durch Hinweis auf die doppelte in ihr zum Ausdrucke gelangende Richtung, nemlich, „dass sie nicht bloss Äusserung des unmittelbaren Willens wie jede Handlung, sondern zugleich eine wahre Äusserung des mittelbaren Willens, der Absicht ist" (S. 370, 371), entwickelt. Mit Recht bemerkt er von der Willenserklärung, dass „diese Doppeldeutigkeit des Worts . . die grösste Verwirrung hervorgebracht hat."

[2]) Der Wille des Wahnsinnigen ist rechtlich kein Wille.

[3]) Hier liegt rechtlich gar keine Handlung vor; selbst im streng formalen Wechselrecht kann Derjenige, der vi absoluta, also durch Führung der Hand, zur Unterfertigung gezwungen wurde, auch gegen einen dritten Wechselberechtigten den erfolgten Zwang geltend machen, geradeso als wäre seine Unterschrift gefälscht.

[4]) „Die unmittelbare Handlung ist Mittel zur Erreichung der Absicht und zugleich Erklärung dieser Absicht." Zitelmann, Die juristische Willenserklärung, Jahrb. f. Dogm. XVI, 1878, S. 369.

Mangel der Erklärung vor, sei es, dass die Erklärung trotz ihres Wortlautes schon äusserlich sich nicht als Ausdruck eines auf Herbeiführung rechtlicher Folgen gerichteten Willens darstellt,[5]) sei es, dass sie sich zwar äusserlich als solche darstellt, ihr aber der scheinbar zum Ausdrucke gebrachte Wille thatsächlich nicht entspricht, sie somit eine unwahre, eine falsche Erklärung ist. Die Ursache davon, dass etwas erklärt wurde, was dem Willen widerspricht, kann nun wieder darin liegen, dass Jemand einen solchen Widerspruch absichtlich herbeiführen, somit Dritte täuschen wollte, oder dass er glaubte, der Widerspruch werde von den Anderen sofort erkannt werden, somit für diese gar nicht entstehen, oder aber, dass er selbst ihn nicht erkannte, sich über die Congruenz zwischen Wille und Erklärung in Irrthum befand. Von diesen Fällen sollte, da es sich, wie schon erwähnt wurde, hier ebenso um Mängel der Erklärung als um Mängel des Willens handelt,[6]) systematisch erst dort die Rede sein, wo von der Erklärung gehandelt wird. Es würde somit an dieser Stelle nur noch die Erörterung der Mängel erübrigen, welche in der

3. Richtung des Willens auf den individuellen Vortheil unterlaufen können. In dieser Richtung kann nun nie ein Mangel in dem Sinne vorliegen, dass zwar gehandelt werden wollte, beziehungsweise dass rechtliche Folgen herbeigeführt werden wollten, dass aber der Wille trotzdem nicht auf den Individualvortheil gerichtet gewesen wäre, denn der Individualvortheil ist das Motiv des Willens, und wo er nicht dem Individuum vorhanden erscheint, da gibt es gar keinen Willen, da ist ein Wille unmöglich. Allein in der Berechnung des Individualvortheiles kann ein störendes Moment unterlaufen sein.

Dieselbe kann zunächst eine verfehlte sein: Der Wille ist vorhanden, aber er ist nur vorhanden, weil ein Irrthum in der Vortheils-

[5]) Denn es wird die „Willenserklärung durch den gesammten, diese Erklärung enthaltenden und dem anderen Contrahenten vorliegenden Thatbestand mit allen seinen Bestandtheilen und begleitenden Umständen und nicht nur durch einen herausgerissenen Theil derselben gebildet" (Hasenöhrl, Obligationenrecht § 43, S. 528.

[6]) Unrichtig ist es m. E., wenn Unger II, § 89 die Fälle „unabsichtlicher Nichtübereinstimmung von Wille und Erklärung" in die Gruppen „unabsichtliche Übereinstimmung wegen Mangels des Willens" und „unabsichtliche Übereinstimmung wegen Mangels der Erklärung" unterscheidet. Auch dort, wo „eine Erklärung vorhanden ist, welche in der That nicht gewollt ist", liegt ein Mangel, d. i. ein Fehler der Erklärung vor; wenn Unger sagt, hier „stimmt der Wille mit der Erklärung nicht überein, weil der erklärte Wille nicht der wahre Wille ist", so kann man eben sogut sagen, es stimmt die Erklärung mit dem Willen nicht überein, weil der wahre Wille nicht correct erklärt wurde. Gegen Unger auch Zitelmann, Irrthum und Rechtsgeschäft S. 12.

berechnung, ein Irrthum im Beweggrunde (falsa causa), vorliegt. A wollte, aber er wollte nur, weil er glaubte, einem, sei es nun materiellen oder ethischen Interesse zu genügen. Ein solcher Irrthum nun wird allerdings gemeiniglich auf die rechtliche Existenz eines Rechtsgeschäftes ohne Einfluss sein: es genügt in den meisten Fällen, dass hinsichtlich der Handlung und der Rechtsfolgen gewollt wurde; warum gewollt wurde, ist gleichgiltig.

Unter Umständen jedoch vermag doch auch dieser Irrthum von Bedeutung zu werden. Ganz insbesondere aber ist diess der Fall, wenn und insoweit der Handelnde über seinen Vortheil von Anderen in Irrthum geführt wurde, ja vielleicht gerade darum in Irrthum geführt wurde, damit er durch diesen Irrthum zum Handeln veranlasst werde, wenn somit eine Irreführung oder geradezu ein Betrug vorliegt.

Allein auch ganz ohne jedem Irrthume kann ein störendes Moment in der Vortheilsberechnung unterlaufen, dann nemlich, wenn das Interesseverhältnis des Handelnden von einem Dritten widerrechtlich verrückt wurde, ihm ein Interesse an einer Handlung oder Willenserklärung, ja vielleicht selbst an ihren rechtlichen Folgen, durch einen von der Rechtsordnung verpönten Eingriff in seine Interessensphäre künstlich geschaffen wurde, wenn somit ein Zwang vorliegt.

Es wäre somit im Folgenden zu handeln, 1. von den Fällen, in welchen der Irrthum im Beweggrunde als solcher von rechtlicher Bedeutung ist, 2. von der Irreführung, 3. vom Zwange und von dem Einflusse dieser Momente auf die Existenz eines Rechtsgeschäftes. Aus practischen Gründen, d. i. mit Rücksicht auf die in unserem Gesetze gepflogene Behandlung, empfiehlt es sich jedoch, schon hier auch jene Irrthumsfälle, welche im Eingange dieses Paragraphen sub 2 erwähnt wurden, zu behandeln, so dass hienach 1. vom Irrthume, 2. von der Irreführung, 3. vom Zwange wird gehandelt werden.

α_1. Irrthum.[1]

§ 84.

Der Irrthum[2]) Desjenigen, der eine Handlung beziehungsweise Erklärung, um deren rechtliche Bedeutung es sich handelt, setzt, wird

[1]) Mühlenbruch, Über juris et facti ignorantia und deren Einfluss auf Rechtsverhältnisse, Archiv f. civ. Pr. II, 1819, N. XXXV, S. 361—451; Pratobevera, Materialien VI, 1822, S. 149—159; Richelmann, Einfluss des Irrthums auf Verträge, 1837; Savigny III, §§ 114, 115, 135—139 und Beilage VIII: Irrthum und Unwissenheit, S. 325—473 (1840); Herrmann, Beiträge zu der Lehre vom Irrthum in der Giessner Zeitschrift für Civilr. u. Proc., N. F. III—VIII passim; Renaud, Zur Lehre vom Einflusse des

für diese Bedeutung nur dann von Entscheidung sein können, wenn die Erklärung ohne Irrthum gar nicht oder doch nicht in dieser Weise

Irrthums in der Sache auf die Giltigkeit der Kaufverträge, mit Rücksicht auf v. Savigny: der error in substantia (System III, p. 276—302), Archiv f. civ. Praxis XXVIII, 1846, N. X, S. 247—274; Weil, Über die Begriffe juris et facti ignorantia, Zt. f. Civilr. u. Process, N. F. XII, 1855, N. XIII., S. 377 ff.; Bekker, Kr. VJS III, 1861, S. 187—189 (gegen Savigny); Exner, Tradition 1867, S. 260—287; Chobert, De l'erreur en matière civile d'après le droit romain et le code Napoléon, Thèse, Paris 1868, 324 S.; Chaumat, Etude sur l'erreur dans les contrats en droit romain et en droit français, Thèse, Paris 1869, 317 S.; Voigt, Die Theorie von der juristischen Relevanz von error und ignorantia, Archiv f. civ. Praxis, LIII, N. F. III, 1870, N. XVI, S. 404—432, IV, 1871, N. II, S. 23—80, N. X, S. 194—241; Hölder, Die Lehre vom error, Kr. VJS XIV, 1872, S. 561—583; Hesse, Zur Lehre vom Irrthum, Archiv f. civ. Pr. LVII, 1874, N. XI, S. 182—253; Bähr, Über Irrungen im Contrahieren, Jahrb. f. Dogm. XIV, N. F. II, 1875, N. IX, S. 393—427 (hieraus § 6 Irrungen hervorgerufen durch Missbrauch schriftlicher Willenserklärungen, § 7 Irrungen aus der Bezeichnung des Objects des Vertrags, § 8 Irrungen durch Versehen bei der Willensvermittlung); Comte, De l'erreur dans les contrats en droit romain et en droit français, Paris 1875, 203 S.; Schlossmann, Der Vertrag, 1876, § 15, S. 113—117; Rittner, Öst. Eherecht, 1876, §§ 26, 27; Hesse, Eine Revision der Lehre vom Irrthum, Jahrb. f. Dogm. XV, N. F. III, 1877, N. II, S. 62—135; Ernst, Theorien über die Folgen des Irrthums bei Abschluss eines Rechtsgeschäftes durch Mittelpersonen, Diss., Breslau 1878, 40 S.; Zitelmann, Irrthum und Rechtsgeschäft, Eine psychologisch-juristische Untersuchung, Leipzig 1879, 614 S. (die Recensionen vgl. oben § 79, N. 1); Schüssler, Irrthum und dolus im Wechselrechte, GH 1879, N. 1, 6, 8, 10; Menzel, Zur Lehre vom Irrthum bei Verträgen, GH 1880, N. 52—56; Pfersche, Zur Lehre vom sog. error in substantia, römisch rechtliche Untersuchung, Graz 1880, 106 S. (hiezu Tewes in Grünhut's Zt. VIII, 1880, S. 335—345; Burckhard, Kr. VJS XXIII, 1881, S. 56—62); Hasenöhrl, Österr. Obligationesrecht, 1881, §§ 45—47; Leonhard, Der Irrthum bei nichtigen Verträgen nach röm. Rechte, Ein Beitrag zur Vereinfachung der Vertragslehre, Berlin 1882, 1883, I. Die dem Einflusse des Irrthums ausgesetzten Bestandtheile des Vertrages, 286 S. (hiezu Lotmar, Kr. VJS XXV, N. F. VI, 1883, S. 368—431); II. Die Ausführung der Lehre, S. 287 bis 606 (hiezu Goldschmidt's Zt. f. Handelsr. XXIX, S. 308—316); Bruns in des Pandectenfragmenten, Kleine Schriften II, S. 478—486: Das Bewusstsein und der Irrthum. Wächter, Württ. Privatr. II, § 102; Windscheid I, §§ 76—79; Vangerow I, § 83, III. §§ 604, 605; Arndts, §§ 62, 237—239; Goldschmidt, Handelsrecht I, § 62; Regelsberger in Endemann's Handelsrecht II, §§ 240—242; Unger II, §§ 77, 81, 89; Kirchstetter, S. 454—457, 74; Stubenrauch I, S. 128—130, 721—723 (4. Aufl.), III, S. 23—26 (3. Aufl.).

[2]) „Der Irrthum . . kommt als ein wichtiges Moment in so mancherlei juristischen Beziehungen vor, dass es unmöglich ist, dieselben an einer einzelnen Stelle des Rechtssystems zu erschöpfen" (Savigny III, § 115, S. 112).

erfolgt wäre, wenn der Irrthum somit die Erklärung als solche oder doch eine bestimmte Modalität der Erklärung verursachte, das Motiv der Erklärung bildete. Nur ein Irrthum in einem Motive, oder wie man zu sagen pflegt, ein Irrthum im Motive kann rechtlich in Frage kommen. Allein wie der im Rechtsgeschäft zu Tage tretende Wille eine dreifache Richtung hat, nemlich 1. auf Abgabe der Erklärung, 2. auf Eintritt concreter Rechtsfolgen, 3. auf die Förderung der Individualinteressen, so ist hienach auch die causale Bedeutung des Irrthumes eine verschiedene.

Aus dem oben (§. 82) Gesagten ergibt sich zunächst, dass jeder Irrthum in letzter Linie nur darum von ursächlicher Bedeutung für ein rechtliches Handeln sein kann, welches ohne diesem Irrthume nicht oder nicht so erfolgt wäre, weil er die Individualinteressen betrifft. Der Grund, warum ein Handeln gewollt wurde, rechtliche Wirkungen gewollt werden, kann nur darin liegen, dass dieses Handeln, diese Wirkungen dem Individuum vortheilhaft resp. als das relativ vortheilhafteste erschienen; nur dann wären sie nicht gewollt worden, wenn schon seinerzeit klar gewesen wäre, dass diess nicht der Fall ist. Es kann sein, dass der Irrthum unter den drei genannten Momenten nur das Individualinteresse trifft: A will die Erklärung abgeben „ich schenke dem B 1000 Gulden", er will auch, dass diese Erklärung rechtliche Wirkungen habe, aber diess alles nur darum, weil er glaubt, B sei jener Mann, der ihn vor dem Ertrinken errettete, oder glaubte, B habe seine Nichte geheiratet. Aber der Irrthum ist keineswegs mit Nothwendigkeit auf die Richtung des Individualinteresses beschränkt, er kann zugleich noch die anderen Richtungen treffen. Es kann sein, dass der Erklärende darum eine Handlung setzen wollte, und wollte, dass diese Handlung rechtliche Folgen haben solle, weil er über die specielle Beschaffenheit dieser rechtlichen Folgen in einem Irrthume sich befunden hatte. Er hatte geglaubt, die Folge seiner Handlung werde sein, dass ein Individuum, von dem er glaubte, es heisse B, das aber C heisst, die 1000 erhalten werde, nur darum wollte er sagen „ich schenke dem B 1000 Gulden", nur darum wollte er hiemit die rechtlichen Wirkungen einer Schenkung erzielen. Hier liegt der Grund, warum er eine Erklärung abgeben wollte und abgab, darin, dass er sich über die Bedeutung, die Consequenzen dieser Erklärung im Irrthume befand; er wollte das sagen was er sagte, aber er wollte nicht das was er sagte, er glaubte nur das zu wollen, was er sagte, weil eben seine Worte dem, was er als Resultat wollte, nicht entsprachen.[3]) Es liegt hier

[3]) Hieher gehören auch jene Fälle, in welchen eine Erklärung in dem Acceptieren einer missverstandenen Erklärung eines Anderen besteht (zu unterscheiden von den Fällen, in denen die fremde Erklärung richtig verstanden wird, aber selbst unrichtiger Willensausdruck ist, wo somit trotz Übereinstimmung der Erklärungen eine Discongruenz der Willen der Contrahierenden vorliegt). Mit Unrecht bestreitet Zitelmann S. 419 ff., dass es sich in den Fällen des Dissenses um einen Irrthum handle. Freilich ist der Irthum nicht die Ursache des Dissentierens, aber er ist in vielen Fällen die Ursache, dass die Erklärung, die vielleicht gar nicht abgegeben worden wäre, falls der Mangel des Consenses erkannt worden sein würde, erfolgte, und jedenfalls ist der Irrthum über den Consens die Ursache, dass man rechtliche Wirkungen geschaffen wähnte, deren Nichtvorhandensein klar gewesen wäre, falls der Dissens erkannt worden sein würde.

nicht nur ein Irrthum im Motive wie im vorigen Falle, sondern auch ein Widerspruch zwischen Erklärtem und Gewolltem vor; während im vorigen Falle der Handelnde das, was er sagte, auch wollte, will er in diesem Falle gar nicht, was er sagt. Allein er sagte in diesem Falle doch noch das, was er sagen wollte, es ist aber auch möglich, dass er gar nicht nicht einmal das sagte, was er sagen wollte, sondern ganz etwas anderes sagen oder ausdrücken wollte (sich versprach, verschrieb, vergriff). Auch hier liegt ein Irrthum vor: A wollte eine Erklärung abgeben, aber er wollte nur darum eine Erklärung abgeben, weil er glaubte, er werde eine andere Erklärung abgeben, es werde ihm gelingen, das auszudrücken, was er ausdrücken wollte.[4]) Hätte

[4]) Unrichtig erscheint es mir, wenn Hasenöhrl (I, § 45, S. 549) sagt, der „Irrthum besteht .. hier in einer unrichtigen Vorstellung, welche man im Augenblicke der Vornahme einer Handlung von dem eigenen Thun hat". Man wird in vielen Fällen von dem eigenen Thun gar keine Vorstellung haben, d. h. das Thun stellt sich zwar als eine, wenn auch abgeirrte, Folge einer Vorstellung dar (jener Vorstellung, welche durch ihre Intensität zum Willen ward), aber wir reflectieren nicht mit Nothwendigkeit wieder über dieses Thun, es ist nicht nothwendig, dass dieses unser Thun wieder Vorstellungen in uns wecke. Der Handelnde hat zwar den Willen, Müller zu sagen, und dieser Wille wirkt auf seine Organe, so dass diese die nöthige Bewegung zur Hervorbringung der erforderlichen Laute machen; aber mit dieser in Thätigkeitsetzung der Organe tritt in vielen Fällen die Vorstellung schon wieder aus dem Bewusstsein. Bis der Sprechende zum Worte Müller gelangt ist, denkt er vielleicht schon wieder an etwas ganz Anderes, vielleicht an eine lustige seinem Freunde Meier zugestossene Geschichte; und so mag es geschehen, dass hiedurch die Function der in Bewegung gesetzten Organe abgelenkt wird, dass er, ohne dass es ihm zum Bewusstsein kommt, statt Müller Meier sagt. Man kann nun nur sagen, dass er den Willen hatte, Müller zu sagen, die Vorstellung hatte, er werde Müller sagen, nicht aber, dass er die Vorstellung hatte, er sage wirklich Müller. Er kann auch nachträglich, wenn er an den Inhalt seiner Erklärung denkt, glauben, er habe Müller gesagt, aber dieses spätere Wissen darf geradeso wenig als das frühere Wollen mit einem gleichzeitigen Vorstellen verwechselt werden. Es kann aber auch sein, dass der

er gewusst, er werde sich versprechen, verschreiben etc., so hätte er ganz geschwiegen, gar nichts geschrieben etc. Auch hier widersprechen sich Gewolltes und Erklärtes, aber nicht nur der auf die rechtlichen Folgen gerichtete Wille ist nicht zum correcten Ausdrucke gebracht, auch der auf die Abgabe der Erklärung gerichtete Wille hat sich nicht zu verwirklichen vermocht.

Der Irrthum betrifft somit entweder 1. alle drei Willensrichtungen: es ist dasjenige was ausdrückt werden wollte, gar nicht ausgedrückt und darum auch die rechtliche Consequenz der abgeirrten Erklärung nicht gewollt, und darum die Handlung als solche und ihr Resultat nicht der bei ihrer Setzung aufgestellten Interessenberechnung entsprechend, während sie doch nur in der Meinung gesetzt wurde, sie entspreche dieser Interessenberechnung. Oder 2. er betrifft nur zwei der genannten Willensrichtungen: es ist zwar jene Erklärungshandlung, welche gesetzt werden wollte, wirklich gesetzt, aber die rechtlichen Consequenzen dieser nicht correct bezeichnenden Erklärung sind nicht gewollt, und darum ist das Handlungsresultat und daher auch die Handlung als solche nicht der bei Setzung der Handlung aufgestellten Interessenberechnung entsprechend, während sie doch nur in der Meinung gesetzt wurde, sie entspreche dieser Interessenberechnung. Oder 3. der Irrthum betrifft nur eine der genannten Willensrichtungen: es ist jene Erklärungshandlung, welche gesetzt werden wollte, wirklich gesetzt, es sind somit auch die rechtlichen Consequenzen dieser einen

Sprechend- päter von selbst zur Erkenntnis kommt, er habe Meier statt Müller gesagt; wenn wir an etwas „Anderes“ denken, kommen uns äussere Eindrücke oft nicht sofort zu Bewusstsein, wol aber werden wir uns in einem späteren Momente des früher empfangenen Eindruckes bewusst. Der Sprechende, welcher sich ja selbst „hört“, aber auf seine Rede nicht „achtet“, empfängt im Momente des Sprechens den dem Worte Meier entsprechenden Sinneneindruck, aber er achtet im Augenblicke nicht darauf, weil eben eine andere Vorstellung ihn occupiert; aber nach einigen Augenblicken (vielleicht während der Bote schon bei der Thüre daraussen und im Getriebe verschwunden ist) kann plötzlich die Vorstellung davon, was er gesagt, in sein Bewusstsein treten: „zum Teufel ich habe ja Meier statt Müller gesagt!“ — Nach Hasenöhrl's Ansicht ist übrigens der bei der Aberration unterlaufende Irrthum kein Irrthum im Motiv (I, § 45, S. 552). In durch nichts gerechtfertigter Weise dehnt Zitelmann, Irrt. u. Rechtsg. S. 369, den Begriff des Irrthums aus, wenn er unter selbem auch die Bewusstlosigkeit, die „gar nicht durch einen Impuls des Willens angeregten Bewegungen“ subsumiert (S. 369), behauptet, auch „derjenige, welcher rein »mechanisch« eine Bewegung vollführt . . befinde . . sich im Irrthum, denn er »weiss nicht, was er thut«“. Wer sich im Schlafe den Kopf kratzt, hätte sich somit „geirrt“.

correcten Ausdruck des Willens bildenden Erklärung gewollt, aber trotzdem entspricht das Handlungsresultat und daher auch die Handlung als solche nicht der bei ihrer Setzung aufgestellten Interessenberechnung, u. z. diess nur darum nicht, weil in einer anderen Hinsicht ein Irrthum unterlaufen ist.[5])

Hieraus ergibt sich aber, dass jeder Irrthum ein Irrthum im Motive ist, und dass nur in gewissen Fällen dieser Irrthum zugleich auch ein Irrthum über das Gewollte oder Gesagte ist. Schon hieraus geht hervor, dass es nicht correct ist, wenn man, wie diess seit Savigny fast allgemein zu geschehen pflegt, den Irrthum im Motive jenem Irrthume gegenüberstellt, bei welchem eine unabsichtliche Discongruenz zwischen Wille und Erklärung vorliegt. Letzteren Irrthum, aus „welchem wir die Abwesenheit des wahren Willens erkennen“ (Savigny III, § 135, S. 267), nennt man wesentlichen Irrthum, jenen Irrthum, der lediglich Irrthum im Motive ist, unwesentlichen Irrthum.[6]) Hiezu kommt aber auch noch ein Weiteres, nemlich, dass sich die Grenze zwischen dem Irrthume, der eine solche Discongruenz zur Folge hat, und jenem Irrthume, bei dem diess nicht der Fall ist, in vielen Fällen nicht fixieren lässt. Wenn A erklärt: „ich will dieses Fass kaufen“, u. z. diess in der Meinung sagt, es sei Wein darin, während es Essig enthält, liegt hier nur ein Irrthum im Motiv vor oder auch eine Discongruenz von Wille und Erklärung? Soll man sagen, er erklärte dieses Fass kaufen zu wollen, er wollte als rechtliche Wirkung, dass dieses Fass sein Eigen werde, aber wollte dies nur darum, weil er Wein in selbem wähnte; — oder soll man sagen, er erklärte dieses Fass kaufen zu wollen, aber sein Wille ging darauf, dass ein Fass

[5]) Dass der Irrthum nicht das Interessenmoment, trotzdem aber die beiden andern Momente betreffe, ist nur dann möglich, wenn der in der ersten und der in der zweiten Richtung unterlaufene Irrthum sich paralysieren. A will sagen: „ich schenke dem C 1000“; er will diess aber nur darum sagen, weil er glaubt, es werde nun jene Person, die er für C hält, die aber B heisst, 1000 erhalten; er glaubt auch, er werde sagen: „ich schenke dem C 1000“, er verspricht sich aber und sagt: „ich schenke dem B 1000“. Vgl. auch Zitelmann S. 428.

[6]) Der wesentliche Irrthum ist nach Savigny ein unechter Irrthum (III, § 135, S. 264), weil es hier „an den nothwendigen Bedingungen einer juristischen Thatsache fehlt“ und es „nicht der Irrthum“ ist, „der die Folgen derselben hindert“, sondern die Discongruenz von Wille und Erklärung, während ihm der Irrthum, welcher bloss im Motive wurzelt, der echte Irrthum ist (III, S. 440). Aber „ein unechter Irrthum ist ein Irrthum, der nur scheinbar ein Irrthum ist, nicht aber ein Irrthum, der nur scheinbar eine gewisse rechtliche Wirkung ausübt.“ (Windscheid I, § 76, N. 1b.)

Wein sein Eigen werde? Nicht nur der Erklärung fehlt es öfter an der erforderlichen Genauigkeit resp. deutlichen Beschreibung des Gewollten, auch die Willensrichtung selbst ist oft keine specificierte.[7]) Das Individuum kann überhaupt nicht in abstracten Begriffen, sondern nur in Worten oder Bildern denken, und so kann der Irrthum schon diese gedachten Worte und Bilder beeinflussen, so dass auch die innere Willensrichtung schon den durch den Irrthum hervorgerufenen Fehler an sich trägt, auf ein Object zielt, so dass hinsichtlich dieses Objectes gewollt wird, aber nur, weil dieses Object verkannt wird.

Practisch behandelt denn auch Savigny die Fälle des Irrthums anders: er stellt bei Besprechung der einzelnen Irrthumsfälle nicht den Irrthum, welcher Discongruenz von Wille und Erklärung zur Folge hat, dem Irrthume, welcher keine solche Discongruenz nach sich zieht, gegenüber, sondern (III, § 135, S. 267) den Irrthum über Elemente des Rechtsgeschäftes jenem, welcher nicht die Elemente des Rechtsgeschäftes betrifft.[8])

Wann kann man nun sagen, ein Irrthum betreffe die Elemente des Rechtsgeschäftes? Eine auf rechtliche Wirkungen zielende Erklärung kann sich beziehen auf Personen, auf Sachen, und auf ein zwischen Personen an sich oder mit Rücksicht auf gewisse Sachen zu begründendes oder zu modificierendes rechtliches Verhältnis, und in der ersten und zweiten Richtung wieder sowohl auf die Personen- oder Sach-Identität, Personen oder Sacheigenschaften und die Personen-[9]) oder Sachquantität. Ob ein in einer dieser Richtungen unterlaufener Irrthum die Existenz des Rechtsgeschäftes selbst zu alterieren vermag, diess lässt sich nicht nach schematischen Sätzen, sondern nur nach der concreten

[7]) Es liegt hier eine „unbestimmte Absicht" (Zitelmann, Jahrb. f. Dogmatik XVI, S. 398, Irrthum und Rechtsgeschäft S. 514—518) vor. „Gewiss wird es nicht selten vorkommen, dass, wer eine Urkunde unterschreibt, ohne sie zu lesen, denjenigen Inhalt zu erklären beabsichtigt, welcher in der Urkunde geschrieben ist, sei er wie er sei" (ibid.). Vgl. auch unten § 88, N. 9. Vgl. auch S. 399 cit.: „Der Handlungschef, der die von seinem Correspondenten geschriebenen Geschäftsbriefe unterschreibt, ohne sie zu lesen, weiss sehr genau, dass er dadurch alles das, was geschrieben ist, sei es was es sei, als von ihm selbst geschrieben gelten lässt; er erkauft sich die Bequemlichkeit nichts zu lesen mit der Unsicherheit der Haftung aus unbestimmter Absicht." Hiezu Schlossmann, Vertrag S. 117.

[8]) Vgl. Hasenöhrl I, § 42, S. 553.

[9]) Auch bei einem die Personen betreffenden Irrthum kann ein Quantitätsirrthum unterlaufen, z. B. ein Unternehmer schliesst mit einem Polier als Vertreter seiner Arbeiterabtheilung einen Vertrag in der Meinung, hiedurch mit 100 Arbeitern zu contrahieren, während nur 10 durch den Polier mit ihm unterhandeln.

Natur des einzelnen Rechtsgeschäftes und den Umständen des einzelnen Falles an der Hand des positiven Rechtes beantworten. Nur ein allgemeiner Grundsatz lässt sich aufstellen, welcher sich aus dem Momente des Individualinteresses und des Rechtszweckes ergibt, es ist der, dass nur jener Irrthum entscheidend werden kann für die Hintanhaltung oder Behebung der an eine Handlung als Rechtsgeschäft geknüpften Wirkungen, der entscheidend war für die Setzung dieser Handlung, so dass ohne diesem Irrthume diese Handlung nicht gesetzt worden wäre.

Es wäre nunmehr hier der Ort im Kurzen die Bedeutung des Irrthums bei den einzelnen Rechtsinstituten mit Bezugnahme auf die Bestimmungen des österreichischen Rechtes zu erörtern. Aus practischen Gründen jedoch soll diese Darstellung mit der von der Bedeutung der Irreführung verknüpft werden.

Hier soll nur noch ein Doppeltes seine Darstellung finden.

Es soll nemlich zum besseren Verständnisse des Folgenden schon hier erörtert werden, in welcher Weise eine unabsichtliche Nichtübereinstimmung zwischen Wille und Erklärung hinsichtlich der Elemente des Rechtsgeschäftes entstehen kann, und sohin jener Fälle Erwähnung gemacht werden, in welchen schon der blosse Irrthum im Beweggrunde, auch ohne Irreführung resp. Betrug, von rechtlicher Bedeutung ist.

Was nun den ersteren Punct betrifft, so kann eine unbeabsichtigte Discrepanz zwischen Wille und Erklärung, wie aus dem oben Gesagten sich ergeben dürfte, eintreten entweder in Folge einer blossen Aberration einer menschlichen Handlung (vergreifen, versprechen, verschreiben), oder in Folge einer zwar nicht abgeirrten, aber doch unrichtigen Bezeichnung eines Dinges. Die Ursache dieser letzteren Unrichtigkeit kann liegen entweder im Verkennen eines individuellen Dinges, oder aber in irriger Beschreibung eines individuellen Dinges oder einer Gattungssache. Diese drei Fälle, Aberration, mangelhafte Bezeichnung, mangelhafte Beschreibung sollen nun kurz an den einzelnen Elementen des Rechtsgeschäftes in Beispielen durchgeführt werden.

I. Person. A will dem B 1000 schenken. 1. Aberration: A will auf B deuten, aber seine Hand ist zu schwach, er bringt sie nur bis in die Richtung wo C steht; er verschreibt oder verspricht sich und sagt C statt B. 2. Bezeichnungsfehler: A deutet absichtlich auf den C hin, aber nur, weil er ihn für den B hält. 3. Beschreibungsfehler: A schreibt oder sagt „dem C", aber nur, weil er meint, der Name jener Person, welche er im Sinne, deren Bild er vor seinem geistigen Auge hat, sei C, während diese Person B ist.

II. Sache. A will dem B hundert schenken. 1) Er will die vor ihm liegende 100 Guldennote nehmen, vergreift sich aber, da seine Hand unsicher ist, und nimmt die daneben liegende Tausendguldennote und gibt sie dem B, oder er verspricht oder verschreibt sich. 2) Er sucht aus der Brusttasche eine Note heraus, meint, da er schlecht sieht, es sei eine Note zu 100, während sie auf 1000 lautet, und gibt sie dem B. 3) Er will den Betrag nicht nennen oder schreiben und sagt oder schreibt: die im linken Schreibfache liegende Note, in der Meinung, er habe dorthin die Note zu 100 fl., in das rechte aber eine Note zu 1000 fl. gelegt, während er erstere in das rechte Schubfach gelegt hatte, letztere aber in das linke.

III. Rechtliche Natur.[10]) A will dem B gar nichts schenken. 1) Er will einen Brief unterschreiben, zieht aber aus Versehen die daneben liegende Schenkungsurkunde zu sich und unterschreibt sie; er will sagen oder schreiben: ich leihe Dir 100 Gulden, verspricht oder verschreibt sich aber, so dass er erklärt, ich schenke Dir 100 Gulden. 2) Er unterschreibt eine ihm vorgelegte Urkunde, weil er meint, es sei ein Darleihungsversprechen, oder er unterschreibt ein leeres Blatt Papier, weil er überzeugt ist, sein Bevollmächtigter werde gemäss des ertheilten Auftrages die Darleihenserklärung daraufschreiben, während dieser eine Schenkungsurkunde darüber schreibt. 3) Er ist des Deutschen schlecht mächtig und gebraucht das Wort schenken in der Meinung, es bedeute soviel wie das englische „lend".

Der Unterschied zwischen den Fällen A1, B1, C1 und A2, A3, B2, B3, C2, C3 liegt darin, dass in den letzteren der Handelnde diese Erklärung abgeben wollte, diese Person, diese Sache bezeichnen, diese Urkunde unterschreiben, diese Worte gebrauchen wollte, wenn auch nur darum, weil seine Vorstellung über ihre Identität, ihre Bedeutung eine falsche war, dass er jedoch in den ersteren Fällen diese Person, diese Sache überhaupt nicht bezeichnen, diese Urkunde nicht unterschreiben, diese Worte nicht gebrauchen wollte.

Es erübrigt nun noch die Besprechung jener Fälle, in denen schon der Irrthum im Beweggrunde allein von rechtlicher Relevanz ist.

[10]) Zitelmann, Irrthum und Rechtsgeschäft, S. 483, specificiert die einzelnen Momente der rechtlichen Seite des Entschlusses übersichtlich in nachstehender Weise: „I. Die Entscheidung über den Geschäftsabschluss selbst. II. Die Entscheidung über die Art des Geschäftes: 1. ob begründen, verändern, aufheben? 2. welches Genus Recht (dingliche oder obligatorische Rechte)? 3. welches specielle Recht? Der Punct II. 2 fällt aber schon unter den Punct II. 3. Ich würde daher unterscheiden I. ob ein Rechtsgeschäft gesetzt wird, II. welches Recht es betreffen soll, III. was hinsichtlich dieses Rechtes verfügt werden soll?

Der innere Grund, der eine Partei bewog, ein Rechtsgeschäft zu setzen, ist im Allgemeinen für dessen Existenz bedeutungslos;[11]) die Sicherheit der Rechtszustände würde sonst eine illusorische sein, wenn es Jedermann freistünde, auf Grund einer Vereitlung beziehungsweise des Nichtzutreffens des Erfolges, um dessentwillen gehandelt wurde, das Rechtsgeschäft überhaupt seiner Wirkungen zu berauben.[12])

Hiemit ist selbstverständlich jedoch nicht ausgeschlossen, dass dort wo das Zutreffen des bei der Unternehmung des Rechtsgeschäftes hervorgehobenen Grundes, das Eintreten eines bestimmten äusserlich controlierbaren[13]) Resultates geradezu als Bedingung gesetzt wurde, durch einen solchen zum integrierenden Bestandtheile des Rechtsgeschäftes gewordenen Beweggrund die Existenz des Letzteren allerdings beeinflusst werden kann,[14]) insoferne nicht etwa bei dem fraglichen Rechtsgeschäfte überhaupt die Hinzusetzung einer Bedingung wirkungslos

[11]) Auf Grund einiger missverstandener Stellen des römischen Rechtes hatte man die Behauptung aufzustellen versucht, dass der durch einen Irrthum im Beweggrunde entstandene Wille überhaupt rechtlich gar kein Wille sei (vgl. insbesondere L. 20 D. 39, 3: nulla enim voluntas errantis est; L. 8 Cod. 1, 18: cum errantis voluntas nulla sit); vgl. aber hiegegen Savigny III, S. 342 ff. und S. 112 ff.

[12]) Der Irrthum im Motive, in der Ursache des Handelns, tritt immer auch als Irrthum über die Wirkungen der Handlung hinsichtlich des Individualinteresses auf. Ein Irrthum im Motive liegt immer dann vor, und nur dann vor, wenn der Handelnde das Resultat seiner Handlungen für ein anderes hielt, als jenes, das ihr in Wahrheit folgte; denn um das vermeintlich vortheilhafte Resultat zu erzielen, und nur darum, wurde ja gehandelt Das Eintreten der nemlichen Rechtsfolgen kann aber vom Interessenstandpuncte des Handelnden aus als ein ganz verschiedenes Resultat erscheinen, jenachdem es nemlich den Wünschen des Handelnden mehr, minder oder gar nicht entspricht. Objectiv aber springt allerdings nur der Eintritt und die Art der Rechtsfolge als solche in die Augen, so dass sich die Frage nicht stellen wird: hätte A X gesetzt, wenn er gewusst hätte, dass die Erzielung des Resultates Y ihm als unvortheilhaft seinerzeit erscheinen werde (denn diese Frage müsste immer verneint werden), sondern vielmehr: Hätte A X gesetzt, d. h. hätte er das Handlungsresultat für vortheilhaft gehalten, wenn er gewusst hätte, dass dieser oder jener Umstand vorhanden oder nicht vorhanden war, von dem er das Gegentheil gemeint hatte, oder wenn er gewusst hätte, das Handlungsresultat sei gar nicht Y, sondern Z?

[13]) Ja selbst der Vorbehalt des ganz subjectiven „si placebit" ist unter Umständen zulässig und rechtswirksam (pactum displicentiae).

[14]) § 901 a. b. G.: „Haben die Parteien den Bewegungsgrund, oder den Endzweck ihrer Einwilligung ausdrücklich zur Bedingung gemacht; so wird der Bewegungsgrund oder Endzweck wie eine andere Bedingung angesehen."

ist.[15]) Die Rechtsordnung geht jedoch einen Schritt weiter. Bei gewissen unentgeltlichen Rechtsgeschäften nemlich, u. z. bei unentgeltlichen Verträgen (§ 901 a. b. G.) und bei Verfügungen mortis causa (§ 572 a. b. G.) wird das Rechtsgeschäft dann ungiltig, „wenn der ... angegebene Beweggrund falsch befunden wird" und erweislich ist, „dass der Wille ... einzig und allein auf diesem irrigen Beweggrunde beruht habe". Es ist also erforderlich: 1. dass der Beweggrund schon bei Abschliessung des Rechtsgeschäftes angegeben, d. i. ausdrücklich erklärt wurde; 2. dass sich nachweisen lässt, der Handelnde habe nur aus diesem Beweggrunde gehandelt; diess ist aber nicht etwa nur dann der Fall, wenn er selbst das Wort nur gebraucht hat, erklärt hat, er handle nur weil ..., sondern dieser Nachweis kann auch durch die logische Ausführung, dass vernünftigerweise kein anderer Beweggrund als vorhanden angenommen werden könne, erbracht werden,[16]) wobei dann dem Gegner der Nachweis vorbehalten bleiben muss, dass ein solcher anderer Grund dennoch vorhanden gewesen sei, oder nach menschlicher Berechnung vorhanden gewesen sein könne; 3. ist erforderlich, dass der Beweggrund ein irriger[17]) war, dass

---

[15]) Z. B. bei der Ehe, § 59 a. b. G.

[16]) Wo es sich nemlich um einen Beweis über Absichten und innere psychische Vorgänge handelt, können unmöglich ausschliesslich die Beweisschemen der Gerichtsordnung Anwendung finden, da ein solcher interner Vorgang nur aus concludenten Handlungen und im Wege logischer Erwägung erkannt werden kann; auch dass Jemand sagt, „diess ist meine Absicht", ist nur eine concludente Handlung, aus der auf das Vorhandensein des Willens geschlossen wird, und oft viel weniger beweismachend als eine Handlung, die nicht in Worten oder einer directen Absichtserklärung besteht.

[17]) Ob der Irrthum ein thatsächlicher oder ein Rechtsirrthum oder ein logischer Irrthum war, ist hiebei vollkommen gleichgiltig. Es genügt, dass geirrt wurde. Hier ist also auch ein Rechtsirrthum „entschuldbar", oder vielmehr richtiger, auch der Rechtsirrthum bewirkt eine Erschütterung des Rechtsgeschäftes. Man pflegt gewöhnlich (so auch Pfaff-Hofmann I, S. 155) auch die §§ 1431, 1432 a. b. G. als einen Fall anzuführen, wo der Rechtsirrthum einen Mangel im Bestande eines Rechtsgeschäftes herbeizuführen vermag, beziehungsweise „entschuldigt" werden kann. Aber hier ist es gar nicht der Rechtsirrthum, ja überhaupt nicht einmal der Irrthum, der juristische Bedeutung hat. § 1431 erwähnt den Irrthum über die Entgeltlichkeit einer Leistung nur als den vermeintlichen Gegensatz zu einer als unentgeltlich beabsichtigten Handlung; § 1431 denkt offenbar nur an die drei Fälle, dass der Leistende schenken will, dass er eine wirkliche (wenn auch nur natural bestehende) Schuld tilgen will, und dass er eine vermeintliche Schuld tilgen will. In den beiden ersten Fällen kann nicht zurückgefordert werden; hieraus aber würde sich, wenn jene Trichotomie richtig wäre, ergeben, dass nur zurückgefordert werden kann im Falle eines Irrthumes (sei es nun That- oder Rechtsirrthum). Aber es kann ja auch

jene Verhältnisse, auf Grund derer die Willensentschliessung erfolgte, nur vermeintlich und nicht wirklich vorhanden waren. Hiebei kann es sich jedoch nicht nur um Verhältnisse handeln, die zur Zeit der Abschliessung des Rechtsgeschäftes schon vorhanden waren, sondern

---

von A ohne jeglicher rechtlicher Absicht geleistet worden sein; z. B. A steckt im Wirthshause einem Collegen seine Cigarrentasche in den Sack, um ihn dann im Scherze beschuldigen zu können, er habe sie gestohlen; oder B gibt seinem Diener statt zehn eilf Fünfguldennoten, um seine Ehrlichkeit zu prüfen. Hier liegt kein Irrthum vor, und doch kann zurückgefordert werden, und zwar darum zurückgefordert werden, weil geleistet wurde und für den Anderen kein Rechtsgrund, die Leistung zu behalten, gegeben ist, weil er sine causa hat. Auch im Falle des Irrthumes kann A nicht darum zurückfordern, weil er geirrt hat, sondern weil er geleistet hat, und der Andere das Geleistete rechtlich nicht zu halten vermag. Bei der condictio indebiti, die nur eine Art der condictio sine causa ist, kommt es auf Irrthum oder Nichtirrthum gar nicht an, und hat daher auch der Rechtsirrthum mit ihr gar nichts zu thun. Eine Folge des erörterten Sachverhaltes ist die Schlussbestimmung des § 1434; wenn es auf den Irrthum ankäme, müsste auch das Zufrühgezahlte im Irrthumsfalle zurückforderbar sein. Die hier entwickelte Ansicht wird auch für das gemeine Recht vertreten von Hesse (Archiv f. civ. Pr. LVI, S. 375—379, und Jahrb. f. Dogm. XV, N. II, § 8, S. 90—94): „Nicht auf den Irrthum des Klägers, sondern auf die Nichtberechtigung des Beklagten, das Empfangene zu behalten, wird die condictio gestützt" (S. 93). So sagt auch Papinian L. 66, D. 12, 6: „haec condictio ex bono et aequo introducta, quod alterius apud alterum sine causa deprehenditur, revocare consuevit." Vgl. auch L. 1, C. 2, 5. Anders jedoch die herrschende Lehre; vgl. Savigny III, § 135, S. 263, N. b und N. XI und XXXV ff. von Beilage VIII. So kommt Kisselbach, Die Lehre von der condictio sine causa, Jahrb. f. Dogm. V, 1861, S. 1—51, zu dem Resultate: „Es kann nach r. R. . . nicht Alles, was aus des Klägers Vermögen in das der Beklagten kommt, condiciert werden, wenn solches ohne allen Grund geschah, oder der Grund nachher wegfiel, sondern nur das, was gegeben ist unter einer von beiden Parteien gewussten und gewollten Voraussetzung, die sich aus dem vernünftigen Geschäftszweck von selbst ergibt, im Falle ihrer Ermangelung." Über die condictio indebiti vgl. übrigens vorläufig Erxleben, Die condictiones sine causa, 1. Abth., 1850; Witte, Die Bereicherungsklagen des gemeinen Rechts, 1859; Voigt, Die condictiones ab causam, 1862, §§ 74, 75; Zimmermann, Beiträge zur Theorie der condictio indebiti, 1868; Pfaff, Zur Lehre vom Gegenstande der condictio ndebiti nach gem. und ö. Recht, GZ 1868, N. 30—35; Swoboda, Über den Beweis des Irrthumes bei der Rückforderung realer Leistungen, GZ 1868, N. 4, 5; Gruchot, Beiträge zur Lehre von der Rückforderung wegen irrthümlicher Zahlung einer Nichtschuld, Gruchot's Beiträge XIX, 1875, S. 129—178 (Literaturangaben S. 129); Pavlicek, Die Lehre von den Klagen aus ungerechtfertigter Bereicherung nach ö. Civilrecht, 1878; Pfersche, Die Bereicherungsklagen, 1878 (S. 99 ff., 206 f.).

auch um erst zukünftig zu gewärtigende, jedoch schon in Vorausberechnung ein Handlungsmotiv bildende Ereignisse.[18])

β_4. Irreführung.[1])

§ 85.

Wenn eine Gesetzgebung dem Irrthume in den thatsächlichen Elementen des Rechtsgeschäftes, sei dieser nun ein Irrthum in der Person eines Contrahenten oder Betheiligten oder der Identität einer Sache oder Leistung oder der Natur des rechtlichen Verhältnisses, der ja eben die Richtung des Willens auf das Handlungsresultat ausschliesst, mit Rücksicht hierauf die Bedeutung beimisst, dass ein unter dem Einflusse eines solchen Irrthumes unternommenes Rechtsgeschäft gar kein Rechtsgeschäft sei, so erübrigt für die rechtliche Bedeutung der Irreführung beziehungsweise des Betruges nur das Feld des Irrthumes, welcher lediglich Irrthum im Motive ist, denn der andere Irrthum schliesst ja dann das Zustandekommen eines Rechtsgeschäftes eo ipso aus, mag er nun durch Betrug oder ohne Betrug entstanden sein. Das a. b. G. nimmt jedoch dem Irrthume gegenüber nicht diesen formalen Standpunct ein, sondern lässt an sich auch dort, wo ein auf das recht-

[18]) Z. B. A testiert: Da mein einziger Sohn Carl zeugungsunfähig ist, und daher keine Nachkommen zu hinterlassen vermag, für seine Person allein jedoch mit der Hälfte meines Vermögens vollkommen genug hat, so setze ich ihn auf den Pflichttheil, und setze als Erben für die andere Vermögenshälfte das Wiener allgemeine Krankenhaus ein; nun wird aber nachträglich die wirklich vorhanden gewesene Zeugungsunfähigkeit gehoben und dem Sohne werden Kinder geboren. Oder A macht einen Notariatsact des Inhaltes: Da ich am 20. Mai 1883 in den Orden der Kapuziner eintreten werde, so verschenke und vertheile ich mein Vermögen wie folgt etc.; oder: da ich laut des Ausspruches des Arztes nur mehr höchstens drei Tage leben kann, schenke und übertrage ich hiemit mein Gesammtvermögen, bestehend in . . . an meine Ehegattin; nun wird aber A wegen eines Leibesgebrechens in den Orden nicht aufgenommen, oder er wird wieder gesund. Als Berücksichtigung eines vermuteten Willens beziehungsweise eines hienach vermutheten Irrthums hinsichtlich eines zukünftigen Ereignisses als Beweggrundes stellen sich auch die Bestimmungen der §§ 616, 617 a. b. G. dar.

[1]) Ausser den hiehergehörigen Partien der in § 84, N. 1 genannten Schriften vgl. Ziegler, Über Betrug beim Vertragsabschlusse, Diss., München 1870, 71 S.; Schiessler, Irrthum und Dolus im Wechselrechte, GH 1879, N. 17, 19—21, 24, 30, 38, 39, 43, 46; Savatier, Etude sur le dol, De sa nature, de son influence sur les faits juridiques volontaires, Paris 1882, 286 S.; Narbonnes, Du dol dans les contrats, en droit romain, Paris 1882; Piganiol, Le Dol dans les contrats, en droit romain, Paris 1882.

liche Resultat einer Handlung gerichteter Wille gar nicht vorliegt, aber durch eine mit dem Willen nicht harmonierende Erklärung wenigstens der Schein eines Willens, beziehungsweise einer bestimmten Willensrichtung, erregt wurde, doch das Rechtsgeschäft entstehen und auch in seinem Bestande nicht alteriert werden, so dass es genügt, dass gehandelt werden wollte, und der Irrthum über den Inhalt und die Bedeutung der Handlung belanglos ist, und macht von dieser Behandlungsweise Ausnahmen nur im Erb- und Eherechte, sowie bei Verträgen, bei letzteren aber nur dann, wenn der Irrthum vom Mitcontrahenten oder mit dessen Wissen erregt wurde; hiedurch werden Irreführung und Betrug aber auch auf dem Gebiete des thatsächlichen Irrthumes in den Elementen des Rechtsgeschäftes von Relevanz. Anderseits aber lässt das a. b. G. die Irreführung, ja selbst den Betrug, wo nur das Interessenmoment und nicht die thatsächlichen Elemente des Rechtsgeschäftes getroffen werden, nicht überall zur vollen Geltung kommen, so dass es zweckmässig erscheint, Irrthum und Irreführung gemeinsam zu erörtern. Eine Folge dieser Darstellungsmethode aber ist, dass schon hier theilweise jene Discongruenz zwischen Wille und Erklärung, welche in einem Irrthume ihren Grund hat, zur Erörterung herbeigezogen werden muss.[2]) Und zwar trifft das a. b. G. im Einzelnen nachstehende Bestimmungen.

Nach § 57 macht „ein Irrthum . . . die Einwilligung zur Ehe nur[3]) dann ungiltig, wenn er in der Person des künftigen Ehegatten

[2]) Seit Savigny (III, § 115, S. 263) geht die herrschende Lehre dahin, dass „die unabsichtliche Erklärung ohne Willen" (richtiger die unabsichtliche Discongruenz von Wille und Erklärung) zwar „stets von einem Irrthum begleitet, aber dieser . . nicht der positive Grund des Schutzes" ist, „sondern dieser Grund . . ganz negativ, die blosse Abwesenheit des Willens ist." Vgl. auch Unger II, § 89, S. 121. Diess ist jedoch keinesfalls der Standpunct des österr. Rechtes. Allgemein anerkannt ist diess für das Gebiet der obligatorischen und dinglichen Verträge; aber auch sonst ist es immer nur der Irrthum, den das a. b. G. als die Ungiltigkeitsursache bezeichnet. Ich kann es daher nicht für gerechtfertigt halten, wenn man entgegen den Bestimmungen des Gesetzes die Savigny'sche Theorie, welche zum Überflusse auch nicht die gemeinrechtliche Doctrin zur Redactionszeit war, in die Bestimmungen unseres Eherechtes etc. hineinzutragen sucht. So z. B. Rittner in seinem österr. Eherecht, § 23, § 26.

[3]) Ein Irrthum über die Natur des Rechtsgeschäftes wird practisch kaum unterlaufen können; sollte diess aber dennoch in einem Falle geschehen (z. B. einer aus dem Oriente mitgebrachten, der Landessprache nicht mächtigen Frauensperson werden die deutschen Worte eingelernt und es wird ihr gesagt, das Ceremoniell betreffe ihre Freilassung aus der Sclaverei), so wäre die Ehe Mangels des Willens absolut nichtig. § 57 erwähnt diesen

vorgegangen ist“[4]); wer die B heiraten will, während ihm die C angetraut wird, hat gar nicht den Willen, die C zu ehelichen, und sie wird darum auch nicht seine Gattin. Das Gesetz vernichtigt aber eine solche Ehe, welche, vom Standpuncte des Willens aus betrachtet, ohne jede rechtliche Wirkung wäre, nicht unbedingt; sie soll zu Recht bestehen, insoferne der Irrthum nicht von den Betheiligten, das sind in diesem Falle lediglich die Ehegatten, oder doch einem derselben als Vernichtigungsgrund geltend gemacht wird, oder in die Sprache des Eherechtes übersetzt: der Irrthum in der Person ist ein relatives Ehehindernis.[5]) Aber nicht nur der in Irrthum befindlich gewesene Ehegatte kann die Ehe vernichtigen, auch jener Ehegatte, über dessen Person der Irrthum bestanden hatte, der also von Seite des Irrenden

---

Fall als ausser dem Bereiche gewöhnlicher Berechnung gelegen gar nicht, er dürfte aber aus dem Geiste unseres Eherechtes kaum anders zu entscheiden sein. Vgl. Rittner, Österr. Eherecht § 24, S. 171.

[4]) Bei der Ehe unter Anwesenden wird ein Irrthum in der materiellen Personsidentität kaum möglich sein; indem A bejaht, dass er die hier anwesende B heiraten wolle und seine Hand mit ihrer vereint, hat er eben diese concrete vor ihm stehende Person ehelichen gewollt, wenn auch vielleicht nur darum, weil er sie für die C hielt und statt B den Namen C verstand oder durch eine Namensidentität getäuscht wurde (ähnlich die Fabel der Novelle Irrwischfritze von Berthold). Aber die Bestimmung des Gesetzes bezieht sich nicht lediglich auf einen Irrthum in der manuellen Demonstratio, sie bezieht sich überhaupt auf jene Fälle, in denen der Irrende eine concrete andere Person in der Vorstellung hat, als welche durch seine Erklärung bezeichnet wird. Es ist aber auch möglich, dass die Ehecontrahenten sich noch gar nicht persönlich kannten, dass somit die der Erklärung zu Grunde liegende Vorstellung sich nicht auf ein concretes Personenbild bezieht, sondern dass die Willensrichtung nur durch eine bestimmte, dem Wollenden bekannte persönliche Qualität fixiert ist; z. B. A beabsichtigt die einzige Tochter des Banquiers C zu heiraten. In diesem Falle sprechen die Canonisten von einem error qualitatis redundans in personam, welchen sie zwischen den error personae und den error qualitatis stellten (so schon Thomas ab Aquino, Appendix zur Summa sacrae theologiae, Lugdunum 1588, qu. 51, art. 1, 2, 3, III, pag. 518). Ein solcher Irrthum ist aber geradezu ein Irrthum in der Person. Anders in Übereinstimmung mit der canonistischen Doctrin § 14 der Anweisung für die geistlichen Gerichte: „Nur der Irrthum in einer Eigenschaft, welche die einzige Bezeichnung der Person des künftigen Ehegatten ist, fällt auf die Person zurück.“ Vgl. Rittner, Ö. Eher. § 26. Über den Irrthum in der Person überhaupt Windscheid I, § 76, N. 6, Hasenöhrl, Obligationenr. I, § 46, S. 555; Exner, Tradition S. 279, N. 88.

[5]) Es liegt somit ein Fall relativer Nichtigkeit vor. Auf dem Standpuncte absoluter Nichtigkeit steht das canonische Recht. Vgl. auch die §§ 14 und 93 der Anweisung für die geistlichen Gerichte.

nicht geheiratet werden wollte (arg. § 94 u. 95), denn auch diesem mag es nicht gleichgiltig sein, ob z. B. seine Braut einen Anderen ihm vorgezogen hätte, während er der Meinung war, ihr Wille sei gerade auf die Ehe mit ihm gerichtet gewesen; nur dann ist er von der Geltendmachung des hinsichtlich seiner Person unterlaufenen Irrthumes ausgeschlossen, wenn er ihn „gewusst“ (§ 95) oder etwa gar selbst absichtlich erregt hatte, also im Falle eines dolosen, betrügerischen Vorgehens. Wenn also auch hinsichtlich der Eheabschliessung Irrthum und Betrug nach österr. Recht sich im Allgemeinen gleichstehen, so tritt doch insoferne die Sonderart des Betruges hervor, als jener Theil, welcher betrügerisch vorgegangen ist (der hier nur jener sein kann, in dessen Person geirrt wurde), die Ehe wegen des in der Personenidentität unterlaufenen Irrthumes nicht anfechten kann.[6]) Jeder andere Betrug aber ist vollkommen irrelevant:[7]) wenn die B den A dadurch zur Heirat bewog, dass sie ihm ein Heiratsgut von 100000 Ducaten verschrieb, während sie völlig vermögenslos ist; oder wenn ihn nur ihre äussere Erscheinung zur Eheabschliessung verlockte, sich aber nachträglich herausstellt, dass die vermeintlichen Reize (Haare, Zähne, Teint, Büste etc.) sämmtlich verfälscht waren, ist die Ehe trotzdem unanfechtbar. Nur in einem Falle kommt der Irrthum im Motiv, aber hier wieder abgesehen davon, ob er durch Betrug oder Irreführung hervorgerufen war, zur Geltung: nach § 58 a. b. G. kann der Ehemann, der „seine Gattin nach der Eheschliessung bereits von einem Anderen geschwängert findet . . . fordern, dass die Ehe als ungiltig erklärt werde“. Es wird hier von der Auffassung ausgegangen, dass ein Mann eine von einem Anderen bereits geschwängerte Frau normalerweise zu heiraten nicht beabsichtigen dürfte. Wo aber ein solcher Irrthum nicht vorhanden war, ist selbstverständlich von einem Anfechtungsrechte keine Rede. Der beim Ehemanne vorausgesetzte Glaube an die sittliche Integrität seiner Frau ist es, den das Gesetz berücksichtiget; hieraus aber ergibt sich auch, dass die Anziehung des § 121 a. b. G. in § 58 nicht in dem stricten Sinne aufzufassen sei,

---

[6]) Während bei obligatorischen Verträgen die Wirkung des Betruges (der Irreführung) darin besteht, dass nur der Betrogene den Bestand des Rechtsgeschäftes erschüttern kann, besteht sie beim Ehevertrage darin, dass nur der Betrüger die Ehe nicht erschüttern kann.

[7]) Hierin schliesst sich das österr. Recht enge an das katholische Kirchenrecht an, während von Seite evangelischer Kirchenrechtslehrer dem Betruge ein weitergehender Einfluss eingeräumt wird. Vgl. die Entscheidungen bei Seuffert: I 235, III 66, XVI 51, XXXII 248, XXXIII 37, XXXVII 122.

dass Derjenige, welcher eine Wittwe erst nach der Frist des § 120 heiratet, wenn dieselbe nun doch in einem Zeitpuncte gebiert, welcher zum Todestage des früheren Gatten in einem derartigen Verhältnisse steht, dass noch dieser als Vater erscheint, die Ehe etwa anfechten könnte, u. z. kann er diess auch dann nicht, wenn von seiner Seite gar kein Verschulden hinsichtlich seines Irrthumes über die Nichtschwangerschaft vorlag.[8])

Die weitgehendste Bedeutung haben Irrthum und Betrug im Erbrechte: „Ein wesentlicher Irrthum des Erblassers macht die Anordnung ungiltig. Der Irrthum ist wesentlich, wenn der Erblasser die Person, welche er bedenken, oder den Gegenstand, welchen er vermachen wollte, verfehlt hat“[9]) (§ 570); ein letzter Wille, dessen Erklärung durch Betrug veranlasst wurde, beziehungsweise eine solche letztwillige Bestimmung ist ungiltig (§ 565)[10]), ja selbst, ausser dem Falle eines

[8]) Z. B. die Sachverständigen erklärten eine Schwangerschaft für nicht wahrscheinlich, ja für ausgeschlossen und die politische Behörde ertheilte nach drei Monaten die Ehedispensation; es lag aber ein Irrthum der Sachverständigen vor und fünf Monate nach der Ehe gebar die Frau ein Kind. — §§ 120 und 121 a. b. G. handeln von einem Verschulden des Ehegatten, und § 58 scheint durch Anziehung des § 121 zunächst ablehnen zu wollen, dass der Ehegatte sich einen verschuldeten Irrthum zu Nutzen machen könnte; in den meisten Fällen wird in Folge der Bestimmungen der §§ 120, 121 der bei Eingehung einer Ehe mit einer Wittwe über ihre Nichtschwangerschaft unterlaufene Irrthum allerdings ein verschuldeter sein; aber der Gedanke der in § 58 enthaltenen Ausnahmebestimmung ist offenbar ein weiterer und nur durch diese vermeintliche Congruenz mit dem verschuldeten Irrthume verdeckt: Wer wissentlich eine Wittwe heiratet, kann wegen einer aus der früheren Ehe datierenden Schwangerschaft die neue Ehe nicht auflösen. Ausdrücklich spricht diess der § 66 WGGB I aus: „Diese Klage findet auch nicht statt, wenn ein Mann eine nachher als schwanger befundene Wittwe vor Verlauf des zehnten Monats ihres Wittwenstandes geheiratet hat.“

[9]) Auch hier (vgl. oben N. 3) wird ein Irrthum über die Natur des Rechtsgeschäftes nicht leicht stattfinden; aber, wenn diess dennoch der Fall sein sollte, würde er das Testament eo ipso vernichtigen; wer, indem er einen ihm vorgelegten Testamentsentwurf ab- und unterschreibt, der Meinung ist, ein Gesuch um Ertheilung einer Verkaufslicenz zu schreiben, hat überhaupt kein Testament gemacht.

[10]) Es wird gemeiniglich behauptet, es liege hier absolute und nicht relative Nichtigkeit vor; vgl. z. B. Unger II, § 91, N. 32, VI § 13, N. 2; Pfaff-Hofmann II, S. 96; Kirchstetter S. 456; Stubenrauch I, S. 717 (4. Aufl.). Allein dem stehen m. E. die Bestimmung des § 1487 a. b. G. und insbesondere die §§ 123 und 126 k. P. 9. August 1854, RGB 208, entgegen. Nach § 123 cit. wird Derjenige, der „in einem dem Inhalte und der äusseren Form nach vorschriftsmässig eingerichteten letzten Willen zum Erben eingesetzt ist, .. so lange für den rechtmässigen Erben gehalten, als . . die Rechtsgiltigkeit des Testamentes nicht bestritten wird“. Ohne

Betruges, jede letztwillige Verfügung, deren entscheidender Entstehungsgrund ein Irrthum war, so dass sie ohne diesen Irrthum nicht gesetzt worden wäre (§ 572).[11])

Bei obligatorischen und dinglichen[12]) Verträgen tritt der Irrthum im Thatsächlichen hinter der Irreführung und dem Betruge gänzlich zurück.

In zweifacher Weise beschränkt das Gesetz den Einfluss des Irrthumes auf die Giltigkeit eines Vertrages. Nur der vom Mitcontrahenten hervorgerufene oder von ihm wissentlich ausgenützte Irrthum vernichtigt den Vertrag, nur jener Irrthum hat Einfluss auf den Bestand des Rechtsverhältnisses, welcher in causalem Verhältnisse zur Abschliessung des Rechtsgeschäftes stand. Diese beiden Behauptungen sollen nun im Nachstehenden begründet und ausgeführt, und sohin die Wirkungen einer ein Causalmoment des Vertragsabschlusses bildenden Irreführung erörtert werden.

I. Die Frage, ob jede causal wirkende Irreführung durch den Mitcontrahenten den Bestand des Rechtsgeschäftes zu erschüttern vermöge, ist m. E. eine der zweifelhaftesten im Gebiete des österr. Privatrechtes.

Savigny III, S. 471, bezieht den Ausdruck „falsche Angaben“ in § 871 lediglich auf dolose Irreführung, den Fall eines Betruges somit, und ihm folgt Exner, Tradition S. 268. Unger II, § 89, N. 20 subsumiert unter denselben jedenfalls auch die culposen Angaben des anderen Contrahenten, lässt es aber dahingestellt sein, ob er nicht auch „ganz allgemein solche“ Angaben umfasst, „welche objectiv unrichtig sind, ohne dass es weiter auf die Culpa des diese Angaben machenden Contrahenten ankommt“. Für die Beschränkung auf culpose Irreführung hat sich Wächter im Entwurf S. 146, 147 und neuestens Menzel, Ger. Halle 1880, S. 251, 257, ausgesprochen, während die

estreitung im Falle von Irrthum oder Betrug auch keine Nichtigkeit; ja selbst die einfache Bestreitung der Congruenz des Testamentes mit dem erblasserischen Willen genügt nicht, selbst wenn der unterlaufene Irrthum klar zu Tage läge, müsste nach § 126 cit. der gesetzliche Erbe gegen den Testamentserben mit Klage auftreten, das Testament entkräften. Sehr controvers ist übrigens die vorliegende Frage auch für das gemeine Recht.

[11]) Das Nähere im Erbrecht. Über den Qualitätsirrthum s. u.

[12]) „Das Gesetzbuch schweigt hierüber gänzlich, es ist aber wol keinem gegründeten Zweifel unterworfen, dass die Bestimmungen, welche das Gesetzbuch über die Wirkung des Zwangs, Betrugs und Irrthums bei obligatorischen Verträgen trifft, auch auf die Tradition anzuwenden seien.“ (Unger II, § 89, N. 14.)

Ausdehnung auf jede Irreführung durch den Mitcontrahenten vertheidigt wird von Hasenöhrl, Obligationenrecht I, § 46, S. 566, und insbesondere, u. z. unter Verwerthung der Materialien, von Pfaff im Gutachten S. 60—62 (vgl. auch Pfaff in Grünhut's Zeitschrift I, S. 290).[13])

Auch ich halte die letztere Ansicht für die richtige. Mir spricht hiefür der Umstand, dass § 871 und § 875 allgemein von „falschen“[14]) Angaben sprechen, und gewinnt diese auf den Wortlaut des Gesetzes gestützte Auffassung eine lebhafte Bekräftigung durch das von Pfaff aus den Redactionsprotocollen Mitgetheilte. Freilich, wäre die Zeiller'sche Fassung: „Wenn ein Theil den anderen wissentlich oder unwissentlich durch falsche Angaben irre geführt hat . . . so entsteht überhaupt kein Vertrag, und der Irregeführte ist zu nichts verbunden,“ Gesetz geworden, dann könnte überhaupt ein Zweifel nicht obwalten. Wenngleich ich nicht mit Pfaff abzusehen vermag, warum die zum Zwecke der Gleichstellung erfolgte Hervorhebung des Gegensatzes zwischen wissentlich und unwissentlich „der Hervorhebung des anderen Satzes weichen“ musste, „dass es gleich gelten solle, ob die Irreführung von dem Contrahenten oder einem Dritten bewirkt sei“ — man konnte ja doch auch sagen: „Wenn ein Theil von dem anderen Theil oder auch von einem Dritten durch falsche Angaben wissentlich oder unwissentlich irregeführt worden ist“ etc. —, so beweist doch die von Haan dafür, dass auch der von einem Dritten erregte Irrthum berücksichtigt werden sollte, vorgebrachte Motivierung, es sei „dem natürlichen Rechte mehr angemessen, dass Derjenige, der seinerseits ohne alle Schuld gehandelt habe, und der vermuten kann, ja muss, dass der Andere auch so handle, — nicht leide, zu Nichts verbunden werde“, dass man nicht beabsichtigte, die im Zeiller'schen Antrage enthaltene Gleichstellung von wissentlicher oder unwissentlicher Irreführung abzulehnen, oder gar die Wirkung der Irreführung auf die Fälle reinen Betruges zu beschränken.

Man könnte vielleicht aus der Textierung des § 875 a. b. G. Argumente gegen die hier vertretene Auffassung ziehen. Die Worte

[13]) Vgl. auch Winiwarter IV, S. 27; Stubenrauch III, S. 24; Kirchstetter S. 456, N. 12; Schiffner I, § 121, N. 23. Auch die Entscheidung des OGH 18. April 1872, GUW 4578, geht von der Voraussetzung aus, dass es genüge, wenn der Anstoss zu einem Irrthume vom Mitcontrahenten ausgehe.

[14]) Wäre eine Beschränkung auf dolose Irreführung beabsichtigt gewesen, so würde gewiss, wie in § 874 von dem durch „List“ bewirkten Vertrag die Rede ist, auch in § 871 von einer Irreführung „durch listige Angaben“ gesprochen worden sein.

„widerrechtliche Handlung des Dritten“ im zweiten Satze scheinen nemlich sowol den geübten Zwang als die falschen Angaben, von denen im ersten Satze die Sprache ist, zu umfassen, und eine lediglich objectiv unrichtige Angabe eines Dritten kann man gewiss keine widerrechtliche Handlung nennen. Allein der zweite Satz des § 875 scheint mir offenbar grammatisch verconstruiert zu sein. Die „widerrechtliche Handlung“ soll sich auf die „gegründete Furcht“, auf den Zwang beziehen, und in diesem Sinne ist von einem „Theilnehmen“ des Contrahenten gesprochen; das Prädicat des zweiten Nebensatzes, „offenbar wissen musste“, bezieht sich zunächst auf die Irreführung, aber da man auch die dolose Ausnützung des durch einen Dritten geübten Zwanges einbeziehen wollte, wurde das „wissen müssen“ mit der „widerrechtlichen Handlung“ in Verbindung gesetzt. Dass in § 875 unter den „falschen Angaben“ keineswegs lediglich dolose Angaben verstanden sein können, geht schon daraus hervor, dass sonst ein von einem Dritten unabsichtlich erregter Irrthum, welchen der Mitcontrahent erkennt und ausbeutet, den Bestand des Vertrages nicht zu alterieren vermöchte; nicht auf dolus, culpa oder Schuldlosigkeit des Dritten, sondern auf den dolus oder die bona fides des Mitcontrahenten kommt es an, und schon daraus geht hervor, dass der Ausdruck „falsche Angaben“ dem Ausdrucke „unrichtige Angaben“ gleich zu nehmen ist.[15])

Eines glaube ich jedoch, folgt allerdings aus § 875 und 876, dass nemlich, wenn der Irrthum von einem Dritten erregt wurde, oder der irrende „Theil selbst und allein an seinem . . . Irrthume Schuld ist“, nur der dolus, die Wissenschaft des Mitcontrahenten,[16]) keineswegs aber eine, wenn auch auf noch so grosser Nachlässigkeit beruhende, Unwissenheit desselben, vernichtigende Wirkung haben kann; es ergibt sich diess m. E. aus den in beiden Gesetzesstellen vorkommenden Worten „offenbar auffallen musste“.

Und so trägt allerdings Jeder die Folgen der Unwahrheit aller von ihm selbst gemachter Angaben, während ihm hinsichtlich eines

[15]) Ganz unzulässig erscheint mir das von Kirchstetter S. 456, N. 12, aus § 876 a. b. G. gezogene arg. a. contrario. § 876 enthält nur das freilich nicht ganz correcte negative Bild der §§ 871—875 (vgl. auch Menzel, GH 1880, S. 251). Bei einer anderen Auffassung des § 876 müsste man aus ihm auch folgern, dass ein Irrthum, an dem gar Niemand Schuld sei, ebenfalls den Vertrag vernichtigt.

[16]) Für nicht ganz genau halte ich es, wenn in § 875 und 876 die Partei, der versprochen wird, die „annehmende“ genannt wird; sie kann immerhin Offerent gewesen sein, und das Versprechen der geforderten Gegenleistung kann die „Annahme“ enthalten.

nicht durch ihn selbst erregten Irrthumes keinerlei Prüfungspflicht obliegt, und nur die absichtliche Ausnützung eines zu seiner Kenntnis gelangten Irrthumes entgegengehalten werden kann.

II. Was nun die zweite oben aufgestellte These betrifft, so wäre nach dem früher Entwickelten die Bedeutung eines Irrthumes über die Sache, über die Person, über das Rechtsverhältnis, an der Hand der gesetzlichen Bestimmungen zu erörtern. Allein da das Gesetz nur den Irrthum, welcher die Sache betrifft, des Näheren erörtert (§ 871, 872), hinsichtlich des Irrthumes in der Person jedoch ausdrücklich die Anwendbarkeit der für den Irrthum über die Sache entwickelten Grundsätze ausspricht (§ 873), und beim Mangel irgend welcher gesetzlicher Bestimmungen diese Grundsätze in analoger Weise auch auf den Irrthum, welcher die rechtliche Natur des Rechtsgeschäftes betrifft, auszudehnen sein werden, wird es genügen, wenn sich die folgende Darstellung auf den Irrthum in der Sache beschränkt.

Das Gesetz trifft nun die Bestimmung, dass der vom Mitcontrahenten erregte oder ausgebeutete Irrthum dann die Entstehung einer Verbindlichkeit für den Irregeführten verhindere, wenn er „die Hauptsache, oder eine wesentliche Beschaffenheit derselben betrifft, worauf die Absicht vorzüglich gerichtet und erklärt worden" ist (§ 871). In allen anderen Fällen „besteht der Vertrag" (§ 876).[17] Wann aber betrifft ein Irrthum die Hauptsache oder eine wesentliche Beschaffenheit derselben?

Das „wesentlich" kann zunächst im objectiven Sinne aufgefasst werden, und wir können dann mit Savigny (III, § 137, S. 283) sagen: „Der Irrthum über eine Eigenschaft der Sache ist ein wesentlicher, wenn durch die irrig vorausgesetzte Eigenschaft, nach den im wirklichen Verkehr herrschenden Begriffen, die Sache zu einer anderen Art von Sachen gerechnet werden müsste, als wozu sie wirklich gehört."[18] Aber der wesentliche Irrthum, beziehungsweise die wesentliche Beschaffenheit hat nicht nur eine objective, sondern auch eine subjective Fundation: jede Beschaffenheit der Sache kann speciell für den Contrahenten eine wesentliche sein, ja nur er kann entscheiden, was ihm wesentlich ist. Eine Sache kann nun aber auf dreifache Weise bezeichnet werden, nemlich entweder individualiter, gerade als diese Sache schlechtweg (indem ich auf sie hindeute: „diese Fässer", oder sie sonst äusserlich bezeichne:[19]

[17] Vgl. N. 15.

[18] „Die Verschiedenheit des Stoffs ist dazu weder nothwendig, noch stets hinreichend, und der Ausdruck Error in substantia ist daher keine angemessene Bezeichnung." Ibid.

[19] Minder verlässlich ist schon die Bezeichnung durch Namen, da hier Gleichnamigkeit möglich ist. Z B. Jemand kauft eine Stute Kincsem; er meint die berühmte Siegerin am Turf und der Andere verkauft ein gleichbenanntes anderes Pferd.

„die im Keller liegenden zwei Fässer"), oder ich kann sie nur generell durch Angabe von Merkmalen bezeichnen (zwei Hectoliter Jahannisberger Schloss, Kellerei Metternich, Jahrgang 1862), oder ich kann beide Bezeichnungen verbinden (diese zwei Hectoliterfässer Johannisberger etc.). Wenn ich in der zweitangegebenen generellen Weise contrahiere, betrifft eo ipso jede von der angegebenen Signatur abweichende Beschaffenheit die Hauptsache selbst, denn ein Mailberger ist kein Johannisberger und ein 1880 kein 1862; sie sind für mich vielleicht ebenso verschiedene Sachen als Wein und Spagat. Ein Irrthum kann hier nur insoferne unterlaufen, dass ich mich verschreibe oder verspreche, nicht aber auch wenn ich mich correct ausdrückte, denn ich will eben nur solchen Wein; es liegt da kein Mangel im Vertragsabschlusse, sondern eventuell nur ein Mangel in der Erfüllung vor.

Von einem Irrthum in einem anderen Sinne als dem eines verfehlten Willensausdruckes aber kann nur die Rede sein, wo individuell bestimmte Sachen in Frage stehen, also im ersten und dritten der obigen Fälle; u. z. will ich im ersten Falle dieses Fass kaufen, und wenn der mich hierzu verleitende Beweggrund auch nur der ist, weil ich der Ansicht bin, es sei Wein darinnen, so ändert der mir unbekannte Umstand, dass Essig darinnen ist, doch nichts an meinem thatsächlichen Willen „dieses Fass" zu kaufen. Im letzterwähnten Falle aber werden wir allerdings sagen müssen, der Irrthum betreffe die Sache selbst, denn ich will nicht „dieses Fass", sondern „dieses Fass Johannisberger". Welche dieser beiden Willensrichtungen vorlag, diess würde sich natürlich im einzelnen Falle kaum je feststellen lassen, man kann, will man nicht die allgemeine Sicherheit total erschüttern, nur auf den bei der Abschliessung des Vertrages erkennbar gewordenen Willen Rücksicht nehmen.[20] Wer ein Fass kauft, ohne

[20] In der Rücksicht auf die Verkehrssicherheit liegt der Grund, warum nicht auf den Willen schlechtweg, sondern nur auf den erkennbar gemachten Willen Rücksicht genommen wird. Gewiss wird es genügen, wenn der Mitcontrahent die Erklärung trotz ihrer Unvollständigkeit oder Mangelhaftigkeit richtig verstanden hat; hat er sie aber nicht verstanden, so wird mit Berücksichtigung aller gegebenen Umstände objectiv zu prüfen sein, ob er sie hätte verstehen können und verstehen sollen. Wo aber der andere Contrahent erkennt, der wahre Wille des Erklärenden entspreche seiner Erklärung nicht, und sich trotzdem an den Wortlaut hält, beginnt schon sein Dolus, mag auch aus der Erklärung des Irrenden der Irrthum nicht zu entnehmen sein; in diesem letzteren Falle ist zwar der Vertrag nach § 872 i. f. „giltig: allein dem Irregeführten (beziehungsweise auf den Fall über-

dass in irgend einer Weise direct oder indirect[21]) erkennbar wurde, dass er es kaufe mit dem Willen, ein Fass Wein zu kaufen, der muss sich, wenn er nun Essig in selbem findet, die Folgen seiner Mundfaulheit selbst gefallen lassen,[22]) geradeso wie, wenn er sich verspricht oder verschreibt und ein Fass Essig bestellt, auch er die Folgen seines Irrthumes trägt.

Die Willenserklärung nun kann aber wiederum eine mehr generelle oder eine speciellere sein. Während nemlich die Vorstellung gewisser Eigenschaften, einer gewissen Beschaffenheit, schon durch den Sprachgebrauch mit dem gebrauchten Worte verknüpft ist,[23]) müssen andere Eigenschaften erst ausdrücklich hervorgehoben werden, damit an sie gedacht werde. Im ersteren Falle betrifft nun ein unterlaufener Irrthum „die Hauptsache", im letzteren aber „eine .. Beschaffenheit, worauf die Absicht .. gerichtet und erklärt worden", und welche eben darum für den Vertragschliessenden eine „wesentliche" ist.[24]) Hienach

---

tragen, dass der andere Theil den Irrthum nicht erregte, sondern nur ausnützte, § 875, dem Irrenden) ist von dem Urheber des Irrthumes (beziehungsweise jenem, der den Irrthum erkannte) die angemessene Vergütung zu leisten."

[21]) Wer bei einem Weinhändler ein volles Fass kauft, gibt allerdings schon hiedurch zu erkennen, dass er Wein zu kaufen meine; auch aus dem gebotenen Preise kann der Wille zu entnehmen sein.

[22]) Vgl. auch die Motivierung des WGG III, § 20: „Die Annahme des Versprechens ist ferner giltig, wenn der versprechende Theil selbst und allein an seinem Irrthum Schuld ist: da es nur von ihm abhing, das Versprechen unter gewissen Bedingungen zu machen, so ist es natürlich, dass er die Folgen seiner Unwissenheit und seines unvorsichtigen Benehmens selbst trage." Das Seltsame hiebei ist nur, dass man für nöthig fand zu betonen, die Annahme sei giltig (vgl. auch § 16 cit.), während es sich doch vielmehr um die Giltigkeit des Versprechens handelt. Man ging nemlich von der Meinung aus, der Grund der Nichtbeachtung des Irrthumes liege darin, dass, wie auch noch Zeiller III, S. 42 sagt, der andere Contrahent „ein Recht habe, die Willenserklärung für eine wahre zu halten".

[23]) Wenn z. B. vom Weine die Rede ist, ist sauer gewordener Wein, d. i. Essig, eo ipso ausgeschlossen.

[24]) Man pflegt den ersteren Irrthum einen Irrthum in der Identität (error in corpore), den letzteren einen Irrthum in der Eigenschaft (error in qualitate) zu nennen. Diess ist aber nicht ganz richtig. „Ein Identitäts-Irrthum ist vorhanden, wenn der Gegenstand, auf welchen der Erklärende seine Absicht gerichtet hat, und der Gegenstand, welchen er durch seine Erklärung wirklich bezeichnet, nicht ein und derselbe ist. Im letzten Falle geschieht zwar die Bezeichnung des Gegenstandes ebenfalls nur durch Angabe gewisser Eigenschaften, weil ein Gegenstand überhaupt nur durch Angabe gewisser Eigenschaften desselben (und wäre es auch nur die Eigenschaft, einen bestimmten Ort im Raume zu erfüllen) bezeichnet werden

könnte es scheinen, als wären die Worte „worauf die Absicht .. vorzüglich .. gerichtet und erklärt worden", in § 871 rein erklärender Natur, eine declarative Apposition zu „wesentliche Beschaffenheit"[25]), so dass dann jeder absichtlich erregte Irrthum, insoferne nur die divergierende Willensrichtung direct oder indirect erkennbar wurde, den Vertrag vernichtigen würde. Diess würde aber gewiss viel zu weit führen, denn in gewissen Fällen war der Irrthum gar nicht entscheidend

---

kann, und daher kommt es, dass der begriffliche Unterschied zwischen dem Identitäts-Irrthume und dem Irrthume in Eigenschaften geleugnet und behauptet wurde, der erste sei ebenfalls nur ein Irrthum in einer Eigenschaft (Zitelmann, Irrthum und Rechtsgeschäft S. 463 fg.). Der Unterschied zwischen beiden liegt aber .. darin, dass der Identitäts-Irrthum bei der Aberration und bei der falschen Verlautbarung des Willens vorkommt, während der Irrthum in Eigenschaften immer nur als Motiv auf den Willensentschluss einwirkt" (Hasenöhrl I, § 46, S. 560). Oder richtiger umgekehrt: nur dann soll man von einem Irrthume in den Eigenschaften sprechen, wenn derselbe nur als Motiv auf den Willensentschluss einwirkte, diese Eigenschaften nicht Object einer Discongruenz von Wille und Erklärung sind, die Erklärung nicht auf eine Sache als speciell so beschaffene gerichtet war.

[25]) Rein erklärende Bedeutung hatten die citierten Worte allerdings im WGGB. §§ 17 und 18 des III. Theiles lauten: „Wenn ein Theil den anderen durch falsche Angaben irre geführet hat, und der Irrthum die Hauptsache selbst betrifft, nemlich den Gegenstand, worauf die Absicht des Andern vorzüglich gerichtet und erkläret worden ist; so entsteht überhaupt kein Vertrag, und der Irregeführte ist zu gar nichts verbunden." „Betrifft aber der Irrthum nicht die Hauptsache, auch nicht einmal eine wesentliche Beschaffenheit derselben, sondern einen Nebenumstand, z. B. das Mass, die Zahl, das Gewicht, den grösseren oder geringeren Werth der Sache; so bleibt der Vertrag, in sofern beide Theile in den Hauptgegenstand gewilligt, und den Nebenumstand nicht als vorzügliche Absicht erklärt haben, noch immer gültig; allein der irreführende Theil bietet dem irregeführten eine angemessene Vergütung." Aus dieser Textierung, welche die Grundlage des Textes unserer §§ 871, 872 bildet, scheint mir jedenfalls Eines hervorzugehen, dass auch ein Irrthum in der Hauptsache (der Sachidentität) nur dann nach § 871 vernichtigende Wirkung hat, wenn er in der Erklärung hervorgetreten ist, wenn also der Käufer erklärt, ein Fass Essig kaufen zu wollen, während er, wie der Andere ganz gut weiss, aber doloserweise ignoriert, Wein kaufen will. Hat er seine Erklärung ausdrücklich auf dieses Fass Wein gerichtet, und hiebei auf ein Fass Essig gezeigt, so kann von einem Vertragsabschlusse ebensowenig eine Rede sein, als wenn jemand auf eine Kuh zeigt, und sagt, ich kaufe dieses Seidenkleid. Richtet er aber seine Erklärung nur auf dieses Fass, ohne durch seine Erklärung objectiv erkennbar gemacht zu haben, dass er ein Fass Wein kaufen wolle, so wird die Hinterlist des anderen Contrahenten, welcher weiss, der Käufer wolle Wein, nicht Essig kaufen, nur Anfechtbarkeit begründen. Vgl. N. 20.

für die Abschliessung des Rechtsgeschäftes, sondern nur für eine bestimmte Modification desselben (z. B. die Preishöhe). In diesem Falle wird der in Irrthum Geführte selbst gemeiniglich gar nicht Vernichtung des Rechtsgeschäftes erstreben, sondern nur Beseitigung der durch Betrug entstandenen Modification wollen; in diesen Fällen nun die Vernichtigung auszuschliessen, ist die Aufgabe des Wortes „vorzüglich" in § 871 a. b. G.: es ist mit selbem auf den dolus causam dans, beziehungsweise die zum Vertragsabschlusse in causalem Verhältnisse stehende Irreführung, hingewiesen, und für jene Fälle, in denen die Irreführung nur modificierend wirkte, in § 872 „Vergütung" statuiert.

Dass diess die Bedeutung der Bestimmungen des § 871 ist, dass mit dem durch Andere hervorgerufenen Irrthum über eine wesentliche Beschaffenheit, worauf die Absicht vorzüglich gerichtet und erklärt wurde, geradezu der error causam dans (resp. dolus causam dans) gemeint ist,[26]) ergibt sich auch unabweislich aus § 872, der ein negatives Bild von § 871 darstellt; denn aus § 872 geht durch ein zwingendes arg. a contrario hervor, das auch der vom Mitcontrahenten hervorgerufene Irrthum über Nebenumstände,[27]) wenn sie „als vorzüg-

[26]) Für die im Texte aufgestellte Behauptung spricht lebhaft die zur Zeit der Redaction herrschende Theorie vom dolus causam dans und seiner Bedeutung; vgl. z. B. Glück IV, S. 113 ff. So sagt auch das Pr. LR. I, 4, § 85; es sei „jede durch Betrug veranlasste Willenserklärung für den Betrogenen unverbindlich" . . . So weitgehend ist allerdings die Bedeutung eines betrügerisch erregten Irrthumes, welcher lediglich Irrthum im Motive ist, nach österr. Recht nicht (§ 872, 874). Wenn aber nach den genannten Gesetzesstellen dann, wenn der erregte Irrthum zwar von causaler Bedeutung, jedoch nur Irrthum im Motive war, „angemessene Vergütung", „Genugthuung" zu leisten ist, so ergibt sich schon hieraus, dass dort, wo noch nicht erfüllt ist, der Getäuschte einfach die Erfüllung ablehnen, den Vertrag anfechten kann. Nur wird nach den Grundsätzen, die das Gesetz im Hauptstücke über Schadenersatz aufstellt, hier nicht jede Irreführung, sondern nur dolose oder culpose Irreführung ein Anfechtungsrecht begründen.

[27]) „Betrifft aber der Irrthum weder die Hauptsache, noch eine wesentliche Beschaffenheit derselben, sondern einen Nebenumstand, so bleibt der Vertrag, insofern beide Theile in den Hauptgegenstand gewilliget, und den Nebenumstand nicht als vorzügliche Absicht erklärt haben, noch immer giltig" . . . Also der Nebenumstand wird der Hauptsache und der wesentlichen Beschaffenheit geradezu entgegengesetzt; die unbedeutendste Kleinigkeit kann also im Erfolge der (objectiv) wesentlichen Beschaffenheit gleichgestellt werden, wenn sie als vorzügliche Absicht erklärt wurde; es sollte somit in § 871 eigentlich heissen „eine wesentliche Beschaffenheit oder eine Beschaffenheit, worauf die Absicht etc. . . .", wo dann die wesentliche Beschaffenheit nur im objectiven Sinne aufzufassen ist, und der auf sie gerichtete Wille auch indirect erkennbar sein kann, während specielle Sonderbeschaffenheiten ausdrücklich betont sein müssen.

liche Absicht erkläret worden" sind, den Vertrag zu vernichtigen vermag.

Nach dem eben Gesagten wird sich auch die Frage nach der Bedeutung eines Irrthumes in der Quantität beantworten; die Quantität kann entweder ausdrücklich bezeichnet worden, jedoch in dieser Bezeichnung ein Irrthum unterlaufen sein, oder aber die Annahme, dass eine specielle Sachenmenge ein gewisses Quantum darstelle, kann lediglich das Motiv gewesen sein, hinsichtlich dieser Sachenmenge eine rechtliche Handlung zu setzen. Nicht jeder Irrthum in der Quantität wird jedoch von Einfluss auf den Bestand des Rechtsgeschäftes sein, da verschiedene Quantitäten sich nicht so wie verschiedene Sachen, wie Pferd und Seidenkleid, sondern als mehr oder weniger derselben Sache gegenüberstehen, und in vielen Fällen das Mehr auch das Weniger involvieren wird. Hienach gilt bei unentgeltlichen Verträgen, wenn der Versprechende (und ebenso bei letztwilligen Verfügungen, wenn der Testator) über die Quantität sich irrte, stets nur die geringere Quantität, sei es dass durch Irrthum ein Mehreres oder ein Minderes versprochen wurde, als versprochen werden wollte, während der Irrthum des Annehmenden in beiden Fällen gemeiniglich[28]) als belanglos erscheinen wird. Bei entgeltlichen Verträgen wird jener Irrthum, der nur auf Seiten des Versprechenden darin, dass er weniger versprochen, als er ohne Irrthum versprochen hätte, oder nur auf Seite des Annehmenden darin, dass er mehr annahm als er anzunehmen vermeinte, beziehungsweise ohne Irrthum gefordert und sohin angenommen hätte, besteht, belanglos sein; von Entscheidung jedoch wird der Irrthum sein, der den Versprechenden bewog, mehr zu versprechen, den Annehmenden bewog, mit weniger sich zufriedenzustellen.

III. Wenn nun schliesslich noch die Frage nach den Wirkungen eines durch Betrug, beziehungsweise Irreführung, entstandenen causalen Irrthumes im Gebiete des Vertragsrechtes aufgeworfen wird, so würde sich eine zweifache Möglichkeit ergeben; das Rechtsgeschäft kann nichtig oder lediglich anfechtbar sein. Falls man sich auf den Standpunct stellt, dass schon der blosse Irrthum über Elemente des Rechtsgeschäftes, beziehungsweise der Mangel des Willens, jene rechtlichen Wirkungen herbeizuführen, welche zufolge des Irrthums als gewollt

[28]) Man kann diess keineswegs als absolute Regel hinstellen, sondern nur als das durchschnittliche Resultat der Willensinterpretation; es ist aber ganz gut möglich, dass Derjenige, welcher eine remuneratorische Schenkung in der Meinung angenommen hatte, es werden ihm 1000 Gulden geschenkt, dieselbe nicht angenommen, sondern gekränkt zurückgewiesen hätte, falls er sofort erkannt hätte, man wolle seine liberal geleisteten Dienste mit einer Zehnguldennote abfertigen. Vgl. Zitelmann, Irrt. und Rechtsg. S. 609, 610.

erklärt wurden, entscheidend sein solle, wird man die Nichtigkeit des nicht gewollten Rechtsgeschäftes postulieren. Für ein Gesetz aber, dem nicht schon der blosse Willensmangel, der unterlaufene Irrthum, sondern nur der die richtige Interessenabschätzung störende Einfluss dritter Personen, die Irreführung, der Betrug, berücksichtigungswerth erscheint, dürfte einfache Anfechtbarkeit das Entsprechendste sein. Das ö. Recht nun, ungeachtet es von dem letzterwähnten Gesichtspuncte ausgeht, statuiert für jene Fälle, in denen der erregte Irrthum zugleich eine Discrepanz von Wille und Erklärung zur Folge hatte, relative Nichtigkeit,[29]) während in jenen Fällen, in denen der erregte Irrthum bloss Irrthum im Motive ist, das Rechtsgeschäft anfechtbar[30]) ist.

γ_4. Zwang.[1])

§ 86.

Auch der aus Furcht entstandene Wille ist ein „gewollter": coactus volui;[2]) aber wenn die Furcht absichtlich erregt wurde (Zwang,

[29]) Arg. § 871 („so entsteht für den Irregeführten keine Verbindlichkeit"), § 872 („Betrifft aber der Irrthum weder . . noch . . so bleibt der Vertrag . . . . noch immer giltig"), § 875 (. . „so ist der Vertrag giltig. Nur in dem Falle, dass . ."), § 876 (. . „so besteht der Vertrag; es wäre denn". . .). A. A. Hasenöhrl, Obl. I, § 46, S. 567. Aus § 1487 a. b. G. kann man keineswegs a contrario folgern, dass ein Vertrag, wenn „sich der andere vertragmachende Theil einer List schuldig gemacht hat", absolut nichtig sei; es ist nur hier die Geltendmachung der Nullität nicht auf drei Jahre beschränkt. — Über das röm. Recht vgl. Savigny III, § 138. Vergebene Mühe ist es, aus der Casuistik der Quellenstellen ein einheitliches Princip gestalten zu wollen, ein Resultat, zu welchem auch Pfersche, Zur Lehre vom sog. Error in substantia, gelangt.

[30]) Arg. § 872 i. f., § 874 a. b. G.

[1]) Schliemann, Die Lehre vom Zwange, Rostock 1861 (hiezu Bekker, Kr. VJS III, 1861, S. 180—206, Dworžak, Oe. VJS IX, 1862, L. Bl. S. 36—46); Kramer, De leer van den psychischen dwang in het burgerlijke regt, Diss. Gravenhage 1864, 541 S. (hiezu Kr. VJS VI, 1864, S. 416—418); Sentz, Über die Macht und Berechtigung der Furcht im Criminal- und Civilrechte, GH 1873, N. 83—85; Czyhlarz, Der Einfluss des Zwanges auf die Giltigkeit der Rechtsgeschäfte, Jahrb. f. Dogm. XIII, N. F. I, 1874, N. I, S. 1—56; Schlossmann, Zur Lehre vom Zwange, Eine civil. Abh., Leipzig 1874, 151 S. (hiezu Hopf in Gruchot's Beiträgen XIX, 1875, S. 913—915, Regelsberger in Grünhut's Ztschft. II, 1875, S. 474—479); Savigny III, § 114, Wächter II, § 106; Arndts § 61; Windscheid I, § 80; Brinz II, § 320; Unger II, § 80; Schiffner I, § 124; Stubenrauch I, S. 126—128, 716 (4. Aufl.), III, S. 22, 23 (3. Aufl.); Exner, Tradition S. 253—259, 285—287; Hasenöhrl, Obligationen I, § 44; Rittner, Eherecht § 28.

[2]) L. 21, § 5, D. 4, 2: „Si metu coactus adii hereditatem, puto me heredem effici, quia, quamvis, si liberum esset, noluissem, tamen coactus

vis compulsiva)[3]), kann um dieser künstlichen Trübung des Individualinteresses willen, dem gewisse Handlungen nunmehr nur darum als vortheilhaft erscheinen, weil für den Fall ihrer Unterlassung die Zufügung eines nicht in der Rechtsordnung gelegenen[4]) Nachtheiles[5]) angedroht[6]) wird, für den Gezwungenen rechtlich der Erfolg herbei-

volui." Vgl. auch L. 22, D. 23, 2: „Si patre cogente ducit uxorem (sc. filiusfamilias), quam non duceret, si sui arbitrii esset, contraxit tamen matrimonium, quod inter invitos non contrahitur, maluisse hoc videtur."

[3]) Im Gegensatze zur vis absoluta, dem physischen Zwange.

[4]) Diess ist die Bedeutung des ungerechten Zwanges oder, wie das a. b. G. in § 870 mit einer scheinbaren Contradictio intra adjectos sagt, „der ungerechten und gegründeten Furcht" (vgl. Unger II, § 80, N. 23); es ist nicht erforderlich, dass die Zufügung an sich ein Unrecht, eine Rechtswidrigkeit wäre, es genügt, wenn die Drohung mit der Zufügung um diese Wirkung (die Eingehung des Rechtsgeschäftes) zu erzielen, eine Rechtswidrigkeit ist, es nicht in der Rechtsordnung selbst begründet ist, dass dieses Übel Mittel werde, das Rechtsgeschäft zu erzwingen. Keine widerrechtliche Drohung ist es demnach, wenn A dem B droht, falls er die Löschungsquittung, den Grundtrennungsconsens nicht ausstelle, werde er auf Löschung klagen, oder das Aufforderungsverfahren einleiten, wol aber, wenn A der B droht, wenn sie ihn nicht adoptiere, werde er die coursierenden Wechsel ihres Vaters aufkaufen und unnachsichtlich Execution gegen diesen führen. Im Wesen der Drohung liegt es, dass der Drohende erklärt, er werde eine dem Bedrohten peinliche Massregel ergreifen, welche er, wäre es ihm nicht darum zu thun, auf den Willen des Anderen einzuwirken, nicht anwenden würde. Liegt der Fall umgekehrt, dass nemlich seine Äusserung dahin geht, er werde von der Zufügung eines Übels, welches er zuzufügen berechtigt ist, und an sich zufügen würde, abstehen, falls sein Wille erfüllt würde, dann liegt keine Drohung, sondern ein Versprechen vor. Z. B. der Gläubiger der A erklärt, er werde von der schon wider sie eingeleiteten Execution abstehen, wenn sie ihn heirate. Aus dem Zusammenhange aller Umstände wird der Richter zu beurtheilen haben, in welchem Sinne das Vorgehen des zur Zufügung einer Unannehmlichkeit Berechtigten zu deuten ist.

[5]) Es muss ein wirklicher Nachtheil angedroht sein, und seine Ausführung mindestens dem Bedrohten als möglich sich darstellen; in diesem Sinne spricht § 55 und § 871 a. b. G. von einer gegründeten Furcht und sagt § 55: „Ob die Furcht gegründet war, muss aus der Grösse und Wahrscheinlichkeit der Gefahr, und aus der Leibes- und Gemüthsbeschaffenheit der bedrohten Person beurtheilt werden." Vgl. aber L. 6, D. 4, 2: „Metum autem non vani hominis sed qui merito et in homine constantissimo cadat . . ." Der Nachtheil kann aber allerdings auch in einem blossen Vermögensnachtheile liegen (anders nach röm. Recht), soferne dieser nur den aus dem Rechtsgeschäfte drohenden Nachtheil (falls beide überhaupt commensurabel sind) übersteigt.

[6]) Es muss eine wirkliche Drohung erfolgt sein; vgl. auch L. 184, D. 50, 17: Vani timoris justa excusatio non est. Die nicht durch mindestens indirecte Drohung erzielte Furcht ist rechtlich irrelevant.

geführt werden, als wäre er nicht gezwungen worden, als hätte er nicht gehandelt.

Wenn nun nach der Wirkung des unterlaufenen Zwanges gefragt wird, so ergeben sich, wie bei der Irreführung, so auch hier dieselben Möglichkeiten der Nichtigkeit und der Anfechtbarkeit.

Nach § 55 a. b. G. ist eine aus gegründeter Furcht[7]) gegebene, erzwungene Eheeinwilligung „ohne Rechtskraft". Die Ehe besteht aber an sich doch, insolange oder wenn die Nichtigkeit nicht von einem der Ehegatten geltend gemacht wird. Und zwar ist auch dem von einem Dritten geübten Zwange dieselbe Wirkung beigemessen; derjenige Ehegatte aber, welcher „die Furcht, in welche der andere Theil gesetzt worden ist, gewusst" hat (§ 95 a. b. G.), daher auch derjenige, welcher sie selbst erregt hat (vgl. auch § 56), „kann aus seiner eigenen widerrechtlichen Handlung die Giltigkeit der Ehe nicht bestreiten".

Ein durch Zwang zu Stande gekommenes Testament ist ungiltig (§ 565 a. b. G.)[8]), die Ungiltigkeit muss aber, damit sie wirksam werde, innerhalb der Frist des § 1487 geltend gemacht werden.

Ein obligatorischer oder dinglicher Vertrag ist, wenn die Zustimmung des einen Contrahenten in Folge eines von dem anderen Contrahenten oder doch unter seiner Theilnahme oder Mitwissenschaft geübten psychischen Zwanges gegeben wurde, nicht nichtig, sondern lediglich anfechtbar (arg. § 870).[9])

---

[7]) „In § 55 ist mit gutem Vorbedacht davon geschwiegen, ob die Furcht eine gerechte oder ungerechte sein musste. Gegenüber einem Antrage einer Länder-Commission, darüber eine Bestimmung aufzunehmen, waren alle Redactoren darüber einig, dass »jede Gewalt, durch welche man Jemanden zur Ehe zwingt, nach unseren Gesetzen widerrechtlich sei«". Pfaff in Grünhut's Zt. II, S. 309.

[8]) Vgl. auch § 542 a. b. G.

[9]) „Wer von dem annehmenden Theile durch ungerechte und gegründete Furcht zu einem Vertrage gezwungen worden, ist ihn zu halten nicht verbunden." Nach r. R. lag beim Zwange überhaupt nur Anfechtbarkeit vor, diese aber auch dann, wenn die Furcht von einem Dritten erregt wurde und der andere Contrahent keinen Theil an ihr hatte (vgl. auch noch Pr. LR I, 4, § 42). Das can. Recht erklärt die erzwungene Ehe für nichtig (C. 15, 28, X, 4, 1; C. 2, X, 4, 7). Vor den Ausführungen Savigny's III, § 114, hatte man in Verkennung des röm. Rechtes den erzwungenen Willen überhaupt für gar keinen rechtlichen Willen erklärt (vgl. Pr. LR I, 4, § 33), oder, wenn man in vermeintlicher Abweichung vom röm. Recht aus naturrechtlichen Gründen den Willen als Willen anerkannte, angenommen, „der widerrechtlich zwingende Promissar habe kein Recht, das Versprechen zu acceptieren, aus diesem Grund sei der erzwungene Vertrag ipso jure ungiltig" (siehe Unger II, § 80, S. 45 u. 47, N. 14).

γ_3. Willensbeschränkung.

§ 87.

Es wurde in den vorstehenden Paragraphen das Wesen des Willens erörtert, sohin von seinen Mängeln, d. i. von jenen Fällen gehandelt, in denen ein Wille nur vorzuliegen scheint, oder zwar vorliegt, in denen jedoch dennoch wegen einer gewissen Entstehungsart des Willens rechtlich der Erfolg herbeigeführt wird, als wäre dieser Wille nicht vorhanden. Es ist nun noch zu handeln von den Schranken, die sich der Wille in seinem Umfange setzen kann, der Selbstbeschränkung des Willens.

Während nemlich dann, wenn das Interesse an der Herbeiführung der durch ein Rechtsgeschäft erzielbaren rechtlichen Wirkungen in keiner Richtung beengt und begrenzt ist, der Wille in seiner ganzen ungeschwächten Energie dahin gehen wird, dass die rechtlichen Wirkungen jedenfalls, sofort, und in ihrer Totalität eintreten, kann[1]) aller-

---

Vgl. o. § 85, N. 22. So sagt § 16 WGGB III: „Wer ein Versprechen durch ungerechte Furcht erzwungen . . . hat, ist nicht befugt es anzunehmen." Ein Sophisma ist es, wenn Lassalle I, S. 94, sagt: „Der Gezwungene hat nicht die Handlung begehen, sondern sich nur durch den Schein derselben der angedrohten Gefahr entziehen wollen, auf die ihn restituierenden Gesetze rechnend"; wenn sich Lassalle hiefür auf L. 6, § 7, D. 29, 2 beruft: „Celsus . . scripsit, eum qui metu . . coactus, fallens adierit hereditatem . . heredem non fieri", so ist es zwar richtig, dass hier fallens auf eine Simulation sich bezieht (vgl. Savigny III, S. 103, N. d), aber gewiss handelt der Gezwungene nicht immer „fallens". Die herrschende Lehre behauptet für das ö. Recht relative Nichtigkeit; für die blose Anfechtbarkeit Hasenöhrl, Obligationenrecht I, § 44, N. 39 (woselbst Literaturangaben).

[1]) Wenn eine solche Interessenbeschränkung im Willen keinen Ausdruck findet, sich nicht in eine Willensbeschränkung umsetzt, so kann diess nur in einer mangelhaften Interessenberechnung oder aber in anderen entgegenstehenden Interessenmomenten seinen Grund haben, welche diese Beschränkungen bindet, so dass thatsächlich nur ein unbeschränktes Interesse wirksam ist. Z. B. das Interesse des Börsenspeculanten, der Papiere kauft, wird allerdings dahin gehen, die Papiere nur zu kaufen, wenn sie steigen. Wenn er aber seinen in dem Kaufe aus sich herausgesetzten Willen nur auf diesen Fall beschränken würde, würde er kaum Jemanden finden, der so thöricht wäre, ihm diese Papiere lediglich unter dieser Bedingung zu verkaufen. Da aber nun der Speculant hofft, es werden diese Papiere steigen, er sie aber nur dadurch, dass er eine rechtliche Handlung setzt, welche die rechtlichen Wirkungen eines Kaufes unbedingt (unbeschränkt) herbeiführt, zu erwerben vermag, geht sein Interesse darauf, diese unbeschränkte Willenserklärung abzugeben, d. h. die das rechtliche Handeln bildende Willenserklärung unbedingt zu wollen.

dings dort, wo das Interesse nur ein beschränktes ist, diese Beschränkung auch im Willen ihren Ausdruck finden.[2])

Es kann nemlich einerseits ein concreter rechtlicher Erfolg nicht für jeden Fall gewollt sein, es kann nur gewollt sein unter gewissen Voraussetzungen, für gewisse Fälle, unter anderen Voraussetzungen, für andere Fälle jedoch nicht gewollt sein, und die Richtung des Willens auf diesen Erfolg daher auf das Zutreffen dieser Voraussetzungen beschränkt, durch selbes bedingt sein: es werden concrete rechtliche Wirkungen nur unter einer Bedingung gewollt.

Es kann aber anderseits das Eintreten der rechtlichen Wirkungen unbedingt gewollt sein, jedoch nicht als ein sofortiges, sondern als ein zukünftiges. Es wird schon jetzt die rechtliche in einer Willenserklärung bestehende Handlung gesetzt: aber es wird jetzt gewollt, dass die rechtlichen Wirkungen nicht jetzt, sondern erst später eintreten: der Wille auf das Eintreten der Wirkungen ist durch Beifügung einer Befristung beschränkt.

Es kann schliesslich der Wille, wenn er sich auch nicht von gewissen Voraussetzungen abhängig macht, auch sein Wirksamwerden nicht erst auf eine spätere Zeit beschränkt, doch zugleich ein anderes Späteres wollen, so dass A zwar nicht nur dann sein soll, wenn B ist, aber dass, wenn A ist, immer auch B sein soll, so dass somit eigentlich nicht A, sondern in einem Acte A + B gewollt ist.[3]) In diesem Falle sprechen wir von einer Auflage, einem Modus.

Durch die Bedingung wird die Existenz, das Eintreten dessen, was ohne Bedingung unbedingt gewollt wäre, beschränkt: gewisse

[2]) In einem gewissen Sinne muss allerdings zugegeben werden, dass „auch in dem einfachen Versprechen 100 fl. zu zahlen, eine Beschränkung des Willens liege, weil man ja ebensogut 200 fl. hätte versprechen können" (Hasenöhrl I, § 39, N. 5; vgl. unten § 88, S. 323), aber von diesen „Beschränkungen" gilt eben nichts Besonderes. Zudem ist doch ein Unterschied, ob ich sage, ich will Dir 100 geben, aber nur wenn . ., oder aber erst, wenn . ., oder aber Du musst dann . . , und wenn ich schlechthin sage, ich will Dir 100 geben. Wenn nicht ein ganz concreter Anlass (vorheriges Ansuchen etc.) vorliegt, wird es kaum Jemandem einfallen zu sagen: ich will Dir etwas geben, aber nur 100. Das Nächste bei einer Leistung ist uns doch das Object. Die bedingte, die befristete, die beschränkte Leistung ist noch immer dem unmittelbaren Object nach dieselbe Leistung; die Leistung von 100 ist aber auch dem Object nach eine andere als die von 200 oder 1000.

[3]) Bei der Bedingung ist der Wille dahin formuliert: entweder A + B oder weder A noch B, aber ja nicht A und doch nicht B (wobei natürlich sowohl A als B einen positiven oder negativen Werth haben können).

äussere Erscheinungen, rechtliche Wirkungen sollen nur eintreten, wenn . . . Durch die Befristung wird die Wirksamkeit des Willens, u. z. auf Grund des Willens selbst, beschränkt, indem er seine Verwirklichung hinausschiebt: gewisse äussere Erscheinungen, rechtliche Wirkungen sollen erst eintreten, wenn . . . Durch den Modus wird der Umfang des Willens beschränkt: gewisse äussere Erscheinungen, rechtliche Wirkungen sollen eintreten, aber sie sollen theilweise durch andere paralysiert oder eingeschränkt werden.[4])

Es soll nun von der Bedingung (Condicio), der Befristung (Dies) und der Auflage (Modus) gehandelt werden.

[4]) Es könnte zunächst den Anschein haben, als wäre der Modus keine Willensbeschränkung, sondern eher eine Willenserweiterung: statt A wird A + B gewollt; allein A und B sind, vom Interesse des Handelnden aus betrachtet, Grössen mit verschiedenen Vorzeichen, so dass sich (±) A + (∓) B als (±) A — (±) B darstellt. Nur dort liegt eine Auflage vor, wo die zu modificierenden und die modificierenden rechtlichen Wirkungen in einem Verhältnisse von Gewähren und Empfangen bestehen; wer A empfängt, d. i. Derjenige, zu dessen Vortheil A gereicht, muss B leisten oder dulden. Durch die Auflage wird der Werthinhalt des Gewährten oder Empfangenen absichtlich gemindert, somit der Wille über den Inhalt des zu Gewährenden oder zu Empfangenden in der Richtung des Werthumfanges beschränkt. Es wird weder a noch b als Werth des Gebotenen oder Empfangenen gewollt, sondern die Werthdifferenz $c = a - b$, somit $c < a$. Vom Standpuncte des Interesses aus, der ja für den Willen der alleinig massgebende ist, ist somit der Modus eine Beschränkung des Willens. Vgl. Savigny III, § 128, S. 230; Unger II, § 84, N. 4. An Stelle des Modus will Windscheid (Die Lehre von der Voraussetzung, Düsseldorf 1850; Pand. § 97, N. 1) die Voraussetzung setzen; beim Modus sei „kein juristischer, sondern ein ökonomischer" Gesichtspunct gegeben; aber auch beim Modus wird „die durch die Willenserklärung zu erzeugende rechtliche Wirkung afficiert"; es wird statt eines blossen Rechtes auch eine Verpflichtung constituirt; ist das keine „rechtliche Wirkung"? Freilich wer in dem Modus nur die Nebenwirkung erblickt, dass „die gesetzte rechtliche Wirkung durch ihn zu einer für den Fall seiner Nichterfüllung rücknehmbaren gemacht wird", der braucht die rechtliche Figur des Modus gar nicht, denn dem muss sie logisch-consequent in die der Bedingung hineinfallen. Was die Kategorie der Voraussetzung betrifft, so vermag ich ihr trotz des von Windscheid Vorgebrachten keine rechtliche Seite abzugewinnen; soweit sie nicht in die ohnedem rechtlich fixierten Kategorien der (ausdrücklich oder stillschweigend gesetzten) Bedingung, des Irrthumes im Motive, des Betruges hineinfällt, ist sie überhaupt ein rechtliches Nichts. Vgl. Böcking, Inst. § 110, N. a: „Windscheid will an die Stelle des Modus die Voraussetzung setzen. Seine eigene Darstellung aber zeigt, wie verschieden in Begriff und Wirkungen die mannigfaltigen Willensbestimmungen seien, die wir als Voraussetzung bezeichnen und wofür weder unsere Rechtsquellen noch die lateinische Sprache überhaupt einen entsprechenden Ausdruck hat." Vgl. auch Erxleben, Condictiones sine causa,

α_4. Bedingung.[1])

§ 88.

I. Es ist eine äusserst lebhaft umstrittene Frage, ob die Bedingung eine Willensbeschränkung ist,[2]) beziehungsweise was durch

Vorrede zum II. Band. Auch an die Worte Savigny's III, § 128, S. 226, sei hier erinnert: „Rechtsgeschäfte, welche auf die Übertragung von Vermögensrechten . . gerichtet sind, können zugleich Bestimmungen über das fernere Schicksal des Empfangenen, vermittelst einer Verpflichtung des Empfängers in sich aufnehmen. Die meisten Bestimmungen dieser Art gehören zum eigenthümlichen Inhalt der einzelnen Geschäfte selbst, und es entsteht für sie weder das Bedürfnis, noch die Möglichkeit, sie unter einen gemeinsamen Gesichtspunct, den Bedingungen und Zeitbestimmungen ähnlich, zu bringen." Vgl. ferner Unger II, § 84, S. 100: „Auch dann, wenn eine Vermögenszuwendung principiell und unmittelbar zu einem bestimmten Zweck, um eines bestimmten Erfolgs willen gemacht wird, so dass dieselbe im Fall der Nichterreichung des beabsichtigten Erfolges durch Klage (Condictio) oder Einrede rückgängig gemacht werden kann, ist nicht eine besondere Nebenbestimmung vorhanden, indem die Zweckbestimmung in diesem Fall vielmehr als Hauptbestimmung erscheint." Oder anders ausgedrückt: auch die condictio causa data causa non secuta ist eine condictio sine causa.

[1]) Wening, Über die auflösende Bedingung bei Erbeinsetzungen, Archiv f. civ. Pr. I, 1818, S. 138—140 (gegen die aufgestellte Behauptung, sie sei in die entgegengesetzte Suspensivbedingung zu verwandeln: Thibaut ibid. V, 1822, S. 317—323, gegen diesen Zimern VII, 1824, N. VII, S. 125—138 und wieder Thibaut VII, 1824, N. XIX, S. 363—368); Zimern, Über Resolutivbedingungen, Arch. f. c. Pr. V, 1822, N. IX, S. 234—252; Helm, Abhandlung über den Begriff und die Eintheilung der Bedingungen nach dem ö. a. b. G., Z. f. ö. R., 1825, I, N. XV, S. 204—238; Thibaut, Über die Wirknugen des Eintretens auflösender Bedingungen, A. f. c. Pr. XVI, 1833, N. XIV, S. 383—416; vgl. auch desselben Civil. Abhandlungen, S. 363—378 (wo ausgeführt wird, dass der Veräusserer beim Eintritte der Resolutivbedingungen sofort vindicieren könne, wogegen Riesser in der Z. f. Civilr. u. Process II, N. 1 und N. 8, Müller, Civil. Abhandlung, Giessen 1833, I, N. 7); Sell, Versuche auf dem Gebiet des Civilrechts, 1834, II, Die Lehre von den unmöglichen Bedingungen aus den Quellen des r. R. systematisch entwickelt; Arndts, Begriff und Eintheilung der unmöglichen Bedingungen, in den Beiträgen zu verschiedenen Lehren des Civilr. und Civilpr., Bonn 1837, S. 161 ff. (ges. civ. Schr. I, S. 26—39); Sell, Über bedingte Traditionen, zugleich als Revision der Lehre von den Wirkungen der Bedingungen bei Verträgen im Allgemeinen, Zürich 1839 (hiezu Ihering, Kr. Jahrb. f. Rechtsw. XII, 1847, S. 865 ff.); Götting, Über das Wesen der Suspensivbedingung, Zeitschr. f. Civilr. und Process, N. F. I, S. 239 ff.; Windscheid, Die Wirkung der erfüllten Bedingung, Basel 1851; Windscheid, Über die Wirkung der erfüllten Resolutivbedingung, Archiv f. civ. Pr. XXXV, 1852, N. III, S. 51—80; Harum;

die Bedingung beschränkt wird, ob die Existenz des Willens, ob der

Über die Natur und Wirkung der unmöglichen und unerlaubten Bedingungen nach dem ö. b. Rechte, Haimerl's Magazin VI, 1852, N. IX, S. 157—174; Maassen, Civilist. Erörterungen, Zur Lehre von den Bedingungen I, S. 1 ff., 1854; Fitting, Über den Begriff der Rückziehung, Erlangen 1856 (hiezu Windscheid in der Heidelberger krit. Zt. IV, S. 35 ff. und Scheurl in der krit. Überschau V, S. 24 ff.); Fitting, Über den Begriff der Bedingung, Archiv f. civ. Praxis XXXIX, 1856, N. XIII, S. 305—350; Brackenhöft, Der Zustand der bedingten Obligation, Zt. f. Civilr. und Pr. N. F. IX, S. 108—186; Kurlbaum, Unerlaubte Bedingungen bei Erbverträgen, Gruchot's Beitr. III, 1859, S. 215—220; Brackenhöft, Zur Lehre von den Bedingungen bei letztwilligen Verfügungen, Zt. f. Civilr. u. Pr., N. F. XVII, N. IX, S. 227—304; Kniep, Einfluss der bedingten Novation auf die ursprüngliche Obligatio, Weimar 1860, 192 S. (hiezu Windscheid, Kr. VJS II, 1860, S. 242—251); Unger, Der revidierte Entwurf, 1861, S. 27—37; Schönemann, Über das Wesen der suspensiv bedingten Rechtsgeschäfte, Zeitschr. f. Civilr. und Pr., N. F. XIX, N. I, S. 1 ff.; Römer, Die bedingte Novation, Tübingen 1863; Dworžak, Civil. Erört. N. IX, X, Ö. VJS XV, 1865, N. VIII, S. 235—251; v. d. Leyen, De effectu conditionis existentis, Diss., Berlin 1865, 75 S.; Eisele, De conditione quae suspendit negotium impleta non retrahenda, Diss., Berlin 1866, 70 S., umgearbeitet und unter dem Titel: Das Dogma von der rückwirkenden Kraft der erfüllten Suspensivbedingung im Archiv f. civ. Pr., L, 1867, N. XIV und XV, S. 253—327; Godard, De la condition en droit romain et en droit français, Paris 1870; Eisele, Zur Lehre von den conditiones juris, Archiv f. civ. Pr. LIV, N. F. IV, 1871, N. IV, S. 109—129; Ihering, Passive Wirkungen der Rechte, Jahrb. f. Dogm. X, 1871, N. VIII, Abth. VIII und IX, S. 493—580; Scheurl, Beiträge zur Bearbeitung des röm. Rechts II, 2. Heft, Zur Lehre von den Nebenbestimmungen bei Rechtsgeschäften, Erlangen 1871, bes. S. 69—244 (hiezu Hartmann, Kr. VJS XIII, 1871, 515—530); Köppen, Der obligatorische Vertrag unter Abwesenden, Jahrb. f. Dogm. XI, 1871, N. II u. z. S. 163—220; Enneccerus, Über Begriff und Wirkung der Suspensivbedingung und des Anfangstermins, Göttingen 1871, 140 S. (hiezu Hölder, Kr. VJS XVI, 1874, S. 234—240); Czyhlarz, Zur Lehre von der Resolutivbedingung, Prag 1871, 101 S. (hiezu Gruchot in den Beiträgen XVI, 1872, S. 308—310; Esmarch, Kr. VJS XV, 1873, S. 155—158); Wendt, Die Lehre vom bedingten Rechtsgeschäft, Erlangen 1872 74 S. (hiezu Hölder, Kr. VJS XVI, 1874, S. 241—246); Wendt, Das bedingte Forderungsrecht erläutert an einem Rechtsfall, Rostock 1873, 39 S. (zu dieser und der vorgenannten Schrift Exner, Grünhut's Zt. I, 1874, S. 231—233); Fitting, Über den Begriff der unsittlichen Bedingung, Archiv f. civ. Pr. LVI, N. F. VI, 1873, N. XII, S. 399—423, Über die perplexen Bedingungen. ibid. S. 423, 424; Schulin, Über Resolutivbedingungen und Endtermine, Eine civil. Abhandlung, Marburg 1875, 215 S. (hiezu Hölder, Kr. VJS XVIII, 1876, S. 175—198, Gruchot's Beiträge XX, 1876, S. 623—626); Ravit, Zur Lehre von den unsittlichen Bedingungen und unsittlichen Verträgen, Archiv f. civ. Pr. LVIII, N. F. VIII, 1875, N. F. I, S. 1—69 (vgl. auch Gruchot, Über die Ungiltigkeit der gegen das

Umfang des Willens, ob die Existenz des Rechtsgeschäftes, oder ob die Existenz der gewollten rechtlichen Wirkungen.

Das a. b. G. bezeichnet Bedingung, Befristung und Modus in den Marginalrubriken zum zwölften Hauptstücke des zweiten Theiles und zu §§ 695 und 696 als „Einschränkung des . . Willens". In diesem Sinne behandelt auch Savigny III, § 114, S. 99 und § 116, S. 120 die gedachten Kategorien, er nennt sie „Beschränkungen" des Willens, „die er sich selbst gibt", „Selbstbeschränkungen" des Willens. Während aber Savigny die Bedingung nur als eine Beschränkung des Umfanges des Willens auffasst, die er dem „Zweifelhaftwerden" des Daseins des Willens geradezu gegenüberstellt (S. 99), wurde von anderer Seite (so insbesondere Unger II, § 82 N. 3, VI, § 16 N. 3) alles Gewicht darauf gelegt, dass das Dasein, die Existenz des Willens

---

Sittengesetz verstossenden Verträge, Beiträge XV, 1871, S. 145—179); Adickes, Zur Lehre von den Bedingungen nach röm. und heut. Recht, Eine Vorarbeit für das deutsche Civilgesetzbuch, Berlin 1876, 183 S.; Karlowa, Das Rechtsgeschäft und seine Wirkung, Berlin 1877, § 13—17; Zenthöfer, Definition der Bedingung, Gruchot's Beitr. XXII, 1878, S. 240—248; Galavresi, La condizione risolutiva sottintesa nei contratti bilaterali (art. 1165 del Codice civile italiano), 2. Aufl., Mailand 1878, 120 S.; Delogu, Delle condizioni nei testamenti secondo il Diritto romano: primi studi, Cagliari 1878, 208 S.; Lénard, Dissertation sur la condition résolutoire tacite, Toulouse 1879, 146 S.; Reinaud, Des conditions impossibles, illicites ou immorales dans les dispositions à titre gratuit en droit français et en droit romain, Paris 1879, 198 S.; Appleton, De la condition résolutoire dans les stipulations et de la stipulation prépostère, Paris 1879, 33 S. (a. d. Nouvelle revue historique de droit français et étranger); Levi, Se per diritto romano verificandosi la condizione risolutiva apposta ad un atto traslativo di proprietà questa torni o no ipso jure all' alienante, Ancona 1881, 40 S.; Lallier, De la condition résolutoire et de ses effets dans le droit romain, Paris 1883; Savigny III, §§ 116—124; Wächter II, §§ 92—96; Arndts §§ 66—72; Vangerow I, § 93—96; II, § 434—436; Windscheid I, §§ 86—95; Unger II, § 82, VI, § 16; Schiffner I, § 127; Kirchstetter. S. 372—377; Stubenrauch I, S. 852—862 (4. Aufl.), III, S. 56—59 (3. Aufl.); Hasenöhrl, Obligationenrecht I, §§ 36—38; Rittner, Eherecht § 29. Vgl. auch die Aufsätze von Seraphim und Erdmann in der Dorpater Zeitschr. f. Rechtsw. I, 1869, II, 1870, IV, 1872 und die sub N. 58 genannte Schrift.

[2]) Den hiemit connex geführten Streit darüber, ob die Bedingung eine Nebenbestimmung sei oder nicht, in welchem im II. Bande seines Systemes § 82, N. 3 auch noch Unger lebhaft gegen die Auffassung als Nebenbestimmung Partei ergriffen hat, kann man wol mit dessen im Erbrechte (§ 16, N. 3 i. f.) ausgesprochenen Worten, er sei „in der That ein unfruchtbarer: es kommt alles darauf an, was man unter Nebenbestimmung versteht", für endgiltig erledigt erachten.

durch den Willen selbst beschränkt werde, während wieder von Anderen überhaupt die Auffassung der Bedingung als einer Beschränkung des Willens lebhaft angegriffen wurde.[3])

Die zum Theile sogar nur äusserlichen und scheinbaren Differenzen in dieser Frage beruhen m. E. auf einer ungenauen Unterscheidung der einzelnen Willensstadien von ihrem innerlichen Entstehen bis zu ihrer äusseren rechtlichen Verwirklichung. Vor Allem muss festgehalten werden, dass, wenn ein Rechtsgeschäft entstehen soll, wenn rechtliche Wirkungen als Folgen von auf ihre Herbeiführung gerichteten Handlungen eintreten sollen, es nicht genügt, wenn bloss das Resultat gewollt ist, es muss auch das Mittel, dieses zu erlangen, gewollt sein. Wenn A einen Hund haben will, so ist das rechtlich gar nichts. Ein nicht in Handlungen umgesetzter Wille ist gar kein Wille, er ist nur ein Wunsch, ein nicht in vom Rechte als wirksam anerkannte Handlungen umgesetzter Wille ist gar kein rechtlicher Wille, er ist ein rechtliches Nichts. Ein Wille des A greift erst Platz, wenn dieser sich anschickt, seinen Wunsch zu realisieren. Nicht auf das Haben geht der Wille, das Haben ist der Wunsch; der Wille geht auf ein Erwerben, Nehmen, Empfangen, Behalten. Wenn nun A, der einen Hund zu haben wünscht, sieht, dass er einen solchen nur durch ein Rechtsgeschäft erlangen kann, so wird er, falls der Nachtheil aus dem Rechtsgeschäfte (z. B. Zahlung) nicht den Vortheil aus dem Erwerbe des Hundes aufwiegt, somit das Interesse an dem nur auf diese Weise erlangbaren Besitz des Hundes vernichtet, und den Wunsch „zu haben" paralysiert, dieses Rechtsgeschäft wollen. Er muss aber ein Doppeltes als gewollt sich darstellen, die rechtliche Handlung, an die der Erwerb geknüpft ist, und durch diese den Erwerb. Wenn erkennbar ist, dass der Wille sich nur auf das Setzen der Handlung erstreckt, z. B. nur auf das Aussprechen des Anbotes: Ich kaufe Dir Deinen Hund um 100 fl. ab, — nicht aber darauf, dass diese Handlung ein rechtliches Resultat nach sich ziehe (die Handlung also z. B. im Scherze gesetzt ist), so liegt kein Rechtsgeschäft vor, und würde der Wille zwar auf das Resultat aber nicht auf die Handlung gerichtet sein (z. B. A hat die feste Absicht, den Hund des B zu kaufen, er ist so durchdrungen von ihr, dass er sogar davon träumt, und im Schlafe sagt: B, ich gebe Dir 100 fl. für Deinen Hund), ebenfalls nicht. Wenn nun Jemand zwar einen Hund braucht, falls er auf das Land ziehen sollte, aber keinen Hund braucht, falls er in der Stadt bleiben

---

[3]) Eine Zusammenstellung der verschiedenen Ansichten bei Windscheid I, § 86, N. 3a und Hasenöhrl I, § 36, N. 2.

sollte, so weiss er selbst gar nicht, worauf sein Wunsch geht, so lange er nicht weiss, ob er auf das Land zieht oder in der Stadt bleibt. Wenn er aber nun einen besonders guten Hund recht billig angeboten bekömmt, so tritt zu der ersten Ungewissheit, ob er einen Hund wünscht, noch eine zweite dazu: nemlich ob er das Rechtsgeschäft abschliessen, eine rechtliche Handlung setzen und durch diese rechtliche Wirkungen herbeiführen soll. Er kann[4]) nun einen dreifachen Weg einschlagen. Er kann erstens den Hund nicht kaufen,[5]) er kann somit eine ablehnende, oder gar keine Erklärung abgeben, beziehungsweise kein Rechtsgeschäft setzen. Er kann zweitens den Hund kaufen[6]), eine bindende Erklärung abgeben, ein Rechtsgeschäft setzen. Er kann aber auch sagen: ich kaufe den Hund, wenn ich auf das Land ziehe. In diesem letzten Falle will A auch eine Erklärung abgeben, und zwar will er diess unbedingt; aber er will eine andere Erklärung abgeben, d. i. eine andere Handlung setzen als im früheren (zweiten) Falle, er will, dass diese Erklärung, seine Handlung andere Wirkungen habe. In diesem Sinne kann man allerdings sagen, A wolle unbedingt. Aber was will er unbedingt? Will er den Hund unbedingt? Nein. Er will einmal unbedingt eine Handlung setzen. Er will ferners auch unbedingt, dass diese Handlung die ihr von der Rechtsordnung beigelegten Wirkungen habe. Je nachdem nun aber seine Handlung eine andere ist, werden auch diese Wirkungen andere sein; je nachdem er eine andere Handlung mit Willen unbedingt setzt, will er auch eine andere Wirkung, denn um dieser anderen Wirkung willen setzt er ja die andere Handlung. Während es bei der einen Handlung (der Ablehnung) sofort gewiss ist, dass keine rechtliche Wirkung eintritt, bei der anderen (Annahme) sofort gewiss ist, dass eine rechtliche Wirkung Platz greift, ist es bei der dritten Handlung noch ungewiss, in suspenso, ob sie eine positive rechtliche Wirkung haben wird oder nicht. Und indem A diese Handlung will, will er auch, dass es in suspenso bleibe,

---

[4]) Theoretisch gedacht. Bei gegebenen concreten Umständen kann er nur einen der drei Wege einschlagen und diesen muss er zufolge der Sachlage einschlagen.

[5]) Er denkt sich: ich lasse mich auf nichts Ungewisses ein, d. h. er ist eine zaudernde Natur; oder er glaubt, er bekommt diesen Hund auch später noch; oder die Wahrscheinlichkeit des auf das Land Ziehens ist sehr gering etc. etc.

[6]) Er denkt sich: diesen schönen Hund bringe ich immer um das Geld an, oder er findet den Hund so schön, dass er ihm sogar in der Stadt die mit dem Hundehalten verbundenen Unannehmlichkeiten aufwiegt, oder die Wahrscheinlichkeit des in der Stadt Bleibens ist sehr gering etc. etc.

vorläufig ungewiss bleibe, was die rechtliche Wirkung seines Handelns sei; erst ein später erkennbar werdendes Moment soll diese Frage entscheiden.[7])

In diesem Sinne genommen ist allerdings der Wille ein unbeschränkter, in diesem Sinne ist überhaupt eine Willensbeschränkung ein Unding; ich kann nur wollen oder nicht wollen, ich kann nicht zugleich wollen und nicht wollen. Aber ich kann eine Handlung wollen, deren Erfolg ungewiss ist, die dann, wenn ein Moment eintrifft, von dem ich glaube, dass es mir das Eintreten des Erfolges wünschenswerth macht, diesen günstigen Erfolg herbeiführt, die aber dann, wenn ein solches Moment nicht eintrifft, diesen nunmehr ungünstigen Erfolg nicht herbeiführt: ich lege die Entscheidung in die Hand des Geschickes, der Zukunft selbst; es ist gleichsam, als würde ich zum personificierten Schicksal sagen: ich will, was Du mir bestimmst. Es liegt somit nur ein Wille vor:[8]) das, was sich durch das Eintreten eines Ereignisses als meiner gegenwärtig aufgestellten Interessenberechnung entsprechend darstellt, soll geschehen.

---

[7]) In diesem Sinne ist es treffend, wenn Fitting, Wesen der Rückziehung S. 118, sagt, wir „können . . im Eintritt der Bedingung juristisch nur den Erkennungsgrund sehen, der uns zeigt, dass eine andere in der Vergangenheit liegende Thatsache wirkend oder vorhanden (?) gewesen sei". Allein ob die Thatsache (= Erklärung) „vorhanden" war, das konnte doch nicht zweifelhaft sein? nur ob sie „wirkend" sei, das nur war ungewiss, das nur kann erkennbar werden.

[8]) Wer einen Anderen zur Geschäftsführung ermächtigt, ohne ihm specielle Aufträge zu geben, hat auch nicht jeden Willen, den der Beauftragte etwa haben könnte, bedingt in sich; er hat nur einen Willen: das was der Mandatar will, soll geschehen; das Motiv ist der Glaube, dass der Mandatar nichts Nachtheiliges thun werde, dass er das Interesse des Mandanten wahren werde, dass er, wenn vortheilhafte Elemente eintreten, N setzen werde, wenn unvortheilhafte Elemente eintreten, N nicht setzen werde. Bei der Bedingung wird nur ein Schritt weiter gemacht, der Erklärende unterscheidet selbst die einzelnen Elemente A—Z in vortheilhafte und unvortheilhafte. Ist A, B, C . . . . K, so soll W sein; ist L, M, N . . Z, so soll W nicht sein. Er versieht seinen Willen, wenn mir dieses Bild gestattet ist, mit einem Ventil: die nachtheiligen Elemente sollen durch ihr eigenes Eintreten das Entfallen des nun nicht mehr wünschenswerthen Erfolges herbeiführen; es werden der Handlung die Ereignisse als Correctur implicite hinzugefügt; wie beim Perpendikel mit Quecksilbersäule dieselbe Temperaturerhöhung, welche das Pendel dehnt, auch die Quecksilbersäule dehnt und den Schwerpunct reguliert, so dass das Resultat dasselbe bleibt — so macht nun dieselbe Thatsache, die den Erfolg nicht wünschenswerth macht, auch die Handlung ungeeignet, diesen Erfolg herbeizuführen.

In diesem Sinne also, für sich allein betrachtet, ist auch der bedingte Wille unbeschränkt, er ist ein Wille, gerichtet auf ein bestimmtes Handeln und den von diesem Handeln und einem äusseren subjectiv ungewissen Ereignisse abhängigen, daher noch nicht erkennbaren Erfolg. Der an diese Handlung vom Rechte geknüpfte Erfolg ist unbedingt gewollt, er ist nur noch nicht erkennbar; es ist ungewiss, ob er = a oder ob er = 0 sein wird. Wenn ich aber den Willen, dieses Resultat unter Umständen herbeizuführen, mit dem Willen, es jedenfalls herbeizuführen, vergleiche, so erscheint diesem letzteren gegenüber der erstere allerdings beschränkt. Wenn ich nicht den von der Rechtsordnung einer Handlung beigemessenen, sondern den concret gedachten Erfolg a in's Auge fasse, so erscheint im ersten Falle die Herbeiführung von a jedenfalls, im zweiten Falle aber nicht jedenfalls gewollt. Es wird die Herbeiführung eines gegenwärtig noch Unbekannten gewollt;[9]) da aber dasselbe nicht wie ein anderes Unbekannnte a, b, c, d, . . . oder z sein kann, sondern, vom Interessenstandpuncte des Handelnden aus betrachtet, nur auf die zwei Fälle a oder 0 eingeschränkt ist, so gewinnt es den Anschein, als ob der Wille auf a oder 0 gerichtet, d. h. als ob zweierlei gewollt wäre: für einen Fall a, für einen anderen Fall 0, während es sich hinsichtlich des Handlungsresultates überhaupt nur um den Wunsch und nicht um den Willen handelt, und nur hinsichtlich des a ein wirklicher Wunsch vorliegt.[10]) Da aber in dem ersten Falle (des unbedingten Willens) die Herbeiführung von a jedenfalls gewollt ist, im zweiten Falle (des bedingten Willens) aber die Herbeiführung von x gewollt ist, und x nur unter Umständen, also in einer beschränkten Anzahl von Fällen = a ist, so erscheint dem practischen Erfolge nach, wenn tausend verschiedene Combinationen der äusseren Verhältnisse möglich wären, und hierunter 700 Combinationen sind, die das als Bedingung gesetzte Ereignis, von dem a abhängig gemacht ist, nicht herbeizuführen vermögen, 300 jedoch, die es herbeiführen, der Wille im ersten Falle in allen 1000 Fällen auf Herbeiführung von a gerichtet, im zweiten Falle aber nur in 300 Fällen auf a gerichtet. In Wirklichkeit aber ist der Wille im zweiten Falle in allen tausend Fällen nicht, somit gar nicht auf a gerichtet, sondern auf Herbeiführung von x gerichtet, und es stellt sich nur in den 300 Fällen später heraus,

[9]) Auch hier kann man von einer „unbestimmten Absicht" sprechen; vgl. § 84, N. 7.

[10]) Darauf, dass a nicht eintrete, zielt der Wunsch gar nicht, er zielt beim Vorhandensein einer gewissen Constellation nur nicht darauf, dass a eintrete.

dass x = a sei. Aber dem practischen Resultate nach erscheint hienach allerdings die Existenz des Gewollten beschränkt. Durch die Bedingungsbeifügung wird bewirkt, dass a nur in gewissen Fällen eintritt, und da die Bedingungsbeifügung selbst ein Gewolltes, u. z. ein mit Bezug auf den Erfolg Gewolltes ist, wird durch den Willen bewirkt, dass a nur in einer beschränkten Anzahl von Fällen eintrete. Wenn man also den mit einer Bedingung versehenen Willen vergleicht mit dem unbedingten Willen, d. h. den Willen etwas herbeizuführen, das nur unter Umständen a ist, vergleicht mit dem Willen, jedenfalls a herbeizuführen, so kann man in diesem Sinne allerdings sagen, durch die Bedingung werde die Existenz des Willens (sc. a herbeizuführen) beschränkt; aber es darf nur nicht vergessen werden, dass auch im Falle des bedingten Willens jedenfalls etwas gewollt wird: eine Handlung und die rechtlichen Wirkungen dieser Handlung als solche werden gewollt. Es ist aber eine logische Taschenspielerei, zu sagen, der Wille beschränke sich selbst in seiner Existenz. Wer beschränkt? Der Wille. Ein Wille, der beschränkt, muss doch existieren und gerade in der Richtung existieren, in der er beschränken will. Wenn er aber existiert, so kann er nicht zugleich seine Existenz beschränken, d. i. theilweise aufheben, denn dann existiert er ja wieder nicht. Man escamotiert hier ein anderes Willensobject in den Satz hinein und versteht unter dem beschränkenden Willen und dem beschränkten Willen je einen auf etwas Anderes gerichteten Willen; man denkt sich zuerst einen unbeschränkten, auf a gerichteten Willen, dann einen Willen der darauf geht, diesen unbeschränkten Willen zu beschränken, und anstatt zu sagen, der thatsächlich vorhandene Wille beschränkt die in abstracto gegebene Möglichkeit eines auf jedenfallige Herbeiführung von a gerichteten Willens, diesen in abstracto gedachten Willen, auf bestimmte Fälle: setzt man Wille (in concreto) = Wille (in abstracto) und sagt, der Wille beschränkt sich selbst,[11]) während doch die Beschränkung des Willens nur von a aus betrachtet gegeben ist, nur darin besteht, dass, während a (somit a für jeden Fall) gewollt werden könnte, etwas gewollt wird, was nicht a sein muss, sondern nur a sein kann, nur in einer beschränkten Anzahl von Fällen a sein wird.

Betrachten wir nun noch das Motiv, das das Individuum veranlasst, statt unbedingt zu wollen, seinem Willen eine Bedingung einzufügen,

[11]) Vgl. z. B. Hasenöhrl § 36, S. 447. In diesem Sinne ist jedes rechtliche Handeln als Element eines Rechtsgeschäftes, jedes Aussichheraussetzen eines Willens, eine Willensbeschränkung. X, der erklärt, er wolle A, beschränkt hiemit seinen Willen, der in hypothesi auf A, B, C, . . Y, Z gehen könnte.

näher. Das Individuum setzt ein Rechtsgeschäft nur um seines Vortheiles willen, d. h. um seiner physischen Integrität und Ausbildung und seines Verhältnisses zur Aussenwelt willen. Je nach der jeweiligen Verschiedenheit der physischen Beschaffenheit des Individuums, der physischen Beschaffenheit der Aussenwelt und des jeweiligen Verhältnisses zwischen Individuum und Aussenwelt ist aber das Individualinteresse selbst ein Verschiedenes. Da nun einerseits die Wirkungen des Rechtsgeschäftes oft auf eine ferneliegende Zukunft gehen, anderseits aber das Individuum nicht nur dieser Zukunft als einem Ungewissen, Unerforschbaren gegenübersteht, sondern auch nur einen kleinen Theil des Vergangenen und Gegenwärtigen mit seinen Sinnen zu erfassen und seinem Denken zu berechnen vermag, ja auch in diesen beschränkten Fällen noch immer der Möglichkeit eines Irrens ausgesetzt bleibt, stellt sich gerade das, um dessentwillen das Rechtsgeschäft unternommen wird, der Individualvortheil, als ein gar nicht oder doch als ein nicht mit Gewissheit Erkennbares dar.

Aber in hypothesi vermag allerdings das Individuum gemeiniglich seinen Vortheil zu erkennen und zu berechnen, oder glaubt doch, ihn berechnen zu können. Wenn die thatsächlichen Elemente und Verhältnisse A—Z zutreffen, und zugleich die Verhältnisse A_1—Z_1 nicht zutreffen, dann — so kann das Individuum schliessen — wird mir a vortheilhaft sein. Während nun aber einzelne dieser Elemente in ihrem Erfolg als mehr oder minder wahrscheinlich erscheinen, ist gerade bei anderen wieder die Erkennbarkeit ihrer Eintrittsmöglichkeit eine beschränktere, ja nach menschlicher Berechnung völlig ausgeschlossene. Das Individuum scheidet daher jene Elemente, von denen es überzeugt ist, dass sie eintreten werden, die es für nothwendig eintretend hält, und ebenso jene, die ihm mehr oder minder wahrscheinlich dünken (D—Z) aus der Reihe A—Z, und jene, von denen es überzeugt ist, dass sie nicht eintreten werden, die es für unmöglich eintretend hält, und ebenso jene, die ihm mehr oder minder unwahrscheinlich dünken (D_1—Z_1) aus der Reihe A_1—Z_1 aus, und erklärt: ich will nur, wenn A, B, C ist und A_1, B_1, C_1 nicht ist. Das Individuum paralysiert so die Folgen eines die Vergangenheit, Gegenwart oder Zukunft betreffenden Unwissens oder Irrthumes, indem es die Berechnungselemente seines Vortheiles zum Inhalte seines Willens macht (vgl. N. 8). Während so der Willens- und Denk-Inhalt wäre: Ich will, weil ich glaube, es sei A, B, C, es sei A_1, B_1, C_1 nicht, wird nun das Denkresultat dem Willen incorporiert: ich will nur, wenn A, B, C ist, A_1, B_1, C_1 nicht ist. Was bei unbedingter Erklärung Willensmotiv wäre, wird zur positiven oder negativen Bedingung. Die positive

Bedingung bezweckt die Hintanhaltung nachtheiliger Folgen eines etwaigen Irrthumes in der Annahme eines positiven Momentes, die negative Bedingung bezweckt die Hintanhaltung nachtheiliger Folgen eines etwaigen Irrthumes in der Annahme eines negativen Momentes.

Hieraus ergibt sich aber, dass gar kein innerer Grund, ja keine innere Berechtigung vorliegt, den Begriff der Bedingung auf zukünftige Ereignisse zu beschränken. Für Denjenigen, der erwägt, ob er ein Rechtsgeschäft eingehen soll, und der zu dem Resultate kommt, es sei ihm dasselbe nur vortheilhaft, wenn A gegeben sei, aber nicht weiss, ob A gegeben sei, ist es vollkommen gleichgiltig, ob dieses A in der Vergangenheit, Gegenwart[12]) oder Zukunft liegt. Für ihn ist nur entscheidend, dass er nicht weiss, ob er A oder ob er non A in seine Berechnung einzusetzen habe.[13])

Nur ein kleiner Kreis des Geschehenen und Geschehenden ist dem Individuum, vom Standpuncte des Rechtsgeschäftes aus also dem Handelnden, in der Weise bekannt, dass er sagen kann, ich weiss, und selbst bei diesen beschränkten Fällen ist noch immer bei der Trüglichkeit der menschlichen Sinne und des menschlichen Denkens ein Irrthum nicht absolut ausgeschlossen. Sagt der Vorsichtige, ich weiss nur was ich sehe, so sagt der Philosoph, ich glaube nur zu wissen, was ich

[12]) Sog. condicio in praeteritum vel praesens collata, concepta, relata; vgl. L. 3, § 13, D. 38, 2: „Si tamen in praeteritum collata sit condicio, vel ad praesens, non videtur sub condicione institutus; aut enim impleta es, et pure institutus est, aut non est, et nec heres institutus est. Ferner L. 16, D. 28, 3 „. . . Multum autem interest, qualis condicio posita fuerit; nam aut in praeteritum concepta ponitur, aut in praesens, aut in futurum . . .“ Vgl. auch L. 10, § 1, D. 28, 7: „. . . quum nulla sit condicio, quae in praeteritum confertur, vel quae in praesens.“

[13]) Ihering, Geist III, § 53, S. 164, führt „das Verkehrsbedürfnis der Bedingung“ darauf zurück, dass „die Dispositionen für die Zukunft . . in ihrer Zweckmässigkeit und Nothwendigkeit oft noch von zukünftigen Verhältnissen abhängen“; die Bedingung „emancipiert von der Schranke der Gegenwart und ermöglicht es, die Zukunft von sich, ohne sich von ihr abhängig zu machen“. Es mag zugegeben werden, dass diess für das römische Recht nicht nur der Ausgangspunct der Entwicklung, sondern auch später noch seine Auffassung und Begrenzung des Bedingungsbegriffes war. Aber unser Verkehrsbedürfnis hat uns jedenfalls weiter geführt. Die Dispositionen für die Zukunft hangen „in ihrer Zweckmässigkeit und Nothwendigkeit“ oft auch von gegenwärtigen oder vergangenen Verhältnissen ab, welche uns gerade so unbekannt sind, als die zukünftigen. Die Bedingung emancipiert nicht nur von der Schranke der Zukunft, sondern überhaupt von der Schranke des Erkenntnisvermögens, sie ermöglicht dem Individuum, das noch Ungewisse „von sich, ohne sich von ihm abhängig zu machen“. Die in N. 208 gegen die scholastische Erörterung des Bedingungsbegriffes geführte Polemik ist freilich nur allzu berechtigt.

zu sehen glaube. Stellt sich aber in diesem strengen Sinne nicht Vergangenes und Gegenwärtiges als gewiss dar, so erscheint anderseits in eben diesem strengen Sinne nichts Zukünftiges als unmöglich. Allein aus dem schwankenden Reigen der die äusseren Verhältnisse bedingenden und modificierenden Ereignisse treten doch eine Anzahl derselben als fassbarer, greifbarer für unser Ich heraus. Während uns nemlich der erfolgte Eintritt oder Nichteintritt einzelner derselben nach allen Regeln der Erfahrung und der Wahrnehmung als gewiss erscheint, sagt uns dieselbe auf Erfahrung gegründete logische Berechnung von anderen, dass sie jedenfalls eintreten werden, und wieder von anderen, dass sie keinesfalls eintreten werden. Die Ereignisse der ersteren Art (im positiven und negativen Sinne) nennen wir gewisse Ereignisse, die der zweiten Art nothwendige[14]), die der dritten Art unmögliche[15]) Ereignisse.

Da es aber eine absolute Gewissheit, Nothwendigkeit, Unmöglichkeit nicht gibt, d. h. wir nie wissen können, ob wir uns in unseren Meinungen über Gewissheit, Nothwendigkeit, Unmöglichkeit nicht dennoch irren, muss dem Verkehre die relative Gewissheit, Nothwendigkeit, Unmöglichkeit, d. i. die allgemeine Meinung über Gewissheit, Nothwendigkeit, Unmöglichkeit, dem Einzelnen jedoch seine eigene Meinung über Gewissheit, Nothwendigkeit, Unmöglichkeit genügen.

Es wird daher zu unterscheiden sein 1. zwischen der subjectiven Meinung des Handelnden zur Zeit der Setzung der Bedingung über ihre Gewissheit, Nothwendigkeit, Unmöglichkeit, 2) der allgemeinen Meinung, welche zur Zeit, da rechtliche Folgen aus dem Rechtsgeschäfte gezogen werden sollen, über das objective Erkennbargewesen-

[14]) L. 9, § 1, D. 46, 2: „Qui sub condicione stipulatur, quae omnimodo existura est, pure videtur stipulari.“ L. 79, pr. D. 35, 1: „Heres meus, cum morietur Titius, centum ei dato. Purum legatum est, quia non condicione, sed mora suspenditur; non potest enim condicio non existere.“ Die Nothwendigkeit kann eine auf factischen oder lediglich juristischen Gründen beruhende sein.

[15]) Sie sind somit Ereignisse, deren Eintreten als Negativa ein Nothwendiges ist, so dass die auf ihr Eintreten als Positiva (Eintreten des positiven Ereignisses) gesetzte Bedingung sich nicht erfüllen kann (nur diesen Fall hebt § 11, J. 3. 19 ausdrücklich hervor: „Impossibilis . . . condicio habetur, cui natura impedimento est, quominus existat, veluti si quis ita dixerit, si digito coelum attigero, dare spondes?“), oder sie sind Ereignisse, deren Eintreten als Positiva eine Nothwendigkeit ist, so dass die auf ihr Eintreten als Negativa (Nichteintreten des positiven Ereignisses) gesetzte Bedingung sich nicht erfüllen kann. In beiden Fällen kann der Grund der Unmöglichkeit ein factischer oder juristischer sein. Incorrect ist auch die Bezeichnung der auf das Nichtgeschehen des Unmöglichen gerichteten

sein dieser Verhältnisse im Zeitpunct der Setzung der Bedingung[16]) herrscht, und 3. dem schliesslichen thatsächlichen Ausgange der Bedingung. Denn um die Ansicht des Handelnden kann es sich nur in dem Zeitpuncte handeln, wo diese Ansicht auf den Willen einen Einfluss haben konnte, um die Ansicht der Menschen überhaupt (sog. objective Gewissheit) aber erst zur Zeit, da die damalige Handlung Wirkungen erzielen soll, beziehungsweise Gegenstand der rechtlichen Beurtheilung durch einen Dritten wird: und doch kann schliesslich etwas geschehen, was auch nach der Ansicht aller Menschen für unmöglich geschienen hatte, etwas nicht geschehen, was nach der Ansicht Aller nothwendig war, beziehungsweise es kann erkennbar werden, dass etwas, von dem man zu wissen glaubte, es sei geschehen oder nicht geschehen, nicht geschehen oder doch geschehen sei. Auch hier ist aber natürlich wieder die Erkenntnis keine gewisse, auch hier ist ein Irrthum möglich; aber es liegt im Wesen der Erkenntnis, dass wir immer die gegenwärtige für richtig halten: nur darum ist sie ja Erkenntnis; das was oben als „der schliessliche thatsächliche Ausgang der Bedingung“ bezeichnet wurde, ist daher in letzter Linie nur wieder die allgemeine Meinung über denselben in einem (verglichen mit dem Zeitpuncte, da die allgemeine Meinung zuerst von rechtlicher Bedeutung geworden ist) späteren Zeitpuncte.

Am einfachsten stellt sich nun der Fall, wenn alle drei angeführten Momente zusammentreffen, wenn dasjenige, was das handelnde Subject als gewiss, nothwendig, unmöglich erachtet, auch von allen Anderen für gewiss, nothwendig, unmöglich erachtet wird, und diese allgemeine Anschauung auch in den späteren Ereignissen ihre Bestätigung findet, oder doch durch solche nicht widerlegt wird (erster Fall).

Wenn in einem solchen Falle der Handelnde seiner Willenserklärung eine Bedingung beigefügt hat, welche auf ein solches Gewisses

Bedingung als einer unmöglichen (L. 50, § 1 D. 28. 5), beziehungsweise negativ-unmöglichen (hiegegen schon Arndts in der N. 1 angeführten Schrift ex 1837); sie ist eine nothwendige Bedingung.

[16]) Nicht darum kann es sich bei Beurtheilung der Frage, ob eine wahre Bedingung vorliege kandeln, ob dem Richter vor welchem am 1. Jan. 1883 aus einem am 1. Jan. 1882 bedingt geschlossenen Vertrage geklagt wird, am 1. Januar 1883 das als Bedingung gesetzte Ereignis als gewiss, nothwendig, unmöglich erscheint, auch nicht darum, ob es etwa am 1. Jan. 1882 ihm als gewiss etc. schien; sondern darum, ob ihm dermalen, wenn er sich in die Situation von damals hineindenkt, also von Allen inzwischen erfolgten äusseren Veränderungen, nicht aber von der etwaigen inneren Veränderung seines Denkvermögens, seiner Auffassung, abstrahiert, das Ereignis als schon damals gewiss, nothwendig, unmöglich sich darstellt

(i. w. S., sei es nun positiv oder negativ gewiss, nothwendig oder unmöglich) gerichtet ist, so ist sowol seiner Ansicht als der Ansicht Aller und auch dem schliesslichen Ausgange nach der Wille nur scheinbar bedingt, das Eintreten oder Nichteintreten des rechtlichen Erfolges, der Inhalt der gewollten rechtlichen Wirkungen nicht ungewiss, sondern gewiss. Eine solche Bedingung ist thatsächlich gar keine Bedingung. Wenn ich sage: „ich will a, wenn Titius den Mond ersteigt", so ist der Inhalt dessen, was ich will, für Niemanden zweifelhaft: ich will a nicht als rechtliche Folge meiner Erklärung; es ist als Folge meiner Erklärung nicht ein Unbekanntes, X gewollt, sondern das bekannte 0 gewollt. Und wenn ich sage, ich will a, wenn Titius unterlässt den Mond zu besteigen, so ist sofort für den Handelnden und Alle klar, dass a gewollt ist; es ist nicht ein Unbekanntes, X gewollt, sondern das bekannte a gewollt.

Da aber der schliessliche Ausgang nie mit apodiktischer Gewissheit vorhergesehen werden kann, kann bei der jeweiligen Beurtheilung immer nur die subjective Meinung Desjenigen, der handelte, zur Zeit des Handelns (die sogenannte subjective Gewissheit) und die jeweilige allgemeine, beziehungsweise die jeweilige richterliche Meinung über die damalige objective Gewissheit in Frage kommen; treffen sie zusammen, so erscheint die beigefügte Bedingung als ein von Anfang an nicht Ungewisses, die Erklärung als eine thatsächlich unbedingte. Bei der Trüglichkeit menschlicher Erkenntnis ist es aber trotzdem möglich, dass in einem späteren Zeitpuncte erkennbar wird, dass der Handelnde und Alle geirrt hatten, dass ein für gewiss Erachtetes nicht geschehen, ein für nothwendig Erachtetes ausgeblieben, ein für unmöglich Erachtetes eingetreten sei. Der Wille wäre aber trotzdem ein unbedingter gewesen und auch die Erklärung des Willens nur scheinbar eine bedingte gewesen, da sie ja nach der Absicht des Handelnden sowol als der Meinung aller Anderen die Bedeutung einer unbedingten hatte, als solche vorhanden und aufgefasst wurde, und nach den allgemeinen Denkgesetzen und Regeln der Erfahrung damals aufgefasst und verstanden werden musste. Und hieran vermag auch der spätere Eintritt eines Factum contrarium nichts zu ändern. Die scheinbar bedingte Erklärung, welche nach der Meinung des Handelnden und Aller thatsächlich eine unbedingte Erklärung war, bleibt eine solche, selbst wenn schliesslich erkennbar würde, dass diese Auffassung nur auf einem Irrthum beruht hatte.

Anders aber stellt sich der Fall dann, wenn die Meinung Desjenigen, der eine Bedingung setzte, über ihre Gewissheit (i. w. S.), und die allgemeine Meinung darüber, ob diese Bedingung zur Zeit des Handelns

eine gewisse war, nicht übereinstimmen, wenn also entweder (zweiter Fall) der Handelnde seine Erklärung für eine nur scheinbar bedingte, somit wegen vermeintlicher Gewissheit des Ereignisses für eine in Wahrheit unbedingte hielt, nach der allgemeinen Meinung zur Zeit, da die Frage acut wird, jedoch das Ereignis ein damals noch ungewisses war, ja derzeit vielleicht gerade ein im entgegengesetzten Sinn gewisses ist; oder wenn (dritter Fall) umgekehrt nur der Handelnde meinte, ein Ungewisses als Bedingung zu setzen, eine bedingte Erklärung abzugeben, schon damals aber klar war, dass seine Erklärung ihrem Wesen nach eine unbedingte sei.

Es sei zuerst der als „zweiter" bezeichnete Fall betrachtet, u. z. zur besseren Deutlichkeit sofort als Beispiel gefasst. A ist am 1. Januar 1883 positiv überzeugt, dass am 1. December 1882 seine Frau einen Sohn geboren hat (er war bei der Geburt selbst im Zimmer), oder dass am 1. Februar 1883 eine Sonnenfinsternis sein werde (es steht in seinem Kalender, oder er hat es selbst berechnet). Ungeachtet er nun diese Ereignisse für gewiss hält, setzt er sie doch als Bedingung einer Willenserklärung bei.[17]) Er sagt entweder a): wenn meine Frau am 1. December 1882 einen Sohn geboren hat (positiv gewiss), wenn am 1. Februar 1883 eine Sonnenfinsternis ist (nothwendig), soll N 1000 erhalten; oder b): wenn meine Frau am 1. December 1882 keinen Sohn geboren hat (das Nichteingetretensein der Bedingung ist gewiss, diese somit negativ gewiss, denn er weiss ja, dass sie ihn geboren hat), wenn im Jahre 1883 keine Sonnenfinsternis ist (der Eintritt der Bedingung ist nach Ansicht des A unmöglich, da er das Eintreten der Sonnenfinsternis für A nothwendig hält), soll N 1000 erhalten. Im Falle a will er, dass X jedenfalls 1000 erhalte, im Falle b, dass X keinesfalls 1000 erhalte,

---

[17]) Über die möglichen Gründe der Beifügung einer solchen gewissen Bedingung (i w. S.), vgl. Arndts, § 66, N. 7: „In der Regel wird wol nur eine irrige Vorstellung des Verfügenden ihn veranlassen, seine Willenserklärung an eine unmögliche oder an eine nothwendige Bedingung zu binden. Aber es macht in der Wirkung keinen Unterschied, ob er wirklich im Irrthum war oder erwiesen ist, dass diess nicht der Fall (— hierin vermag ich Arndts' Meinung nicht beizutreten —), und erklärlich kann das Setzen einer solchen Bedingung auch im letzten Falle sehr wol sein, z. B. bei Wetten über ein Ereignis, von dem die eine Partei recht gut weiss und behauptet, dass es unmöglich oder nothwendig sei, die andere aber die Möglichkeit seines Eintretens oder Nichteintretens behauptet; bei letztwilligen Verfügungen, wenn sich der Testator den Schein geben will, als ob er eine Person doch wenigstens für einen gewissen Fall habe bedenken wollen, weshalb noch nicht anzunehmen ist, dass er nicht bei gesundem Verstande gewesen sein müsse."

wenigstens nicht als Folge seiner Erklärung erhalte, und er ist auch überzeugt, dass seine Erklärung jedenfalls den gewünschten Erfolg haben werde; er will die fraglichen (bedingte) Erklärungen, er will auch ihre Wirkungen, aber, die Unrichtigkeit seiner Voraussetzungen angenommen, nur, weil er sich über diese Wirkungen in Irrthum befindet: es liegt ein Irrthum im Motive vor. Die Frage nach der Bedeutung der Willenserklärung, ob sie eine bedingte sei, reduciert sich auf die Frage nach der Bedeutung des Irrthumes im Motive. Da aber dieser normalerweise einflusslos ist, stellt sich die Erklärung als eine bedingte dar, und obgleich A im Falle a wollte, dass X jedenfalls 1000 bekomme, erhält nun dieser, wenn sich herausstellt, der Sohn der Frau des A sei unterschoben gewesen, keine 1000, wenigstens nicht als Folge der Erklärung; und im Falle b erhält X (im Falle eines entgeltlichen Vertrages) nunmehr die 1000, obwol A wollte, er solle sie keinesfalls erhalten. Der Erfolg ist ganz derselbe, als würde A das Rechtsgeschäft an irgend eine ihm als ungewiss erschienene Bedingung geknüpft haben. Wäre aber der Irrthum im Motive, d. i. in diesem Falle die irrige Meinung über Gewissheit, Nothwendigkeit, Unmöglichkeit und hiemit implicite über die rechtlichen Folgen der Handlung, nach der Natur des Rechtsgeschäftes von rechtlicher Relevanz (z. B. bei einem Testamente, oder wegen eines unterlaufenen Betruges), dann ist der scheinbar bedingt erklärte Wille im Sinne des Erklärenden als unbedingt anzusehen. Z. B. A ist vom Arzte X getäuscht, und überzeugt, seine Frau habe ein Kind erhalten. Er ist der positiven Überzeugung und testiert: wenn meine Frau kein Kind erhalten hat, soll X 1000 haben. Sein Wille ist, X soll keine 1000 haben, und ungeachtet der Wille scheinbar bedingt dahin erklärt ist, X soll 1000 haben, wenn .. so ist die Erklärung in Wahrheit, ihrem inneren Inhalte nach doch unbedingt. Nicht so aber wenn er sagt: wenn meine Frau ein Kind erhalten hat, soll X 1000 haben. Sein Wille ist zwar, X soll jedenfalls 1000 haben, allein diese sanierende Wirkung hat der Irrthum im Motive bei Testamenten nicht, dass er ein Nichterklärtes zum Erklärten machen kann,[18]) er kann nur bewirken, dass ein Erklärtes dem Erfolge nach als Nichterklärtes behandelt werde: Die Erklärung bleibt eine bedingte.

Es erübrigt nun noch, den oben als dritten bezeichneten Fall zu erörtern. A hält ein Ereignis für ungewiss; nachträglich aber stellt sich heraus, es sei von Anfang an schon erkennbar gewesen, dass dieses Ereignis gewiss geschehen, gewiss nicht geschehen sei, als nothwendig,

[18]) „Denn kein Beweis über die Absichten des Erblassers vermag die Testaments-Form zu ersetzen“ (Pfaff-Hofmann II, S. 121).

unmöglich hätte erkannt werden können. Da diese Erklärung dem Willen nach bedingt war, und auch formell als bedingt sich darstellte, ist sie auch als bedingte zu behandeln. Für den Handelnden war der Erfolg ungewiss, abhängig von einem ihm ungewissen Ereignisse.

Im Allgemeinen also ist im Falle einer Divergenz zwischen der subjectiven Gewissheit und der objectiven Gewissheit, sowol dann, wenn der Eintritt oder Nichteintritt eines Ereignisses zwar dem Handelnden als gewiss erschien, aber von der allgemeinen Meinung als ein damals noch nicht Gewisses erkannt wird, als auch dann, wenn derselbe dem Handelnden als ungewiss erschien, objectiv aber schon gewiss war, die Willenserklärung als bedingte anzusehen.[19]) Nur wenn im ersteren Falle ein Irrthum im Motive überhaupt von Relevanz zu werden vermag, ist die Erklärung einer unbedingten Erklärung (aber nicht nothwendig desselben formalen Inhaltes) gleich zu achten.

Hiedurch ist aber nicht ausgeschlossen, dass, wenn bei einem Rechtsgeschäfte die Beisetzung einer Bedingung untersagt ist[20]), die Rechts-

[19]) Wenn Unger II, § 82, N. 14 sagt, die unmögliche und nothwendige Bedingung seien immer „wahre eigentliche Bedingungen, aber Bedingungen, die nicht in der Schwebe, sondern sofort entschieden sind“, so liegt eben hierin eine petitio principii resp. eine contradictio in adjecto; darum handelt es sich ja, ob eine „Bedingung“, die sofort entschieden ist, überhaupt eine „Bedingung“ ist. Vgl. aber Unger selbst ibid. S. 62: „Ist .. subjective Gewissheit vorhanden, .. so ist nur dem Schein nach die Erklärung eines bedingten Willens, in der That aber eine unbedingte Willenserklärung vorhanden, da der Verfügende im ersten Fall unbedingt will, im zweiten Fall nicht will“; ferner ibid. N. 16. Nach der herrschenden Lehre ist übrigens die objective Ungewissheit das entscheidende Criterium der eigentlichen Bedingung (vgl. auch Hasenöhrl I, § 36, N. 10), und auf die subjective Ungewissheit keine Rücksicht zu nehmen, während nach der im Texte vertretenen Ansicht sowol die subjective als die objective Ungewissheit einer Bedingung Raum gibt, und nur dann, wenn subjective und objective Gewissheit zusammentreffen, eine Bedingung inhaltslos erscheint.

[20]) Die Erörterung der Frage, welche Rechtsgeschäfte die Beisetzung einer Bedingung nicht vertragen, beziehungsweise ob im einzelnen Falle zu Folge der Bedingung das Rechtsgeschäft ungiltig erscheint (so bei der Erbserklärung; die sog. „bedingte Erbserklärung“ ist gar keine bedingte Erbserklärung), oder nur die Beifügung der Bedingung ungiltig ist (so bei einer letztwilligen Zuwendung an einen Pflichttheilsberechtigten die hinsichtlich des Pflichttheiles gesetzte Bedingung nach § 774 a. b. G.; die Bedingung, dass der Eingesetzte die Echtheit oder den Sinn der letztwilligen Erklärung nicht anfechte, § 720 a. b. G.; die Bedingung, dass der Erbe von beneficium inventarii keinen Gebrauch mache, § 803 a. b. G.), wird bei den betreffenden Materien des Systemes erfolgen. Für das r. R. vgl. L. 77, D. 50, 17. Schon hier sei darauf hingewiesen, dass ich

ordnung auch den nur formalen Bedingungen, welche zwar nicht ihrem Inhalte nach, wol aber der grammatischen Form nach Bedingungen sind, vernichtigende Wirkung beilegen kann. Ob aber eine bloss formale Beisetzung einer Bedingung schon solche Wirkung hat, ist eben quaestio facti.

Für das österreichische Recht besteht nur ein solcher Fall: ein bedingter Wechsel ist ungiltig,[21]) auch wenn die Bedingung nur eine scheinbare wäre, in Wahrheit ein unbedingter Wille vorläge und erkennbar wäre; es folgt diess aus der streng formalen Natur des Wechsels, die nur jene Beschränkungen zulässt, die gesetzlich ausdrücklich als zulässig erklärt sind.

Es wird jedoch auf Grund des Wortlautes der §§ 698, 898 a. b. G. behauptet, dass nach ö. Rechte in einer speciellen Gruppe von Rechtsgeschäften, nemlich bei vermögensrechtlichen Verträgen, wiewol bei selben an sich die Beifügung einer Bedingung zulässig sei, gerade die Beifügung einer Art von lediglich formalen Bedingungen, u. z. die Beifügung einer unmöglichen Resolutivbedingung, eo ipso den ganzen Vertrag vernichtige, ungeachtet der Parteiwille zweifelsohne auf den Bestand des Vertrages geht. Diese Ansicht wurde schon von älteren

---

mit Rittner, Eherecht S. 207—209, die für das österreichische Recht aufgestellte Lehrmeinung, es sei die einer Eheabschliessung beigefügte Bedingung für nicht beigesetzt zu halten, für entschieden unrichtig halte: § 59 a. b. G. bezieht sich auf „vor der feierlichen Erklärung" getroffene Vereinbarungen resp. Bedingungen. Die unter einer wirklichen Bedingung abgegebene solenne Erklärung ist ungiltig. Wer seiner Erklärung eine unmögliche Bedingung beifügt, z. B. sagt: ja, ich will die B heiraten, wenn sie ohne Nahrung leben kann, der hat überhaupt erklärt, er wolle die B nicht heiraten; wer aber sagt, ja ich heirate die B, wenn sie dann meine Frau wird, oder wenn sie weiblichen Geschlechtes ist, oder wenn sie keine Wassernixe ist, hat überhaupt nur dann eine bedingte Erklärung abgeben gewollt und abgegeben, wenn ihm die Selbstverständlichkeit oder Nothwendigkeit der beigefügten Bedingung selbst unbekannt war. — Für das r. R. vgl. L. 76, D. 50, 17. Was Savigny III, § 16, S. 125 von der vernichtigenden Wirkung der der Acceptilatio beigefügten selbstverständlichen Bedingung sagt, dass die fragliche Bestimmung „unstreitig sehr subtil" sei, „unverkennbar das Wesen der Form" aufopfere, kann wol ganz allgemein von der vernichtigenden Wirkung der Scheinbedingungen gesagt werden. Über die Gründe der fraglichen Regel vgl. Fitting, Archiv f. civ. Pr. XXXIX, 1856, XIII, N. 31 ff.

[21]) Nicht aber ein bedingtes Accept; arg. Art. 22, WO; vgl. hiezu übrigens die Entscheidung des OGH 3. März 1863 in Peitler's Sammlung wechselr. Entschdg., N. 269.

Schriftstellern[22]) ausgesprochen und neuerlich von Pfaff[23]) unter Hinweis auf § 485 WGGB. II vertreten.

In § 698 wird nemlich hinsichtlich letztwilliger Erklärungen gesagt, es werde „eine auflösende unmögliche Bedingung .. als nicht beigesetzt angesehen", und § 898 stellt die Regel auf: „Verabredungen unter solchen Bedingungen, welche bei einem letzten Willen für nicht beigesetzt angesehen werden, sind ungiltig." Hieraus wird geschlossen, ein Vertrag unter einer auflösenden unmöglichen Bedingung sei ungiltig.

Schon Unger (II, § 82 N. 94) hat sich gegen eine solche „Buchstabeninterpretation" ausgesprochen und darauf hingewiesen, dass sich § 898 nicht auf die angeführte Bestimmung des § 698, sondern auf die in § 698 den unmöglichen Bedingungen gleichgestellten unerlaubten Bedingungen und die Bestimmungen der §§ 697 und 700 beziehe.[24]) Der § 698 enthält nemlich hinsichtlich der unmöglichen Bedingung keine Besonderheit, er lehnt nur mit Bewusstsein eine Singularität des West-Gal. Ges. Buches und ein andere des Pr. Landrechtes ab.

Nach der im justinianischen Rechte recipierten Ansicht der Sabinianer (Gajus III, § 98) galt in letztwilligen Verfügungen jede unmögliche Bedingung (auch die aufschiebende) pro non scripta, und dasselbe hatte auch noch das WGGB in § 485 des II. Theiles verfügt: „Unmögliche ... Bedingungen ... können weder das Erbrecht aufschieben, noch auflösen." Das preussische Landrecht aber war zu der dem Parteiwillen gewiss unendlich näher stehenden Auffassung der Proculejaner zurückgekehrt und hatte bestimmt (I. 4, §§ 130, 131, I. 12, § 504), dass die unmögliche Suspensivbedingung „die ganze Willenserklärung

---

[22]) Winiwarter IV, S. 57, Ellinger ad § 898, Stubenrauch III, S. 56 (3. Aufl.).

[23]) Grünhut's Zeitschrift I, 1874, S. 226, 227.

[24]) Hasenöhrl I, § 38, N. 36 ist zwar in diesem Puncte abweichender Ansicht, kommt aber, indem er in §§ 698 und 898 nur gesetzliche Auslegungsregeln erblickt, und annimmt, dass der Parteiwille gemeiniglich anders auszulegen sein wird, als die cit. §§ bestimmen, im Wesen zu der im Texte vertretenen Ansicht. Gerechtfertigt erscheint mir die von Hasenöhrl a. a. O. geführte Polemik (vgl. auch Unger II, § 82, N. 94) gegen Harum, welcher (Haimerl's Magazin VI, S. 166, 167) von der (m. E. allerdings logisch richtigen) Auffassung ausgehend, die Resolutivbedingung sei nur ein unter einer Suspensivbedingung gesetztes zweites (Neben-)Rechtsgeschäft auf Vernichtigung des ersten (Haupt-)Rechtsgeschäftes, zu dem Resultate gelangt, nur der Nebenvertrag werde durch die unmögliche Bedingung vernichtigt; diese Auffassung ist jedoch den Redactoren gewiss ferne gelegen, und unter „Verabredungen" in § 898 entschieden der „Hauptvertrag" zu verstehen.

entkräftet", die unter einer unmöglichen Resolutivbedingung abgegebene „Erklärung für unbedingt geachtet" werden soll. Nur in dem Falle als „die Erfüllung der Bedingung an sich zwar möglich" war, „aber dem Erben oder Legatario noch bey der Lebenszeit des Erblassers unmöglich" ward, „und dieses dem Erblasser bekannt worden" ist, sollte „wenn er in seiner Verordnung nichts geändert hat, die Bedingung für erlassen geachtet" werden (I. 12, § 505). Das a. b. G. nun kehrt mit dem Pr. LR zur Proculejaneransicht zurück, lehnt aber die Ausnahme des Pr. LR ausdrücklich ab. Der § 698 ist somit, was die Bedeutung der unmöglichen Bedingungen betrifft, rein negativen Inhaltes; wenn er gar nicht dastünde, müssten wir die Frage nach dem Einflusse der einem Testamente begefügten unmöglichen Bedingung auf Grund der Interpretation des Parteiwillens ganz ebenso beurtheilen, als in ihm verfügt ist. Und darum kann auch der § 898 nicht auf diese an sich selbstverständlichen und nur um des Gegensatzes zum früheren resp. fremden Rechte willen hervorgehobenen Bestimmungen bezogen werden. Aus der gegentheiligen Auffassung, dass der unter einer unmöglichen Resolutivbedingung geschlossene Vertrag nichtig sei, würde übrigens auch (wie Unger II, § 83, N 32 in einem argumentum ad absurdum, Winiwarter IV, S. 66 aber in traurigem Ernste ausführt) folgern, dass gemäss §§ 904 und 706 auch jeder unter einem unmöglichen Resolutivtermine abgeschlossene Vertrag ungiltig sei!

Wenn nun Pfaff a. a. O. zur Begründung der hier bekämpften Ansicht sich auf den Wortlaut des § 29 WGGB III beruft („Was in Ansehung der Bedingungen bei letztwilligen Verordnungen Rechtens ist, gilt überhaupt auch bei Verträgen, mit der Ausnahme, dass unmögliche, oder unerlaubte Bedingungen, welche einem Testamente seine Wirksamkeit nicht benehmen, die Kraft und Giltigkeit der Verträge aufheben. Vertragende Theile können dergleichen Ungereimtheiten ausweichen, Erben und Legatarien können es nicht") — so halte ich, selbst wenn angenommen würde, dass nach dem West-Galizischen Gesetzbuche die vorliegende Frage im Sinne Pfaff's entschieden werden müsste, den hieraus auf das bürgerliche Gesetzbuch gezogenen Schluss im vorliegenden Falle für unberechtigt; er wäre nur berechtigt, wenn auch unser § 698 noch mit § 485 des WGGB II übereinstimmen würde.

Beim Bestande des § 485 WGGB hatte § 29 cit. eine ganz andere Bedeutung als § 898 a. b. G. jetzt hat: durch § 485 WG wurde die für das Gebiet der Testamente statuierte Bedeutungslosigkeit der unmöglichen Suspensivbedingung im Vertragsrechte beseitigt, und die Motivierung im Schlusssatze, welche auf alle Fälle eine äusserst missglungene ist,[25]) kann sich geradezu auf die Suspensivbedingung bezogen haben, ja gerade bei dieser allein hat sie noch halbwegs einen Sinn (vgl. Note 25). Mit Rücksicht auf die ganze Veränderung der Sachlage könnte aber, selbst wenn der Schlusssatz und überhaupt der ganze § 29 sich nicht nur auf die unmögliche Suspensivbedingung bezogen haben sollte, von der Bedeutung des § 29 WG nicht mehr auf die des § 898 a. b. G. geschlossen werden: die Brücke zwischen ihnen, der § 485 WG II, ist abgebrochen; dadurch, dass jetzt die unmögliche Suspensivbedingung auch die letztwillige Einsetzung inhaltlos macht, hat die fragliche Bestimmung ihre Bedeutung für das Gebiet der unmöglichen Bedingungen verloren, und gilt nur mehr für die Fälle des § 697 und § 700 a. b. G.[26])

Eine Folge davon, dass jene Bedingung, welche ihrem Inhalte nach nichts in Zweifel stellt, im Allgemeinen auch nicht als formale Bedingung behandelt wird (S. 332), ist auch, dass der unter einer nothwendigen Suspensivbedingung zum Erben Eingesetzte trotz der Bestimmung des § 703 a. b. G. den Eintritt der Bedingung nicht zu erleben braucht[27]), und, falls nicht etwa ein anderer Wille erkennbar ist, somit die

---

[25]) Der Theil, dem in einem Vertrage unter Hinzufügung einer unmöglichen Bedingung versprochen wird, kann einer solchen „Ungereimtheit" nicht mehr und nicht weniger ausweichen als der Erbe oder Legatar. Freilich, er braucht nicht zu consentieren, aber dann entsteht auch kein Vertrag; aber auch dem Erben steht es frei, die Erbschaft auszuschlagen, und zu einem „gereimten" Vertragsschlusse kann der eine Contrahent den anderen ebensowenig zwingen, als der Erbe den Erblasser zu einem vernünftigen Testamente. Wie soll der Beschenkte der Ungereimtheit einer negativen Resolutivbedingung ausweichen, wenn ihm der Schenkgeber anders nicht schenkt? Sollte er da die Schenkung refusieren? Da müsste er geradezu ein Narr sein.

[26]) Weshalb er auch hinsichtlich der unerlaubten Bedingungen keine Bedeutung hat, wird unten N. 50 dargelegt werden.

[27]) Es kann diess aber allerdings vom Erblasser festgesetzt sein; dann ist aber die Bedingung keine nothwendige, sie besteht nicht aus dem einfachen Elemente: das nothwendige A soll geschehen, sondern aus der Elementengruppe: A soll geschehen bei Lebzeiten des Erben. — Über die Gründe der auch in das a. b. G. übergegangenen (§ 703) Bestimmung des römischen Rechtes, dass der unter einer (wirklichen, § 705) Bedingung Eingesetzte den Eintritt der Bedingung erleben müsse, vorläufig Windscheid I, § 89, S. 251. Das WGGB hatte noch (II, § 490) bestimmt: „Stirbt der Erbe oder der Legatar noch vor Erfüllung einer aufschiebenden Bedingung, so geht das Erbrecht in so fern auf ihre Nachfolger über, als die Bedingung auch nach derselben Tode erfüllt werden kann." Ähnlich das Pr. LR I, 12, § 485.

Bedingung thatsächlich auch eine Befristung statuiert, sofort die Erbschaft erhält.[28])

Ihrem practischen Erfolge nach stehen den unmöglichen Bedingungen gleich die nach dem Vorgange Savigny's (III, § 121, S. 165) als „unerschwingliche" bezeichneten Bedingungen.

Ganz dasselbe was von den nothwendigen, unmöglichen und gewissen Bedingungen ausgeführt wurde, gilt auch von den sogenannten stillschweigenden Bedingungen,[29]) den condiciones quae extrinsecus veniunt, quae insunt tacite[30]) (auch condiciones juris genannt), d. i. jenen Bedingungen, welche sich, auch wenn sie nicht hervorgehoben worden wären, von selbst verstehen müssten, bei denen somit die Hervorhebung etwas vollkommen Überflüssiges und Irrelevantes war,[31]) nur dass es hier, da es sich um ein rein logisches Element handelt, lediglich auf die subjective Auffassung des Handelnden ankommt: eine selbstverständliche Bedingung ist nur dann Bedingung, wenn der Handelnde sie nicht als selbstverständlich erkennt,[32]) somit ein bedingtes Rechtsgeschäft setzen will; eine nicht selbstverständliche Bedingung hört natürlich dadurch, dass der sie beisetzende sie für selbstverständlich hält, nicht auf, eine wirkliche Bedingung mit allen ihren Wirkungen zu sein.

Aus dem vorstehend Erörterten ergibt sich aber, dass die stillschweigenden, die nothwendigen, unmöglichen, die in die Vergangenheit oder Gegenwart fallenden Bedingungen nicht etwa besondere Unterarten der Bedingung sind,[33]) dass sie aber auch nicht als sogenannte Scheinbedingungen oder uneigentliche Bedingungen den eigentlichen Bedingungen entgegengesetzt werden können.[34]) Sie sind bald wirkliche Bedingungen, und dann gilt von ihnen ganz dasselbe wie von allen anderen Bedingungen, bald gar keine Bedingungen. Ob aber

---

[28]) L. 50, § 1, D. 28, 5 . . . „heres erit, ac si purus institutus esset." L. 9, § 1, D. 46, 2: „Qui sub condicione stipulatur, quae omnimodo existura est, pure videtur stipulari."

[29]) „Von diesen stillschweigenden Bedingungen sind die stillschweigend (im Gegensatze zu ausdrücklich) hinzugefügten Bedingungen wol zu unterscheiden." „Von dem Fall der stillschweigend erklärten Bedingung ist der Fall der gesetzlich angenommenen (s. g. vermuteten) Bedingung wol zu unterscheiden . . . indem hier in der That eine unbedingte Disposition vorliegt, welche aber kraft einer Dispositivvorschrift als eine bedingte behandelt wird" (Unger II, § 82, N. 6). Eine vermutete Bedingung enthält § 617 a. b. G.: „Die von einem Erblasser seinem Kinde zur Zeit, da es noch keine Nachkommenschaft hatte, gemachte Substitution erlischt, wenn dasselbe erbfähige Nachkommen hinterlassen hat." Vgl. L. 102, D. 35, 1.

[30]) Vgl. z. B. L. 99, D. 35, 1: Condiciones extrinsecus, non ex testamento venientes, id est, quae tacite inesse videntur, non faciunt legata condicionalia. L. 12, D. 28, 7: „Verba haec: Publius Maevius, si volet heres esto, in necessario condicionem faciunt, ut, si nolit, heres non existat. Nam in voluntaria heredis persona frustra adduntur, quum, etsi non fuerint addita, invitus non efficitur heres."

[31]) Beispiele bei Savigny III, § 116, S. 123, Unger II, § 82, N. 7, Windscheid I, § 87, N. 7, so Verleihung eines Rechtes an einer noch nicht existierenden Sache unter der Bedingung, dass sie existent werde. Eine solche Bedingung hat nur figuram nicht vim quoque condicionis (L. 69, D. 28, 5).

[32]) In diesem Sinne nur hat der Satz bei Unger II, § 82, S. 59 Richtigkeit: „Wenn . . die Parteien ein sich von selbst verstehendes Moment ausdrücklich als Bedingung ihres Geschäftes hervorheben, so ist es eine reine Interpretationsfrage, ob diese Hervorhebung als etwas Überflüssiges oder Bedeutungsloses zu betrachten sei, oder ob hiermit wirklich eine Bedingung ausgedrückt werden sollte." Allein es kommt nicht „Alles darauf an, ob die Parteien den Zusatz, der die Gestalt einer Bedingung hat, auch wirklich als Bedingung behandelt wissen wollen oder nicht" (so allerdings L. 19, § 1, D. 35, 1), sondern darauf, ob sie ihn als selbstverständlich erkennen. Wenn z. B. A den B für grossjährig hält, allein trotzdem als Bedingung des Vertragsabschlusses die Zustimmung des Vaters setzt, während B noch minderjährig ist, die Zustimmung des Vaters somit eine selbstverständliche Voraussetzung der Giltigkeit ist, so ist der Vertrag bedingt geschlossen. Ja auch wenn A meinen würde, man werde schon mit 20 Jahren grossjährig, somit lediglich ein Rechtsirrthum vorläge, hätte dasselbe zu gelten. Unger hat im Erbrechte § 16, N. 6 über Einwendung Arndts' § 66, N. 10 obigen Satz dahin restringiert, dass „Alles darauf ankommt, ob das Nichtwollen im entgegengesetzten Fall noch einen vernünftigen und practischen Sinn hat". Das Nichtwollen, dass der selbstverständliche Zusatz, „der die Gestalt einer Bedingung hat, auch wirklich als Bedingung" zu behandeln sei, hat aber immer einen practischen Sinn; darum kann es sich nur handeln, ob das Wollen, dass der scheinbar selbstverständliche Zusatz Bedingung sein soll, einen practischen Sinn haben kann; diess wird aber nur dann der Fall sein, wenn der Zusatz thatsächlich auch Nichtselbstverständliches involviert (hierauf bezieht sich der Schlusssatz von L. 29, § 1, D. 35, 1), oder wenn der Handelnde nicht weiss, dass das, was er als Bedingung setzt, ohnedem eine selbstverständliche Voraussetzung ist; denn weiss er diess, so ist es immer unpractisch, es noch eigens als Bedingung zu setzen.

[33]) Nach Unger VI, § 16, N. 6 „soll man eher von eigenthümlichen als von uneigentlichen Bedingungen sprechen."

[34]) Ganz unbegründet ist es, wenn Fitting, Archiv f. civ. Pr. XXXIX, S. 328 wol die nothwendige, unmögliche, stillschweigende Bedingung als eigentliche Bedingung anerkennt, aber die condicio in praeteritum vel praesens concepta jeder in futurum concepta als uneigentliche entgegenstellt, eine Auffassung, welche auf allgemeinen Widerspruch stiess (vgl. Windscheid I, § 87, N. 6).

das eine oder das andere der Fall ist, ist nach den aufgestellten Grundsätzen zu entscheiden.

II. Es wurde im Vorstehenden die Abhängigmachung eines concreten rechtlichen Erfolges von einem ungewissen Ereignis, die Bedingung im subjectiven Sinne, in's Auge gefasst und erörtert. Es soll nunmehr das Ereignis selbst, von dessen Eintritt das Eintreten eines concreten ungewissen Erfolges abhängig gemacht wurde, betrachtet werden.[35])

1. Dieses Ereignis, diese Voraussetzung concreter rechtlicher Wirkungen kann nemlich sowol positiver als auch negativer[36]) Natur sein, d. h. eine concrete rechtliche Wirkung kann davon abhängig gemacht worden sein, dass etwas geschieht, d. i. ein bestimmtes Ereignis eintritt, oder dass etwas nicht geschieht, d. i. ein bestimmtes Ereignis nicht eintritt, somit, da jedes Ereignis lediglich die Veränderung eines bestehenden Zustandes ist, und nur als solche erkannt zu werden vermag, dass ein bestimmter Zustand[37]) in einer bestimmten Richtung

---

[35]) Die Bedingung im subjectiven Sinne lässt sich definieren als die die rechtlichen Folgen einer Willenserklärung ungewiss machende Aufnahme eines ungewissen Umstandes in diese Willenserklärung; die Bedingung im objectiven Sinne als ein Ereigniss, von dessen Erkennbarwerden das Erkennbarwerden des concreten rechtlichen Inhaltes einer Willenserklärung, welche an das Eintreten oder Nichteintreten dieses Ereignisses concrete Wirkungen knüpfte, abhängig gemacht wurde. In objectivem Sinne definiert § 696 a. b. G.: „Eine Bedingung heisst eine Ereignung, wovon ein Recht abhängig gemacht wird." Gegen diese Definition, da sie „statt des Unmittelbaren das Mittelbare, statt der Grundlage eine Folge hervorhebt", Unger II, § 82, N. 4, m. E. mit Unrecht; nur in den „Folgen" liegt ja das Wesen des Rechtes, sie sind nichts Mittelbares, sondern sein innerster Kern; während ein anderes Verhältnis Folgen hat, weil es ist, ist ein rechtliches Verhältnis nur darum ein rechtliches Verhältnis, weil Folgen an ein Verhältnis geknüpft sind.

[36]) Vgl. die Aufsätze von Sentz, GZ 1869, N. 101—105 (Untersuchungen über das juristische Wesen der Verneinung); GH 1876, N. 79 bis 81 (Die negative Thatsache in der Theorie und Praxis), auf welche die Schlussbemerkung unter N. 77 in manchen Puncten Anwendung findet.

[37]) Ein Zustand, nicht aber ein bestehendes Verhältnis schlechtweg; wo es sich um die Fortsetzung einer gewissen Thätigkeit handelt, ist auch ein bestehendes Verhältnis vorhanden, allein kein Zustand. Die Bedingung: „wenn A mich bis zu meinem Tode fort pflegt, ist eine positive Bedingung, denn gerade hier wird das fortgesetzte Setzen von Handlungen, das fortgesetzte Eintreten von Ereignissen, von einer Anzahl die jeweiligen bestehenden Zustände ändernden Thathandlungen, zur Bedingung gesetzt; es ist als Bedingung gesetzt, dass etwas geschehe, und nur durch dieses Geschehen erst wird bewirkt, dass ein bestehendes Verhältnis als solches unverändert bleibe. Eine negative Bedingung hingegen ist es, wenn gesagt wird: „wenn A bei mir wohnen bleibt"; hier ist keine concrete Thätigkeit

unverändert bleibe.[38]) Hieraus ergibt sich aber, dass die Frage, ob eine Bedingung positiver (affirmativer) oder negativer Natur sei, nicht aus der grammatischen Form, sondern nur aus dem logischen Inhalte beantwortet werden kann; so ist z. B. die Bedingung: „wenn A ledig bleibt" eine negative Bedingung, denn ihr eigentlicher Inhalt, vom Standpuncte des gegebenen Zustandes auf ein Ereignis bezogen, ist: „wenn A nicht heiratet"; die Bedingung: „wenn A am Sonntag nie den Gottesdienst versäumt", ist eine positive Bedingung, denn ihr eigentlicher Inhalt, vom Standpuncte des gegebenen Zustandes auf ein Ereignis bezogen, ist: wenn A sein ganzes Leben lang jeden Sonntag den Gottesdienst besucht.[39])

---

verlangt, im Gegentheile, es ist das Unterlassen einer bestimmten Thätigkeit, des Ausziehens, begehrt. Vgl. auch Unger VI, § 16, N. 25, der mir jedoch in der Auffassung der „Fortdauer eines Zustandes" zu weit zu gehen scheint, wenn er sagt: „Nur so viel kann höchstens zugegeben werden, dass eine affirmative . . aufschiebende Bedingung ausnahmsweise als eine negative aufschiebende betrachtet und behandelt werden könne, wenn es sich dem Willen und der Anschauung des Erblassers gemäss um die Fortdauer eines Zustandes handelt, so dass die Vornahme der betreffenden Handlung die Nichtunterbrechung des status quo bedingt; etwa wenn der Erblasser gesagt hätte: „wenn A wie bisher so auch sein ganzes Leben hindurch jeden Sonntag in die Kirche geht".

[38]) § 696 a. b. G.: „Die Bedingung ist bejahend oder verneinend, je nachdem sie sich auf den Erfolg oder Nichterfolg der Ereignung bezieht." Zu dieser Definition Unger VI, § 16, N. 5. Das WGGB II, § 491 nennt verneinende Bedingungen solche, „die sich auf den Nichterfolg einer Ereignung gründen".

[39]) Mit Unrecht a. A. Vangerow II, § 435, S. 126. Vgl. auch oben N. 37. Wo ein Zeitverhältnis zwischen zwei Ereignissen als Bedingung gesetzt ist, mag die Entscheidung, ob die Bedingung als positiv oder negativ zu bezeichnen sei, auf den ersten Blick schwieriger erscheinen. Denn man könnte versucht sein, die Bedingung, wenn A vor B geschieht, z. B. wenn der Tod des A vor dem Tode des B eintritt, mit der Bedingung, wenn B nicht nach A geschieht, der Tod des B nicht nach dem Tode des A eintritt, für identisch zu halten, und dann wäre allerdings die eine Fassung eine positive, die andere eine negative Bedingung. Es sind diess aber thatsächlich nicht identische Fassungen einer Bedingung, da der mögliche Fall eines gleichzeitigen Geschehens, eines gleichzeitigen Todes, hiebei unberücksichtigt bliebe. Wenn A vor B stirbt, ist eine positive Bedingung: es wird das Eintreten eines Ereignisses, des Todes des A, gefordert, u. z. in einem Zeitpuncte, welcher früher fällt als das Geschehen des zweiten Ereignisses, des Todes des B (dass B zur Zeit des Todes des A noch nicht gestorben sei, würde gar nicht genügen; es müsste noch ein zweites Negatives dazukommen, dass er auch nicht zu dieser Zeit stürbe). Auch die Bedingung, wenn A nach B stirbt, ihn überlebt, ist eine positive Bedingung. Sie ist aber nicht der contradictorische Gegensatz der früheren, da in diesem auch

2. Das Verhältnis zwischen positiver und negativer Bedingung ist besonders wichtig um seines unten darzulegenden Verhältnisses zur Suspensiv- und Resolutivbedingung willen; es wird daher auf selbes bei Besprechung der genannten Kategorien nochmal zurückzukommen sein. Eine andere wichtige Unterscheidung nach der Art des als Bedingung gesetzten Ereignisses ist jedoch hier noch zu erörtern.

Das als Bedingung gesetzte Ereignis kann nemlich in seinem Eintritte oder Ausbleiben 1. unabhängig sein von dem Einflusse menschlichen Willens, d. i. willkürlichen menschlichen Handelns; die Ungewissheit des Ereignisses bezieht sich also auf ein von Menschenmacht und Menschenwillkür Unabhängiges; es kann 2. vollkommen abhängig sein von menschlicher Willkür, die Ungewissheit des Ereignisses reduciert sich also auf die Ungewissheit über ein menschliches Handeln und Wollen; es kann schliesslfch 3. derart von menschlicher Willkür abhängen, dass es zwar ohne eines menschlichen Willenactes nicht eintreten kann, dass aber menschliche Willensacte allein es nicht herbeizuführen vermögen; es ist somit ein Doppeltes ungewiss, ein äusseres, nicht von Menschenmacht abhängendes Ereignis, und ein menschliches Handeln und Wollen. Die erste Gruppe von Ereignissen nennen wir zufällige Ereignisse, die zweite willkürliche Ereignisse, die dritte gemischte Ereignisse.

Es zeigt sich aber sofort, dass die zweite Gruppe in diesem Umfange sich vom Standpuncte des ein Rechtsgeschäft Setzenden oder an

der Fall des gleichzeitigen Todes inbegriffen sein müsste. Wenn B nicht nach A stirbt, ist eine negative Bedingung, es wird das Nichteintreten des Todes des B in dem vom Tode des A ab zu laufen beginnenden Zeitraume verlangt. Sie ist nicht identisch mit der Bedingung, wenn A vor B stirbt; ja dem logischen Umfange nach auch nicht mit der alternativen Bedingung, wenn A vor B stirbt oder mit B zu gleich stirbt; denn bloss logisch gedacht braucht ein Ereignis B weder vor noch nach noch mit A zu geschehen, es kann auch ganz unterbleiben. Nur darum, weil nach unserer Erfahrung alle Menschen sterben, scheint uns das Vorher- oder Zugleichsterben als der contradictorische Gegensatz des Nachhersterbens; es fällt aber auch das Garnichtsterben in ihn hinein. Nur bei der zeitlichen Vergleichung uns als nothwendig erscheinender Ereignisse entsteht daher eine scheinbare Schwierigkeit in Beantwortung der Frage, ob die als Bedingung gesetzte Zeitrelation als positives oder negatives Ereignis zu construieren sei. — Auf einer ähnlichen Verwechslung des conträren und des contradictorischen Gegensatzes beruht es, wenn Unger II, § 82, N. 17 die Bedingung: „wenn A's erstes Kind nicht ein Knabe ist", ein positive Bedingung nennt. Wenn A gar kein Kind bekommt, so ist die Bedingung doch ebenfalls erfüllt; es ist hier offenbar als Gegensatz gedacht: wenn A's erstes Kind ein Mädchen ist; allein in den Gegensatz fällt auch das Bekommen keines Kindes hinein. Unrichtig auch Stubenrauch I, S. 853, N. 1 (4. Aufl.).

seinen Wirkungen Interessierten nicht wesentlich von der ersten unterscheidet. Denn die Handlungen eines Dritten sind für mich eben so ungewiss und in den meisten Fällen meinem Machteinflusse entrückt, wie die ohne menschliche Einflussnahme erfolgenden Naturereignisse. Mit annähernder Zuverlässigkeit in den Kreis unserer Berechnung zu ziehen vermögen wir nur unsere eigenen Handlungen. Die dritter Personen sind uns ein Zufälliges. Wie aber das Recht im objectiven Sinne überhaupt als Verpflichtung und Berechtigung in die Welt des Verkehres tritt, so stellen auch die rechtlichen Wirkungen eines Rechtsgeschäftes als Verpflichtung und Berechtigung sich dar, nur um ihretwillen ward ja das Rechtsgeschäft unternommen; die unmittelbaren Interessenten des Rechtsgeschäftes und unter diesen auch jene, welche das Rechtsgeschäft gesetzt hatten, erscheinen somit entweder als Verpflichtete oder Berechtigte oder als beides. Für den Berechtigten nun ist nur seine Handlung eine von seinem Willen abhängige, die eines jeden Anderen aber und auch die des Verpflichteten ist in ihrem Eintritte oder Ausbleiben für ihn „Zufall". Und ebenso ist für den Verpflichteten nur wieder seine Handlung eine von seinem Willen abhängige, die eines jeden Anderen aber und auch die des Berechtigten in ihrem Eintritte oder Ausbleiben für ihn „Zufall". Jene Bedingung nun, deren Erfüllung in der Macht (potestas) eines Menschen steht, ist von seinem Standpuncte aus eine Potestativbedingung,[40] die er in seiner Interessenberechnung allen anderen nicht in seiner Macht stehenden (zufälligen, condicio casualis), oder nicht ausschliesslich in seiner Macht stehenden (sog. gemischten) Bedingungen (condicio mixta) entgegenstellen wird.[41]

[40] Auf Grund § 7, C. 6, 51, wird der Ausdruck Potestativbedingung (condicio potestativa) von der herrschenden Lehre (Vgl. z. B. auch Unger II, § 82, N. 19) auf den Fall beschränkt, wo die Erfüllung von der Willkür des bedingt Berechtigten abhängt. Gewiss ohne Grund. Zugegeben jedoch muss werden, dass wegen der Bestimmungen der §§ 701 und 899 a. b. G. speciell die Potestativbedingung im Sinne des Berechtigten einer besonderen Hervorhebung bedarf. Hasenöhrl I, § 36, N. 23 schlägt für die Potestativbedingung im Sinne des Verpflichteten den Ausdruck „passive Potestativbedingung" vor. Vgl. Code Nap. Art. 1170: „La condition potestative est celle qui fait dependre l'exécution de la convention d'un évènement, qu'il est au pouvoir de l'une ou de l'autre des parties contractantes de faire arriver ou d'empêcher."

[41] Uber die ganze Eintheilung vgl. § 7, C. 6, 51: „Sin autem aliquid sub condicione relinquatur vel casuali, vel potestativa, vel mixta"; ferner § 699 a. b. G., dessen gelegentliche Bemerkung, „sie (die Bedingungen) mögen vom Zufalle, von dem Willen des bedachten Erben, Legatars oder eines Dritten abhängen", sich mit obiger Eintheilung nicht vollständig deckt.

Dass die auf das blosse Wollen des Verpflichteten resp. eine seinerzeitige Erklärung dieses Willens gerichtete Bedingung, beziehungsweise das eine solche „Bedingung" enthaltende „Rechtsgeschäft" gar kein Rechtsgeschäft ist, ist zwar im a. b. G. nicht ausdrücklich ausgesprochen, bedarf aber wol auch keiner besonderen Hervorhebung.[42])

Wol aber kann bei gewissen zweiseitigen Rechtsgeschäften nur ein Theil sich schon derzeit binden, der andere jedoch sich vorbehalten, erst in einem späteren Zeitraume seine Erklärung abzugeben, so beim Kauf auf Probe. Für den einen Theil, den Verkäufer, liegt beim Kauf auf Probe, um bei diesem zumeist behandelten, ja von Savigny (III, § 117 N. i.) als „ganz einzelne Ausnahme" hingestellten Falle zu bleiben, eine bedingte Gebundenheit vor; von ihm kann man auch geradezu sagen, er habe bedingt verkauft, unter der Bedingung nemlich verkauft, dass der in Aussicht genommene Käufer in einem bestimmten Zeitraume kaufen werde. Die auf den Willen des Berechtigten gestellte Bedingung ist ja vollkommen giltig, nur die auf den Willen des Verpflichteten gestellte wäre es nicht. Der „Käufer" ist aber noch gar kein Käufer, er hat nur aus der bedingten Gebundenheit des Verpflichteten ihm erstandene Rechte, aber er hat keine Pflichten als Käufer, sondern höchstens als Entlehner (§ 1080 a. b. G.), oder eine Verpflichtung, bei Vermeidung sonst vermuteter Annahme, innerhalb einer bestimmten Frist eine Erklärung abzugeben (ibid.). Erst wenn er diese Erklärung abgibt, oder die Abgabe einer Gegenerklärung unterlässt, erst dann ist er Käufer. Vorher ist er aus dem Kaufvertrage gar nicht, auch nicht bedingt gebunden; gebunden war er nur aus dem unbedingt abgeschlossenen Vertrage auf Eingehung eines Kaufes auf Probe.[43])

[42]) Für das r. R. vgl. L. 108, D. 45, 1: „Nulla promissio potest consistere, quae ex voluntate promittentis statum capit; L. 46, § 3, D. 45, 1; „Illam autem stipulationem: si volueris, dari?, inutilem esse constat; L. 7, pr. D. 18, 1: „... Neque enim debet in arbitrium rei conferri, an sit obstrictus"; L. 17, D. 45, 1: „Stipulatio non valet in rei promittendi arbitrium collata condicione; vgl. auch L. 35, § 1, D. 18, 1. Vgl. auch Pr. LR I. 4, § 108: „Ist die aufschiebende Bedingung so beschaffen, dass sie von einer ganz unbestimmten Willkür des Erklärenden oder dessen, welcher durch die Erklärung verpflichtet werden soll, abhängt, so hat die Verpflichtung selbst gar keine rechtliche Wirkung." § 904 a. b. G. (WGGB II, § 40) enthält nur Bestimmungen für den Fall, wenn der Verpflichtete zwar nicht das Verpflichtetsein, aber „die Erfüllungszeit seiner Willkür vorbehalten hat."

[43]) Vgl. hiezu Windscheid I, § 93, N. 1, Hasenöhrl I, § 36, N. 29. Nicht ganz correct ist m. E. die Auffassung des Kaufes auf Probe als einer Vertragsofferte (Köppen, Jahrb. f. Dogm. XI, 1871, N. II, Der oblig. Vertrag unter Abwesenden, S. 336 ff.) wogegen Unger, Zt. f. HR III, S. 391, denn es liegt nicht nur eine Kaufvertragsofferte, sondern auch

Allein nur dann, wenn die Bedingung ihrem Sinne nach lediglich auf das Wollen des zu Verpflichtenden geht, beraubt sie den Vertrag seines Inhaltes und seiner Existenz;[44]) nicht aber dann, wenn sie auf ein nicht lediglich in einer Willenserklärung bestehendes Handeln des zu Verpflichtenden gestellt ist, und ebenso, wie schon erwähnt, dann nicht, wenn sie auf den Willen resp. die Willenserklärung des Berechtigten oder eines Dritten gerichtet ist.

In letzterer Hinsicht wird eine Beschränkung nach ö. Rechte behauptet: letztwillige Verfügungen seien „ungiltig, wenn sie in das blosse Wollen eines Dritten gestellt sind (arg. § 564 a. b. G.),[45]) m. E. mit Unrecht. Dieser Grundsatz gilt wol nach röm. Rechte,[46]) allein in § 564 a. b. G. ist nur die Beschränkung ausgesprochen, dass der Erblasser die „Ernennung" des Erben „nicht dem Ausspruche eines Dritten überlassen" kann; zwischen „Ernennung" und „Zustimmung" besteht aber ein bedeutender Unterschied. Die an die Zustimmung des zu Verpflichtenden geknüpfte letztwillige Zuwendung eines Legates ist natürlich ohne Inhalt.

Für das gemeine Recht ist es bestritten, ob nicht dann, wenn die Bedingung ein willkürliches Handeln des Verpflichteten darstellt, die sonst behauptete Rückziehung entfalle.[47]) Für das ö. Recht muss die Frage, soweit überhaupt Rückziehung statthat, entschieden verneint werden.[48])

schon ein Vertrag (Kauf auf Probe) vor. In diesem Sinne fast auch Art. 339 HG den Kauf auf Probe auf. Vgl. hierüber Hahn im Commentar zum HR, ferner Caro, Die Theorie der emtio ad gustum 1871, S. 49 ff. (wozu Bekker, Kr. VJS XV, S. 545, 546). Ferners die Artikeln in der Zeitschr. f. Handelsr. I, 1858, Goldschmidt N. 5, S. 66—131, N. 9, S. 262—284, N. 11, S. 386—455, N. 16, S. 554—556; II, 1859, Fitting N. 5, S. 203 ff.; Unger III, 1860, N. 6, S. 386—415; Fitting V, 1862, N. 3, S. 79—177 (letzterer auch im Archiv f. civ. Pr. XLVI, 1863, S. 237—274) und Oijens, Koop en verkoop op de proef, Leiden 1872.

[44]) Nach Fitting, Ztschr. f. Handelsr. II, S. 232 nur dann, wenn die Bedingung ihrem Wortlaute nach auf das Wollen des zu Verpflichtenden geht, wogegen mit Recht Windscheid I, § 93, N. 4.

[45]) Unger II, § 82, S. 64.

[46]) L. 68, D. 28, 5, L. 52, D. 35, 1; vgl. auch Savigny III, § 117, S. 133.

[47]) Vgl. hierüber Windscheid I, § 89, N. 15, Hasenöhrl I, § 36, N. 33.

[48]) Der von Savigny III, § 120, S. 152 angeführte Grund: „weil der Schuldner, der die Entstehung des ganzen Rechts seines Gegners verhindern kann, auch dauernd wirksame Beschränkungen desselben muss hervorbringen können", beruht auf Ausserachtlassung des Umstandes, dass es nicht der Wille des Schuldners, das Recht des Gegners zu verhindern, sondern nur der Wille des Schuldners, eine Handlung zu setzen (an deren Nichtsetzung in diesem Falle zufällig die Wirkungen der Verhinderung des Rechtserfolges geknüpft sind), ist, welcher von der Rechtsordnung anerkannt wird.

Die Potestativbedingung in dem oben erörterten Sinne ist nun gerade darum von so hervorragender Wichtigkeit, weil durch sie von der Vornahme einer bestimmten Handlung für den diese Handlung Setzenden oder Unterlassenden der Eintritt oder Nichteintritt eines Rechtes oder einer Verpflichtung abhängig gemacht, somit ein Interesse an dem Setzen oder Unterlassen dieser willkürlichen Handlung künstlich geschaffen werden kann. Ja es kann sein, dass das Rechtsgeschäft geradezu in der Absicht gesetzt wurde, auf den Willen einer bestimmten Person durch Beifügung dieser Bedingung einen bestimmenden Einfluss zu üben, eine Handlung zu veranlassen, indem an ihr Setzen ein Vortheil (eine Berechtigung) oder an ihr Unterlassen ein Nachtheil (eine Verpflichtung) geknüpft wird, oder auf umgekehrtem Wege eine Handlung hintanzuhalten.

Und im Allgemeinen wird für die Rechtordnung auch kein Anlass vorhanden sein, einer solchen indirecten Unterwerfung eines fremden Willens entgegenzutreten. Es wird jedoch allerdings Fälle geben, in denen für die Rechtsordnung ein solcher Anlass sich bieten kann. Diess wird zunächst dort der Fall sein, wo dadurch, dass ein gewisses dem Rechte oder doch der Sittlichkeit widerstreitendes Handeln durch Privatwillkür zur Basis eines Vortheiles oder Nachtheiles gemacht wird, ein auf rechtswidrige Handlungen gerichteter Wille gefördert würde. Aber nicht nur wo eine Pression zu widerrechtlichen Handlungen das Ziel des Rechtsgeschäftes ist, auch dort wo umgekehrt die in Aussicht gestellte Möglichkeit widerrechtlicher Handlungen als Pression benützt wird, damit für die Unterlassung der Widerrechtlichkeit ein Vortheil versprochen werde, wo somit nicht gegen jenen, dessen rechtswidrige Handlungen in Frage stehen, sondern von ihm ein vom Geiste der Rechtsordnung nicht anerkannter, ja perhorrescierter psychischer Zwang ausgeübt werden will, wird die Rechtsordnung ihre Unterstützung zur Verwirklichung des Rechtsgeschäftes verweigern, ja sogar zur Aufhebung etwaiger bereits eingetretener Folgen desselben ihre Hilfe leihen. Oder Vorstehendes allgemein ausgedrückt: ein seines Inhaltes wegen unerlaubtes Rechtsgeschäft ist, auch wenn das unerlaubte Moment in der Form einer Bedingung verkleidet wäre, dennoch als unerlaubtes Rechtsgeschäft zu behandeln.[49])

[49]) „Eine Bedingung ist ihres Inhaltes wegen an und für sich weder erlaubt noch unerlaubt, sie wird das vielmehr nur durch ihre Beziehung zum Inhalt des ganzen Vertrages, indem derselbe durch ihre Beisetzung einen Charakter annehmen kann, welcher ihn zu einem unerlaubten Vertrage stempelt. Man sollte also strenge genommen nicht von unerlaubten Bedingungen sprechen, sondern nur von unerlaubten Verträgen." Hasenöhrl I, § 38, S. 483. Die Bezeichnung der Bedingungen als erlaubte und unerlaubte findet sich auch in §§ 699 u. 698 a. b. G.

Nach § 1174 a. b. G. gelten hiefür nun folgende Regeln. Was Jemand wissentlich zur Bewirkung einer unerlaubten Handlung versprochen hat, braucht er nicht zu leisten: der unter der Suspensivbedingung einer unerlaubten Handlung abgeschlossene promissorische Vertrag ist ungiltig; diess folgt a contrario aus dem ersten Satze des cit. § (vgl. auch § 878 a. b. G.). Was aber „Jemand wissentlich zur Bewirkung einer .. unerlaubten Handlung" bereits „gegeben hat, kann er nicht wieder zurückfordern": eine auf ein unerlaubtes Verhalten abzielende Resolutivbedingung gilt somit als nicht beigesetzt. „Ist aber etwas zur Verhinderung einer unerlaubten Handlung demjenigen, der diese Handlung begehen wollte, gegeben worden, so findet die Rückforderung statt", ist es lediglich versprochen worden (Suspensivbedingung), so braucht es gar nicht geleistet zu werden (arg. a majori ad minus): der Vertrag ist in beiden Fällen ungiltig.

Etwas anders stellt sich die Frage bei den Rechtsgeschäften von Todeswegen. § 698 a. b. G., welcher zunächst von den unmöglichen Bedingungen handelt, sich jedoch in seinem Nachsatze auch auf die unerlaubten Bedingungen für anwendbar erklärt, spricht nicht aus, was eine unerlaubte Bedingung sei. Es wurde schon oben (Nr. 49) darauf hingewiesen, dass es eigentlich ungenau ist, von einer unerlaubten Bedingung zu sprechen; die Bedingung, nach welcher die Zuwendung eines Vortheiles von dem Unterlassen einer (etwa in Aussicht gestellten) rechtswidrigen Handlung abhängig gemacht wird, wird man kaum eine „unerlaubte" nennen können. Soferne somit nicht etwa § 565 oder § 542 a. b. G. Platz greifen, wird eine letztwillige Verfügung, welche nur „zur Verhinderung einer unerlaubten Handlung" durch Zuwendung eines Vortheiles an Denjenigen, „der diese Handlung begehen wollte", unter der Bedingung der Unterlassung dieser Rechtswidrigkeit erfolgte, dennoch giltig sein. Wo es sich jedoch um die Herbeiführung eines widerrechtlichen Erfolges handelt, ist, analog den Bestimmungen des § 1177 a. b. G. die Zuwendung unter einer Suspensivbedingung (entspricht jenem oben ad § 1174, 1. Satz, hervorgehobenen Falle, wo noch nicht geleistet wurde) ungiltig, während die Zuwendung unter einer Resolutivbedingung giltig ist, und nur die auf unerlaubte Ziele absehende Resolutivbedingung „als nicht beigesetzt angesehen" wird

(entspricht jenem Falle des § 1174 a. b. G., 1. Satz, wo schon geleistet wurde.[50])

[50]) Dass auch bei der testamentarischen Resolutivbedingung noch nicht geleistet wurde, hat seinen Grund nur in der Sondernatur der letztwilligen Erklärung, bei der die Leistung erst nach dem Tode des Testators erfolgt. Gemeinsam ist beiden Fällen, dass der Versprechende die Erfüllung nicht erst von dem Eintritte der widerrechtlichen Handlung abhängig machen wollte, dass, so weit es an ihm liegt, die Leistung nicht verzögert werden wollte, er seine ernstliche Geneigtheit zu leisten bewiesen hat. — Unzulässig würde es sein, aus § 898 a. b. G. „Verabredungen unter solchen Bedingungen, welche bei einem letzten Willen nicht für beigesetzt angesehen werden, sind ungiltig", den Schluss ziehen zu wollen, es könne bei einem Vertrage das unter der Bedingung, dass der Empfänger eine widerrechtliche Handlung setze, bereits Hingegebene wieder zurückgefordert werden. A. A. Hasenöhrl I, § 38, N. 57, Unger II, § 82, N. 94 i. f. Harum in Haimerl's Magazin VI, S. 171 ff., ist wol der hier vertretenen Ansicht, erachtet sie aber als dem natürlichen Rechtsgefühle widersprechend; dann wäre auch der erste Satz des § 1174 dem natürlichen Rechtsgefühle widersprechend. Aus diesem geht aber hervor, dass wer zu rechtswidrigen Zwecken eine Leistung gemacht hat, überhaupt kein Rückforderungsrecht haben soll. Wenn A dem B zu rechtswidrigen Zwecken 1000 gibt mit der Resolutivbedingung, sie müssen ihm zurückgezahlt werden, falls B das in Aussicht genommene Delict zu setzen unterlässt, so soll nach Absicht des Gesetzes nun nicht A sein Geld jedenfalls zurückfordern dürfen (diess würde er ja am ehesten dann thun, wenn ihm sein widerrechtlicher Wunsch nicht erfüllt wurde), nein, B soll das Geld behalten dürfen, selbst ja insbesondere dann, wenn er das Delict nicht setzte. So paralysiert das Gesetz die Verlockung des Versuchers, indem es das Hingegebene dem Versuchten bedingungslos belässt. Würde das Gesetz ein Rückforderungsrecht des Versuchers statuieren, so würde es hiemit nur wenig auf die Entschliessung des Versuchten einwirken; denn hat er den Willen Desjenigen, der geleistet hatte, erfüllt, dann braucht er kaum zu fürchten, dass sein Verführer, der ja erreicht hat, was er wollte, die Gaunertreue brechen und sich der Unannehmlichkeit eines seine Mitschuld zu Tage fördernden Processes aussetzen werde. Falls er überhaupt die Erhebung eines solchen Rückforderungsanspruchs für möglich hält, muss er sie viel eher für den Fall besorgen, wenn er die Wünsche des Verführers nicht erfüllt. Und dem hierin für ihn liegenden Motive, das Unerlaubte zu begehen, bricht das Gesetz mit kluger Berechnung die Spitze ab, indem es einen solchen Rückforderungsanspruch grundsätzlich ausschliesst. So sagt auch schon § 404 WGGB II, es sei Derjenige nicht „befugt, die Zurückgabe einzuklagen, . . . welcher zur Unternehmung einer unerlaubten, oder unmöglichen Handlung einen Vorschuss gethan hat." Also auch wenn die Zuwendung in der Gestalt eines Darlehnes erfolgt (das im Falle der Begehung des Delictes der Darleiher thatsächlich kaum zurückfordern dürfte), ist die Rückforderung ausgeschlossen. Auf dem entgegengesetzten Standpuncte steht das Pr. LR: „Geschenke, welche zur Beförderung unerlaubter Absichten gemacht worden, sind ungiltig." (I, 11, § 1070.)

Allein die Rechtsordnung geht noch weiter, sie sucht es nicht nur unwirksam zu machen, wenn durch bedingte Rechtsgeschäfte widerrechtliche Handlungen gefördert werden wollen, sie will überhaupt, dass gewisse Handlungen nur um ihrer selbst und nicht um ihrem Wesen fremder Motive willen vorgenommen werden. So war nach römischem Rechte unter Umständen[51]) ungiltig die auf Eingehung einer bestimmten Ehe abzielende Bedingung,[52]) ferners die Festsetzung einer Conventionalstrafe unter der Bedingung, dass eine bestimmte Ehe nicht eingegangen würde,[53]) oder für den Fall der Scheidung[54]), ferners die Festsetzung eines Vermögensvortheiles unter der Bedingung der Ehescheidung,[55]) die Bedingung der gänzlichen Ehelosigkeit[56]) etc. Diese Beschränkungen bestehen mit einer einzigen[57]) Ausnahme nach ö. R.

[51]) Vgl. Savigny III, § 123, S. 182.

[52]) L. 97, § 2, D. 45, 1. Si tibi nupsero, decem dare spondes? causa cognita denegandam actionem puto: nec raro probabilis causa ejusmodi stipulationis est.

[53]) L. 134, pr. D. 45, 1 „. . quia inhonestum visum est, vinculo poenae matrimonia obstringi"; L. 71, § 1, D. 35, 1. Aber die Bedingung, eine bestimmte Person nicht zu ehelichen, war keineswegs schlechtweg untersagt, es wäre denn, dass dieser perhorrescierten Person hiemit jede Aussicht auf Verehelichung benommen würde (L. 64, § 1, D. 35, 1).

[54]) L. 2, C. 8, 39; L. 134 pr. D. 45, 1: „quia inhonestum est, vinculo poenae matrimonia obstringi, sive futura, sive jam contracta." L. 19, D. 45, 1: „quia contenti esse debemus poenis lege comprehensis."

[55]) L. 8, § 1, D. 7, 8; L. 5, C. 6, 25 (oportuerat . . praeferre lucro concordiam maritalem).

[56]) Nach der Lex Julia et Papia Poppoea. Hier kam jedoch noch ein anderes Moment hinzu, dass nemlich, um der in den socialen Verhältnissen wurzelnden geringen Lust der Römer zu Eheschliessungen, alles hintangehalten wurde, was die Ehelosigkeit befördern könnte.

[57]) Auch die Bedingung des Religionswechsels oder der Wahl eines bestimmten Aufenthaltsortes (vgl. L. 71, § 2, D. 35, 1), deren Ungiltigkeit für das gemeine Recht mit grösseren oder geringeren Einschränkungen behauptet wird (vgl. Windscheid I, § 94, N. 13), ist nach ö. R. Mangels einer entgegenstehenden gesetzlichen Bedingung giltig (a. A. Unger II, § 82, S. 86). Der ideale Ausspruch Ulpians (C. 15, D. 28, 7): „quae facta laedunt pietatem, existimationem, verecundiam nostram, et, ut generaliter dixerim, contra bonos mores fiunt, nec facere nos posse credendum est", dessen reale Unwahrheit unser ganzes sociale und geschäftliche Leben unausgesetzt erhärtet, hat für unser Recht keine Bedeutung; scharf unterscheiden wir zwischen Recht und Sitte; was das staatliche Recht nicht verwehrt, das hat gegebenen Falles auch Anspruch auf den staatlichen Schutz. Auch der Begriff der turpis condicio als jener Bedingung, durch welche ein Ereigniss als Bedingung gesetzt wird, in dessen Erwartung schon an sich etwas Unschickliches liegt, ist für unser Recht unmassgeblich; giltig ist die „Erbeinsetzung des A

nicht: nur die Bedingung, dass Jemand sich nicht verehelichen solle, gilt bei Testamenten „als nicht beigesetzt" (§ 700 a. b. G.)[58]), und macht bei Verträgen den ganzen Vertrag nichtig (§ 898 a. b. G.); u. z. wird sowohl die Verpflichtung eines Erben oder Legatars unter der Bedingung, dass er heirate, als auch die Abhängigmachung einer Zuwendung an Jemanden davon, dass dieser nicht heirate, auf die angegebene Weise zu behandeln sein. Nicht hieher gehört selbstverständlich (§ 700 a. b. G.) die Zuwendung unter der Bedingung der Verehelichung des Testators; wol aber bei Verträgen die Bedingung der Ehelosigkeit des sich Verpflichtenden, soferne ihre Absicht auf eine Beschränkung seiner Freiheit in dieser Richtung zielt. Nicht verboten ist nach § 700 die Bedingung, dass Jemand vor erreichter Grossjährigkeit nicht heirate, dass eine Wittwe oder ein Wittwer mit Kindern bei Lebzeiten dieser Kinder nicht heirate, und wird daselbst auch ausdrücklich hervorgehoben, dass die Bedingung der Nichtverehelichung mit einer bestimmten Person zulässig sei.

3. Es erübrigt nun zur Fixierung der Bedingung nur noch die Frage, wann man sagen könne, eine Bedingung sei eingetreten, erfüllt, oder sie sei nicht eingetreten, nicht erfüllt.

Die positive Bedingung ist erfüllt (condicio exstitit, impleta est, expleta est), wenn das als Bedingung gesetzte positive Ereignis eingetreten ist,[59]) oder sein Eintreten gewiss geworden ist, d. i. als nothwendig allgemein erkannt zu werden vermag. Die positive Bedingung ist ausgefallen (condicio deficit, exstincta est), wenn gewiss geworden ist, dass das als positiv gesetzte Ereignis nicht mehr eintreten kann, d. i. als unmöglich allgemein erkannt zu werden vermag, oder falls ihre Erfüllung auf eine bestimmte Zeit beschränkt war, wenn diese Zeit verstrichen ist, ohne dass das Ereignis eingetreten wäre. So lange einerseits das Eintreten des Ereignisses noch nicht erfolgt oder nothwendig geworden ist, anderseits das Eintreten des Ereignisses in einem bestimmten Zeitraume oder überhaupt nicht unmöglich geworden ist, schwebt die Bedingung (condicio pendet)[60]).

Die negative Bedingung ist erfüllt, wenn gewiss geworden ist, dass das Ereignis dessen Nichteintreten zur Bedingung gemacht wurde, nicht mehr eintreten kann, d. i. als unmöglich allgemein erkannt zu werden vermag, oder, falls das Nichteintreten auf eine bestimmte Zeit beschränkt war, wenn diese Zeit verstrichen ist, ohne dass das Ereignis eingetreten wäre. Die negative Bedingung ist ausgefallen, wenn das Ereignis, dessen Nichteintreten zur Bedingung gemacht wurde, eingetreten ist, oder sein Eintreten gewiss geworden ist, d. i. als nothwendig allgemein anerkannt zu werden vermag. So lange einerseits das Eintreten des Ereignisses überhaupt oder in einem bestimmten Zeitraume noch nicht unmöglich geworden ist, anderseits das Eintreten des Ereignisses auch nicht erfolgt oder nothwendig geworden ist, schwebt die Bedingung.

„Worin das als Bedingung gesetzte Ereignis besteht, ist im Zweifel durch Auslegung festzustellen, doch ist die Bedingung immer nur dann erfüllt oder weggefallen, wenn das bestimmte Ereignis eingetreten oder nicht eingetreten ist, ohne dass dieses durch etwas Anderes ersetzt werden könnte" (Hasenöhrl I, § 36, S. 459; vgl. § 699 a. b. G.). Die nach römischem Recht[61]) für gewisse Fälle eintretende Nachsicht

---

unter der Bedingung, dass die österreichische Monarchie zerfalle", „dass in Österreich die Leibeigenschaft wieder eingeführt werde" (a. A. Unger II, § 82, N. 90 u. 92). Vgl. übrigens Ravit, Archiv f. civ. Pr. LVIII, 1875, S. 69: „Man darf nicht vergessen, dass jede Berücksichtigung des sittlichen Standpunctes immerhin mit einiger Gefahr für die Sicherheit des Rechts verknüpft ist, welche um so mehr steigt, je weiteren Einfluss man dem Princip der Sittlichkeit gestattet." Vgl. aber die Entscheidung OGH 3. Dec. 1861, GUW 1425, es sei die Bedingung, einem Familienmitgliede nie zu verzeihen, als „ohne Frage unsittlich und unerlaubt" ungiltig.

[58]) Edelmann, Abhandlung über die, einer Erklärung des letzten Willens beigesetzte Bedingung der Nichtverehelichung, Wien 1822, 56 S. (hiezu Stöger in der Z. f. ö. R. 1825, I, S. 10—13, N. Bl.

[59]) Wenn die Bedingung „in einer Handlung dessen, der das Recht erwerben soll, besteht, und von ihm wiederholet werden kann" (§§ 899 und 701 a. b. G.), so genügt ein „schon bei dem Leben des Erblassers" oder „vor dem Vertrag" eingetroffenes Ereignis nicht; die Handlung muss nochmal gesetzt werden — vorausgesetzt natürlich, dass nicht ein anderer Wille des Erblassers oder Contrahenten aus den Worten oder der Natur der Verhältnisse erkennbar geworden ist: §§ 701 u. 899 enthalten nur eine Auslegungsregel (vgl. auch Hasenöhrl I, § 36, N. 56). Gegenstand der Auslegung ist es auch, ob nicht in den anderen Fällen (also wo es sich nicht um eine Handlung dessen, der erwerben soll, handelt), doch nur die

---

Erfüllung nach dem Tode beziehungsweise Vertragsabschluss, ins Auge gefasst war, ferner ob bei letztwilligen Anordnungen ein schon vor Errichtung des Testamentes eingetretenes Ereignis als Erfüllung der Bedingung anzusehen ist. Nicht entsprechend erscheinen mir in dieser Richtung die von Unger II, § 82, N. 49 aufgestellten allgemeinen Regeln.

[60]) L. 213, D. 50, 16: „ubi sub condicione" quis stipulatus fuerit „neque cessit, neque venit dies pendente adhuc condicione".

[61]) Vgl. insbesondere L. 5, § 5, D. 36, 2: „Item si qua condicio sit, quae per legatarium non stat quominus impleatur; sed aut per heredem, aut per ejus personam, in cujus persona jussus est parere condicioni, dies legati cedit, quoniam pro impleta habetur"; L. 161, D. 50, 17: „In jure civili receptum est, quotiens per eum, cuius interest condicionem non impleri, fiat, quominus impleatur, perinde haberi, ac si impleta condicio fuisset";

der Erfüllung kann für das österreichische Recht Mangels einer ausdrücklichen Gesetzesbestimmung keine Anwendung finden.[62])

Ist die Bedingung unverständlich,[63]) so gilt sie bei Testamenten „für nicht beigesetzt (§ 697 a. b. G.), während in diesem Falle ein Vertrag ungiltig wird (§ 898 a. b. G.)

III. Wurde im Vorstehenden die Abhängigmachung des auf concrete Rechtsfolgen gerichteten Willens von einem äusseren Ereignisse (die subjective Bedingung) und dieses äussere Ereignis selbst (die objective Bedingung) betrachtet, so erübrigt nun noch das Resultat dieser beiden Factoren, der Willenserklärung und des ungewissen Ereignisses, das in seinem Erfolg ungewisse Rechtsgeschäft in's Auge zu fassen.

---

ferners auch die entschieden zu weit gefasste Regel des canonischen Rechtes (c. 66 de R. J. in VI°): „cum non stat per eum, ad quem pertinet, quominus condicio impleatur, haberi debet perinde ac si impleta fuisset." Vgl. über diese und ähnliche Stellen und die Tragweite der in ihnen enthaltenen Regeln Savigny III, § 119, Windscheid I, § 92. Den ersten der obigen Sätze pflegt man gewöhnlich nachstehend auszudrücken, resp. zu generalisieren: quotiens per eum, cujus interest condicionem impleri, fit, quominus impleatur.

[62]) Ausdrücklich wird die Regel der L. 5, § 5, D. 36, 2 abgelehnt im Pr. LR I, 4, §§ 112, 113, während daselbst die der L. 161, D. 50, 17 (§§ 105—107) mit gewissen Beschränkungen recipiert ist. Ein Theil der österreichischen Schriftsteller behauptet gänzliche oder theilweise Anwendbarkeit der erwähnten Regeln des röm. Rechtes auch für das österr. Recht: so Unger, aber nur hinsichtlich der Regel der L. 161, D. 50, 17 (II, § 82, S. 67, VI, § 16, S. 67), Kirchstetter S. 374. Allerdings kann aber auch nach österr. Recht auf dem Wege vernunftgemässer Willensinterpretation die Erkenntnis eröffnet werden, dass der Handelnde seinen Willen nicht absolut von dem wirklichen Eintritte der Bedingung abhängig gemacht hatte; insbesondere wird diess von letztwilligen Erklärungen gelten; vgl. auch L. 19, pr. D. 35, 1: „In condicionibus primum locum voluntas defuncti obtinet, eaque regit condiciones", und L. 101 pr. eod.: „quam in condicionibus testamentorum voluntatem potius, quam verba considerari oporteat." Vgl. auch Hasenöhrl I, § 36, N. 51, Unger VI, § 16, N. 16. Ebenso aber auch bei Schenkungen; vgl. Windscheid I, § 92, N. 9. Der im Texte aufgestellten Ansicht auch Schiffner I, § 127, S. 71.

[63]) Von der unverständlichen ist wol zu unterscheiden die sogenannte unverständige (perplexe, widersprechende) Bedingung. Selbe macht die ganze Verfügung zu nichte. Vgl. z. B. L. 16, D. 28, 7: „Si Titius heres erit, Sejus heres esto; si Sejus heres erit, Titius heres esto. Julianus inutilem esse institutionem scribit, quia condicio existere non possit." Ihr Wesen besteht darin, dass das Bedingende und das Bedingte sich ausschliessen. Blosse Unverständigkeit im Sinne der Unzweckmässigkeit, des Mangels eines vernünftigen Grundes, berührt jedoch die Giltigkeit der Verfügung gar nicht (z. B. A testiert: X soll 1000 haben, wenn im Jahre 1885 viele Maikäfer in Korneuburg sind).

1. Es wurde ein Wille erklärt und hiemit wurde ein Rechtsgeschäft gesetzt, und in diesem Sinne ist das Rechtsgeschäft unbedingt; ungewiss ist jedoch, welche Folgen das Rechtsgeschäft haben wird, ob es überhaupt Folgen haben wird. Aber dieses Rechtsgeschäft ist nicht nothwendig ein selbstständiges, ein constitutives, es kann auch ein zu einem anderen hinzutretendes, ein dieses modificierendes oder vernichtendes sein. Jene Bedingung, deren Eintritt die Wirksamkeit eines auf Aufhebung oder Vernichtung eines anderen bestehenden Rechtsgeschäftes M gestellten Rechtsgeschäftes N zur Folge hat, hat somit auch zugleich die Unwirksamkeit dieses anderen Rechtsgeschäftes M zur Folge. Sie wird daher auflösende Bedingung, Resolutivbedingung, im Gegensatze zu der den Eintritt rechtlicher Folgen aufschiebenden Bedingung, der Suspensivbedingung, genannt.[64])

Wo nun das zweite zerstörende, bedingte Rechtsgeschäft erst später zu dem ersten unbedingten Rechtsgeschäfte hinzutritt, liegt der Fall sehr einfach und gibt zu keinen Schwierigkeiten Anlass. A hat am 1. Januar 1883 mit B einen Gesellschaftsvertrag geschlossen; am 1. Mai 1883 schliessen sie einen zweiten Vertrag: wenn die Bilanz des Jahres 1883 negativ ist, ist der Vertrag aufgehoben. Die Aufhebung des ersten Vertrages ist durch den zweiten Vertrag unter einer Bedingung in Aussicht genommen resp. vereinbart. Anders aber liegt der Fall, wenn beide Rechtsgeschäfte in einem Acte abgeschlossen werden, denn hier kann eine doppelte Meinung des oder der Handelnden vorliegen. Die Absicht kann zunächst wie im vorigen Falle darauf gerichtet sein, dass bei dem Eintreten des als Bedingung gesetzten (positiven oder negativen) Ereignisses lediglich die weitere Wirksamkeit des gesetzten Rechtsgeschäftes M aufhöre, dass somit das zweite Rechtsgeschäft N ein unter einer Suspensivbedingung gesetztes Rechtsgeschäft auf seinerzeitige Aufhebung des Rechtsgeschäftes M sein solle. Die Absicht kann aber hier, wo die Handelnden noch nicht einem bereits existenten, wirksam gewordenen Rechtsgeschäfte gegenüberstehen, das sich als ein Vergangenes, schon Geschehenes, ihrer Ingerenz theilweise entzieht, sondern auch den Inhalt und die Wirksamkeit des Rechtsgeschäftes M noch vollkommen in ihrer Hand haben, auch auf ein Anderes gerichtet werden. Sie kann nemlich dahin gehen, dass beim Eintritte des als Bedingung gesetzten Ereignisses das ganze Rechtsgeschäft vernichtigt, auch in seinen schon eingetretenen Wirkungen wieder aufgehoben werde, dass somit das zweite Rechts-

---

[64]) Die Quellen gebrauchen die Ausdrücke: negotium condicione suspenditur, negotium sub condicione resolvitur.

geschäft N ein unter einer Suspensivbedingung gesetztes Rechtsgeschäft auf Vernichtigung des Rechtsgeschäftes M sein solle. Hiemit werden aber nicht lediglich hinterher bereits eingetretene rechtliche Folgen des Rechtsgeschäftes M wieder aufgehoben: die einzelnen Folgen des Rechtsgeschäftes M sind bei ihrem Eintritte schon mit dem Keime eventueller Hinfälligkeit behaftet, sie sind nur anticipierte Wirkungen unter der Präsumption, dass die Bedingung der Vernichtung nicht eintreten werde, Wirkungen, die mit dem Wegfalle dieser Präsumption mit absoluter Nothwendig rechtlich erlöschen, welche nicht erst eines bestimmten Aufhebungsactes bedürfen, sondern nunmehr schon auf Grund des ursprünglichen combinierten Rechtsgeschäftes erlöschen. Hieraus ergibt sich aber, dass das Wesen solcher Rechtsgeschäfte, so gewiss es eine Combinierung zweier Rechtsgeschäfte involviert, doch nicht lediglich durch den Hinweis auf diese Doppelseitigkeit erklärt zu werden vermag, vielmehr ebensosehr in der Einheit[65]) dieser beiden Rechtsgeschäfte beruht.[66])

[65]) Der Umstand, dass bei der Resolutivbedingung die beiden Rechtsgeschäfte eine Einheit bilden, kann aber an der Frage nach der Beweislast nichts ändern; beweispflichtig ist, wer sich auf die Behauptung, es sei eine Resolutivbedingung beigefügt worden, stützt.

[66]) Vgl. Thibaut, Civil. Abhandlungen N. 17, S. 359 ff.; Ihering (Passive Wirkungen des Rechts, Jahrb. f. Dogmatik 1871, X, S. 544): „Nicht das Geben der Sache, sondern das Entziehen ist an die Bedingung geknüpft." „Die Resolutivbedingung bildet kein Moment der Tradition, sondern eines mit ihr verbundenen obligatorischen Nebenvertrages, der ursprünglich lediglich auf die ihm zukommende obligatorische Wirkung beschränkt, im neuern römischen Recht mit dinglicher Wirksamkeit ausgestattet ist" (ibid.). Vgl. auch Geist d. r. R. III, § 53, N. 210, ferner Köppen, Jahrb. f. Dogm. XI, 1871, S. 191, Karlowa, Rechtsgesch. S. 95. Vgl. Windscheid I, § 86, S. 242: „Die sog. auflösende Bedingung ist genauer betrachtet eine auf Wiederaufhebung der Wirkungen der Hauptwillenserklärung gerichtete aufschiebend bedingte Nebenwillenserklärung." Hier findet sich die Auffassung der Combination zweier Rechtsgeschäfte präcise ausgesprochen. Vgl. aber wieder Savigny III, § 120, N. l, der wieder die Einheit des Actes vorwiegend betont: „Man kann .. die Resolutivbedingung auch auffassen als eine suspensive für die Vernichtigung des Rechtsgeschäfts; nur nicht als eine Suspensivbedingung für ein neues Rechtsgeschäft von umgekehrtem Inhalt und Zweck." Nach Unger II, § 82, S. 65 schieben „weder die Suspensivbedingung noch die Resolutivbedingung . . . etwas auf oder hinaus; dagegen ist in beiden Fällen etwas in suspenso, im ersten Fall die Existenz, im zweiten Fall die Nichtexistenz des Rechtsgeschäfts". Der Unterschied zwischen beiden liegt ihm darin, dass „das Dasein des das Rechtsgeschäft erzeugenden und tragenden Willens oder das Nichtdasein desselben von der Wirklichkeit eines Umstands abhängig gemacht" wird (S. 64). Aber gerade die Existenz des Rechtsgeschäftes war nie in suspenso, denn auch das sog. bedingte Rechtsgeschäft ist jedenfalls

Jene Bedingung nun, welche von Anfang an einem Rechtsgeschäfte in der Weise eingefügt wird, dass durch sie die gänzliche Vernichtigung dieses Rechtsgeschäftes und aller seiner bereits in's Leben getretenen Wirkungen von vornherein für bestimmte Fälle in Aussicht genommen und festgesetzt wird, ohne dass jedoch der provisorische Eintritt dieser Wirkungen hiedurch gehemmt oder verzögert wird, bei der also die practische Wirkung der Bedingung in einem eventuellen Wiederauflösen des Rechtsgeschäftes und Wiederaufheben der bereits eingetretenen provisorischen Wirkungen besteht, seien auflösende oder Resolutivbedingungen im technischen Sinne[67]) genannt, denn nur von jenen Resolutivbedingungen, welche auch die bereits eingetretenen rechtlichen Wirkungen wider vernichtigen, somit ex tunc wirken, gilt etwas Besonderes.[68]) Was im einzelnen Falle Parteiwille ist, ist reine

ein Rechtsgeschäft, es ist nur ungewiss, welche Wirkungen es haben wird. (Das a. b. G. definiert in § 696: „Sie (die Bedingung) ist aufschiebend, wenn das zugedachte Recht erst nach ihrer Erfüllung zu seiner Kraft gelangt; sie ist auflösend, wenn das zugedachte Recht bei ihrem Eintritte verloren geht.") Aber auch die Richtigkeit dieser Construction zugegeben, so würde doch von jeder Bedingung (ob suspensiv oder resolutiv) Dasein und Nichtdasein abhängig gemacht sein, je nachdem sie eben eintritt oder nicht, beziehungsweise je nachdem die Bedingung positiv oder negativ ist. Vgl. auch Hasenöhrl I, § 36, N. 35. Gegen die im Texte vertretene Auffassung der Resolutivbedingung auch Hasenöhrl I, § 36, S. 456 ff. (über die einzelnen Meinungen ibid. N. 42 u. Windscheid I, § 86, N. 6); unerfindlich ist, warum eine inelegantia juris darin liegen soll, „diese Anschauungnur für die auflösende und nicht für die aufschiebende Bedingung anzunehmen" Hasenöhrl I, § 36, N. 43); diese Auffassung der Resolutivbedingung ergibt sich ja doch nur daraus, dass sie selbst sich als eine Suspensivbedingung eines auf Vernichtigung oder Anfhebung gerichteten Willens darstellt. — Das a. b. G. definiert in § 696 die Bedingung als „aufschiebend, wenn das zugedachte Recht erst nach ihrer Erfüllung zu seiner Kraft gelangt", als „auflösend, wenn das zugedachte Recht bei ihrem Eintritte verloren geht".

[67]) Arndts § 67, N. 2: „Verschieden von einer eigentlichen Resolutivbedingung ist die Festsetzung, nach welcher im Fall eines künftigen Ereignisses nur ein Recht oder Rechtsverhältnis für die Zukunft aufhören soll, die man jedoch im uneigentlichen Sinne auch Resolutivbedingung zu nennen pflegt."

[68]) Die „Resolutivbedingung" ohne zurückwirkende Kraft ist allerdings ein Endtermin, von dem ungewiss ist, ob er eintreten werde. Aber eben um der Ungewissheit der rechtlichen Wirkungen willen ist dieser Endtermin zugleich eine Bedingung. Unrichtig ist, dass „die Gesetzgebungen, welche der Resolutivbedingung die rückwirkende Kraft absprechen, . . . hiemit die Resolutivbedingung in einen Endtermin" verwandeln (Unger II, § 83, N. 16; vgl. auch Hasenöhrl I, § 39, S. 493). Allerdings kann auch ein reiner Endtermin an einen Zeitpunct geknüpft werden, welcher durch ein Ereignis

quaestio facti:[69]) im Zweifel wird anzunehmen sein, dass nur die Aufhebung nicht die ganze Vernichtigung gewollt ist.[70])

Allein auch innerhalb der auf Begründung eines Rechtsgeschäftes gestellten Bedingungen besteht ein ähnlicher Unterschied wie der eben besprochene bei den auf Auflösung eines Rechtsgeschäftes zielenden Bedingungen. Die aufschiebende Bedingung kann nemlich in dem Sinne gesetzt sein, dass das Rechtsgeschäft erst von dem Zeitpuncte an als wirksam erachtet werden soll, in dem die Erfüllung der Bedingung eintritt, resp. erkennbar wird, oder, wie man sich ausdrückt, dass die Entscheidung über die Erfüllung der Bedingung ex nunc wirke, es kann aber auch gewollt sein, dass, wenn die Bedingung eintrete, dann practisch der Erfolg herbeiführt werden solle, als wäre das Rechtsgeschäft schon von Anfang an unbedingt geschlossen worden, dass somit der Eintritt der

---

bestimmt wird, welches ungewiss ist, durch dessen hypothetische Annahme sich aber jedenfalls ein bestimmter Termin fixieren lässt; z. B. „wenn (richtiger „wann") X 24 Jahre alt ist"; wenn X auch früher stirbt, weiss ich doch, wann er 24 Jahre alt geworden sein würde. Insoferne ist es unrichtig, wenn Savigny III, § 125, S. 206 sagt: „Die Bedingung knüpft an ein ungewisses Ereignis, die Zeitbestimmung an ein gewisses", wogegen mit Recht Unger II, § 83, N. 13. Aber darin liegt der Unterschied, dass bei der Bedingung das Eintreten der rechtlichen Wirkungen ungewiss, bei der Zeitbestimmung jedoch gewiss ist, und darum ist das Ungewissmachen des Aufhörens rechtlicher Wirkungen stets eine Bedingung und nicht lediglich eine Befristung.

[69]) Vgl. Hartmann, Kr. VJS XIII, 1871, S. 529.

[70]) Anderer Ansicht Windscheid I, § 91, S. 259; gerade bei ihm ist jedoch diese Auffassung inconsequent, da er einerseits in der auflösenden Bedingung nur eine aufschiebende auf Auflösung erblickt, anderseits der Ansicht ist, es habe „die erfüllte aufschiebende Bedingung . . . . der Regel nach rückwirkende Kraft nicht", und annimmt, „dass die Bedingung in dem Sinne des sie Setzenden zugleich eine Befristung enthalte" (S. 256). Er selbst fühlt diesen Widerspruch, aber das in N. 2 ibid. Vorgebrachte vermag selben kaum zu entkräften. Warum soll das, was bei der aufschiebenden Bedingung „möglich ist", hier „wirklich sein?" Es ist ganz richtig, dass „für den Fall der Vereitlung der aufschiebenden Bedingung . . gar keine rechtliche Wirkung gewollt" ist; aber unrichtig ist, dass der „erfüllten auflösenden Bedingung . . im Sinne des Urhebers der Willenserklärung im Zweifel keine andere Bedeutung beigelegt werden" kann, „als der vereitelten aufschiebenden". Denn gerade in dem Willen über die Behandlung in der Schwebezeit liegt ja der Unterschied zwischen der aufschiebenden und der auflösenden Bedingung, gerade in dieser Richtung hat die auflösende Bedingung „im Sinne des Urhebers der Willenserklärung" eine andere Bedeutung. Auch die auflösende Bedingung enthält im Zweifel „zugleich eine Befristung". Literaturangaben bei Windscheid I, § 91, N. 3.

Bedingung ex tunc wirke. Auch hier ist es quaestio facti, was gewollt wird, im Zweifel[71]) wird zu vermuten sein, dass die Bedingung nicht

---

[71]) Im Einzelnen wird es ganz auf die specielle Natur des Falles ankommen. Wo es sich bei einer aufschiebenden Bedingung um eine einmalige Leistung (z. B. Übergabe) handelt, wird der Gedanke, es solle nachträglich ganz derselbe Erfolg herbeigeführt werden, als wäre schon früher geleistet worden, viel entfernter liegen, als wo es sich nur um eine Reihe fortlaufender Leistungen handelt, von denen ein Theil schon fällig geworden wäre. Aber auch wo es sich nur um eine einmalige Leistung handelt, wird, wenn auch der Umfang der Leistung nur von dem späteren Zeitpuncte aus berechnet werden will (Früchte etc.), doch der Parteiwille dahin gehen, dass die Integrität der bedingt zu leistenden Sache durch Verfügungen des bedingt Verpflichteten in der Zwischenzeit nicht soll verletzt werden können: auf die Frage nach der „Gebundenheit" (vgl. N. 76) hat die der Rückwirkung an sich keinen Einfluss. Die Fragen, ob bei fortlaufenden Leistungen auch jene, welche inzwischen fällig geworden wären nachzuleisten sind, ob bei einer einmaligen Leistung auch die Früchte etc. der Zwischenzeit zu übergeben sind, ob inzwischen liegende Verfügungen über die Sache giltig oder ungiltig sind, werden gemeiniglich gar nicht geschieden, und generell von der Frage der Rückwirkung abhängig gemacht. Die „Rückwirkung" ist aber gar nichts Generelles; ebenso fraglich als es im einzelnen Falle sein kann, ob überhaupt irgend eine jener Wirkungen gewollt ist, deren Summe man als Rückwirkung zu bezeichnen pflegt, ebenso fraglich ist es dann auch, welche dieser Wirkungen gewollt werden, beziehungsweise welcher Einfluss der Beifügung und dem Eintritte der Bedingung zugemessen werden will. Gegen die Aufstellung eines generellen Begriffes der Rückwirkung Hartmann a. o. a. O.; vgl. auch Exner, Grünhut's Zt. I, S. 232. Weitere Literaturangaben bei Windscheid I, § 91, N. 1, Hasenöhrl I, § 37, N. 4. Für einen Fehler in der juristischen Methode erachte ich es, wenn man (so auch Unger II, § 82, S. 72) die Rückwirkung der Bedingung „aus der Natur (?) der bedingten Willenserklärung" deducieren will. Die Berufung auf die nothwendigen Bedingungen (Unger cit. N. 64) erscheint mir vollkommen belanglos, denn hier, wo gewiss ist, dass das Ereignis eintreten wird, wird allerdings der Parteiwille gemeiniglich auf sofortige Wirksamkeit gehen, aber auch keineswegs mit Nothwendigkeit, und wo der Handelnde für seinen Theil die Nothwendigkeit nicht erkannte, wird immerhin auch eine stillschweigende Befristung als dem Parteiwillen entsprechend anzunehmen sein; und „gäbe es" auch „einen Propheten, der den künftigen Erfolg mit Bestimmtheit voraussagen könnte", so wäre darum doch nicht jedes Geschäft „sofort so wirksam, als wäre es unbedingt geschlossen worden"; diess käme eben nur auf den Parteienwillen an, nur dass dann vielleicht die umgekehrte Vermutung als näher liegend erscheinen würde. — Das a. b. G. bietet keinen Anhaltspunct für eine positive Entscheidung betreffs der Frage nach der Rückwirkung; vgl. Unger II, § 82, S. 70 und N. 58 und 74. Was die Frage betrifft, nach welchem Zeitpuncte das Vorhandensein der einzelnen Erfordernisse des Rechtsgeschäftes zu beurtheilen ist, so scheint mir selbe von Hasenöhrl, im Anschlusse an Vangerow § 95 und Wächter II, S. 708 ff.) richtig und präcise gelöst. Er folgert daraus, „dass die Obligation von dem Zeitpuncte des Vertragsabschlusses an existiert, . . .

zurückzubeziehen sei, dass die Bedingung zugleich auch eine Befristung enthalte.[72])

2. Insbesondere die „rückwirkenden" Bedingungen: die Resolutivbedingung i. e. S., die Suspensivbedingung i. e. S., sind es, welche hinsichtlich ihrer Wirkungen noch einer näheren Erörterung bedürfen.

Geschehenes lässt sich nicht ungeschehen machen, Ungeschehenes nicht geschehen, es lässt sich höchstens als schliesslicher Erfolg jener herbeiführen, der eingetreten wäre, wenn jenes, das hätte geschehen sollen, nicht geschehen wäre, jenes, das hätte nicht geschehen sollen, geschehen wäre. Nur darin kann die Rückwirkung bestehen, dass so weit als möglich dieselben Wirkungen herbeigeführt werden, als wäre das als Bedingung gesetzte ungewisse Ereignis schon ursprünglich bekannt gewesen; wer somit nunmehr als berechtigt erkennbar wird, darf die Erfüllung so fordern, als wäre er schon damals als forderungsberechtigt erkennbar gewesen. Gegenstand und Umfang der Forderung sind nach diesem früheren Zeitpuncte zu beurtheilen, umgekehrt, wenn eine vermeintliche Berechtigung als hinfällig erkennbar wird, so erlöschen die eingeräumten Ansprüche, übertragenen Rechte eo ipso,[73]) insoferne bereits thatsächliche Erfüllung eingetreten ist, erwächst ein

---

ihre Fälligkeit aber erst mit der Erfüllung der Bedingung eintritt" (S. 468), „dass Alles, was sich nach der Zeit des Vertragsabschlusses richtet, darnach und nicht nach dem Zeitpuncte des Eintrittes der Bedingung beurtheilt wird" (S. 463), „anderseits . . . . für alle Momente, welche sich nach der Fälligkeit der Obligation richten, der Eintritt der Bedingung entscheidend" ist (S. 466, 467). Hinsichtlich der objectiven Erfordernisse (Existenz der Sache etc.) natürlich genügt es, wenn sie zur Zeit der Erfüllung der Bedingung vorhanden sind (Unger II, § 82, N. 66 a).

[72]) Die Beweislast hinsichtlich des Vorhandenseins einer Bedingung anbelangend, muss Derjenige, welcher einen Anspruch auf ein Rechtsgeschäft gründet, behaupten und beweisen, dass dieses Rechtsgeschäft derart war, dass es den fraglichen Anspruch hervorbringen konnte. Es wird daher bei der Suspensivbedingung allerdings der Anspruchswerber die Unbedingtheit zu beweisen haben (anders der OGH 29. April 1856, GUW 193), aber wo ein Anspruch auf die Bedingtheit sich gründet, wie bei der Resolutivbedingung, da wird Jener zu beweisen haben, der auf diese Bedingtheit sich stützt. Literaturangaben bei Unger II, § 129, S. 572 Anm. und Windscheid I, § 86, N. 4; vgl. neuerlich auch Römer, Archiv f. civ. Pr. LXII, 1879, S. 164.

[73]) „Es wird dadurch nicht bloss eine Verpflichtung des bisher Berechtigten zur Wiederherstellung des früheren Zustandes begründet. Obgleich die Parteien auch diess gewollt haben können; aber dann liegt eben keine auflösende Bedingung (— richtiger keine Rückwirkung —) vor" (Windscheid I, § 90, S. 254).

Rückstellungsanspruch, beziehungsweise, so weit dieser undurchführbar ist, ein Ersatzrecht. Ja auch gegen dritte Personen, welche etwa Rechte an dem zu leistenden oder zu restituierenden Gegenstande erworben haben, kann eine rechtliche Wirkung eintreten, insoferne deren Rechte als Voraussetzung ihres Bestandes den Bestand der nunmehr als hinfällig erkennbar gewordenen Rechte hatten.[74])

3. Aus dem vorstehend Erörterten dürfte sich ergeben haben, dass der Unterschied zwischen einem unter einer Suspensivbedingung abgeschlossenen Rechtsgeschäfte und einem unter Hinzufügung einer ihr congruenten Resolutivbedingung abgeschlossenem Rechtsgeschäfte nicht den schliesslichen rechtlichen Zustand in jener Zeit, in welcher die Bedingung bereits entschieden ist, sondern nur den Schwebezustand

---

[74]) Für das österreichische Recht ergibt sich bei Mobilien eine bedeutende Beschränkung in dieser Richtung aus den §§ 367 und 456 a. b. G. Auf das sorgsamste ist das Princip der Rückwirkung durchgeführt im allgem. Grundbuchsgesetze; die Vormerkung ist die bedingte Erwerbung eines Rechtes, beziehungsweise bei Löschungen der bedingte Verlust eines Rechtes; in beiden Fällen ist der Eintritt der Wirkungen hinausgeschoben, aber wenn sie eintreten, so treten sie so ein, als wäre schon beim Einlangen des Vormerkungsgesuches Erwerb oder Verlust definitiv entschieden gewesen. Es ist somit nicht nur Frage der Willensinterpretation, ob der bedingt Disponierende durch die Disposition seine Dispositionsfreiheit beschränken will, d. h. ob er wirklich schon disponiert, oder nur zu disponieren verspricht, sondern auch Frage des positiven Rechtes, ob und inwieweit er seine Dispositionsfreiheit rechtswirksam unterbinden kann. Wo aber diese beiden Momente zutreffen, da werden wir sagen müssen, dass zufolge des bedingten Rechtsgeschäftes die Dispositionsfreiheit Desjenigen, welcher disponierte, hypothetisch beschränkt sei; er konnte gar nicht unbedingt disponieren, weil er schon bedingt disponiert hatte; nur für die nach Abzug jener Fälle, in welchen er durch das bedingte Rechtsgeschäft gebunden ist, verbleibenden rechtlichen Fälle (resp. Eventualitäten) konnte er noch disponieren. Vgl. § 89, N. 21. Nicht übersehen werden darf auch der Einfluss, welchen das nach österr. Recht für den Eigenthumserwerb statuierte Erfordernis der Tradition auf die vorliegende Frage hat. Da ohne Tradition kein Eigenthum erworben wird, wird auch durch die suspensiv bedingte Eigenthumsübertragung ohne Sachübergabe kein bedingtes Eigenthumsrecht übertragen, keinerlei dingliche Gebundenheit hervorgerufen. Da aber trotz der Sachübergabe das Eigenthumsrecht beim Übergeber verbleiben kann, ist diesem die Möglichkeit, das Eigenthum nur bedingt (unter einer Resolutivbedingung) zu übertragen, unbenommen, so dass er beim Eintritte der Resolutivbedingung nicht erst auf Eigenthumsübertragung zu klagen braucht, sondern sofort vindicieren kann. Soweit nicht § 367 a. b. G. entgegensteht, kann er sein Eigenthumsrecht (mag man es nun als nichterloschenes oder ex tunc wiederaufgelebtes bezeichnen) auch gegen jeden Dritten geltend machen. Vgl. Thibaut, Civil. Abh., S. 363—378 und die hiezu oben in N. 1 Genannten.

der Ungewissheit bis dahin betrifft.[75]) Das suspensiv bedingte Rechtsgeschäft hat in dieser Zwischenzeit an und für sich noch gar keine entscheidenden Wirkungen,[76]) das resolutiv bedingte Rechtsgeschäft hat

[75]) Wendt, Reurecht und Gebundenheit II, S. 49 ff. Dieser Ansicht auch Hasenöhrl I, § 36, S. 456.

[76]) D. h. es hat nicht jene Wirkungen, welche als Wirkungen des Rechtsgeschäftes im Falle des Eintrittes der Bedingungen in Aussicht genommen waren; allein es kann insoferne Wirkungen haben, als ohne dieser „Vorwirkungen" (Fitting, Über den Begriff der Rückziehung, S. 21) die nachträgliche Wirkung auch im Falle des Zutreffens der Bedingung vereitelt werden könnte (vgl. vorige Note). Es ist dann „sofort erzeugt eine Aussicht auf dieselbe, welche dem bedingt Berechtigten nicht mehr verbracht werden kann. Das will sagen: Derjenige, zu dessen Lasten diese Aussicht besteht, kann nicht mehr bewirken, dass für den Fall der Erfüllung der Bedingung die in Aussicht gestellte rechtliche Wirkung nicht eintrete oder nicht vollständig eintrete; er ist schon jetzt gebunden" (Windscheid I, § 89, S. 248; vgl. auch Schönemann, Wesen des suspensiv bedingten Rechtsgeschäftes, S. 45, Windscheid, Erfüllte Bedingung, S. 17). In so ferne zufolge dieser Gebundenheit der Person nun auch gewisse Verfügungen dieser Person über eine Sache nur in so fern wirksam werden können, als diese Gebundenheit wieder behoben wird, erscheint auch die Sache selbst gebunden (vgl. Ihering, Jahrb. f. Dogmatik X, S. 493 ff.). Eine Folge des angedeuteten Verhältnisses, des Hinblickes auf die eventuellen zukünftigen Wirkungen ist auch, dass um dieser möglichen zukünftigen Wirkungen willen ein Anspruch auf Sicherstellung eintreten kann. So bestimmt § 161 des k. Patentes 9. August 1854, RGB 208: „Die Vermächtnisnehmer sind . . . für . . Vermächtnisse, deren Bezahlung . . . wegen einer in dem letzten Willen beigefügten . . Bedingung noch nicht gefordert werden kann, gesetzliche Sicherstellung zu fordern berechtigt"; und ähnlich setzt § 16 der Concursordnung fest: „Wer eine bedingte Forderung hat, kann das Begehren, wenn die Bedingung eine aufschiebende ist, auf Sicherstellung der Zahlung für den Fall des Eintrittes der Bedingung . . . stellen." Der Schlusssatz des § 16 cit., wonach, „wenn aber die Bedingung eine auflösende ist", der bedingt Berechtigte dann, „wenn er seinerseits für den Fall, dass die Bedingung eintritt, Sicherheit leistet", „das Begehren . . . ohne weiters auf Zahlung stellen" kann, enthält insoferne eine scheinbare Anomalie im Verhältnis zum bürgerlichen Rechte, als ja nach diesem bei der Resolutivbedingung sofortige Erfüllung ohne Sicherstellung gefordert werden kann; im Wesen der Resolutivbedingung liegt es ja, dass durch die Bedingung die Zahlung nicht verzögert werden soll. Man wird wol kaum fehl gehen, wenn man annimmt, dem § 16 cit. liege eine Verwechslung der positiven und der negativen Bedingung mit der Suspensivbedingung und der Resolutivbedingung zu Grunde, beziehungsweise es sei § 16 nur von der aufschiebenden Bedingung gemeint, jedoch ein dem § 708 a. b. G. congruenter Zwischensatz des Inhaltes, dass die negative Suspensivbedingung in die umgekehrte Resolutivbedingung zu verwandeln sei, stecken geblieben. (A. A. Hasenöhrl I, § 37, S. 471.)

in der Zwischenzeit die Rechtswirkungen des unbedingten. Da es in beiden Fällen bei dem ein Rechtsgeschäft Setzenden steht, ob er dem Erkennbarwerden des als Bedingung gesetzten Ungewissen im Allgemeinen oder in speciellen Richtungen eine Wirkung ex tunc oder nur ex nunc einräumen will, wird demnach lediglich sein Wille, wie es in der Zeit der Ungewissheit, der Schwebe gehalten werden soll, dafür entscheidend sein, ob er seinen Willen unter einer positiven oder negativen Suspensivbedingung oder unter der ihr entgegengesetzten, somit negativen oder positiven Resolutivbedingung erklärt.

Practisch gedacht wird normalerweise eine positive Voraussetzung (+ A) eines auf einen concreten Erfolg W gerichteten Willens als Suspensivbedingung, ein als Voraussetzung desselben Willens gedachtes Negativum (— A) aber in seinen conträren Werth (+ A) verkehrt als Resolutivbedingung, d. h. als Bedingung des Nichtbestehens des Erfolges W gesetzt werden, denn während die Erfüllung einer positiven Bedingung in die Endlichkeit fällt und somit in ihr erkennbar wird, liegt es im Wesen der negativen Bedingung, dass ihre Erfüllung an sich in die Unendlichkeit fällt, für ewig ungewiss bleibt. Allein auch die negative Bedingung vermag practischen Werth zu erlangen, wenn sie nemlich in der Endlichkeit fixiert wird, wenn sie ausdrücklich oder stillschweigend auf eine bestimmte Zeit beschränkt wird, so dass nicht der Umstand, dass A gar nie eintrete, sondern nur der, dass A in einer ausdrücklich festgesetzten oder aus den Verhältnissen selbst sich ergebenden Zeit nicht geschehe, als Bedingung gesetzt ist.[77]) Hiemit gewinnt aber — ganz abgesehen davon, dass es dem Einzelnen freisteht im einzelnen Falle auch unzweckmässig zu handeln — auch die negative Bedingung reelle Bedeutung.

[77]) Streng logisch gedacht ist eine solche Bedingung eigentlich ebenfalls eine positive Bedingung, die Bedingung nemlich, dass ein bestimmter Zeitabschnitt verlaufe, d. h. eine Reihe von Vorstellungen in uns geweckt werde, welche in unserer Anschauung und vermöge unserer Anschauung zum Bilde einer zeitlichen Einheit sich formen, und dass, wenn alle denkbaren Vorstellungen V_1, V_2, V_3 . . . V_{n-1}, V_n wären, die uns den Eintritt eines bestimmten Ereignisses, dessen Nichteintritt als Bedingung gesetzt wurde, darstellende Vorstellung aber V_7 wäre, diese obige Reihe von Vorstellungen aus den Vorstellungen V_1 bis V_6 und V_8 bis V_n oder einer Anzahl derselben sich zusammensetze (vgl. auch Berger in Grünhut's Zeitschrift IX, S. 735). Ja, es wird nach dem Ausgeführten nicht unschwer zu erkennen sein, dass jede Bedingung streng logisch gedacht nur eine positive Bedingung sein kann. Im Leben rechnen wir aber nicht mit rein logischen, sondern mit practischen Begriffen, eine Wahrheit, die gerade in der Rechtswissenschaft nur zu oft verkannt wird (vgl. o. N. 36).

Das Verhältnis zwischen positiver und negativer Bedingung, ferner Suspensivbedingung und Resolutivbedingung wird sich aber vom Interessenstandpuncte des Handelnden aus in folgender Weise gestalten.

Für die Suspensivbedingung ergibt sich folgendes Schema:

Ist + A, so ist + W . . (I).
Ist — A, so ist + W . . (II).

— A bedeutet hier lediglich das Nichtsein von A, und wenn man ebenso das Nichteintreten von W mit — W bezeichnen will, so ergibt sich aus I, II noch je ein weiterer Satz, nemlich

aus I: Ist — A, so ist — W
aus II: Ist + A, so ist — W.

Es muss aber hier gewarnt werden vor einer nur allzuhäufig Platz greifenden Verwechslung des conträren und des contradictorischen Gegensatzes. Diese Verwechslung ist es, der die Auffassung des bedingten Willens als eines doppelten Willens ihre Entstehung verdankt. So sagt z. B. Hofmann:[78]) „Man hat sich die sogenannte bedingte Willenserklärung, als die unbedingte Erklärung eines doppelten Willensinhaltes zu denken: z. B. Ich will: a) dass Z mein Erbe wird, wenn x geschieht; b) dass Z nicht mein Erbe wird, wenn x nicht geschieht. Beides will ich schon jetzt mit voller Entschiedenheit, beides mit gleichem Ernst.“ Es ist aber unrichtig, dass der Testator nothwendig will, dass Z nicht sein Erbe werde, wenn x nicht geschieht. Er will in diesem Falle nur nicht, dass Z in Folge seiner vorliegenden Erklärung Erbe werde; er will nur „nicht, dass . . .“ keineswegs will er nothwendig, „dass nicht“. Die Folgen einer Erklärung „ich will, dass nicht“, wären ganz andere als die der Erklärung „ich will nicht, dass“. Wenn N dem Z zuerst 1000 Gulden unbedingt und später 1000 Gulden bedingt legiert, so hat N trotzdem unbedingt den Anspruch auf die ersten 1000 und nur eventuell auch den auf weitere 1000 (§ 660 a. b. G.). Wäre aber das zweite bedingte Legat zugleich auch eine Erklärung des Willens, Z soll von mir keine 1000 Gulden erhalten, so wäre hiemit auch das erste Legat behoben. Was N will, ist lediglich, dass im Falle A eintrete (I), beziehungsweise nicht eintrete (II), W eintrete. Für den anderen Fall will er ganz einfach gar nichts; oder anders ausgedrückt, er setzt eine Handlung von der er will, dass sie die durch die Rechtsordnung an sie geknüpften Wirkungen nach sich ziehe; diese Handlung ist derartig beschaffen,

[78]) Die Lehre vom titulus und modus adquirendi S. 102, N. 99. Vgl. auch Hölder ad Schulin, Kr. VJS XVIII, S. 175 ff.; Adickes S. 17 ff.

dass diese Wirkungen in einem bestimmten Falle = W, in allen anderen Fällen aber = 0 sind; nicht darum, dass in diesen anderen Fällen 0 eintrete, ist es ihm mit seinem Handeln zu thun, dazu brauchte er gar nichts zu thun, nur darum, dass in den bestimmten Fällen W eintrete, ist ihm zu thun, nur darum handelt er, nur darauf geht sein Wille.

Der Suspensivbedingungsformel I entspricht die Resolutivbedingung:

ist — A, so ist + W_1 (III)
beziehungsweise: ist + A, so ist — W_1
oder richtiger: ist + A, so ist $W_1 = 0$;

der Suspensivbedingungsformel II die Resolutivbedingung:

Ist + A, so ist + W_1 (IV)
beziehungsweise: ist — A, so ist — W_1
oder richtiger: ist — A, so ist $W_1 = 0$.

War W in den Formeln I und II der Eintritt concreter Wirkungen, so ist W_1 in III und IV die Aufhebung oder Vernichtigung von concreten Wirkungen.

Ihrem ideellen Inhalte nach sind I und III einerseits, II und IV anderseits je unter sich vollkommen gleich; der Unterschied liegt nur in der Behandlung während der Schwebezeit.

Ein Beispiel wird diess am besten zeigen.

X erklärt:

I. Wenn die Etsch heuer austritt, soll Y 10000 erhalten (etwa zur Tilgung seines Schadens).

II. Wenn die Etsch heuer nicht austritt, soll Y 10000 erhalten (etwa zur Entlohnung für Inundationsbauten).

Resolutiv gefasst lautet die I. Erklärung:

III. Y soll gleich 10000 erhalten, aber wenn die Etsch heuer nicht austritt, soll er sie zurückgeben;

und die II. Erklärung:

IV. Y soll gleich 10000 erhalten, aber wenn die Etsch heuer austritt, soll er sie zurückgeben.

Ideell bezwecken I und III ganz dasselbe: Y soll die 10000 nur haben, wenn die Etsch heuer austritt; und ebenso II und IV: Y soll die 10000 nur haben, wenn die Etsch heuer nicht austritt. Der practische Unterschied besteht nur darin, dass in den Fällen I und II Y erst später, wenn das Ereignis entschieden ist, erhalten soll, in den Fällen III und IV sofort erhalten, aber unter Umständen zurückgeben soll. In jenen Fällen, wo er nach I und II nicht erhalten hätte, soll er nach III und IV verlieren; wo er nach I und II erhalten hätte, soll er nach III und IV nicht verlieren.

In vielen Fällen wird es jedoch als zweifelhaft erscheinen können, welcher Erfolg der gewollte ist, beziehungsweise ob eine bedingte Erklärung als Suspensivbedingung oder als die entgegengesetzte Resolutivbedingung aufzufassen sei, ein Zweifel, der bei uns, denen an Stelle der präcisen Unterscheidung von si non und nisi der Römer nur eine Unterscheidung in der Wortstellung getreten ist, um vieles häufiger eintreten wird. In diesem Falle kommen die allgemeinen Auslegungsregeln über Verträge resp. Testamente zur Anwendung.

Es wurde oben darauf hingewiesen, dass in vielen Fällen die Beisetzung einer negativen aufschiebenden Bedingung practisch einer absoluten Wirkungslosigkeit der Erklärung gleichkommen wird. Schon nach römischem Rechte wurde bei letztwilligen Anordnungen, um diesem dem Willen des Erblassers gewiss nicht entsprechenden Übelstande abzuhelfen, die negativ suspensiv bedingte Zuwendung unter Umständen (nemlich nur bei jenen Potestativbedingungen, bei denen erst der Tod des Honorierten ein Dawiderhandeln unmöglich macht) und gegen Sicherstellung (cautio Muciana)[79]) in eine Zuwendung mit beigefügter Resolutivbedingung verwandelt. Das ö. Recht hat diese Bestimmung in § 708 a. b. G. in noch viel weiterem Umfange aufgenommen, indem es jedem unter einer verneinenden Bedingung Eingesetzten „das eingeschränkte Eigenthumsrecht, mit den Rechten und Verbindlichkeiten eines Fruchtniessers“ (§ 613) einräumt.[80]) Das Nähere hierüber gehört in das Erbrecht.[81])

[79]) Ganz ungerechtfertigt ist es, wenn Winiwarter III, S. 249 behauptet, auch nach österr. Rechte sei die cautio Muciana zu leisten.

[80]) Nicht begründet scheint mir der von Unger (II, § 82, N. 45) ausgesprochene Vorwurf wider die Bestimmung des § 708 a. b. G., wonach die Begünstigung auch für das österr. Recht auf die potestativen Bedingungen hätte beschränkt werden sollen. Ein anderes aber ist es, ob es überhaupt de lege ferenda zu billigen ist, „dass der bedingt Honorierte die Früchte der Zwischenzeit behält; die Gleichstellung der verneinenden, aufschiebenden Bedingung mit der auflösenden auch in diesem Puncte dürfte sich wol nicht rechtfertigen lassen“ (ibid. N. 46, sowie VI, § 16, N. 27); anders das r. R.; vgl. L. 79, § 2, D. 35, 1: „Qui post Mucianam cautionem interpositam legatum accepit, si contra cautionem aliquid fecerit, stipulatione commissa etiam fructus heredi restituet.“ Ebenso Nov. 22, c. 44, § 2. Zweckmässig erscheint mir die Bestimmung des § 1085 a. b. G. über den Verkauf mit Vorbehalt eines besseren Käufers: „Bei der Auflösung des Vertrages heben sich die Nutzungen der Sache und des Geldes gegen einander auf“; vgl. auch Hasenöhrl I, § 37, N. 53.

[81]) Über den Schlusssatz des § 16 CO. vgl. oben N. 76.

β_4. Befristung.[1])

§ 89.

Wie im vorhergehenden Abschnitte entwickelt wurde, manifestiert sich jene Beschränkung der Willensintensität, welche darin besteht, dass ein bestimmter rechtlicher Erfolg nicht unter allen Umständen, sondern nur in einem gewissen Falle oder in gewissen Fällen eintreten solle, als Bedingung. Die Beschränkung der Willensintensität kann aber auch darin liegen, dass zwar jedenfalls bestimmte Wirkungen erzielt werden sollen, dass jedoch diese Wirkungen nicht sofort, sondern erst in einem späteren Zeitraume eintreten sollen.[2])

Wie jedoch die Wirkungen einer solchen Einschränkung bei der Bedingung nicht nur positiver Natur sein, d. h. nicht nur darauf zielen können, dass positive rechtliche Folgen im Falle des Zutreffens der (positiven oder negativen) Bedingung eintreten, sondern auch negativer Natur sein, d. h. auch darauf zielen können, dass sofort eintretende und bis dahin eingetretene positive rechtliche Folgen im Falle des Zutreffens der (negativen oder positiven) Bedingung wieder aufhören, so kann auch die Befristung nicht nur darauf gehen, dass gewisse rechtliche Wirkungen, von denen von vornherein feststeht, dass sie jedenfalls eintreten sollen, erst in einem späteren Zeitraume eintreten sollen (sog. dies a quo, terminus a quo), sondern auch darauf, dass sofort eintretende und bis zu einem gewissen Zeitpuncte eingetretene

[1]) Lenz, Zur Lehre vom dies, 1858; Unger, Kr. VJS V, 1863, S. 27; Dworžak, Ö. VJS XV, 1865, IX.; Civilist. Erörterungen XI, S. 251—254; Köppen, Ihering und Scheurl (bes. S. 22—69), Schulin in den N. 1, § 88 genannten Schriften; Karlowa, Das Rechtsgeschäft und seine Wirkung, 1877, §§ 18 und 19; Savigny III, § 125—127; Wächter II, § 97; Arndts § 73; Windscheid I, §§ 96, 96a; Unger II, § 83, VI, § 17; Schiffner I, § 128; Hasenöhrl, Obligationenrecht I, § 39; Kirchstetter S. 377—379; Stubenrauch I, S. 863, 864 (4. Aufl.), III, S. 61 (3. Aufl.).

[2]) Gegen die Auffassung der Befristung als einer Art von Bedingung, wie sie Adickes, Zur Lehre von den Bedingungen, S. 59 ff. einzuführen versucht, muss man wol mit Windscheid „energisch protestieren“. Das Characteristische der Bedingung liegt darin, dass das Eintreten concreter Wirkungen durch die Bedingung ungewiss gemacht wird, während die Befristung nur den Eintrittszeitpunct, nicht aber das Eintreten ungewiss macht. — Wenn Unger II, § 83, S. 88, sagt: „Befristung ist die Beschränkung des Daseins des Willens in Bezug auf seine (?) Dauer“, so muss dem entgegengestellt werden, dass der Wille immer nur in einem Momente rechtlich vorhanden zu sein braucht, nemlich in dem der Erklärung. Vgl. auch Hasenöhrl I, § 39, S. 486.

positive rechtliche Wirkungen von da ab jedenfalls aufzuhören haben (sog. dies ad quem, terminus ad quem). Von einer gänzlichen Vernichtigung der bereits eingetretenen Wirkungen kann hier keine Rede sein, denn welchen Sinn hätte es, Wirkungen von denen von vornherein gewiss wäre, dass sie wieder vernichtigt werden sollten, als wären sie gar nie vorhanden gewesen, überhaupt eintreten zu lassen?

Daher stellt sich denn aber auch die auflösende Befristung nicht etwa dar als ein mit dem Hauptgeschäft verbundenes Nebengeschäft, demzufolge das Aufhören der Wirkungen des Hauptgeschäftes auf einen bestimmten Zeitpunct fixiert wäre; diese Construction wäre hier vollkommen überflüssig, ja verfehlt; die auflösend befristende Erklärung ist eine einfache Erklärung, dass gewisse Wirkungen durch einen im vorhinein hinsichtlich seines Anfangspunctes (etwa „sofort") als auch hinsichtlich seines Endpunctes fixierten Zeitraum hindurch statthaben sollen. Man darf sich für die entgegengesetze Auffassung nicht etwa auf die Analogie der auflösenden Bedingung berufen.[3]) Bei dieser u. z. auch bei der nur ex nunc wirkenden hat der auf eine verschiedene Behandlung in verschiedenen Zeitmomenten gerichtete Wille je verschiedene Voraussetzungen. Einerseits wird gewollt, dass innerhalb eines bestimmten Zeitraumes jedenfalls bestimmte positive Wirkungen eintreten. Anderseits aber wird gewollt, dass diese Wirkungen in einem späteren Zeitmomente wieder aufhören oder gar vernichtigt werden sollen, aber nicht jedenfalls, sondern nur in bestimmten Fällen soll diese concrete Wirkung (nemlich der Aufhebung oder Vernichtigung der eingetretenen Wirkungen) statthaben. Wenn die Erklärung, ich will dir durch drei Jahre 100 geben, einen doppelten Willen involvieren würde, nemlich den: „ich will dir jedes Jahr 100 geben", und den: „ich schränke diese Erklärung dahin ein, dass ich in drei Jahren aufhören will, dir diese 100 zu geben", dann müsste auch die aufschiebende Befristung einen solchen doppelten Willen involvieren: „ich will dir 100 geben", und: ich will dir diese 100 erst in drei Jahren geben."[4]) Ja noch mehr: es wäre gar nicht abzusehen,

[3]) Wie diess von Windscheid I, § 96, N. 2 geschieht (vgl. auch Karlowa, Rechtsgeschäft § 19, S. 112 ff.).

[4]) Wie diess denn Unger (II, § 83, S. 88, N. 3 im Zusammenhange mit § 82, N. 3) thatsächlich annimmt; vgl aber Unger selbst VI, § 17, N. 1. Eine Consequenz der im Text aufgestellten Anschauung ist, dass immer Derjenige, welcher auf eine Erklärung einen Anspruch stützt, auch beweisen muss, dass die Erklärung sofort und dauernd wirksam sein sollte, somit dass keine Befristung vorliege. Nach Windscheid I, § 96, N. 2, entsprechend seiner Auffassung über den Endtermin, ist die auflösende

warum nicht auch die unbefristete Erklärung einen doppelten Willen enthielte: „ich will dir 100 geben" und: „ich will dir diese 100 sofort geben". Wer erklärt, ich will geben (leisten oder dulden) muss eben eo ipso auch erklären, was er geben (leisten oder dulden) will. Da aber jedes Geben etc. nur in der Zeit erfolgen kann, muss er erkennbar machen, wann er geben will, widrigens die Rechtsordnung für ihn dieses wann fixiert (z. B. auf „sofort", § 904 a. b. G., Art. 326 HG). Ganz ähnlich verhält es sich mit dem Orte der Leistung; bestimmt ihn der Erklärende nicht, so greifen gesetzliche Dispositivvorschriften statt (§ 905 a. b. G. Art. 324, 325 HG). Das wann und wo sind unablösliche Anexe des was; ein „etwas", dessen wann in der Endlichkeit, dessen wo im Raume nicht fixierbar ist, ist ein „nichts". Ob ich sage, ich will sofort, ich will morgen, ich will in einem Jahre, ich will am Todestage des N leisten: immer ist die Zusicherung der Leistung an einen bestimmten oder bestimmbaren Zeitpunct geknüpft. Der Wille, nicht sofort zu leisten, ist nur ein minder intensiver. Wo es sich aber um fortlaufende Leistungen handelt,[5]) fällt die Frage nach dem Endtermine geradezu in die Frage nach dem Umfange des Leistungsobjectes hinein.[6])

Befristung von jenem, der sie behauptet, zu beweisen, während diess Unger (II, § 83, N. 3 u. VI, § 17, N. 1) consequent auch vom Anfangstermine behauptet: Literaturangaben bei Windscheid und Unger. Für die im Texte aufgestellte Ansicht die Erkenntnisse in Seuffert's Archiv III, 222, V, 239. Anders die Entscheidung des OGH 21. April 1874, GUW 5340. Es ist übrigens nicht ausgeschlossen, dass in gewissen Fällen positive processuale Vorschriften („qualificiertes Geständnis") eine andere Vertheilung der Beweislast bewirken. Nicht gelungen sind m. E. die Ausführungen bei Römer, Archiv LXII, S. 166—171.

[5]) Die nur als Consequenzen eines bis zum Starrsinn gesteigerten Formalismus erklärlichen Bestimmungen des röm. Rechtes über auf eine Zeit eingeschränkte Renten, denen auch Savigny (III, § 127, S. 224) die einzig und allein entsprechende Bezeichnung als „Unsinn" nicht zu versagen vermag, beruhen auf einer gänzlichen Verkennung des oben erörterten Verhältnisses.

[6]) „Bei Obligationen, welche durch einen einzelnen Act zur Erfüllung gelangen, ist eine auflösende Befristung nur in der Art denkbar, dass das Recht des Gläubigers die Leistung zu fordern, auf eine Zeit beschränkt wird, und der Gläubiger also mit Ablauf dieser Zeit sein Forderungsrecht verliert, wenn er es nicht früher geltend gemacht hat. Eine derartige Beschränkung ist aber nicht eine Zeitbestimmung, sondern vielmehr eine . . . Potestativbedingung" (Hasenöhrl I, § 39, S. 491). Vgl. auch Lenz, Zur Lehre vom dies, S. 45. — Die auflösende Befristung hat ihre eigentliche Bedeutung nur bei auf Herbeiführung eines andauernden Zustandes oder einer Wiederholung hinzielenden Rechtsverhältnissen.

Die Fixierung des Zeitpunctes, von welchem an, oder bis zu welchem, Wirkungen eintreten sollen, braucht jedoch keineswegs eine kalendermässige zu sein (z. B. 7. November 1897 oder heute in 4 Jahren), sie vermag auch durch Angabe eines Ereignisses zu erfolgen, wenn nur gewiss ist, dass dieses Ereignis eintreten muss, mag auch noch unbekannt sein, wann es eintreten wird (sog. dies certus an, incertus quando),[7]) oder wenn doch erkennbar ist, dass die Wirkungen jedenfalls gewollt sind, und das in's Auge gefasste Ereignis ein solches ist, dass es, wenn überhaupt, so nur an einem schon jetzt fixierbaren Termine eintreten wird, somit schon durch die blosse hypothetische Annahme des Ereignisses der Zeitpunct bestimmt werden kann (sog. dies incertus an, certus quando).[8])

Man pflegt auch von einer unmöglichen Zeitbestimmung (dies impossibilis, dies certus non) zu sprechen[9]), allein diess beruht entschieden

[7]) Z. B.: cum Titius morietur. Inwieferne der dies certus an zu einer Bedingung werden kann vgl. oben § 88, N. 27 (dann nemlich, wenn zu ihm noch ein zweites ungewisses Moment hinzutritt, z. B. dass A den dies erlebe).

[8]) Z. B.: wenn Titius 24 alt Jahre ist. Über die Unterscheidung in

dies certus an	certus quando
certus an	incertus quando
incertus an	certus quando
incertus an	incertus quando

vgl. Savigny III, § 125, S. 208, Windscheid I, § 96 a, Unger II, § 83, S. 92 ff., Hasenöhrl § 39, S. 489 ff. Unrichtig ist die Behauptung Savigny's III, § 125, S. 206: „Die Bedingung knüpft sich an ein ungewisses Ereignis, die Zeitbestimmung an ein gewisses." Darauf kommt es an, ob durch die Verknüpfung die Wirkung zu einer gewissen oder ungewissen wird. Auch durch ein ungewisses Ereignis, kann eine gewisse Wirkung fixiert werden (dies incertus an, certus quando). In dem dies incertus an, certus quando liegt also keineswegs nothwendig eine Bedingung, allein derselbe kann sich allerdings als eine Bedingung darstellen, denn nemlich, wenn nur im Falle des Eintretens des Ereignisses die concreten Wirkungen eintreten wollen. Man streitet darüber, ob es gestattet sei, zu sagen, der dies incertus etc. sei eine Bedingung, man nicht vielmehr sagen müsse, er enthalte eine Bedingung (Unger II, § 83, S. 92). „Aber dass die Bedingung eine Befristung in sich schliesse, versteht sich für die aufschiebende im Zweifel von selbst, und ist in diesem Falle selbst für die auflösende ausser Zweifel" (Windscheid I, § 96 a.; vgl. Hasenöhrl I, § 39, N. 22). Der § 704 a. b. G. besagt: „Ist es ungewiss, ob der Zeitpunct, auf welchen der Erblasser das zugedachte Recht einschränkt, kommen oder nicht kommen werde, so wird diese Einschränkung als eine Bedingung angesehen."

[9]) Unger II, § 83, S. 92: „Ist der einem Rechtsgeschäft beigefügte Anfangstermin von der Art, dass er nie kommen kann . . . so bleibt das

auf einer gänzlich verfehlten Ausdrucksweise. Es gibt keinen unmöglichen Anfangs- oder Endtermin, ein solcher ist eben gar kein Termin und er unterscheidet sich in nichts von der unmöglichen Bedingung.[10])

Allein es ist auch der Fall denkbar, dass das Eintreten des Ereignisses, welches den Termin fixieren soll, gewiss ist, dass jedoch „die Beobachtung des . . Termines unmöglich" ist, wie Savigny III, § 126, S. 215 den Fall correct bezeichnet.[11]) Unrichtig erscheint mir jedoch die von Savigny (allerdings nur für den Fall des Anfangstermines) gegebene Lösung: „Das Rechtsverhältnis bleibt ohne Anfang, d. h. es entsteht gar nicht."

Es muss hier unterschieden werden zwischen dem Falle, wo sich gar nie entscheiden lässt, ob das Ereignis, welches derart ist, dass es allerdings einmal in der Endlichkeit eintreten muss, schon eingetreten ist, und dem Falle, wo zwar die „Beobachtung des Anfangstermines unmöglich ist", wo jedoch allerdings in einem bestimmten Moment erkennbar ist, das Ereignis sei bereits eingetreten, sich nur nicht der Zeitpunct fixieren lässt; in diesem letzteren Falle wird es dem Parteiwillen entsprechen, dass nun doch von diesem Momente an, wo erkennbar ist, das Ereignis sei (ungewiss wann) eingetreten, die Wirkungen beginnen; hiemit ist natürlich nicht ausgeschlossen, dass, wenn der entgegengesetzte Parteiwille erkennbar ist, z. B. ein gewisses Interesse daran existiert, dass die Wirkungen gerade nur in dem concreten Zeitpuncte eintreten,[12]) auch hier die Wirkungen gar nicht eintreten.[13])

Rechtsverhältnis ohne Anfang . . . . Wird einem Rechtsgeschäft ein unmöglicher Endtermin beigefügt, . . . so kann das Rechtsverhältnis das fragliche Ende nicht finden." Hasenöhrl I, § 39, S. 493: „Ist das Eintreten des beigesetzten Termines nicht möglich . . ." etc. Vgl. Lenz „Zur Lehre vom dies" S. 58 ff.

[10]) § 706 a. b. G.: „Wäre es offenbar, dass die in der letzten Anordnung ausgemessene Zeit nie kommen könne, so wird die Bestimmung dieser Zeit wie die Beisetzung einer unmöglichen Bedingung angesehen." Hiezu ist eine Auslegungsregel gefügt: „Nur in dem Falle, dass der Erblasser wahrscheinlich bloss in der Berechnung der Zeit sich geirrt hat, wird der Zeitpunct nach dem wahrscheinlichen Willen des Erblassers zu bestimmen sein." Diese Bestimmung trägt dem Grundsatze des röm. Rechtes, in condicionibus testamentorum voluntatem potius, quam verba considerari (L. 101 pr., L. 19 pr., D. 35, 1), Rechnung. Vgl. aber noch WGGB II, § 494.

[11]) Vgl. auch III, § 127, S. 226.

[12]) Diess wird am ehesten bei nicht periodisch wiederkehrenden Leistungen der Fall sein, während wo an einen dies der Beginn periodisch fortlaufender Leistungen geknüpft ist, ein solches Interesse, ein dem entsprechend beschränkter Wille kaum anzunehmen sein wird.

[13]) Z. B. Jemand bestellt 100 Fischer für die Zeit, wann der nächste Häringszug einen bestimmten Strich erreicht. Dieser Zeitpunct lässt sich

Wo es sich aber um einen Endtermin handelt, dessen Erkennbarwerden unmöglich wird, mag es fraglich erscheinen, ob nicht nach dem Willen der Parteien schon da das Rechtsverhältnis beendet sein soll, wo offenbar wird, dass das Erkennbarwerden unmöglich geworden ist, oder aber erst da, wo zum erstenmale feststeht, der Endtermin (certus an, incertus quando in diesem Sinne) sei bereits eingetreten. Dass aber hier, nur darum, weil der Eintrittsmoment des als Endtermin gesetzten Ereignisses nicht genau fixierbar ist, das nur für eine Zeit gesetzte Rechtsverhältnis in alle Ewigkeit fortdauern sollte, wird gewiss dem Parteiwillen gar nie entsprechen.[14])

Ebenso wie die unmögliche Befristung einen Widerspruch in sich selbst enthält, gibt es auch, wenigstens nach unserem Rechte, keine unerlaubte Befristung, richtiger keine unerlaubte Beisetzung einer Befristung. So gewiss es eine den Vertrag unerlaubt machende Bedingung ist, wenn dem A 1000 fl. versprochen werden, wenn er den B tödtet, so gewiss ist es civilrechtlich unanfechtbar, wenn dem A 1000 fl. jährlich von dem Tage an, wo B stirbt, versprochen werden, mag immerhin hiebei die Absicht obwalten, für A ein Motiv zu schaffen, den Tod des B etwa gewaltsam zu beschleunigen.[15])

Allerdings jedoch gibt es Rechtsgeschäfte, welche die Beifügung einer Befristung als Anfangs- oder Endtermin oder in jeder der beiden Richtungen nicht vertragen, so zwar, dass hiedurch entweder das ganze Rechtsgeschäft nichtig wird oder doch die Terminsbeisetzung (diei adiectio) wirkungslos wird, worüber das Nähere im besonderen Theile.

Da durch die Befristung nur der Zeitpunct einer Leistung, beziehungsweise nur die Dauer eines Verhältnisses bestimmt wird, kann der Eintritt des Termines allerdings vom Willen des Verpflichteten abhängig gemacht werden. Positive rechtliche Bestimmungen enthalten

---

aber Elementarereignisse halber nicht fixieren; erst später wird erkennbar, der Termin sei eingetreten. Was sollte nun der Mann mit seinen 100 Fischern machen, nachdem die Häringe längst vorbei sind?

[14]) Z. B. dem A, welcher kränklich ist und von seinem Vater C erhalten wurde, wird von B, welcher den C durch Unvorsichtigkeit getödtet hatte, das Nutzniessungsrecht an einem Capitale bis zur Zeit, wo der C 60 Jahre, somit voraussichtlich selbst erwerbsunfähig geworden wäre, ausgesetzt. Nun lässt sich aber der Geburtstag und das Geburtsjahr des C nicht constatieren. Soll nun der 20jährige A, wenn er etwa trotz seiner Kränklichkeit 90 Jahre alt wird, das Nutzniessungsrecht noch durch 70 haben, während es doch in 20 Jahren gewiss sein mag, dass der Vater schon über 60 Jahre alt wäre?

[15]) Vgl. Savigny III, § 127, S. 217.

eine Correctur dafür, dass die dem Verpflichteten vorbehaltene Freiheit in der Fixierung des Anfangs- oder Endtermines nicht zu einer factischen Vereitlung des gewährten Rechtes führen könne. § 904 a. b. G. bestimmt: „Hat der Verpflichtete die Erfüllungszeit seiner Willkür vorbehalten", so ist die Erfüllungszeit bloss persönlicher, nicht vererblicher Pflichten „von dem Richter nach Billigkeit" festzusetzen; die Erfüllung vererblicher Pflichten aber kann vor dem Tode des Verpflichteten nicht, wol aber sofort nach seinem Tode von den Erben gefordert werden, auf welche daher das Fristbestimmungsrecht nicht übergeht. Hat „der Verpflichtete die Erfüllung nach Möglichkeit oder Thunlichkeit versprochen", so entscheidet ebenfalls das billige Ermessen des Richters. Für den Fall des Vorbehaltes der Fixierung des Endtermines enthält das Gesetz keine positiven Vorschriften. Es erweist sich auch hier im Allgemeinen eine Beschränkung der Begrenzungsfreiheit als überflüssig. Es ist jedoch bei zweiseitigen Verträgen nicht ausser Acht zu lassen, dass zwei sich vollkommen deckende Verpflichtungen einander gegenüber stehen können. Beim Leihvertrage ist der Verleiher zur Belassung durch eine bestimmte Zeit, der Entlehner zur Rückstellung nach einer bestimmten Zeit verpflichtet. Hat der Verleiher die Dauer des Belassens dahin fixiert, „so lange ich will", so liegt nun überhaupt gar kein Leihvertrag, sondern ein Precarium vor (§ 974 a. b. G.), die Rückforderung kann jederzeit erfolgen; ist aber dem Entlehner das Recht eingeräumt, zu behalten, so lange er will, so dass sich seine Verpflichtung zur Rückgabe (d. i. „Erfüllung des Vertrages" seinerseits) nach seinem Willen richtet, so greift allerdings § 904 a. b. G. ein, denn der dies ist hier eigentlich ein aufschiebender: die Restitutionspflicht wird aufgehoben.

Besonderer Hervorhebung bedarf auch noch die dem Verpflichteten vorbehaltene Fixierung eines Anfangs- oder Endtermines für periodisch wiederkehrende Leistungen. Was zunächst die Fixierung eines Endtermines betrifft, so ist sofort einleuchtend, dass durch die dem Belieben des Verpflichteten überlassene Bestimmung des Momentes, in dem die periodischen Leistungen aufhören sollen, diese ganzen Leistungen illusorisch werden. Denn der Inhalt des successive Geleisteten steht hier in innigstem Zusammenhange mit der Dauer der Leistungen und A, der heute erklärt, er werde dem B jährlich 1000 Gulden geben, so lange es ihm beliebe, hat gar nichts zugesagt; es ist dasselbe, als hätte er gesagt, er werde dem B jährlich 1000 Gulden geben, wenn es ihm beliebe. Jede Leistung ist als selbstständige Einheit zu betrachten, und da ihm die Möglichkeit geboten ist, sich von jeder dieser Einheitsleistungen durch sein einfaches Belieben zu liberieren, so steht

es auch in seinem Belieben, sich von der Summe aller dieser Leistungen, von jeder Verpflichtung überhaupt zu liberieren. Und ganz dasselbe wird auch von periodischen Leistungen gesagt werden müssen, deren Anfangstermin gänzlich in das Belieben des Verpflichteten gestellt ist.

Es ist also nicht zutreffend, wenn ganz allgemein behauptet zu werden pflegt: „der Anfangstermin kann auch in die Willkür des Verpflichteten gestellt werden", und: „auch der Endtermin kann in die Willkür des Verpflichteten gestellt werden."[16])

Ich glaube, dass es wesentlich zur Klarheit beitragen wird, hier zum Schlusse einer Vergleichung der Bedingung und der Befristung überhaupt, und einer kurzen Erörterung ihres Verhältnisses Raum zu geben, wobei hinsichtlich der Begründung der einzelnen Thesen zum Grosstheil auf bereits Gesagtes verwiesen werden kann.

Durch die Bedingung sowol als durch die Befristung wird eine Beschränkung der Intensität eines Wunsches zum Ausdrucke gebracht, etwas gewollt, was einem minder intensiven Wunsche entspricht, als jener wäre, der beim Mangel der Bedingung oder Befristung, beziehungsweise der sie veranlassenden Verhältnisse und Momente, zum Ausdrucke gelangen würde.

Die Bedingung will bewirken, dass gewisse concrete rechtliche Wirkungen, deren Eintreten bei Nichtsetzung der Bedingung als jedenfalls gewollt erschiene, nun nicht jedenfalls eintreten, sondern nur in gewissen Fällen, beziehungsweise, dass die von der Rechtsordnung im Allgemeinen an ein bestimmtes Handeln geknüpften rechtlichen Wirkungen nun nur in gewissen Fällen gerade diese concreten rechtlichen Wirkungen seien. Die Befristung will bewirken, dass gewisse concrete rechtliche Wirkungen, welche beim Mangel der Befristung sofort eintreten würden, nun nicht sofort eintreten, sondern erst in einem späteren Zeitraume, beziehungsweise dass an die Stelle der von der Rechtsordnung im Allgemeinen an ein Handeln geknüpften sofortigen concreten Wirkungen spätere, somit in diesem Sinne andere concrete Wirkungen treten. Auch das bedingte Rechtsgeschäft und das befristete Rechtsgeschäft sind jedenfalls und sofort Rechtsgeschäfte. Auch das bedingte Rechtsgeschäft und das befristete Rechtsgeschäft

[16]) Unger II, § 83, S. 98, 99. Vgl. auch N. 33 ibid., wo allerdings zugegeben wird, dass wenn „es nicht feststeht, das jedenfalls geleistet werden solle", „das Versprechen wirkungslos" sei, da in diesem Fall . . das wann zugleich ein wenn" enthält. Aber bei den periodischen Leistungen enthält das „wann" in diesem Sinne eben immer zugleich ein „wenn".

erzeugen jedenfalls und sofort ein Rechtsverhältnis.[17]) Auch wer mir 1000 Gulden erst in einem Jahre zahlen muss, ist doch mein Schuldner, auch wer mir 1000 Gulden nur im Falle, dass das Abflusswasser seiner Fabrik sich als meinen Fischen nachtheilig erweisen sollte, schuldet, steht doch zu mir in einem Rechtsverhältnis.[18]) Denn es besteht zwischen uns ein Verhältnis, an welches rechtliche Wirkungen sich seinerzeit knüpfen werden oder doch knüpfen können, ja an welches schon derzeit um dieser zukünftigen oder möglichen Folgen gegenwärtige und gewisse (wenn auch nicht nothwendig unantastbare) Folgen sich knüpfen können. Nicht jede Wirkung wird durch die Bedingung zweifelhaft gemacht, durch die Befristung hinausgeschoben, nur hinsichtlich jener Wirkungen ist dies der Fall, auf deren Herbeiführung das Rechtsgeschäft in letzter Linie abzielt, d. i. hinsichtlich der concreten specifischen Wirkungen des Rechtsgeschäftes, nur deren Eintritt wird durch die Bedingung oder Befristung mit Nothwendigkeit ungewiss gemacht oder hinausgeschoben.[19])

[17]) Nicht kann man sich hiefür hinsichtlich des befristeten Rechtsverhältnisses auf § 1434 a. b. G. berufen: „Die Bezahlung einer richtigen und unbebedingten Schuld kann . . deswegen nicht zurückgefordert werden, weil die Zahlungsfrist noch nicht verfallen ist." Denn auch bei dem bedingten Rechtsverhältnisse besteht sofort ein Rechtsgeschäft, und doch verfügt § 1434: „Die Zurückstellung des Bezahlten kann . . begehrt werden, wenn die Schuldforderung . . . noch von der Erfüllung einer beigesetzten Bedingung abhängt." Für das r. R. vgl. hiezu L. 10, L. 16, L. 56, D. 12, 6, von denen besonders L. 16, § 1 den Auslegern Schwierigkeiten bereitet.

[18]) Wenn auch L. 41, § 1, D. 45, 1 sagt: „Dies adiectus efficit, ne praesenti die debeatur", so heisst diess doch nur, dass nicht sofort gezahlt werden brauche. Vgl. § 2, J. 3, 15: „Quod in diem stipulamur, statim quidem debetur, sed peti prius, quam dies veniat, non potest; oder L. 46 pr., D. 45, 1: . . „Quia praesens obligatio est, in diem autem dilata solutio.

[19]) Es ist also allerdings (Windscheid I, § 96, N. 5) unrichtig, „ohne Weiteres" zu sagen, dass die Befristung „nur die Ausübung, nicht das Dasein des verliehenen Rechtes hinausschiebe" (Ansicht Arndts' in den ersten Auflagen der Pandecten § 73), aber es ist nicht ohne Weiteres unrichtig, diess zu sagen. Die Formel der Befristung ist nicht: „ich will . . aber ich will erst dann, wann", wie Unger II, §. 83, S. 89 annimmt, sondern: „ich will (jetzt), will aber erst dann leisten, wann" (Hasenöhrl I, § 39, N. 8), oder mit Beseitigung des überflüssigen „aber": „ich will jetzt, dass ich verpflichtet sei, später (dann, wann . .) zu leisten". Die Schwierigkeit in der ganzen Frage liegt m. E. darin, dass man nur allzuleicht sich verleiten lässt, von dem Standpuncte des concreten subjectiven Rechtes generalisierend auszugehen. Es ist hier aber zwischen dinglichen und obligatorischen Rechten zu unterscheiden. Bei der Obligation, als der Verpflichtung einer ganz bestimmten Person, liegt die Sache so, dass mit der gänzlichen Erfüllung der Verbindlichkeit auch sofort die Obligation erlischt. Das Nichterfülltsein ist somit eine Voraussetzung des Bestandes der Obli-

Durch die Befristung wird bewirkt, dass eine gewisse Leistung nicht sofort, sondern erst später fällig ist, dass gewisse wiederkehrende Leistungen oder anderweitige andauernde Wirkungen eines Verhältnisses nicht sofort beginnen, oder nicht in die Unendlichkeit fortdauern, oder beides. Die Befristung ist ein integrierender Theil des Willensinhaltes, nur eine beschränkende Modification eines auf sofortige Leistung, beziehungsweise sofortigen Beginn und Fortdauer rechtlicher Wirkungen gerichteten Willens. Durch die Bedingung kann ein Doppeltes gewollt werden, es kann gewollt werden, dass die concreten rechtlichen Wirkungen erst dann und nur dann eintreten, wenn die Erfüllung der Bedingung erkennbar geworden ist, oder aber, dass sie sofort und jedenfalls eintreten, dass sie aber dann und nur dann wieder aufhören, wenn die Erfüllung einer (der früher erwähnten Bedingung contradictorischen) Bedingung erkennbar geworden ist. Erstere Art der Bedingung ist ein integrierender Theil des Willensinhaltes, nur eine beschränkende Modification eines Willens, welcher ohne dieser Modification auf jedenfallsige Herbeiführung concreter rechtlicher Wirkungen gerichtet wäre. Letztere Art der Bedingung ist an sich kein integrierender Theil des auf die Herbeiführung concreter

---

gation; darum hindert aber auch das Hinausgeschobensein der Erfüllung der schuldigen Leistung nicht, dass schon jetzt eine Obligation bestehe, und es scheint unfruchtbar, darüber zu streiten, ob das obligatorische Verpflichtungsverhältnis, welches jetzt bestehe, identisch sei mit jenem, das seinerzeit bestehen werde (vgl. hierüber Hasenöhrl I, § 39, N. 12). Beim dinglichen Rechte, als dem Rechte wider alle nicht dinglich Berechtigten auf Unterlassung von Störungen, hat die bei eventuellen Störungen erfolgende zwangsweise Verwirklichung (im Gegensatze zur gemeiniglich erfolgenden freiwilligen Erfüllung) durchaus keine solche consumierende Wirkung, wie bei der Obligation. Nicht das Nichterfülltsein, sondern geradezu das Erfülltsein ist hier der Vollinhalt des Rechtes. Insolange Derjenige, dem ein dingliches Recht unter einer aufschiebenden Befristung eingeräumt wurde, gar nichts zu seiner Verwirklichung unternehmen kann, wird man von ihm keinesfalls sagen, er habe schon dieses dingliche Recht; er hat dieses dingliche Recht erst vom Terminseintritt an, bis dahin steht er wol in einem Rechtsverhältnisse zu jenen Personen, welche dermalen dingliche Rechte an der Sache haben, aber dieses Rechtsverhältnis ergibt für ihn zum allermindesten nicht jenes dingliche Recht, das er nach Eintritt des Termines haben wird; er hat nur ein (vielleicht) absolutes Recht auf seinerzeitige Gewährung des Eigenthumes, Pfandrechtes, Niessbrauches, aber er hat nicht das Eigenthumsrecht, das Pfandrecht, den Niessbrauch. Seine dermalige Position unterscheidet sich in nichts von der eines nur obligatorisch Berechtigten, die dingliche Natur derselben wird erst in einem späteren Momente von Bedeutung und Wirkung, und es ist immerhin möglich, dass er auch später mit der Stellung obligatorischer statt dinglicher Ansprüche sich begnügen muss.

Wirkungen gerichteten Willensinhaltes, sondern ein von aussen zu demselben hinzutretender aber mit ihm in enge Wechselwirkung tretender, ihn seinem Erfolge nach von vornherein beschränkender Wille auf eventuelle nachträgliche Beendigung, ja unter Umständen möglichste Wiederbehebung ebendieser concreten Wirkungen, deren Eintritt jedenfalls gewollt worden war.

Da bei der aufschiebenden Bedingung nicht so, wie bei dem Anfangstermine, der Eintritt der concreten in's Auge gefassten rechtlichen Wirkungen jedenfalls gewollt ist, da somit ihr Eintritt ungewiss ist, ist es hier möglich, dass die Verzögerung, das Hinausschieben dieses Eintretens, hier nur in der Ungewissheit seinen Grund hat, dass somit, hätte diese Ungewissheit nicht bestanden, die rechtlichen Wirkungen dem Parteiwillen gemäss sofort Platz gegriffen hätten. Es ist aber auch möglich, dass, selbst wenn das Eintreffen der Bedingung und hiemit der Eintritt rechtlicher Wirkungen von Anfang an gewiss gewesen wäre, doch nicht diese Wirkungen als sofortige gewollt worden wären, sondern doch erst für dann in Aussicht wären genommen worden, wann das fragliche Ereignis eintreten würde.[20]) Im letzteren Falle und ebenso bei der Befristung an sich, ist es gewiss, dass erst der spätere Zeitpunct den Massstab der Berechnung dafür, was zu leisten ist, bilden soll, nicht so aber auch im ersteren Falle; denn hier kann der Wille darauf gehen, dass, weil ja, wenn von Anbeginn an keine Ungewissheit bestanden hätte, sofort geleistet worden wäre, nunmehr, nach Behebung der Ungewissheit, so geleistet werde, als wäre von Anfang an die Ungewissheit nicht vorhanden gewesen. In diesem Falle wird der Wille somit darauf gehen, dass bei wiederkehrenden Leistungen auch jene Leistungen nachgetragen würden, welche in der Zwischenzeit fällig geworden wären, dass auch das Interesse, welches an die frühere Leistung oder die früheren Leistungen geknüpft gewesen wäre, vergütet würde.

Und da bei der auflösenden Bedingung nicht so, wie bei dem Endtermine, das Aufhören der concreten in's Auge gefassten rechtlichen Wirkungen jedenfalls gewollt ist, da somit dieses Aufhören ungewiss ist, ist es hier möglich, dass das sofortige Eintretenlassen dieser Wir-

---

[20]) Es wäre daher nicht ganz correct zu sagen, dass, wenn die Erfüllung der Bedingung als gewiss erkennbar wird, immer schon alle Wirkungen der erfüllten Bedingung eintreten; es ist nunmehr zwar gewiss, dass die Bedingung erfüllt sei, aber es kann immerhin dem Parteiwillen entsprechen, dass die rechtlichen Wirkungen doch erst vom factischen Eintritte der schon früher als gewiss erkennbar gewordenen Bedingung an eintreten sollen.

kungen hier nur in der Ungewissheit seinen Grund hat, dass somit, hätte diese Ungewissheit von Anfang an nicht bestanden, diese Wirkungen dem Parteiwillen gemäss von allem Anfange an nicht hätten Platz greifen sollen. Es ist aber auch möglich, dass selbst wenn das Eintreffen der Bedingung von Anfang an gewiss gewesen wären, doch diese Wirkungen als sofortige und gewisse gewollt worden wären, und nur erst ihr Aufhören für dann in Aussicht wäre genommen worden, wenn das fragliche Ereignis eintreten würde. Im letzteren Falle und ebenso bei der Endbefristung an sich ist es gewiss, dass erst vom Eintritte des Ereignisses an weitere rechtliche Wirkungen entfallen, die bisher auf Grund des Rechtsgeschäftes eingetretenen Wirkungen jedoch nicht alteriert werden, dass somit wiederkehrende Leistungen, insoweit sie schon in der Zwischenzeit fällig geworden waren, nicht zurückerstattet werden müssen, und ein auf Zeit beschränktes Haben nur wieder aufgehoben zu werden brauche, nicht aber auch das Interesse zu vergüten sei, welches für den Anderen daran geknüpft sein würde, dass dieses Haben gar nie erstanden wäre. Im ersteren Falle aber, wo, falls keine Ungewissheit hinsichtlich des Eintrittes der Resolutivbedingung bestanden hätte, gar nicht geleistet worden wäre, gar keine rechtliche Wirkungen erstanden wären, kann der Wille dahin gehen, dass nunmehr, nach Behebung der Ungewissheit, möglichst der Erfolg herbeigeführt werde, als wären wirklich keine rechtlichen Wirkungen von Anfang an entstanden. In diesem Falle wird der Wille somit darauf gehen, dass auch die erfolgten periodischen Leistungen rückvergütet werden, und sowol bei ihnen, als auch überhaupt bei anderen Gewährungen, das Interesse, welches an das gänzliche Unterlassen geknüpft gewesen wäre, oder doch der Vortheil, welcher aus diesen Leistungen und Gewährungen erwuchs, vergütet werde.

Wie gesagt, alle diese Fragen sowol darüber, ob überhaupt dieser Erfolg, als wäre die aufgeschobene Leistung sofort erfolgt, die resolutiv bedingte Leistung von Anfang an nicht erfolgt, herbeigeführt werden soll, und in welchem Umfange er herbeigeführt werden soll, sind beim Mangel positiver Dispositivvorschriften oder zwingender Rechtsnormen Interpretationsfragen. Sie entfallen bei der Befristung: wer hier den Erfolg herbeiführen will, als wäre gleich oder als wäre gar nicht geleistet worden, der mag hier wirklich gleich oder gar nicht leisten; es fehlt der nöthigende Anlass zu solchen Hilfsmitteln; da nichts ungewiss ist, bedarf es auch keiner Correctur eines ungewissen Factors.

Allein in einer Richtung wird sich doch auch bei der Befristung gerade so wie bei der Bedingung der frühere Zeitpunct des Vertragsabschlusses geltend machen können, und auch thatsächlich gemeiniglich

geltend machen. Die Existenz und Giltigkeit des Rechtsgeschäftes wird schon nach dem Zeitpuncte der Abschliessung zu beurtheilen sein, und wo es sich um Gewährung eines dinglichen Rechtes handelt, wird der Parteiwille dahin gehen, dass die Möglichkeit der seinerzeitigen Gewährung dieses dinglichen Rechtes durch einseitige Zwischenverfügung nicht mehr solle in Frage gestellt werden können. Inwieferne die Gesetzgebung diesen auf sachliche Gebundenheit[21]) gerichteten Parteiwillen anerkennt,[22]) inwieferne also solche Zwischenverfügungen nichtig oder doch anfechtbar sind, kann erst im Systeme selbst erörtert werden. (Vgl. N. 74, § 88.)

γ_4. Auflage.[1])

§ 90.

Durch die Auflage (Modus)[2]) wird der Werth des durch ein Rechtsgeschäft Gebotenen oder zu Gewärtigenden vermindert, indem

---

[21]) Über die sachliche Gebundenheit überhaupt vgl. Ihering, Passive Wirkungen der Rechte, Jahrb. f. Dogm. X, 1871, Nr. VIII, u. z. insbesondere die Abtheilungen VII—IX, S. 472—580. Ich glaube nicht, dass man sie deutlicher veranschaulichen kann, als es hier S. 510 geschieht: „Das beschränkte Eigenthum kommt in doppelter Gestalt vor. Die Beschränkung kann bewirkt werden durch ein gegenwärtiges, vom Eigenthum verschiedenes Recht .... Sie kann aber auch herbeigeführt werden durch einen künftigen, sei es bedingten oder betagten Eigenthumsanspruch eines Andern. Die Spaltung des Eigenthums, wenn ich mich einmal so ausdrücken darf, die dort der Länge nach erfolgt, geschieht hier in die Quere; das jus in re und das Eigenthum laufen neben einander, das gegenwärtige und zukünftige Eigenthum stehen hinter einander.“ Von anderer Seite wird freilich gerade die „der Dauer der Sache entsprechende Dauer des Rechts“ als das unterscheidende Merkmal des Eigenthums gegenüber Ususfructus, Emphyteuse etc. hingestellt (Girtanner, Jahrb. f. Dogm. III, S. 90), und behauptet, die „Bestimmung einer Sache für ein Subject auf Zeit ... enthält in sich selbst einen Widerspruch, es heisst, ein dauerndes Verhältnis nur für eine gewisse Frist geben“ (S. 91 ibid.). Die hierin liegende petitio principii liegt wol allzu offen, als dass sie übersehen werden könnte.

[22]) „Das Äusserste, was der künftige Inhaber des Rechts beanspruchen darf, besteht darin, dass er gegen die Gefahren, die ihm von dem gegenwärtigen Inhaber des Rechts drohen, geschützt, nicht aber, dass letzteres auch gegen solche Einflüsse, denen jedes Recht ausgesetzt ist, verwahrt und verschlossen werde“ (Ihering, Passive Wirkung der Rechte, Jahrb. f. Dogm. X, 1871, N. VIII, S. 502.

[1]) Windscheid, Die Lehre von der Voraussetzung, Düsseldorf 1850; Erxleben, Die condictiones sine causa II, 1853, § 14; Scheurl in der § 88 N. 1 cit. Schrift, S. 245—261; Savigny III, § 128, 129; Arndts § 74;

kraft des Willens des Gewährenden mit dem Erwerbe zugleich die Verpflichtung zu einer Leistung erwächst; die Verpflichtung wird so innig mit dem Gewährten zu einer nicht etwa blos öconomischen[3]) sondern juristischen Einheit verknüpft, dass der Erwerber gar nicht in die Möglichkeit kommt, das Recht allein zu erwerben, sondern eo ipso mit juristischer Nothwendigkeit zugleich mit dem Erwerbe des Rechtes die Verpflichtung auf sich nimmt. Der Bedachte kann höchstens (und nach röm. Recht auch das nicht immer) den Erwerb überhaupt ablehnen und vereiteln und mit ihm dann auch die demselben incorporierte Verpflichtung. Nimmt er ihn aber an, erwirbt er, so kann er nur so erwerben, wie geboten wurde, er wird durch den Erwerb verpflichtet. Beim Modus wird nicht wie bei der potestativen Resolutivbedingung die Dauer resp. Wirksamkeit des Erwerbes von der Erfüllung der Verpflichtung abhängig gemacht,[4]) und wenn die Erfüllung derselben unmöglich wird, so wird darum doch der Erwerb nicht rückgängig; aber die Erfüllung der Verpflichtung ist selbst zu einem Erzwingbaren geworden, und der Zwang findet eben nur in der gänzlichen oder theilweisen Unmöglichkeit seine Schranke.

Bei zweiseitigen Rechtsgeschäften bedurfte es zur Herbeiführung dieser Wirkungen keines besonderen Rechtsinstitutes, da zwei handelnde Parteien sich gegenüberstehen, mag eben der Eine nur gewähren, wenn der Andere die Verpflichtung freiwillig auf sich nimmt. Anders aber bei einseitigen Rechtsgeschäften. Hier liegt keine dem Gewähren gleichzeitige Erklärung Desjenigen vor, dem die Wirkungen des Rechtsgeschäftes zufallen sollen, ja in gewissen Fällen, so nach röm. Rechte beim suus heres, ist überhaupt kein Raum für eine Erklärung desselben gegeben, und auch zu der Zeit, da diese Erklärung erfolgen kann, ist

---

Windscheid I, §§ 97—100; Unger II, § 84, VI § 18; Schiffner I, § 129; Kirchstetter S. 380, 381; Stubenrauch I, S. 865—867 (4. Aufl.), III, S. 59, 60 (3. Aufl.).

[2]) Auch Verwendung, Zweck, Zweckbestimmung (vgl. Savigny III, § 128, S. 229), Voraussetzung (Windscheid, vgl. oben § 87, N. 4), Auftrag (§ 709 a. b. G.), Bewegungsgrund, Endzweck (§ 901 a. b. G.).

[3]) Wie Windscheid meint (vgl. Pandecten I, § 97, N. 1).

[4]) „Die Bedingung . . . suspendiert, zwingt aber nicht; der Modus zwingt, suspendiert aber nicht." Savigny III, § 128, S. 231. Nach Unger VI, § 18, N. 1 ist „die Bedingung . . ein Abhängigmachen der Wirklichkeit (Existenz) des Willens, die Voraussetzung ein Abhängigmachen des Bestandes (Consistenz) des Willens". Vgl. hiegegen das oben bei der Lehre von der Bedingung gegen Unger's Auffassung Gesagte. Auch der Modus kann übrigens suspensive Wirkungen haben; vgl. L. 40, § 5, L. 71, § 1, 2, L. 80, D. 35, 1; L. 48, D. 40, 5.

ja, bei letztwilligen Verfügungen wenigstens, der Gewährer schon todt, er wäre also nicht mehr in der Lage, nunmehr auf Grund einer etwaigen Nichtannahme der Verpflichtung auch die Gewährung aufzuheben oder zu ändern. Das Bedürfnis des Verkehrs führte somit dazu, dass bei letztwilligen Verfügungen (und analog bei Schenkungen) eine Verpflichtung mit der Zuwendung so enge verbunden werden konnte, dass sie als integrierender Bestandtheil des Gewährten zugleich mit dem Erwerbe erstand.

Auch das Legat ist seinem Wesen nach nichts als ein Modus, aber indem sich dasselbe selbstständig entwickelte, verengerte sich der Begriff des Modus auf jene Fälle, wo nicht ein durch die gesetzlichen Bestimmungen über das Legat geschütztes Geben den Gegenstand der Verpflichtung bildet, sondern wo es sich um gewisse Leistungen handelt, zu deren Erzwingbarkeit Seitens des Interessenten die Bestimmungen über das Legat nicht ausreichen,[5]) oder hinsichtlich derer überhaupt der Erblasser selbst der einzige wirkliche Interessent wäre.[6])

Je mehr die formalen Bestimmungen des röm. Rechtes über die Legate durchbrochen wurden, desto enger ward, mindestens practisch genommen, das Gebiet des Modus[7]), und unser a. b. G. hat ihn schliesslich scheinbar ganz beseitigt.

§ 709 bestimmt: „Hat der Erblasser Jemandem einen Nachlass unter einem Auftrage zugewendet; so ist dieser Auftrag als eine auflösende Bedingung anzusehen, dass durch die Nichterfüllung des Auftrages der Nachlass verwirkt werden solle", und § 901 a. b. G.: „Bei den unentgeltlichen (Verträgen) . . sind die bei den letzten Anordnungen gegebenen Vorschriften anzuwenden".

Hienach schiene der Modus vollständig in der auflösenden Bedingung aufzugehen. Allein aus den Bestimmungen der §§ 816 und 817 a. b. G.[8]) ergibt sich, dass auch nach österr. Recht ausser dieser reso-

---

[5]) Z. B.: Jemand hinterlässt dem Fechtlehrer Roux ein namhaftes Legat mit dem, dass er den Söhnen des Testators, so lange sie studieren, täglich eine Fechtstunde geben müsse.

[6]) Z. B.: Setzung eines Denkmals, Ausarbeitung einer Biographie des Erblassers, Verpflegung des Mopses der Verstorbenen.

[7]) Vgl. Savigny III, § 128, 129, insbes. S. 236, 237.

[8]) Der Testamentsexecutor „ist . . schuldig, entweder als ein Machthaber die Anordnungen des Erblassers selbst zu vollziehen oder den saumseligen Erben zur Vollziehung derselben zu betreiben" (§ 816). „Ist kein Vollzieher des letzten Willens ernannt oder unterzieht sich der ernannte dem Geschäfte nicht, so liegt dem Erben unmittelbar ob, den Willen des Erblassers soviel als möglich zu erfüllen, oder die Erfüllung sicherzustellen und sich gegen das Gericht darüber auszuweisen"; nur „in Ansehung

lutiven Wirkung[9]) (für den Fall, dass eine Erzwingbarkeit unmöglich ist, wie diess gerade beim Modus in vielen Fällen der Fall sein wird), auch noch eine Erzwingbarkeit statuiert ist.

Ihre entsprechende Beschränkung findet die Bestimmung des § 709 a. b. G. in § 710, wonach „wenn der Auftrag nicht genau" und auch nicht theilweise[10]) „erfüllt werden kann . . . doch der Belastete, wofern aus dem Willen des Erblassers nicht das Gegentheil erhellt, den zugedachten Nachlass" behält. Hat sich aber der Belastete „zur Erfüllung des Auftrages selbst unfähig gemacht", so wird er „des ihm zugedachten Nachlasses verlustig".

Wird eine unerlaubte oder unmögliche Handlung als Auflage gesetzt, so bleibt die Hauptverfügung giltig und nur die Auflage gilt als nicht beigesetzt, ebenso wenn als Auflage alternativ eine unerlaubte Handlung oder eine erlaubte Leistung gesetzt ist (§ 712, § 901 a. b. G.).

„Wenn der Erblasser die Absicht, wozu er den Nachlass bestimmt, zwar ausgedrückt, aber nicht zur Pflicht gemacht hat, so kann die bedachte Person nicht angehalten werden, den Nachlass zu dieser Absicht zu verwenden" (§ 711 a. b. G.); dasselbe gilt auch vom Schenker (§ 901 a. b. G.).

---

bestimmter Legatare hat er bloss darzuthun, dass er denselben von dem ihnen zugefallenen Vermächtnisse Nachricht gegeben habe" (§ 817). Vgl. hiezu auch § 149 b, § 157, § 159, § 164 k. Patent 9. Aug. 1854, RGB 208. Die Bestimmung eines Capitales für eine erst zu errichtende Stiftung, beziehungsweise die Errichtung dieser Stiftung, stellt sich als eine Auflage dar.

[9]) Auch nach röm. Rechte griffen unter Umständen, so insbesondere gegen den Legatar, der ohne Sicherstellung der Erfüllung des ihm auferlegten Modus geleistet zu haben, in den Besitz des Legates gelangt war, auflösende Wirkungen Platz.

[10]) Das a. b. G. sagt „nach Möglichkeit"; hiedurch ergibt sich aber ein seltsamer Widerspruch mit dem folgenden Satz: „Kann auch dieses nicht geschehen" . . .; d. h. also, ist es nicht möglich, den Auftrag nach Möglichkeit zu erfüllen. Die Hervorhebung des „nach Möglichkeit" resp. „theilweise" ist übrigens eher irreführend als nothwendig; die Construction könnte zu der gewiss irrigen Meinung Anlass geben, dann, wenn die Erfüllung nur theilweise möglich sei, verliere der Belastete selbst, „wofern aus dem Willen des Erblassers . . das Gegentheil erhellet, den zugedachten Nachlass" nicht.

β_2. Erklärung des Willens.[1])

§ 91.

Als zweites Moment des Rechtsgeschäftes stellt sich die Erklärung des Willens dar. Sie ist das in die Augen Springende, Äusserliche, die Handlung, deren Setzen das Rechtsgeschäft begründet, das Rechtsgeschäft in seiner äusseren Erscheinung.

Es folgt aus dem Zwecke des Institutes „Rechtsgeschäft", als des dem Individuum gewährten Mittels, durch Vornahme einer auf die Herbeiführung von rechtlichen Wirkungen gerichteten Erklärungen solche rechtliche Wirkungen thatsächlich zu erzielen, dass Wille und Erklärung sich normalerweise decken, die Erklärung ein congruenter Ausdruck eines auf Herbeiführung rechtlicher Wirkungen gerichteten rechtlichen Willens sein werde; es wird daher zunächst von der Erklärung als Willensausdruck, d. i. von der Congruenz, beziehungsweise dem Verhältnis zwischen Wille und Erklärung, zu handeln sein. Die Erklärung muss aber auch als Ausdruck eines Willens erkannt werden können, es wird daher sohin von der Art der Willenserklärung oder richtiger der Art, die Willenserklärung zu erkennen, gehandelt werden, und schliesslich, da in gewissen Fällen kraft positivrechtlicher Vorschriften nicht eine jede erkennbare Willenserklärung genügt, sondern auch eine bestimmte Form der Willenserklärung verlangt ist, von dieser Form der Willenserklärung.

---

[1]) Ihering, Culpa in contrahendo, oder Schadenersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen, Jahrb. f. Dogm. IV, 1860, u. z. S. 71—86 („Unzuverlässigkeit des contractlichen Willens", Unzuverlässigkeit der Erklärung"); Santius, Über verkehrte Willensäusserungen bei vollem Bewusstsein und ihr Verhalten zur Imputation, Erlangen 1862; Röver, Über die Bedeutung des Willens bei Willenserklärungen, Rostock 1874, 64 S.; Bähr, Über Irrungen im Contrahieren, Jahrb. f. Dogm. XIV, 1875, N. IX, S. 393—427; Schlossmann, Der Vertrag, 1876, §§ 16, 17; Windscheid, Wille und Willenserklärung, Leipzig 1878, 44 S.; Zitelmann, Die jur. Willenserklärung, Jahrb. f. Dogm. XVI, 1878, N. VIII, S. 357—436; Zitelmann, Irrthum und Rechtsgeschäft, Leipzig 1879, S. 238—280; Mommsen F., Über die Haftung der Contrahenten bei der Abschliessung von Schuldverträgen (Erörterungen a. d. Obl. R., 2. Heft), Braunschweig 1879, 215 S. (hiezu Leonhard in Goldschmidt's Zt. f. HR XXVI, 1881, S. 284—309); Scheiff L., Die Divergenz zwischen Wille und Erklärung, Diss., Bonn 1879, 76 S. (hiezu Brandis, Kr. VJS XXIII, 1881, S. 196—204); Hartmann, Wort und Wille im Rechtsverkehr, Jahrb. f. Dogm. XX, 1882, N. I, S. 1—79; Bruns, Wille und Erklärung des Willens (Pandectenfragmente, Kleine Schriften II, S. 473—477); Savigny III, § 130—139; Windscheid I, § 72; Unger II, § 85—89; Schiffner I, § 119; Hasenöhrl, Obligationenrecht I, § 43, § 48; Stubenrauch III, S. 20, 21 (3. Aufl.).

α_3. Die Erklärung als Willensausdruck.

§ 92.

Es wurde gezeigt, dass der Wille sich auf die Herbeiführung gewisser rechtlicher Folgen und auf die Setzung einer Handlung als Mittel, diese Folgen zu erzielen, beziehen müsse, damit man sagen könne, es sei ein Rechtsgeschäft gewollt. Wenn sich aber diese Handlung auch äusserlich als Mittel, rechtliche Folgen zu erzielen, darstellen soll, muss sie geradezu ein Erkennbarmachen, ein Erklären des auf die Herbeiführung der rechtlichen Wirkungen gerichteten Willens sein oder doch involvieren.

In starrer logischer Folge würde sich nun hieraus ergeben, 1. dass nur jener Wille von rechtlicher Bedeutung für die Setzung eines Rechtsgeschäftes werden könne, welcher sich in Handlungen umgesetzt hat, erklärt wurde, 2. nur jene Erklärung die rechtlichen Folgen eines Rechtsgeschäftes herbeiführen könne, welche der Ausdruck eines wirklich auf diese Folgen gerichteten Willens ist. Hienach wären Wille und Erklärung nur insoferne Factoren eines Rechtsgeschäftes, als sie sich wechselweise decken, ein nicht erklärtes Gewolltes und ein nichtgewolltes Erklärtes in gleicher Weise wirkungslos.

Allein es dürfte unschwer zu erkennen sein, dass eine vollkommen consequente Durchführung dieser Grundsätze die Sicherheit des rechtlichen Verkehres in ihren Fundamenten erschüttern, ja vernichten müsste. Der Wille ist ein rein inneres Element und kann nur indirect u. z. zunächst durch die Erklärung erkannt werden. Es wäre hienach dem Erklärenden in jedem Falle möglich, nachträglich zu behaupten, seine Erklärung sei keine verbindliche, sie sei nicht Ausdruck eines rechtlichen Willens gewesen. Da nun der Wille ein Element des Rechtsgeschäftes ist, müsste sein Vorhandensein von jenem, der aus dem Rechtsgeschäfte Wirkungen ableiten will, bewiesen werden, es könnte an sich der Beweis der Erklärung nicht genügen, es wäre auch der Beweis erforderlich, dass diese Erklärung wirklich der Ausdruck eines Willens ist.[1]) In dieser Richtung hat die Rechtsordnung insoferne Abhilfe geschaffen, als sie die Beweislast vertauschte: im Falle überhaupt eine Erklärung vorliegt, ist dem Erklärer auferlegt, zu beweisen, er habe diese Erklärung nicht abgeben wollen, diese Erklärung sei nicht mit dem Willen, sich zu verpflichten, abgegeben worden.

[1]) Vgl. Hasenöhrl I, § 43, S. 535.

Allein auch hiemit wäre den Bedürfnissen der Verkehrssicherheit noch nicht Genüge geschehen. Der Erklärende kann sich im Vorhinein den „Beweis“ offen halten, dass seiner Erklärung kein Wille entsprach, aber dennoch seine Erklärung so abgeben, dass sie objectiv von Jedermann als Ausdruck eines rechtlichen Willens, als verbindlich erachtet werden muss. Die Verkehrssicherheit aber wird fordern — und um ihrer allein willen ist ja das Recht da! —, dass jede als Ausdruck eines Willens sich darstellende Erklärung, von welcher nicht objectiv aus ihr selbst und den sie begleitenden Umständen erkennbar ist, dass sie nicht Ausdruck eines congruenten Willens ist, verbindlich sei, ein Rechtsgeschäft constituiere, selbst dann, wenn nachträglich nachgewiesen werden könnte, dass ein solcher Wille ihr thatsächlich nicht entsprach; und nur diese eine Concession[2]) wird dem concreten Einzelinteresse jedenfalls zu machen sein, dass dort, wo gar kein auf das Setzen einer Handlung gerichteter Wille vorlag, die unbewusste, unwillkürliche Handlung dem Individuum nicht als Willensausdruck

[2]) Wenn ich überhaupt keine Handlung setzen wollte, konnte ich mir auch ihre rechtlichen Consequenzen nicht vor Augen halten; wenn ich aber einmal handeln will, dann soll ich auch der Sicherheit des Verkehres Rechnung tragen, und bin für die Form, in welcher die beabsichtigte Handlung in die äussere Erscheinung tritt, verantwortlich. Insoferne kann allerdings auch das Moment der subjectiven Verschuldung herangezogen werden, die über den Umfang des Gewollten hinausgehende Verpflichtung Desjenigen, der eine seinem Willen nicht congruente Erklärung setzte, vor unserem Rechtsgefühle zu rechtfertigen. Allein für zu weitgehend erachte ich es, wenn man diese Haftung aus einer „Culpa in contrahendo“ (Ihering, Jahrb. f. Dogm. IV, 1861, N. I, S. 1—112) zum dogmatischen Principe erheben will, aus dem die Frage von der Behandlung jener Fälle, in denen Wille und Erklärung disharmonieren, sich ergeben soll. Nach Ihering soll bei der Discrepanz von Wille und Erklärung der Contrahent nicht aus dem Vertrage, sondern aus seiner Culpa haften, die Verpflichtung aus dieser Culpa nicht auf das positive, sondern auf das negative Interesse gehen, d. i. auf Ersatz des Schadens, welcher dem unschuldigen Contrahenten durch die Täuschung über das Zustandekommen des Vertrages erwuchs. Vgl. gegen Ihering: Bähr, Über Irrungen im Contrahieren, Jahrb. f. Dogm. XIV, 1874, S. 393—427. Mit Recht betont Bähr (S. 416) gegen Ihering (S. 75), das irrthümliche Engagement der nicht berühmten Schwester einer berühmten Sängerin durch einen Theaterdirector, die irrthümliche Bestellung eines (indogermanischen) Wurzel-Lexicons durch einen Apotheker, begründe einen giltigen Vertrag, während Ihering nur einen Anspruch auf Ersatz des nachweisbaren Schadens zugesteht, den Vertrag aber für ungiltig erklärt. Im practischen Resultate aber weichen beide Schriftsteller doch nicht so weit von einander ab, als es den Anschein haben könnte. Denn Bähr gesteht, unbeschadet der Giltigkeit des Vertrages, „aus Billigkeitsrücksichten dem

imputiert werde.[3]) Es genügt somit, wenn der Wille auf die Vornahme einer Handlung gerichtet war, und diese Handlung sich äusserlich

gegen seinen wahren Willen oder aus einem solchen Verhältnisse Haftbaren eine Einrede oder Klage, insoweit . . als er eine positive Bereicherung des Gegners nachzuweisen vermag", zu, eine Einschränkung, welche ich de lege ferrenda für vollkommen zweckentsprechend erachte. Für das röm. Recht vgl. L. 14, D. 12, 6, L. 206, D. 50, 17. — Ihering's Ansicht findet sich schon angedeutet bei Richelmann, Einfluss des Irrthums, 1837, S. 129.

[3]) Zwei sich entgegenstehende Postultate sind es, die in den Rechtssätzen über das Verhältnis von Wille und Erklärung, beziehungsweise des Irrthums als Ursache unabsichtlicher Discongruenz von Wille und Erklärung, zum Ausdruck gelangen, und auf dem Gebiete des positiven Rechtes um die Herrschaft ringen. Das Recht verfolgt vermöge natürlicher Zuchtwahl die Aufgabe, den Interessen aller Individuen möglichst Rechnung zu tragen, beziehungsweise divergierende Interessen möglichst zu vereinen. Das Interesse Desjenigen, welcher eine Erklärung, des Inhaltes, dass sie rechtliche Folgen nach sich ziehen solle, abgibt, würde erheischen, dass sie eben nur jene Folgen nach sich ziehe, die er im Auge hatte, dass eine Erklärung, welcher eine auf Herbeiführung solcher Folgen gerichtete Absicht überhaupt nicht entsprach, auch nicht jene Folgen haben soll, die eine gleiche, diese Folgen wirklich bezweckende Erklärung hätte. Das Interesse desjenigen jedoch, der eine solche Erklärung vernimmt, sie wieder als Basis weiterer Handlungen seinerseits in Rechnung setzt, erheischt, dass jene Erklärung, welche objectiv als Ausdruck eines wirklich auf Herbeiführung gewisser rechtlicher Wirkungen gerichteten Willens gedeutet werden musste, diese Wirkungen selbst dann herbeiführe, wenn thatsächlich dieser Wille nicht vorhanden war. Wir aber, die wir vergessen haben, dass das Recht nur um unserer Interessen willen da sei, nur durch sie geschaffen wurde, und überall ein absolutes, ewiges Princip finden wollen, stehen rathlos da und fragen: ja welches ist denn die Regel: dass der Wille das Entscheidende sei, oder dass es nicht auf den Willen, sondern nur auf die Erklärung ankomme. Nur auf dem Boden des positiven Rechtes können wir aber die Lösung finden; nur auf seinem Gebiete finden die beiden diametralen Gegensätze ihre Vereinigung (vgl. auch Hasenöhrl I, § 45, S. 545, Hartmann, Wort und Wille im Rechtsverkehr, Jahrb. f. Dogm. 1882; auch Zitelmann, Jahrb. f. Dogm. XVI, 1878, S. 442, anerkennt, „dass sich überhaupt kein Princip aufstellen lässt, welches in seiner strengen Durchführung nicht zu Ungerechtigkeiten führen müsste"). Erst die Erfahrung zeigt uns, wie beide Regeln in einander greifen müssen, wieweit eine durch die andere beschränkt und aufgehoben werden muss, damit das Interesse aller Betheiligten möglichst gleiche Berücksichtigung finde. Diese Erkenntnis aber tritt uns nun wieder selbst als Rechtsgefühl entgegen; sie, die ohne den empirischen Versuchen des positiven Rechtes, das tastend sich der Wahrheit, d. i. dem Individualvortheil Aller, stets nähert, durch blosse Speculation die Frage nie hätte lösen können, sie wirft sich nun sofort zur Lehrmeisterin auf, stellt sich als Rechtsgefühl, als ewiges Weltgesetz, vor das positive Recht, und will seine Bahnen leiten, Abweichungen, neue Änderungen nur dulden, wenn sie ihm entsprechen. Aber

als ernstliche Erklärung eines Willens darstellt, und ist nicht erforderlich, dass der Wille auch wirklich auf die Herbeiführung der rechtlichen Folgen einer solchen Erklärung, oder doch einer rechtlich verbindlichen Erklärung, ja auch nur jener Handlung, welche wirklich gesetzt wurde (Fall des Vergreifens etc.), gerichtet war.[4]) Wer eine Erklärung will, an welche die Rechtsordnung hienach rechtliche Folgen knüpft, kann gar nicht rechtswirksam diese rechtlichen Folgen nicht wollen.[5])

unaufhaltsam verwirklicht sich das allgemeine Interesse weiter und gestaltet, wo es erforderlich, neuerlich positives Recht und Rechtsüberzeugung um, bald von jenem auf diese, bald von dieser auf jenes wirkend. Wie verkehrt aber ist es, wenn man nun darum, weil eines von zwei sich bekämpfenden umschlingenden und durchdringenden Principien nicht alle Satzungen des Rechtes, nicht alle Nuancen unseres Rechtsgefühles zu erklären vermag, dieses Princip sofort ganz über Bord wirft und — ganz einfach das andere aufstellt, das allein ebenso wenig diese Erklärung zu bieten vermag! Was würde man von dem Nautiker sagen, der, weil er die Bewegung einer Barke durch die Einwirkung des linken Ruders nicht allein zu erklären vermag, nun behauptet, der Bootsmann rudere gar nicht mit dem linken, sondern nur mit dem rechten Ruder? Nicht anders aber macht es Schlossmann (Vertrag § 13), wenn er daraus, „dass in einer Reihe von Fällen die Entstehung einer Obligation trotz erweislichen Mangels des Willens, sich zu obligieren, angenommen wird" (S. 105), schliesst, „dass in keinem obligatorischen Vertrage der Wille des Obligierten der zureichende Grund für die Annahme einer Verbindlichkeit sein kann" (S. 102). Ein diametraler Widerspruch liegt in der These, welche Schlossmann, S. 99, „als Ergebnis aus den Quellen" hinstellt: „Die obligatorische Wirkung des Versprechens und der sog. obligatorischen Verträge hat nicht in dem Willen des Versprechenden ihren Grund. Freilich obligiert meistens nur das Versprechen Desjenigen, welcher das Versprechen hat geben wollen; ob er aber auch den Willen hatte, das Versprochene zu thun, oder verpflichtet zu sein, ist völlig gleichgiltig." Ist der Wille, das Versprechen zu geben, kein Wille? Wenn die obligierende Wirkung des Versprechens nicht in dem Willen ihren Grund hat, warum obligiert denn im Vertragsgebiete das Versprechen Desjenigen, welcher das Versprechen nicht hat geben wollen, „meistens" nicht, beziehungsweise die Handlung Desjenigen, der gar keine Handlung setzen wollte, immer nicht?

[4]) In der Sprache der Beweistheorie liesse sich diess dahin ausdrücken, dass in diesem Falle eine praesumplio juris et de jure für das Vorhandensein des Willens bestehe; diess heisst aber doch nichts anderes, als dass diese Willensrichtung überhaupt nicht erforderlich sei.

[5]) Insoferne ist es richtig, was Kohler (Jahrb. f. Dogm. XVI, S. 331) sagt: „Das Recht sagt nicht: »Wähle Dir einen Rechtseffect, ich gewähre ihn Dir, sondern es sagt: „Ich schreibe gewissen Acten einen Rechtseffect zu und überlasse es Deinem freien Willen, ob Du diese Acte wählen willst«" Vgl. auch S. 332: „Du kannst den Rechtsact wollen oder nicht wollen; willst Du aber den Rechtsact, so bist Du nicht mehr Herr seiner Folgen, sie treten selbst dann ein, wenn Du gar nicht an sie gedacht hast."

Die Divergenz zwischen Wille und Erklärung kann nun einerseits eine bewusste oder eine unbewusste sein, sie kann anderseits darin bestehen, dass die Erklärungshandlung, oder darin, dass das Erklärte nicht gewollt ist.[6]) Da ein bewusstes Nichtwollen einer mit Bewusstsein gesetzten Erklärungshandlung eine logische Unmöglichkeit ist, ergeben sich hienach folgende drei Fälle:

1. Es kann eine Erklärung abgegeben werden, welche überhaupt nicht abgegeben werden wollte; es liegt eine „Aberration des Willens“[7]) in der Erklärung, eine „Discrepanz zwischen dem Erklärungswillen und dem Erklärten“[8]) vor.

2. Es kann zwar der Wille auf die Erklärung gerichtet gewesen sein, nicht aber auch auf die rechtlichen Folgen dieser Erklärung, u. z. kann in diesem Falle die Erklärung gewollt sein, weil der Erklärende sich nicht bewusst ist, dass die rechtliche Wirkung der Erklärung, das Erklärte, seinem Willen nicht entspricht („Irrthum in der Verlautbarung des Willens“[9]), oder aber

3. wiewol er sich bewusst ist, die rechtliche Wirkung der Erklärung, das Erklärte, nicht zu wollen (bewusstes Nichtwollen des Erklärten[10]).

Die Fälle sub 1 und 2 wurden bereits aus practischen Gründen oben bei §§ 83—85 behandelt. Es werden daher hier nur mehr die der dritten Gruppe, wo bewusstes Nichtwollen des Erklärten vorliegt, zu erörtern sein.

---

[6]) Nach Hasenöhrl I, § 43, S. 527 ergeben sich vier Möglichkeiten einer anormalen Willenserklärung: Bewusstes Nichtwollen der Erklärung, bewusstes Nichtwollen des Erklärten, unbewusstes Nichtwollen der Erklärung, unbewusstes Nichtwollen des Erklärten. Allein Hasenöhrl räumt sofort selbst ein: „dass die Erklärungshandlung in bewusster Weise nicht gewollt wird, ist undenkbar“ (S. 527). Und hiemit wird der erste Fall der anormalen Willenserklärung zu einem bloss schematischen, es ist nur unbewusstes Nichtwollen der Erklärung, bewusstes oder unbewusstes Nichtwollen des Erklärten denkbar, und zu missbilligen bleibt nur, dass Hasenöhrl, obwol er treffend nachweist, dass bei nichternstlichen Willenserklärungen (und unter ihnen insbesondere der Simulation), nicht von einem Nichtwollen der Erklärung, sondern nur von einem Nichtwollen des Erklärten die Rede sein kann, diese Fälle doch systematisch unter der Rubrik „bewusstes Nichtwollen der Erklärung“ abhandelt. Den fraglichen Abschnitt bei Hasenöhrl halte ich übrigens nicht nur für den besten seines Buches, sondern auch überhaupt für das Beste, was in dieser schwierigen Materie geschrieben wurde.

[7]) Hasenöhrl I, § 45, S. 549.

[8]) Hasenöhrl I, § 45, S. 533.

[9]) Hasenöhrl I, § 45, S. 551.

[10]) Hasenöhrl I, § 45, S. 531.

Die beabsichtigte Discongruenz zwischen Gewolltem und Erklärtem kann darin bestehen, dass in der Erklärung etwas Gewolltes verschwiegen wurde (Gewolltes nicht erklärt wurde), dass etwas erklärt wurde, wo überhaupt nichts gewollt wurde (Nichtgewolltes erklärt wurde), oder dass etwas Anderes gewollt, etwas Anderes erklärt wurde.

Welche die Gründe dieser Discongruenz sind, warum eine solche Discongruenz beabsichtigt wurde, diess bleibt im Allgemeinen gleichgiltig; sei es, dass es nur auf einen Scherz, sei es, dass es auf ernstliche Täuschung Dritter abgesehen war — in dem Augenblicke, wo die Erklärung objectiv[11]) sich als ernstliche darstellte, und auch von den etwaigen Interessenten als ernstliche aufgefasst wurde,[12]) hat sie rechtliche Bedeutung. Hieraus aber ergibt sich schon, dass jene Fälle des Scherzes, Beispieles, mimischer Darstellung, Erzählung etc. ausgeschlossen sind, wo aus dem ganzen Zusammenhange der Erklärung, den sie begleitenden Umständen etc. objectiv erkennbar ist, dass die Erklärung keine verbindliche sein wollte; denn hier liegt ja, wenn die Erklärung als Ganzes aufgefasst wird, auch objectiv gar keine Erklärung eines Willens vor.

Allein auch dort, wo es sich nur um einseitige Erklärungen handelt, welche von Anderen noch nicht definitiv in Berechnung gezogen werden konnten, so im Erbrechte (§ 565 a. b. G.), liegt kein Anlass vor, auch

---

[11]) Ganz richtig ist es, wenn Hasenöhrl § 54, S. 632 sagt: „. . wie käme der Erklärende dazu, dass mit seiner Erklärung ein Sinn verbunden wird, der nicht in ihrem Inhalte liegt und den er mit derselben auch gar nicht verbinden konnte, weil ihm die Gründe für die subjective Auffassung der Erklärung durch den Vertragsgegner unbekannt geblieben sind?“ Aber auf einem Missverständnisse scheint es mir zu beruhen, wenn er als Vertheidiger dieser subjectiven Auslegung vom Standpuncte des anderen Interessenten Ihering (Jahrb. f. Dogm. IV, 1860, S. 72, N. 78) und Bähr (ibid.) XIV, 1875, S. 404 ff.) anführt. Sagt doch Ihering an der angezogenen von Bähr acceptierten Stelle: Die logische Interpretation „beruht . . . darauf, dass der wahre Willensinhalt erkennbar ist, und wie vom Richter, so auch vom andern Theil hätte erkannt werden können und müssen“. „Der Richter . . hat . . die Frage zu entscheiden: . . . wie musste der Gegner nach den ihm vorliegenden Umständen sie (die Erklärung) auffassen.“ Hier kann von der Berücksichtigung einer „subjectiven Auffassung“ keine Rede sein.

[12]) Würde die Erklärung zwar für die Beurtheilung Dritter als ernstliche erscheinen, nicht so aber den Interessenten, etwa wegen gewisser nur ihnen bekannter Nebenumstände, so würde der Fall anders liegen; die Erklärung ist keine verbindliche, sobald aus ihr bei Anwendung der allgemeinen Denk- und Erfahrungsgesetze hatte entnommen werden können, dass ihr kein rechtlicher Wille entspricht, oder sobald diess doch Denjenigen, welchen aus dieser Erklärung Rechte erwachsen sollen, bekannt war.

die nicht ernst gemeinte Erklärung, wenn sie sich auch scheinbar als ernstliche darstellt, als ernstliche zu behandeln.

Dort wo die Absicht auf ernstliche Täuschung Anderer gerichtet ist, sprechen wir im ersten der oben (S. 385) angeführten drei Fälle von einer Mentalreservation,[13]) in den beiden anderen von einer Simulation oder einem Scheingeschäfte,[14]) letzteres besonders dann, wenn es sich nur um die Täuschung gewisser und nicht aller Interessenten handelt.

Insbesondere bei Verträgen erlangt der letztere Fall practische Bedeutung; hier ist ein Zusammentreffen von Wille und Erklärung

---

[13]) Über die seltsame Stelle C. 26, X 4, 1, vgl. Böhmer, Jus eccl. I, 4, 1, § 142.

[14]) Im anderen Sinne nimmt Ihering (Geist d. r. R. II, § 46, S. 528 bis 537, III, § 58, S. 273—293) das Wort Scheingeschäft. Bei vielen Rechtsgeschäften des römischen Lebens ward eine Geschäftsform angewandt, welche allerdings an sich Wirkungen erzielt hätte, die hier nicht hervorgerufen werden wollten und auch nicht eintraten. Aber durch Anwendung dieser Form sollte gar Niemand getäuscht werden, sie sollte nur in Allen erkennbarer Weise das formale Mittel sein zur Vermittlung bestimmter anderer Wirkungen (so die sponsio praejudicialis, mancipatio, coëmptio, in jure cessio fiduciae causa). Die Scheingeschäfte in diesem Sinne waren „juristische Nothlügen“ (III, § 58, S. 274), simulierte Geschäfte, welche „gewohnheitsrechtliche Sanction erhalten“ hatten (S. 275). Aber „alle Scheingeschäfte . . . kommen . . darin überein, dass bei ihnen etwas fehlt, was dem vorbildlichen Geschäft wesentlich ist . . . Das Scheingeschäft ist mit dem originären historisch, nicht dogmatisch verbunden . . . die Theorie des originären Geschäfts ist nicht die des Scheingeschäfts, letzteres hat seine eigene“ (III, S. 285). „Der practische Werth des Scheingeschäfts beruht . . . auf seiner dogmatischen Unabhängigkeit und Selbstständigkeit“ (S. 286). Für unser modernes Rechtsleben dürfen wir wol, unbeschadet der Richtigkeit der Ihering'schen Unterscheidung für das Gebiet des älteren röm. Rechtes, die Sprache des lebenden Verkehres beibehalten, welche Simulation und Scheingeschäft als identische Begriffe behandelt. Aus der Literatur vgl. Moltini, Andeutungen über die in dem § 916 a. b. G. erwähnten Scheinverträge, Jurist XVI, 1846, S. 206 ff.; Regelsberger, Civilr. Erörterungen I, 1868, S. 18; Röver, Über die Bedeutung des Willens bei Willenserklärungen, 1874, S. 4, 49—58; Bähr, Jahrb. f. Dogm. XIV, 1875, S. 403, 404; Schlossmann, Der Vertrag, 1876, § 14; Hölder, Kr. VJS XVIII, 1876, S. 177; Windscheid, Wille und Willenserklärung, 1878, S. 27—30; Zitelmann, Jahrb. f. Dogm. XVI, 1878, S. 400—403; Kohler, Studien über Mentalreservation und Simulation, ibid. N. II, S. 91—158; Noch einmal über M. u. S., ibid. N. VII, S. 325—356; Krall, Fraudulose Rechtsgeschäfte, GZ 1879, N. 63—70 (auch Wien 1879, 32 S.; hiezu Sternlicht, Grünhut's Ztschr. VII, S. 626—628); Savigny III, § 131, S. 261; Windscheid I, § 75; Unger II, § 88; Schiffner I, § 121, S. 43; Kirchstetter S. 554; Stubenrauch III, S. 77—79 (3. Aufl.); Hasenöhrl, Obl. R. I, S. 529—531.

Mehrerer erforderlich, und da kann es geschehen, dass die Contrahenten oder einige derselben einverstanden sind, ein bestimmtes Geschäft (oder auch gar kein Geschäft) einzugehen und sich dieses Einverständnis auch auf irgend welche Art erkennbar gemacht, d. i. erklärt haben, dass sie jedoch, um dritte Personen (z. B. das Finanzärar, oder Gläubiger) oder Mitcontrahenten zu täuschen, zum Scheine auch noch eine andere Erklärung abgeben, so dass somit eine geheime und eine öffentliche Erklärung vorliegt.

Dass die öffentliche Erklärung nicht gilt, wenn allen Contrahenten bekannt ist, dass sie Nichtgewolltes enthält, ist gewiss; jenen Contrahenten gegenüber, welchen diess nicht bekannt war, und auch nicht aus dem Inhalte der Erklärung hätte bekannt sein können, aber gilt nach dem oben Ausgeführten jedenfalls die simulierte Erklärung.[15]) Insoferne die versteckte ernstliche Erklärung überhaupt geeignet ist, die beabsichtigten rechtlichen Folgen herbeizuführen, ist die Scheinerklärung natürlich kein Hindernis, dass die Folgen der ernstlichen Erklärung für jene, die diese versteckte Erklärung abgaben, eintreten können (§ 916 a. b. G.). In vielen Fällen aber wird der Grund der Abgabe der Scheinerklärung überhaupt nur darin liegen, dass mit der anderen Erklärung, d. i. im Wege des anderen Rechtsgeschäftes, die gewollten rechtlichen Wirkungen gar nicht erzielt werden können.[16])

β_3. Art der Willenserklärung.[1])

§ 93.

Das allgemeine directe Mittel, unsere Gedanken und unseren Willen erkennbar zu machen, ist die Sprache (i. w. S. als Wort-, Schrift-,

---

[15]) Ja man wird überhaupt sagen müssen, „dass ein Geschäft, welches unter den Parteien nur zum Scheine gilt, sobald Veranstaltungen getroffen sind, welche es dem Publicum als wahr und ächt erscheinen lassen, dem gutgläubigen Dritterwerber gegenüber als wahr und ächt gelten muss; oder genauer gesprochen, dass wenn Parteien ihre Willenserklärung zerstückeln und nur einen Theil derselben zur Kenntnis des Publicums bestimmen, diesem gegenüber auch nur der zu seiner Kenntnisnahme bestimmte Theil der Willenserklärung gelten soll.“ (Kohler, Jahrb. f. Dogm. XVI, 128.)

[16]) Über das „verdeckte Rechtsgeschäft“ vgl. vorzüglich Ihering III, § 57, auch Kohler, Jahrb. f. Dogm. XVI, Studien etc., § 4, S. 140—155. Eine besondere Art des verdeckten Rechtsgeschäftes ist auch das Rechtsgeschäft mit unterschobenen Personen; vgl. Art. 911 und 1100 des Code civil.

[1]) Kori, Abhandlung über die stillschweigende Willenserklärung bei rechtlichen Geschäften, 1817; Heyne, De voluntatis tacite patefactae et

Gebärden-[2]) resp. Zeichensprache); allein sie ist nicht das ausschliessliche Mittel hiezu; auch indirect vermögen wir unsere Absichten, unseren Willen, durch Handlungen, deren Bedeutung an sich nicht darin liegt, Willensausdruck zu sein, die vielmehr zunächst einem anderen Zwecke dienen, erkennbar zu machen; aber unter Umständen mag auch das gesprochene Wort nicht direct zur Bezeichnung eines rechtlichen Willens, sondern zunächst einem anderen Zwecke dienen, und nur nach oder doch neben diesem auch dem, einen rechtlichen Willen zu erklären, Es ist hienach nicht ganz correct, der „ausdrücklichen" Willenerklärung eine „stillschweigende"[3]) gegenüberzusetzen; besser ist die Bezeichnung „schlüssige oder concludente Handlungen" für letztere, wenngleich nicht vergessen werden darf, dass es in letzter Linie auch bei der ausdrücklichen Willenserklärung nur ein Folgeschluss ist, durch den die Erklärung auf einen Willen zurückgeführt wird. Der Unterschied zwischen beiden Arten der Erklärungshandlungen besteht darin, dass die einen Willenserklärungen sind, die anderen solche enthalten.[4])

---

praesumtae vi atque indole ejusque in jure effectibus, 1840; Klemm, Über die stillschweigend übernommene Verbindlichkeit zur Bezahlung des Kaufpreises unbestellt empfangener Waaren, 1854; Schliemann, Die Lehre vom Zwange, 1861, S. 99 ff.; Burckhard, Die civilist. Präsumptionen, 1860, S. 270 ff.; Regelsberger, Civ. Erört. I, 1868, S. 10 ff.; Schlossmann, Vertrag, 1876, § 16, S. 117—124, Zitelmann, Irrthum und Rechtsgeschäft, 1879, S. 256—268; Savigny III, §§ 131—133; Windscheid I, § 72; Unger II, § 85; Schiffner I, § 119, S. 18—21; Hasenöhrl, Obligationenrecht I, § 53, S. 620—624; Stubenrauch III, S. 11, 12 (3. Aufl.).

[2]) Vgl. z. B. L. 3, D. 38, 4: „Assignare autem quis potest quibuscunque verbis, vel nutu . ." L. 52, § 10, D. 44, 7: . . „et nutu solo pleraque consistunt". L. 6, D. 12, 1: „. . . Pedius . . . nihil referre ait, proprio nomine res appelletur, an digite ostendatur . . ." L. 58, D. 28, 5: „Nemo dubitat, recte ita heredem nuncupari posse: hic mihi heres esto, quum sit coram, qui ostenditur." Vgl. auch Swoboda, Der nutus eine concludente Handlung, GZ 1873, N. 95.

[3]) Auch das a. b. G. sagt (§ 863): „Man kann seinen Willen nicht nur ausdrücklich durch Worte und allgemein angenommene Zeichen; sondern auch stillschweigend durch solche Handlungen erklären, welche mit Überlegung aller Umstände keinen vernünftigen Grund, daran zu zweifeln, übrig lassen." Vgl. hiezu Unger II, § 85, N. 7 und über die verschiedenen Bezeichnungsversuche Savigny III, § 131, N. a.

[4]) Verfehlt erscheint mir die Eintheilung der stillschweigenden Willenserklärungen in solche, bei denen „aus der vorliegenden Handlung mit solcher inneren Nothwendigkeit auf den zu Grunde liegenden Willen geschlossen wird, dass jede andere Annahme der gesunden Vernunft widerstreiten würde", bei denen daher „die Concludenz der Handlung auch durch eine Protestation nicht ausgeschlossen werden" kann (Unger II, § 85, S. 106), welche „stillschweigende Willenserklärungen im engeren eigentlichen Sinne" (S. 105)

Im Allgemeinen genügt es, dass die Absicht vorlag, durch ein Handeln (i. w. S.) einen Willen zum Ausdruck zu bringen, und dass durch diese Handlung der Wille auch wirklich objectiv erkennbar wurde, oder dass doch die Absicht vorlag, eine Handlung zu setzen, welche, so wie sie in die Erscheinung getreten ist, objectiv als Ausdruck eines Willens, als eine Willenserklärung, aufgefasst werden muss, und es ist im Allgemeinen gleichgiltig, ob diese Handlung in einem directen Aussprechen des Willens, oder aber in irgend einer zunächst auf Anderes abzielenden Handlung besteht.[5]) Wenn die Rechtsordnung

---

wären, und solche, „wo eine Handlung möglicherweise als die Erklärung eines gewissen Willens angesehen werden" und daher „der Handelnde diese Deutung durch eine ausdrückliche Gegenerklärung (Protestation) ausschliessen" kann (S. 110). Bei jeder stillschweigenden Willenserklärung (von gewissen praesumptiones juris et de jure abgesehen), ja selbst bei der ausdrücklichen Willenserklärung ist eine Protestation möglich. Wenn A zu B leise sagt: Ich werde jetzt einen Spass machen, und das was ich sage gilt nicht, es ist nur ein Scherz, um meine Frau zu ärgern — und dann laut fortfährt: Lieber B, ich möchte meine Villa in Vöslau verkaufen, um 20 000 kannst Du sie haben — so gilt das Angebot offenbar nicht. Und ich sollte die Capitalszinsen, den Miethzins nicht vorausnehmen können, ohne hiemit ein Präjudiz für die Dauer des Leih- oder Miethverhältnisses zu schaffen, wenn ich dieses Präjudiz ausdrücklich ablehne? Eine Arbeit nicht bestellen können, ohne dem Arbeiter wirksam zu erklären, ich werde keinen Lohn dafür zahlen? Diese von Unger gewählten Beispiele (N. 10) sprechen selbst lebhaft gegen seine Behauptung, andere wieder gehören nicht hieher; wenn ich eine vom Kaufmanne mir unbestellt zugesandte Waare verzehre und zugleich erkläre, ich kaufe nicht, so bin ich eben kein Käufer; dass ich die Waare zahlen muss, ist selbstverständlich, aber nicht als Käufer, sondern nach den Grundsätzen über Schadenersatz. Gegen diese Auffassung Unger's (ähnlich Windscheid I, § 72, N. 11) mit Recht Hasenöhrl I, § 53, N. 22. Vgl. auch ibid. N. 14: „Man kann . . Unger . . nicht zustimmen, welcher neben der stillschweigenden Willenserklärung, die sich nur in einer Weise deuten lässt . . noch andere stillschweigende Willenserklärungen annimmt, welche mehrere Bedeutungen zulassen. Eine bestimmte Handlung mag . . . für sich allein betrachtet . . verschiedene Deutungen zulassen; soll sie aber als stillschweigende Erklärung . . gelten, so ist es erforderlich, dass aus ihr in Verbindung mit den sie begleitenden Umständen mit voller Gewissheit hervorgeht, dass und welche Willenserklärung stillschweigend abgegeben werden sollte. Ist das nicht der Fall, so erscheint die Handlung nicht als concludent."

[5]) Ja unter Umständen kann selbst eine Unterlassung als Ausdruck eines Willens sich darstellen. Wann diess der Fall ist, ist reine quaestio facti. Über die (unrichtige) Regel: „qui tacet consentire videtur" (c. 43 de R. J. in VI°, wozu die, eine Paraphrase von L. 142, D. 50, 17 bildende, Stelle c. 44 de R. J. in VI°: „is qui tacet non fatetur, sed nec utique negare fatetur") und: „qui tacet, quum loqui potuit ac debuit, consentire videtur",

in gewissen Fällen eine ausdrückliche Willenserklärung erheischt, so ist hiemit lediglich eine bestimmte Form der Willenserklärung postuliert, aber auch in diesen Fällen bleibt die mittelbare Willenserklärung eine Willenserklärung, nur ist sie eine unwirksame.

Nur durch die äusseren Handlungen, beziehungsweise nur aus äusseren Erscheinungen kann der Wille des Menschen erkannt werden, sie sind das einzige Substrat für die Erkenntnis desselben. Erst durch einen Folgeschluss vermag aus ihnen der Wille errathen zu werden. Nicht immer jedoch wird es ganz einfach sein, diesen Schluss mit erforderlicher Sicherheit zu ziehen; es gilt diess selbst für die ausdrücklichen Willenserklärungen,[6]) in ganz besonderem Masse aber für die

---

vgl. Heyne, De voluntatis tacite patefactae et praesumtae vi § 9; Savigny § 132, N. a; Windscheid I, § 72, N. 10; Unger II, § 85, N. 25. Dann nur „kann aus dem Schweigen auf Zustimmung geschlossen werden, wenn die concreten Umstände so beschaffen sind, dass die Unterlassung des Widerspruches vernünftigerweise keine andere Deutung zulässt" oder „das Gesetz auf das blosse Stillschweigen bei oder zu einem Act die rechtliche Vermutung der Zustimmung gründet" (Unger II, § 85, S. 112). Vgl. z. B. § 1114 a. b. G.; ferner Art. 323 HG: „Wenn zwischen dem Kaufmanne, welchem ein Auftrag gegeben wird, und dem Auftraggeber eine Geschäftsverbindung besteht, oder sich derselbe gegen letzteren zur Ausrichtung solcher Aufträge erboten hat, so ist er zu einer Antwort ohne Zögern verpflichtet, widrigenfalls sein Schweigen als Übernahme des Auftrages gilt."

[6]) Ihering, Geist II, § 44: „Nur um den Preis kann der Gedanke aus dem Schooss der subjectiven Innerlichkeit in die Aussenwelt treten, dass er sein eigentliches Wesen einbüsst, d. h., dass er erstarrt; der ausgesprochene Gedanke ist, so zu sagen, gefrorenes Denken. Nur im uneigentlichen Sinn können wir daher von einer Mittheilung des Gedankens sprechen; übertragen wird nicht der Gedanke selbst, sondern das Wort gewährt nur den Anstoss und die Möglichkeit eines ähnlichen Denkvorganges ... wie in der Seele des Sprechenden" (S. 445). „Sprechen heisst eine Bewegung hervorrufen, eine physische in der Luft, eine geistige im Kopfe des Hörers. So wenig wie die Luftwelle das Wort etwa wie der Wind das Blatt weiter trägt, sondern wie das Wort, das wir vernehmen, nichts ist als Schwingung der Luftwelle, ebensowenig trägt das Wort den Gedanken als seinen geistigen Inhalt in sich und zu uns herüber, sondern es bewirkt nur . . eine der des Redenden mehr oder minder conforme Schwingung unseres Geistes" (ibid.). Mit Ihering sei auch auf die herrlichen Worte Schillers hingewiesen (Votivtafeln):

Warum kann der lebendige Geist dem Geist nicht erscheinen?
Spricht die Seele, so spricht, ach! schon die Seele nicht mehr.

So gefallen auch dem schlechtesten Dichter seine Verse: aber nur er kann bei ihrem Lesen wieder empfinden, was er in sie hineinlegen wollte; der Andere hört nur den greulichen Wust bombastischer Phrasen, wo der Verfasser vielleicht die herrlichsten, edelsten Gefühle empfand und wiederempfindet.

mittelbaren Willenserklärungen. Es kann nemlich fraglich werden, ob eine Handlung überhaupt eine Willenserklärung ist, und wenn diess feststeht, wieder, welcher Wille in der Erklärung ausgedrückt wurde.[7])

Um der Wichtigkeit dieser Fragen willen kommt das Gesetz in vielen Fällen der Lösung derselben zu Hilfe; wo die allgemeinen Regeln der Logik nicht mehr ausreichen zur Deutung, Auslegung einer Handlung, da deutet sie das Gesetz, indem es selbst Auslegungsregeln aufstellt, u. z. entweder darüber, ob eine Handlung überhaupt eine Erklärung eines Willens enthalte (man spricht in diesem Falle von der rechtlichen Vermutung einer Willenserklärung resp. einer vermuteten Willenserklärung), oder darüber, welcher Wille mit einer Handlung, von der feststeht, dass sie eine Willenserklärung sei, erklärt wurde (man spricht in diesem Falle von Auslegungsregeln schlechtweg).[8])

Allein nur dort greifen zunächst diese gesetzlichen Auslegungsregeln Platz, wo der wirkliche Parteiwille nicht erkennbar ist, und sie werden um so besser sein, je näher sie im Durchschnitte dem wahren Willen kommen; aber eben weil es sich hier um Fälle handelt, in denen der wahre Wille nicht sicher erkennbar ist, wird das mit ihrer Hilfe gewonnene Resultat auch bisweilen dem wahren Willen nicht entsprechen. Die vermutete Erklärung wird somit in vielen Fällen keine wirkliche, sondern nur eine fingierte Erklärung eines Willens sein, nur dass sich diese Fälle der Natur der Sache nach nicht feststellen lassen; nur darum wird ja die Erklärung als Ausdruck eines concreten Willens angenommen, weil nicht erkennbar ist, dass sie ihm nicht entspricht.[9])

Allein nicht in allen Fällen bleibt das Gesetz bei Aufstellung so gearteter Vermutungen stehen. Der Verkehr erheischt Sicherheit und Zuverlässigkeit, und es werden daher auch gewisse Regeln aufgestellt, des Inhaltes, dass bestimmte Handlungen überhaupt stets als Willenserklärungen oder Erklärungen eines bestimmten Willens aufzufassen seien, selbst wenn der Handelnde erweisen könnte, er habe nicht diesen Willen mit ihnen verbunden, und nur dann nicht als solche aufzufassen seien, wenn schon bei ihrem Setzen objectiv erkennbar war, dass ihnen der fragliche Wille nicht correspondiert. Hier werden sich

---

[7]) Vgl. Ihering II, § 45, S. 495.

[8]) Man darf bei dieser Unterscheidung, resp. diesen Ausdrücken nur nicht vergessen, dass auch die Vermutung der Willenserklärung eine Auslegungsregel für die Bedeutung einer Handlung ist, und dass auch die Auslegungsregel i. e. S. eine Vermutung über die Bedeutung einer Erklärung enthält.

[9]) Vgl. z. B. die „allgemeinen Auslegungsregeln" der §§ 655—683 a. b. G. für Vermächtnisse.

allerdings Fälle ergeben, in welchen sich constatieren lässt, dass die Handlung keine Willenserklärung war, während sie doch als solche behandelt wird, dass somit (vom Standpuncte unseres Rechtsgefühles aus, dass die Verpflichtung aus einem Rechtsgeschäfte auf den Willen des Verpflichteten zurückführt) die Willenserklärung fingiert wird.[10])

In anderen Fällen schliesslich geht die Rechtsordnung noch weiter; sie hält sich an die Handlung allein, abstrahiert von den Nebenumständen, und lässt aus diesen den Schluss, dass trotz Abgabe der Erklärung der vermutete Wille nicht gewollt sei, gar nicht zu.

Im ersten der drei aufgeführten Fälle pflegt man von einer vermuteten Willenserklärung, im zweiten von einer fingierten Willenserklärung,[11]) im dritten von einer durch präsumtio juris et de jure statuierten Willenserklärung zu sprechen. Aber auch in den Fällen der ersten Gruppe sind, wie gezeigt wurde, fingierte Willenserklärungen inbegriffen, und auch die der dritten Gruppe sind im Wesen nichts Anderes als fingierte Willenserklärungen, d. h. unter Umständen eben keine Willenserklärungen, nur dass hier der Handelnde nichts thun kann, diese Fiction zu vermeiden, während er bei den fingierten Erklärungen i. e. S. die seinem Willen etwa nicht entsprechende Deutung seiner Handlung durch ein hinzutretendes anderes Handeln hätte hintanhalten können.

Allen drei Gruppen rechtlicher Bestimmungen gemeinsam ist, dass ihr Zweck dahin geht, dem wirklichen Parteiwillen nahe zu kommen und doch zugleich den Bedürfnissen der Verkehrssicherheit Rechnung zu tragen, sowie dass, damit dem letzteren Zweck nach Thunlichkeit Genüge geleistet, der erstere wenigstens in der Mehrzahl der Falle erreicht werde, in einzelnen Fällen etwas verwirklicht wird,

[10]) In Wahrheit wird in diesen Fällen von der Rechtsordnung ein auf rechtliche Folgen gerichteter Wille überhaupt nicht gefordert, es genügt, dass die Handlung (resp. eine Handlung) gewollt wurde. Eine Willenserklärung, von der feststeht, sie sei fingiert, ist gar keine Willenserklärung. Wenn wir sie trotzdem eine solche nennen, ist uns diess nur Constructionsmittel.

[11]) Savigny III, § 133, S. 253 verwirft den Unterschied zwischen vermuteter und fingierter Erklärung gänzlich; diess ist insoferne ganz richtig, als, wie oben ausgeführt wurde, auch die vermutete Erklärung oft eine fingierte ist, auch die fingierte Erklärung auf eine Vermutung zurückzuführen ist. Der Unterschied aber beruht in der Intensität der Vermutung (s. u.). Es darf aber hiebei nicht vergessen werden, dass der Begriff der fingierten Willenserklärung auch in „Fällen zur Anwendung kommt, worin der wirkliche Wille nicht einmal möglich ist" (III, § 133, S. 254); die Fiction ist nicht nur ein Hilfsmittel, die Zweifel, ob eine Handlung Willenserklärung sei, zu beseitigen.

was nicht Parteiwille war. Der Unterschied zwischen den drei Fällen besteht aber darin, dass im ersteren Falle diese Wirkungen einer Handlung ausgeschlossen sind, sobald irgendwie nachgewiesen ist, dass sie nicht gewollt werden, dass beim zweiten Falle dieses Nichtwollen schon bei Setzung der Handlung erkennbar gemacht worden sein muss,[12]) wenn es von Wirkung sein soll, und dass im dritten Fall selbst ein bei Setzung der Handlung an den Tag gelegter Wille, dass die von der Rechtsordnung an sie geknüpften Folgen nicht eintreten sollen, wirkungslos ist.[13])

[12]) Eine absichtlich auf Erkennbarmachen dieses Nichtwollens gerichtete Handlung nennt man eine Protestation.

[13]) In diese Gruppe gehören grossentheils auch die von Unger II, § 85, N. 19 angeführten Fälle von „Dispositivvorschriften". Es sind diess, wie sich bei genauerer Betrachtung zeigt, Fälle, wo daran, dass etwas nicht erklärt, ein gewisser Wille nicht ausdrücklich abgelehnt wurde, die Wirkung geknüpft wird, dass nun dieser Wille als vorhanden angenommen wird. Daraus, dass der Fideicommissstifter, dem ein männlicher ehelicher Erbe, der im Fideicommiss nicht begriffen ist, geboren wird, nicht erklärte, das Fideicommiss solle aufrecht erhalten bleiben, wird geschlossen, dass er dessen Aufhebung wollte (§ 628); daraus, dass der neuerlich testierende Erblasser nicht im neuen Testamente deutlich zu erkennen gibt, das frühere solle bestehen bleiben, wird geschlossen, sein Wille sei auf die Aufhebung des früheren gerichtet (§ 713); daraus, dass der Vermiether die fortdauernde Benützung nicht widerspricht, wird geschlossen, er willige in eine Verlängerung (§ 1114) etc. Da in diesen Fällen an das Nichtsetzen einer ausdrücklichen Erklärung rechtliche Wirkungen geknüpft werden, können diese rechtlichen Wirkungen auf keine andere Weise hintangehalten werden, als dass diese ausdrückliche Erklärung gesetzt wird; dann fehlt es aber überhaupt an dem Substrat der Vermutung. Hieraus erklärt sich, warum diese „Dispositivvorschriften" nur durch den darauf gerichteten und erklärten Willen der Parteien ausgeschlossen werden können (Unger ibid.). Dieser erklärte Wille ist das Gegentheil der rechtlichen Basis der Vermutung und darum entfällt mit der Behebung der Basis auch die Vermutung. Allein auch die zweite im Texte aufgestellte Gruppe von Vermutungen rangiert schon unter die Dispositivvorschriften, denn eine Dispositivvorschrift ist nichts Anderes, als eine an eine Handlung geknüpfte Vermutung einer Willenserklärung, welche nur durch die Handlung begleitende Umstände ausgeschlossen werden kann; so z. B. die Bestimmung des § 1114, dass durch die Fortbenützung des Bestandobjectes der Bestandvertrag verlängert werde; der Beweis, dass die Fortbenutzung nicht mit der Absicht geschah, den Bestandvertrag zu verlängern, kann nur aus begleitenden Umständen, die diesen Nicht-Willen objectiv, d. h. so erkennbar machten, dass der andere Contrahent in der Lage war, ihn zu erkennen (z. B. einem Briefe an ihn, worin diese Auslegung ausgeschlossen wird), nicht aber aus irgend einer anderen Handlung (z. B. dass der Miether eine andere Wohnung nahm) geführt werden. Nicht richtig erscheint es mir hienach, wenn Unger

Auf die einzelnen Fälle vermuteter Willenserklärung, beziehungsweise die einzelnen Auslegungsregeln, kann erst in den betreffenden Materien des besonderen Theiles eingegangen werden.[14])

γ_3. Form der Willenserklärung.[1])

§ 94.

Es wurde im Vorstehenden auf die Schwierigkeit hingewiesen, welcher in vielen Fällen das Erkennen des Umstandes, ob eine Handlung wirklich eine Erklärung sein wolle, und welches ihr Inhalt ist, unterliegt.

Schon um dieser Schwierigkeit willen musste es in vielen Fällen als vortheilhaft erscheinen, ganz specifische unmissdeutbare Formen für die Willenserklärung aufzustellen, durch deren Gebrauch a priori festgestellt erscheint, dass ein Handeln wirklich als Willenserklärung gesetzt war. Durch dieses Formerfordernis wurde dort, wo es aufgestellt ward, bewirkt, dass nur jene Willenserklärung rechtliche Wirkung haben solle, somit rechtliche Erklärung eines rechtlichen Willens sein solle, welche diesen formellen Erfordernissen entspricht,

die Dispositivvorschriften den Vermutungen entgegenstellt: sie sind nur besonders geartete Vermutungen.

[14]) Unger II, § 85, N. 5.

[1]) Meyer, Die Schrift in ihrer Bedeutung nach preuss. Recht mit Rücksicht auf das r. und gem., das österr. und franz. Recht, 1855; Völderndorff, Die Form der Rechtsgeschäfte nach allgem. Grundsätzen und positiven Rechten, 1857; Gundermann, Heidelberger Kr. Zt. V, S. 192 ff.; Ihering, Geist d. r. R. II, § 23, S. 15—18, § 45 und 45a, S. 470—518, § 47, S. 260—262; Karsten, Die Bedeutung der Form im Obligationenrecht, 1. Abth., Die röm. Lehre von der Stipulation, Rostock 1878, 250 S.; Volkswirthschaft und Beurkundung der Rechtsgeschäfte, Zt. f. Not. 1880, N. 22 ff.; Savigny III, § 130, Obl. R. II, § 72; Unger II, § 86, Schiffner I, § 119, S. 21—31; Kirchstetter S. 461—464; Stubenrauch III, S. 39—42 (3. Aufl.); Hasenöhrl, Obl. R. I, § 53, S. 624—631; Pfaff-Hofmann II, S. 132—138. Vgl. auch Brunner, Zur Rechtsgeschichte der röm. und german. Urkunde, I. Die Privaturkunden Italiens. Das angelsächsische Landbuch. Die fränkische Privaturkunde, Berlin 1880, 316 S.; Bruns, Die Unterschriften in den röm. Rechtsurkunden (Abhandlung der Berliner Academie der Wissenschaften, 1876, S. 41—138); Fuchs, Die Form der röm. Rechtsurkunden, J. Bl. 1879, N. 45—49. Auch das „Gutachten" Harum's: Soll auch abgesehen von Handelssachen, die Giltigkeit der Verträge von der schriftlichen Form abhängig sein? GH 1872, N. 71. Ferner Frankl, Die Formerfordernisse der Schenkung nach ö. R., Graz 1883, § 1.

und hiemit die Gefahr, dass einer Handlung eine rechtliche Bedeutung beigelegt werde, welche bei Setzung derselben nicht beabsichtigt war, hintangehalten oder doch bedeutend vermindert und das blosse „Hinundherreden" des täglichen Lebens von dem juristischen Sprechen, dem Erklären eines rechtlichen Willens strenge abgegrenzt.

Und gerade in den ersten Zeiten rechtlicher Entwicklung[2]) finden wir diesen Formalismus des Rechtes besonders streng hervortretend. Für die rechtlichen Erklärungen waren formale Erfordernisse aufgestellt, und von deren genauer Befolgung der ganze Erfolg, beziehungsweise der Bestand des Rechtsgeschäftes, abhängig gemacht.[3]) Wir nennen

---

[2]) Nicht etwa bloss des römischen Rechtes (vgl. über dieses Ihering, Geist des r. R. II, § 46); ganz dasselbe gilt vom germanischen Rechte; vgl. z. B. die Abhandlung J. Grimm's: „Von der Poësie im Recht", in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft II, N. 2. Ferner Lothar Seuffert, Zur Geschichte der obligatorischen Verträge. Nördlingen 1881; Siegel, Geschichte des deutschen Gerichtsverfahrens I, S. 39 ff. (gegen die entgegengesetzte Ansicht Stobbe's, Zur Geschichte des deutschen Vertragsrechts).

[3]) Zumeist hatten dieselben zugleich eine symbolische Natur, d. h. es wurde durch sie „der eigenthümliche Sinn eines jeden Rechtsverhältnisses symbolisch dargestellt, und so auf sinnliche Weise für die Betheiligten und für Andere zur Anschauung gebracht" (Savigny III, § 130, S. 238). Ich kann mir nicht versagen, hier die trefflichen Worte herzusetzen, die Savigny, nachdem er die Vortheile dieser symbolischen Erklärungsformen dargelegt, einschaltet: „Nicht als ob römische Gesetzgeber (wie etwa der Alles ordnende Romulus) durch die Erwägung dieser Vortheile bewogen worden wären, die symbolischen Handlungen willkürlich zu erfinden und vorzuschreiben. Wollte ein Gesetzgeber dieses versuchen, so würde er doch nur die ungeschickte Darstellung eines Schauspieles erzwingen, und jene Vortheile würden ihm unter den Händen meist verschwinden, da sie gerade davon abhängen, dass der Handelnde selbst von dem Werth und der Bedeutung der Handlung durchdrungen ist. Vielmehr entstehen solche Formen durch den einer Nation innewohnenden bewusstlosen Bildungstrieb, in welchem aber das Bedürfnis der oben beschriebenen heilsamen Folgen wirksam ist." Vgl. auch die — wie Alles, was dieser Meister der modernen Jurisprudenz schreibt — brillanten Ausführungen Ihering's, Geist d. r. R. II, § 45a, über die „historischen Gründe des Formalismus", wo mit Recht darauf hingewiesen wird, dass es zunächst nicht nur Utilitätsgründe sind, denen formale Erfordernisse ihre Entstehung verdanken, dass bei der Anwendung von Symbolen auch „zugleich das sinnige Behagen, das poëtische Wohlgefallen an der sinnlichen Gestaltung . . . der Reiz der Plastik des Gedankens" (S. 507) einen bedeutenden Einfluss übt. Allerdings aber würden wir, wenn wir weiterforschen, wieso denn dieser „Formensinn" (S. 503, 508) selbst entstand, zuletzt doch wieder auf das Moment der Utilität in der einen oder anderen Richtung gelangen. — Über den Werth der erstarrten, abgestorbenen, „residuären" Formen vgl. Ihering cit. II, § 45a, S. 509—517. — Auch an

diese Formen, durch welche die Auffassung eines Handelns, das nicht Willenserklärung sein will, als Willenserklärung hintangehalten werden soll, durch welche festgestellt werden soll, dass in einer auf rechtliche Wirkungen gerichteten Absicht gehandelt werden wollte, Solennitätsformen.

Aber noch zu einer anderen Art von Formen für die Willenserklärung mussten die Bedürfnisse des Lebens führen. Wenn in einzelnen Fällen die Gefahr vorhanden war, es könne eine Handlung, welche gesetzt wurde, missdeutet werden, fälschlich als Willenserklärung ausgelegt werden, — so lag in anderen Fällen wieder die Gefahr nahe, es könnte eine Handlung, eine Erklärung, welche gar nicht gesetzt wurde, Jemandem aufdisputiert werden, und bei der Beschränktheit des menschlichen Erkenntnisvermögens dem Richter als geschehen glaubbar gemacht werden. Auch in diesem Falle bot die Aufstellung gewisser formaler Erfordernisse die sicherste Abhilfe. Gewisse Erklärungen können nur auf besondere Art bewiesen werden; um diesen Beweis zu ermöglichen, müssen sie schon von vornherein in bestimmten Formen gesetzt werden. Um die Gefahr eines Scheinbeweises zu vermindern, ist festgesetzt, dass nicht die normalen Beweiserfordernisse genügen, sondern es werden ganz bestimmte Beweisarten erfordert, bei welchen eine Täuschung bedeutend erschwert ist. Eine nicht mit diesen Beweisförmlichkeiten ausgestattete Erklärung ist wirkungslos, u. z. darum wirkungslos, weil, mögen noch so viele Beweismittel für ihr Erfolgtsein sprechen, doch jene Beweismittel nicht vorliegen, durch die sie kraft gesetzlicher Vorschrift allein bewiesen werden kann, in letzter Linie also nicht darum, weil sie an formalen Mängeln leidet, sondern weil nicht in erforderlicher Weise glaubbar gemacht werden kann, dass sie überhaupt erfolgt sei.

Gerade die letzteren Arten von Förmlichkeiten, die Beweisförmlichkeiten sind es, die im modernen Rechte eine weitergehende Bedeutung erlangt haben, während das Gebiet der Solennitätsförmlichkeiten bedeutend beschränkt wurde. Die Vortheile, die sie zu bieten vermochten, wurden in den meisten Fällen aufgehoben durch die aus ihnen erwachsenden Einschränkungen und Hemmungen des lebhafter gewordenen Verkehres. Es ist übrigens selbstverständlich, dass beide Formalitätsarten sich nicht so gegenüberstehen, dass ein Formerfordernis nicht beiden Zwecken genügen könne.

---

das schöne Wort Iherings (II, § 45, S. 471): „Die Form ist die geschworene Feindin der Willkür, die Zwillingsschwester der Freiheit", möchte ich hier erinnern.

Eine Solennitätsform ist die Form der Eheeinwilligung, zunächst eine Beweisform das Requisit der Schriftlichkeit[4]) vieler Verträge, beziehungsweise das gerichtlicher oder notarieller[5]) Errichtung von Rechtsgeschäften.

Aber auch durch den Privatwillen des oder der Erklärenden kann eine bestimmte Form als Erfordernis der Wirksamkeit einer Handlung als Willenserklärung willkürlich festgesetzt werden.

Hierher gehört der Fall des § 716 a. b. G.; der Testator kann in seinem Testament gewisse Förmlichkeiten vorschreiben, ohne deren Befolgung ein späteres Testament ungiltig, d. h. überhaupt kein Testa-

---

[4]) „Wir sind an diese Form, in Briefen, wie in Urkunden über Rechtsgeschäfte, so gewöhnt, dass gewiss Viele glauben, sie verstehe sich von selbst, und es könne darin gar nicht anders seyn, den Römern aber war diese Form fremd, und sie ist bey ihnen erst spät und in sehr beschränkten Anwendungen eingeführt worden" (Savigny III, § 131, S. 244). — Schriftliche Abfassung ist z. B. erfordert nach § 1178 a. b. G. für „Gesellschaftsverträge, welche sich nur auf das gegenwärtige, oder nur auf das zukünftige Vermögen beziehen"; nach § 270 a. G. O. für Verträge, wodurch „Parteien . . sich auf einen Schiedsrichter . . vergleichen"; nach § 1249 a. b. G. für Erbverträge; nach Art. 174 und 208 HG für die Zeichnung von Actien für Actiengesellschaften und Commanditgesellschaften auf Actien; nach Gesetz 9. April 1873, RGB 70, § 3 Z. 2, für Verträge über Errichtung von Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften; nach § 956 a. b. G. für Schenkungen, deren „Erfüllung erst nach dem Tode des Schenkenden erfolgen soll, . . . wenn . . der Schenkende sich des Befugnisses, sie zu widerrufen, . . . begeben hat"; nach § 257 k. Pat. 9. August 1854, RGB für den Adoptionsvertrag, ferner nach § 26 a. G. G. zur Erwirkung der Vornahme von Grundbuchshandlungen.

[5]) Notarielle resp. eventuelle gerichtliche Errichtung ist z. B. gefordert nach Gesetz 25. Juli 1871, RGB 76, § 1 für Ehepacte, für „zwischen Ehegatten geschlossene Kauf-, Tausch-, Renten- und Darlehnsverträge und Schuldbekenntnisse, welche von einem Ehegatten dem anderen abgegeben werden"; für „Bestätigungen über den Empfang des Heiratsgutes, auch wenn dieselben anderen Personen, als der Ehegattin ausgestellt werden"; für „Schenkungsverträge ohne wirkliche Übergabe"; für „alle Urkunden über Rechtsgeschäfte unter Lebenden, welche von Blinden, oder welche von Tauben, die nicht lesen, oder von Stummen, die nicht schreiben können, errichtet werden, soferne dieselben das Rechtsgeschäft in eigener Person schliessen"; ferner nach Art. 174 und 208 HG für Verträge, durch welche Actiengesellschaften oder Commanditgesellschaften auf Actien errichtet werden, und der Inhalt des Gesellschaftsvertrages bestimmt wird; nach § 569 a. b. G. und § 70 NO für Testamente von Mündigen unter 18 Jahren. Nicht zu verwechseln mit der notariellen oder gerichtlichen Errichtung ist die notarielle oder gerichtliche Beglaubigung der Personsidentität des Ausstellers einer Urkunde (Legalisierung), welche aber auch eine Beweisformalität ist.

ment sein soll.[6]) Besonders bei Verträgen sind derlei durch Parteiwillen statuierte Formerfordernisse sehr häufig. Welche Bedeutung aber eine derartige Bestimmung hat, wird nach der Natur des Falles zu entscheiden sein. Es kann nemlich schon ein verbindlicher Vertrag geschlossen sein und nur festgestellt worden sein, dass gewisse Formalitäten nachzutragen seien (z. B. des Beweises wegen die schriftliche Abfassung), beziehungsweise derselbe kann als Vorvertrag die Abschliessung des Hauptvertrages unter bestimmten Formalitäten zum Gegenstande haben, oder aber es „kann die Vereinbarung auch den Sinn haben, dass vor Erfüllung der Form überhaupt kein Theil an den Vertrag gebunden sein soll".[7])

γ_2. Das Gewollte.

§ 95.

Das Rechtsgeschäft wird um der Herbeiführung rechtlicher Wirkungen willen unternommen; der Eintritt dieser Wirkungen ist der Zweck der Vornahme der das Rechtsgeschäft bildenden Handlung, die Meinung, dass diese Wirkungen dem Individualinteresse entsprechen, vortheilhaft sind, die Ursache ihrer Vornahme.

Die rechtlichen Wirkungen treten ein, weil und insoferne sie gewollt sind oder als gewollt objectiv sich darstellen; diess ist aber nicht so aufzufassen, als ob das Individuum durch sein blosses Wollen resp. Handeln die gerade ihm beliebenden rechtlichen Wirkungen erzielen könnte; nur insoferne treten durch ein Handeln rechtliche Wirkungen ein, als die Rechtsordnung an dieses Handeln solche knüpft.

---

[6]) Der practische Erfolg einer solchen Vorsichtsmassregel ist aber durch die Bestimmung, dass eine solche Selbstbeschränkung auch in einem nicht mit den gewillkürten Förmlichkeiten versehenen Testamente wieder aufgehoben werden kann, fast illusorisch gemacht.

[7]) Hasenöhrl I, § 53, S. 628. Auf diesen letzten Fall bezieht sich § 884 a. b. G.: „Haben sich die Parteien ausdrücklich zu einem schriftlichen Vertrage verabredet, so wird er vor der Unterschrift der Parteien nicht für geschlossen angesehen." Diese Bestimmung bezieht sich natürlich nicht auf jene Fälle, wo die Parteien nur darum die schriftliche Abfassung vereinbarten, weil von ihr das Gesetz die Hervorbringung gewisser Wirkungen abhängig macht, z. B. bei Verträgen über Tabularobjecte. Es ist ungenau, in diesen Fällen von „gewillkürter Form" zu sprechen, wie diess von Hasenöhrl geschieht (I, § 53, II, 2. a, S. 628); die Schriftlichkeit ist hier für die Tabularwirksamkeit gesetzliche Form; aber wenn der Vertrag sonst perfect ist, kann auf Erfüllung dieser Form geklagt werden.

Zum Zustandekommen eines Rechtsgeschäftes als der Basis rechtlicher Folgen ist also objectiv erforderlich das Vorhandensein eines Rechtssatzes, welcher ausspricht, dass das Individuum durch bestimmte Handlungen das Eintreten bestimmter Wirkungen erzielen könne, und subjectiv ein auf diesen Rechtssatz sich beziehendes, auf die durch ihn ermöglichten Wirkungen abzielendes (oder doch als abzielend sich darstellendes) Handeln des Individuums.

Welche rechtlichen Wirkungen nun im Einzelnen von den Individuen und durch welche Handlungen sie herbeigeführt werden können, diess kann nur bei Darlegung der einzelnen Rechtsverhältnisse selbst erörtert werden: es bildet geradezu den Inhalt des Systemes der Rechtsverhältnisse.

Es dürfte vielleicht kaum erforderlich sein auf diese wechselseitige Beziehung zwischen Parteiwille und Rechtssatz ausdrücklich zu verweisen, wenn nicht für eine gewisse Gruppe von Rechtsgeschäften eine geradezu entgegengesetzte These aufgestellt würde. Hinsichtlich der obligatorischen Verträge nemlich wird von der Auffassung ausgegangen, dass im modernen Rechte der in die Erscheinung getretene übereinstimmende Wille der Parteien genüge, um die von diesen beliebten Rechtsfolgen nach sich zu ziehen, soferne nur die Rechtsordnung das Eintreten dieser Rechtsfolgen nicht geradezu perhorresciere und auch nicht etwa an ganz bestimmte Handlungen als Bedingung knüpfe. Es wird für die obligatorischen Verträge gleichsam ein allgemeiner Rechtssatz dieses Inhaltes angenommen.[1])

Vor Allem zeigt uns ein Blick auf die rechtshistorische Entwicklung, dass die einzelnen positiven Bestimmungen über obligatorische Verträge nicht etwa als Beschränkungen eines solchen aprioristischen allgemeinen Grundsatzes gesetzt worden seien, dass vielmehr von Anbeginn an nur in ganz eng begrenzten Fällen der übereinstimmende Parteiwillen concrete, von der Rechtsordnung an gewisse eine Willenserklärung involvierende Handlungen geknüpfte Wirkungen herbeizuführen vermochte. Nicht von der breiten Basis der Dispositionsfreiheit der Parteien, der Willenssouverainität auf obligationenrechtlichem

---

[1]) Gegen „das Dogma von der abstract verpflichtenden Kraft der Verträge", vgl. auch Ihering, Geist d. r. R. III, § 60, S. 325—327 u. N. 452; Schlossmann, Der Vertrag, bes. § 2; ferner Karsten, Die Lehre vom Vertrag bei den ital. Juristen des Mittelalters, Rostock 1882, welcher ausführt, das erwähnte Dogma sei kein Rechtssatz, sondern nur „ein weit verbreiteter Irrthum, der einer eingehenden Quellenuntersuchung gegenüber nicht Stand halten kann", „eine nackte communis opinio, die von ganz falschen Prämissen ausgegangen ist".

Gebiete gieng die Entwicklung des Vertragsrechtes aus, so dass man erst langsam und stufenweise aus durch Erfahrung sich aufdrängenden Gründen diese Vertragsfreiheit durch positive Rechtssätze beschränkt hätte; nein umgekehrt von den engsten Kreisen in streng formalen Schranken gehaltener Parteihandlung aus nahm sie ihren Anfang. Die Bedürfnisse des Lebens führten dahin, dass man in einzelnen Fällen dem Parteiwillen die Möglichkeit eröffnete, durch die Setzung gewisser Handlungen concrete rechtliche Folgen herbeizuführen, nicht darum traten diese Folgen ein, weil sie gewollt waren, sondern darum, weil das Recht festsetzte oder gestattete, dass diese Wirkungen, falls sie gewollt sind, eintreten können.

Nur langsam und allmählich erweiterten sich diese engen Grenzen mit dem sich entwickelnden und wachsenden Verkehre, dessen Bedürfnisse sich durch eigene Kraft Befriedigung verschafften. Eine der interessantesten Seiten der Entwicklung des römischen Rechtes ist die Art, wie dieser Process erfolgte. Der starre, strenge Formalismus des alten Rechtes, das auf die Aufstellung ganz präcis bestimmter Fälle, in denen durch erklärten übereinstimmenden Parteiwillen Parteiverpflichtungen geschaffen werden konnten, sich beschränkte, sowie das hartnäckige und zähe Festhalten der Römer an hergebrachten Formen einerseits — die andrängenden Bedürfnisse eines sich rasch aus bescheidenen Anfängen zu mächtiger Bedeutung entwickelnden socialen und geschäftlichen Verkehres anderseits, führten zu einer geradezu einzig dastehenden Art formaler Entwicklung. An die starren Pfeiler der alten Satzungen rankten sich die neuen Gebilde hinan, aus dem Anschlusse an sie ihre Lebenskraft, ihre Existenzberechtigung ziehend und ihren Linien folgend; allein die weiten Seitenflächen boten dem inneren Gestaltungstrieb reichlichsten Spielraum; in der einen Richtung zurückgedrängt und gehemmt, verlief er sich nun in der anderen in um so mannigfacheren Formen bis in die feinsten Details der Ornamentik. Und als in der wuchernden Umschlingung der neuen Schöpfungen die alten Grundpfeiler erstickten und in sich zusammenbrachen, war die bekleidende Ornamentik selbst zu einem Riesenbau geworden, der durch eigene Kraft die Kuppel trug, der, in grossen Zügen das Gepräge der alten Formen weisend, zugleich ein üppiges Bild des neuen Lebens bot.

War somit der Begriff des obligatorischen Vertrages von Anfang an ein beschränkter, der sich erst mählich erweiterte, so könnte der oben erwähnte Satz von der principiellen Wirksamkeit der Verträge nur ein Product dieser Erweiterung sein. Vergebens aber suchen wir im positiven Rechte nach einem solchen Satze. Auch unser Recht geht noch aus von den einzelnen Arten der Verträge, d. h. davon, dass es

den Parteien freisteht, gewisse concrete Wirkungen durch concrete Handlungen willkürlich herbeizuführen; aber so mannigfach sind diese einzelnen Arten, dass in ihnen und im Anschlusse an sie alle Bedürfnisse des Verkehres ihre Rechnung finden,[2]) und wo sich diesen Schranken entgegenstellen, da gleiten sie, sich anschmiegend an die bestehenden Formen über dieselben hinweg, täuschen, in entlehnte Verkleidung gehüllt, das vielleicht nicht absichtslos lässigere Auge des Richters, bis sie die Kraft erlangt haben, selbstständig, in ihrer wahren Gestalt, vor den Gesetzgeber zu treten und von ihm ihr Recht gebieterisch zu erheischen. Man könnte vielleicht sich versucht fühlen, aus § 861 und § 878 a. b. G. einen allgemeinen Grundsatz abzuleiten. Aber § 861 enthält nur eine Definition, bestimmt nur was von Seite der Parteien erforderlich ist, damit ein Vertrag zu Stande kommen könne, er berührt die objectiv rechtlichen Erfordernisse gar nicht und besagt somit keineswegs, dass Alles wirksam versprochen werden könne. § 878 aber betrifft nicht die Natur, die Arten der Verträge, sondern die Objecte der Verträge, die einzelnen Sachen und Leistungen, hinsichtlich derer rechtliche Verpflichtungen geschaffen werden können, er sagt nicht, dass gekauft, geliehen, getauscht, gemiethet etc. werden könne, sondern dass Hunde, Stiefeln, Häuser, Schubkarren etc. Objecte der Rechtsgeschäfte sein können. Schon das practische Resultat zeigt, dass der erwähnte allgemeine Satz auch für unser Recht nicht gelte, und insbesondere aus der Definition des § 861 nicht abgeleitet werden dürfe; wenn A dem B verspricht, er werde sich nicht mehr, oder er werde sich täglich den Kopf kratzen, und B dieses Versprechen annimmt, so steht dem B doch kein Executionsrecht (etwa nach § 310 a. G. O.) zu, liegt doch kein rechtlicher Vertrag vor.[3])

Es wurde zu Eingang erwähnt, die Herbeiführung der von der Rechtsordnung garantierten Wirkungen sei der Zweck des Rechtsgeschäftes, der individuelle Vortheil das Motiv des Rechtsgeschäftes.

---

[2]) Aus dem Kreise der durch das Gesetz statuierten Vertragsarten scheidet aber dasselbe Gesetz allerdings wieder einzelne bestimmte Species als unzulässig aus; das Nähere hierüber wird im besonderen Theile darzulegen sein. Vgl. zu dem im Texte Angeführten O. Lenel, Parteiabsicht und Rechtserfolg, Jahrb. f. Dogm. XIX, 1881, S. 203: „Danach kann die Frage, unter welchen Voraussetzungen ein Vertrag klagbar sei, nicht durch die allgemeine Phrase von der bindenden Kraft der Verträge, überhaupt nicht durch philosophische Untersuchung, sondern nur durch historische Forschung erledigt werden."

[3]) Witzig bemerkt Ihering III, § 60, S. 331, mit dem „Dogma von der abstract verbindenden Kraft der Verträge . . könnte man auch eine Klage auf den ersten Walzer begründen".

In diesem Sinne muss jedes Rechtsgeschäft nach der Meinung des Handelnden lucrativ sein, da es gesetzt wird, um seine Interessen zu fördern. Was aber dem Einzelninteresse entspricht, ist Auffassungssache, richtet sich nach seinen individuellen Anlagen und individuellen Bedürfnissen. Es gibt jedoch gewisse Dinge, welche innezuhaben, oder allgemein gesagt, gewisse Verhältnisse, in denen zu stehen, so übereinstimmend von den Einzelnen als vortheilhaft erachtet wird, dass wir sie als Werthe, ihren Erwerb, ihr Eintreten als Vortheile schlechtweg zu betrachten uns gewöhnt haben.[4]) Jede Beschränkung der uns durch das objective Recht (das Sollen) und die bereits vorhandenen Rechtsverhältnisse belassenen Handlungsfreiheit (Dürfen i. w. S; vgl. § 1), der uns durch dieselben Factoren gewährten Handlungsmöglichkeit (Dürfen i. e. S.) zu fremden Gunsten betrachten wir als einen Nachtheil, jede Erweiterung dieser Actionsfreiheit und Actionsmacht auf fremde Kosten als einen Vortheil. Und so erscheint uns ein Rechtsgeschäft, durch welches wir lediglich unser Dürfen erweitern, ohne uns ein Sollen oder doch ein äquivalentes Sollen aufzuerlegen, als ein vortheilhaftes (Gewinn bringendes, lucratives); ein Rechtsgeschäft aber, bei dem wir uns lediglich ein Sollen auferlegen, d. i. nur ein fremdes Dürfen statuieren, oder bei dem doch dieses statuierte Sollen beziehungsweise fremde Dürfen die für den Handelnden erworbene Actionsfreiheit paralysiert oder überwiegt, als ein nachtheiliges (belästigendes, beschwerendes, oneroses). Im engeren Sinne aber ist uns dann ein lucratives Geschäft jenes, bei dem wir nur ein Dürfen erwerben ohne ein Sollen auf uns zu nehmen, wo also das Erwerben unentgeltlich erfolgt, während uns jedes andere Geschäft, da es uns zum mindesten nicht nur Vortheil bringt, sondern uns auch belastet, den (materiellen) Vortheil, wenn überhaupt, so doch nur entgeltlich gewährt, ein oneroses ist.

Man könnte vielleicht einwenden, es gebe Fälle, in denen durch das Rechtsgeschäft überhaupt die Rechtssphäre der Handelnden gar nicht modificiert wird, dort nemlich, wo bei rein persönlichen Leistungen (z. B. Abhaltung einer Musikstunde, Ertheilung eines ärztlichen Rathes) sofort bei Abschliessung des Rechtsgeschäftes die Erfüllung erfolgt. Allein bei genauer Betrachtung wird sich ergeben, dass soferne in diesen Fällen überhaupt ein Rechtsgeschäft vorliegt, stets auch die Rechtssphäre der Individuen durch eine, wenn auch noch so kurze Zeit, nemlich vom Abschlusse bis zur Erfüllung (u. z. wo es sich auch um eine Gegenleistung handelt, von beiden Seiten) modificiert wird, und dass diese Modification auch noch nach der (vermeintlichen) Erfüllung zu Tage treten kann, wenn sich zeigt, dass die Erfüllung eine mangelhafte war.[5])

Es wurde bei Entwicklung des Begriffes und Inhaltes des Sollens und des Dürfens (§ 1) darauf hingewiesen, dass der Inhalt des Dürfens äusserlich oft als ein Forderndürfen, seinem Wesen nach aber stets als ein rechtlich geschütztes Handelndürfen sich darstellt. Die Rechtssphäre eines Individuums kann nun in der Weise vermehrt oder vermindert werden, dass sofort ein factisches Machtverhältnis gewährt oder aufgegeben wird, oder aber, dass nur das Gewähren oder Aufgeben in Aussicht gestellt und rechtlich erzwingbar gemacht wird. Im ersteren Falle wird unmittelbar ein Handelndürfen, das keineswegs nothwendig bloss gegen den Gewährenden geht, geschaffen, oder ein solches Handelndürfen unmittelbar vernichtet; im zweiten Falle aber wird dieses Endziel nicht sofort erreicht, sondern zunächst nur ein mit Nothwendigkeit lediglich gegen den Gewährenden gerichtetes Handelndürfen eingeräumt, gerichtet auf eventuelle Erzwingung der factischen Gewährung oder factischen Aufgabe dieses anderen Handelndürfens. Das gewährte Handelndürfen ist nicht Selbstzweck, sondern nur Mittel zur Herbeiführung oder Vernichtung eines anderen Handelndürfens. Wir sagen im ersteren Falle, es werde eine Sache, eine Leistung unmittelbar gewährt, das Rechtsgeschäft unmittelbar vollzogen, im letzteren, es werde nur ein Recht statuiert, die factische Gewährung, den Vollzug des Rechtsgeschäftes zu erzwingen.

[4]) Ein Haus geschenkt zu erhalten wird fast Jeder als einen erreichten Vortheil betrachten; und doch kann er in der nächsten Stunde bei Besichtigung des erworbenen Hauses von einem herabstürzenden Ziegel erschlagen werden, von dem erbitterten Sohne des Schenkers ermordet werden, so dass der Erwerb des vermeintlichen Vortheiles die Ursache des Unterganges des Erwerbers war.

[5]) Wo eine solche Modification in keinem Zeitpuncte besteht, da liegt auch kein Rechtsgeschäft vor. Die Gewährung einer Sache, auch wenn sie ohne vorhergehender Verpflichtung, ohne Ausbedingung oder Gewährung einer Gegenleistung erfolgt, modificiert stets eine Rechtssphäre, schafft oder zerstört stets ein Handelndürfen. Nicht so aber die Gewährung einer rein persönlichen Leistung; wenn dieselbe (z. B. Ertheilung einer Musikstunde, eines ärztlichen Rathes) erfolgt, ohne dass sie vorher verbindlich zugesagt worden wäre, oder durch sie ein Anspruch auf Gegenleistung erworben werden will (wenn z. B. der Arzt A dem ihm begegnenden B sagt: Sie haben eine Augenentzündung, machen Sie sich Kaltwasserumschläge), so liegt doch kein Rechtsgeschäft (etwa analog der Schenkung) vor; ein solches würde aber allerdings darin liegen, wenn der Arzt A sich rechtsverbindlich verpflichten würde, den B stets unentgeltlich zu behandeln; hiedurch wäre die Rechtssphäre des A und des B modificiert.

Nennen wir im weiteren Sinne die durch ein Rechtsgeschäft erfolgte Erweiterung des Dürfens oder Beschränkung des Sollens eine Erwerbung, die auf diese Weise erfolgte Beschränkung des Dürfens, Ausdehnung des Sollens, eine Veräusserung,[6]) so ist uns diese sofortige factische Gewährung eine Erwerbung i. e. S., dieses sofortige factische Aufgeben eine Veräusserung i. e. S., und aus der Combination dieser Begriffe mit der früheren Unterscheidung von entgeltlichen und nicht entgeltlichen Rechtsgeschäften ergeben sich uns die Fälle einer entgeltlichen und einer unentgeltlichen Erwerbung, einer entgeltlichen und unentgeltlichen Veräusserung; wo aber unentgeltliche Erwerbung und unentgeltliche Veräusserung zusammentreffen, so dass das, was der eine im Rechtsgeschäfte unentgeltlich veräussert, der andere im Rechtsgeschäfte unentgeltlich erwirbt, da sprechen wir von einer Schenkung, u. z. wieder von einer Schenkung mit sofortiger Übergabe resp. Gewährung (Schenkung i. e. S.)[7]) oder einer Schenkung, durch die nur der Anspruch auf Übergabe resp. Gewährung erworben wird (Schenkungsversprechen).

Allein die Worte: Erwerbung, Veräusserung, Schenkung bezeichnen uns nicht nur die Wirkung von Rechtsgeschäften, sie bezeichnen uns auch geradezu Rechtsgeschäfte selbst; wo ein Handeln nur einen Erwerb (somit einen unentgeltlichen Erwerb), nur eine Veräusserung (somit eine unentgeltliche Veräusserung), nur eine Vermehrung fremden Vermögens durch Verminderung des eigenen (somit eine Schenkung) bezweckt, da ist uns das Rechtsgeschäft selbst Erwerbung (Ergreifung, Occupation), Veräusserung (Aufgebung, Dereliction), Schenkung.

Man hat aus diesem Grunde auch die genannten Rechtsgeschäfte oder doch den Verzicht und die Schenkung als generelle Rechtsgeschäfte schon im allgemeinen Theile einer besonderen Behandlung unterziehen zu sollen geglaubt, ja die Lehre von der Schenkung überhaupt völlig dahin verwiesen, wie ich glaube aber ohne zwingendem Bedürfnis.

Die Lehre vom unentgeltlichen Erwerbe und der unentgeltlichen Veräusserung löst sich auf in eine Reihe einzelner eines weitern Zusammenhanges entbehrender Institute:[8]) Occupation, Dereliction, Erb-

[6]) Wenn ein Recht schlechthin aufgegeben wird, ohne dass es hiemit auf einen anderen durch Rechtsgeschäft übertragen wird, so wird diese specielle Art der Veräusserung Verzicht genannt.

[7]) Von einer anderen Begrenzung der Schenkung im technischen Sinne wird unter N. 11 die Rede sein.

[8]) Unger II, § 94, S. 186.

verzicht, Remissionsvertrag etc., welche theilweise (so der Remissionsvertrag) schon wieder in das oben erörterte Gebiet der Schenkung i. w. S. hineinreichen. Sie haben ohnedem ihren sachgemässen Platz im Sachenrechte etc. Etwas anders scheint der Fall bei der Schenkung zu liegen. Ich kann, wenn vom Platzgreifen des Erbrechts, das hier nicht weiter in Frage kommt, abgesehen wird, nur Sachbesitz und dingliche Rechte ohne fremde Mithilfe, d. i. durch einseitiges Rechtsgeschäft erwerben, nur Sachbesitz und dingliche Rechte ohne fremder Mithilfe (Annahme der Rechtsaufgebung) aufgeben. Ein einseitiges unentgeltliches Erwerben oder Aufgeben eines oben beschriebenen mittelbaren Handelndürfens (Forderungsrechtes) durch ein Rechtsgeschäft im Verkehr unter Lebenden ist nach unseren Rechtsbegriffen nicht möglich,[9]) und darum findet es Jedermann vollkommen begreiflich, dass die Occupation und die Dereliction im Sachenrechte ihre Behandlung finden. Bei der Schenkung, d. i. dem unentgeltlichen Übertragungsacte kann aber sowol sofort unmittelbar eine reale Erwerbung herbeigeführt werden, oder aber nur dem Anderen die erwähnte rechtlich geschützte Aussicht auf einen solchen Erwerb eröffnet werden. Hienach stellt sich die Schenkung einerseits als Mittel zur sofortigen Übertragung von Besitz und dinglichen Rechten oder schon bestehenden Forderungsrechten, anderseits als Mittel zur Hervorbringung und Erwerbung von neuen Forderungsrechten dar; und diese Erwägung, dass die Schenkung nicht immer Forderungsrechte nach sich ziehe, hat dann Bedenken erregt, sie in das Obligationenrecht zu stellen. Aber aus denselben Gründen könnte man den Kauf, den Tausch aus dem Obligationenrechte in den allgemeinen Theil verweisen;[10]) wenn A die Uhr des B und B die des A in der Hand hält und A fragt: „tauschen wir", B erwidert: „es gilt", wo ist da ein Forderungsrecht entstanden? Und ebenso wenn die Übergabe gleichzeitig mit dem Abschlusse erfolgt, wenn z. B. der Schulknabe, der weiss, eine Semmel koste 2 Kr., mit der Linken die 2 Kr. auf den Stand des Bäckerweibes legt, und mit der Rechten die Semmel nimmt. So aber wie aus dem auch bereits erfüllten Kaufvertrage möglicherweise Forderungsrechte entstehen können (Ansprüche auf Gewährleistung etc.), geradeso auch aus der erfüllten Schenkung (Rückgabe wegen Undankbarkeit etc.[11]). Ich erachte es

[9]) Vgl. Prockner, „Über den vertragsmässigen Schulderlass" in der Z. f. ö. R. 1836, II, N. 35, S. 216—244, Unger II, § 94, N. 38.

[10]) Vgl. auch Hasenöhrl I, § 24, S. 316.

[11]) Nicht aus jeder Schenkung im (oben erörterten) weiteren Sinne jedoch (als unentgeltliche Gewährung eines unentgeltlich aufgegebenen

daher für keineswegs geboten oder auch nur gerechtfertigt, den erwähnten Rechtsgeschäften der Erwerbung und Veräusserung oder der Schenkung einen Platz im allgemeinen Theile des Systemes anzuweisen.

β_1. Personen des Rechtsgeschäftes.

§ 96.

Es wurde im vorstehenden Abschnitte (§§ 80—95) gehandelt von den Elementen des Rechtsgeschäftes als eines menschlichen Handelns. Es ist nun aber auch die Frage zu erörtern, wer denn handelt, beziehungsweise in welchem Verhältnisse der Handelnde zur Existenz des Rechtsgeschäftes steht.

Aus der folgenden Darstellung werden sich von diesem Gesichtspuncte aus die Begriffe des einseitigen Rechtsgeschäftes, des zweiseitigen Rechtsgeschäftes, und der Mitwirkung von Nebenpersonen beim Rechtsgeschäfte ergeben.

α_2. Das einseitige Rechtsgeschäft.

§ 97.

Wenn festgehalten wird, dass das Wesen des Rechtsgeschäftes darin besteht, dass Jemand durch Verlautbarung seines auf gewisse Veränderungen in dem bestehenden rechtlichen Zustande und seiner Stätigkeit gerichteten Willens diese Veränderung hervorbringt, dass somit diese Veränderung abhängig ist von einem menschlichen Wollen, so wird es sich als Postulat der Rechtssicherheit und geordneter Zustände ergeben, dass zunächst Jeder nur die lediglich ihn oder solche

---

Vermögensbestandtheiles) entspringen diese rechtlichen Sonderwirkungen, sondern nur aus jenen derartigen Zuwendungen, die in der Absicht, den Empfänger zu bereichern, erfolgten; diese Absicht ist es, welche das Characteristische der Schenkung im technischen Sinne ausmacht, die Folgen der Revocabilität nach sich zieht; nur von dieser besonderen Art der Schenkung wird aber überhaupt auch im besonderen Theile zu handeln sein; „die Schenkung würde gar nicht Gegenstand einer besonderen Lehre sein, sondern nur die Absicht zu schenken als causa eines Rechtsgeschäftes in Betracht kommen, wenn nicht das Recht für solche Vermögensänderungen, denen diese causa zum Grunde liegt, besondere Bestimmungen aufstellte" (Arndts § 80, N. 4).

Personen, über welche ihm die Rechtsordnung, und insoferne sie ihm, eine gewisse Macht einräumt, berührenden Rechtszustände, somit nur seine Rechtsatmosphäre oder die in einer gewissen rechtlichen Abhängigkeit von ihm stehender Personen, auf die angegebene Weise, d. i. willkürlich verändern kann; denn wohin müsste es führen, wenn es in dem Belieben jedes Menschen stünde, durch sein blosses Wollen die rechtlichen Verhältnisse der Anderen zu alterieren? Sie würden hiedurch allein schon aufhören Rechtsverhältnisse zu sein, denn dadurch sind sie ja Rechtsverhältnisse, dass sie in ihrem Bestande gesichert sind vor fremder Willkür.

Es soll hier abgesehen werden von jenen Fällen, in welchen die Rechtsordnung gewissen Personen als solchen einen bestimmenden Einfluss auf das Schicksal anderer Personen verleiht; auf privatrechtlichem Gebiete sind es dermalen fast ausschliessend die familienrechtlichen Verhältnisse, die in dieser Richtung in Frage kämen. Nur das Gebiet des Privat-Vermögensrechtes sei hier genauer in das Auge gefasst.

I. Es gibt nun allerdings strenge genommen gar keine Rechtsverhältnisse, welche nur die Rechtssphäre eines Individuums berühren, denn darin liegt ja das Wesen des Rechtsverhältnisses, dass gewisse Beziehungen zwischen Personen unter staatliche Garantie gestellt sind. Allein während eine Anzahl dieser Rechtsverhältnisse zwischen ganz individuell bestimmten oder bestimmbaren Personen bestehen, sind andere derart, dass nur eine Person oder nur eine bestimmte Anzahl durch gemeinsame Interessen geeinter Personen individuell bestimmt ist, während derselben alle anderen in dem Rechtsverhältnisse gegenüber stehen: das Rechtsverhältnis besteht darin, dass dieser einen Person gegenüber alle anderen eine rechtliche Verpflichtung haben, nemlich die, gewisser Handlungen sich zu enthalten. Nur in der Rechtssphäre dieser einen Person (oder homogenen Personengruppe) somit hat das fragliche Rechtsverhältnis concrete Gestalt, in der aller anderen hat es nur eine negative Bedeutung, nemlich die, dass es jenes zu Eingang unserer Darstellung (§ 1) erörterte Dürfen i. w. S. beschränkt: während die herrenlose Taube Jeder fangen, tödten durfte, darf dieselbe Taube, sobald sie ein Anderer occupiert hat, nun niemand Anderer mehr fangen oder tödten. Die positivrechtliche Sphäre der Andern wird hiedurch nicht alteriert, ihre Veränderung besteht nur darin, dass ihr nun zufolge der Einengung jenes Dürfens, das keinen rechtlichen Character hat, ein Unterlassensollen, ein Negativum eingefügt wird.

Eine derartige Veränderung einer fremden Rechtssphäre nun kann allerdings der Einzelne durch entsprechendes Handeln willkürlich erzielen, ohne dass hiezu irgendwie die Mitwirkung der Anderen er-

forderlich wäre;[1]) sein Handeln allein genügt, rechtliche Wirkungen der angedeuteten Art zu erzielen: in einseitigem Handeln schliesst sich das Rechtsgeschäft ab.

Aus dem Gesagten ergibt sich, dass auf diese Art nur dingliche Rechtsverhältnisse geschaffen oder modificiert werden können, u. z. entweder indem der Handelnde willkürlich ein Rechtsverhältnis an Sachen, an denen noch kein Rechtsverhältnis oder doch kein collidierendes Rechtsverhältnis[2]) bestand, zu seinen Gunsten schafft (Occupation),[3]) oder aber indem er ein solches zu seinen Gunsten bestehendes Rechtsverhältnis absichtlich in ein rechtliches Nichts auflöst (Dereliction).[4])

---

[1]) Wenigstens nach unserer rechtlichen Anschauung; aber das positive Recht kann selbst zur Hervorbringung der angedeuteten Wirkungen (Occupation) die Zustimmung oder Mitwirkung der Gesammtheit resp. ihrer Vertretung erheischen.

[2]) Gegen die Auffassung der Occupation und Dereliction als Rechtsgeschäfte vorzüglich Zitelmann, Irrthum und Rechtsgeschäft, S. 311—316.

[3]) Ich halte es allerdings für möglich, dass Jemand an einer herrenlosen Sache eine Servitut hat, z. B. seine Occupation beschränkte sich nur auf den Wasserbezug, oder der Eigenthümer hat derelinquiert; sollte der Occupant wider seinen Willen Eigenthümer werden, dem Servitutsberechtigten das Eigenthum octroyiert werden, oder sollte er etwa gar keine Servitut, gar kein Recht gegen Dritte erlangen können, weil er Niemands Rechte besonders beeinträchtigt? sollte er durch die Dereliction des Eigenthümers etwa gar depossediert werden können? Ganz unzweifelhaft kann bei den Objecten der öffentlichen Bücher bewirkt werden, dass bücherlich Servituten, ja Pfandrechte haften, nicht aber ein bücherliches Eigenthumsrecht besteht. Eine nicht im Eigenthume stehende Sache kann nun trotz Servitut occupiert werden.

[4]) Aber auch eine solche Handlung kann mittelbar rechtliche Wirkungen für Dritte haben; z. B. der erste Pfandgläubiger verzichtet auf sein Pfandrecht und hiemit wird eo ipso der zweite Pfandgläubiger erster. Der Pfandberechtigte, der Servitutsberechtigte kann derelinquieren ohne Zustimmung des Eigenthümers. Dessen Rechtssphäre wird in ihrem rechtlichen Inhalte hiedurch nicht alteriert; er war früher Eigenthümer und ist jetzt Eigenthümer, er erwirbt keine Rechte durch die Dereliction; es erlischt nur ipso jure eine Einengung seiner Eigenthumsbefugnisse, bestehend in einem Unterlassensollen, welches sich von dem Unterlassenwollen der Nichteigenthümer in Nichts unterscheidet. Vgl. den äusserst interessanten Aufsatz Ihering's: Die Reflexwirkungen oder die Rückwirkung rechtlicher Thatsachen auf dritte Personen (Jahrb. f. Dogm. X, 1871, N. V, S. 245—354). „Die Reflexwirkung ist eine durch besondere Verhältnisse bedingte und ausschliesslich durch sie herbeigeführte öconomisch vortheilhafte oder nachtheilige Folge einer in der Person des Einen eingetretenen Thatsache für eine dritte Person" (S. 284). Sie unterscheidet sich aber in Nichts von den durch auf kein menschliches Handeln zurückzuführende Ereignisse hervorgerufenen rechtlichen Wirkungen. Über die „Reflexwirkung", welche darin besteht, dass, wenn von zwei Miteigenthümern der eine seinen Theil aufgibt,

II. Mit Occupation und Dereliction ist jedoch der Kreis von Rechtsgeschäften auf vermögensrechtlichem Gebiete, die in einseitigem Handeln bestehen, noch nicht erschöpft. Der Handelnde kann allerdings nur in dieser (dinglichrechtlichen) Richtung seine Rechtssphäre mit sofortiger Wirksamkeit nach Aussen modificieren ohne zugleich in die positiven Elemente einer fremden Rechtssphäre einzugreifen. Allein er kann seine eigene Stellung zu seiner Rechtssphäre modificieren ohne hiedurch zunächst die Rechtssphäre Dritter zu alterieren. Die Wirkung eines solchen Rechtsgeschäftes besteht nicht darin, dass ein fremdes Sollen, ein fremdes Dürfen statuiert wird, sie besteht nur darin, dass der Handelnde seine eigene Position fixiert, festsetzt, dass er ein seine Rechtssphäre erweiterndes Sollen Anderer acceptieren, ein solches ihn belastendes Dürfen gewähren werde, falls die gesetzten Bedingungen eintreten und die Zustimmung des Inhabers der fremden Rechtssphäre erfolgt. Der Handelnde bindet sich einseitig durch seine blosse Erklärung, er kann seine Zustimmung später nicht mehr versagen, insbesondere wo es sich um in Aussicht gestellte Gewährung eines fremden Dürfens handelt, dieses Gewähren nicht mehr verweigern; er modificiert beziehungsweise beschränkt somit seine Rechtssphäre, aber nicht nach ihrem materiellen Inhalte (somit ohne eine fremde zu tangieren), sondern nur in seiner eigenen Dispositionsfreiheit über ihren Inhalt.[5])

---

der andere „jetzt der alleinige Eigenthümer wird" (cit. S. 262, 263), vgl. oben § 70, N 6. Diese Wirkung tritt auch nach röm. R. nur in ganz speciellen Fällen (Freilassung eines Sclaven durch einen Miteigenthümer) ein.

[5]) Siegel hat in seiner eine der schönsten Zierden der juristischen Literatur bildenden Schrift: „Das Versprechen als Verpflichtungsgrund im heutigen Recht" (Eine germ. Studie, Berlin 1873, 159 S.) zuerst den Gedanken ausgeführt (angedeutet schon bei Dernburg, Preuss. Privatrecht I, § 107), dass auch die einseitige Willenserklärung, das blosse Versprechen, rechtsverbindliche Kraft habe. Er führt die Gebundenheit des Versprechenden auf die deutschrechtliche Auffassung zurück, welche den Schuldvertrag nicht, wie die römische Jurisprudenz ihre Stipulation, aus Nachfrage und Zusage entstehen liess, sondern umgekehrt in ihm „die Begegnung von einem Angebote, d. i. einem für den Fall seiner Annahme gegebenen Versprechen und dieser Annahme selbst" erblickte. Wenn aber Siegel eine Verpflichtung das Versprochene zu halten, d. i. nicht zurückzunehmen, und es zu erfüllen, unterscheidet, so meine ich, dass man in der ersteren Richtung nicht so sehr von einer Verpflichtung, als vielmehr von einer rechtlichen Unmöglichlichkeit sprechen sollte: wer sich durch ein Versprechen gebunden hat, kann dasselbe gar nicht wirksam zurücknehmen; die Verpflichtung, das Versprechen zu erfüllen, tritt aber überhaupt erst nach Hinzutritt der Annahme ein. Treffend aber sind die Worte: „Wie . . . das Recht festsetzen kann, dass ein Versprechen zurückgenommen werden könne trotz seiner Annahme (Reurecht), so kann das Recht auch bestimmen, dass ein Versprechen

In diesem Sinne sind die Auslobung und überhaupt das Angebot,[6]) insoweit es bindende Wirkungen hat,[7]) die Ausstellung von Inhaber-

gehalten werden müsse, obwol eine Annahme desselben (— noch —) nicht stattgefunden. Die Bedürfnisse, des Verkehrs sind allein massgebend; aus ihnen nimmt und nach ihm gestaltet der zeugende Factor das Recht." Zu Siegel's Schrift vgl. Unger, Das Versprechen als Verpflichtungsgrund im heutigen Recht, Grünhut's Zt. I, 1874, XII, S. 357—374 (auch GZ 1874, N. 16—19); Gareis, Zt. f. deutsche Gesetzgebung VIII, S. 180—186; Pernice, Z. f. Handelsr. XX, N. F. V, 1875, S. 288—298; ferner Hofmann, Die Entstehungsgründe der Obligationen, insbesondere der Vertrag mit Rücksicht auf Siegel: „Das Versprechen als Verpflichtungsgrund", Wien 1874. — Sehr interessant sind die Mittheilungen Pfaff's über die Auffassung der Redactoren unseres a. b. G. (Grünhut's Zt. II, S. 314, 315). Hienach bemerkte Zeiller, als zum § 861 „eine Stimme des inn. ö. Appellationsgerichtes erinnerte, »man vermisse in dem Entwurfe eine Bestimmung darüber, ob das blosse Versprechen von Seite des Offerenten eine Verbindlichkeit nach sich ziehe oder nicht« .. ganz einfach: die Antwort sei thatsächlich in den folgenden Paragraphen enthalten", und „die Bestimmung, der Oblat müsse eine Überlegungsfrist haben", ward damit motiviert, „dass er durch die Offerte das Acceptionsrecht erhalten habe, und eine Erwartung in ihm erregt worden sei, die ihn veranlasst haben könne, andere Anträge auszuschlagen und andere Dispositionen zu unterlassen", so dass „ein Widerruf vor gesetzlichem Ablaufe der Überlegungsfrist geradezu rechtlich unzulässig" erachtet wurde. So sagt auch Zeiller in seinem Commentar III, S. 9, dass „die abstracte philosophische Ansicht (ein Antrag sei widerruflich) sich mit der Sicherheit der Verkehrs- und der bürgerlichen Verhältnisse nicht vereinigen lasse". Vgl. aber noch § 6 WGGB III: „Wer sein Versprechen vor dieser (§ 5 cit.) Zeit zurücknimmt, und dem Gegentheile Auslagen verursacht hat, muss ihn entschädigen." Das pr. LR hatte in § 105, I, 5 die Entschädigungspflicht (an Stelle der Gebundenheit) nur für den Fall statuiert, wenn bei Ausbleiben der Annahmeerklärung der Offerent unterlassen hatte, Nachricht zu geben, „dass er den Antrag zurücknehme", und der Oblat nun nachträglich acceptierte.

[6]) Siegel l. c. unterscheidet nachstehende Fälle einseitiger Gebundenheit: 1. Die Vertragsofferte unter Abwesenden, 2. die Vertragsofferte mit Bedenkzeit, 3. das hinkende Geschäft, 4. das Steigerungsgebot, 5. die Auslobung, 6. die Ausstellung eines Inhaberpapieres (Recta-, Ordre-Papieres), 7. das Wechselaccept; 8. das Schuldversprechen zu fremden Handen. Für die Behauptung, dass die Fälle 3 und 8 überhaupt nicht hieher zu beziehen sind, glaube ich mich mit dem Hinweise auf das von Unger a. a. O. Vorgebrachte begnügen zu können: in beiden Fällen liegt bereits eine Annahme vor, wenn auch nicht eine unumstössliche, beziehungsweise nicht die desjenigen, zu dessen Gunsten versprochen wurde. Die Fälle 1, 2, 4, 5 fallen jedoch überhaupt unter den allgemeinen Gesichtspunct der Offerte, welche dann, wenn der Offerent sich binden will, und die Rechtsordnung einen solchen Willen anerkennt oder auch ganz unabhängig vom Willen eine solche Gebundenheit decretiert, bindende Kraft hat.

[7]) Nach Köppen, Der obligatorische Vertrag unter Abwesenden, Jahrb. f. Dogm. XI, 1871, N. II, S. 334 ff., sind (beim obligatorischen Vertrag —

papieren, und die bücherliche Anmerkung der Rangordnung[8]) (§ 53 a. G. G.) einseitige Rechtsgeschäfte. Allein es darf nicht übersehen werden, dass die Wirkung dieser einseitigen Rechtsgeschäfte nur eine provisorische und formale ist; der einseitige Parteiwille hat nur die Wirkung, dass, wenn der zur Herbeiführung materieller Rechtsveränderungen erforderliche Wille eines anderen hinzutritt, derselbe sich nunmehr eo ipso mit dem früher einseitig erklärten Willen zu einem zweiseitigen Rechtsgeschäfte ergänzt.[9]) Nur die Gebundenheit ist somit die Wir-

warum nur bei diesem? —) das Angebot und auch die Annahme stets zwei sich gegenüberstehende einseitige Rechtsgeschäfte, so dass das zweiseitige Rechtsgeschäft nur eine Vereinigung zweier einseitiger Rechtsgeschäfte ist. Sind sie aber denn dann noch einseitige Rechtsgeschäfte? Hat es einen Sinn zu sagen, der Mensch ist kein zweiäugiges Wesen, sondern er besteht aus zwei einäugigen Hälften? „Von Köppen's Ansicht ist nur soviel richtig, dass dort, wo die Gebundenheit des Offerenten aus seiner Offerte schon vor der Annahme besteht, die Offerte ein einseitiges Rechtsgeschäft ist, welches sich durch das Hinzukommen der Acceptation in das zweiseitige Rechtsgeschäft, den Vertrag, verwandelt" (Hasenöhrl I, § 24, N. 9, S. 312).

[8]) Die Anmerkung der Rangordnung bezweckt die Gewissheit über die Stätigkeit bücherlicher Rechtsverhältnisse, zunächst im Interesse Dritter, in letzter Linie aber im Interesse Desjenigen, welcher die Anmerkung erwirkte. Um diese Stätigkeit zu sichern, wird verhindert, dass eine rechtliche Veränderung, welche mit der Veränderung, für welche die Anmerkung erfolgte, collidieren könnte, sei es nun ohne Willen des bücherlichen Inhabers oder mit und durch seinen Willen (d. i. im Wege des Rechtsgeschäftes) bücherlich durchgeführt werden könne, insolange die Anmerkung haftet, Die Anmerkung der Rangordnung unterscheidet sich dadurch vom Angebote und der Ausstellung eines Inhaberpapieres, dass nicht nur eine Willenserklärung eines Anderen erfolgen muss, damit für Dritte rechtliche Wirkungen erstehen, sondern dass zur Anmerkung auch noch eine Willenserklärung Desjenigen, der sie erwirkte, selbst hinzutreten muss, damit solche Wirkungen eintreten können. Aber wenn diese Erklärung erfolgt, so gesellen sich zu ihr die Wirkungen der Gebundenheit. A konnte, so lange die Anmerkung haftete, nicht in jeder Richtung mit absoluter Wirksamkeit disponieren. Nicht nur gegen Andere richtet sich die Anmerkung, sie richtet sich auch gegen ihn selbst, gegen eine Arglist oder Unbeständigkeit seinerseits; er kann zwar, wenn er den Anmerkungsbescheid vorzulegen vermag, die Anmerkung löschen lassen, aber so lange er ihn in der Hand hat, kann er jede von ihm nach erfolgter Anmerkung vorgenommene Disposition, welche der durch die Anmerkung in Aussicht genommenen Disposition zuwiderlaufen würde, illusorisch machen oder beschränken, indem er diese letztere Disposition unter Aushändigung des Tabularbescheides vornimmt. Hierin liegt nicht etwa eine Erweiterung seiner Dispositionsfreiheit hinsichtlich der Abänderung der erstgesetzten Disposition, sondern eine Beschränkung der Möglichkeit in unabänderbarer Weise zu disponieren.

[9]) Vgl. Bekker, Zur Lehre vom Rechtssubject, in den Jahrbüchern für Dogm. XII, 1873, N. I, N. 1.

kung des einseitigen Rechtsgeschäftes; die weiteren materiellen Folgen, soweit sie überhaupt eintreten, sind nicht mehr Folgen dieses einseitigen Rechtsgeschäftes, sondern des aus ihm und der hinzugetretenen Willenserklärung des Dritten erwachsenen zweiseitigen Rechtsgeschäftes.

III. Bei den soeben erwähnten Rechtsgeschäften wird die Dispositionsfreiheit durch einseitiges Handeln für eine Zeit gebunden, in welcher der Wille vielleicht nicht auf die Herbeiführung der jetzt als wünschenswerth erscheinenden rechtlichen Wirkungen gehen würde. Allein es kommt jedenfalls ein Zeitpunct, in welchem der menschliche Wille überhaupt aufhört, die Dispositionsfähigkeit erlischt, der Tod die zu einem einheitlichen Organismus vereinten Stofftheile in eine anorganische Summe chemischer und mechanischer Bestandtheile umwandelt. Mit dem Eintreten dieses Zeitpunctes verliert die Rechtssphäre des Individuums ihren lebendigen Mittelpunct; sie hört für den Todten, und er hört für sie auf, von Bedeutung zu sein. Aber um der Bande willen, die den Sterbenden mit den Überlebenden verbinden, hat dieser noch im Angesichte des Todes ein Interesse an dem Schicksale des von ihm gesammelten Machtarsenales, er wird den Wunsch hegen, diese seine Rechtssphäre oder Theile derselben an ihm Nahestehende zu übertragen.

Diesem allgemein menschlichen Wunsche und dem ihm correspondierenden Interesse der dem Todten Verbundenen trägt die Rechtsordnung schon insoferne Rechnung, dass sie die Rechtssphäre des Verstorbenen künstlich zusammenhält, und bestimmte Regeln aufstellt, nach denen dieser Übergang zu erfolgen hat; sie erklärt aprioristisch, wem der Inhalt der Rechtssphäre eines Individuums nach dessen Tode zufallen soll. Aber neben dem den durchschnittlichen Interessen der Individuen erwachsenen „gesetzlichen" Erbrechte, blieben doch eventuelle Sonderinteressen, deren Gemeinsames nur im Abweichen von diesen Durchschnittsinteressen bestand, zum Mindesten auf die Dauer nicht gänzlich unberücksichtigt: es fanden auch Willenserklärungen des Individuums rechtliche Anerkennung, welche keinerlei sofort wirksame Dispositionen enthalten,[10]) sondern nur bestimmt sind, das Schicksal seiner Rechtssphäre oder von Elementen derselben für den unbestimmt wann eintretenden Zeitpunct seines Todes zu regeln.

Diese Willenserklärung, diese Handlung des Individuums ist nun nicht nothwendig in ihrer Wirksamkeit davon abhängig, dass sie von der Willenserklärung eines anderen Individuums begleitet wird. Die Rechtsordnung könnte zwar statuieren, dass nur dann solche Verfügungen wirksam sein sollen, wenn Derjenige, an den seinerzeit übertragen werden, dessen Rechtssphäre seinerzeit modificiert werden soll, schon jetzt seine Zustimmung ertheilt.[11]) Allein die practische Gestaltung des Verkehres hat in der Entwicklung unseres Rechtes zu einem anderen Resultate geführt, dass nemlich die völlig einseitige Willenserklärung schon geeignet ist, Basis rechtlicher Folgen zu sein, und dass der Inhaber der hiedurch seinerzeit zu alterierenden Rechtssphäre auch erst

[10]) Man hat aus diesem Grunde dem Testamente überhaupt den Character eines Rechtsgeschäftes abzusprechen versucht (Köppen, Jahrb. f. Dogm. XI, 1871, N. II, S. 83, 84, 153 N. 28), und hiezu den dem Papinian octroyierten „Gedanken" vom „sich stets erneuernden Willen (des Testators), der immer von Neuem in seine ursprüngliche Form zurückkehrt" (S. 325), wonach dann eigentlich der Erblasser im Augenblicke des Todes testiert, herangezogen. Ähnlich behauptet Zitelmann, Irrthum und Rechtsg., S. 295, „ob ein Testament ein wirkliches Rechtsgeschäft ist oder nicht, das zeigt sich erst bei dem Tode des Erblassers". Auch Karlowa, Das Rechtsgeschäft, wenngleich er das Testament als Rechtsgeschäft anerkennt (S. 7 und 28 ff.), vermag diese Qualität desselben nur „durch eine, wenn auch aufhebbare, Gebundenheit des Testators" zu erklären. Über die Natur des Testamentes als Rechtsgeschäft, vgl. auch Kohler, Grünhut's Zt. VII, 1880, N. XV, S. 734—741, Ihering, Geist III, § 53, S. 169, welche letzterer es „ein schwebendes, unfertiges Geschäft" nennt, da sein Gebiet „ausschliesslich die Zukunft: die Zeit nach dem Tode des Testators" ist. Aber so wenig ein Baum ein unfertiger, mangelhafter Baum ist, wenn die Zeit, da er Früchte trägt, noch nicht gekommen ist, so wenig ist das Testament vor des Testators Tod ein unfertiges.

[11]) Ein Anderes wieder ist die nach altem Deutschem Rechte erforderlich gewesene Zustimmung der gesetzlichen Anwärter zum Testieracte; durch selbe wird der Character des Testamentes als eines einseitigen Rechtsgeschäftes nicht alteriert (die positive Rechtssphäre der Anwärter erscheint durch das Testament nicht modificiert, im Gegentheile, das Testament hält eine solche Modification hintan), es greift hier vielmehr der unten in § 99 entwickelte Gesichtspunct der Mithilfe bei fremden Rechtsgeschäften Platz. Wieder ein Anderes ist die öffentlichrechtliche Natur des alt-römischen Testamentes (in comitiis calatis): nur durch ein Gesetz konnte von Fall zu Fall der normale Erbgang geändert werden (Ihering I, § 116, S. 145 bis 149 und § 14, S. 204, 205; vgl. auch III, § 53, S. 146—148, wo in äusserst scharfsinniger Weise aus dieser gesetzlichen Natur des testamentum in calatis comitiis der Grund des Satzes „nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest" abgeleitet wird; „ohne ihn hätte jeder Testator das Volk hintergehen und seine Zustimmung zu Anordnungen erschleichen können, die dasselbe bei Vorlegung des gesammten Successionsplanes nie gebilligt haben würde;" auch die Regel, „dass der Testator seine sui entweder instituieren oder exhereditieren müsse, nicht aber präterieren darf", wird darauf zurückgeführt, dass der Testator verhindert werden sollte, dem Volke das Dasein des Sohnes zu verschweigen).

seinerzeit in die Lage kommt, Stellung zu nehmen zu dieser ihn treffenden Veränderung.[12])

Als dritte Gruppe von einseitigen Rechtsgeschäften ergeben sich uns somit die sog. letztwilligen Erklärungen (Rechtsgeschäfte von Todeswegen, auf den Todesfall).[13])

β_2. Das zweiseitige Rechtsgeschäft.

§ 98.

Schon bei Besprechung der Rechtsgeschäfte des vorigen Paragraphen, zu deren Zustandekommen das Wollen und Handeln eines Interessenten oder einer Interessenteneinheit, d. i. einer Partei genügt, ergab sich, dass diess nicht immer, ja nicht einmal gewöhnlich der Fall ist, dass vielmehr, wie durch die Wirkungen des Rechtsgeschäftes normalerweise die Rechtssphären mehrerer, zum mindesten zweier Individuen berührt werden, auch eine Willenseinigung, ein in diesem Sinne gemeinsames Handeln Mehrerer, erforderlich ist.

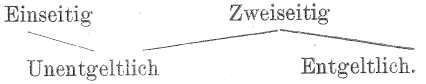
Ein solches Rechtsgeschäft, welches nur durch die einander selbstständig gegenüberstehenden Willenserklärungen mehrerer, zum mindesten zweier, verschiedene Interessen vertretender Individuen zu Stande kommen kann, nennen wir ein zweiseitiges Rechtsgeschäft[1]) oder einen Vertrag[2]) (conventio,[3]) pactio,[4]) pactum[5]). Sein Wesen besteht darin,

---

[12]) Ja nach röm. Rechte konnte sich in gewissen Fällen (dann nemlich, wenn er ein suus heres war) dieser Dritte den Wirkungen der einseitigen Dispositionen des Erblassers gar nicht entziehen, und auch für unser Recht muss behauptet werden, dass der Legatar sofort durch den Anfall das „Recht auf das Vermächtniss“ (nicht aber das legierte Recht) erwirbt (§ 684 a. b. G.).

[13]) Über diese Ausdrücke Windscheid I, § 69, S. 178 u. N. 6 a.

[1]) Nicht verwechselt werden dürfen die Unterscheidungen in einseitiges und zweiseitiges Rechtsgeschäft und in unentgeltliches und entgeltliches Rechtsgeschäft (oben § 95). Jedes einseitige Rechtsgeschäft ist unentgeltlich, aber nicht jedes zweiseitige Rechtsgeschäft entgeltlich; jedes entgeltliche Rechtsgeschäft ist zweiseitig, aber nicht jedes unentgeltliche einseitig.



[2]) Aus der Literatur seien genannt: Liebe, Die Stipulation und das einfache Versprechen, 1840; Gneist, Die formellen Verträge des neueren römischen Obligationenrechts, 1845; Girtanner, Die Stipulation und ihr

dass die Inhaber zweier Rechtssphären sich gegenüberstehen, der Eine seine Rechtssphäre zu Gunsten jener des Anderen beschränkt, der Andere in diese Erweiterung seiner Rechtssphäre einwilligt, die angebotene Gewährung annimmt. Ein Vertrag dieser Art, bei welchem Gewinn und Verlust je auf einer Seite stehen, wird ein einseitiger Vertrag genannt. Der Gewährung von der einen Seite kann aber ein Gewähren von der anderen (das erste Gewähren annehmenden) Seite, welches ebenfalls wieder angenommen wird, correspondieren, und gemeiniglich werden die beiden Gewährungen wechselweise eine die andere zum Motive haben: Jeder gewährt nur, weil ihm wieder gewährt wird. Es erfolgt hier auf allen zwei Seiten ein Gewähren und ein Annehmen, eine Beschränkung und Erweiterung der Rechtssphäre. Ein solcher Vertrag wird ein zweiseitiger genannt.[6])

Verhältnis zum Wesen der Vertragsobligation, 1859; Hesse, Über das Wesen und die Arten der Verträge des heut. röm. Rechts, Jena 1868, 383 S.; Schlossmann, Zur Lehre von der Causa obligatorischer Verträge, Breslau 1868, 88 S.; Mayer, Die justa causa bei Tradition und Usucapion, Erlangen 1871, 250 S.; Lotmar, Über causa im röm. Recht, Beitrag zur Lehre von den Rechtsgeschäften, München 1875, 179 S.; Schlossmann, Der Vertrag, Leipzig 1876, 356 S. (hiezu GZ 1876, N. 92, J. Bl. 1877, N. 19—21; GH 1877, N. 83, 84); Karsten, die Lehre vom Vertrage bei den ital. Juristen des Mittelalters, Rostock 1882, 224 S. (hiezu Böhlau, Kr. VJS XXV, N. F. VI, 1883, S. 337—368); Savigny III, §§ 140, 141, Obligationenrecht II, § 52; Unger II, § 93; Hasenöhrl, Obl. I, §§ 24—27.

[3]) L. 1, § 3, D. 2, 14: „Conventionis verbum generale est ad omnia pertinens, de quibus negotii contrahendi transigendique causa consentiunt, qui inter se agunt.

[4]) L. 1, § 2, D. 2, 14: „. . . . est pactio duorum pluriumve in idem placitum consensus.“

[5]) L. 3, pr. D. 50, 12: „Pactum est duorum consensus atque conventio; pollicitatio vero offerentis solius promissum.

[6]) Nicht zusammenfallend mit der Eintheilung in einseitige und zweiseitige Verträge ist die in unentgeltliche und entgeltliche Verträge. Die Entgeltlichkeit wird nemlich hier in einem anderen, mehr subjectiven, Sinne genommen, als oben (S. 402) bei der Unterscheidung der Rechtsgeschäfte in entgeltliche und unentgeltliche, wo es sich nur darum handelte, ob beide Theile verpflichtet werden oder nicht; in diesem Sinne natürlich würde jeder zweiseitige Vertrag entgeltlich, jeder einseitige unentgeltlich sein. Hier aber wird von dem subjectiven Momente ausgegangen, ob die Absicht der einen Partei darauf ausgeht, die andere zu bereichern (i. w. S.), oder ob nur mit Rücksicht auf eine Gegengewährung gewährt wird. In diesem Sinne ist das unverzinsliche Darlehen ein entgeltliches Rechtsgeschäft und ein unentgeltlicher Vertrag, da wol beide Theile eine Leistung auf sich genommen haben, aber in der blossen Zurückstellung des Geliehenen noch immer kein „Entgelt“ für den gewährten Vortheil liegt. Ausser den „entgeltlichen“ und „unentgeltlichen“

So wenig als das einseitige Rechtsgeschäft mit Nothwendigkeit auf vermögensrechtliche Wirkungen gerichtet sein muss, so wenig ist der Vertrag ein bloss vermögensrechtliches Institut: es gibt staats- und öffentlichrechtliche, personenrechtliche, familienrechtliche und vermögensrechtliche Verträge.[7]) Unter den vermögensrechtlichen Verträgen selbst spielt nun wieder eine hervorragende Rolle der obligatorische Vertrag, u. z. eine so hervorragende Rolle, dass über ihm lange die generelle, ja allgemeine Natur desVertrages übersehen wurde.

Es würde schon oben (§ 95, S. 403) darauf hingewiesen, dass durch einen Vertrag entweder unmittelbar ein vermögensrechtlicher Vortheil gewährt wird, dessen Gewährung gewisse Veränderungen in der Rechtssphäre des Erwerbes hervorbringt, oder aber, dass nur die Gewährung eines solchen in Aussicht gestellt und rechtlich erzwingbar gemacht wird, so dass die einzige Veränderung in der rechtlichen Stellung Desjenigen, welchem zugesagt wurde, darin besteht, dass er diese Gewährung vom Versprecher unter Umständen erzwingen darf. Der Vertrag dieser letzteren Art ist der obligatorische Vertrag, der Vertrag der ersteren Art aber, der im Übergeben und Übernehmen, im Einräumen und Entgegennehmen eines schon vorhandenen oder eines doch nicht nur gegen den Gewährenden, sondern absolut gegen Alle gerichteten Rechtes

---

Verträgen muss man auch noch „gemischte" annehmen, die theils entgeltlich, theils unentgeltlich sind. Auch hier gilt das Schema:

Einseitig — Zweiseitig

Unentgeltlich — Entgeltlich — Gemischt.

§ 864 a. b. G. legt bei der Eintheilung der Verträge in entgeltliche und unentgeltliche anscheinend das objective Moment zu Grunde, so dass sie ihm mit der in zweiseitige und einseitige Verträge zusammenfällt. Dass aber in Wirklichkeit auch das a. b. G. unter Entgeltlichkeit und Unentgeltlichkeit die eben aufgestellten Kategorien versteht und nur irrthümlich beide Eintheilungen verwechselt, diess ergibt sich geradezu aus § 934 und 935, in welch letzterem von einem „aus einem entgeltlichen und unentgeltlichen vermischten Vertrag" gesprochen wird; ja aus dem Zusammenhange ergibt sich, dass in § 934 unter den „zweiseitig verbindlichen Geschäften" geradezu die entgeltlichen Verträge im oben angegebenen (subj.) Sinne zu verstehen sind. Vgl. Hasenöhrl I, § 25, N. 39.

[7]) Die sogenannten völkerrechtlichen Verträge sind gar keine Verträge, sie sind rechtlich nichts, so wenig von rechtlicher Wirkung als die zwischen A und B getroffene Vereinbarung, einen gemeinsamen Spaziergang zu machen. Es fehlt ihnen die gesicherte Realisierungsaussicht (vgl. § 1). Ihre Wirkung ist nur eine factische, der ethischen Idee einerseits, der Furcht vor der stärkeren Macht des anderen Theiles, dem Succurse Dritter, dem Vertrauensverluste anderseits, entspringend.

besteht, der dingliche Vertrag; hienach fällt der Vertrag, durch welchen eine Forderung tradiert wird, ebenfalls in den Rahmen des dinglichen Vertrages: ihm steht gegenüber jener Vertrag, durch welchen nur die Übertragung eines solchen bestehenden Forderungsrechtes zugesichert wird. Im engeren Sinne wird ein dinglicher Vertrag gemeiniglich jener genannt, durch welchen dingliche Rechte eingeräumt oder übertragen werden; aber nicht in der dinglichen oder obligatorischen Natur des übertragenen Rechtes liegt m. E. die begriffliche Grenze der Dinglichkeit und der obligatorischen Natur des Vertrages, sondern darin, ob der Vertrag nur eine Verpflichtung zur Gewährung schafft, oder aber diese Gewährung selbst bewirkt. So wenig als der Vertrag, durch welchen eine Verpflichtung, Eigenthum, Servituten etc. zu übertragen, eingeräumt wird, ein dinglicher ist, so wenig ist der in der Übertragung einer Forderung bestehende Vertrag ein obligatorischer. Und hienach beantwortet sich auch die Frage, welcher Natur ein auf Gewährung von Sachbesitz sich beziehender Vertrag ist.

Die Gewährung von Besitz, dinglichen Rechten, Forderungsrechten wider Dritte, zieht jedoch nicht nur rechtliche Wirkungen nach sich; jedes menschliche Wollen und Handeln muss auch eine Ursache haben, und auch diese Ursache wird sehr oft eine rechtliche sein, dort nemlich wo bereits eine Verpflichtung zu dieser Gewährung besteht; insoferne nun diese Verpflichtung durch obligatorischen Vertrag geschaffen wurde, stellt sich der nachfolgende dingliche Vertrag (Übergabsvertrag i. w. S.) nur als Erfüllung des obligatorischen Vertrages dar. Aus der Generalisierung dieses Verhältnisses aber ergab sich ein doppelter Irrthum: erstens der, dass jede Vertragserfüllung selbst ein Vertrag, ein Rechtsgeschäft sei; zweitens der, dass jedem dinglichen Vertrage eine rechtliche Ursache der Gewährung (ein „Titulus") correspondieren müsse, eine Annahme, die dazu führte, dass man in allen Fällen, in denen keine andere vorhergehende rechtliche Ursache (z. B. ein Urtheil, Testament) vorliegt, diese Ursache in einem obligatorischen Vertrage suchen zu müssen meinte, und, wo sich ein solcher ebenfalls nicht als vorhergegangen nachweisen liess, sagte, der obligatorische Vertrag sei zugleich mit dem dinglichen abgeschlossen worden, beziehungsweise Abschluss und Erfüllung des obligatorischen Vertrages „fallen zusammen".[8])

---

[8]) Da das Wesen der Schenkung darin besteht, dass ohne vorhergehende Verpflichtung ein Vermögensrecht gewährt oder zugesagt wird, so musste nun natürlich in allen jenen Fällen, in welchen sofort übergeben wird, ein gleichzeitiger obligatorischer Schenkungsvertrag als titulus traditionis construiert werden. Über „die Lehre vom titulus und modus adquirendi"

Es liegt kein Bedürfnis vor, schon hier des Näheren auf das Wesen des Vertrages einzugehen. Das schon hervorgehobene Erfordernis: Zusammentreffen des objectiv erkennbar gemachten Willens Derjenigen, deren Rechtssphäre durch den Vertrag alteriert werden soll, ist das einzige dem Vertrage als universellem Institute gemeinsame Merkmal. Das Erforderliche über die Congruenz zwischen eigenem Willen und eigener Erklärung jeden Vertragstheiles wurde schon bei Behandlung der Elemente des Rechtsgeschäftes erörtert, und dort (§ 84 N. 3) auch schon, soweit es für die allgemeine Darstellung erforderlich ist, auf die möglichen Ursachen der Discongruenz zwischen den zusammentreffenden Erklärungen hingewiesen.

γ_2. Die Nebenpersonen[1]) des Rechtsgeschäftes.

§ 99.

Es wurde bis jetzt nur von dem Handeln Derjenigen, für welche die durch das Rechtsgeschäft bezweckten Wirkungen erstehen, gesprochen;

---

vgl. die gleichnamige Schrift Hofmann's (Wien 1873). Von Älteren Thibaut: Über den eigentlichen Unterschied zwischen titulus und modus acquirendi (Civilistische Versuche N. 11), 1798, der zuerst die Irrthümer der Lehre vom titulus und modus vollständig aufdeckte; Schömann, Handbuch des Civilr. II, N. 7: Über titulus und modus acquirendi, 1806, und Hugo im Civilist. Magazin I, S. 83 ff., IV, N. 6. Das Nähere hierüber in der Lehre vom Eigenthume.

[1]) Aus der Literatur seien hier nicht nur die geradezu die Lehre von der Stellvertretung behandelnden Schriften genannt, sondern auch die wichtigeren über die Lehren von der Negotiorum gestio und den Verträgen zu Gunsten Dritter, da diese Materien sich zum Theile berühren, und die Schriften der letztgenannten Kategorien, ganz abgesehen von jenen, welche thatsächlich die angegebenen Materien confundieren, zum Mindesten abgrenzende Stellung einnehmen. Savigny III, § 113; Ruhstrat, Über aussergerichtliche Repräsentation, Archiv f. d. Praxis des im Grossh. Oldenburg geltenden Rechtes I, 1843, S. 12 ff.; Ruhstrat, Inwiefern haftet heutzutage der Mandatar aus den Verträgen, die er als solcher abgeschlossen hat? Archiv für civ. Praxis XXX, 1847, N. XII, S. 340—355; Ruhstrat, Beiträge zur Lehre von der Negotiorum Gestio, A. f. civ. Pr. XXXII, 1849, N. VII, S. 173—199, XXXIII, 1850, N. II, S. 25—42 und N. IX, S. 213 bis 241; Buchka, Lehre von der Stellvertretung bei Eingehung von Verträgen, Rostock 1852 (mit Angaben der älteren Literatur; hiezu Brinz, Krit. Blätter N. 2, Erlangen 1852, S. 4 und 5; Dernburg, Heidelb. kr. Zt. I, 1853, S. 1 ff.); Savigny, Obligationenrecht II, 1853, §§ 54—60; Scheurl, Krit. Überschau I, 1853, N. XIVb, S. 315 ff.; Ruhstrat, Über Savigny's Lehre von der Stellvertretung, 1854; Kuntze, Die Obligation und die Singularsuccession, 1856, S. 264—301; Ihering, Mitwirkung für fremde

allein erschöpft sich mit ihnen nothwendig der Kreis der zu seinem Entstehen Zusammenwirkenden, kann nicht unter Umständen auch noch

---

Rechtsgeschäfte, Jahrb. f. Dogm. I, 1857, N. VII, S. 273—350, II, 1858, N. III, S. 67—180; Scheurl, Zur Verhandlung über die Mitwirkung für fremde Rechtsgeschäfte, Jahrb. f. Dogm. II, 1858, N. I, S. 1—34; Ruhstrat, Über negotiorum gestio, Oldenburg 1858, 91 S. (rec. Arndts Ö.VJS I, 1858, LBl. S. 41—45); Busch, Doctrin und Praxis über die Giltigkeit von Verträgen zu Gunsten Dritter, Heidelberg 1860 (Beilage zum 43. Band des Arch. f. civ. Pr.; vgl. bes. §§ 4—6); Fuchs, Das Verhältnis der Ratihabition zur negotiorum gestio, Archiv f. pract. Rechtswissenschaft VII, N. XIII, S. 291—302; Bähr, Über die sog. Verträge zu Gunsten Dritter, Jahrb. f. Dogm. VI, 1863, N. III, S. 131—186 (vgl. auch I, 1850, S. 390, N. 43); Bähr, Über Irrungen beim Contrahieren durch Mittelspersonen, Jahrb. f. Dogm. VI, 1863, N. VI, S. 286—306; Engelenberg, De negotiorum gestio naar de Fransch-Nederlandsche wetgeving, Nieuwe Bijdragen XI, S. 110—161; Bitter, De obligationibus per vicarium contractis, Diss., Berlin 1866, 80 S.; Ihering, Der Lucca-Pistoja-Eisenbahnstreit, Ein Beitrag zu mehreren Fragen des Obligationenrechts, insbes. der Theorie des dolus und der Lehre von der Stellvertretung, Archiv f. pract. Rechtsw. XIII, N. F. III, N. VI, S. 225—343; Laband, Die Stellvertretung bei dem Abschluss von Rechtsgeschäften nach dem a. d. HG, Zt. f. Handelsr. X, 1866, N. IV, S. 183—241; Voigtel, Der Handlungsbevollmächtigte und der Handelsbevollmächtigte, Gruchot's Beiträge XII, 1868, S. 300—322; Gruchot, Beiträge zur Lehre von der Stellvertretung bei Abschliessung von Verträgen und ihrer Wirkung im Verhältnisse zu dritten Personen, Gruchot's Beiträge XII, 1868, S. 597—639; Unger, Die Verträge zu Gunsten Dritter, Jahrb. f. Dogm. X, 1869, N. I, S. 1—109 (hiezu Regelsberger, Kr.VJS XI, 1869, S. 559—569, Lemayer, GZ 1869, N. 82—87; anschliessend auch GH 1875, N. 37—42); Gruchot, Rechtsverhältnis zwischen dem Geschäftsherrn und einem Dritten, mit welchem ein unbeauftragter Geschäftsführer im Namen des Ersteren einen Vertrag geschlossen hat, Gruchot's Beiträge XIV, 1870, S. 235—264; Schliemann, Beiträge zur Lehre von der Stellvertretung beim Abschluss obligat. Verträge, I. Stellvertreter, Bote, Beauftragter, Zt. f. Handelsr. XVI, N. F. I, 1871, N. I, S. 1—31; Ruhstrat, Über Stellvertretung ohne Vollmacht, Jahrb. f. Dogm. X, 1871, N. IV, S. 208—244; Zimmermann, Ächte und unächte negotiorum gestio, Giessen 1872 (hiezu Regelsberger, Kr.VJS XV, S. 277—282); Sohm, Über Vertragsabschluss unter Abwesenden und Vertragsabschluss mit einer persona incerta, Zt. f. Handelsr. XVII, 1872, S. 16—107 und S. 372—375; Gareis, Die Verträge zu Gunsten Dritter, historisch dogmatisch dargestellt, Würzburg 1873, 296 S. (hiezu Pfaff, Grünhut's Zt. I, 1874, S. 213, Stobbe in Zt. f. Handelsr. XIX, 1874, S. 300); Knaus, Die sog. Verträge zu Gunsten Dritter nach r. R., Berlin 1875, 31 S.; Curtius, Die Stellvertretung bei Eingehung von Verträgen, Archiv f. civ. Pr. LVIII, 1875, N. II, S. 69—107; Zimmermann, Die Lehre von der stellvertretenden Negotiorum Gestio, mit Beiträgen zur Lehre von der Stellvertretung überhaupt, von den Verträgen zu Gunsten Dritter und von dem Schweben der Rechtsverhältnisse, Strassburg 1876, 328 S. (hiezu Steinlechner, Grünhut's Zt. IV, 1877,

ein Handeln Dritter, welche durch die Rechtswirkungen nicht unmittelbar berührt werden, hinzutreten und von Bedeutung werden, ja geradezu

S. 353—366, Hellmann, Kr. VJS XIX, 1877, S. 349—371); Canstein, Vollmacht und Auftrag mit Stellvertretungsbefugnis unter besonderer Berücksichtigung des a. d. HG, Grünhuts Zt. III, 1876, N. XV, S. 670—694 (bes. Abth. III, S. 678—684 und V, S. 691—694); Schlossmann, Der Vertrag, 1876, S. 124—128; Karlowa, Das Rechtsgeschäft, 1877, §§ 9—12, S. 53—76; Monroy, Die vollmachtslose Ausübung fremder Vermögensrechte, Rostock 1878 (hiezu Krüger, Archiv f. civ. Pr. LXII, S. 203—206, Wlassak in Grünhut's Zt. VII, 1880, S. 187—191); Ogonowski, Die Geschäftsführung ohne Auftrag nach österr. Rechte, Lemberg 1877, 109 S. (hiezu Schey, Grünhut's Zt. V, 1878, S. 438—444); Ernst, Theorien über die Folgen des Irrthums bei Abschluss eines Rechtsgeschäfts durch Mittelspersonen, Diss., Breslau 1878, 40 S.; Panofsky, Die Verträge zu Gunsten Dritter, Ein Beitrag zur Lehre vom Vertrage, Berlin 1878, 138 S.; Evans, Treatise upon law of principal and agent in contract and tort, Chicago 1879; Mayer, Droit romain: Des actions exercitoria et institoria, et de l'idée romaine qu'un contrat ne peut être conclu par représentant, Paris 1879; Charneau, Etude sur la règle: Per extraneum personam nihil adquiritur, en matière de propriété et de créances, en droit romain, Paris 1879; Gordon, Die Stellvertretung nach dem bürgerlichen Rechte (russisch) 1879; Chesneau, Du principe de la non-représentation, en droit romain, quant à la formation des contrats, Bordeaux 1880, 128 S.; Debreuil, Des promesses et des stipulations pour autrui, en droit romain et en droit français, Paris 1881, 211 S.; Lebée, Des stipulations pour autrui, en droit romain et en droit français, Saint Quentin 1881, 158 S.; Laurent, Des stipulations pour autrui, en droit romain et en droit français, Paris 1882, 219 S.; Philippe, Droit romain: De la représentation dans les obligations, Arras 1882; Hellmann, Die Stellvertretung in Rechtsgeschäften, München 1882, 163 S. (hiezu Czyhalrz in Grünhut's Zeitschrift IX, 1882, S. 777—779, Baron, Kr.VJS XXIV, 1882, S. 40—53); Schlossmann, Zu dem Satze: per liberam personam nobis adquiri non potest, Grünhut's Zt. X, 1883, N. XI, S. 583—597; Ruhstrat, Die negotiorum gestio des dritten Contrahenten, Hannover 1883, 64 S. (a. dem Magazin für das deutsche Recht der Gegenwart), Ebbecke, Berechtigung und äussere Befugnis nach pr. und gem. Recht, Berlin 1884, § 6, Äussere Befugnis in Vertretungsverhältnissen; Wächter, Württ. Privatr. II, § 88; Arndts §§ 76—78, 245 bis 248; Windscheid I, §§ 73, 74, II, § 313; Unger II, § 90; Schiffner I, § 120; Hasenöhrl I, § 29. Speciell über die Frage der Stellvertretung bei der Tradition und dem Besitzerwerbe: Savigny, Besitz § 26 ff.; Bremer, Beiträge zur Lehre vom Besitzerwerb durch Stellvertreter, Zt. f. Civilr. und Process, N. F. XX, S. 25—100 (auch N. F. XI, S. 211 ff. und XVII, S. 193 ff.); Hauser, Stellvertretung im Besitz, Leipzig 1870 (hiezu Exner, Kr.VSJ XIII, 1871, N. XI, S. 305—319, Reuling, Zt. f. Handelsr. XVII, S. 320 ff.); Drucker, Besitzverkrijng en besitzverlies door derden, Diss., Leiden 1879 (mit gründlichen Literaturnachweisen und Darstellung der verschiedenen Ansichten); Schlossmann, Der Besitz durch Dritte nach röm. und heut. Rechte, Ein Beitrag zur Lehre von der Stellvertretung, Leipzig 1881, 175 S. (hiezu Kindel in Gruchot's Beiträgen XXVI, 1882, S. 872

erforderlich sein? Oder anders gefragt: kann nicht Jemand an einem Rechtsgeschäfte sich betheiligen, ohne Subject des zu schaffenden oder zu modificierenden Rechtsverhältnisses zu sein?

Ein Blick auf die Verhältnisse des Lebens muss zur sofortigen Bejahung dieser Frage führen. Wir wollen solche Personen, welche ein Rechtsgeschäft setzen, oder an seiner Setzung theilnehmen, ohne dass sie Subjecte des durch das Rechtsgeschäft geschaffenen oder modificierten Rechtsverhältnisses sind, Nebenpersonen des Rechtsgeschäftes nennen. Hiemit ist nicht gesagt, dass das Handeln dieser Personen für sie selbst keinerlei rechtliche Wirkungen hervorbringen dürfe; diess wäre entschieden unrichtig, denn durch das Handeln der Nebenperson kann gegen sie ein Anspruch wegen eines unterlaufenen Verschuldens, für sie ein Anspruch auf Zahlung der vereinbarten Entlohnung etc. entstehen; allein diese Folgen treten nicht als die specifischen Folgen dieses Rechtsgeschäftes auf,[2]) sind entweder in ihrem Eintritte ganz unabhängig davon, ob ihre Herbeiführung beabsichtigt war resp. als beabsichtigt sich darstellte, oder nicht, oder es ist doch für den Bestand dieses Rechtsgeschäftes irrelevant, ob die Herbeiführung dieser anderen Folgen beabsichtigt war oder nicht.[3])

bis 876, Baron, Kr.VJS XXIII, 1881, S. 511—524); Schlossmann, Zur Lehre vom Besitzerwerb durch Dritte, Grünhut's Zt. IX, 1882, S. 329—344; ferner Exner, Tradition, V. Tradition durch Stellvertreter, S. 125—151; Randa, Besitz, § 20, Besitzerwerb durch Repräsentanten, S. 441—478 (vgl. auch §§ 23, 31, 36). Die Bedeutung der Stellvertretung bei der Tradition, dem Besitzerwerbe und der Besitzaufgabe wird in vorliegendem Werke erst bei den betreffenden Materien erörtert werden.

[2]) Wenn Hasenöhrl I, § 29, S. 387 ff. darauf hinweist, dass nach Art. 55 HG bei Verträgen allerdings auch für den Stellvertreter „vertragsmässige" Verpflichtungen entstehen können, so ist hiebei wol nur der Ausdruck etwas undeutlich, indem er in dem Sinne gedeutet werden könnte, dass diese Pflichten gemäss dem Vertrage, aus dem Vertrage entstehen. Es geht aber aus Hasenöhrl's weiterer Darstellung klar hervor, dass er die eventuelle Verpflichtung des angeblichen Stellvertreters in den Vertrag und die Erfüllung desselben einzutreten, falls er abschloss „ohne Procura oder Handelsvollmacht erhalten zu haben", nicht als Obligatio ex contractu, sondern (mit Recht) als Obligatio ex delicto betrachte, als „eine besondere, gesetzlich festgestellte Entschädigungsart" (S. 389).

[3]) Allerdings kann die Nebenperson des einen Rechtsgeschäftes zugleich auch Hauptperson eines mit diesem connexen Rechtsgeschäftes sein; der Vollmachtinhaber, der für seinen Auftraggeber in dessen Namen handelt, ist Nebenperson in dem durch dieses Handeln erstehenden Rechtsgeschäft; aber er ist Hauptperson in dem auf Abschliessung des Vollmachtsvertrages oder Mandates gerichtet gewesenen Rechtsgeschäfte. Aus seinem Handeln im Namen des Vollmachtgebers können auch ihm rechtliche Wirkungen

Nach der oben aufgestellten Begriffsbestimmung werden aus dem Rahmen der Nebenpersonen vor Allem auszuscheiden sein jene, welche die rechtlichen Wirkungen eines Rechtsgeschäftes zunächst für sich herbeiführen, wenn auch nur in der, sei es nun verschwiegenen oder erkennbar gemachten, Absicht, sie sohin auf einen Dritten zu übertragen.[4]) Der sogenannte „stille Stellvertreter" (Siegel) oder „Ersatzmann" (Ihering)[5]) ist gar nicht Nebenperson, er ist Hauptperson des Rechtsgeschäftes. Er kann noch ein zweites Rechtsgeschäft abgeschlossen haben, demzufolge er zu dieser Übertragung verpflichtet ist: solange aber diese Übertragung nicht erfolgt ist, ist er selbst Subject des Rechtsverhältnisses.

Aus dem Rahmen der Nebenpersonen im juristischen Sinne sind aber auch auszuschliessen jene Personen, deren Handeln gar keinen Einfluss auf die Entstehung der rechtlichen Folgen des Rechtsgeschäftes hat, somit, auch wenn es entfiele, den Bestand nicht alterieren würde (z. B. der aus Vorsicht beigezogene Beweiszeuge); ferner jene Personen, deren Mitwirkung überhaupt nicht juristischer, sondern rein mechanischer Natur ist, in dem blossen Überbringen einer Sache (Träger), einer Willenserklärung (Bote), in der blossen mechanischen Beihilfe bei Abgabe (Schreiber) oder Verdeutlichung (Dolmetsch) einer Willenserklärung besteht, somit weder eine auf Herbeiführung rechtlicher Wirkungen gerichtete Absicht Seitens des Handelnden noch überhaupt eine Rechts- resp. Handlungsfähigkeit desselben zur Voraussetzung hat.

Es wurde bis jetzt nur hervorgehoben, worin die Thätigkeit einer Nebenperson nicht bestehen kann. Worin kann sie denn nun aber bestehen?

Sie kann zunächst (I) lediglich formalen, geradezu auf diese Mitwirkung von Nebenpersonen zielenden Vorschriften der Rechtsordnung genügen (z. B. Solennitätszeugen), sie kann weiters (II) aber auch die

---

erstehen: er kann dem Mandatar haftbar werden, er kann einen Lohnanspruch erwerben; aber ob diese Wirkungen sich als gewollt darstellen oder nicht, das ist ganz bedeutungslos für den Eintritt jener Wirkungen, welche die Setzung des in Stellvertretung unternommenen Rechtsgeschäftes an sich hervorbringt.

4) Keine Nebenperson ist somit der Commissionär; er schliesst „in eigenem Namen" ab, und der Umstand, dass er es „für fremde Rechnung" thut, ist hiebei belanglos.

5) Über diese beiden Ausdrücke Ihering, Jahrb. f. Dogm. I (N. VII), S. 350, N. 77, Unger II, § 90, N. 23. Scheurl, Jahrb. f. Dogm. II, S. 19 schlägt den Ausdruck „Zwischenperson" vor.

juristische Handlung der Hauptperson, d. i. ihre Willenserklärung ergänzen; ja (III) sie geradezu ersetzen.

Ihering vereint die Nebenpersonen erster und zweiter Gruppe unter dem Namen „Theilnehmer".[6]) Allein erstens ist die Betheiligung dieser Nebenpersonen eine ganz verschiedenartige, zudem deutet das Wort Theilnehmer mehr auf ein Participieren an Wirkungen als auf ein solches an einer Thätigkeit. Meines Erachtens eignet sich der Name Beistände (Assistenten) am besten für die Personen der ersten Gruppe, die Bezeichnung Helfer (Mithelfer) für die zweite Gruppe; für die dritte Gruppe ist der Name Stellvertreter mit Recht allgemein üblich geworden.

Auf die erste Gruppe braucht des Näheren nicht eingegangen zu werden; auch die zweite bedarf keiner generellen Besprechung: gewissen Personen fehlt die volle Dispositionsbefugnis; sie sind nicht dispositionsunfähig, aber eine von ihnen abgegebene Willenserklärung bedarf zu ihrer Wirksamkeit, zur Hervorbringung eines Rechtsgeschäftes, der Zustimmung einer Behörde oder einer bestimmten Person (Lehensherr, Curator, Obereigenthümer, Fideicommissbehörde, Gericht).

Von genereller Bedeutung ist nur die Person des Stellvertreters, d. i. jener Person, welche anstatt der Hauptperson für diese handelt.

Damit der Stellvertreter Nebenperson sei, damit die Wirkung des Rechtsgeschäftes nicht für ihn, sondern unmittelbar für einen

---

6) Ihering stellt folgende vier Fälle der „Mitwirkung für fremde Rechtsgeschäfte" auf: 1. „factische Mitwirkung bei einem Rechtsgeschäfte (der Gehilfe)", 2. „juristische Mitwirkung an demselben", u. z. a) „neben dem eigentlichen Subjecte desselben" („der Theilnehmer"), 3. b) „anstatt des Principals, aber ohne Abschluss des Geschäfts auf fremden Namen (der Ersatzman)", 4. c) „Abschluss des Geschäfts anstatt und im Namen des Principals" (der „Stellvertreter"). Gegen die Unterscheidung der factischen und juristischen Mitwirkung in dem von Ihering angegebenen Sinne (je nachdem es sich um die „juristischen oder factischen Elemente eines Rechtsgeschäftes" handelt, S. 277), mit Recht Unger II, § 90, N. 3: „Was ist . . mit einem solchen Begriffe gewonnen, wonach jede Person, die in irgend einer Weise die Parteien bei der Abschliessung eines Rechtsgeschäfts unterstützt (z. B. der Reitknecht, der das zu verkaufende Pferd vorführt), als Gehülfe erscheint?" Oft aber nimmt „der Gehülfe . . gerade jenen Act vor, der zur Entstehung des Geschäftes nothwendig ist", d. i. „gerade das von Ihering so genannte juristische Element des Rechtsgeschäfts". Über den Ersatzmann (welcher gar nicht bei einem fremden, sondern bei seinem Rechtsgeschäfte mitwirkt) s. oben.

Anderen erwachsen, muss er als Stellvertreter handeln, d. h. es muss objectiv erkennbar sein,[7]) dass er nicht für sich, sondern statt

[7]) Wie nur der objectiv erkennbar gewordene Wille für das Rechtsgeschäft von Relevanz ist, und wie es genügt, wenn eine Handlung sich objectiv als Willenserklärung darstellt, so kommt es auch bei der Stellvertretung nur auf den objectiv erkennbar gewordenen Willen an. So sagt auch Ihering, Jahrb. f. Dogm. I, S. 319: „Die Wirksamkeit des durch einen Stellvertreter abgeschlossenen Geschäfts für den Principal beruht nicht auf der bloss subjectiven Absicht des Stellvertreters, sondern auf der objectiven Richtung des Geschäfts auf den Principal, auf den Abschluss auf dessen Namen. Die Abweichung rücksichtlich der Wirkung wird also angedeutet, erklärt und gerechtfertigt durch eine Abweichung in der Form des Abschlusses." Randa, Besitz § 20, S. 472, gibt wol zu, es müsse „der Wille des Empfängers, nicht für sich, sondern für einen Anderen zu erwerben, erkennbar in die Erscheinung treten", er meint jedoch, hiezu sei es genügend, wenn er diesem Anderen gegenüber geäussert wurde; aber was nicht im Rechtsgeschäfte in die Erscheinung tritt, oder doch allen unmittelbar Betheiligten als in die Erscheinung getreten bekannt ist, ist für das Rechtsgeschäft überhaupt nicht in die Erscheinung getreten. Wer den Willen manifestiert, gewisse rechtliche Wirkungen sollen eintreten, ohne dass er, wenn auch nur indirect, erkennbar macht, sie sollen für einen Anderen eintreten, der muss hiemit bei Jedem die Meinung erwecken, er wolle, dass sie für ihn eintreten. Es wird zur Ablehnung dieser Concludenz auch keineswegs genügen, dass der Handelnde erkennbar machte, er stehe in einem Auftragsverhältnisse, denn er kann ja den Auftrag erhalten haben, vorerst für sich zu handeln, und dann erst zu übertragen, ebensowenig als es der Qualification des Handelnden als Stellvertreter entgegensteht, wenn der Name Desjenigen, für welchen die Wirkungen eintreten sollen, gar nicht genannt wird (vgl. Art. 69a, HG, resp. Gesetzes 4. April 1875, RGB 68). Natürlich muss aber bei zweiseitigen Verträgen der zweite Contrahent auch damit einverstanden sein, dass die Wirkungen nicht für den Handelnden, sondern für einen Dritten eintreten, sonst liegt überhaupt kein Consens vor, ebensowenig, wie, wenn der Handelnde für sich abschliessen, der andere Contrahent aber die Wirkungen nur einem Dritten eingeräumt wissen will (vgl. L. 37, § 6, D. 41, 1: „Si procuratori meo rem tradideris, ut meam faceres, is hac mente acceperit, ut suam faceret, nihil agetur"), vorausgesetzt natürlich, dass diese Willensdivergenz objectiv erkennbar zu Tage tritt (demungeachtet kann aber der andere Contrahent glauben, es liege ein Consens vor, z. B. die Erklärung des Anderen, er handle für sich, dahin verstehen, dass er für einen Anderen als Stellvertreter handle; diesen Unterschied zwischen der objectiven Auslegung einer Erklärung und der subjectiven Auffassung Desjenigen, dem erklärt wurde, über den Inhalt der Erklärung verkennt Exner, Tradition, V, N. 39). Würde diese Willensdivergenz objectiv nicht erkennbar, dann käme es darauf an, worauf die Congruenz nach objectiver Interpretation geht, ob darauf, dass der Anwesende in das Rechtsgeschäft eintrete, oder darauf, dass der abwesende Dritte als Contrahent erscheine, nur auf diese objectiv entnehmbare Absicht, nicht auf die verborgene Meinung eines der Handelnden könnte es ankommen (vgl. L. 13, D. 39, 5:

eines Anderen[8]) und für einen Anderen handle, nicht für sich, sondern für einen Anderen rechtliche Wirkungen erzielen wolle;[9]) damit er aber Nebenperson, überhaupt im juristischen Sinne Person des Rechtsgeschäftes ist (im Gegensatze zum bloss mechanischen Gehülfen) ist erforderlich, dass er handle u. z. handle im juristischen Sinne, nicht oder nicht bloss in Ausübung eines fremden Willens, sondern um seinen Willen erkennbar zu machen[10]): die Handlung muss sich als

„Nam etsi procuratori meo hoc animo rem tradiderit, ut mihi acquirat, ille quasi sibi acquisiturus acceperit, nihil agit in sua persona, sed mihi acquirit"; in dieser Wese vereinen die beiden cit. Stellen Julian's und Ulpian's Donellus V, 10, § 6 und Bremer, Z. f. Civilr. und Pr., N. F. XI, S. 249 ff.; über diese vielinterpretierten Stellen neuestens Schlossmann in Grünhut's Zt. VIII, 1881, S. 429—457). — Wo aber nach der besonderen Natur des Rechtsgeschäftes (also, ganz abgesehen von den Fällen einer Irreführung oder eines Zwanges, bei einseitigen — oben § 98, N. 6 — Verträgen; § 901 a. b. G.), überhaupt nicht der objectiv erkennbare Wille, sondern der wahre Wille entscheidend ist, da kann es auch nicht auf den objectiv erkennbaren Willen des Stellvertreters des Honorierenden, sondern nur auf seinen wahren Willen ankommen; sein wahrer Wille muss in jeder Richtung mit dem objectiv erkennbaren Willen des Honorierten zusammenfallen.

[8]) Den Unterschied zwischen Stellvertretung und Vertragsschluss zu Gunsten Dritter hat Unger, Jahrb. f. Dogm. X, 1871, S. 60 präcise dahin formuliert: „Der Stellvertreter handelt im Namen, der . . . Promissar bei den Verträgen in favorem tertii . . zu Gunsten des Anderen; jener handelt statt des Anderen, in dessen Dienst, dieser für den Anderen, zu dessen Vortheil; jener führt ein fremdes Geschäft, dieser sein eigenes." Vgl. auch die Terminologie des a. b. G.; bei der Stellvertretung wird von Besorgung „im Namen des Anderen" (§ 1002), „eines fremden Geschäftes" (§§ 1004, 1036, 1037, 1039, 1040) gesprochen; wo von dem Geschäfte zu Gunsten Dritter die Rede ist, heisst es „für einen Anderen ein Versprechen annehmen" (§ 881), „einem Dritten einen Vortheil zuzuwenden" (§ 1019). Das Wort „für" hat übrigens beide Bedeutungen, die „statt" und die „zu Gunsten", und so kann grammaticalisch § 881 in dem einen und dem anderen Sinne aufgefasst werden.

[9]) Brinz, Krit. Bl. N. 2 und Pandecten § 140 (2. Aufl.) hat dieses Moment (wenigstens in seiner subjectiven Seite) zuerst als dem Begriffe der Stellvertretung wesentlich hervorgehoben, er legt jedoch alles Gewicht darauf, ob die fragliche Absicht vorhanden, statt darauf, ob sie erkennbar war.

[10]) Hiedurch unterscheidet sich der Stellvertreter von dem Boten; der Stellvertreter sagt, ich, der Stellvertreter, will, dass für A Wirkungen eintreten; der Bote sagt: A will, dass für ihn Wirkungen eintreten („mein Herr lässt sagen" etc.); der Stellvertreter kann allerdings auch gebundene Marschroute haben, in dem Sinne, dass er angewiesen ist, unter gewissen Umständen diese Erklärung abzugeben, der Wille der Hauptperson kann auch äusserlich erkennbar als Motiv seines Willens hervortreten, erforderlich

Mittel, den Willen des sie Setzenden (des Stellvertreters) zu realisieren, objectiv darstellen.[11])

---

ist nur, dass seine Erklärung auch eine Erklärung seines Willens ist, und als solche erkennbar gemacht wird; diess wird aber schon überall dort der Fall sein, wo der Handelnde deliberiert, wo er zeigt, er könnte auch nicht erklären, somit nicht wollen. Wo hingegen der Erklärende objectiv nicht erkennen lässt, er erkläre seinen Willen, sondern sich nur auf den Willen seines Auftraggebers bezieht, da ist er nur Bote, mag er immerhin auch einen Spielraum gehabt haben; z. B. der am Lande wohnende Auftraggeber sagt zu seinem Diener: fahre in die Stadtwohnung, und wenn der letzte Hagel bei uns Fenster zertrümmert hat, so gib diesen Brief dem Glaserer X; oder: so sage ihm, ich lasse ihn bitten, neue Tafeln einzuschneiden; hier erscheint der Diener doch jedenfalls nur als Bote. Anders aber, wenn der Diener zum Glaser geht und sagt: mein Herr ist nicht zu Hause, der Wind hat alle Tafeln eingeschlagen, wir können nicht warten, bis er kommt, bitte sie zu machen; hier ist er Stellvertreter. Vgl. auch Unger II, § 90, N. 20. Es ist nach Obigem nicht principiell unrichtig, wenn Savigny, Obl. R. II, S. 58 sagt, der Abgesandte könne auch dann, wenn ihm eine gewisse Freiheit der Wahl unter mehreren Entschlüssen eingeräumt ist, noch immer Bote sein. Wie z. B. wenn der Geschäftsherr schreibt: ich sende unter Einem meinen Pferdeknecht, damit er unter Ihren drei Pferden, die Sie mir je zu 300 fl. angetragen haben, jenes aussuche, welches das stärkste Zugpferd ist; dieses Pferd bitte ich mir zu verkaufen; und wie wenn er diesen Brief dem Pferdeknechte selbst mitgibt, der seinen Inhalt gar nicht kennt, sondern nur das beste Zugpferd bezeichnet; und wie, wenn dieser den Inhalt kennt, oder den Auftrag mündlich ausrichtet: mein Herr lässt bitten, ihm jenes Ihrer drei Pferde zu verkaufen, welches meinem Urtheile (oder etwa: nach dem Urtheile des mir mitgegebenen Kutschers) das beste Zugpferd ist? Und wie wieder, wenn der Auftraggeber seinem Kutscher sagt: „sieh Dir das von A mir angebotene Pferd genau an, ist es fehlerfrei, so gib ihm diesen Brief", oder „. . . so sage ihm, ich lasse ihn schön grüssen und ich zahle ihm 300 fl. für das Pferd"? In allen diesen Fällen ist meines Erachtens der Beauftragte Bote und kein Stellvertreter; er ist nur zugleich noch mit gewissen Erhebungen beauftragt, er hat nicht unbedingten, sondern nur bedingten Auftrag, die Willenserklärung seines Herrn zu überbringen; aber immer ist es eine Willenserklärung seines Herren, die er abgibt. Und diess ist das Entscheidende, ob die abgegebene Willenserklärung objectiv sich als seine Willenserklärung darstellt, oder als die des Abwesenden. Je complicierter nun die Bedingungen sind, unter denen der Beauftragte den Willen des Herren erklären soll, je mehr somit der Erwägung des Überbringers anheimgegeben wird, desto eher wird sich gemeiniglich seine Erklärung objectiv als Product seines eigenen Willens darstellen, und somit ist indirect der Umstand „ob . . dem Stellvertreter zugleich ein mehr oder weniger freies Ermessen bei der Abschliessung des Rechtsgeschäfts eingeräumt ist", für die Frage, ob eine Stellvertretung thatsächlich vorliegt, allerdings von Bedeutung, wenngleich darauf „für den Begriff der Stellvertretung gar nichts" ankommt (Unger II, § 90, N. 20). Vgl. auch Schliemann, Zeitschrift f. Handelsrecht XVI, S. 14,

Nicht Jedermann kann aber mit rechtlicher Wirksamkeit für einen Anderen handeln; es ist hiezu ein besonderes Verhältnis zwischen ihm und diesem, ein Rechtsgrund erforderlich, vermöge dessen der Wille des Erklärenden für die rechtliche Lage des Anderen massgebend ist.[12]) Dieser Rechtsgrund kann

---

Zimmermann, Stellvertretende Negotiorum gestio, S. 23; Randa § 20, N. 3. Umgekehrt behauptet Canstein (Grünhut's Zt. III, 1876, S. 684), es bestehe „die Stellvertretung wesentlich darin, dass der Stellvertreter nicht . . . anstatt des Vertretenen will, sondern dass er den Willen des Vertretenen anstatt dessen erklärt"; ihm ist Stellvertretung „die vom Stellvertreter durch bewusste Erklärung des Willens des Vertretenen anstatt dessen vollzogene äusserliche Abschliessung eines Rechtsgeschäftes" (S. 678). Er unterscheidet demnach den „Stellvertreter-Boten", „der bewusst den fertigen . . Rechtsgeschäftswillen des Vertretenen erklärt" (S. 678), den „Stellvertreter-Beauftragten", welcher „den ihm vom Vertretenen fest erklärten allgemeinen Willen früher zu einem speciellen und bestimmten Rechtsgeschäftswillen zu präcisieren und denselben bewusst statt des Vertretenen zu erklären hat" (S. 679), den „Entscheidungsmandatar", „der äusserlich ein einzelnes bestimmtes Rechtsgeschäft anstatt des Vertretenen abzuschliessen hat, sobald dasselbe von ihm für gutbefunden wird" (S. 681), den „Bevollmächtigten", der „durch das Gesetz, den Richter oder Vollmachtgeber die volle Macht erhält, im Falle seines Gutbefindens die in die Vollmacht fallenden Rechtsgeschäfte äusserlich anstatt des Vertretenen abzuschliessen" (S. 682).

[11]) Auch hier kommt es darauf an, ob der Handelnde als Bote oder als Stellvertreter auftritt (vgl. § 1017 a. b. G.). Mit Unrecht bezweifelt Hasenöhrl I, § 29, N. 8, dass der Bote dadurch, dass er als Bote auftritt, „auch zum Boten wird, und die Sache dann in allen Beziehungen (Irrthum u. s. w.) so zu behandeln ist, als hätte der Principal selbst den Willensentschluss gefasst". Die Nebenperson kann nicht als Bote, d. i. als Nichtstellvertreter, auftreten, und doch rechtlich als Stellvertreter behandelt werden.

[12]) Dieser Rechtsgrund ist die Ursache, warum im Wesentlichen „die Willenserklärung des Vertreters diejenigen rechtlichen Wirkungen erzeugt, welche eingetreten sein würden, wenn eine Willenserklärung gleicher Art von dem Vertretenen wäre abgegeben worden". (Windscheid I, § 73, S. 194; vgl. hiezu N. 16 b ibidem.) Vgl. c. 72 de R. J. in VI: „Qui facit per alium, est perinde ac si faciat per se ipsum." Wenn man zur Veranschaulichung dieser Übertragung der Wirkung eines Wollens und Handelns auf einen Nichtwollenden und Nichthandelnden zu einer „Fiction" seine Hilfe nimmt, so kann natürlich hiegegen nichts eingewendet werden; nur darf man sich nicht einbilden hiemit etwas erklärt zu haben; im Gegentheil, die Anwendung einer Fiction deutet eher darauf, dass man sich etwas nicht zu erklären vermag. Der Fall liegt einfach so, dass das Gesetz erklärt, in gewissen Fällen entstehen für eine Person nicht dann, oder nicht nur dann die rechtlichen Wirkungen eines Rechtsgeschäftes, wenn diese Person selbst erklärt, ein Rechtsgeschäft zu wollen, sondern nur dann oder auch dann, wenn eine andere Person ihren Wille dahin erklärt, dass für diese

1. unabhängig sein vom Willen des Vertretenen. Hieher gehören die Fälle der sogenannten gesetzlichen Vertretung (der Kinder durch den Vater, der Frau durch den Gatten), der Vertretung kraft obrigkeitlicher Verfügung (Vormund, Curator), der Vertretung gemäss der Verfassung einer juristischen Person. Es kann der Rechtsgrund aber 2. auf vorher erklärtem Willen des Vertretenen, einem vorhergegangenen Rechtsgeschäfte (Bevollmächtigung) beruhen, und schliesslich 3. durch gleichzeitige[13]) oder nachfolgende Genehmigung (Ratihabition, Anerkennung) seitens des Dominus nachgetragen werden.[14])

Ihre hervorragende Bedeutung hat die Stellvertretung auf dem Gebiete des Vermögensrechtes i. e. S.; principiell unzulässig ist sie bei den meisten Geschäften des Familienrechtes inclusive Erbrechtes.[15])

Person die rechtlichen Wirkungen eines Rechtsgeschäftes entstehen sollen. Diese Wirkung tritt kraft gesetzlicher Bestimmung auch dann ein, wenn eine Person ihrem Willen einen fremden Willen als variables Element incorporiert, und sagt, ich will, dass das geschehe was N will, wobei sie immerhin eine Beschränkung hinzuzufügen mag, ja auch die Beschränkung: jedoch nur, wenn N dieses Concrete will. So sagt auch Randa, § 20, S. 455: „In einem .. (auf die gesammte Vermögensverwaltung gehenden) Mandate liegt die Erklärung des Mandanten, in vorhinein alle Handlungen zu wollen, welche der Mandatar auf vermögensrechtlichem Gebiete vornehmen würde." Eine den Geist unserer juristischen Methode trefflich illustrierende Zusammenstellung der verschiedenen Abmühungen, die Wirkung der Stellvertretung zu construieren, bei Hasenöhrl I, § 29, N. 58.

[13]) Vgl. L. 38, § 1, D. 24, 1; L. 12, D. 21, 2.

[14]) Durch die Genehmigung wird derselbe Erfolg herbeigeführt — natürlich soweit nicht inzwischen erstandene fremde Rechte entgegenstehen — als wäre von Anbeginn an ein Rechtsgrund vorhanden gewesen, der die Handlung des Vertreters für den Vertretenen wirksam macht. Vgl. L. 12, § 4 i. f., D. 46, 3: Rati enim habitio mandato comparatur. Man drückt diess auch so aus, dass man sagt, es habe die Genehmigung rückwirkende Kraft. Vgl. unten § 103. Über den Fall, wenn vom Rechtsgeschäfte noch vor erfolgter Ratihabition wieder abgegangen wurde, vgl. Kohler in Grünhut's Zeitschrift VII, S. 744: „Durch den mutuus dissensus wird nicht das ursprüngliche Geschäft annulliert, sondern es wird dadurch ein neues Geschäft abgeschlossen, welches allerdings den rechtlichen Folgen des ursprünglichen Geschäfts entgegentritt. Daher kann es sich in diesem Falle nicht um die Frage handeln, ob ein gestor ein abgeschlossenes Geschäft wieder cassieren kann, sonderen um die Frage, ob der dominus berechtigt ist, die gestio zu theilen, und das vorausgehende Geschäft zu genehmigen, das nachfolgende Aufhebungsgeschäft zu verwerfen. Das muss aber für unzulässig erklärt werden, sofern nur die mehreren Acte die Ausflüsse einer und derselben gestio sind."

[15]) Die Bestimmung des § 1017 a. b. G. lautet zwar ganz allgemein, allein schon aus ihrer Stellung im zweiten „von den Sachenrechten" handeln-

Aber auch auf dem Boden des Vermögensrechtes musste sie sich ihre Zulässigkeit gegenüber ihrer starren Ausschliessung[16]) durch das ältere römische Recht erst mählich erkämpfen.[17])

Die Wirkung der Stellvertretung, beziehungsweise ihr specifischer Unterschied von der ihr oft äusserlich sehr nahe kommenden Stellung des Boten, besteht darin, dass der Stellvertreter, weil eben er es ist, der seinen Willen erklärt, auch fähig sein muss, einen rechtlichen Willen zu haben[18]) und ihn rechtlich wirksam zu erklären, und dass

---

den Theile des Gesetzes geht hervor, dass sie nur auf das Vermögensrecht Anwendung hat. Für die Testamentserrichtung ist eine Stellvertretung nach § 564 a. b. G. ausdrücklich ausgeschlossen. Zulässig ist eine Stellvertretung bei der Eheschliessung nach § 76; der Stellvertreter kann „die feierliche Erklärung der Einwilligung zur Ehe" für den Vertretenen abgeben; „doch muss hiezu die Bewilligung der Landesstelle erwirkt und in der Vollmacht die Person, mit welcher die Ehe einzugehen ist, bestimmt werden".

[16]) Ihering, Geist III, § 59, S. 314: „Wäre das Bedürfnis nach Stellvertretung im alten Rom bereits dringend genug gewesen, um die Bedenken zu überwinden, die ihr in practischer Beziehung entgegenstehen, so würden dieselben Personen, die heutzutage die logische Unmöglichkeit der directen Stellvertretung deducieren, mutmasslich die logische Nothwendigkeit derselben beweisen."

[17]) Zuerst wurde sie zulässig beim Erwerbe des Besitzes. L. 1, C. 4, 27: „Excepta possessionis causa per liberam personam, quae alterius juri non est subdita, nihil acquiri posse, indubitati juris est." Aber auch im justinianischen Rechte war trotz der durch das prätorische Recht eingeführten Begünstigungen (actio institutoria, exercitoria und quasi institutoria) ihre Unzulässigkeit noch immer die Regel. Für das gemeine Recht bildete sich ein Gewohnheitsrecht auf die Zulässigkeit der Stellvertretung (vgl. Buchka, l. c. S. 121 ff., Endemann, Handelsrecht, § 27, N. 4). Schon für das justinianische Recht wird die Zulassung der Stellvertretung wenigstens bei formlosen Erwerbungsarten behauptet von Savigny (III, § 113 u. Obl. II, § 56, S. 42 f., mit unzulässiger Berufung auf L. 53, D. 41, 1; vgl. Windscheid I, § 73, N. 14 und die daselbst Angeführten); neuerlich hat die Stellvertretung als römisches Institut nachzuweisen versucht Hellmann, Die Stellvertretung in Rechtsgeschäften, München 1882. — Unrichtig in ihrer Allgemeinheit ist die Regel des canon. Rechtes: „Potest quis per alium, quod potest per se ipsum" (c. 68 de R. J. in VI°; hiezu Buchka S. 145 ff.).

[18]) Allerdings jedoch gibt es Fälle, in denen der Stellvertreter unfähig ist, sich selbst zu verbinden, und doch den Vertretenen verpflichten kann, dann nemlich, wenn dieser selbst einen solchen in der Handlungsfähigkeit Beschränkten zum Gewalthaber bestellt hat (§ 1019 a. b. G.). Aber auch hier darf keine gänzliche Willensunfähigkeit (Wahnsinn, Kindesalter) vorliegen, obwol der Besteller auch in diesem Falle, aber nicht ex contractu, sondern ex delicto haftbar werden könnte. Wol aber kann ein solcher Willensunfähige Bote sein.

es bei Beurtheilung von Irrthum, Betrug, Zwang darauf ankommt, ob er sich irrte, betrogen, gezwungen wurde; soweit aber die Berechtigung des Stellvertreters in einem Willensacte des Principals ihre Wurzel hat, somit in einer ertheilten Vollmacht oder nachfolgenden Anerkennung, muss natürlich auch dieser willensfähig sein, und auch der bei Ertheilung der Vollmacht oder Anerkennung unterlaufene Irrthum, Betrug, Zwang vermag von Relevanz zu werden,[19]) insoweit er

[19]) Beim Boten hingegen kommt es stets nur auf die Handlungsfähigkeit des Dominus, und soweit als Irrthum, Betrug, Zwang überhaupt rechtlich relevant sind, stets auf den Irrthum etc. des Dominus an, wenn auch nicht immer nur auf seinen Irrthum. Wenn der Bote wirklich jene Erklärung abgegeben hat, die er abzugeben hatte, ist natürlich eine irrige Meinung seinerseits ganz ohne Bedeutung (er war z. B. der irrigen Meinung, er habe eine Post an B auszurichten, die er dem A mittheilen sollte, erstattete seinen Auftrag aber dennoch an den A, weil er diesen für den B hielt); auch bleibt es gleichgiltig, wenn er etwa ein störrischer Bursche ist, und nur durch Prügel, Drohungen, listige Vorspiegelungen sich bewegen liess, seinen Auftrag auszurichten. Aber wie, wenn der Bote eine andere als die ihm aufgegebene Erklärung abgegeben hat (worunter auch der Fall gehört, dass er die Erklärung oder den unadressierten Brief an eine verfehlte Person abgegeben hat)? Niemand wird zwar dadurch verpflichtet, dass sich ein Anderer als sein Bote geriert und ohne beauftragt zu sein, angebliche Botschaften übermittelt; hat aber Jemand einen Boten zur Überbringung einer Erklärung bestellt, so haftet er auch für alle (absichtlichen oder unabsichtlichen) Verstösse dieses Boten, es wäre denn, dass der andere Contrahent selbst die Mittheilungsart bestimmt hätte (denn dann ist der Bote eigentlich Bote Desjenigen, an den er gesandt wurde). Nur dann wird der Besteller des Boten für die Incorrectheiten desselben nicht aufzukommen haben, wenn ein störender Einfluss erfolgte, der, wäre er in der Person des Bestellers selbst eingetreten, auch dessen eigene Willenserklärung ihrer Verbindlichkeit zu entkleiden vermöchte, wenn also von Seite des anderen Theiles eine Irreführung, ein Zwang erfolgte, oder derselbe doch Kenntnis hatte von einer derartigen Ablenkung der correcten Erklärung. Dagegen, dass jeder Theil die Verstösse seines Botens vertritt, darf man sich nicht etwa für das ö. R. auf § 1016 a. b. G. berufen, denn dieser Paragraph handelt nicht vom Boten, sondern vom Stellvertreter. Von jenem, welcher nicht bloss die Erklärung eines Anderen produciert, sondern selbst für diesen will und erklärt, wird sich jeder Vorsichtige die Vollmacht vorweisen lassen, aus dieser mag er ersehen, wie weit die Grenzen der Vertretungsbefugnis gehen (vgl. WGGB III, § 116: „Verträge wirken zwar nur auf die vertragenden Theile . . . Allein in so fern der Gewalthaber den Machtgeber vorstellt, kann er ihm nach Ausweisung der Vollmacht Rechte erwerben, und Verbindlichkeiten auflegen"). Anders aber beim Boten: wozu er beauftragt ist, erfährt man nur durch ihn selbst, durch seine Botenhandlung; wem würde es wol einfallen, vom Briefträger einen Nachweis über den zwischen der Person des angeblichen Aufgebers und dem Postamte

von Relevanz gewesen wäre, wenn der Principal sofort unmittelbar selbst gehandelt hätte, und hiebei die fragliche Störung seiner Interessenberechnung erfolgt wäre.

γ_1. Consistenz des Rechtsgeschäftes.

§ 100.

Es war in den vorstehenden Abschnitten die Rede von den Elementen, aus denen das Rechtsgeschäft sich zusammensetzt, sohin von den diese Elemente setzenden Personen, resp. der Art ihrer Betheiligung. Es erübrigt nun noch das Rechtsgeschäft als Ganzes in seiner Existenz und seinem Bestande zu betrachten.

Hiebei wird für's Erste die Frage zu erörtern sein, liegt ein Rechtsgeschäft überhaupt vor? Nur dann wird diese Frage practisches Interesse haben, wenn nach dem Erörterten wenigstens der Schein eines solchen Vorliegens vorhanden ist;[1]) es wird aber eine Reihe von Fällen sich ergeben, wo eben nur dieser Schein da ist, in Wirklichkeit aber ein Rechtsgeschäft nicht vorliegt. Wir sagen in einem solchen Falle, das Rechtsgeschäft sei nichtig.

Es ist aber auch weiters möglich, dass ein Rechtsgeschäft zwar vorliegt, dass jedoch wegen gewisser unterlaufener Mängel der Bestand dieses Rechtsgeschäftes, d. i. die Qualification einer gewissen Handlung als Rechtsgeschäft, in Frage gestellt, angefochten werden kann: das Rechtsgeschäft ist anfechtbar.

Und umgekehrt ist es möglich, dass ein gewisses Handeln sich wegen eines inhärierenden Mangels zwar nicht als Rechtsgeschäft darstellt, oder dass es doch mit dem Makel der Anfechtbarkeit behaftet ist, dass aber dieser Mangel behoben werden, das fehlerhafte, gleichsam sieche Rechtsgeschäft durch Hinzutreten einer Ergänzung rechtsgiltig werden, convalescieren könne.

Es wird demnach zu handeln sein von der Nichtigkeit, der Anfechtbarkeit, und der Convalescenz des Rechtsgeschäftes.

geschlossenen Vertrag zu verlangen? Dass es sich beim Stellvertreter „in Rücksicht eines Dritten" nur um die offene, nicht aber um eine etwaige engere geheime Vollmacht handelt, betont ausdrücklich § 1017.

[1]) Niemandem wird beifallen, besonders hervorzuheben, dass das Essen kein Rechtsgeschäft ist, oder es ein nichtiges Rechtsgeschäft zu nennen. Vgl. Arndts § 79, Thon, Rechtsnorm und subj. Recht, S. 353.

α_2. Nichtigkeit.[1])

§ 101.

Ein menschliches Handeln, welches wenigstens äusserlich als zum Zwecke der Herbeiführung von an solches zweckbewusstes Handeln geknüpften rechtlichen Wirkungen unternommen sich darstellt, welches jedoch ungeeignet ist, diese Wirkungen herbeizuführen, welches somit scheinbar ein Rechtsgeschäft, in Wahrheit kein Rechtsgeschäft ist, nennen wir ein nichtiges Rechtsgeschäft, und den diese Nichteignung oder Nichtigkeit verursachenden Umstand oder Mangel bezeichnen wir als Nichtigkeitsgrund.

Welcher Art im Einzelnen die Nichtigkeitsgründe sein können, diess muss aus dem Vorherausgeführten, insbesondere der Erörterung über die Elemente des Rechtsgeschäftes beurtheilet werden: wo ein wesentliches Element, ein Erfordernis zum Zustandekommen eines Rechtsgeschäftes fehlt, oder diesem Zustandekommen ein Hindernis im Wege steht, dort liegt Nichtigkeit vor.

Diess ist also der Fall:

1. Wenn die in Aussicht genommenen rechtlichen Folgen durch Parteidispositionen nicht herbeigeführt werden können, sei es dass die Rechtsordnung diese Folgen überhaupt (aus Gründen der Sittlichkeit oder Zweckmässigkeit) perhorresciert oder der freien Parteidisposition keine Einflussnahme in der fraglichen Richtung gestattet, oder dass diese Herbeiführung mit Rücksicht auf die thatsächlichen Verhältnisse der Aussenwelt an sich unmöglich ist.

2. Wenn der Wille der handelnden Person die beabsichtigten rechtlichen Wirkungen überhaupt nicht oder nicht allein hervorzubringen vermag, weil dieselben in eine fremde Rechtssphäre eingreifen, über welche dem Handelnden keine Macht zusteht, oder weil dieser in der Disposition über seine eigene Rechtssphäre beschränkt ist.

---

[1]) Brandis, Über absolute und relative Nichtigkeit, Zt. f. Civilr. und Process VII, 1834, N. IV, V, S. 121—205; Windscheid, Zur Lehre des Code Napoléon von der Ungiltigkeit der Rechtsgeschäfte, 1847; Schlossmann, Zur Lehre vom Zwange, 1874, S. 7 ff.; Drechsler, Über den Schadenersatz bei nichtigen Verträgen, Diss., Würzburg 1874, 66 S.; Karlowà, Rechtsgeschäft, 1876, §§ 20, 21; Audibert, Etude sur la nullité des actes de disposition entre vifs qui ont pour object la chose d'autrui, Thèse, Lyon 1877, 334 S.; Savigny IV, §§ 202, 203; Wächter II, § 86; Arndts, § 79; Windscheid I, § 82; Unger II, § 91; Schiffner I, § 132; Hasenöhrl, Obl. I, § 55; Rittner, Eherecht, §§ 33—37.

3. Wenn die angebliche Willenserklärung entweder gar nicht als Ausdruck eines rechtlichen Willens, oder nicht als Ausdruck des für die in's Auge gefassten Wirkungen erforderlichen Willens sich objectiv darstellt, oder wenn sie wegen unterlaufener störender Einflüsse bei Entstehung des rechtlichen Willens, oder bei Abgabe der Erklärung, oder wegen Abganges formeller Erfordernisse von der Rechtsordnung als rechtswirksam nicht anerkannt wird.

Die Nichtigkeit ist ein Hindernis des Entstehens des Rechtsgeschäftes, ein nichtiges Rechtsgeschäft ist kein Rechtsgeschäft, es war aber auch nie ein Rechtsgeschäft. Es erschiene nun naheliegend, zu sagen, es sei demgemäss eine nachfolgende Nichtigkeit als Gegensatz einer ursprünglichen Nichtigkeit gedacht eine begriffliche Unmöglichkeit, denn was war, könne wol aufhören zu sein, aber nicht aufhören gewesen zu sein. Aber in dieser Schlussfolgerung würde m. E. eine arge Verwechslung realer Existenzen und rechtlicher Existenzen liegen; letztere sind Thatbestände, welche als Ursachen von Wirkungen gedacht werden, und es liegt gar nichts im Wege, dass die Rechtsordnung einen Thatbestand zuerst als Ursache rechtlicher Wirkungen provisorisch anerkennt, dann aber, wegen eines hinzugetretenen Ereignisses diesem Thatbestande seine rechtliche Wirksamkeit gänzlich abspricht. Wir können diess, um die realistische Ausdrucksweise der Jurisprudenz zu acceptieren, auch dahin ausdrücken, es werde die Nichtigkeit erst in einem späteren Zeitpuncte erkennbar.

Diess kann nun in der Weise geschehen, dass erst in dem späteren Momente die wahre factische Beschaffenheit und Bedeutung der ursprünglichen Verhältnisse und Handlungen erkannt wird. Es kann jedoch auch sein, dass die Rechtsordnung das Entstehen eines Rechtsgeschäftes[2]) nicht bloss vom Eintritte gewisser spontaner Thatsachen, sondern von der Fortdauer gewisser Zustände und Verhältnisse abhängig macht, so dass man in diesen Fällen strenge genommen erst dann mit voller Gewissheit sagen könnte, es liege ein Rechtsgeschäft vor,[3]) wenn feststeht, dass diese Zustände und Verhältnisse nicht geändert wurden. Da es nun aber geradezu unthunlich wäre, den Eintritt der rechtlichen Wirkungen stets bis zur Entscheidung darüber, ob diese Zustände und Verhältnisse fortbestehen, hinauszuschieben, da ja eine solche Ent-

---

[2]) Beziehungsweise die Anerkennung, dass das Rechtsgeschäft entstanden sei, dass das, was geschehen ist, geeignete Basis rechtlicher Wirkungen ist.

[3]) D. h. es sei gewiss, dass die Rechtsordnung einen zur Hervorbringung rechtlicher Wirkungen geeigneten Thatbestand als vorhanden anerkenne.

scheidung vielleicht gar nicht in einem voraus berechenbaren Momente erfolgen kann, oder der Termin, innerhalb welchem ein änderndes Ereignis nicht eintreten soll, gerade durch die Abwicklung der rechtlichen Wirkungen präcisiert sein kann, hat die Rechtsordnung dieses Postulat der Fortdauer gewisser Zustände, des Nichteintrittes gewisser Änderungen, in sein Negativum verkehrt als Resolutivbedingung des Rechtsgeschäftes gesetzt: das Rechtsgeschäft wird sofort als zu Recht bestehend und wirksam bestehend behandelt, aber nur unter der Voraussetzung des Nichteintrittes des perhorrescierten Momentes; beim Eintritte desselben wird erkennbar, das fragliche Rechtsgeschäft hätte gar nicht als solches behandelt werden sollen, es sei von Anfang an nichtig, die irrig anticipierten Wirkungen erlöschen somit eo ipso, beziehungsweise sind, so weit als thunlich, zu beseitigen. Wenn wir bei der realistischen Ausdrucksweise der Jurisprudenz bleiben wollen, können wir daher auch in diesen Fällen sagen, es sei die Nichtigkeit eine ursprüngliche, sie erscheine nur darum als nachträgliche, weil der Bestand des Rechtsgeschäftes sub condicione anticipiert wird.

Hieraus geht aber hervor, dass eine solche durch nachfolgende Thatsachen erkennbar werdende Nichtigkeit eines provisorisch als Rechtsgeschäft hingestellten Handelns nur dort Platz greifen könne, wo die Rechtsordnung diess ausdrücklich normiert, d. h. wo sie einerseits die sofortige Behandlung als Rechtsgeschäft anerkennt, anderseits dennoch seine Existenz[4]) vom weiteren Fortdauern gewisser Zustände oder Verhältnisse abhängig macht. Und so stellt auch[5]) das österreichische Recht als allgemeinen Grundsatz die Regel auf, dass ein „rechtskräftig" errichtetes Rechtsgeschäft „durch später eintretende Hindernisse" giltiger Errichtung „seine Giltigkeit nicht verlieren"

[4]) Ganz ein anderer Fall ist es, wenn die Rechtsordnung an ein späteres Ereignis die Wirkung knüpft, dass das durch das Rechtsgeschäft begründete Rechtsverhältnis nicht mehr fortbestehen solle; hiedurch wird die Existenz des Rechtgeschäftes nicht alteriert und auch die bereits eingetretenen rechtlichen Wirkungen erlöschen nicht eo ipso. Hier liegt eine ex nunc wirkende Vernichtung weiteren Fortbestandes der Wirksamkeit, nicht eine ex tunc wirkende Nichtigkeit der Entstehung vor. Diese Verwechslung findet sich z. B. bei Savigny IV, § 202.

[5]) Für das römische Recht: „Non est novum, ut, quae semel utiliter constituta sunt, durent, licet ille casus exstiterit, a quo initium capere non potuerunt" (L. 85, § 1, D. 50, 17). Vgl. hiezu L. 140, § 2, D. 45, 1. „Etsi placeat extingui obligationem, si in eum casum inciderit, a quo incipere non potest, non tamen hoc in omnibus verum est." Hiezu L. 31, pr. D. 39. 5.

kann.[6]) Ein Fall nachträglicher Nichtigkeit wird festgesetzt in § 880 a. b. G. „Wird der Gegenstand, worüber ein Vertrag geschlossen worden, vor dessen Übergabe dem Verkehre entzogen; so ist es ebenso viel, als wenn man den Vertrag nicht geschlossen hätte." Beim Mangel dieser gesetzlichen positiven Bestimmung wäre dieser Fall nicht als Nichtigkeit, sondern lediglich nach Analogie § 1447 a. b. G. zu beurtheilen.[7]) Einen weiteren solchen Fall normiert § 545 a. b. G., wonach eine vor dem Erbanfalle eintretende Erbunfähigkeit des Erben die Erbeinsetzung[8]) ex tunc vernichtigt. Ferner § 616 a. b. G., wonach „die einem Sinnlosen gemachte fideicommissarische Substitution ihre Kraft" „verliert", wenn die Curatel aufgehoben wird, oder er den Verstandesgebrauch erlangt und in diesem Zustande voller Besonnenheit testiert; § 617, wonach „die von einem Frblasser seinem Kinde zur Zeit, da es noch keine Nachkommenschaft hatte, gemachte Substitution erlischt, wenn dasselbe erbfähige Nachkommen" erhält und hinterlässt; § 778, wonach, wenn „ein kinderloser Erblasser erst nach Erklärung seines letzten Willens einen Notherben, für den keine Vorsehung getroffen

[6]) „Diese Regel spricht das österr. Gesetzb. im § 575 aus, sie gilt aber sicher nicht etwa bloss in der Sphäre des Erbrechts, sondern ganz allgemein" (Unger II, § 91, N. 18).

[7]) Wenn im Falle des § 880 die Gegenleistung bereits erfolgt ist, kann bei Vorhandensein der Bedingungen der Eigenthumsklage sofort mit dieser zurückgefordert werden; nach § 1447 besteht nur ein obligatorischer Rückforderungsanspruch. Ein weiterer Unterschied zwischen beiden Fällen könnte vielleicht darin erklickt werden, dass § 1447 a. b. G. statuiert, der zur Rückstellung Verpflichtete müsse „zwar gleich einem redlichen Besitzer, jedoch auf solche Art zurückstellen oder vergüten, dass er aus dem Schaden des Andern keinen Gewinn ziehet", während § 880 eine solche Bestimmung nicht enthält; dass jedoch auch hier der Rückstellungsverpflichtete gleich einem redlichen Besitzer zu behandeln ist, rolgert auch ohne besondere Hervorhebung schon aus § 338 a. b. G., die besondere Beschränkung des § 338 durch § 1447 jedoch, wonach die Früchte nicht lucriert werden, wird analog auch auf den Fall des § 880 auszudehnen sein, der ja an sich vollkommen unter § 1447 fiele (vgl. 2. Satz § 1447), und für den in § 880 nur darin etwas Besonderes statuiert wird, dass hier das Rechtsgeschäft vernichtigt wird, während nach § 1447 nur die Wirkungen rückgängig gemacht werden.

[8]) Ungenau ist es, wenn Unger II, § 91, N. 21 sagt, es werde in diesem Falle „das Testament ungiltig".

[9]) „Sie erlangen jedoch, wenn der Notherbe vor dem Erblasser verstorben ist, wieder ihre Kraft" (§ 778). Es ist diess ein Fall sog. Reconvalescenz, Reconvalidation; vgl. Unger II, § 91, N. 64. Genau besehen ist hier nicht die Nachgeburt die Bedingung der Nichtigkeit, resp. nicht die Nichtnachgeburt die Bedingung der Giltigkeit, sondern das Hinterlassen

ist", erhält, gewisse „Anordnungen des letzten Willens .. gänzlich entkräftet"[9]) werden.[10])

---

eines nachträglich Geborenen die Bedingung der Nichtigkeit, das Nichthinterlassen die der Giltigkeit. So sagt dann auch § 617, wo es sich um einen analogen Fall handelt (s. o.), geradezu, wenn der Erblasser „erbfähige Nachkommen hinterlässt". Etwas anders liegt der Fall, wenn der Erblasser durch ein späteres Testament das frühere gemäss § 713 aufhob (vgl. N. 10), und nun das spätere Testament vernichtet. War das erste Testament ein schriftliches, so wird nun die Aufhebung seiner Wirksamkeit beseitigt und selbes wieder rechtswirksam; nicht so aber wenn es ein mündliches Testament war; die Ursache dieser Unterscheidung liegt in der Rücksichtnahme Seitens des Gesetzes auf den mutmasslichen Parteiwillen.

[10]) Keine Fälle nachfolgender Nichtigkeit aber, wie u. A. Unger II, § 91, N. 15 annimmt, sind der mutuus dissensus bei einem Consensualvertrage und die Aufhebung eines Testamentes (sei es durch Zerstörung, § 722, oder durch Errichtung eines neuen Testaments, § 713 a. b. G.). Der Vertrag, das Testament, wird nur von jetzt an in seiner Wirksamkeit beseitigt, vernichtet (nicht vernichtigt), sie waren aber giltig. Es werden hier Aufhebung der Wirksamkeit und Nichtigkeit verwechselt. Den mutuus dissensus betreffend, haben offenbar einzelne Stellen des r. R. den Redactoren des a. b. G. Anlass zu einer nicht ganz zutreffenden Ausdrucksweise gegeben. Vgl. § 4, J. 3, 29: „Eae obligationes, quae consensu contrahuntur, contraria voluntate dissolvuntur . . . re nondum secuta, id est neque pretio soluto neque fundo tradito;" L. 1, C. 4, 45: „Re quidem integra ab emtione et venditione utriusque partis consensu recedi potest. Etenim quod consensu contractum est, contrariae voluntatis adminiculo dissolvitur. At enim post traditionem interpositam nuda voluntas non resolvit emtionem, si non actus quoque priori similis, retro agens venditionem, intercesserit." Das dissolvere aber ist eben nur die Beseitigung der Wirksamkeit des ersten Vertrages, darum kann diess im Falle der bereits erfolgten Erfüllung nur unter gleichzeitiger Beseitigung der schon vorhandenen Wirkungen geschehen. Keineswegs aber ist in den genannten Stellen gesagt, das recedere, dissolvere, resolvere, sei nicht selbst wieder ein Rechtsgeschäft, wie § 920 a. b. G. anzunehmen scheint, wenn er erklärt: „Nach gänzlicher Erfüllung des Vertrages können die Parteien auch mit beiderseitiger Einwilligung nicht mehr davon abgehen; sondern sie müssen einen neuen Vertrag schliessen, der als ein zweites Geschäft angesehen wird." Allein ich glaube nicht, dass wir das aus diesem Paragraph hervorblickende Argumentum a contrario zu practischen Schlussfolgerungen werden heranziehen können; auch wenn nur theilweise, auch wenn gar nicht erfüllt ist, ist das Abgehen vom perfecten Vertrag durch mutuus dissensus stets ein neuer Vertrag, es muss alle Erfordernisse eines Vertrages haben, die Fragen nach der Bedeutung einer unterlaufenen Irreführung, eines Zwanges, sind für diesen abgesondert zu prüfen, auch er kann nichtig sein, und dann bleibt die Wirksamkeit des Hauptvertrages unberührt. Welchen Sinn sollte es da haben, dem Dissens die Bezeichnung „Vertrag" zu versagen? — Noch weiter als Unger geht Savigny. Ihm ist sogar die Erfüllung einer Obligation nachfolgende Ungiltigkeit (IV, S. 542; § 1412 a. a. G., § 565 WGGB III sprechen hier correct nur davon, dass die „Verbindlichkeit aufgelöset", das „Recht getilgt" wird). Da müsste also jener, dem erfüllt wurde, rasch wieder restituieren, da er ja nun sine causa hat, und da dann wieder die Obligation nicht ungiltig wäre, könnte dieses Hinüber-Herüber bis zum Tage des Weltgerichtes fortgesetzt werden, bei welchem hoffentlich doch nicht mehr nach den alten Schwarten Justinians judiciert werden wird.

Der Fall, dass eine Person die Fähigkeit in Rechtsverhältnissen zu stehen, Rechte zu haben, verlieren könne, ist dermalen nach österreichischem Rechte nicht denkbar.[11])

Allein noch eine ganze Gruppe von Fällen existiert, bei denen es durch einige Zeit zweifelhaft erscheint, ob das Rechtsgeschäft existiert oder nicht existiert, d. i. nichtig ist. Während nemlich einzelne der Bedingungen des Zustandekommen eines Rechtsgeschäftes derart sind, dass bei ihrem Mangel die Rechtsordnung dem Handeln die Anerkennung als Rechtsgeschäft absolut versagt, sind andere derart, dass diese Anerkennung nur dann versagt wird, wenn die Parteien, oder wenn eine bestimmte Partei sich auf diesen Mangel stützt, und das Rechtsgeschäft als nichtig behandelt wissen will. So lange daher der Partei diese Geltendmachung der Nichtigkeit noch offen steht, so lange ist es ungewiss, ob das Rechtsgeschäft entstand, oder ob es von Anfang an nichtig war. Diese Ungewissheit wird erst behoben durch die nachträgliche ausdrückliche oder stillschweigende Verzichtleistung der Partei auf ihr Recht, die Nichtigkeit zu declarieren, und hat die Rechtsordnung, um diesen Schwebezustande nicht allzulange währen zu lassen, in diesen Fällen verhältnissmässig kurze Präclusiv- resp. Verjährungsfristen aufgestellt. Man bezeichnet diese Fälle, in denen es lediglich vom Willen der Parteien abhängt, die Nichtigkeit zu declarieren, als Fälle relativer Nichtigkeit im Gegensatze zu denen der absoluten Nichtigkeit. Der ausdrückliche oder stillschweigende Verzicht auf die Geltendmachung der Nichtigkeit saniert hier den ursprünglichen Mangel, oder richtiger (da ein vermuteter stillschweigender Verzicht unter Umständen thatsächlich kein Verzicht mehr ist), der Fortdauer des inaggressiven Verhaltens des Angriffsberechtigten ist die gesetzliche Bedingung[12])

---

[11]) Vgl. oben § 35. Vor Erlassung der Staatsgrundgesetze 21. Dec. 1867 bestanden zwar solche Beschränkungen für Ordenspersonen. Da jedoch in diesen Fällen das Vermögen derselben sequestriert ward (§ 182 Abh. Pat.), und als Vermögen fortbestand, war auch hier kein Anlass gegeben, dem Ordenseintritte vorhergegangene Rechtsgeschäfte als nichtig zu erklären.

[12]) Der Ausdruck „bedingte Nullität" wäre denn auch dem „relative Nullität" jedenfalls vorzuziehen, wenn nicht auch jede „nachfolgende" Nullität eine bedingte Nullität wäre; bei ersterer ist der spätere Angriff

der Existenz des Rechtsgeschäftes, die Nichtigkeitserklärung aber ist die Resolutivbedingung, deren Eintritt das Rechtsgeschäft als von Anfang an nichtig erscheinen lässt.[13]) In diesem Sinne ist jede relative Nichtigkeit eine nachfolgende Nichtigkeit. Die Rechtsordnung erklärt, sie sei bereit, die bestehenden Mängel zu ignorieren, Bedingung der Anerkennung durch die Rechtsordnung ist lediglich die Ignorierung der Mängel Seitens der massgebenden Partei als dauernder Zustand. Fälle der relativer Nullität nach österreichischem Rechte sind: trotz eines Privathindernisses (§ 94 a. b. G.) abgeschlossene Ehen, von nicht vollberechtigten Personen abgeschlossene verpflichtende Verträge (§ 865

durch den Angriffsberechtigten, bei letzterer überhaupt der Eintritt eines Ereignisses Bedingung der Nullität, oder richtiger der Nichtangriff, der Nichteintritt Bedingung der Existenz. Über den Ausdruck relative Nullität vgl. Unger II, § 91, N. 42.

[13]) Insoferne ist es richtig, wenn Hasenöhrl (I, § 55) sagt: „Bei der absoluten Nichtigkeit ist der Thatbestand ein solcher, dass es nicht angeht, durch Nachtragung des mangelnden Erfordernisses den Vertrag zu einem giltigen zu machen“ (S. 636) und „Relativ . . ist die Nichtigkeit, wenn wegen eines mangelnden Erfordernisses ein Vertrag zwar nicht zu Stande kommt, das Nachtragen des Mangels jedoch zugelassen wird, in der Weise, dass sobald die Ergänzung erfolgt, der Vertrag als für alle Betheiligten von Anfang an zu Recht bestehend anzusehen ist“ (S. 637). Nur muss hervorgehoben werden, dass es sich bei der rel. Nullität nur um ein Negativum handelt. Nicht das Hinzutreten einer ausdrücklichen Anerkennung vielmehr die Fortdauer des Nichtbestreitens ist Bedingung der Giltigkeit. Das beachtet Hasenöhrl nicht, wenn er (S. 639) sagt: „Der relativ nichtige Vertrag existirt gar nicht, so lange nicht das fehlende Erfordernis nachgetragen worden ist.“ Umgekehrt, die Rechtsordnung behandelt den relativ nichtigen Vertrag so lange als existent, bis die Ungewissheit entschieden ist. Ja Hasenöhrl sagt (ibid.) geradezu: „Bei bloss negativem Verhalten der zur Nichtigerklärung . . Berechtigten . . bleibt . . der relativ nichtige Vertrag nichtig.“ Dieser Grundsatz würde, auf das Eherecht angewandt, ergeben, dass die Ehe, wenn das relative Hindernis vom Berechtigten nicht geltend gemacht wurde, dieser aber auch nicht verzichtete, nach dessen Tode definitiv nichtig ist! Ebenso unrichtig scheint es mir, wenn Hasenöhrl S. 640 behauptet: „So lange das mangelnde Erfordernis nicht nachgetragen wird, ist der relativ ungiltige Vertrag als nichtig zu behandeln, es kann sich daher auch jeder Theil auf die Nichtigkeit berufen.“ Eine Consequenz hievon ist, dass Hasenöhrl I, § 44, S. 543 im Falle des Zwanges (§ 870) nur Anfechtbarkeit statuiert. Mit diesem Unterscheidungsprincip wird aber der ganze Unterschied von absoluter und relativer Nichtigkeit auf den Kopf gestellt, und seine Aufstellung neben dem der nachfolgenden Nichtigkeit überflüssig. Eine gänzliche Verwirrung der Begriffe von absoluter und relativer, entschiedener und unentschiedener, ursprünglicher und nachfolgender Ungiltigkeit, von Nichtigkeit und Anfechtbarkeit findet sich sich bei Schiffner I, § 132.

a. b. G.), Verträge bei unterlaufendem Zwange oder Betruge (§ 870 ff.), Testamente im Falle ein Notherbe präteriert ist (§ 778 a. b. G.), etc.

Wenn nun die Frage nach den Wirkungen der Nichtigkeit aufgestellt wird, so beantwortet sich selbe dahin, dass das nichtige Rechtsgeschäft als von Anbeginn an rechtlich nicht vorhanden sich darstellt, dass daher auch alle in Verkennung oder in Ignorierung der Nichtigkeit gezogenen rechtlichen Consequenzen desselben eo ipso aufhören, somit die durch das vermeintliche Rechtsgeschäft vermeintlich aufgelösten oder modificierten Rechtsverhältnisse als fortbestehend und gar nie erloschen, beziehungsweise als unverändert sich darstellen, dass neugeschaffene Rechtsverhältnisse als nie entstanden behandelt werden, und dass, wo thatsächlich bereits Leistungen geschehen sind, ein dinglicher[14]) oder doch absoluter, und wo diess nach der Natur der Leistung nicht möglich ist, ein obligatorischer Anspruch auf Wiederherstellung des vorigen Standes ersteht. Diese Grundsätze erleiden eine theilweise Modification nur durch die zum Schutze gutgläubiger Dritter gegen die absolute Wirkung von Klagen überhaupt gezogenen Schranken, und hinsichtlich der in einer Putativehe erzeugten Kinder (§ 160 a. b. G.).

Dadurch dass ein menschliches Handeln sich als ungeeignet darstellt, ein bestimmtes Rechtsgeschäft zu sein, folgt jedoch keineswegs, dass es überhaupt kein Rechtsgeschäft sein könne; es kann trotzdem ein anderes Rechtsgeschäft sein,[15]) u. z. diess dann, wenn der Parteiwille in eventum auch auf dieses andere Rechtsgeschäft[16]) gerichtet war, und diess „ist in der Regel dann anzunehmen, wenn durch diess letztere Rechtsgeschäft dieselben juristischen Wirkungen hervorgebracht werden, wie durch das ursprünglich beabsichtigte“ (Unger II, § 91, S. 158).

Auch kann dort, wo ein Rechtsgeschäft einen mehrfach gegliederten Inhalt hat,[17]) insoferne die einzelnen Theile nicht connexer, d. i. sich wechselweise bedingender und modificierender Natur sind, die Nichtigkeit lediglich eine theilweise, einzelne Richtungen des Rechtsgeschäftes betreffende sein, wenn eben nur in diesen Richtungen die Mängel unterlaufen sind.[18]) So bestimmt § 882 a. b. G: „Sind un-

[14]) Vgl. Unger II, § 91, N. 49.

[15]) Über die Verwechslung dieses Falles mit dem partieller Nichtigkeit vgl. Wächter § 86, N. 57.

[16]) Nach r. Rechte gehörte hieher der wichtige Fall der Codicillarclausel, durch welche ein nichtiges Testament als Codicill aufrecht erhalten wurde.

[17]) Hieher gehört auch der Fall einer festgesetzten Quantitätsleistung.

[18]) Man spricht in diesen Fällen von partieller Nichtigkeit im Gegensatze zur totalen Nichtigkeit. Vgl. die allerdings zu weitgefasste (L. 1, § 5, D. 45, 1 nachgebildete) Regel des canonischen Rechtes (c. 37 de R. J. n VI°): „Utile per inutile non vitiatur.“

mögliche und mögliche Dinge zugleich versprochen worden, so müssen die möglichen erfüllt werden; wenn anders die vertragschliessenden Theile nicht die ausdrückliche Bedingung gemacht haben, dass kein Punct des Vertrages von dem anderen abgesondert werden könne." Nur im letzteren Falle ist somit die Nichtigkeit eine totale.[19])

Es erübrigt nun noch auf die Art und Weise, in welcher die Nichtigkeit eines Rechtsgeschäftes geltend zu machen ist, hinzuweisen.

Da das Rechtsgeschäft an und für sich nichtig ist, braucht es nicht erst nichtig erklärt, mittelst Klage vernichtigt zu werden; es genügt, dass Derjenige, welcher mit einer auf ein nichtiges Rechtsgeschäft gegründeten Klage belangt, dem eine derartige Einwendung entgegengestellt wird, die Nichtigkeit geltend macht, — natürlich soferne er überhaupt hiezu berechtiget, die Nichtigkeit nicht vielmehr lediglich eine relative ist, deren Declarierung einem Anderen zustände, welcher sie nicht geltend gemacht hat. Wo aber bereits Leistungen erfolgt, thatsächliche Veränderungen eingetreten sind, um deren Wiederbehebung (beziehungsweise Rückstellung) es sich handelt, da wird allerdings, wenn diese nicht freiwillig erlangt zu werden vermag, der Weg der Klage beschritten werden müssen. Es sind derartige Klagen aber keinesfalls irgendwie besonders geartete Nichtigkeitsklagen, sondern die gewöhnlichen Klagen mit der Basierung auf die behauptete Nichtigkeit, und gilt in dieser Richtung auch dann nichts Besonderes, wenn die Frage der Nichtigkeit von den Parteien abgesondert, beziehungsweise für etwaigen seinerzeitigen Bedarf mit Feststellungsklage zur Entscheidung gebracht wird.

Die ältere Doctrin war jedoch umgekehrt davon ausgegangen, dass das nichtige Rechtsgeschäft erst mittelst eigener Klage, der sog. Nullitätsquerel umgestossen, vernichtigt werden müsse. Eine Nullitätsquerel in diesem Sinne existiert wol nach österr. Rechte nicht; wol aber hat die öffentlichrechtliche Natur der Ehe zur Folge, dass die Anerkennung ihrer Nichtigkeit nicht der Privatwillkür und Parteidisposition überlassen werden kann, somit sowol im Falle eines absoluten als auch eines relativen Nichtigkeitsgrundes (öffentlichen oder privaten Hindernisses) nur über eingebrachte Klage mittelst Erkenntnisses aus-

[19]) Der wichtige Fall totaler Nichtigkeit nach römischen Rechte der L. 1, § 3, D. 28, 6: „sine heredis institutione nihil in testamento scriptum valet", resp. L. 1, § 1, D. 32: „nihil in testamento valet, quoties ipsum testamentum non valet" gilt nach österreichischem Rechte nicht (das Gegentheil behauptete Unger mit Unrecht im II. Bande § 91, S. 153; vgl. aber VI, § 22, S. 100 und N. 2).

gesprochen werden kann. Keine Fälle einer technischen Nullitätsquerel sind auch die gemäss § 1487 a. b. G. in ihrer zeitlichen Zulässigkeit beschränkten, auf die absolute oder relative Nichtigkeit des Testamentes gegründeten Klagen des gesetzlichen Erben, des Notherben oder des Erben aus einem anderen Testamente wider die Nachlassnehmer ex testamento.[20])

β_2. Anfechtbarkeit.[1])

§ 102.

Es wurden im vorigen Paragraph jene Mängel in den Elementen eines Rechtsgeschäftes erörtert, welche das Zustandekommen des Rechtsgeschäftes verhindern, bewirken, dass das Rechtsgeschäft von Anbeginn nichtig sei. Allein es ist auch möglich, dass ein Rechtsgeschäft zwar giltig entstanden ist, dass ihm jedoch trotzdem gewisse Mängel anhaften, oder dass gewisse Momente zu ihm hinzutreten, welche, ohne seine bereits erfolgte Entstehung ex post wieder zu beheben, doch geeignet erscheinen, den Fortbestand, d. i. die weitere Behandlung des Rechtsgeschäftes als einer rechtlich relevanten Thatsache zu alterieren: das Rechtsgeschäft ist existent geworden, aber es hört auf, als Rechtsgeschäft rechtlich behandelt zu werden, Prämisse rechtlicher Conclusionen zu sein; und darum kann selbst auf Grund des Rechtsgeschäftes schon Geleistetes zurückgefordert werden, aber, da das Rechtsgeschäft nicht ex tunc als nichtig erscheint, nur mit persönlicher, nicht mit absoluter Klage.

[20]) Für die Fälle der absoluten Nichtigkeit behauptet Unger (II, § 91, N. 34) mit Recht: „Die sog. Nullitätsquerel ist in diesem Falle nichts Anderes als die hereditatis petitio mit anticipierter Replik der Nullität des Testamentes." Aber auch bei der relativen Nichtigkeit nach § 778 a. b. G. B. liegt der Fall ganz analog; wer etwas fordert und es nicht in gütlichem Wege erhält, muss klagen; dass auch der im Pflichttheil verletzte Notherbe diesen Weg einschlagen muss, ist nichts Besonderes. Ganz dasselbe gilt auch, wenn ein Vertrag wegen Betruges oder Zwanges relativ nichtig ist. Eine Klage ist nur erforderlich, so weit es sich um eine „Forderung" auf Rückstellung handelt (§ 1487 a. b. G.), und nur diese Klage verjährt in der Frist des § 1487. Wer noch nicht geleistet hat, bedarf keiner „Nullitätsquerel"; wenn er wann immer auf Leistung geklagt wird, kann er die Nichtigkeit einwenden. Unger II, § 91, S. 153 nimmt für die Fälle der §§ 94, 877 und 778 in theilweisem Widerspruche mit seinen eigenen Ausführungen (N. 37, N. 34) eine Nullitätsquerel an.

[1]) Vgl. ausser den in § 101, N. 1 Genannten auch Karlowa l. c. §§ 22—27.

Diese Wirkungen treten aber, da ja das Rechtsgeschäft an sich existent ist, nur ein, wenn die fraglichen Mängel wirklich geltend gemacht, das Rechtsgeschäft von den hiezu Berechtigten angefochten wird.[2])

Insoferne stellt sich die Anfechtbarkeit (Rescissibilität) der relativen Nichtigkeit zur Seite, dass eine eigene aggressive Thätigkeit erforderlich ist, und diese Ähnlichkeit hat dazu geführt, dass man versuchte, den Unterschied zwischen relativer Nichtigkeit und Anfechtbarkeit gänzlich zu verwerfen.[3]) Allein derselbe ist allerdings ein wohlbegründeter, und lässt sich in folgenden Sätzen präcisieren:

1. Durch die Geltendmachung der relativen Nichtigkeit wird die vorliegende Nichtexistenz des Rechtsgeschäftes declariert, durch die Anfechtung wird das existent gewordene und existierende[4]) Rechtsgeschäft für die Rechtsordnung beseitigt, seines rechtlichen Gehaltes, seiner rechtlichen Bedeutung beraubt, entrechtlicht.

2. Die Nichtigkeit wirkt ex tunc,[5]) die Anfechtung ex nunc, d. h. bereits eingetretene rechtliche Wirkungen werden bei letzterer nicht ipso jure behoben und können nicht, wie im Falle der Nichtigkeit, mit dinglicher sondern nur mit persönlicher Klage, daher auch nicht wider dritte Personen, welche bereits Rechte erworben haben, behoben werden.

3. Im Falle der Nichtigkeit erlöschen Pfandrecht und Bürgschaft, die für das nichtige Geschäft gewährt wurden, eo ipso (§ 1351 a. b. G.), im Falle der Anfechtbarkeit kann ein Pfandrecht oder eine Bürgschaft trotz der rechtlichen Beseitigung des Hauptgeschäftes fortbestehen (ibid.), wenn diess dem ursprünglichen Willen entspricht.

„Die Gründe der Anfechtbarkeit eines Rechtsgeschäftes sind gar mannigfaltig und lassen sich nicht auf ein gemeinsames Princip zurück-

---

[2]) Gegen die Aufstellung des Begriffes einer entschiedenen Anfechtbarkeit (im Gegensatze zur unentschiedenen), wie sie von Windscheid I, § 82, 2, S. 225, 226 erfolgt, mit Recht Hasenöhrl I, § 55, N. 15; mehr als überflüssig ist, was Schiffner (I, § 132, S. 98) über die Begriffe absolute und relative Anfechtbarkeit sagt.

[3]) Brandis, Zeitschrift f. Civ. u. Pr. VII, S. 4, 5, 1834.

[4]) Windscheid I, § 82, N. 7 bestreitet den Satz, das anfechtbare Rechtsgeschäft „sei nicht eher ungiltig, bis die Anfechtbarkeit durchgeführt worden sei". Eine Vergleichung mit dem ebenda sub 2 i. f. (S. 226) Gesagten dürfte aber dann kaum zur Erkenntnis eines Unterschiedes zwischen Anfechtbarkeit und relativer Nichtigkeit führen.

[5]) Es ergibt sich diess nicht etwa „logisch" aus den Begriffen Nichtigkeit und Anfechtbarkeit; umgekehrt, glaube ich, hat man nur da Anlass von einer Nichtigkeit zu sprechen, wo der Angriff ex tunc wirkt.

führen" (Unger II, § 159, N. 76). Hieher gehören z. B. die Fälle der actio redhibitoria (§ 932), der laesio enormis (§ 934), der Widerruf einer Schenkung in den Fällen der §§ 947 ff.

Wol unterschieden von diesen Fällen müssen jene werden, wo nicht der rechtliche Bestand des Rechtsgeschäftes sondern nur seine weiteren Wirkungen in Frage gestellt werden (z. B. mittelst der Einrede der Verjährung).

In diese letztere Kategorie gehören auch die durch das Gesetz 16. März 1884, RGB 36, „über die Anfechtung von Rechtshandlungen, welche das Vermögen eines zahlungsunfähigen Schuldners betreffen", geschaffenen Anfechtungsfälle.

Es wurde schon oben (§ 33, S. 35, 36) darauf hingewiesen, dass durch die Concurseröffnung das Vermögen des Cridatars seiner Disposition entzogen wird, dass der Cridatar zwar nicht unfähig wird, Rechtsgeschäfte zu schliessen, dass aber das Massavermögen, insoweit es zur Tilgung der Schulden nöthig ist, durch diese Rechtsgeschäfte nicht getroffen werden kann, der Dispositionsfreiheit des Gemeinschuldners entrückt ist.

Die Erfahrung aber zeigte, dass durch diese Massnahmen der Sicherheit des Verkehres und Credites noch keineswegs Genüge geleistet sei.

Gerade daraus entstehen die drohendsten Gefahren, dass Creditnehmer, deren Vermögen schon auf den Nullpunct gesunken ist, mit Verhehlung dieses Umstandes noch fort Credit nehmen und Rechtsgeschäfte abschliessen, ja geradezu absichtlich den Gläubigern durch Verschleuderung der Waaren und Übertragung der Liegenschaften an nahestehende Personen die Deckungsobjecte entziehen, welche ihnen hätten Befriedigung gewähren können, wäre der Concurs sofort eröffnet worden, da der Passivstand den Activstand zu übersteigen begann.

Die Bestimmungen des a. b. G. und des Strafrechtes (§ 953 a. b. G., § 199 f. und § 486 St. G. B., vgl. auch JME 26. April 1874, Z. 2835) erwiesen sich als ungenügend, ähnliche Transactionen des Schuldners hintanzuhalten oder doch wieder zu beheben, und so ward das Bedürfnis nach Abhülfe stets lebhafter und führte schliesslich zu dem erwähnten Gesetze.

Das fragliche Gesetz sucht nun den erörterten Übelständen zunächst dadurch abzuhelfen, dass es die Grenze, von welcher an nach der Concursordnung das Vermögen des Schuldners solchen Dispositionen, welche die Befriedigung der Gläubiger vereiteln könnten, entzogen ist, weiter zurückrückt, somit nicht nur dem in Concurs verfallenen Schuldner die Verfügung über sein Vermögen entzieht, sondern auch schon

den insolvent gewordenen Schuldner, ja überhaupt den Schuldner, von dem nach allgemeinen Grundsätzen anzunehmen ist, er habe schon seine Insolvenz vor Augen gehabt, oder hätte sie doch vor Augen haben können, in der Verfügung über die vorhandenen Befriedigungsmittel beschränkt.

Das Gesetz geht aber auch noch weiter, indem es nicht nur Rechtsgeschäften des Schuldners eine gewisse Schranke setzt, sondern sich ebenso wider solche das Vermögen des Schuldners betreffende Rechtshandlungen wendet, welche nicht von ihm selbst gesetzt sind (gerichtliche Urtheile und Verfügungen), ja den Gläubigern eines Cridatars auch das Recht gibt, die Wirkungen gewisser Rechtshandlungen, welche der Cridatar hätte setzen können, für das Vermögen des Schuldners herbeizuführen, ungeachtet der Schuldner unterlassen hatte, diese Rechtshandlungen zu setzen, und indem es schliesslich die Dispositionsfähigkeit eines Schuldners für gewisse Fälle, auch abgesehen von dem Nachfolgen einer Concurseröffnung, beschränkt.

Die eigenthümliche Schwierigkeit in diesen Fällen liegt nun darin, dass der Zeitpunct, von welchem an gewissen Rechtshandlungen eine Schranke gesetzt werden soll, nicht wie der der Concurseröffnung ein fixierter, allgemein bekannter ist, dass es sich hier gerade um Dispositionen handelt, bei deren Vornahme das Zutreffen der Bedingungen einer Beschränkung der Dispositionsfreiheit des Handelnden noch keineswegs mit Nothwendigkeit allgemein erkennbar war. Es war daher nicht möglich, den Schuldner a priori für unfähig zu erklären, Dispositionen hinsichtlich seines Vermögens vorzunehmen, man musste sich begnügen, die Möglichkeit zu eröffnen, dass Dispositionen des Schuldners, sobald ihre Gefährlichkeit erkennbar geworden ist und gewisse Voraussetzungen eingetreten sind, wieder unschädlich, rückgängig gemacht werden können. Es war aber auch nicht nöthig, allen vermögensrechtlichen Dispositionen eines insolventen oder der Insolvenz zusteuernden Schuldners den Stempel nachträglich offenbar werdender Nichtigkeit aufzudrücken. Nur insoweit es sich um die Interessen der Gläubiger handelt, erschien überhaupt eine Beschränkung nöthig; nur soweit jene, hinsichtlich welcher die fraglichen Rechtshandlungen erfolgten, an einem dolosen Vorgehen des Schuldners geradezu betheiligt waren, oder doch um ihres familienrechtlichen Verhältnisses willen aller Wahrscheinlichkeit nach als betheiligt anzusehen sind, oder insoweit es sich nur um unentgeltliche Erwerbungen handelt, ist eine Beschränkung mit der Sicherheit des allgemeinen Verkehres vereinbar.

Es erschien aber auch nicht als nöthig, die in Frage stehenden Dispositionen des Schuldners zur Gänze zu vernichtigen oder aller

Wirkungen zu berauben. Für die rein obligatorischen Rechtsgeschäfte, beziehungsweise Rechtshandlungen, hinsichtlich derer noch keinerlei Erfüllung (dingliche Wirkung) eingetreten ist, genügt vollkommen ein den Gläubigern eingeräumtes Separationsrecht, d. i. die ihnen eröffnete Möglichkeit, die Wirkungen dieses Rechtsgeschäftes auf die Vermögensobjecte des Schuldners bis zu ihrer eigenen Befriedigung hintanzuhalten. Wo aber bereits eine Erfüllung eingetreten war, wo überhaupt ein Rechtsgeschäft dinglicher Natur vorlag, da musste den Gläubigern die Möglichkeit eröffnet werden, diese dingliche Wirkung wieder aufzuheben, das Rechtsgeschäft zu entdinglichen, so zwar, dass die vom Schuldner übernommenen Verpflichtungen als persönliche fortbestehen, dass jedoch der factische Einfluss der fraglichen Rechtsgeschäfte auf das Vermögen des Schuldners beseitigt wird, diess alles aber nur insoweit und insolange als durch diese Umgestaltung des Vermögens des Debitors die Befriedigung der Gläubiger gehemmt erscheint. Die Anfechtung betrifft also nicht die Rechtsgeschäfte als solche, sie betrifft nur gewisse Wirkungen der Rechtsgeschäfte.

Da durch das mehrerwähnte Gesetz 16. März 1884, RGB 36, eine Reihe solcher Anfechtungsfälle geschaffen wurde, welche nicht nur einzelne Rechtsgeschäftsarten, sondern ganze Gruppen von Rechtsgeschäften, ja alle vermögensrechtlichen Rechtsgeschäfte betreffen, sollen die einzelnen Anfechtungsfälle schon hier in thunlichster Kürze skizziert werden.

I. Im Falle einer erfolgten Concurseröffnung[6]) (§ 1) kann innerhalb eines Jahres nach der Concurseröffnung (§ 27) der Masseverwalter (§ 16), beziehungsweise behufs Wahrung seines Rechtes auf vorzugsweise Befriedigung aus bestimmten Gütern des Gemeinschuldners oder behufs Bestreitung eines diese Güter betreffenden fremden Realanspruches der gefährdete Realgläubiger (§ 16), mittelst Klage oder auch mittelst Einrede[7]) (§ 16) gegen jeden Compaciscenten des Gemeinschuldners, ja überhaupt gegen Jeden, welcher, sei es auch im Wege geführter Execution (§ 12), eine Sicherstellung, Befriedigung oder überhaupt eine Begünstigung vor anderen Gläubigern des Gemein-

[6]) Nach § 2 des unter Einem erflossenen Gesetzes vom 16. März 1884, RGB 35, ist der Concurs nunmehr auch in den Fällen des § 66 CO zu eröffnen, wenn das Vorhandensein eines Anfechtungsanspruches glaubhaft gemacht wird.

[7]) Z. B. gegen eine Exscindierungsklage.

schuldners erlangt hat (§ 15, Z. 1), ferners wider die Erben[8]) (§ 15, Z. 2) und auch wider gewisse andere unmittelbare, oder durch eine ununterbrochene Reihe von der Anfechtung ausgesetzten Zwischenmännern verbundene mittelbare, suspecte Rechtsnachfolger[9]) solcher Personen, (§ 15, Z. 3), sowie auch gegen die Erben solcher Rechtsnachfolger (§ 15, Z. 4), nachstehende nach dem 24. März 1884 (als dem Vortage des Publicationstages des Gesetzes, § 52) gesetzte Rechtshandlungen hinsichtlich ihrer Wirksamkeit auf das Vermögen (beziehungsweise bei Sonderansprüchen der Realgläubiger auf das betreffende Reale) des Gemeinschuldners, insoweit dasselbe den Gläubigern als Befriedigungsmittel dienen soll, anfechten:

1. Alle von dem Gemeinschuldner in der dem anderen Theile bekannten Absicht, die Gläubiger zu benachtheiligen, in den letzten zehn Jahren vor der Concurseröffnung vorgenommenen Rechtshandlungen[10]) (§ 2).

[8]) Unbeschadet jedoch die Beschränkung der Haftung des Erben, der sich nur bedingt erbserklärte (§ 17), und mit der Modification, dass restitutionspflichtige Erben für die Dauer ihres Besitzes bis zur Zeit der Klagenzustellung in Betreff der von ihnen hinsichtlich der zu restituierenden Gegenstände vorgenommenen Rechtshandlungen als unredliche Besitzer nur dann gelten, „wenn ihnen jene Umstände, welche das Anfechtungsrecht gegen den Erblasser begründen, bekannt waren" (§ 18).

[9]) Gegen Rechtsnachfolger, welche nicht als Erben auftreten, nemlich 1. dann, wenn dem Rechtsnachfolger zur Zeit seines Erwerbes bekannt war, dass der Gemeinschuldner die Rechtshandlung zum Behufe der Benachtheiligung der Gläubiger vorgenommen hatte, 2. wenn oder inwieweit er unentgeltlich erworben hatte, ohne dass sein Auctor zu einer solchen unentgeltlichen Zuwendung durch das Gesetz verpflichtet war (Heiratsgut, Alimente), abgesehen natürlich von kleineren üblichen Gelegenheitsgeschenken, 3. wenn er mit dem Gemeinschuldner durch das Eheband oder mit ihm oder seinem Ehegatten durch Verwandtschaft oder Schwägerschaft in der aufsteigenden Linie oder im zweiten Grade der Seitenverwandtschaft verbunden ist und nicht erweisen kann, „dass ihm zur Zeit seines Erwerbes die Umstände, welche das Anfechtungsrecht gegen seinen Vormann begründen, nicht bekannt waren".

[10]) Nicht mehr unter den Gesichtspunct einer Anfechtung von Rechtshandlungen des Gemeinschuldners fällt es, wenn in den hier sub 1—4 aufgezählten Fällen (§ 2 und 3) nach (dem in der Regierungsvorlage nicht enthalten gewesenen) § 13 auch 1. die unterbliebene Antretung einer dem Gesammtschuldner angefallenen Erbschaft oder die unterbliebene Annahme eines ihm zugedachten Vermächtnisses, 2. ein über mangelhafte oder unterlassene Vertheidigung erflossenes Erkenntnis des Civilrichters wider den Gemeinschuldner, 3. die Unterlassung eines zur Erhaltung, Sicherung oder Geltendmachung eines Rechtes nach dem Gesetze erforderlichen Schrittes innerhalb der richterlichen Edictal-Präclusivfrist, „angefochten" (!?) werden kann. Nur im Falle 2 ist der gewählte Ausdruck correct, indem es wirklich das richterliche Urtheil ist, dessen Wirksamkeit hinsichtlich des Vermögens des Schuldners angefochten wird. In den Fällen 1 und 3 aber handelt es sich nicht, wie § 13 cit. sich ausdrückt, um die Anfechtung einer Unterlassung, eines Nichtgeschehenseins. Es soll vielmehr durch die Bestimmung ad 1 die nach § 4 CO der Gläubigerschaft eingeräumte Befugnis, im Namen des Gemeinschuldners Erbschaften anzutreten und Vermächtnisse anzunehmen, dahin ergänzt werden, dass selbst der schon inzwischen erfolgte Erwerb dritter Personen insoferne angefochten werden kann, dass diese Personen auf das so Erworbene Executionen zulassen müssen, gleich als wäre es dem Schuldner erworben worden. Durch die Bestimmung ad 3 aber soll ein ähnliches Anfechtungsrecht wider den Erwerb von Rechten oder das Erlöschen von Verpflichtungen dritter Personen geschaffen werden, insoferne dieser Erwerb oder dieses Erlöschen nur möglich wurde durch die Verabsäumung einer dem Gemeinschuldner eröffnet gewesenen richterlichen Edictal-Präclusivfrist. Diese Anfechtung ist aber natürlich nur gegen jene Personen zulässig, bei welchen die Voraussetzungen der §§ 2 und 3 resp. 15 vollkommen zutreffen.

[11]) Diese Bestimmung ist wol nicht ausdrücklich in § 52 enthalten, ergibt sich aber aus dem Zusammenhange (vgl. I. Bericht des Justizausschusses des Abgeordnetenhauses, Kaserer S. 160).

2. Alle im letzten Jahre vor der Concurseröffnung von dem Gemeinschuldner in Betreff seines Vermögens vorgenommenen Verfügungen, welche und insoweit sie unentgeltlich sind, zu denen er nicht durch das Gesetz verpflichtet war (Heiratsgut, Alimente), und welche auch nicht in den Rahmen üblicher Gelegenheitsgeschenke von verhältnismässig geringem Betrage fallen (§ 3, Z. 1), u. z. im Allgemeinen bis zur Höhe der zur Zeit der Anfechtung noch vorhandenen Bereicherung, jedoch im Falle der Erwerb auch als entgeltlicher anfechtbar wäre, sowie im Falle einer unredlichen Werthentäusserung auch über diese Grenzen hinaus (§ 19).

3. Alle im letzten Jahre vor der Concurseröffnung abgeschlossenen Rechtsgeschäfte des Gemeinschuldners (beziehungsweise der Gemeinschuldnerin) über Sicherstellung, Ausfolgung, Übergabe des Heiratsgutes, der Widerlage, des Witwengehaltes, soferne derselbe hiezu nicht durch einen bei Eingehung der Ehe oder bei Empfangnahme des Heiratsgutes, oder bei vor dem 25. März 1884 geschlossenen Ehen durch einen vor diesem Tage[11]) und früher als ein Jahr vor der Vornahme des Rechtsgeschäftes (§ 52) geschlossenen Vertrag verpflichtet war, und insoferne auch im Falle bereits erfolgter Beendigung der ehelichen Gemeinschaft keine gesetzliche Verpflichtung des (in Concurs verfallenen) Ehemannes hiezu vorlag (§ 3, Z. 2 und 3).

4. Alle im letzten Jahre vor der Concurseröffnung zwischen dem Gemeinschuldner einerseits und seinem Ehegatten (auch vor ein-

gegangener Ehe) oder einer mit ihm oder seinem Ehegatten in aufsteigender Linie oder im zweiten Grade der Seitenlinie verwandten oder verschwägerten Person anderseits abgeschlossenen entgeltlichen Verträge, soferne durch den Abschluss des Vertrages die Gläubiger des Gemeinschuldners benachtheiligt wurden, und der andere Theil nicht beweisen kann, dass ihm zur Zeit des Vertragsschlusses eine Absicht des Gemeinschuldners, die Gläubiger zu benachtheiligen, nicht bekannt war[12]) (§ 3, Z. 4).

5. Alle in den letzten sechs Monaten vor der Concurseröffnung von dem Gemeinschuldner abgeschlossenen Kauf-, Tausch- und Lieferungsgeschäfte, soferne zu entnehmen ist, dass der Mitcontrahent in ihnen eine die Gläubiger benachtheiligende Vermögensverschleuderung erkennen musste[13]) (§ 4).

6. Die im letzten Jahre vor der Eröffnung des Concurses und in keinem früheren Zeitraume als vierzehn Tage vor der Zahlungseinstellung eines registrierten Kaufmannes oder dem wider ihn erfolgten Begehren um Concurseröffnung vorgenommenen Rechtshandlungen, welche einem Gläubiger für seine Forderung eine Sicherstellung oder Befriedigung (auch durch datio in solutum) gewähren, hinsichtlich derer noch kein Anspruch bestand (noch nicht Fälligkeit eingetreten war), wenn dargethan zu werden vermag, dass der begünstigte Gläubiger zur Zeit der Vornahme der Rechtshandlung von der Zahlungseinstellung oder der Anbringung des Begehrens um Concurseröffnung Kenntnis hatte, oder wenn doch der begünstigte Gläubiger nicht nachzuweisen vermag, dass ihm zur Zeit der Sicherstellung oder Befriedigung eine Absicht des Gemeinschuldners, ihn zu begünstigen, nicht bekannt war[14]) (§ 5).

7. Überhaupt jede in den letzten sechs Monaten vor der Concurseröffnung, jedoch nach der Zahlungseinstellung oder Einbringung eines

[12]) Strenger war die Regierungsvorlage: „dass er in dem Vertrage zur Zeit des Abschlusses eine die Benachtheiligung des Gläubigers herbeiführende Verfügung nicht erkennen konnte".

[13]) II. Bericht des Justizausschusses des Abg.-Hauses, Kaserer S. 216: „Der Richter wird sich gemäss § 4 nachstehende drei Fragen zu stellen haben: 1. liegt in dem fraglichen Geschäfte eine objective Benachtheiligung der Gläubiger des Gemeinschuldners vor? 2. erscheint dieses Geschäft im Hinblick auf die subjectiven Momente des Gemeinschuldners als eine Vermögensverschleuderung? endlich musste der Anfechtungsgegner in dem Geschäfte eine die Gläubiger benachtheiligende Vermögensverschleuderung erkennen?"

[14]) Regierungsvorlage ähnlich wie oben N. 12.

Concurseröffnungsbegehrens erfolgte Rechtshandlung, welche einem Gläubiger eines registrierten Kaufmannes Sicherstellung oder Befriedigung[15]) hinsichtlich einer Forderung gewährt, welche nicht in unanfechtbarer Weise derart sichergestellt ist, dass sie auch im Concurse Vorzugspost ist, wenn der Gläubiger von der Zahlungseinstellung oder dem Anbringen des Concurseröffnungsbegehrens Kenntnis hatte (§ 6), u. z. auch dann, wenn die Sicherstellung über einen nach § 63 CO erflossenen gerichtlichen Auftrag erfolgt (§ 7).

8. Überhaupt alle in dem sub 7 erwähnten Zeitraume abgeschlossenen Rechtsgeschäfte eines registrierten Kaufmannes, durch deren Eingehung die Gläubiger benachtheiliget wurden, wenn der andere Theil zur Zeit der Eingehung von der Zahlungseinstellung oder der Anbringung des Concurseröffnungsbegehrens Kenntnis hatte (§ 9).

Unanfechtbar sind jedoch alle Erwerbungen und Zahlungen, welche auf Grund von Einzelverkäufen beweglicher Gegenstände in öffentlich betriebenen Geschäften oder in Folge von öffentlichen Versteigerungen stattfinden, ausser der Mitcontrahent kannte die Absicht des Schuldners, seine Gläubiger zu benachtheiligen (§ 11).

II. In den sub 1—4 erwähnten Fällen hat ohne vorhergegangener Concurseröffnung jeder Gläubiger, dessen Forderung vollstreckbar ist, ohne Rücksicht auf die Zeit der Entstehung der Forderung, ein mit Klage oder Einrede ausübbares Anfechtungsrecht (§ 32), jeder Gläubiger aber ein mit Einrede ausübbares Anfechtungsrecht (§ 34) gegen die oben erwähnten Personen, wenn der betreffende Gläubiger trotz geführter Execution nicht ganz befriedigt wurde, oder nicht anzunehmen ist, dass eine Execution zu seiner Befriedigung führen würde.

Die in Frage kommenden zehn- beziehungsweise einjährigen Fristen sind statt von der Concurseröffnung von der gerichtlichen Geltendmachung des Anfechtungsrechtes an zurückzurechnen (§ 29, 30), falls aber ein Gläubiger, welcher noch keine vollstreckbare Forderung hat, seine Anfechtungsabsicht dem Gegner gerichtlich oder notariell notificiert, von dieser Zustellung an, in welch letzterem Falle jedoch 1. die gerichtliche Geltendmachung in zwei weiteren Jahren erfolgen muss, 2. der Anfechtende glaublich machen muss, dass die Execution schon zur Zeit der fraglichen Zustellung nicht zu seiner völligen Befriedigung geführt hätte.

[15]) Eine Ausnahme besteht nach § 8 für Wechselzahlungen; vgl. aber § 22.

PRÁVNICKÁ JEDNOTA MORAVSKÁ V BRNĚ

γ_2. Convalescenz.[1])

§ 103.

Bei Übertragung der realistischen Auffassung des Sinnlichen auf die Rechtsbegriffe müsste man zu dem Resultate gelangen, dass ein Rechtsgeschäft, welches unterlaufener Mängel wegen nichtig ist, nichtig bleibe,[2]) dass höchstens ein neues ähnliches giltiges Rechtsgeschäft abgeschlossen werden könne, welches aber eben ein neues, von dem ersten verschiedenes wäre. Die Rechtsordnung aber, welche es nicht mit realen Existenzen, sondern mit gedachten Causalzusammenhängen zu thun hat, ist begrifflich durch gar nichts gehindert, einen Thatbestand, welcher ihr Anfangs ungeeignet erschien, Basis rechtlicher Wirkungen zu sein, später, beim Hinzutritt der fehlenden Erfordernisse, in Allem und Jedem so zu behandeln, als wäre er von Anfang an perfect gewesen.[3]) Allerdings jedoch wird die Rechtsordnung um der Ver-

[1]) Hufeland, Abhandlungen a. d. Civilrecht I, 4. Über die verschiedenen Wirkungen der Genehmigung von Geschäften, 1814; Die Dissertationen De Ratihabitione von Busse, 1834 und Agricola, 1848, Girtanner (Habilitationsschrift) 1848, Gregory (Specimen juris civilis de ratihabitione) 1864, 291 S.; Beckhaus, Über die Ratihabition der Rechtsgeschäfte, Bonn 1859; Seuffert, Die Lehre von der Ratihabition der Rechtsgeschäfte, Würzburg 1868, 160 S. (hiezu Regelsberger, Kr. VJS XI, 1869, S. 361—378); Polignani, La dottrina della Ratihabitio, Neapel 1869, 88 S. (hiezu Windscheid, Kr. VJS XII, 1870, S. 152, 153); Gruchot, Rechtsverhältnis zwischen dem Geschäftsherrn und einem Dritten, mit welchem ein unbeauftragter Geschäftsführer im Namen des Ersteren einen Vertrag geschlossen hat, Gruchot's Beiträge XIV, 1870, S. 235 ff.; Zimmermann, Die Lehre von der stellvertretenden Negotiorum Gestio, Strassburg 1876, S. 138—300 (und hiezu Steinlechner in Grünhut's Zt. IV, 1877, S. 358—365). Ferner Ihering, Geist d. r. R. III, § 53, S. 158 (auch Jahrb. f. Dogm. I, S. 295—302 in der „Mitwirkung für fremde Rechtsgeschäfte"). Savigny IV, § 203, S. 554—560; Wächter II, § 100; Vangerow I, § 88; Windscheid I, § 74 und § 83; Unger II, § 92; Schiffner I, § 132, S. 100—102; Rittner, Eherecht § 38.

[2]) „Quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere." L. 29, D. 50, 17.

[3]) „Wenn einmal das Gesetz der Gleichzeitigkeit in der Richtung aufgegeben ist, dass der constitutive Wille, der sich in der Handlung ausspricht, dem sonstigen Thatbestand des Rechtsgeschäfts voraneilen kann (Anticipation) — z. B. Verpfändung für künftige Schulden, von res futurae oder res alienae —, warum soll er ihm nicht umgekehrt auch nachfolgen können (Ratihabition), und wenn das Rechtsgeschäft durch ausdrückliche Willenserklärung ergänzt werden kann, was lässt sich gegen die Idee ein

kehrssicherheit willen von dieser Möglichkeit nur vorsichtigen Gebrauch machen, und jedenfalls dritten Personen, welche vor Eintritt der mangelnden Erfordernisse in ein Verhältnis zu dem imperfecten Thatbestande getreten sind, nicht einen Thatbestand als in einem früheren Zeitpuncte vorhanden aufoctroyieren, welcher damals thatsächlich noch nicht gegeben war.

Man spricht dort, wo ein Anfangs mit einem Mangel versehenes Rechtsgeschäft später perfect wird, von einer Convalescenz des Rechtsgeschäftes. Es seien nun die hieher bezogenen Fälle in Kürze besprochen.

I. Es wurde schon auf eine Reihe von Fällen hingewiesen, in denen das die Basis des fraglichen Rechtsgeschäftes bildende Handeln keineswegs als sofort nichtig declariert ist, in denen vielmehr die Nichtigkeit von dem Angriffe einer Partei auf das Rechtsgeschäft abhängig gemacht ist. Unterlässt nun die Partei in der ihr gegönnten Frist diesen Angriff oder verzichtet sie auf selben, so wird ex post erkennbar, dass das Rechtsgeschäft trotz seiner Mängel von Anbeginn an als nicht nichtig zu behandeln ist. Insoferne nun dieses spätere Unterlassen oder Verzichten es ist, welches die Bedeutung des ursprünglichen Mangels behebt, pflegt man hier von einem Convalescieren des Rechtsgeschäftes, welches ohne dieses Unterlassen oder Verzichten nichtig wäre, zu sprechen. Es darf jedoch über dieser Ausdrucksweise nicht vergessen werden, dass nur die ursprüngliche Nicht-Nichtigkeit in diesem Falle erkennbar wird.

II. Ein weiterer hieher gehöriger Fall ist jener, wenn nicht so sehr eine mangelhafte Beschaffenheit der einzelnen Elemente des Rechtsgeschäftes, sondern vielmehr nur eine Unvollständigkeit derselben vorlag, welche durch nachträgliches Hinzutreten des fehlenden Elementes behoben wird; diess ist dann der Fall, wenn die erforderliche Zustimmung a) einer der oben in § 99 erwähnten Nebenpersonen (Mithelfer)[4]) oder b) eines

wenden, dass es auch ohne solche Erklärung durch blosses objectives Eintreten seines Thatbestandes nachreifen könne (Convalescenz)? Alle diese drei Begriffe sind auf's Engste mit einander verwandt; sie beruhen sämmtlich auf dem Gedanken der successiven Entstehungsweise." Ihering, Geist III, § 53, S. 158. Aber — müssen wir fragen — ist das Nachreifen und die Anticipation nicht überhaupt ganz dasselbe, nur dass es das einemal von vorne, das anderemal von hinten betrachtet wird?

[4]) Hieher gehört auch der Fall nachträglicher Dispensation von einem Ehehindernisse, deren Ertheilung ordentlicherweise schon zur Eingehung der Ehe erforderlich gewesen wäre. Kraft positiver Vorschrift (§ 88 a. b. G.) „ist eine solche Ehe so zu betrachten, als wäre sie ursprünglich giltig geschlossen worden".

Dritten (z. B. des Eigenthümers) erst nachfolgt, oder wenn c) die Zustimmung der Hauptperson zur Willenserklärung ihres nicht ermächtigten Stellvertreters nachgetragen wird. In allen diesen Fällen kann das Rechtsgeschäft erst von dem Momente an als perfect betrachtet werden, wo das letzte fehlende Element hinzugetreten ist,[5]) der Wille der Interessenten beziehungsweise des genehmigenden Dritten wird jedoch gemeiniglich dahin gehen, dass möglichst derselbe Erfolg herbeigeführt werde, als wäre das fragliche Rechtsgeschäft schon ursprünglich perfect gewesen, und soweit es sich nur um das Verhältnis der Parteien untereinander handelt, wird die practische Herbeiführung dieser Wirkungen auch keinem Anstande unterliegen. Wolerworbene Rechte Dritter jedoch können durch diese Fiction der Interessenten nicht alteriert werden: für sie ist das Rechtsgeschäft erst im Momente des Eintrittes des letzten Elementes perfect.

Eine Betrachtung der einzelnen Fälle bei der Stellvertretung (i. w. S.) an der Hand eines Beispieles mag vielleicht hier am Patze sein.

A kauft in der Absicht, für B zu erwerben, aber ohne Ermächtigung bei einem Antiquar C ein seltenes Buch, da er weiss, sein Freund B sucht dieses Buch und würde es kaufen.

1. Er erwähnt nicht, dass er für B kaufen wolle, und daher natürlich auch nicht, dass er keine Vollmacht habe. Nach dem oben § 99 N. 7 Gesagten erscheint hier gegenüber dem C gar nicht B, sondern A als Käufer; die nachfolgende Ratihabition des B hat für A gar keine unmittelbare Bedeutung, insbesondere keine rückwirkende. Und wenn vor Eintritt der Ratihabition D das Buch wegen einer Schuld des A bei A als dessen Buch pfändete, bleibt das Pfandrecht des D durch die Ratihabition des B unberührt. Wenn D das Buch vor der Ratihabition, aber im Hinblick auf diese vermutete Ratihabition, wegen einer Schuld des B als Buch des B pfändete, und B ratihabierte später den Ankauf, so ist allerdings das Pfandrecht wirksam, denn A kann sich nicht darauf berufen, das Buch sei sein Eigenthum gewesen,

[5]) Windscheid I, § 74, N. 6. Der Unterschied von den sub I erwähnten Fällen liegt darin, dass bei diesen nur ein negatives Element (Nichtangreifen) es ist, dessen Fortbestand oder Permanenzerklärung (Verzicht) zur Giltigkeit abgeht; es wäre hier practisch höchst misslich, das Rechtsgeschäft so lange als nichtig zu behandeln, als dieser Fortbestand nicht festgestellt und gesichert ist; darum anticipiert die Rechtsordnung die Wirkungen des giltigen Rechtsgeschäftes, und darum erscheint dann auch beim Offenbarwerden der Bedingung der Giltigkeit diese als ursprünglich; nicht so aber in den Fällen der Gruppe II, wenigstens nach österr. Rechte. Für das r. R. vgl. Windscheid I, § 83, S. 231.

zwischen A und B war ja die Absicht, es solle das Geschäft schon ursprünglich als zwischen B und C geschlossen wirksam sein;[6]) aber im Verhältnisse zu anderen Pfandgläubigern datiert die Priorität erst von der Ratihabition.

2. A kauft das Buch und sagt ausdrücklich, er kaufe nicht für sich, sondern für den (dem Antiquar bekannten) B, verschweigt aber, dass er keine Vollmacht habe oder schützt einen Auftrag direct vor. Wenn nun B ratihabiert, so wirkt diese Ratihabition zwischen A, B und C allerdings so, als wäre gleich ursprünglich die Vollmacht vorhanden gewesen. Wenn aber A das Buch dem Antiquar trotz erfolgten Ankaufes zur Durchsicht geliehen, es bei ihm in Deposito belassen hat (constitutum possessorium), und das Buch wird nun vor Ratihabition des B bei C gepfändet, so kann (auch ganz abgesehen von dem [in Executionsfällen bestrittenen] Eingreifen der §§ 367, 456, somit auch dann, wenn das Buch nicht bei C sondern gemäss § 4 Hofd. 29. Mai 1845 JGS 889 als angebliches Buch des C bei A gepfändet wird) B dieses Pfandrecht nicht umstossen, denn dem D gegenüber kann er ja sein Eigenthum als vor der Zeit der Ratihabition erstanden nicht geltend machen.

Eine Betrachtung des Falles, wie es wäre, wenn B nicht ratihabiert hätte, könnte vielleicht zu der Meinung führen, dass in dem eben besprochenen Falle dennoch das Pfandrecht des D hinfällig sei. Wenn nemlich B nicht ratihabiert (— so könnte man argumentieren —), so sei darum doch C nicht Eigenthümer des Buches geblieben, sondern A, der nun den Vertrag zuhalten muss, sei Eigenthümer geworden, u. z. durch den Kauf geworden; das Pfandrecht sei somit darum hinfällig, weil C auf keinen Fall mehr Eigenthümer war. Allein dagegen

[6]) Von dieser Voraussetzung wurde ja ausgegangen. Wollte umgekehrt A, dass er als erster Erwerber gelte, und ebenso B, dass er auch dem practischen Erfolge nach von A erwerbe, sollte also auch zwischen A und B das Geschäft als erst im Zeitpuncte der Ratihabition für B geschlossen gelten, dann erwirbt D, welcher das Buch als das Buch des B gepfändet hatte, gar kein Pfandrecht. Dieser Unterschied in dem Wollen des A und B ist aber für sie nicht etwa nur ein theoretischer. Denn in dem im Texte behandelten Falle der (für das Verhältnis zwischen A und B) rückwirkenden Genehmigung wird B auch ohne Tradition durch A an ihn Eigenthümer, eine der Genehmigung nachfolgende Pfändung gegen A ist somit unwirksam; in dem in dieser Note besprochenen Falle aber wird B erst durch die Tradition Eigenthümer; so lange diese unterbleibt (und auch nicht durch ein constitutum possessorium ersetzt wird), ist trotz der Ratihabition noch immer A Eigenthümer, und auch ein nach der Ratihabition gegen ihn erwirktes Pfandrecht zu Recht bestehend.

müsste eingewendet werden, dass, im Falle B nicht ratihabiert, A keineswegs jedenfalls als Contrahent zu betrachten ist; C kann nur von A verlangen, dass er sich ex delicto als Contrahenten behandeln lasse; diess wird sofort erkennbar, wenn der Fall angenommen wird, C verlange nicht das Eintreten des A (z. B. es wurde auf Credit verkauft, oder C wollte das seltene Buch nur dem A geben, andersfalls hätte er es selbst behalten); A kann keinesfalls gegen den Willen des C als Contrahent eintreten. Aber auch abgesehen davon würde daraus, dass im Falle der Nichtgenehmigung A eo ipso Eigenthümer resp. Contrahent wäre, noch immer nicht folgen, dass im Falle der Genehmigung auch B gegenüber dem D eo ipso als ursprünglich in dem Rechtsgeschäfte stehend zu behandeln sei.

3. A kauft für B, bemerkt aber ausdrücklich, er habe keine Vollmacht. Hier kann nun zwischen A und C bedungen werden, im Falle B nicht genehmige, sei A Contrahent; falls diess aber nicht festgesetzt wurde, liegt im Falle der Nichtgenehmigung durch B überhaupt kein Rechtsgeschäft vor. Im ersteren Falle wird, wenn nicht genehmigt wird, die gegen C geführte Execution hinfällig sein, da ja (wenn auch nur sub condicione der Nichtgenehmigung seitens B) A von Anbeginn an als Contrahent auftrat und Eigenthümer wurde; wenn aber B genehmigt, ist A nie Eigenthümer geworden, B aber wird es erst durch die Genehmigung, die inmitten liegende Pfändung somit ist giltig. Das Letztere aber muss auch gelten, wenn ein bedingtes Contrahieren Seitens des A für sich nicht vorlag.

Aus dem Erörterten wird sich ergeben, in welchem beschränkten Sinne die Lehre von der Retrotraction der Ratihabition[7]) einer abgegebenen, zu ihrer Ergänzung noch des Hinzutrittes einer fremden Willenserklärung bedürfenden, Willenserklärung Richtigkeit hat.

III. Schliesslich ist noch ein weiterer Fall hier zu behandeln, nemlich der, wenn ein (nicht nichtiges aber) anfechtbares Rechtsgeschäft durch ausdrücklichen oder stillschweigenden Verzicht des Anfechtungsberechtigten oder Ablauf der Anfechtungsfrist unanfechtbar wird. Hier kann von einer Rückziehung überhaupt keine Rede sein, denn das Rechtsgeschäft wird nicht erst giltig, sondern war bereits von allem Anfange an giltig.

[7]) L. 7, pr. C. 4, 28: „. . . quum nostra novella lege generaliter omnis ratihabitio prorsus retrotrahitur et confirmat ea, quae ab initio subsecuta sunt. L. 25, C. 5, 16: „Sicut et alias ratihabitiones negotiorum ad illa reduci tempora opportet, in quibus contracta sunt. Vgl. auch c. 10, de R. J. in VI°: „Ratihabitionem retrotrahi et mandato non est dubium comparari" (und hiezu wieder L. 12, § 4, D. 46, 3).

b. Phasen des Rechtsverhältnisses.

§ 104.

Die juristischen Thatsachen sind das erzeugende und bewegende Element in der Welt der Rechtsverhältnisse.

Die Rechtsverhältnisse als Verhältnisse der Menschen haben gleich diesen ein endliches und wechselndes Dasein; sie entstehen, sie unterliegen Wandlungen, und sie hören auf zu sein. Die juristischen Thatsachen sind es, die sie in's Leben rufen, die sie verwandeln und die sie wieder auflösen.

I. Gewisse rechtliche Thatsachen haben zur Folge, dass zwischen gewissen Personen, oder doch einer bestimmten Person und den anderen, rechtliche Beziehungen in einer Richtung entstehen, in welcher früher solche nicht vorhanden waren; wir sagen in einem solchen Falle, es sei ein Rechtsverhältnis entstanden; u. z. kann das neu entstandene Rechtsverhältnis ein schon bestehendes anderes Rechtsverhältnis zu seiner Voraussetzung haben, oder aber in seiner Existenz unabhängig vom Bestande eines solchen sein; im ersteren Falle ist die Entstehung des Rechtsverhältnisses derivativer Natur, im zweiten Falle originärer Natur;[1]) wenn ein derartiges Rechtsverhältnis schon zwischen anderen Personen bestand, sprechen wir von translativer Entstehung,

[1]) Ausgehend davon, dass „die Identität der Sache die Identität des Eigenthumsrechtes bedingt auch beim Wechsel der Subjecte" (S. 159) kommt Schey in dem mit scharfer juristischer Logik, die jede Phrase verschmäht, geschriebenen Aufsatze „Über Rechtsverwandlungen" in Grünhut's Zeitschr. (VII, S. 746—774, VIII, S. 110—161) zu dem Resultate, dass originärer Erwerb der „Erwerb des Eigenthums an Sachen, die bis dahin in Niemands Eigenthum standen", sei, derivativer jener an „Sachen, die zu diesem Zeitpuncte im Eigenthume einer anderen Person standen". „Im zweiten Falle, mag der Erwerb welcher Art immer sein, kann das Eigenthum des Erwerbers nur identisch sein mit dem seines Vorgängers, denn es ist ein und dieselbe Sache das Individualisierungsmoment beider" (vgl. auch IX, S. 354, 355). Aber ich glaube, nur so kann die Frage gestellt werden: Da wir das causale Verhältnis zwischen gewissen Ereignissen als Ursachen und anderen als erzwingbaren Folgen Recht nennen, dürfen wir eine auf andere Ursachen sich stützende Relation dasselbe Recht nennen? Und diese Frage, glaube ich, wird zu verneinen sein. Hinsichtlich der Servitut allerdings findet auch Schey (Über die Structur der Forderungsrechte IX, S. 344—404), „die Servitut ist individualisiert durch die Sache und die causa" (S. 358).

wenn aber ein derartiges Rechtsverhältnis überhaupt noch nicht, auch zwischen anderen Personen nicht, bestand, von constitutiver Entstehung.[2])

[2]) Originär und zugleich constitutiv ist die Entstehung eines Eigenthumsverhältnisses durch Occupation: das Eigenthumsverhältnis stützt sich auf kein früheres Rechtsverhältnis als Existenzbedingung, es bestand auch kein Eigenthumsverhältnis an dieser Sache. Originär jedoch translativ ist der Eigenthumserwerb durch Zuwachs, Ersitzung; auch hier gründet sich das entstandene Rechtsverhältnis auf kein Rechtsverhältnis eines Dritten, aber es bestand schon ein Eigenthumsverhältnis eines Dritten (sonst brauchte der Neuerwerber nicht erst des Zuwachses, der Ersitzung als Rechtstitel, schon die Occupation würde genügen). Derivativ und zugleich constitutiv ist die Entstehung einer Servitut durch Bestellung; es bestand noch keine Servitut, aber ihre Voraussetzung ist das Eigenthum des Bestellers. In allen diesen Fällen ist ein ganz neues Rechtsverhältnis entstanden; wenn auch ein ihm gleiches schon bestand, so ist das neue doch nicht seine Fortsetzung, sondern das alte ist erloschen und das neue selbstständig erstanden; nicht so aber, wenn ein Rechtsverhältnis nur als selbes Rechtsverhältnis an einen Anderen übertragen wird, so dass immer noch die ursprünglichen Entstehungsgründe massgebend bleiben für den Bestand; hier ist wol für eine Person ein Rechtsverhältnis (derivativ-translativ) entstanden, aber wir werden mit Rücksicht auf die fortdauernde Relevanz der früheren Ursachen doch noch immer von demselben Rechtsverhältnisse sprechen können. Der ganze Begriff der Succession oder doch der Singularsuccession wurde jedoch lebhaft angefochten: das bestimmte Subject sei dem Rechtsverhältnisse so wesentlich, dass beim Eintritte eines anderen Subjectes das Rechtsverhältnis ein anderes werde. Es ist wol ein müssiger Wortstreit ob das neue Rechtsverhältnis ein geändertes oder ein anderes Rechtsverhältnis sei. Der erste Angriff erfolgte durch Kuntze, Die Obligation, §§ 15 ff.; ihm folgten Neuner, Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse, S. 116 ff. und Salpius, Novation und Delegation, S. 345 ff. Viel Anklang jedoch hat diese Opposition gegen einen wolberechtigten Sprachgebrauch nirgend gefunden. Denn um etwas Anderes als einen Sprachgebrauch kann es sich doch nicht handeln. Es kann nicht genug betont werden, dass ein Rechtsverhältnis überhaupt nicht ist; sein kann nur materielles. Wir sagen nur, es sei, weil wir es uns als Bindeglied zwischen gewissen materiellen ursächlichen Erscheinungen und anderen Materiellen Folgeerscheinungen denken. Wo aber immer noch dieselben Ursacheerscheinungen in Frage kommen, da können wir wol von demselben Rechtsverhältnisse sprechen, wenn wir auch wegen Hinzutrittes anderer Ursachenerscheinungen uns dieses Rechtsverhältnis als ein geändertes denken. Ja auch die menschliche Person ist nicht; es sind nur die verschiedenen jeden Moment wechselnden Stoffgruppierungen; aber eben um ihrer Continuität, ihres causalen Zusammenhanges willen abstrahieren wir aus ihnen den Begriff der Person; und gewiss lässt sich auch behaupten, das Individuum sei in dem nächsten Augenblicke nicht mehr dasselbe wie im vorigen; und doch, welchem Juristen wird beifallen, zu sagen, der Mann sei eine andere Person als die er als Jüngling war?

II. Andere rechtliche Thatsachen haben zur Folge, dass ein Rechtsverhältnis erlischt (sog. rechtsaufhebende Thatsachen), u. z. entweder so, dass bei ihrem Eintritte dasselbe eo ipso sofort aufgehoben ist (unmittelbar, ipso jure rechtsaufhebende Thatsachen), oder aber nur die Möglichkeit für gewisse Personen eintritt, diese Aufhebung herbeizuführen (mittelbar, ope exceptionis rechtsaufhebende Thatsachen).

III. Andere rechtliche Thatsachen aber haben zur Folge, dass ein Rechtsverhältnis geändert wird, d. h. dass es zwar aufhört zu sein, aber nur indem aus ihm und auf Grund seiner ein anderes entsteht, so dass sich das neue Rechtsverhältnis gar nicht als neues Rechtsverhältnis, sondern nur als ein abgeändertes früheres Rechtsverhältnis darstellt. Die Veränderung kann sowol die sachlichen als die persönlichen Elemente des Rechtsgeschäftes als die Relation derselben betreffen. Von besonderem Interesse an dieser Stelle ist nur die Veränderung in den persönlichen Elementen.

Jedes Rechtsverhältnis constituiert ein Sollen und ein Dürfen, macht Jemanden zum Sollenden und Jemanden zum Dürfenden. Ein Rechtsverhältnis kann sich daher ändern, indem in der Person des Sollenden oder in der Person des Dürfenden ein Wechsel vor sich geht. Wir nennen diesen Wechsel Succession im Rechtsverhältnisse. Eine solche Succession als blosse Fortsetzung eines schon bestehenden Rechtsverhältnisses als desselben Rechtsverhältnisses (vgl. oben N. 2) zwischen anderen Personen ist nur im Vermögensrechte zulässig u. z., nach modernem Rechte wenigstens, nicht nur bei den meisten[3]) dinglichen Rechten, sondern auch bei Obligationen.

Die Rechtsordnung kennt jedoch nicht nur eine Nachfolge in die einzelnen Rechtsverhältnisse einer Person (Singularsuccession), sie kennt auch eine Nachfolge in die Gesammtheit dieser Rechtsverhältnisse als solche, in die gesammte vermögensrechtliche übertragbare Rechtssphäre der Person, so dass der neue Inhaber gleichsam die Fortsetzung der vermögensrechtlichen Person seines Vorfahrers bildet. Für das österr. Recht[4]) existiert nur ein einziger Fall einer solchen Universalsuccession, der Eintritt des Erben in das Vermögen des Verstorbenen.

[3]) Unübertragbar sind die Grunddienstbarkeiten (§ 485) und der Usus (§ 507).

[4]) Für das röm. Recht vgl. Gajus II, 97, 98; § 6, J. 2, 9. Schwanert, Enumeratio per universitatem successionum, quae exstant in jure romano. 1846.

c. Inhalt des Rechtsverhältnisses.

§ 105.

Es wurden die für das Rechtsverhältnis massgebenden Entwicklungselemente, sohin die einzelnen Entwicklungsphasen desselben erörtert, es erübrigt jetzt noch den Inhalt, d. i. die Wirksamkeit, rechtliche Wesenheit des Rechtsverhältnisses darzulegen.

Und zwar wird zu handeln sein: 1. Vom subjectiven Rechte (dem Erzwingen-Dürfen), 2. vom Besitze (dem Geniessen-Können), 3. von der Rechtsverwirklichung, d. i. Rechtsausübung (Erzwingung des Geniessen-Könnens). Der systematische Zusammenhang dieser drei Begriffe wird sich aus der folgenden Darstellung selbst ergeben.

α. Das subjective Recht.[1])

§ 106.

Es wird vorerst der schon in der Einleitung (§ 1) angedeutete Begriff des subjectiven Rechtes näher auszuführen sein, sohin sind aus demselben nach ihren unterscheidenden Merkmalen die einzelnen Arten der subjectiven Rechte zu entwickeln und schliesslich sind die einzelnen genetischen Phasen des subjectiven Rechtes darzulegen.

[1]) Unterholzner, Jur. Abhandlungen, 1810, III, Über die Classification der Privatrechte; Unger, Sächs. Entwurf, 1853, II, Abgrenzung und Systematik des Entwurfs, besonders S. 10 ff.; Berger, Krit. Beiträge, 1856, S. 168—184; Zielonacki, Über die jura in re im Allgemeinen und die Servituten in's Besondere, Österr. VJS VI, 1860, III, S. 103—116; Neuner, Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse. Eine civil. Ausführung, nebst einem Anhang, der Grundriss zu einem neuen Systeme für die Darstellung des Pandectenrechtes, Kiel 1866, 239 S. (hiezu Bürkel, Kr. VJS XI, 1869, S. 191—233; Krainz, Das leitende Princip der bücherlichen Rechte, GZ 1868, N. 95—100, 1869, N. 13—19, 26—31; Schott, Der obligatorische Vertrag unter Abwesenden (hiezu Bekker, Kr. VJS XV, S. 543—552); Hofmann, Dingliche und persönliche, absolute und relative Rechte, GZ 1879, N. 9, 10; Schlossmann, Der Vertrag, 1876, §§ 32—34; Schuster, Uber die Eintheilung der Privatrechte im subjectiven Sinn, Grünhut's Zt. IV, 1877, S. 586—591 (ein Muster verworrener Unklarheit); Thon, Rechtsnorm und subj. Recht, Untersuchungen zur allgemeinen Rechtslehre, Weimar 1878, 374 S. (hiezu Merkel in Grünhut's Zt. VI. 1879, N. IX, S. 367—396, Zt. f. Handelsrecht XXIV, S. 593—602; Binding, Kr. VJS XXII, N. F. III, 1880, S. 542—582; Sentz, GH 1879, N. 56, 57; Bärnreither, GZ 1878, N. 64—68; vgl. auch Strohal, Grünhut's Zt. VII, 1880, S. 408, 409); Schey, Über Rechtsverwandlungen, Grünhut's Zeitschrift VII, 1880, N. XV u. VIII, 1881, N. III u. z. bes. 1880, S. 752—772; Über die Structur der Forderungsrechte, ibid. IX, 1882, N. VII bes. S. 345—359; Böhm-Bewerka, Rechte und Verhältnisse vom Standpuncte der wirtschaftlichen Güterlehre, Innsbruck 1881, 184 S. (Resultat: Rechte keine wirthschaftlichen Güter); Kärger, Zwangsrechte, Ein Beitrag zur Systematisierung der Rechte, Berlin 1882, 256 S.; Leonhard, Ein Beitrag zu der allgemeinen Civilrechtslehre und der Begriffsbestimmung des subjectiven Rechtes, Grünhut's Zt. X, 1883, N. I, S. 1—23; Ebbecke, Berechtigung und äussere Befugnis nach pr. und gem. Recht, Berlin 1884, 90 S., insbes. § 2; Vangerow I, § 111—113; Brinz I, § 64—67; Windscheid I, § 37—42; Stobbe I, § 66; Roth, D. Pr. I, § 84; Unger I, § 58—70; Schiffner I, § 24—34; Pfaff-Hofmann I, S. 352 ff. und die am letzgenannten Orte angeführten Schriften über Systematik.

α1. Begriff.

§ 107.

In einer Reihe stätig wechselnder Erscheinungen manifestiert sich uns die Welt des Stoffes. Dieser Wechsel der Erscheinungen stellt sich jedoch unserem Denken als kein zufälliger, regelloser, sondern als ein nothwendiger in der Weise dar, dass jede Veränderung in der Erscheinung durch eine Veränderung des Stoffes bedingt ist, und diese wieder durch eine frühere (wenn auch von uns nicht wahrgenommene, so doch als wahrnehmbar, d. i. als Erscheinung gedachte oder denkbare) andere stoffliche Veränderung, und dass jede neue stoffliche Veränderung selbst wieder, allein oder in Verbindung mit anderen, weitere wahrnehmbare oder denkbare Veränderungen des Stoffes, beziehungsweise Erscheinungen, nach sich zieht. Unser Denken ist so geartet, dass wir für jede Veränderung in der Erscheinung, resp. des Stoffes, eine Ursache annehmen, und der der Veränderung in der Erscheinung congruent gedachten Veränderung des Stoffes wieder weitere Wirkungen beizumessen uns gezwungen fühlen. Und so treten die einzelnen Erscheinungen, beziehungsweise die von uns als hinter ihnen stehend gedachten stofflichen Veränderungen in unserem Denken in ein Verhältnis zu einander, demzufolge sie sich uns als ein einheitliches Gewebe sich wechselseitig vereinigender und bedingender Ursachen und Wirkungen darstellen.

Dasselbe Princip der Causalität aber gilt uns auch für unser, der Menschen, eigenes Handelns, so dass auch dieses in der Wechselbeziehung der Erscheinungen als Ursache oder als Wirkung sich darstellt. Allein in dieser Beziehung auf das menschliche Handeln drängt sich das Causalitätsprincip unserer Wahrnehmung nicht stets in so unmittel-

barer, materieller Weise auf, wie dort, wo es sich um Erscheinungen im Gebiete der „willenlosen" Natur handelt. Die Veränderungen der Aussenwelt und an unserem eigenen wahrnehmbaren Ich bewirken nicht unmittelbar, unvermittelt unsere Handlungen, sondern sie bewirken zunächst durch ihre Erscheinung (ihr Auftreten) eine gewisse, zwar materielle aber uns unnachweisbare (wenn auch als nachweisbar denkbare) Veränderung in unserem Körper, derzufolge dieser die Handlungen zu setzen versucht, wobei das Gelingen wieder von anderweitigen materiellen Voraussetzungen abhängig ist. Eine ganze Reihe von zum Theile unnachweisbaren materiellen Ursachen somit ist es, welche unsere Handlung als nothwendige Wirkung nach sich zieht.

Wir suchen daher nach einer Vermittlung zwischen den einzelnen uns theilweise unzugänglichen Ursachen und der vor uns liegenden Wirkung; und diese Vermittlung bietet uns das Phantom des freien Willens. Wir denken uns durch die materiellen Ursachen den Willen als vermeintlich Immaterielles, und durch diesen die materielle Handlung geschaffen.

Das Wesen des Willens wurde schon oben erörtert; hier genügt es, darauf hinzuweisen, dass auch der Wille, soferne er überhaupt etwas ist, ein Materielles (eine Vorstellung, d. i. Veränderung des Körpers) ist, das selbst nur die Folge anderer materieller Vorgänge ist, und beim Hinzutritte anderer materieller Voraussetzungen (deren Summe als Actionsmöglichkeit bezeichnet werden kann) die Handlung hervorbringt.

Indem nun die Rechtsordnung für den Fall des Eintrittes gewisser Voraussetzungen das Eingreifen staatlichen Schutzes und staatlicher Hilfe verheisst, erscheint auch diese Verheissung (resp. die durch sie hervorgerufene Veränderung der Materie, kraft deren die Verheissung dem Einzelnen bewusst oder wahrnehmbar wird und bleibt) sowol als der Eintritt der von ihr supponierten Thatbestände als eine Ursache von Handlungen und insbesondere auch des etwaigen wirklich erfolgenden Eingreifens der staatlichen Macht resp. ihrer Organe. Der Causalzusammenhang ist nicht minder materiell als der zwischen dem Schlag der Axt und dem Fallen des Baumes, zwischen Reibung von Stahl an Stein und dem Auflodern des Funkens, aber diese Verheissung und dieser Thatbestand bilden nur eine Ursache, nur eine Mit-, nur eine Theilursache des Entstehens der rechtlichen Wirkungen. Das Eingreifen der staatlichen Organe ist somit nicht die absolute nothwendige Folge des Eintrittes der erwähnten Ereignisse, da noch der Eintritt von Mit- und Zwischenursachen hinzutreten muss, damit die staatliche Macht die an das Eintreten dieser Thatbestände geknüpfte Zusage wirklich einhält oder zu erfüllen vermag. Sie sind jedoch die Hauptursachen,

jene Ursache, die sich allein mit Sicherheit berechnen lässt, während die anderen Neben- und Zwischenursachen sich unserer Vorausberechnung entziehen und allerdings zu den Hauptursachen (zum Theile durch den fördernden Einfluss derselben) gewöhnlich hinzutreten.

Für uns aber ist somit die blosse, durch das Eintreten jener Voraussetzungen, an welche die Zusage der Rechtsordnung, es werde uns erforderlichen Falles, beziehungsweise über unser Verlangen, die staatliche Machthilfe gewährt werden, geknüpft ist, begründete Aussicht auf Gewährung des staatlichen Schutzes von so bedeutender Wichtigkeit, dass wir diese abstracte Möglichkeit, aus den erwähnten Voraussetzungen Wirkungen zu erzielen, selbst schon als eine Wirkung betrachten und uns in Rechnung setzen. Und so ergeben sich für uns 1. Ereignisse, von deren Eintreten die Zusage des Eingreifens der staatlichen Macht sich (schlechthin oder für den Fall nicht zureichender Privatmacht oder des Verlangens einer Person) abhängig gemacht hat, somit Ursachen möglicher materieller und gewisser gedachter Wirkungen; 2. materielle Wirkungen, welche aber nur möglicherweise beim Hinzutreten anderer Neben- oder Zwischenglieder entstehen. 3. Wirkungen, welche nur in der Vorstellung gedacht werden, welche aber gewiss und nothwendig gedacht werden, oder doch bei Kenntnis des Vorhandenseins der erwähnten Voraussetzungen und correcter Anwendung der Denkgesetze gewiss und nothwendig gedacht werden würden, d. i. gedacht werden müssten, somit, wenn sie gedacht werden, als nothwendige Wirkungen gedacht werden. Um dieser gedachten Wirkungen willen stellen sich die sub 1. erwähnten Ereignisse stets als Ursachen dar, auch schon bevor feststeht, ob die in Aussicht gestellten materiellen Wirkungen thatsächlich eintreten werden; dieses Gedachtwerden von Wirkungen, das selbst eine Wirkung ist, ist es, das sich uns jedenfalls als das logische Bindeglied zwischen den materiellen bedingenden Ereignissen und den eventuellen materiellen Folgeereignissen darstellt. Die hienach eintretende Relation nennen wir das Rechtsverhältnis und die gedachte (zunächst bloss im „mit Nothwendigkeit Gedachtwerden" bestehende, ideelle) Wirkung der rechtlichen Voraussetzungen, d. i. die durch den Eintritt gewisser Ereignisse laut Inhaltes der Rechtsordnung uns eröffnete Möglichkeit, die Gewährung der staatlichen Hilfe zu erlangen, das subjective Recht.

Wir denken uns das Rechtsverhältnis und das subjective Recht nur als wirklich, aber es wird dadurch nicht selbst zu etwas Wirklichem, Materiellem, sondern bleibt ein thatsächliches Nichts, eine blosse anschauliche Unterstützung unseres Denkens und unserer Ausdrucksweise. Es ist darum erforderlich hierauf nachdrücklich hin-

zuweisen, da dieser Umstand so oft verkannt oder doch vergessen und nun Dasjenige, was hinsichtlich der materiellen Existenzen ganz wahr und richtig ist, auf diese Begriffe, denen ein materiell Existierendes nur in der stofflichen Bewegung und Veränderung unserer Denkorgane entspricht,[1]) irrigerweise übertragen wird.[2])

Diese Auffassung des subjectiven Rechtes ist aber nicht die herrschende. Während hier die Rechtsnorm und die auf Grund der Rechtsnorm und des Eintrittes gewisser in der Rechtsnorm fixierter Ereignisse sich eröffnende Möglichkeit auf Anrufung der staatlichen Wirkungen in den Vordergrund gestellt und behauptet wird, nur in dieser erstehenden Möglichkeit liege das Wesen des Rechtes, nur um dieses Entstehens der Möglichkeit willen werde das Recht als vorhanden gedacht, betrachtet die herrschende Lehre das Recht selbst als das wirklich Vorhandene, Gegenwärtige, aus dem die rechtlichen Zwangswirkungen seinerzeit entstehen oder entstehen können. Hiemit ist sie aber auch genöthigt, diesem in der Gegenwart fussenden Rechte einen gegenwärtigen Inhalt zu geben, und diesen glaubt sie in der durch das Recht geschützten thatsächlichen Genussmöglichkeit und Dispositionsfreiheit gefunden zu haben. Am einfachsten stellt sich dieser vermeintliche Rechtsinhalt bei Sachen dar. Darin soll mein Recht an einer Sache bestehen, dass ich sie verzehren, vernichten, veräussern kann. Schwieriger wird schon der Fall bei Forderungen; ich kann sie zwar einmahnen und eincassieren, aber wenn sie nicht sofort fällig sind, kann ich momentan gar nichts thun;[3]) einzelne Forderungsrechte allerdings kann ich „übertragen", allein es gibt auch solche, die ich nicht einmal durch Einräumung an einen Dritten schon derzeit verwerthen kann;[4]) ebenso sind die Familienrechte, wenn auch hier gemeiniglich ein spontaner Genuss, eine momentane „Ausübung" möglich ist, anderseits wieder unübertragbar. Es ergeben sich sonach thatsächlich Rechte, denen selbst dieser vermeintliche gegenwärtige Inhalt fehlt.

Es ist aber überhaupt ganz und gar unzulässig, in der Genussmöglichkeit, welche den Zweck des Rechtes bildet, in der Dispositionsfreiheit, welche unter Umständen die Voraussetzung rechtlicher Wirkungen bildet, den Inhalt des Rechtes zu suchen.[5]) Es wurde

[1]) Auch diese gedachten Wirkungen sind somit in diesem Sinne etwas Materielles. Wenn die Voraussetzungen eines subjectiven Rechtes zutreffen, aber das subjective Recht von Niemandem (Partei oder Richter) gedacht wird, so existiert das subjective Recht auch in der Vorstellung nicht, aber wenn es gedacht wird, so wird es als ein nicht vom Denken an, sondern vom Eintritte der erwähnten Ereignisse an, d. i. von damals an, wo es im Sinne der Rechtsordnung hätte gedacht werden können, Wirkliches gedacht.

[2]) Einen Beleg hiefür bietet insbesondere die Lehre von der Nichtigkeit der Rechtsgeschäfte. Ein materiell Existierendes kann allerdings aufhören zu existieren, aber es kann nie aufhören, existiert zu haben; aber ich kann mir rechtliche Wirkungen, welche als eingetreten gedacht werden, doch wieder nachträglich als nie eingetreten denken; hieraus erklärt sich die Möglichkeit einer nachfolgenden Nichtigkeit eines Rechtsgeschäftes (vgl. S. 433). — So bezeichnet z. B. Savigny als „in dem innern Wesen der Rechtsverhältnisse gegründet . . . die Unmöglichkeit, etwas wahrhaft Vernichtetes wieder zu Kräften zu bringen" (VI, § 225, S. 158). Vgl. auch § 59, N. 5.

[3]) So hat man denn auch thatsächlich behauptet, bei der betagten Forderung entstehen Rechtsverhältnis und subjectives Recht erst mit dem Eintritte des dies. Vgl. Arndts § 73, N. 6, Windscheid I, § 96, N. 5, Unger II, § 83, N. 6, VI, § 48, N. 3, Schulin, Resolutivbedingung S. 189.

[4]) Ja es ist auch ganz gut denkbar, dass Recht und Dispositionsbefugnis verschiedenen Personen zustehen. „Accidit aliquando, ut qui dominus sit, alienandae rei potestatem non habeat, et qui dominus non sit, alienare possit." Gajus II, § 62.

[5]) Vgl. Thon, Rechtsnorm und subjectives Recht, insbesondere die Abschnitte VI Genuss und VII Befugnis und Rechtsgeschäft. Unter Befugnis versteht Thon die dem Einzelnen gewährte „Macht, durch seine Handlung die Voraussetzungen für den Eintritt oder für den Wegfall der staatlichen Imperative zu erbringen" (S. 338). Wie die Rechtsordnung an gewisse Ereignisse in der unpersönlichen Aussenwelt ihre Wirkungen, d. i. ein Sollen (um mit Thon und Binding zu sprechen: einen Imperativ) knüpft, so knüpft sie solche Imperative auch an gewisse willkürliche Handlungen der Personen. Und indem es für uns den Anschein hat, dass wir diese Handlungen beliebig setzen oder unterlassen können (da hier die uns zwingenden Ursachen sich unserer Wahrnehmung zumeist gänzlich oder doch theilweise entziehen), erscheint es uns anheimgegeben, ob wir die Basis rechtlicher Wirkungen setzen, beziehungsweise auf schon bestehende Rechte angewandt, ob wir dieselben an Dritte ganz oder theilweise übertragen wollen, d. i. ob wir die von der Rechtsordnung geforderte Voraussetzung dafür, dass gewisse rechtliche Wirkungen, welche bisher uns zugesichert waren, nunmehr Anderen zugesichert sein sollen, setzen wollen. Wer in der Veräusserungsbefugnis den Inhalt oder den theilweisen Inhalt des subjectiven Rechtes erblickt, muss dann consequenteweise auch in der Möglichkeit, ein Recht zu erwerben, überhaupt in der rechtlichen Handlungsfähigkeit ein subjectives Recht erblicken. Aber „es gibt kein Privatrecht Rechte zu erwerben: es existiert nur eine vom Recht anerkannte Fähigkeit hierzu" (Unger I, § 60, N. 7). Ganz dasselbe muss aber auch von der Fähigkeit, Rechte zu übertragen oder für Dritte zu begründen, gelten. Eine doppelte Voraussetzung muss zutreffen, damit diese Fähigkeit vorhanden sei, eine persönliche und eine die rechtlichen Wirkungen betreffende; nicht alle rechtlichen Wirkungen können durch Parteidisposition geschaffen werden (objective Gränze der Handlungsfähigkeit), nicht Jedermann kann

schon in der Einleitung § 1 dargethan, dass der Genuss nicht rechtlicher Natur ist, sondern dass nur um seinetwillen das Recht da ist. Das Gebot und das Verbot sind das dem Rechte Wesentliche, sie sind es, die den rechtlichen Zwang nach sich ziehen, und der rechtliche Zwang, beziehungsweise die Voraussicht desselben, macht allein den Inhalt des Rechtes aus. Ein fremdes Handeln oder Unterlassen ist erzwingbar, aber nicht der eigene Genuss, die eigene Verfügung. Ob ich die Flasche Wein gestohlen, gefunden oder gekauft habe, ob sie mein Eigenthum, fremdes Eigenthum oder Niemands Eigenthum ist, sobald ich sie habe, kann ich sie stets austrinken, und als Eigenthümer nicht vollständiger austrinken, denn als Dieb, höchstens dass dem Dieb der gestohlene Wein vielleicht besser mundet; und so lange ich sie nicht habe, könnte mich mein Eigenthum nimmer vor dem Verdursten retten. Nur darin besteht mein Vortheil als Eigenthümer, dass jedem Dritten eine Hinderung des Genusses untersagt ist, dass gegen ihn die Rechtsordnung, die staatliche Macht, angerufen werden kann, und schon diese blosse Möglichkeit, der blosse Gedanke an den zu gewärtigenden Schutz, gewährt in den meisten Fällen die thatsächliche Sicherheit.

In dem dem Dritten auferlegten Gebote und Verbote besteht das subjective Recht.[6])

---

durch freie Disposition solche Wirkungen schaffen, deren Hervorbringung die Rechtsordnung im Allgemeinen an Parteihandlungen geknüpft hat (subjective Grenze der Handlungsfähigkeit, beziehungsweise Handlungsunfähigkeit). Aber auch nicht Jedermann kann alle an sich der Parteidisposition anheimgegebenen Wirkungen thatsächlich hervorrufen, er kann diess vielmehr nur beim Zutreffen gewisser thatsächlicher Voraussetzungen, und unter diese gehört in vielen Fällen auch, dass schon ein gewisses Rechtsverhältnis vorhanden sei; so kann in vielen Fällen (aber keineswegs ausschliesslich, vgl. § 367 a. b. G.) nur Jener Eigenthum übertragen, welcher selbst Eigenthümer ist, oder zu dem Eigenthümer in einem bestimmten Rechtsverhältnis steht (z. B. dem der Vollmacht). In anderen Fällen aber wieder ist geradezu das Nichtvorhandensein eines Rechtsverhältnisses die Bedingung, unter der Jemand Rechtsverhältnisse begründen kann (z. B. bei der Occupation).

[6]) Die m. E. allein den Verhältnissen entsprechende Theorie der subjectiven Rechte, wie sie im Texte vertreten ist, findet sich schon angedeutet bei Menger im 1. Beitrage zur Lehre von der Execution, Archiv f. civ. Pr. LV, N. F. V, 1872, S. 374, N. 3. Über die Schrift Thon's, welche ich als das beste juristische Buch, das seit langem geschrieben wurde, bezeichnen möchte, vgl. unten. Von dem der hier vertretenen Anschauung entgegengesetzten Gesichtspuncte geht Ihering aus (Jahrb. f. Dogm. X, 1871, N. VIII, Passive Wirkungen der Rechte, S. 392): „Die dem Rechte correspondierende negative Pflicht aller Anderen, dasselbe nicht zu

Ich glaube um so eher diese Andeutungen schliessen zu können, als sich schon wiederholt Gelegenheit ergeben hat und noch im Verlaute der Darstellung ergeben wird, sie, soweit es erforderlich ist, auszuführen, und als ich in der glücklichen Lage bin auf die brillanten Ausführungen Thon's in seiner Schrift „Rechtsnorm und subjectives Recht" hinzuweisen (vgl. vorige Note), in denen mit überzeugender Klarheit dargethan ist, dass der Genuss und die Dispositionsbefugnis[7]) mit dem Inhalte des Rechtes nichts zu schaffen haben.

β_1. Arten.

§ 108.

Die Behauptung, es sei ein Rechtsverhältnis vorhanden, ist nach dem Gesagten ein Ausdruck dafür, dass gewisse Ereignisse eingetreten sind, von deren Eintritt gewisse rechtliche Wirkungen abhängig gedacht werden. Die rechtlichen Wirkungen bestehen nun zunächst

---

verletzen . . . hat keinen Anspruch darauf, systematisch zu einem besonderen Begriffe erhoben zu werden — sie ist nichts als der Schatten, den das Recht in die Aussenwelt wirft, eine Übersetzung aus dem Positiven in's Negative: „Was ich habe, hat ein anderer nicht." Vgl. hiemit oben I, § 1, S. 9, und Schey (Grünhut's Zt. VII, S. 760): Es „besteht das Wesen der in dem subj. Recht gegebenen Macht nicht in einer Willensthätigkeit des Berechtigten, sondern darin, dass der Verpflichtete . . thun muss, was der Berechtigte will". Es „ist das Schwergewicht, die Energie des Rechts auf der passiven, der Seite der Verpflichtung zu suchen". Ferner ibid. S. 754: „An einen bestimmten Thatbestand als Bedingung knüpft die Rechtsordnung eine Reihe von Vorschriften. Die Zusammenfassung aller dieser Vorschriften, gleichsam ihr Niederschlag auf dem Standorte des Berechtigten, gibt das concrete subjective Recht — eine rein geistige Existenz, von welcher dann gesagt wird, sie sei aus jenem Thatbestande entstanden."

[7]) Über das Auseinanderfallen von Verfügung und Genuss an verschiedene Personen) vgl. (ausser Thon auch) Bekker, Zur Lehre v. Rechtssubject, Jahrb. f. Dogm. XII, 1873, N. I, besonders §§ 3, 4, 10, der dasselbe zur Erklärung der juristischen Persönlichkeit zu verwerthen sucht, aber, eben weil er im Geniessen und Verfügen den Rechtsinhalt erblickt, schliesslich die der Lösung „der Frage . . was ist Subject eines Rechts . . entgegenstehenden Schwierigkeiten . . . fast unüberwindlich" findet (S. 127). Mit Recht weist übrigens Ihering, Geist d. r. R. III, § 60, S. 334, 335 darauf hin, dass auch die Disposition, selbst die unentgeltliche Dahingabe in letzter Linie nur eine Genussform ist. Nur „die rein negative Entäusserung der Sache (Dereliction) oder die Nichtausübung eines . . . Gebrauchsrechtes" ist „ein Verschmähen" (S. 335). „Alle Rechtsgeschäfte, die der Eigenthümer abschliesst, sind Acte, durch die er geniesst" (S. 337).

in dem Platzgreifen eines Sollens und Dürfens, und da dieses stets mindestens für zwei Personen, beziehungsweise für zwei Gruppen von Personen, statuiert sein muss, die Sollenden und die Dürfenden, ist jedes Rechtsverhältnis ein Verhältnis zwischen zwei oder mehreren Personen, und das subjective Recht, wie es für Personen gesetzt ist, ist auch stets gegen Personen gerichtet.[1]) In diesem Sinne ist jedes Rechtsverhältnis, jedes subjective Recht ein persönliches.

Allein zwischen den einzelnen Rechtsverhältnissen wird bei genauerer Betrachtung gar bald ein tiefeingreifender Unterschied erkennbar.

Bei gewissen Ereignissen nemlich wird sofort auch die Person Desjenigen erkennbar, wider den das zufolge dieses Ereignisses erstehende Sollen Platz greift; nur bestimmten Personen ist ein Sollen auferlegt, nur mit ihnen besteht das Rechtsverhältnis, nur gegen sie das subjective Recht.[2])

In anderen Fällen jedoch ist das aus einem Ereignisse als rechtliche Wirkung erstehende Sollen nicht gegen eine concrete, von Anfang

[1]) Findet sich diese persönliche Richtung eines jeden Rechtes auch gelegentlich bei unseren Schriftstellern anerkannt (vgl. z. B. Unger I, § 58, S. 492: „So wie das Recht nur einer Person zustehen kann, so kann auch eine Verbindlichkeit nur einer Person obliegen, da alle privatrechtliche Verbindlichkeit in der Verpflichtung zu positiven oder negativen Handlungen besteht und ein Rechtsverhältnis nur zwischen Personen bestehen kann"), so werden doch aus ihr die weiteren Consequenzen nicht gezogen. So definiert z. B. Unger I, § 61, S. 515 das dingliche Recht schon wieder nicht als etwas gegen Personen Gerichtetes, sondern als „die unmittelbare rechtliche Herrschaft über eine körperliche Sache", sein Inhalt besteht „aus Befugnissen zur Vornahme von Handlungen in Beziehung auf die Sache selbst, wozu eine Vermittlung dritter Personen nicht erforderlich ist" (also gerade darin, dass es nicht gegen Dritte sich richtet). Vgl. übrigens auch die von Pfaff-Hofmann I, S. 355 und 357 mitgetheilte Äusserung Zeiller's bei den Berathungen 11. Januar 1802 und 21. März 1803, sowie Zeiller, Commentar II, S. 34. So heisst es im Prot. 21. März 1803: „Eigentlich seien unsere Rechte nie gegen Sachen gerichtet, denn zwischen den vernunftlosen und den vernünftigen Wesen gebe es kein Rechtsverhältnis . . . unsere Rechte seien immer gegen andere Personen gerichtet, sie von irgend einem Gegenstande auszuschliessen, oder irgend einen Gegenstand von ihnen zu fordern."

[2]) Ebbecke, Berechtigung und äussere Befugnis, 1884, S. 19, geht von der übrigens schon früher gelegentlich von Anderen (z. B. Schilling, Inst. I, § 16, N. o) vertretenen Auffassung aus, „dass an sich jedes Recht gegen Jedermann wirkt". Wie viel an dieser Behauptung richtig ist, wird unten erörtert werden (S. 484).

an bestimmte Person gerichtet, es ist vielmehr allen Personen (allenfalls mit Ausnahme einer oder mehrerer bestimmter Personen) gegenüber einer Person ein Sollen auferlegt, mit Allen besteht das Rechtsverhältnis, gegen Alle das subjective Recht. Diess ist aber naturgemäss nur dann, beziehungsweise nur insofern der Fall, wenn und als das Sollen ein Unterlassen[3]) normiert, d. i. wenn in gleicher Weise, aus gleichem Grunde gewisse Thatsachen von Allen respectiert und Störungen der durch sie geschaffenen Zustände von Allen unterlassen werden sollen.

In noch anderen Fällen ist zwar nicht sofort gegen Alle das Sollen gerichtet, aber es ist derart hingestellt, dass es gegen jeden seine Spitze kehren kann; es ist jeweilig nur gegen Einen gerichtet, aber Jeder kann dieser Eine werden und er wird dieser Eine eo ipso, sobald er in ein bestimmtes rechtliches Verhältnis hinsichtlich einer Sache[4]) tritt.

Die Rechte der ersten Gruppe pflegt man mit einem leicht zu Verwechslungen Anlass bietenden, daher in dieser Bedeutung besser vermiedenen Ausdrucke persönliche, besser relative Rechte, die der zweiten Gruppe absolute Rechte zu nennen. Für die der dritten Gruppe, die man bald der ersten, bald der zweiten incorporieren zu müssen meint, fehlt es an einem hergebrachten Ausdrucke. Wie die Nadel nach dem Pole weisen sie stets nach der bestimmten Sache und bestimmen durch diese den Verpflichteten, mit jeder Veränderung in dem hinsichtlich der Sache bestehenden rechtlichen Verhältnisse wechseln sie selbst ihre Richtung; ich möchte sie Rechte mit variierender Richtung und in diesem Sinne variierende Rechte nennen.

I. Der Begriff der relativen Rechte bedarf keiner weiteren Erörterung, was über ihn allenfalls gesagt werden könnte, wird sich aus der Behandlung der zwei anderen Gruppen von selbst ergeben.

[3]) „Daraus ergibt sich der für die Servitutenlehre so wichtige Satz servitus in faciendo consistere nequit" (Unger I, § 61, N. 25).

[4]) Nicht hieher gehören nemlich jene Fälle, wo der Sollende, der Verpflichtete, sofort als solcher bestimmt ist, und die Möglichkeit, dass später ein Anderer in den Verband des Sollens eintrete, nur auf der von der Rechtsordnung anerkannten Möglichkeit des Überganges einer Verpflichtung auf Dritte durch Singular- oder Universalsuccession beruht. Hier übernimmt der Eintretende ein Sollen einer bestimmten Person fortsetzungsweise und unmittelbar, weil eben dieses Sollen übertragen wird; in den im Texte hervorgehobenen Fällen aber übernimmt er zunächst ein Anderes, ein rechtliches Dürfen, und nur weil es untrennbar mit diesem verbunden ist, erwächst gegen ihn auch ein Sollen.

II. 1. Durch ein Allen auferlegtes, mit absoluter Richtung aufgestelltes Sollen geschützt ist nun zunächst die persönliche Integrität. Niemand darf sie verletzen, zur Abwehr eines Eingriffes in selbe interveniert laut Inhaltes der Rechtsordnung die staatliche Gewalt, ja sie belegt den thatsächlich erfolgten Eingriff mit Strafen, die selbst bis zur Vernichtung der Existenz des Störers führen können. Es wurde schon oben ausgeführt, dass und warum die hierauf beruhenden Rechte, die als persönliche Rechte im engsten Sinne bezeichnet wurden, ihre Bedeutung als Personenrechte[5]) auf modernprivatrechtlichem Gebiete eingebüsst haben. Unser Ich ist durch das öffentliche Recht in seiner Existenz, Integrität und Freiheit gegen fremde Ein- und Angriffe geschützt. Um der eminenten Wichtigkeit der persönlichen Integrität (i. w. S.) nicht nur für den Einzelnen, sondern auch für den in seinem Gedeihen auf die Einzelnen angewiesenen Staat willen ist sie als Gemeininteresse erklärt und wird als solches geschützt.[6])

[5]) Vgl. I, § 19, S. 158 i. f. Auch darauf wird Gewicht gelegt werden müssen, dass nach modernem Rechte die rechtlichen Schutzaussichten an einen blossen Zustand, an die blosse Existenz des Individuums geknüpft sind, dass es nicht mehr, wie zur Zeit, da Sclaverei und ähnliche Institute bestanden, auf die Qualität früherer Ereignisse (Geburt von einer freien Mutter, Freilassung etc.), sondern auf die blosse fortdauernde Thatsache der Existenz ankommt. Vgl. § 113 i. f.

[6]) Auch in dem Falle besteht hievon keine Ausnahme, wenn die staatliche Intervention nur über Anrufung des Verletzten erfolgt, wie diess thatsächlich bei Angriffen auf die Integrität der Ehre der Fall ist. Denn nach unserer modernen Auffassung macht schon allein das Moment der Strafe das Verhältnis zu einem öffentlich-rechtlichen; die Strafe dient stets dem Interesse der Gemeinschaft. Es ist zwar richtig, dass es im Wesen des Privatrechtes liegt, „dass dem Geschützten im Falle der Normübertretung ein Mittel zur Beseitigung der Normwidrigkeit von der Rechtsordnung gegeben und zu beliebigem Gebrauche überlassen wird“ (Thon, Rechtsnorm und subjectives Recht S. 133). Aber nicht überall liegt ein Privatrecht vor, wo diess der Fall ist. Die Frage, ob der Staat aus eigener Initiative die Rechtsverwirklichung ergreift, oder ungeachtet der Betheiligung seiner Interessen diese Initiative dem zunächst Verletzten überlässt, hängt eben davon ab, wie weit er seine Interessen an der Rechtsverwirklichung betheiligt erachtet. Wenn daher Thon (a, a. O.) behauptet „der Privatanspruch ist das Kennzeichen des Privatrechts“, so liegt in dieser Abschneidung von Privat- und öffentlichem Recht ein ganz unverdeckter Cirkel. Wann ist ein Anspruch ein Privatanspruch? Warum ist der Anspruch auf Errichtung von öffentlichen Uferschutzbauten oder auf Herabminderung zu hoch bemessener Steuern oder Gebühren (vgl. Thon selbst S. 129) kein Privatanspruch? Doch nur weil es sich hier nicht um ein Privatrecht handelt. Wenn Thon sagt (S. 138): „Das Privatrecht würde hiernach aus der Summe derjenigen von der Rechtsordnung den Einzelnen auferlegten Verpflichtungen bestehen, deren Erzwingung herbeizuführen, falls sie nicht freiwillig erfüllt werden, dem einzelnen Interesse überlassen wird. Und umgekehrt würde ein öffentliches Recht durch jede Norm constituiert, deren Übertretung zu beseitigen oder zu ahnden der Staat selbst sich vorbehalten hätte“, so kann diese Behauptung nur durch die offenbare petitio principii aufrecht erhalten werden, es werde „der gewöhnliche Bürger . . dadurch, dass er öffentliche Anklage erhob, zum staatlichen Organe“ (S. 139). Der Kläger im Ehrenbeleidigungsprocesse würde hienach zum staatlichen Organe.

2. a) Zur Fortführung seiner Existenz bedarf jedoch das Individuum ausser seinem Körper liegender, d. i. der Aussenwelt angehörender, Gegenstände, und das allgemeine Interesse hat dahin geführt, dass unter gewissen Voraussetzungen das Individuum hinsichtlich dieser im Gegensatze zu den Personen als Dinge bezeichneten Körper gegen Jedermann geschützt wird. Wie der Körper des Individuums und seine Actionsfreiheit gegen fremde Vergewaltigung rechtlich geschützt wird, so werden auch die Körper jener Sachen, die das Individuum verseinigt hat, und seine Dispositionsfreiheit mit diesen Sachen gegen fremde Eingriffe[7]) von der Rechtsordnung geschützt. Aber während nach modernem Rechte dieser Schutz dem menschlichen Ich schon vermöge seiner blossen Existenz zu Theil wird, wird erst durch den Eintritt ganz concreter Thatsachen die rechtliche Wirkung erzielt, dass einzelne Körper der Aussenwelt zur Gänze oder in gewissen Richtungen dem Benutzen-, Verfügen-, Beherrschendürfen (i. w. S.) Anderer

[7]) Das rechtliche Moment liegt in dem Verbote fremden Eingriffes, fremden Genusses; die eigene Dispositionsfreiheit, die eigene Genussmöglichkeit ist nicht Inhalt des Rechtes, sondern nur der Zweck und Erfolg des Rechtes. Diess ist es, was Thon hervorheben will, wenn er (Rechtsnorm und subj. R. S. 161) sagt: „Eigenthümer einer Sache ist Derjenige, welcher gegen den Genuss der Sache Seitens dritter Personen in relativ weitestem Umfange durch Normen geschützt wird.“ „Statt dessen wird der Satz meist also gefasst: es sei dritten Personen verboten, den Eigenthümer im Genusse seiner Sache zu behindern.“ In dieser Fassung ist der letzte Satz gewiss unrichtig, denn nur um die Genussmöglichkeit, nicht um den Genuss handelt es sich. Aber wenn der erste Satz erschöpfend sein soll, muss das Wort Genuss in einem so weiten Sinne genommen werden, dass jede Einflussnahme als Genuss aufgefasst wird; und doch wieder nicht jeden Genuss Dritter verwehrt das Eigenthumsrecht, nur jenen, durch den die eigene Genussmöglichkeit tangiert werden kann (nicht z. B. den durch den blossen Anblick entstehenden Genuss; vgl. Thon S. 162 und N. 28), ja selbst diesen nicht, wenn eben in einer concreten Richtung die ausschliessliche Genussmöglichkeit des Eigenthümers nicht geschützt werden will (vgl. § 4, J. 2, 1). „Der Begriff des Rechts beruht auf der rechtlichen Sicherheit des Genusses, Rechte sind rechtlich geschützte Interessen“ (Ihering, Geist III, § 60, S. 328). Aber „nicht alle Interessen bedürfen des rechtlichen Schutzes, nicht alle sind dessen fähig“ (ibid. S. 339).

entzogen und hiemit unserem eigenen rechtlichen Machtgebiete einverleibt werden. Sind aber diese Thatsachen eingetreten, so darf Niemand die Dispositionsfreiheit des Individuums über jene Sachen, hinsichtlich derer sie eingetreten sind, durch eine Einflussnahme auf die Sache beeinträchtigen, gegen Jeden, der diess unternehmen würde, ist der Schutz der Rechtsordnung verheissen. Die Sache ist zur Gänze oder doch in gewissen Richtungen die Sache des Individuums, seine Sache, ihm eigen. Und hiedurch scheint das Individuum in ein Verhältnis zur Sache selbst zu treten; gegenüber der verschwimmenden Menge der grossentheils gar nicht gekannten Dritten, tritt in den Augen des Interessenten die Sache selbst in den Vordergrund; hinsichtlich ihrer tritt der Schutz der Rechtsordnung ein, sie bleibt sein, wo immer sie hingeräth; mag sie auch seiner thatsächlichen Herrschaft entrissen werden, mag er ihre Spur verloren haben, so lange sie nur existiert,[8]) kann er fremdem Einflusse auf sie entgegentreten und mit Hilfe der Staatsgewalt die Freigebung der Sache Seitens Dritter erzwingen. An der Sache kleben somit gleichsam die Befugnisse des von der Rechtsordnung Geschützten, nach ihr strebt er, jener ist sein Gegner, der sie ihm vorenthält, zur Sache denkt er sich daher in einem rechtlichen Verhältnisse stehend, nicht darauf wird das Gewicht gelegt, dass gegen Alle ein Verbot gerichtet ist, sondern darauf, dass es eine Sache ist, hinsichtlich derer diess Verbot aufgestellt ist, und so wird das Recht als ein Recht an der Sache selbst, als ein sachliches, dingliches Recht bezeichnet.[9])

---

[8]) Und nicht etwa durch neue Thatsachen auf Grund der Rechtsordnung das gegen die Dritten gerichtete Unterlassensollen erlischt.

[9]) „Recht an der Sache ist nichts als ein bildlicher Ausdruck, wenngleich ein äusserst bezeichnender. Es muss aber daran festgehalten werden, dass mit der bildlichen Ausdrucksform gar nichts Meritales gesagt ist. Wie kann man sich ein Recht, etwas nur in der Idee Bestehendes, als an einer Sache, einem Materiellen existierend denken? Ich glaube einfach gar nicht: „zwischen Person und Sache kann es kein Rechtsverhältnis geben" (Geyer, Rechtsphilosophie S. 143). Wie es aber mit solchen bildlichen Ausdrücken geht, hat man das, was beim dinglichen Rechte wenigstens bildlichen Sinn hatte, sofort generalisiert und kam so mit Nothwendigkeit zur weiteren Frage: an was bestehen denn die persönlichen Rechte, was ist ihr Object? Das Object der Forderung hat nun Puchta (Pand. § 219) in der Handlung des Verpflichteten zu finden geglaubt, während Brinz (Der Begriff obligatio, Grünhut's Zt. I, 1874, N. II, S. 11—40, in Ausführung eines Gedankens Heise's, Grundriss eines Systems des gem. Civilr., 3. Aufl., Heidelberg 1822, S. 16, Anm. 5) geradezu behauptet, „dass dieses Object mit einer gewissen im Laufe der Zeiten eingetretenen Modification die Person des Obligierten ist" (S. 13). Ich glaube, wenn man schon durchaus für das Recht einen „Gegenstand" finden will, so kann man als solchen nur den Willen des Verpflichteten bezeichnen, dieser soll durch das Recht, durch die Aufstellung eines Gebotes, einer Drohung beeinflusst werden, „und was man dann sonst als Gegenstand der Rechte bezeichnet, dient nur zur näheren Bestimmung der Art und Richtung der Unterwerfung und der in Betracht kommenden Willen" (Pfaff, Grünhut's Zt. I, 1874, S. 59). Vgl. auch Hartmann, Die Obligation, welcher ebenfalls zu der Ansicht gelangt, dass nach modernem Rechte „auf die vorzugsweise für das Sachenrecht geltende Frage, woran das (Forderungs-)Recht besteht, eine Antwort nicht mehr gegeben werden kann" und es „als ein Recht gegen den Schuldner beziehungsweise gegen sein Vermögen bezeichnet". Sohm, Grünhut's Zt. IV, S. 473: „Das Forderungsrecht ist das Recht auf eine Handlung, nicht an einer Handlung (Puchta)."

Gegen diese hergebrachte Ausdrucksform kann kein Bedenken obwalten[10]), wenn nur über ihr nicht vergessen wird, dass auch die Bedeutung des dinglichen Rechtes nur in seiner Absolutheit liegt, dass das dingliche Recht nichts ist als ein absolutes Recht gegen Dritte,[11])

---

[10]) Wenn Schlossmann, Der Vertrag, S. 267 sagt: „Das dingliche Recht ist nur die vorgestellte gemeinschaftliche Quelle aller als möglich gedachten, auf die Sache bezüglichen Ansprüche gegen Dritte", so ist diess in so weit ganz richtig, als diess überhaupt bei jedem Rechte (im Gegensatze zum concreten Anspruche) der Fall ist. Auch beim „persönlichen Rechte" handelt es sich nur um juristische Terminologie. Allein daraus folgt noch nicht, dass man, wenn man einmal zu dieser Terminologie, deren wir kaum entrathen könnten, seine Zuflucht nimmt, innerhalb der als Quelle von Ansprüchen gedachten Rechte nicht zwischen dinglichen und persönlichen Rechten unterscheiden dürfe. „Der Klärung und Vertiefung mögen diese Begriffe immer noch ebenso fähig wie bedürftig sein. Allein es dünkt mich kein Fortschritt, wenn statt des Versuchs einer anderen Fassung die ganze Unterscheidung und damit ein Product einer Jahrtausende alten Geistesarbeit bei Seite geworfen wird" (Thon, Rechtsnorm u. s. R. S. 174).

[11]) Schuster (Grünhut's Zt. IV, Beilage III des „Commentars") bestreitet den Satz, dass das dingliche Recht immer absolut sei, mit, wie ich glaube, nicht ganz gerechtfertigter Berufung auf Unger I, § 61, S. 518; es kann nur unter Umständen ausnahmsweise auf Grund concreter Thatbestände die absolute Wirkung beschränkt werden; sobald ein Recht einmal nur mehr gegen eine Person oder Personengruppe wirkt (vgl. Unger N. 30 i. f. cit.), haben wir überhaupt keinen Anlass mehr, es ein dingliches Recht zu nennen, so wenig als das Recht auf Leistung einer Sache ein dingliches Recht ist: die Sache tritt hinter der Person zurück. Mit Recht hebt Schuster S. 591 hervor, dass die Haupteintheilung der Rechte nicht die in persönliche und dingliche, sondern die in absolute und relative sei: aber nur bei einem absoluten Rechte werden wir Anlass haben, die Dinglichkeit zu betonen. — Mit Recht bemerkt Hofmann, GZ 1870, S. 38, eine darauf, dass man das publicianische Recht ein „relatives" nennt, gegründete Modification der Eintheilung von relativ und absolut wäre

dessen Zweck ist, uns in der Dispositionsmöglichkeit über eine Sache gegen fremde Eingriffe zu schützen, wie das persönliche Recht (i. e. S.) ein absolutes Recht gegen Dritte ist, dessen Zweck ist, uns in der eigenen Integrität und Actionsfreiheit gegen fremde Eingriffe zu schützen. Aber gerade die Hervorhebung der Dinglichkeit hat dazu geführt, dass man die persönliche Richtung der dinglichen Rechte gegen Dritte mehr oder weniger ignoriert hat, nicht in der mehr negativen Seite, dem Abwehren-, Aufhebenkönnen einer Störung, sondern in dem positiven Geniessen-, Verwenden-, Veräussernkönnen[12]) das Wesentliche des dinglichen Rechtes erblicken zu müssen meinte.[13])

b) Es wurde bis jetzt von den dinglichen Rechten nur das Eigenthumsrecht[14]) als die relativ vollständigste[15]) Ausschliessung fremder

---

unrichtig, „weil, wenn man die actio Publiciana im Gegensatze zur rei vindicatio relativ nennt, man dabei von einem anderen tertium comparationis ausgeht, als wenn man eine Contractsklage mit jenem Ausdrucke belegt".

[12]) Für Denjenigen, der in der Veräusserungsbefugnis einen Theil des Rechtsinhaltes erblickt, folgt dann die weitere Consequenz, dass die Veräusserung des Rechtes — Ausübung des Rechtes sein muss. Vgl. z. B. Böcking, Pandecten I, § 128, N 1 *.

[13]) Auf diesem Standpuncte, durch welchen der ganze Begriff der dinglichen Rechte entstellt und insbesondere sein Verhältnis zu dem des Besitzes und überhaupt das Verhältnis des Besitzes zu den subjectiven Rechten ganz verrückt wird, steht auch das a. b. G.; vgl. §§ 354, 447; § 472, welcher den Begriff der Servitut definiert, enthält zwar nicht den Hinweis auf die Nutzungsbefugnisse (und gerade darum wird er von Unger I, § 61, N. 71 in Consequenz seiner Auffassung der dinglichen Rechte, und insoferne diese Auffassung auch die des a. b. G. ist, mit relativem Rechte, getadelt), allein abgesehen davon, dass die Definition des § 472 „so allgemein gehalten ist, dass sie auf jedes jus in re passt" (Unger a. a. O.), fehlt ihr auch die Hinweisung auf die allgemeine absolute Richtung: es wird nur von dem dem Eigenthümer auferlegten Sollen gesprochen.

[14]) Gesterding, Ausführliche Darstellung der Lehre vom Eigenthum und solchen Rechten, die ihm nahe kommen, 1817; Pütter, Die Lehre vom Eigenthume nach deutschen Rechten, 1831; Sell, Römische Lehre der dinglichen Rechte oder Sachenrechte, I. Römische Lehre des Eigenthums nebst Einleitung: von den dinglichen Rechten oder Sachenrechten überhaupt, 1852 (hiezu Dernburg, Heidelberger Kr. Zt. I, S. 138—158); Pagenstecher, Die röm. Lehre vom Eigenthum in ihrer modernen Anwendbarkeit, 1857—1859; Leist, Civilist. Studien auf dem Gebiete dogmatischer Analyse, Jena 1859, 3. Heft, Über die Natur des Eigenthums, 322 S. (hiezu Kr. VJS I, 1859, S. 294—301). Vgl. auch nächste Note.

[15]) Zuerst rügte Böcking, Pand. II, Leipzig 1855, § 134, die Definition des Eigenthums als „ausschliessliche" Sachbeherrschung. Über die Beschränkung des Eigenthums durch dingliche Rechte vgl. Girtanner, Jahrb.

Eingriffe hervorgehoben. Allein es kann auch sein, dass nur gewisse Eingriffe, nur solche Eingriffe nemlich, welche einer gewissen Richtung der Genuss- und Dispositionsmöglichkeit störend entgegentreten würden, durch die Rechtsordnung verboten, d. i. rechtlich ausgeschlossen sind. Da die Möglichkeit, in einer bestimmten Hinsicht zu geniessen, der Zweck des rechtlichen Schutzes ist, richtet sich das rechtliche Verbot gegen Dritte auch nur so weit, als es dieser Zweck erfordert. Es besteht aber hier neben dem partiellen sachlichen Rechte gemeiniglich[16]) noch das allgemeine sachliche Recht (Eigenthum) eines Anderen.[17]) Und so tritt hier eine doppelte Wirkung ein. Zunächst würde um des Rechtes des Eigenthümers B willen Jedermann und somit auch dem A verwehrt sein, die Sache zu benützen, über sie zu disponieren etc., überhaupt die Genuss- und Dispositionsmöglichkeit des B zu alterieren. Nun wird aber ein gewisser Theil der Genuss- oder Dispositionsmöglichkeit ausgeschieden und hinsichtlich dieser zwar nicht für Jedermann, aber für A das Verbot aufgehoben. Die nächste Wirkung des dinglichen Partialrechtes besteht somit darin, dass ein gegen A aufgestelltes Verbot oder ein Verbot, welches doch ohne dem Eintritte gewisser Ereignisse gegen ihn aufgestellt worden wäre, aufgehoben resp. gar nicht aufgestellt wird.[18]) Hiedurch soll dem A eine Genuss- oder Dispositionsmöglichkeit eröffnet werden, welche ihm ohne Eintritt dieser Ereignisse rechtlich untersagt wäre. Auch hier liegt nicht in dieser Genuss- oder Dispositionsmöglichkeit das Wesen des Rechtes, auch hier ist diese nur der Zweck des Rechtes. Aber auch in der Aufhebung eines bestehenden Verbotes kann nicht das Wesen des Rechtes liegen, es wäre diess nur ein Dürfen in dem zu Beginn dieser Darstellung (§ 1) erörterten rechtlich irrelevanten Sinne. Sein Wesen

---

f. Dogm. III, 1859, S. 67 ff. Ferner Gimmerthal, Das Eigenthum im Conflicte mit den übrigen Gebilden des Sachenrechtes und die Actiones arbitrariae insbesondere, Eine römisch-rechtliche Untersuchung, 2. Auflage, Arnstadt 1875.

[16]) Vgl. § 97, N. 3.

[17]) Über die Möglichkeit von Rechten an eigener Sache vgl. vorläufig Hartmann, „Rechte an eigener Sache", Jahrb. f. Dogm. XVII, N. F. V, 1879, N. II, S. 69—144, bes. 86—91; Kohler in den Annalen des grossherzoglich badischen Gerichtes, Band 43, 1877, S. 25 ff.; Kühnast, Untersuchung des Grundschuldbegriffs, Civil. öcon. Abhandl., 2. Aufl., Berlin 1878, S. 38 ff.; Exner (ad Hartmann), Krit. VJS XX, 1878, S. 403—409; vgl. auch Bekker, Ztschrft. f. vergl. Rechtswissenschaft II, 1879, S. 11 ff. und die bei Windscheid II, § 248, N. 25 a zur Lehre vom Pfandrecht an der eigenen Sache Genannten.

[18]) Vgl. Schey in Grünhut's Zeitschrift VIII, 1881, S. 119—121.

liegt vielmehr darin, dass die Rechtsordnung an Stelle des cassierten Verbotes sofort ein anderes Verbot stellt. Zunächst erscheint dieses Verbot gegen den Eigenthümer gerichtet, was er früher anderen verwehren konnte, wird nun ihm selbst verwehrt. Aber es wird überhaupt Jedermann verwehrt und zwar in ganz gleicher Weise verwehrt, ob er Eigenthümer, ob er Besitzer ist, oder ob er in der fraglichen Richtung eine Beeinflussung der Sache, welche die Genussmöglichkeit oder Dispositionsmöglichkeit des A stören könnte, bloss thatsächlich versucht. Nur darum scheint sich das Verbot gegen den Eigenthümer in weiterem Umfange zu wenden, weil ihm früher selbst ein Verbotsrecht zustand, das nun aufgehoben ist, und weil ihm ein solches Verbotsrecht kraft seines Eigenthumsrechtes eo ipso wieder zustehen würde in dem Augenblicke, wo das zu Gunsten des A gesetzte gegen Alle und implicite auch gegen ihn gerichtete Verbot erlischt.[19]) Auch das dingliche Partialrecht ist somit absoluter Natur und es besteht auch nicht etwa neben der absoluten Richtung gegen Alle eine besondere specifisch geartete wider den Eigenthümer.

Der Inhalt des dinglichen Partialrechtes, der Umfang des Verbotes gegen Dritte, ist nun, wie schon erwähnt, bestimmt durch den Zweck dieses Verbotes, d. i. durch jene Genussmöglichkeit oder Dispositionsmöglichkeit, in welcher der Partialberechtigte geschützt werden soll, und hienach ergeben sich die verschiedenen Arten der dinglichen Partialrechte. Wo dem Partialberechtigten die unbeschränkte Genussmöglichkeit, ja selbst eine wenn auch beschränkte Dispositionsmöglichkeit über die Sache selbst gesichert werden soll, so dass das Eigenthumsrecht dem Partialberechtigten gegenüber[20]) nur in dem Verbote der Sachvernichtung wirksam bleibt, sprechen wir (mit nicht zu billigendem Ausdrucke) von einem Untereigenthume. Wo dem Partialberechtigten lediglich eine mehr oder minder beschränkte Genussmöglichkeit, nicht aber auch die Möglichkeit einer Disposition mit der

[19]) Hierin liegt der Grund von der Elasticität des Eigenthums, dass, wie durch das Verbotsrecht des Partialberechtigten das Verbotsrecht des Eigenthümers eo ipso in einer gewissen Richtung erlischt, somit beschränkt wird, durch das Erlöschen des Verbotsrechtes des Partialberechtigten der Hemmungsgrund für das Verbotsrecht des Eigenthümers von selbst entfällt.

[20]) Dritten gegenüber aber bleibt es auch hier in seinem vollen Umfange aufrecht. Gegen den Dritten ist der Obereigenthümer rechtlich gerade so geschützt wie der Volleigenthümer. Seine Stellung als Eigenthümer ist auch darin von Bedeutung, dass in dem Augenblicke, wo das Verbot, dem das Untereigenthum entspringt, erlischt, sofort wieder sein Volleigenthum zur Geltung gegen Jedermann kommt.

Sache selbst gesichert werden soll, da sprechen wir von einer Dienstbarkeit.[21]) Und wo das Recht nur den Zweck hat, die Möglichkeit,[22])

[21]) Luden, Die Lehre von den Servituten, 1837; Hoffmann, Die Lehre von den Servituten nach röm. Rechte, 2 Bände, 1838, 1843; Elvers, Die römische Servitutenlehre, 1854, 1856 (hiezu Kuntze, Heidelb. Kr. Zt. S. 227—268, Arndts, Krit. Überschau II, S. 161—165); Schönemann, Die Servituten, 1866; Eisele, Über Verpfändung von Servituten, insbesondere von Prädialservituten, Archiv f. civ. Pr. LXV, 1882, N. III, S. 112 bis 131; Ofner, Der Servitutenbegriff nach röm. und österr. Recht, Wien 1884.

[22]) Nicht in der Befugnis, die Pfandsache zu veräussern, liegt der Inhalt des Pfandrechtes. Das Pfandrecht dient vielmehr nur dazu, die Ausübung dieser durch die Rechtsordnung für gewisse Fälle selbstständig gesetzten Befugnis zu ermöglichen und zu sichern. Die von der Rechtsordnung gewährte Befugnis, eine fremde Sache veräussern zu dürfen, ist gar kein Recht, sondern eine eingeräumte Möglichkeit, Rechte erstehen zu lassen resp. zu übertragen; vgl. § 107, N. 5. Während die Rechtsordnung im Allgemeinen unter die Thatbestände, an die sie den Übergang eines Rechtes von einer Person an eine andere knüpft, nicht schon die Veräusserungserklärung (beziehungsweise Übergabe) durch einen Jeden, sondern nur die Desjenigen, dessen Recht übertragen werden soll, oder seines Vertreters aufgenommen hat, wird hier die Veräusserungserklärung (beziehungsweise Übergabe) durch Jemanden, der nicht Rechtsinhaber ist, als Thatbestand, an den die Übertragung subjectiver Rechte geknüpft sein soll, hingestellt. Diess ist aber nicht nur beim Pfandrechte der Fall, es kann z. B. auch der Gewerbsmann (ihrer Art nach in den Bereich seines Gewerbebetriebes fallende) Sachen wirksam veräussern, auch wenn er nicht der Eigenthümer ist (überhaupt gehören hieher die Fälle des § 367 a. b. G.), und dass die vom Pfandgläubiger inscenierte öffentliche Versteigerung für den Ersteher den Erwerb des Eigenthumes zur Folge hat, selbst wenn der Verpfänder oder Gepfändete nicht Eigenthümer war, ist durchaus nicht etwas aus der Natur des Pfandrechtes Folgendes, wie schon der Hinblick auf das römische Recht zeigt, sondern eine Specialität des modernen Rechtes, welches der Wichtigkeit des Credites hier die Sicherheit des Eigenthumes opfert. Das Wesen des Pfandrechtes liegt gar nicht in dieser von der Rechtsordnung eröffneten rechtlichen Möglichkeit zu veräussern, d. i. Rechte zu übertragen, sondern darin, dass dem Pfandgläubiger die thatsächliche Möglichkeit gesichert werden soll, diese seine bedingte Verkaufsbefugnis auch auszuüben. Nicht im Verkaufendürfen, sondern in der Abwehr fremder Eingriffe, welche die Verkaufsbefugnis thatsächlich illusorisch machen könnten, liegt das Wesen des Pfandrechtes. So soll mir das Faustpfandrecht das Haben zum Zwecke der eventuellen Veräusserung sichern, d. i. es soll fremde Eingriffe in mein Detentionsverhältnis hintanhalten, und besonders beim bücherlichen Pfandrechte ist erkennbar, dass nur die Hintanhaltung der Vereitlung meiner Verkaufsbefugnis durch Dritte der Zweck des Pfandrechtes ist. Unser bücherliches Pfandrecht könnte, soferne keine Sequestrationsberechtigung damit verknüpft ist, nach der herrschenden Lehre consequenterweise überhaupt nur in sehr beschränktem Sinne (nur mit Hinblick auf die Möglichkeit beim Verkaufstermine mit

mit der Sache zu disponieren, zu sichern, da liegt ein dingliches[23]) Pfandrecht vor.

c) Mit den dinglichen Rechten ist aber das Gebiet der absoluten Rechte noch keineswegs erschöpft. Das begriffliche Gegenstück der dinglichen Rechte bilden die Forderungsrechte.[24]) Zur Klarstellung

---

den Käufern das Gut zu besichtigen und zu betreten), ein dingliches Recht genannt werden, denn der eventuelle Anspruch gegen den Pfandgeber, welcher das Pfandobject entwerthete, auf Bestellung eines anderen Pfandes (§ 458 a. b. G.) ist gewiss nicht dinglicher Natur.

[23]) Nicht jedes Pfandrecht ist ein dingliches, nur jenes, dessen Object Sachen bilden. Nach einer anderen, neuerlich von Exner (Kritik des Pfandrechtsbegriffs nach röm. Recht, Leipzig 1873, 193 S.) mit Geschick vertheidigten Ansicht, welche davon ausgeht, dass überhaupt Rechte nicht Objecte von Rechten sein können, ist auch bei Verpfändung einer Forderung das Geschuldete Object des Pfandrechts, das Pfandrecht sohin stets ein dingliches Recht. Welchen Werth es hat, über das „Object" der Rechte zu streiten, darüber vgl. oben N. 9, Jedenfalls wird der Pfandgläubiger, welcher ein pignus nominis hat, nicht hinsichtlich der geschuldeten Sache in irgend einer Weise rechtlich geschützt, sondern hinsichtlich des Forderungsrechtes des Pfandschuldners wider einen Dritten; während beim Pfandrecht an einer Sache, schon dermalen die Sache gebunden ist, ist beim Pfandrecht an einer Forderung dermalen die Sache noch völlig ungebunden. Sie kann auch schon jetzt gebunden werden, aber dann ist sie nicht darum, weil an der verpfändeten Forderung ein Pfandrecht besteht, gebunden, sondern weil ein weiteres Pfandrecht an der geschuldeten Sache besteht. Gegen Exner vgl. Pfaff, Zur Kritik des Pfandrechtsbegriffes in Grünhut's Zt. I, 1874, N. III, bes. S. 57—62, 68—76, welcher umgekehrt davon ausgeht, dass „das Object des Pfandrechtes immer in einem Rechte" besteht (S. 54; ebenso Bremer, Das Pfandrecht und die Pfandobjecte, 1867), und Hartmann, Rechte an eigener Sache, Jahrb. f. Dogm. XVII, N. F. V, 1879, N. II, S. 86—91. Zu Exner auch Bekker, Kr. VJS XV, S. 533—543. Siehe auch unten N. 33 und die daselbst Genannten, sowie Eisele, Verpfändung von Servituten, insbesondere von Prädialservituten, Archiv f. civ. Pr. LXV, 1882, N. III, S. 112—131. Über das Wesen des Pfandrechtes vgl. auch Pfaff, Geld als Mittel pfandrechtlicher Sicherstellung, insbes. das pignus irregulare, GZ 1868, N. 74—78 (auch Wien 1868); Begriff und Wesen des älteren und des neueren Pfandrechtes, GH 1880, N. 98—101; ferner die Specialwerke, aus denen hier genannt seien: Gesterding, Die Lehre vom Pfandrecht nach Grundsätzen des röm. Rechts, 1816, 2. Aufl., 1831; Sintenis, Handbuch des gem. Pfandr., 1836; Dernburg, Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen röm. Rechts I, 1860 (hiezu Scheurl, Kr. VJS II, S. 416 ff., 481 ff.), II, 1864; Meibom, Das deutsche Pfandrecht, 1867; ferner die unten (N. 33) genannten Schriften über das pignus nominis.

[24]) Bucher, Das Recht der Forderungen, 1815, 2. Aufl. 1830; Unterholzer, Quellenmässige Zusammenstellung der Lehre des röm. Rechts von den Schuldverhältnissen mit Berücksichtigung der heutigen Anwendung,

der Divergenz des Forderungsrechtes vom dinglichen Rechte erachte ich es als am zweckmässigsten, wenn zunächst das Verhältnis der

---

2 Bände 1840; Koch, Das Recht der Forderungen nach gem. und nach pr. Recht mit Rücksicht auf neuere Gesetzgebungen, 3 Bände 1836—1843, 5. Auflage 1876; Molitor, Les Obligations en droit romain avec l'indication des rapports entre la legislation romaine et le droit français, 3 Bände, 1851—1853; Savigny, Das Obligationenrecht, 2 Bände, 1851, 1853 (unvollendet; hiezu Brown, An Epitome and Analysis of Savigny's Treatise on Obligations in Roman Law, London 1873); Brinz, Krit. Blätter III, S. 3—11; Kuntze, Die Obligation und die Singularsuccession, 1856; Kuntze, Die Lehre von den Inhaberpapieren, 1857, §§ 54—58; Brackenhöft, Die Übertragung des Forderungszustandes, Haimerl's Magazin, XII, 1855, N. 1, S. 1—23; Wirth, Beiträge zur Systematik des röm. Civilrechts, 1856, 13 S.; Unger I, § 62 (1856); Brinz, Pandecten, 1. Aufl. 1860, 2. Aufl. 1879, II, § 206—213 (hiezu Zoll, Grünhut's Zt. IX, S. 405—417); Koller, Über Obligatio (pers. Sachenrecht) im Allgemeinen und nach dem Entwurfe eines für die deutschen Bundesstaaten gemeinsamen Gesetzes über Schuldverhältnisse, Ö. VJS XV, 1865, V, S. 121—152; Harum, Zur Kritik des Entwurfs eines gemeinsamen deutschen Obligationenrechts, GZ 1865, N. 41—44 (bes. N. 42, gegen Koller) und 46, 47; Neuner, Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse, 1866, S. 62 ff.; Ziebarth, Realexecution und Obligation, 1866; Bekker, Die Actionen des römischen Privatrechts I, 1871, S. 4 ff. (auch Zt. f. Rechtsgesch. IX, S. 366 ff.); Auerbach, Das jüdische Obligationenrecht, Berlin 1871 (hiezu Puntschart, Kr. VJS XV, S. 442—453); Schott, Der obligatorische Vertrag unter Abwesenden, 1873; Steinbach, Der gemeinschaftliche Obligationsbegriff und der gemeine Verkehr (Referat in den J. Bl. 1873, N. 51, 52; Brinz, Der Begriff Obligatio, Grünhut's Zt. I, 1874, N. II, S. 11—40; Hartmann, Die Obligation, Untersuchungen über ihren Zweck und Bau, Erlangen 1875, 272 S. (hiezu Scheurl, Kr. VJS XVIII, 1876, S. 481—512, Pernice, Zt. f. HR XXI, 1876, S. 318 ff.; Steinlechner, Grünhut's Zt. III, 1876, S. 715—730); Giorgi, Teoria delle obbligazioni del diritto moderno italiano, esposta con la scorta della dottrina e della giurisprudenza, Florenz 1876; Schlossmann, Der Vertrag, 1876, § 34; Sohm, Der Begriff des Forderungsrechts, Grünhut's Zt. IV, 1877, N. VII, S. 457—477; Sághy, A kötelmi jog általanos elmèlete az austria jog szempont jából tekintettel a római jogra s ujabb törvènghozásokra, Pesth 1877 (Allgemeine Darstellung des Obligationenrechts vom Gesichtspuncte des Ö. R. mit Rücksicht auf das R. R. und die neueren Gesetzgebungen; Bruchstücke übersetzt in der GH 1877, N. 90, 91 [Entwicklung der verschiedenen Ansichten über Gegenstand und Inhalt der Obligation] 94—96); Thon, Rechtsnorm und subjectives Recht, 1878, S. 191—215; Ryk, Die Obligatio, Leipzig 1878, 48 S.; Folleville, Notion du droit et de l'obligation (Introduction philosophique à l'étude du Code civil) 3. Aufl. Paris 1879, 105 S.; Mayer, Die dingliche Wirkung der Obligation, Eine Studie zum Mobiliareigenthum des Code civil und des Deutschen Handelsgesetzbuches, Erlangen 1879, 63 S.; Geller, Pfandrechtliche Erörterungen I. Die Obligation, GH 1880, N. 86—92; Hasenöhrl,

dinglichen Rechte und jener Forderungsrechte, welche auf Übertragung eines dinglichen Rechtes hinzielen, jener beiden in so innigem Zusammenhange stehenden Rechtsgruppen betrachtet wird.

α) Beim dinglichen Rechte ist das (totale oder partielle) absolute Verbot gegen Dritte hinsichtlich einer Sache bereits aufgestellt, die subjective Genuss- und Dispositionsmöglichkeit bereits so weit rechtlich geschützt, als diess überhaupt geschehen kann; jede fremde Einmengung von Seite eines nicht insbesondere Berechtigten wird verboten, jede thatsächlich erfolgte Störung mit Aufhebung bedroht, jeder Versuch einer rechtlichen Störung von vorneherein als rechtsunwirksam erklärt. Das dingliche Recht ist als Recht rein conservativer Natur, es kann zwar zu thatsächlichen Veränderungen führen, aber es sucht sich als Recht zu erhalten. Aber wie die thatsächlichen Verhältnisse nicht constant sind, sich entweder selbst verändern, oder im Wege Rechtens verändert werden, so auch die rechtlichen Verhältnisse. Auch bei ihnen kann die Veränderung eine doppelt geartete sein. Die Rechtsordnung kann nemlich die rechtlichen Verhältnisse eo ipso, auch ohne weiterer thatsächlicher Intervention durch ihr blosses in der aufgestellten Rechtsnorm enthaltenes Verdict umstämpeln. Die Rechtsverhältnisse sind ja nicht gleich den thatsächlichen Verhältnissen etwas Wirkliches, sie sind nur eine Bezeichnung dafür, dass die Rechtsordnung gewisse Wirkungen gewährt. In dem Augenblicke daher, wo nach Inhalt der Rechtsordnung feststeht, dass sie diese Wirkungen nicht mehr gewähre, dass sie andere Wirkungen gewähre, hat das Rechtsverhältnis, und so in unserem Falle das Rechtsverhältnis hinsichtlich der Sache, aufgehört zu sein, beziehungsweise ist ein anderes geworden, mag immerhin in den thatsächlichen Machtverhältnissen zur Sache gar keine Veränderung erfolgt sein. Hier genügt also schon das blosse Zutreffen jener Voraussetzungen, für deren Eintrittsfall die Rechtsordnung festgesetzt hat, eine Sache höre auf Eigenthum des A zu sein, sie beginne vielmehr Eigenthum des B zu werden, um das rechtliche Ziel zu erreichen: das imaginäre Bild des früheren Rechtsverhältnisses verschwindet oder macht einem anderen Platz.

Aber nicht immer erfolgt die Veränderung der Rechtsverhältnisse an Sachen auf solch unmittelbare Weise. Die Rechtsordnung kann nemlich vorerst zu dem zu ändernden Rechtsverhältnisse ein zweites hinzutreten lassen, dessen Inhalt eben nur auf die Veränderung des

---

Das Österreichische Obligationenrecht, Wien 1881, I, spec. § 1; Schey, Über die Structur der Forderungsrechte, Grünhut's Zt. IX, 1882, N. VII, S. 344—404; Windscheid II, §§ 250—253; Vangerow, III, § 566.

Rechtsverhältnisses geht: A bleibt zunächst hinsichtlich der Sache in demselben rechtlichen Verhältnisse, in welchem er früher war, aber er ist verpflichtet, dieses Verhältnis aufzugeben und es dem B zu gewähren. Die Rechtsordnung vernichtigt oder verändert das Rechtsverhältnis des A nicht unmittelbar, schafft nicht unmittelbar ein dingliches Rechtsverhältnis des B, aber sie befiehlt diese Übertragung dem A, sie verheisst, ihn zu ihr zu zwingen. Noch ist er der Berechtigte, noch schützt ihn gegen alle Dritten die Rechtsordnung, aber schon hat ein Anderer den Schlüssel in der Hand, mit dem er den Anspruch auf rechtlichen Schutz Jenem verschliessen und sich eröffnen kann, schon ist dem Anderen die Möglichkeit gegeben, das fremde Rechtsverhältnis zu seinem Rechtsverhältnis zu machen, das fremde Recht zu vernichten und sein Recht an dessen Stelle zu pflanzen. Er kann die Rechtsübertragung fordern, und die Rechtsordnung hilft ihm diese Forderung verwirklichen. Dieser gegen eine bestimmte Person gerichtete Anspruch nun, welcher die Übertragung, den Erwerb des dinglichen Rechtes vermitteln soll, ist ein obligatorischer, ein Forderungsanspruch.

β) Aber nicht nur auf die Gewährung eines dinglichen Rechtes kann der Forderungsanspruch gegen eine bestimmte Person gehen, er kann auch gerichtet sein auf ein bloss thatsächliches Gewähren einer Sache, sei es nun zur gänzlichen Innehabung oder zu bloss beschränktem Gebrauche, in der Weise, dass die bestehenden dinglichen Rechte nicht alteriert, künftigen dinglichen Rechten nicht präjudiciert wird. Nur gegen die bestimmte Person geht der Anspruch und nur gegen sie soll er auch in Zukunft gehen, er soll nicht Mittel sein zur Erwerbung eines absoluten Anspruches, wenngleich auch er auf die Ermöglichung einer Ausübung eines Einflusses auf die Sache, eine sachliche Herrschaft, hinzielt. Wenn es wahr wäre, dass die Ausübung des sachlichen Rechtes im Sachgenusse besteht, so wäre gar nicht abzusehen, warum der Miether, der Commodatar nicht dinglich berechtigt wären, denn wie Thon (Rechtsnorm und subjectives Recht S. 304) treffend sagt: „der Eigenthümer wohnt nicht unmittelbarer in seinem Hause, wie der Miether in dem gemietheten". Sie sind aber darum keine dinglichen Rechte, weil die Sache, selbst wenn sie dem Berechtigten zur Benützung bereits übergeben ist, dennoch nicht diesem gegenüber allen Anderen verwehrt wird, weil er durch Vermittlung der Sache nicht in ein rechtliches Verhältnis zu allen Dritten gelangt. Wenigstens nach römischem Rechte nicht. Nicht einmal die Besitzklagen standen ihm zu, weder gegen Dritte noch gegen den Vermiether, fehlte ihm doch der animus domini. Umgekehrt jeder Dritte, soferne

er das Eigenthumsrecht erworben hatte, konnte ihn aus der Sachdetention vertreiben,[25]) nur der Eigenthumsklage des Vermiethers selbst vermochte er sein Miethrecht als wirksame Einrede entgegenzustellen. Nicht mehr ganz so allerdings liegt das Verhältnis nach moderner Rechtsauffassung. Nach österreichischem Rechte ist auch dem Miether und Commodatar, der die Sache inne hat, possessorischer Schutz gewährt[26]), und in diesem Sinne, vermöge des possessorischen Schutzes, haben diese Rechte eine, wenn auch durch die Möglichkeit der Existenz und Entstehung dinglicher Rechte für dritte Personen und durch die Beschränkung auf den Fall des bereits erlangten Sachbesitzes eng begrenzte absolute Richtung. Ja manche Rechtsordnungen, so das pr. Landrecht,[27]) sind noch weiter gegangen. Sie schützen das Recht des Miethers, sobald es einmal rechtswirksam begründet ist, selbst gegen dingliche Rechte Dritter: wer immer das Eigenthum erwirbt, tritt eo ipso auch ein in die Obligation, ist verpflichtet die Vermiethung anzuerkennen, zu dulden, und seine positiven Pflichten als Vermiether (Instandhaltung des Objectes)[28]) zu erfüllen. Das Miethrecht erlangt hiedurch eine ganz gemischte Natur. Es ist zunächst ein persönliches Recht gegen den Vermiether, welcher auch

[25]) Kauf bricht Miethe.

[26]) Der Beweis hiefür kann erst im besonderen Theile erbracht werden.

[27]) Das Pr. LR normiert die Rechtsverhältnisse aus dem Bestandvertrage im 21. Titel des ersten Buches, welcher „von dem Rechte zum Gebrauche oder Nutzung fremdes Eigenthums" handelt, und im ersten Abschnitt den Niessbrauch, im zweiten die Erbpacht erörtert, an welche sich der hier in Frage kommende dritte Abschnitt: „Von dem eingeschränkten Gebrauchs- und Nutzungs-Rechte fremder Sachen" reiht. § 350 bestimmt: „Innerhalb der contractmässigen Zeit muss der Pächter oder Miether sich die Aufkündigung gefallen lassen, wenn der Fall einer nothwendigen gerichtlichen Veräusserung eintritt"; § 356: „Hat . . (der Miether oder Pächter) seinen Contract im Hypothekenbuche eintragen lassen: so gebühren ihm wegen dieser Entschädigung die Rechte der dritten Classe; ausserdem aber keine besondre Vorrechte im Concurse"; § 358: „Durch einen freywilligen Verkauf wird in den Rechten und Pflichten des Miethers oder Pächters nichts geändert." Das WGGB stellt die Lehre „Von Bestand- oder Mieth- oder Pachtverträgen" in die Lehre von den Verträgen (III. Theil, VII. Hauptstück), und ebenso das a. b. G. (II. Theil, II. Abth., 25. Hauptstück, vereint mit der Lehre von den Erbpacht- und Erbzins-Verträgen, welche im WGGB im VII. Hauptstücke des II. Theiles, des Sachenrechtes, unter der Rubrik: „Von dem getheilten Eigenthume" behandelt sind). Nach § 253 WGGB cit. und §§ 1120, 1121 a. b. G. hat der Bestandnehmer als solcher keinerlei Rechte gegen den dritten Erwerber.

[28]) Pr. LR I, 21, §§ 291, 444, vgl. auch §§ 282—287 (WGGB III, § 253; a. b. G. § 1096).

bei einer Eigenthumsübertragung obligiert bleibt;[29]) es ist weiters ein absolutes Recht, da Jedem eine Störung untersagt ist; es ist aber auch weiters ein variierendes Recht, indem die durch den Miethvertrag begründete positive Verpflichtung des Eigenthümers zur Instandhaltung des Miethobjectes derart ist, dass sie (nach Wortlaut des Gesetzes sogar unter fortdauernder Haftung des Bestandgebers) auf jeden Neueigenthümer übergeht, so dass ein Sollen in der Weise constituiert ist, dass Jeden, der zur Sache in ein bestimmtes Verhältnis tritt, dieses Sollen trifft. Ein ähnlicher Erfolg ist auch nach unserem Rechte möglich, insoferne der Bestandvertrag über Immobilien in die öffentlichen Bücher eingetragen wird (§ 1095 a. b. G., § 9 a. G. G.). Insoferne die Miethe ein absolutes, die Möglichkeit sachlicher Benützung schirmendes, den Miether gleichsam mit der Sache selbst verbindendes Recht ist, ist sie dann auch ein dingliches Recht.

γ) Der Begriff des Forderungsrechtes geht aber überhaupt über den der Sache hinaus. Das dingliche Recht ist seiner Natur nach nur bei Sachen denkbar, das Forderungsrecht aber geht überhaupt auf eine fremde Leistung, Duldung, Unterlassung, und diese braucht auf die Sachen (den Begriff im Sinne des rechtlichen Verkehres genommen) überhaupt gar keinen relevanten Einfluss zu üben, zu gar keiner bestimmten Sache in Beziehung zu stehen. Hier bezweckt die von der Rechtsordnung auferlegte Duldung oder Leistung nicht die Übertragung eines dinglichen Rechtes, nicht eine sachliche Genussmöglichkeit, also nichts den Gewährungsact Überdauerndes. Während die Sache, die mir von A tradiert wird, etwas Dauerndes, ein beständiges Werthobject ist, welches Bestandtheil meines Vermögens bleibt, während durch die Übergabe der Sache zum Gebrauche eine andauernde Gebrauchsmöglichkeit sich eröffnet, ist der Vortrag, den mir mein Lehrer gehalten, das Tonstück, das mir der Künstler vorgespielt hat, etwas, das mit der Gewährung aufhört zu sein. Aber darin liegt überhaupt das Wesen des Forderungsrechtes, dass es eine in der Zeit beschränkte Existenz hat. Das auf ein Thun gerichtete Forderungsrecht erlischt durch vollständige Erfüllung des Sollens; so erlischt das Forderungsrecht, das auf Übertragung des Eigenthumes oder eines dinglichen Rechtes, oder auf Gewährung einer Sachbenutzung gegründet ist, mit der Übertragung des dinglichen Rechtes, der erfolgten Gewährung der Benutzungsmöglichkeit, und wo es den Anschein hat, es

[29]) §§ 272—274 Pr. LR I, 21: „aus der contractwidrigen Beschaffenheit der Sache", welche „in brauchbarem Zustande überliefert werden" muss (Ausnahme § 275).

bestehe ein perpetuierliches Forderungsrecht, so bei der immerwährenden Rente, da besteht thatsächlich eine Reihe von einzelnen Rechten.[30]) Aber auch das auf ein Unterlassen gerichtete Sollen ist beim Forderungsrechte in der Dauer beschränkt, zum Mindesten durch die der Persönlichkeit des Verpflichteten gesetzte Schranke: es erlischt mit seinem Tode.

Darin liegt aber der wesentliche Unterschied vom dinglichen Rechte. Dieses ist seiner Natur nach nur an die Existenz der Sache geknüpft, und soferne es nicht ausdrücklich auf einen engeren Zeitraum beschränkt ist, hat es nur in dem Untergange der Sache seinen Endtermin; das dingliche Recht vermindert sich nicht, erlischt nicht durch seine Ausübung, im Gegentheile seine Ausübung, d. i. die Anwendung eines Zwanges gegen Dritte, dient es zu erhalten. Das Forderungsrecht aber erlischt entweder sofort durch die Ausübung, oder aber es bröckelt ab, nützt sich ab, wird in der Erfüllung stückweise verzehrt. Es hat nicht das Streben in sich, sich zu erhalten, sondern vielmehr das, einen Zustand herbeizuführen, der es überflüssig macht.[31])

In der der Erfüllung vorausgehenden Zeit liegt somit die Bedeutung des Forderungsrechtes, denn mit seiner Erfüllung tritt an seine Stelle ein materieller oder doch ideeller anderer Werth. Darum aber ist uns das Forderungsrecht, der rechtlich geschützte Anspruch auf eine persönliche Leistung, auf Erfüllung, hier schon selbst Werthobject; wir messen den Werth der zu fordernden Leistung etc. an den Sachquantitäten, die wir für sie hinzugeben bereit wären, betrachten das Forderungsrecht, da wir auf seine Erfüllung rechnen können, ungeachtet diese Erfüllung noch nicht erfolgt ist, ja weil sie noch nicht erfolgt ist, als einen Theil unseres Vermögens, ja in vielen Fällen ist das Forderungsrecht ein derartiges, dass wir es selbst wieder, sei es gegen Gewährung anderer Forderungsrechte, sei es gegen Eintausch von Sachen oder sachlicher Rechte hingeben, dass wir es veräussern, vertauschen können.

---

[30]) Wenn dieselben auch durch einen Act („una stipulatio" L. 16, § 1, D. 45, 1, L. 35, § 7, D. 39, 6) begründet sind.

[31]) Sohm, Grünhut's Zt. IV, S. 473: „Während das Sachenrecht die Existenz seines Objects, hat das Forderungsrecht die Nichtexistenz desselben zur Voraussetzung. Ja, das Forderungsrecht vermag das Existentwerden seines Objects nicht zu ertragen. . . . Anderseits hat das Forderungsrecht die Kraft, sein eigenes Object hervorzubringen, und um dieses Hervorbringens willen ist es da. . . . . Darum sind die Sachenrechte in sich befriedigte, die Forderungsrechte in sich unbefriedigte Privatrechte."

So gewinnt aber das Forderungsrecht für den Verkehr gleichsam eine reale Existenz, stellt sich für unsere Interessenberechnung in eine Linie mit den Sachen selbst, es wird gleichsam sachlich emballagiert, wird Verkehrsobject[32]) und hiemit selbst möglicher Gegenstand weiterer Rechte,[33]) welche zwar, weil ihr Object keine wirkliche Sache

---

[32]) Vgl. Steinbach, J. Bl. 1873, S. 626: „So ist denn das ganze Obligationenverhältnis, dadurch, dass dessen Object immer mehr hervorgetreten ist, selbst zum Verkehrsobject geworden, und ob für dasselbe ein geringerer Preis gewährt wird, als für die Sache selbst, auf die es gerichtet ist, das hängt nur von dem Credite ab, welchen der Schuldner geniesst", und — wie wir werden hinzufügen müssen — von den momentanen Bedürfnissen der Negotianten.

[33]) Gegen die Möglichkeit von Rechten an Rechten überhaupt: Exner, Kritik des Pfandrechtsbegriffes, 1873, S. 11—24. Hiezu vgl. Pfaff in Grünhut's Zeitschrift I, 1874: „Zur Kritik des Pfandrechtsbegriffes, S. 57 bis 63, 68—77. Gustav Hartmann, Rechte an eigener Sache, Jahrb. f. Dogm. XVII (N. V), 1879, S. 86—89. Vgl. auch Lenel, Parteiabsicht und Rechtserfolg, Jahrb. f. Dogm., bes. S. 164—198 und 236. Der Streit über die Möglichkeit von Rechten an Rechten ist nur eine Folge der verfehlten Construction des Rechtsinhaltes. Es ist nur ein figürlicher Ausdruck, wenn wir von einem Rechte an etwas sprechen; streng genommen gibt es weder Rechte an Rechten, noch Rechte an Sachen, sondern nur Rechte wider Personen hinsichtlich Sachen oder Leistungen und Rechte wider Personen hinsichtlich wider andere Personen gehender Rechte. Vgl. oben N. 9 und 23. So wenig ich am Eigenthumsrecht ein Eigenthumsrecht haben kann, so wenig kann ich an ihm ein Servituts- oder Pfandrecht haben. Ich kann auch kein Forderungsrecht am Forderungsrechte haben, aber ich kann ein Recht wider einen Dritten haben, dass er mir ein anderes Recht wider einen Dritten überlasse, oder ich kann ein gegen Alle wirksames Recht haben, dass ich aus einem Rechte eines Anderen wider einen Dritten meine Befriedigung für ein weiteres meiniges Recht suchen könne. Die Frage nach der Möglichkeit und Natur von Rechten hinsichtlich bestehender Forderungsrechte behandelt ausser den Genannten: Eberhard, Die Verpfändung von Forderungen nach gem. Recht, Berlin 1869, 37 S. (für die Dinglichkeit aller Pfandrechte); Stöcker, Über die Grundsätze der Lehre vom Pfandrecht an Forderungen, Archiv f. pract. Rechtsw. N. F. VII, 1870, N. VII, S. 337—387; Wittelshöfer, Das Pfandrecht an einer Forderung (pignus nominis), Erlangen 1876, 118 S. (hiezu Strohal, Grünhut's Zt. VI, 1879, S. 246—248, ein scharf verurtheilende Kritik); Hanausek, Die Lehre vom uneigentlichen Niessbrauch nach gem. Recht, Erlangen 1879 (hiezu Strohal, Grünhut's Zt. VII, 1880, S. 403—413); Stammler, Der Niessbrauch an Forderungen, Ein Beitrag zur Lehre von Rechten an Rechten, Erlangen 1880, 169 S.; Mannsbach, Der Niessbrauch an Forderungen, Marburg 1880, 87 S. (zu diesen beiden Strohal, Grünhut's Zt. IX, 1882, S. 77—82, zu denselben und zu Hanausek: Hartmann, Kr. VJS XXII, N. F. III, 1880, N. XXII, S. 518—547); Hellwig, Die Verpfändung und Pfändung von Forderungen nach gem. Rechte und der Reichs-Civilprocess-

ist, nicht dinglicher Natur sein können, welche aber, weil sie sich nicht nur gegen eine bestimmte Person richten, absoluter Natur sind. Es ist freilich verkehrt und irreführend zu sagen, dass „neben dem im Forderungsrechte liegenden besonderen Rechtsverhältnis in Folge dessen auch ein allgemeines Rechtsverhältnis stattfinde, dahin nemlich, dass Niemand jenes besondere Rechtsverhältnis stören solle“ (Schilling, Instit. I, § 16, N o),[34]) da in den meisten Fällen das obligatorische Rechtsverhältnis von Dritten gar nicht gestört werden kann; aber insoferne die Forderung als ein schon bestehendes Verkehrsobject, das dadurch, dass es einem Anderen zufällt, nicht verändert wird, sondern dasselbe bleibt, betrachtet wird, zeigt sich uns, dass, wie bei dem Eigenthume an einer Sache dieses sofort übertragen, oder aber nur ein Forderungsrecht auf Übertragung begründet werden kann, auch bei der Forderung diese sofort übertragen, oder nur ein Anspruch auf ihre Übertragung begründet werden kann.[35]) Und dieses wirklich übertragene Forderungsrecht bleibt ein relatives Recht; aber zu diesem relativen Rechte tritt ein Moment von absoluter Wirkung hinzu. Wenn A zuerst dem B die Übertragung einer Forderung verspricht, aber dann die Forderung an C überträgt (etwa durch Übergabe des Inhaberpapiers oder unter Verständigung des Schuldners), so muss auch B und ebenso Jeder, dem A versucht hätte diese Forderung nachträglich zu übertragen, diese Übertragung gegen sich als rechtliche Thatsache gelten lassen, keiner kann sich mehr der als selbstständigen Gegenstand im Strome des Verkehres schwimmend gedachten Forderung bemächtigen. Das Rechtsverhältnis ist thatsächlich umgestämpelt, aus einem Forderungsrechte des A ist auf Grund Eintrittes von der Rechtsordnung als Basis solcher Wirkungen hingestellter Thatsachen ein anderes Forderungsrecht, nemlich ein Forderungsrecht des C geworden; hieraus erklären sich die angegebenen Wirkungen; aber zur Erleichterung des Verkehres, resp. unserer Auffassung des Verkehres, wird das einen wesentlichen Bestandtheil des Forderungsrechtes bildende subjectiv-persönliche Element aus der Forderung herausgehoben, diese selbst versachlicht, und nun bleibt consequenterweise nichts übrig als, da die Forderung scheinbar aufgehört hat, je nach der Person des Inhabers auch ihrem Wesen nach eine wechselnde zu sein, von einem Wechseln

Ordnung, Leipzig 1883, 200 S. Bei Stammler S. 10—26 eine Darstellung der verschiedenen Ansichten.

[34]) Vgl. N. 2.

[35]) Hierauf beruht der Unterschied zwischen Cession und Cessionsversprechen, Schenkung einer Forderung und Schenkungsversprechen.

des Rechtes an ihr, einem wechselnden Eigenthume an der Forderung zu sprechen.[36])

Auch das a. b. G. ist zu dieser Ausdruckweise gelangt (vgl. § 427), aber wir dürfen nicht vergessen, dass es in letzter Linie nur eine noch dazu incorrecte Ausdrucksweise ist, und müssen uns hüten, aus ihr Consequenzen zu ziehen, die uns der Wortlaut des Gesetzes nicht selbst aufzwingt.

Es gibt jedoch Fälle, in denen die Constituirung eines Rechtes hinsichtlich eines Forderungsrechtes nicht, wie in dem zuletzt erörterten Falle (Übertragung der Forderung), eine nur scheinbare, in Wahrheit mit dem Forderungsrechte selbst zusammenfallende ist, wo auch nicht das constituierte Recht (auf Übertragung) wenigstens seinem letzten Ziele nach mit dem Inhalte des Forderungrechtes selbst sich deckt, wo vielmehr nicht das Forderungsrecht übertragen, oder seine Übertragung versprochen wird, sondern wo nur einzelne durch das Forderungsrecht dem Berechtigten gewährte und gegen Dritte geschützte Vortheile ausgeschaltet, einem Anderen zugewiesen und nun diesem durch ein selbstständiges Recht, ein „Recht am Rechte“,[37]) geschützt und gesichert werden. Diess findet aber statt bei Gewährung eines Niessbrauches oder eines Pfandrechtes am Forderungsrecht, und wenn und insoferne Niessbrauchsrecht und Pfandrecht an der Forderung dadurch, dass diese an einen Anderen übergeht, somit eine andere wird, nicht erlöschen, sondern auch an der im Subject veränderten Forderung fort-

[36]) Die wesentlichen Elemente eines Forderungsrechtes sind: ein Berechtigter X, ein Verpflichteter Y, eine Verpflichtung Z. Der allgemeine Ausdruck für die Forderung ist somit X Y Z und für eine bestimmte Forderung, wenn $X = A_1 \ldots A_2 \ldots A_n$, $Y = B_1 \ldots B_2 \ldots B_n$, $Z = C_1 \ldots C_2 \ldots C_n$ ist: $A_1 B_1 C_1$ oder $A_2 B_2 C_2$ oder $\ldots A_n B_n C_n$. Jede dieser Forderungen ist eine andere und in dem Augenblicke, wo in die Gruppe $A_1 B_1 C_1$ statt $A_1 A_2$ eintritt $= A_2 B_1 C_1$, ist die Forderung schon nicht mehr dieselbe, sondern eine geänderte. Wenn ich aber nun das Element X aus dem Begriffe der Forderung X Y Z heraushebe, so dass sie zu X (Y Z) wird, und ich nun die Elemente Y und Z als ein fixiertes, die einzelne Forderung bestimmendes Ganze, X aber als eine mit dieser nur äusserlich in Beziehung tretende variierende Grösse denke, so stellen sich mir die Ausdrücke A_1 (Y Z), A_2 (Y Z), A_3 (Y Z) . . . A_n (Y Z) nur als verschiedene Relationen derselben Grösse Y Z, als ein verschiedenes rechtliches Verhältnis an derselben Forderung dar. Die Formel wird mir aus X Y Z zu $(A_1 + A_2 + A_3 \ldots + A_n)$ Y Z, der Ausdruck, das Rechtsverhältnis zu einem doppelten, dem fixen Forderungsrecht und dem beweglichen Recht an der Forderung.

[37]) Nach dem früher Ausgeführten N. 9, 23, 33 kann der Gebrauch dieser Redefigur wol kaum einer Missdeutung unterliegen.

bestehen, Jedem entgegenstehen und ein Sollen auferlegen, der in die Lage kommen könnte, sie zu stören, sind sie absolute Rechte.

3. Absoluter Natur sind ferner ausser den bis jetzt besprochenen Rechten auch die sog. Familienrechte. Es kann aber nicht geleugnet werden, dass deren Character ein doppelseitiger ist. Insoferne jedem Dritten eine Störung der Familienverhältnisse, ein geschlechtlicher Verkehr mit der Ehegattin, eine Einflussnahme auf ihren oder der Kinder Aufenthalt, oder überhaupt eine Handlungsweise verboten ist, durch welche jene der Gattungs-Erhaltung dienenden Interessen[38]) des Gatten, Vaters etc., welche von der Rechtsordnung geschützt werden wollen, in einer von der Rechtsordnung missbilligten Weise verletzt werden würden, ist das Recht des Vaters, der Mutter, des Gatten, der Gattin, der Kinder, des Vormundes, des Curators, des Mündels, ein absolutes. Es ist aber zugleich das Recht der Eltern ein relatives gegenüber dem Kinde, das des Gatten ein relatives gegenüber der Gattin etc.; während die Rechtsordnung gegen Alle ein allgemeines Verbot aufstellt, richtet sie an Einzelne bestimmte Gebote und Verbote, und wirkt somit in einer Richtung absolut, in einer anderen aber relativ.

Ein absolutes Recht ist schliesslich auch das Erbrecht, d. i. das Recht, welches den Übergang der Vermögensgesammtheit, eines aliquoten Vermögenstheiles, oder auch einzelner Vermögensbestandtheile gegen mortis causa erfolgende Anmassungen dieses Überganges Seitens Dritter schützen soll. Nicht der Anspruch auf „Aufnahme und Repräsentation der ganzen vermögensrechtlichen Person eines Verstorbenen“[39]) bildet den Inhalt des Erbrechtes, sondern das zu Gunsten des Erben gegen jeden Dritten gerichtete Verbot, diese Repräsentation und ihre practische Durchführung zu stören, indem er sich selbst als Erbe gerierte oder Nachlassbestandtheile mit Ignorierung des von der Rechtsordnung statuierten Vermögensüberganges dem Erben vorenthielte.

III. Es erübrigt nunmehr noch die Erörterung jener Gruppe von Rechten, welche als variierende bezeichnet wurden, bei denen zwar einzelnen Personen ein Sollen auferlegt, bei denen jedoch nur indirect

---

[38]) In der specifischen Natur der Interessen, welche die Rechtsordnung geschützt wissen will, liegt der principielle Unterschied zwischen den Familien- und den Forderungsrechten, nicht etwa in dem angeblichen Erfordernisse des Vermögenswerthes obligatorischer Leistungen. Gegen letzteres Erfordernis Ihering im Rechtsgutachten, betreffend die Gäubahn, Jahrb. f. Dogm. XVIII, N. F. VI, 1880 u. z. S. 41—115.

[39]) Unger I, § 61, S. 535.

festgesetzt ist, wer diese einzelnen Personen sind, so zwar, dass Jeder, welcher in ein gewisses rechtliches Verhältnis zu einer Sache tritt, in den Bannkreis des Sollens fällt.

In diese Gruppe fallen die sogenannten Reallasten.[40]) Das Eigenthümliche derselben ist durch die wiederkehrende Natur der vermöge des rechtlichen Verhältnisses zur Sache auferlegten Leistungen bedingt: erst in dem Augenblicke, wo die Leistung fällig wird, wird die Person des Inhabers als die des Verpflichteten erkennbar. Vorher ist nur gewiss, dass Derjenige, welcher zur Zeit der Fälligkeit die fragliche Sache rechtlich innehaben wird, wird leisten sollen; ungewiss aber ist noch, wer innehaben wird, und daher auch wer der persönlich Verpflichtete sein wird. Und so ergibt sich das Resultat, dass die noch nicht fällige Leistung variierender (oder wie man nicht correct zu

---

[40]) Aus der Literatur vgl.: Seuffert, Das Baurecht, die Reallasten und das Näherrecht, Würzburg 1819; Vollgraf in der Beilage zum IX. Band (1826) des Archivs f. civ. Pr., bes. § 12; Duncker, Die Lehre von den Reallasten, 1837 (hiezu Albrecht, Krit. Jahrb. 1839, S. 309—324); Renaud, Beitrag zur Theorie der Reallasten, 1846 (hiezu Gerber, Krit. Jahrb. 1846, S. 782 ff.); Purgold, Das wissenschaftliche Princip des deutschen Privatrechtes in der Anwendung auf das Leibgeding, unter Bezug auf den Gr. Hess. Gesetzentwurf über das Sachenrecht, Beilage zum XXXI. Band des Archivs f. civ. Praxis, 1848, 48 S.; Weiske, Die Gutsherrlichkeit und die gutsherrlich-bäuerlichen Gaben und Leistungen, 1850; Unger I, § 63; Häberlin, Über die rechtliche Natur der Reallasten, Zt. f. deutsches Recht u. d. Rechtsw. XVIII, 1858, N. V, S. 131—172; Gerber, Zur Theorie der Reallasten, Jahrb. f. Dogm. II, 1858, N. II, S. 34—66 und: Reallast oder Realschuld, ibid. VI, 1863, N. V, S. 266—285 (beide in der ges. Abh. N. VII, S. 213—260); Friedlieb, Ergänzende Erörterungen zur Theorie der Reallasten, Jahrb. f. Dogm. III, 1859, N. III, S. 299—366, und: Die Rechtstheorie der Reallasten, Jena 1860 (hiezu Hillebrand, Kr. VJS IV, 1862, S. 307—310 und die Ö. VJS VII, 1861, S. 85—88 L. Bl.); Meibom, Über Realschulden und Reallasten, Bekker's Jahrb. d. gem. R. IV, 1860, N. 13, S. 442—510; Mann, Untersuchungen über den Begriff der Reallasten im gem. Recht, Dessau 1869, 120 S. (hierzu Schütze, Kr. VJS XII, 1870, S. 123—133 und Roth ibid. S. 490—491; 2. Ausg. 1873); Wentzel, De oneribus realibus quae vocantur, Diss., Berlin 1870, 97 S.; Schuster, Der Begriff Reallast in § 12 des a. G. G., J. Bl. 1877, N. 18; Müller, Beiträge zur systematischen Darstellung des kgl. sächs. Civilrechts, I. Die Reallasten, Leipzig 1878, 149 S.; Wächter II, § 48 (auch Civil. Erörtg. I, N. VI, Zur Lehre von den Reallasten, S. 127—138); Stobbe II, §§ 100—105 und 136; Gerber § 167—172; Beseler § 190; Roth, Bayr. Civilr. II, § 169 ff.; vgl. auch Krainz, GZ 1869, N. 29 ff.; Nagel, Z. f. Gesetzk. und Rechtspflege, 1860, N. 16 und Ö. VJS LIV, 1864, N. 16, Exner, Tradition, S. 43—49, Randa, Besitz, § 24, S. 539—542, § 30; Schiffner I, § 26, S. 87, § 27.

sagen pflegt, absoluter[41]) Natur ist, die fällige Leistung aber nur gegen die Person geht; auf den Neuerwerber geht somit die Verpflichtung zur Entrichtung bereits verfallener Leistungen nicht über, und umgekehrt haftet Derjenige, welcher die Sache veräussert oder derelinquiert für die später fällig werdenden Leistungen nicht mehr, bleibt aber hinsichtlich der verfallenen verhaftet, und dasselbe geschieht auch beim gänzlichen Untergange der Sache, hier entschwindet überhaupt die Möglichkeit, dass eine Verpflichtung zu weiteren Leistungen erstehen kann. So weit aber die Sache auch nur theilweise noch existiert und innegehabt wird, besteht die Verpflichtung zur Entrichtung der einzelnen verfallenden Leistungen ungeschmälert fort.[42]) Nur hinsichtlich Immobilien sind nach positivem Rechte Reallasten möglich, nur hinsichtlich ihrer besteht auch ein practisches Verkehrsbedürfnis nach der rechtlichen Möglichkeit derselben. Den wichtigsten und gewöhnlichsten Fall[43]) der Reallast bildet die Leibzucht (sog. Ausgedinge, Auszug, reservatum rusticum, Altentheil).[44])[45])

---

[41]) Noch ungenauer ist es, zu sagen, sie sei dinglicher Natur, denn der Inhalt des Rechtes, das was geleistet werden soll, steht mit der Sache in gar keinem weiteren Zusammenhange, nur wer leisten soll, ist durch die Sache bestimmt. Auch jene Schriftsteller, welche die im Texte hervorgehobene gemischte Natur der Reallast anerkennen (vgl. Wächter, Zur Lehre von den Reallasten in den civ. Erörterungen I, N. 6 und Handbuch des Würtembergischen Privatrechtes II, § 48 und Unger I, § 63, insbesondere S. 560) bezeichnen sie als ein, wenn auch „anomales" dingliches Recht. — Mit Rücksicht auf das Ausgeführte scheint mir der von Strohal (Grünhut's Zt. II, S. 519, N. 19) gegen die Stilisierung des § 9 a. G. G. („dingliche Rechte und Lasten") erhobene Vorwurf nicht begründet.

[42]) In welcher Weise haften im Falle einer Theilung des Realgrundes die Theilberechtigten pro rata oder in solidum? Gerber, Jahrb. f. Dogm. II, 1858, S. 58 und N. 14 tritt für die Haftung pro rata ein. Aber stünde es hienach nicht im Belieben der Grundberechtigten des Reallastinhabers conditionem deteriorem facere? Soferne nicht der Realberechtigte in die lastenfreie Abschreibung willigt, wird jeder Theilgrundinhaber in solidum haften.

[43]) Von den aus Verhältnissen öffentlichrechtlicher Natur entstandenen Reallasten kann hier nicht gehandelt werden. Vgl. übrigens Art. VII Staatsgrundgesetzes 21. December 1867, RGB 142: „Jeder Unterthänigkeits- und Hörigkeitsverband ist für immer aufgehoben. Jede aus dem Titel des getheilten Eigenthumes auf Liegenschaften haftende Schuldigkeit oder Leistung ist ablösbar, und es darf in Zukunft keine Liegenschaft mit einer derartigen unablösbaren Leistung belastet werden."

[44]) „Der Altentheil vereinigt nicht selten in seiner äussern thatsächlichen Einheit die verschiedenen juridischen Elemente des Niessbrauchs und der Reallastberechtigung." Friedlieb, Jahrb. f. Dogm. III, 1859, S. 346.

Aber nicht nur der auf wiederkehrende Leistungen gerichtete Anspruch kann auf solche Weise eine variierende Richtung erhalten. An sich wäre eine solche sachliche Abhängigmachung bei jedem Forderungsrechte, geht es auch auf eine einmalige (wenn nur erst in der Folge fällig werdende) Leistung, denkbar, die practischen Bedürfnisse des Verkehrs haben aber nur in wenigen ganz bestimmten Fällen zu ihrer rechtlichen Anerkennung, d. i. Möglichkeit geführt. Diese Fälle sind der schon erwähnte des Bestandrechtes an Immobilien, sowie die weiteren des Wiederkaufs- und des Vorkaufsrechtes (§§ 1068 bis 1070, 1072, 1073 a. b. G.; § 9 a. G. G.) in Hinsicht auf Immobilien. Nur die beiden letzten Fälle sind hier noch kurz zu erörtern.

Das Wiederkaufsrecht verpflichtet nemlich (soferne es in die öffentlichen Bücher eingetragen ist) Jeden, der die Sache kraft einer nachfolgenden Thatsache erlangt, sie Demjenigen, zu dessen Gunsten es besteht, auf sein Verlangen gegen Vergütung des ursprünglichen Kaufpreises zurückzustellen.[46]) Das Vorkaufsrecht aber verpflichtet Jeden, der eine Sache durch Kauf von Jenem, dem der Vorkaufsberechtigte sie verkauft hatte, erlangt, ohne dass die Einlösung dem Vorkaufsberechtigten um den Kaufpreis angeboten und von diesem abgelehnt oder in der festgesetzten Frist (§ 1075 a. b. G.) nicht angenommen worden wäre, sowie Jeden, der von diesem unbefugten Käufer die Sache weiter erworben hat, dieselbe auf Verlangen dem Vorkaufsberechtigten zurückzuverkaufen.

Über das Institut als solches vgl. Preuss G., Die Leibzucht. Eine civilist. Studie, Hannover 1862. Für das ö. R. Emil Franz Rössler, Inaugural-Diss. über das Ausgedinge auf Bauerngütern nach bestehenden Vorschriften in Öst. mit bes. Rücksicht auf das Kgr. Böhmen. Prag 1842, 96 S. (Rec. Z. f. ö. R. 1842, III, S. 447—451 v. Haimerl).

[45]) Gleichsam das Gegenstück zu den Reallasten bilden die Realrechte. Hier handelt es sich nur um persönliche Rechte (wiewol auch das Recht der Reallast zugleich Realrecht sein kann), allein die Person des Forderungsberechtigten ist durch das rechtliche Verhältnis zu einer Sache bestimmt. Erscheint bei der Reallast gleichsam die Verpflichtung an die Sache gebunden, die „Sache selbst obligiert", so scheint hier die Berechtigung an die Sache gebunden, die „Sache selbst berechtigt". Vgl. aus der Literatur: Turba, Die Realgewerbe in N. Österr., Z. f. ö. R. 1835, I, N. IV, S. 77—122; Schmid, Über dingliche Gerwerberechte, Archiv f. civ. Pr. XLIV, 1861, N. I, S. 1—27, und VIII, S. 174—208.

[46]) Vgl. Unger II, § 116, N. 11; Stubenrauch III ad § 1070, S. 205 (3. Aufl.).

γ_1. Entwicklungsphasen.

§ 109.

Es wurde das Wesen des Begriffes des subjectiven Rechtes erörtert, und hiernach eine Eintheilung beziehungsweise Unterscheidung der einzelnen subjectiven Rechte in Artgruppen durchgeführt. Es wird nun noch von der Entstehung der subjectiven Rechte, ihrem Bestande nebeneinander, und von ihrer Endigung zu handeln sein.

α_2. Entstehung des subjectiven Rechtes.

§ 110.

Es wurde dargethan, dass das subjective Recht nichts Reales, sondern nur eine Bezeichnung dafür ist, dass beim Eintritte gewisser Umstände (wenn nemlich ein Sollen nicht freiwillig erfüllt wird) staatlicher Zwang angerufen werden kann. Diese allgemeine rechtlich geschützte Aussicht ist das Recht im subjectiven Sinne. Damit aber dieser erwähnte Zwang wirklich angerufen werden könne, das subjective Recht rechtlich[1]) wirksam werde, ist erforderlich, dass der Sollende das, was er soll, nicht freiwillig erfüllt, dass einem Sollen nicht entsprochen, dass das Recht verletzt wird.

Und je nach der Art dieser Verletzung richtet sich die concrete Befugnis, das concrete Dürfen. Dem subjectiven Rechte entspricht keineswegs mit Nothwendigkeit nur eine Möglichkeit des Dürfens, das subjective Recht ist nur eine Collectivbezeichnung für eine ganze Summe von rechtlichen Einzelnbefugnissen, deren Anwendbarkeit aber je erst abhängig ist von der entsprechenden Rechtsverletzung. Diese einzelnen Befugnisse wären die eigentlichen subjectiven Rechte, sie bilden das rechtliche Machtarsenal des „Berechtigten", den Vorrath, von dem ihm erforderlichen Falles Anwendung zu machen gestattet ist, sie und nur sie sind es, die unter dem einheitlichen Gesichtspuncte gesicherter Erwartung anticipativ als Recht gedacht werden.[2]) Nur darin besteht mein Eigenthumsrecht, dass ich vindicieren, die negatoria anstellen, nur darin mein Forderungsrecht, dass ich Leistung, Schadenersatz, Sicherstellung[3]) verlangen kann, wenn sie verweigert werden, oder nicht der Rechtsvorschrift gemäss erfolgen. So lange Niemand mein Eigenthum stört, die Forderung nicht fällig ist, und kein sonstiger Anspruch besteht, hat mein Recht keine rechtlichen, sondern nur thatsächliche Wirkungen. Ja, ob der von mir gefangene Hase mir gehört, oder nicht, ist rechtlich überhaupt so lange irrelevant, als mir oder Jenem, dem ich ihn weitergab, das Eigenthum nicht bestritten, der Besitz nicht entzogen wird. Erst mit dem Angriffe beginnt ex post die frühere Erwerbungs-Thatsache rechtliche Bedeutung zu erhalten, erst mit dem Angriffe, mit der Störung beginnt mein Recht u. z. als früher entstandenes rechtliche Wirkungen zu üben, wenngleich der Gedanke an mein Recht, d. i. an die Möglichkeit meiner Ansprüche für den Fall einer Störung mich vielleicht thatsächlich überhaupt vor jeder Störung bewahrt.

Das concrete subjective Recht, der Rechtsanspruch, beginnt somit erst mit der Rechtsverletzung, aber das Recht als Gedachtes, als Aussicht auf Rechtsschutz, beginnt schon mit dem Eintritte der das Sollen constituierenden Thatsachen, und wird schon von diesem Zeitpuncte an auf den Willen wirksam. Und in diesem Sinne sagen wir, wir haben Eigenthumsrecht an Sachen, hinsichtlich derer wir momentan doch nicht den Schutz der Rechtsordnung anrufen können, weil uns Niemand in der Verfügung über sie stört, wir sagen, wir haben Forderungsrechte, wenngleich wir dermalen nichts fordern und nichts erzwingen können.

Welcher Art aber die einzelnen Thatsachen sind, auf Grund derer das Recht als Gedachtes entsteht, darüber lassen sich keine allgemeinen Bestimmungen angeben, es kann nur auf das über die juristischen Thatsachen überhaupt des Näheren Ausgeführte und auf den besonderen Theil verwiesen werden. Insbesondere ist auch die Ersitzung kein allgemeiner Entstehungsgrund von Rechten, wie die ältere Theorie annahm und auch das a. b. G. als Theorem hinstellt, wenn es (§ 1455)

---

[1]) Thatsächlich wirksam wird es, wenn und insoferne zufolge rechtlichen Gebotes das was sein soll freiwillig erfüllt wird.

[2]) Schey, Grünhut's Zt. VII, S. 768: „Das Eigenthumsrecht erscheint .. als der Inbegriff einer unendlichen Menge (negativer — und wie ich einschalten möchte: möglicher —) Ansprüche"; ibid. IX, S. 362: „Der Inbegriff der zur Sicherung der Erlangung eines Gutes durch fremde »Leistung« gegeben — möglichen — Ansprüche macht das einzelne Forderungsrecht aus."

[3]) Auch der concrete Anspruch auf Sicherstellung hat eine Rechtsverletzung zur Voraussetzung. Freilich ist die Sicherstellung darum verordnet, damit die Hauptverbindlichkeit nicht verletzt werde: aber sie ist hiemit selbst eine Verbindlichkeit geworden, und nur dann kann ich sie rechtlich erzwingen, wenn sie nicht freiwillig erfüllt wurde, somit eine Verletzung des Sicherstellungsrechtes erfolgte. Auch der schlummernde Anspruch auf Sicherstellung kann jedoch als in dem Collectivbegriff der möglichen Ansprüche, des subjectiven Rechtes, schon inbegriffen gedacht werden.

sagt: „Was sich erwerben lässt, kann auch ersessen werden", ein Satz, dessen Consequenzen auch das a. b. G. selbst nicht zu ziehen unternimmt.[4]) Die Erörterung der Frage, welche Rechte ersitzbar sind, muss dem besonderen Theile vorbehalten werden. Schon aber hier sei betont, dass nach unserer Rechtsauffassung und auch nach Inhalt der gesetzlichen Bestimmungen[5]) überhaupt nur bei Vermögensrechten eine Ersitzung in Frage kommen kann.

β_2. Das Nebeneinandbestehen subjectiver Rechte.

§ 111.

Wenn die Rechtsordnung die Wirkungen, die sie an Thatsachen knüpft, anerkannt und gesichert wissen will, muss sie dieselben vor Allem auch selbst anerkennen: die einzelnen Rechte werden ihr selbst wieder Thatsachen mit Hinblick auf das Entstehen neuer Rechte. Und so ist es allerdings möglich, dass ein Rechtsverhältnis eine Rechtsquelle neuer Rechtsverhältnisse, neuer Rechte wird, selbe gleichsam aus sich heraus setzt; allein ebenso kann das bestehende Recht auch Hindernis werden für das Entstehen neuer Rechte, soferne die neuen Thatsachen nicht stärker sind als das alte Recht und so dieses vernichten.

In diesem Sinne können Rechte collidieren, dass sie in ihrem Entstehen oder ihrer Fortdauer sich hindern, dass ein Recht die Entstehung eines anderen hintanhält, oder dass derselbe Thatbestand, der ein neues Recht schafft, hiedurch zugleich das alte vernichtet. Aber stehen sie sich einmal als existierend gegenüber, so ist eine Collision begrifflich undenkbar, da eben das neue Recht nur dann und nur insoferne entstehen kann, als es mit einem fortbestehenden Rechte nicht collidiert.

Was man gemeiniglich als Collisionsfälle aufzuzählen versucht, erscheint nur vom Standpuncte der herrschenden Theorie über den Begriff der Ausübung des Rechtes als Collision. Wenn im Sachgenusse die Rechtsausübung liegt, dann ist überall dort, wo die factische Genussmöglichkeit geringer ist als die Mehreren vermeintlich gewährte Genussmöglichkeit, eine Collision von Rechten vorhanden. Und so ergibt sich

[4]) Vgl. Unger II, § 104, S. 260 ff.

[5]) Das Gesetz (§ 1458) erachtet es mit Hinsicht auf die Bestimmung des § 1455 für nöthig, ausdrücklich zu betonen, dass „die Rechte eines Ehegatten, eines Vaters, eines Kindes und andere Personenrechte . . kein Gegenstand der Ersitzung" sind.

als scheinbarer Hauptfall der Collision von Rechten jener, wenn an einer Sache mehrere Pfandrechte entstanden sind, während der Werth der Pfandsache nicht ausreicht zur Befriedigung der Forderungen, welche durch die Pfandrechte gesichert werden wollten, und sohin der, wenn dingliche Partialrechte auf Sachgenuss resp. -Benützung in einem Umfange bestellt wurden, der die factische Fähigkeit der Sache, Object des Genusses zu sein, überschreitet.[1])

Dieselbe Sache kann hundert Personen verpfändet werden, das Object, welches 1000 werth ist, kann Pfandobject werden für Forderungen auf 100000. Kein Pfandrecht hindert die Entstehung des folgenden: aber auch kein Pfandrecht hindert die Ausübung dieser später entstandenen; auch jeder spätere Pfandgläubiger kann die Sache von dritten Nichtspeciellberechtigten zur Sicherung der Veräusserungsmöglichkeit heranziehen, ja selbst das Veräusserungsverfahren thatsächlich einleiten (wenngleich diess schon nicht mehr zur Ausübung des Pfandrechtes gehört). Seine Beschränkung ist nur eine thatsächliche, greift nur soferne Platz, als der Erlös nicht zureicht zur Befriedigung Aller; würde sich ein Liebhaber finden, der für das 1000 Gulden werthe Haus 100000 Gulden gäbe, so würde sofort die „rechtliche Beschränkung" verschwinden. Das Recht des Pfandgläubigers aber, aus dem an die Stelle der Sache Tretenden, dem Gelderlöse, Befriedigung seiner Forderung zu suchen, ist überhaupt gar nicht ein integrierender Theil seines Pfandrechtes, das an der Sache bestanden hatte. An Stelle des Pfandrechtes an der Sache tritt das Recht — auf den Erlös?[2]) nein darauf, jedem Dritten zu verwehren, dass er die Möglichkeit, die sich etwa ergab, die Forderung zu befriedigen, vereitle. Gegen die vorhergehenden Pfandgläubiger aber konnte dieses Recht, soferne ihnen hiedurch die Befriedigung der eigenen Forderung verwehrt werden sollte, von Anbeginn gar nicht, gegen die gleichberechtigten Pfandgläubiger von Anbeginn an nur theilweise existent werden, und darin liegt die Ursache, warum bei factischer Unzulänglichkeit des Erlöses die thatsächliche Befriedigung ganz oder theilweise unmöglich wird.[3])

[1]) Vgl. z. B. Unger I, § 70, S. 627.

[2]) Von der „Verwandlung des Pfandrechtes" wird erst im besonderen Theile gehandelt werden.

[3]) Ähnlich ist das Verhältnis, wenn von Anfang an nur eine Summe Geldes Pfandobject war. Gegen vorhergehende Pfandgläubiger kann das absolute Recht, sie von der Befriedigung aus dem Erlöse auszuschliessen, von Anfang an wegen ihres Rechtes nicht existent werden. Natürlich aber wird es, da es ein absolutes Recht ist, auch gegen sie sofort wirksam, wenn deren ihm entgegenstehendes Pfandrecht nachträglich erlischt

Nicht bestehende Rechte collidieren mitsammen, sondern bestehende Rechte verhindern, dass neue Rechte gegen gewisse Personen entstehen.

Ähnlich ist das Verhältnis bei angeblich collidierenden dinglichen Rechten.

Wollte man im Genuss die Ausübung des dinglichen Rechtes erblicken, so würde jede Servitut eine Collision mit dem Eigenthumsrechte herbeiführen. Durch die blosse Entstehung der Servitut aber wird das Recht des Eigenthümers beschränkt und, wo mehrere Servituten gleichen Inhaltes nebeneinander bestehen, konnte jede spätere Servitut gegen den bei ihrer Entstehung bereits vorhandenen Servitutsberechtigten von Anfang gar kein Verbot, durch eigenen Genuss innerhalb der Schranken seines Rechtes die Genussmöglichkeit des Neuberechtigten zu stören, hervorrufen.

Wollte man in allen diesen Fällen, von der irrigen Auffassung über den Begriff der Rechtsausübung ausgehend, eine Collision von Rechten annehmen, so müsste man auch von einer Collision von Rechten sprechen, wenn zwei Personen von einer dritten je 10 Gulden zu fordern haben, diese aber nur 5 Gulden besitzt, und eine weitere Consequenz würde sein, dass die Rechtscollision erlischt, wenn der Gemeinschuldner so vorsichtig ist, rasch in die Schänke zu gehen und die fünf Gulden zu vertrinken.

Rechte können sich somit in ihrem Entstehen, d. i. in der Art wie sie zum Bestehen kommen, oder ihrem Erlöschen, beziehungsweise in der Art, wie sie bestehend bleiben, beeinflussen, sie können sich aber, wenn sie entstanden sind und bestehen, nicht in ihrer rechtlichen Ausübung beschränken, da sie nur soweit entstehen und bestehen können, als sie sich nicht beschränken.

Wol aber erlöschen gewisse Rechte eo ipso, wenn sie mit gewissen anderen Rechten in der Hand desselben Berechtigten sich vereinigen, dann nemlich, wenn der Zweck, zu dessen Realisierung sie bestehen, durch diese Vereinigung gänzlich hinfällig wird; es erlöschen nemlich die Partialrechte, wenn sie dem Totalberechtigten zufallen oder dem Partialberechtigten die Totalberechtigung zufällt. Es sind diess Fälle der Confusio, von welcher noch im nächsten Abschnitte wird zu handeln sein.

(sei es durch Zahlung, sei es durch Verzicht). Wollte man, so oft der Pfandgläubiger nicht völlige Befriedigung zu finden vermag, von einer Beschränkung des Pfandrechtes reden, so müsste man diess ebenso dort, wo zwar nur ein Pfandgläubiger ist, aber der Werth des Pfandes die Höhe der Pfandforderung nicht erreicht.

γ_2. Erlöschung des subjectiven Rechtes.

§ 112.

Das oben (§ 110) hervorgehobene Verhältnis zwischen dem subjectiven Rechte als der ideellen, gedachten Einheit verschiedener Befugnisse[1]) und diesen concreten einzelnen Befugnissen muss auch bei der Frage nach der Erlöschung des subjectiven Rechtes im Auge gehalten werden.

Das subjective Recht erlischt, wenn die rechtliche Aussicht auf Ausübung aller einzelnen concreten Befugnisse aufgehört hat. Diess kann mit einem Schlage durch ein Factum geschehen (z. B. Untergang der Sache, an der das dingliche Recht bestand, Zahlung der Forderung), oder aber indem jede einzelne Befugnis einzeln entfällt. So lange in letzterem Falle noch die Aussicht auf Ausübung einer oder der anderen Befugnis besteht, so lange besteht auch noch das subjective Recht; in dem Augenblicke aber wo auch die letzte Aussicht auf Ausübung eines rechtlichen Zwanges erlischt, erlischt auch das Sollen selbst als rechtlicher Factor, denn nur durch den in irgend einer Richtung in Aussicht gestellten Zwang ist ja das Sollen ein rechtliches Sollen.

Von diesem Gesichtspuncte aus ist auch die Frage nach dem Verbleiben oder der Möglichkeit eines sogenannten natürlichen Rechtsverhältnisses, speciell bei Obligationen, einer sogenannten naturalis obligatio zu beurtheilen. Wo nemlich bei einer Obligation die wichtigsten Einzelnbefugnisse, nemlich die Klagebefugnisse, erloschen sind oder nie existent wurden, aber doch durch die Rechtsordnung die Möglichkeit geboten ist, in anderer Weise unter gewissen Umständen rechtlich ein fremdes Handeln oder Unterlassen zu erzwingen, da nennen wir die in so beschränkter Weise rechtlich unterstützte Verpflichtung eine naturalis obligatio im Gegensatze zur civilen, d. i. klagbaren Obligation.[2])

---

[1]) Das Wort Befugnis wird hier nicht in dem oben § 107 N. 5 besprochenen Sinne (= rechtliche Möglichkeit über den Rechtsinhalt zu disponieren) genommen, sondern als die auf Grund eines allgemeinen Thatbestandes gewährte Möglichkeit, im Falle einer concreten Rechtsverletzung einen concreten Anspruch zu erheben. Die Befugnis in diesem Sinne verhält sich zum concreten Anspruche, wie das subjective Recht zur Summe aller aus ihm als gedachter Quelle sich ableitenden Ansprüche.

[2]) „Aus mehreren gelegentlich gemachten Äusserungen ergibt sich, dass die Redactoren unempfindlich waren gegen den Unterschied der Ungiltigkeit und der blossen Unklagbarkeit eines Geschäftes, dass sie vielmehr eine naturalis obligatio, z. B. ein mündliches Schenkungsversprechen, für

Wo jede Möglichkeit ein Sollen zu erzwingen entschwunden ist, da kann auch von einer Naturalobligation[3]) keine Rede mehr sein.[4])

Eine allgemeine Behandlung der Erlöschungsgründe eines Rechtes wäre ebensowenig gerechtfertigt, ja durchführbar, als eine solche der Entstehungsgründe (vgl. § 110).

Nur ein allgemeiner Gesichtspunct, welcher aus der Natur und dem Zweck des Rechtes sich ergibt, kann geltend gemacht werden.

---

ungiltig hielten. Aber diese Lehrmeinung ist mit § 1432 ganz unvereinbar, man wird ihr daher kein Gewicht beilegen können" (Pfaff, Grünhut's Zt. I, S. 451).

[3]) Aus der Literatur: Weber, Systematische Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit, 1784 (zuletzt 1825); Lelièvre, Quid est obligatio naturalis ex sententia Romanorum, Lyon 1826; Franke, Civ. Abh. 1826, S. 66 ff.; Reinhardt, Vermischte Aufsätze, 3. Heft 1827, Die röm. Lehre von der Verbindlichkeit im Allgemeinen und der natürlichen Verbindlichkeit insbesondere; Büchel, Civilr. Erört. I, 1836, N. 1, S. 57 ff., Unterholzner, Schuldverhältnisse, 1840, §§ 6—9; Pfordten, De obligationis civilis in naturalem transitu, Leipzig 1843; Christiansen, Zur Lehre von der naturalis obligatio und der condictio indebiti, Kiel 1844; Flach, Über die Lehre der naturalis obligatio des mit Unrecht freigesprochenen Schuldners, Zt. f. Civilr. u. Pr. XIX, 1847; Holtius, Abhandlungen civil. und handelsr. Inhalts, N. 1 1845, übers. von Sutro, 1852; Erxleben, Die condictiones sine causa, 1850, I, S. 118—152; Savigny, Obl. Recht I, § 5—14, 1851; Brinz, Krit. Blätter III, 1852, S. 12—60; Bekker, Über Naturalobligationen, Jahrb. d. gem. R. IV, 1860, N. XI, S. 386—407 (derselbe auch Zt. f. Rechtsgesch. IX, S. 400 ff.); Schwanert, Die Naturalobligation des röm. Rechts, Göttingen 1861, 496 S. (hiezu Scheurl, Kr. VJS VI, 1864, S. 489—530) mit ausführlichen Literaturangaben; Scheurl, Die röm. Naturalobligationen, Jahrb. f. Dogm. VII, 1865, N. VI, S. 318—355 (derselbe auch Heidelb. kr. Zt. I, 1853, S. 506—517); Lascovicz, De vi ac natura obligationis naturalis deque nonnullis quaestionibus ab ea pendentibus, Diss., Berlin 1870, 136 S.; Grawein, Verjährung und gesetzliche Befristung, 1880, I, S. 141—162; Boucher, Des Obligations naturelles, en droit romain et en droit français, Arras 1881; Pfersche, Die Bereicherungsklagen, 1883, S. 130 f. und Beilage I, Die Naturalobligationen S. 185—195; Wildhagen, Jahrb. f. Dogm. XXI, 1883, S. 18, 19; Wächter, Würt. Pr. II, S. 480—482; Vangerow I, §§ 146—151; Windscheid II, §§ 287—289; Arndts § 217; Brinz I, §§ 113, 114, II, §§ 219—223; Unger II, S. 437 f.; Kirchstetter S. 733; Hasenöhrl, Obl. I, § 2.

[4]) „Erst wenn man . . ein Verhältnis gefunden hat, welches zwar nicht geeignet ist, um aus demselben eine wirksame Klage durchzusetzen, das aber einzelne oder einige rechtliche Wirkungen äussert, die sonst nur klagbaren Obligationen zu eigen sind, so mag man diese Verhältnisse Naturobligationen nennen und hiedurch auch für das System eine Kategorie schaffen, in welche derartige Verhältnisse gemeinsam untergebracht werden." Wildhagen, Jahrb. f. Dogm. XXI, 1883, S. 18, 19.

Da der Zweck des Rechtes darin liegt, ein fremdes Handeln oder Unterlassen zunächst durch die Autorität des Rechtssatzes und die Androhung des Zwanges, erforderlichen Falles aber durch den wirklichen Zwang zu bewirken, so erlischt das Recht, wenn die durch das Recht bezweckte Erzwingung eines fremden Handelns in der verpönten Richtung unmöglich[5]), oder schon kraft eines anderen Rechtes, in dessen Umfang das fragliche Recht zur Gänze hineinfällt, rechtlich erzwingbar wird.

Daher erlischt das dingliche Recht mit dem Untergange der Sache, das relative Recht auf eine persönliche, passiv unübertragbare Leistung mit dem Tode der Verpflichteten, das activ unübertragbare Recht mit dem Tode des Berechtigten, ferners das absolute Partialrecht (z. B. die Servitut an einer Sache, der Niessbrauch an einer Forderung), wenn es mit dem Totalrechte in derselben Person sich vereint, das relative in activer oder passiver Richtung übertragbare Recht (z. B. das Forderungsrecht auf eine Darleihensrückzahlung), wenn die Verpflichtung und das Recht in einer Person zusammentreffen, d. i. entweder das Recht auf den Verpflichteten oder die Verpflichtung auf den Berechtigten übergeht, ferners das relative, in passiver Richtung übertragbare Recht auf eine Leistung, wenn die Verpflichtung zur selben auf eine Person übergeht, welche zu einer in jeder Hinsicht identischen Leistung oder zu einer sie involvierenden Leistung verpflichtet ist, beziehungsweise wenn deren Verpflichtung an jene Person übergeht (z. B. Schuld und Bürgenpflicht sich vereinen); in allen diesen letzteren Fällen aber nur dann, wenn wirklich das eine Recht durch ein anderes gleiches oder weiteres gegenstandslos geworden ist, während dort, wo es nicht völlig in den Rahmen des anderen hineinfällt, noch eine practische Spitze behält, diese Erlöschung keineswegs unbedingt erfolgt.[6])

Jene der erwähnten Fälle, in denen ein Partialrecht durch Vereinigung in einem Totalrechte aufgeht, oder in denen die Person des Berechtigten mit der des Verpflichteten zusammenfällt, sich vereint, werden mit dem gemeinsamen Ausdrucke „Vereinigung" oder „Confusio"[7]) bezeichnet.

---

[5]) Hieher gehört auch der Fall, wenn Recht und Verpflichtung in einer Person zusammenfallen.

[6]) Dieses Moment ist es, das § 1445 a. b. G. mit dem allerdings nicht ganz zutreffenden Ausdrucke „wenn Verhältnisse von ganz verschiedener Art eintreten" bezeichnen will.

[7]) Aus der Literatur: Julianus Witkowski, De confusione obligationum, Diss., Berlin 1867, 56 S.; Girtanner, Bürgschaft S. 504; Unter-

Als allgemeiner Erlöschungsgrund von Rechten wurde, durch lange Zeit wenigstens, auch die Verjährung,[8]) als Erlöschen eines Rechtes durch Ablauf einer bestimmten Zeit, bezeichnet.

Die Auffassung des subjectiven Rechtes als des Primären, dem die einzelnen Befugnisse entspringen, und die weitere Supposition, dass alle Rechte durch Verjährung erlöschen können, hat zu dieser gänzlich verfehlten,[9]) heutzutage (wenn auch nur in Erkenntnis der Unrichtig-

holzner, Schuldverhältnisse I, § 262, Kuntze, Obligation, § 51; Fitting, Correalobligation § 17—21; Baron, Gesammtrechtsverhältnisse § 30—32.

[8]) Aus der Literatur: Scheidlein, Über Verjährung und Ersitzung, Miscellen V, 1822; Winiwarter, Die Verjährung nach dem ö. bgl. R., Materialien VIII, 1825 N. 1; Unterholzner, Die Lehre von der Verjährung durch fortgesetzten Besitz, 1815; Unterholzner, Ausführliche Entwickelung der gesammten Verjährungslehre aus den gemeinen in Deutschland geltenden Rechten, 2 Bde., 1828, 2. Aufl. (v. Schirmer bearb.) 1858 (daselbst Nachweisung der älteren Literatur); Guyet, Über die Wirkung der Klageverjährung auf das der Klage zu Grunde liegende Recht, Archiv f. civ. Pr. XI, 1828, N. V, S. 62—91; Pachmann, Die Verjährung nach dem a. b. G. in Österreich, Wien 1833, 133 S. (rec. Minasiewicz, Z. f. ö. R. 1833, III, S. 355—373); Castelli, Della prescricione e dell' usucapione secondo il codice civile univ. austriaco, 1839; Perthaler, Die Theorie der Verjährung, Z. f. ö. R. 1842, II, N. 30, S. 29—64; Unger, Sächs. Entwurf, 1853, S. 93—100; Demelius, Untersuchungen aus dem röm. Civilrecht I, 1856; Bekker, Über die Wirkung der Klagenverjährung, Jahrb. d. gem. R. IV, 1860, N. XII, S. 408—441; Schindler, Das Handelsgesetzbuch und die Verjährung des Klagerechtes, Ö. VJS XII, 1864, N. V, S. 145—152; Zrodłowski, Die Verjährung nach öst. Recht (Habil. Schrift von 1866, hsg. 1878) 132 S. (hiezu GH 1879, N. 51; vgl. auch desselben Autors Artikel: Zur Lehre von der Nativität der Klage als Voraussetzung der Verjährung im Archiv f. civ. Pr. LII, 1869, N. XIV, S. 358—372 und Untersuchungen aus dem österr. Civilr. 1872, S. 1—7: Bestimmung des Verhältnisses zwischen der Ersitzung und der Verjährung); Strohal, Unverjährbare Klagen nach österr. Recht, GZ 1874, N. 13, 14; Grawein, Verjährung und gesetzliche Befristung, Eine civil. und wechselr. Untersuchung mit bes. Rücksicht auf das ö. R., I. Civilrechtliche Grundlegung, Leipzig 1882, 232 S. (hiezu Strohal in Grünhut's Zt. VIII, 1882, S. 61—77, Krasnopolski, Kr. VJS XXIII, 1881, S. 354—363, Ehrenberg, Zt. f. Handelsr. XXVII, 1882, S. 308—312); Schwalbach, Gesetzliche Befristung und Verjährung, Jahrb. f. Dogm. XX, 1882, N. VI, S. 265—284; Rudorff, Die deutschen Klagenverjährungsgesetze, Düsseldorf 1883; Savigny V, §§ 237—255 und IV, §§ 195—201; Windscheid I, §§ 105—113; Roth, D. Pr. I, §§ 87, 88; Unger II, §§ 104, 119—122; Schiffner I, §§ 136, 146.

[9]) Sie führt dahin, „Institute, welche principiell verschiedener Natur sind, nach gleichen Rechtsregeln zu beurtheilen, Bestimmungen, welche nur für das eine Institut gelten, in ungerechtfertigter Weise auf das andere zu übertragen, und dem Zeitlauf . . einen Einfluss auf die Erwerbung und

keit des letzteren Umstandes und der totalen Verschiedenheit der einzelnen als Verjährung zusammengefassten Fälle) allgemein aufgegebenen Generalisierung geführt. Das a. b. G. jedoch steht noch auf dem Standpuncte, dass es die Verjährung als einheitliches Institut, als allgemeinen Grund der Erlöschung von Rechten behandelt.[10]) In dem von den angeblich „gemeinschaftlichen Bestimmungen der Personen- und Sachenrechte" handelnden dritten Theile werden im dritten Hauptstücke die Bestimmungen über die „Aufhebung der Rechte und Verbindlichkeiten" im Allgemeinen erörtert; „auf welche Art sie durch die von dem Gesetze bestimmte Verjährung aufgehoben werden, wird in dem folgenden Hauptstücke festgesetzt" (§ 1449). Dieses folgende vierte Hauptstück: „Von der Verjährung und (— der vermeintlich eine Unterart derselben bildenden —) Ersitzung trägt in § 1451 eine generelle Definition des Institutes der Verjährung an seiner Spitze: „Die Verjährung ist der Verlust[11]) eines Rechtes, welches während der von dem Gesetze bestimmten Zeit nicht ausgeübt wird", woran sich die Einordnung des vermeintlichen Subbegriffes der Ersitzung reiht: „Wird das verjährte Recht vermöge des gesetzlichen Besitzes zugleich auf Jemand Anderen übertragen,[12]) so heisst es ein ersessenes Recht

den Untergang von Rechten in einem Umfang einzuräumen, der weitaus die Grenzen überschreitet, in welchen je das positive Recht eine Veränderung in Rechten als Folge des Zeitlaufs anerkannt hat" (Unger II, § 104, S. 258).

[10]) Vgl. Unger II, § 104, N. 14.

[11]) „Wie man . . so häufig den Ausdruck Veränderung gebraucht, um das Anderssein (das Andersgewordensein), nicht bloss das Anderswerden zu bezeichnen, so verwechselt man häufig auch in Ansehung des Ausdrucks Verjährung die Ursache mit der Wirkung und definiert . . die Verjährung als den Erwerb oder Verlust eines Rechtes, während sie doch nur eine Erwerbungs- oder Erlöschungsart von Rechten ist" (sc. eine Erwerbs- oder Erlöschungsursache). Unger II, § 104, N. 5.

[12]) Man könnte hieraus schliessen, dass die Redactoren des a. b. G. die Auffassung jener Rechtslehrer theilten, welche in dem Verluste des Rechtes das Primäre, Wesentliche der Verjährung, im Erwerbe für einen Dritten das Secundäre erblickten, während nach der Meinung Anderer das Wesen der Verjährung im Erwerbe eines Rechtes, oder doch eines rechtlichen Vortheiles, bestehen sollte, der nur vom Verluste eines solchen für einen Dritten begleitet ist. Die Einen gingen, um den Begriff der Verjährung mit dem der Ersitzung zu verbinden, von der Verjährung, die Anderen von der Ersitzung aus, und so mussten sie im vermeintlichen Vereinigungspunct feindlich aneinanderprallen. Vgl. Unger II, § 104, N. 4, Mit Recht wird aber betont, dass der § 1452 „nur die Bedeutung habe das begriffliche, nicht aber das ursächliche Verhältnis der Verjährung zur Ersitzung" darzustellen (Unger II, § 104, N. 19; vgl. auch Winiwarter V. S. 136; ferner §§ 589, 590 WGGB III).

und die Erwerbungsart Ersitzung" (§ 1452).[13]) In § 1479 wird sohin als angeblich generelle Regel aufgestellt: „Alle Rechte gegen einen Dritten .. erlöschen .. in der Regel längstens durch den dreissigjährigen Nichtgebrauch oder durch ein so lange Zeit beobachtetes Stillschweigen." Das Gesetz führt aber diese seine Regel ebenso wenig practisch durch, wie die generelle Regel des § 1455 hinsichtlich der Ersitzung (vgl. oben § 110).

Auch hier ist zu betonen, dass überhaupt nur bei Vermögensrechten eine Verjährung in Frage kommen kann; § 1481 statuiert ausdrücklich die „Ausnahme", dass „die in dem Familien- und überhaupt in dem Personenrechte gegründeten Verbindlichkeiten, z. B. den Kindern den unentbehrlichen Unterhalt zu verschaffen .. nicht verjährt werden" können. Aber auch hinsichtlich der Vermögensrechte ist die Erlöschung eines Rechtes wegen Ablauf einer bestimmten Zeit, die Verjährung in diesem Sinne der älteren Doctrin, durchaus kein allgemeines und noch weniger ein einheitliches Institut.

Bevor auf die Erörterung der Frage, welche Vermögensrechte überhaupt der Verjährung unterliegen, eingegangen wird, soll jedoch noch eine andere Frage kurz berührt werden, welche für die Entscheidung der ersteren von Bedeutung ist.

Man pflegt nemlich zwischen einer Verjährung der Rechte und einer Verjährung der Ansprüche beziehungsweise Klagen zu unterscheiden, und diese beiden Kategorien in der Weise einander gegenüber zu stellen, dass die Verjährung des Rechtes als Folge der Nichtausübung dessen, was die herrschende Lehre als den Rechtsinhalt bezeichnet, also des Genusses i. w. S., eintrete, während die Klagenverjährung resp. Anspruchsverjährung die Unterlassung der Klagsanbringung zur Voraussetzung habe, wobei allerdings auch die weitere Wirkung, dass nunmehr in Folge der Klagenverjährung das ganze Recht erlösche, eintreten könne.[14])

[13]) Schon Schuster (Z. f. ö. R. 1830, II, S. 53) wies darauf hin, dass nur die Ersitzung eines schon für einen Dritten bestehenden Rechtes (usucapio translativa) nicht auch die eines erst durch die Ersitzung existent werdenden Rechtes (usucapio constitutiva) unter diese Definition der Ersitzung fiele.

[14]) Vgl. z. B. Unger II, § 104, S. 275, welcher annimmt, „dass der Verlust eines Rechtes durch Nichtgebrauch, d. h. durch Nichtgeltendmachung des materiellen Rechtsstoffs . . . bei Dienstbarkeiten und auf Grund und Boden radicierten Rechten stattfinde". Vgl. hiezu ibid. II, § 104, S. 274: „Was das Pfandrecht anbelangt, so geht dasselbe durch noch so lange Nichtausübung nicht verloren . . . dagegen geht die Pfandklage . . durch Versäumung ihrer Anstellung während einer gewissen Zeit verloren, und dieser Untergang der Pfandklage hat auch den Untergang des Pfandrechts zur Folge."

Allein so wenig im Genusse die Rechtsausübung liegt, so wenig ist die Unterlassung desselben eine Versäumnis der Rechtsausübung, die Ursache eines Rechtsunterganges durch Verjährung. Es kann allerdings sein, dass gewisse Handlungen nur in einem bestimmten Zeitraume vorgenommen werden können, weil nach Ablauf desselben das Recht zu ihrer Vornahme eo ipso erlischt, weil es von Anfang an, sei es durch Parteidisposition, sei es durch eine gesetzliche Präclusivfrist,[15]) beschränkt ist, hier ist aber nicht die Nichtvornahme Ursache eines Erlöschens, hier kann man überhaupt von keiner Verjährung sprechen.

Wol aber kann es sein, dass nur ein einzelner Anspruch verjährt, während andere Anspruchsmöglichkeiten, welche mit diesem verjährten Anspruche zusammen den Inhalt des subjectiven Rechtes ausmachen' hiedurch unberührt bleiben; oder aber, dass das Recht nur aus diesem einen verjährten Anspruche besteht, beziehungsweise, dass alle Anspruchsmöglichkeiten, welche den Rechtsinhalt bilden, durch Verjährung entfallen.

In diesen letzteren Fällen werden wir allerdings berechtigt sein, zu sagen, es erlösche das Recht selbst in Folge einer Verjährung, während doch anderseits wird festzuhalten sein, dass es die einzelnen concreten Ansprüche sind, welche verjähren, und nicht das Recht als gedachte Einheit.

Man könnte vielleicht gegen die Hervorhebung des Erlöschens des Rechtes den § 1432 a. b. G. heranziehen, gegen die Auffassung, dass stets die einzelnen Ansprüche das Verjährende sind, auf scheinbar im Gesetze gemachte Unterscheidungen hinweisen.

Was den ersteren Einwand beträfe, so würde er darin bestehen, dass man aus der Bestimmung des § 1432 a. b. G., es „können Zahlungen einer verjährten Schuld" nicht „zurückgefordert werden", schliessen könnte: ergo besteht die Schuld noch zu Recht, ist das Recht noch nicht ganz erloschen, fristet noch als naturalis obligatio sein Dasein. Dieser Schluss aber wäre meiner Ansicht nach nur in dem Einen verfehlt, dass er nicht weit genug gienge. Denn der Ablauf der Verjährungszeit hat an sich noch gar keine Wirkung, auch der Anspruch, für den die Verjährungsfrist abgelaufen ist, kann trotzdem noch immer erhoben und auch wirksam durchgeführt werden, wenn der Gegner die Verjährung nicht einwendet (§ 1501). Es hängt vom

[15]) Präclusivfristen sind z. B. die Fristen der §§ 156—159, 201, 259, 384, 862, 1075, 1082, 1084, 1141, 1290, 1321 a. b. G. Vgl. Unger II, § 104, S. 277, § 121, N. 17.

freien Ermessen des Gegners ab, ob er die Verjährung geltend machen wolle, nur wenn er sie geltend macht, greifen ihre Wirkungen Platz. Hat er aber gezahlt, dann gestattet ihm die Rechtsordnung, insoweit er gezahlt hat, überhaupt nicht mehr, auf die Verjährung sich zu berufen, und etwa auf die seiner condictio indebiti entgegengesetzte Anführung des debitum mit der Verjährung zu repliciren. So lange die Verjährung[16]) nicht geltend gemacht ist, ist noch gar nicht verjährt, wird sie aber geltend gemacht, so wirkt die Geltendmachung ex tunc. Die Zahlung jedoch hat die Wirkung des Verzichtes auf die Geltendmachung der Verjährung, durch die Zahlung wird klar, dass eine Schuld, welche hätte als verjährt behandelt werden können, nicht als verjährt behandelt wird, überhaupt nicht verjährt ist.

Was aber den zweiten gedachten Einwand betrifft, so ist es richtig, dass das Gesetz in einzelnen Fällen von einem Erlöschen des Rechtes, in anderen von einem Erlöschen der Forderung, der Klage spricht (vgl. die §§ 933, 967, 982, 1111, 1487 a. b. G.), aber auch hier wird das gelten müssen, was Unger (II, § 104, N. 79) in treffender Weise hinsichtlich des Unterschiedes von Präclusivfrist und Verjährung ausführt: „Auf die Satzbildung kann man sich zur Lösung dieser .. Frage nicht verlassen .. und diess für das österr. Gesetzbuch um so weniger, als die Verfasser desselben sich die fragliche Verschiedenheit nicht klar gemacht haben und daher denselben Gedanken abwechselnd in verschiedenen Formen aussprechen."

Es wird somit in jedem einzelnen Falle zu untersuchen sein, ob alle möglichen Ansprüche verjährt sind, welche Anspruchsmöglichkeiten

[16]) Auch die Geltendmachung der Verjährung wirkt nur für den einzelnen Rechtsstreit hat der Geklagte in einem Rechtsstreite sich auf die Verjährung berufen, in einem connexen Rechtsstreite aber nicht, so wird in dem einen der Anspruch als verjährt, in dem anderen der Anspruch als nicht verjährt behandelt werden können. Nicht um reale Existenzen handelt es sich, die nur entweder sein oder nicht sein könnten, sondern darum, wie ich mir ein Causalverhältnis denken soll — und das kann ich mir das einemal so, das anderemal anders denken; jetzt können Thatsachen vorliegen, welche mich nöthigen den Anspruch als erloschen zu bezeichnen, Tags darauf solche, welche mich nöthigen ihn als bestehend zu bezeichnen, und am dritten Tage vielleicht wieder solche, welche mich zwingen, ihn neuerlich als erloschen zu behandeln. So kann der Beklagte auch dann, wenn er die Verjährung schon geltend gemacht hat, dennoch durch Zahlung wieder auf sie verzichten, gerade so wie er selbst nach gefälltem Urtheile auf die res judicata verzichten und den sachfälligen Gegner, trotzdem sein Anspruch als nicht zu Recht bestehend erklärt wurde, bezahlen, den Anspruch als zu Recht bestehend behandeln, und ihn als einen, der von Anfang an zu Recht bestand, erkennbar machen kann (vgl. § 128, N. 11).

etwa noch bestehen, und insbesondere auch ob der Anspruch nur in der Form des Angriffs oder auch in der der Vertheidigung erloschen ist.[17])

[17]) Näheres über diese Fragen bei Darstellung der Lehre von der Klage und Exceptio. Hier soll an dem obcitierten § 933 gezeigt werden, wie unberechtigt es wäre, aus der zufälligen Ausdrucksweise des Gesetzes verallgemeinernde Schlüsse zu ziehen. In § 933 wird gesagt, dass wer die Gewährleistung fordern wolle, d. i. nach § 932 wegen eines Mangels der behufs Erfüllung gewährten Sache gänzliche Aufhebung des Vertrages, Ergänzung, Schadenersatz fordern wolle, sein Recht binnen drei Jahren resp. (bei beweglichen Sachen) sechs Monaten geltend machen müsse: „sonst ist sein Recht erloschen". Hieraus könnte man nun vielleicht schliessen, dass der nach Ablauf dieser Frist auf seinerseitige Erfüllung Belangte sich nicht mehr auf die Mangelhaftigkeit der Sache berufen könne, denn „sein Recht ist ja erloschen". Aber erloschen ist nur der Anspruch auf Rückforderung des schon Geleisteten wegen Vernichtigung des Vertrages, auf vollständige Erfüllung, auf Schadenersatz. Ein Anspruch darauf, dass er nicht zu leisten habe, dass er weniger zu leisten habe als er versprochen hatte, stand ihm gar nie zu, er konnte zwar die Nichtigkeit des Vertrages durch Nichtigkeitsklage feststellen, aber die Unterlassung dieser Feststellungsklage hindert ihn nicht der seinerzeitigen Klage des Gegners auf Erfüllung die Mangelhaftigkeit entgegenzusetzen, zu sagen: „Du hast selbst noch gar nicht ordentlich erfüllt, daher kannst Du auch von mir nicht Erfüllung verlangen, erfülle zuerst Du, dann werde ich erfüllen, jetzt brauche ich höchstens zu erfüllen soweit Du geleistet hast" (§§ 1052, 1066 a. b. G.). Die Exceptio non adimpleti contractus ist gar keine technische „Exceptio", sie repräsentiert gar keinen Anspruch, sie gewährt dem Belangten nur die Möglichkeit, die Erfüllung seiner Verbindlichkeit hinauszuschieben. Darin liegt ihre Besonderheit, dass die erfolgte Erfüllung nicht an sich zum Klagfundamente des Klägers gehört, dass es dem Belieben des Belangten anheimgestellt ist, ob er sich auf die Nichterfüllung resp. mangelhafte Erfüllung berufen will. Aber wenn er sich darauf beruft, dann wird der Kläger auch beweisen müssen, dass er erfüllt habe, oder sich bereit erklären müssen, zu erfüllen, in welchem Falle der Richter ein bedingtes Verdict fällen wird: A ist schuldig, wenn B leistet. Ja der Kläger wird auch beweisen müssen, dass er vollkommen erfüllt habe, d. h. er wird beweisen müssen, dass die von ihm gelieferte Waare jene Fehler, die der Belangte rügt, nicht gehabt habe, dass er Mehl und nicht Kreide, Mennig und nicht Ziegelstaub geliefert habe. Und dieser Beweis wird dem Kläger an sich sehr leicht sein, da ihm ganz abgesehen vom Zeugnis seiner Bediensteten, als Beweismittel die Eidesdelation zu Gebote steht. Der vorsichtige Beklagte aber wird die Mängel durch Sachverständige constatieren lassen, sich den Gegenbeweis wahren, und auch der Kläger wird, wo er sich schuldlos wähnt, ein Interesse an der Untersuchung der Sache durch Kunstverständige haben. Diess ist aber auch der Grund, warum das HG, abweichend vom a. b. G., die „Einreden" aus der Mangelhaftigkeit der Sache nicht unbedingt fortbestehen lässt, sondern dem Belangten nur dann die Möglichkeit offen lässt, späteren Erfüllungsklagen die Berufung auf die Mangelhaftigkeit der Leistung des Klägers entgegenzusetzen, wenn er die Mängel „innerhalb sechs Monaten

Festzuhalten aber wird jedenfalls Eines sein, dass nemlich jede Verjährung eine Verjährung der Ansprüche ist, dass aber keineswegs jede Anspruchsverjährung ein gänzliches Erlöschen des Rechtes zur Folge hat.

Die Auffassung der Verjährung als einer Verjährung des Rechtes im Gegensatze zu einer Verjährung des Anspruches ist nur eine Consequenz jener Auffassung, welche in dem Rechte etwas Anderes als die Möglichkeit, gegebenen Falls Ansprüche im Angriffs- oder Vertheidigungswege geltend zu machen, welche im Geniessenkönnen den Inhalt des Rechtes erblickt.[18]) Da ist es dann allerdings naheliegend, von einer Verjährung des vermeintlichen Genussrechtes durch Nichtgeniessen zu sprechen, erforderlich zu betonen, dass „die Rechte eines Menschen über ... sein Eigenthum, z. B. ... seine Wiesen oder sein Wasser zu benutzen ... keiner Verjährung unterliegen.[19])

Wenn wir nun zur Betrachtung der einzelnen Vermögensrechtsverhältnisse, resp. der hinsichtlich ihrer bestehenden Anspruchsarten,

---

nach der Ablieferung" der Sache rügte. Nicht darin also weicht Art. 349 HG vom bgl. Rechte ab, dass es die „Einrede" aus dem Sachmangel länger bestehen lasse als die Klage, wie man gemeiniglich annimmt, sondern darin, dass es die Zulässigkeit der Berufung auf die Sachmangelhaftigkeit im Wege der Vertheidigung einschränkt, davon abhängig macht, dass dieser Mangel notificiert worden sei, während nach bgl. Rechte dem Beklagten diese Einwendung immer unbenommenen bleibt.

[18]) Aber auch durch die Lehrmeinungen der Redactoren, ja auch nicht durch in das Gesetz aufgenommene theoretische Lehrsätze sind wir gebunden; wenn wir an der Hand der einzelnen practischen Rechtssätze und der concreten Gestaltung der einzelnen Rechtsfälle zu anderen Distinctionen, einer anderen philosophischen Entwicklung und Gliederung der Begriffe gelangen, als welche das Gesetz aus seinen Anordnungen resultierend wähnt, dann ist die wissenschaftliche Behandlung an die theoretischen Emanationen des Gesetzgebers gewiss nicht gebunden. So wenig die Rechtsphilosophie einen positiven Rechtssatz derogieren kann, so wenig kann der Gesetzgeber der Wissenschaft eine bestimmte philosophische Construction der vom Gesetze in ihrer äusseren Wirkung abgegrenzten Rechtsverhältnisse aufzwingen.

[19]) Wenn man das Recht als das Verjährende betrachtet, das durch Nichtausübung erlischt, dann wäre es nur consequent, zu sagen, die Ausübung des Rechtes, also z. B. bei einer Forderung die Einmahnung, halte die Verjährung hintan, eine Auffassung, welche durch den blossen Wortlaut des Gesetzes nicht einmal widerlegt werden könnte, da sich § 1497 nur auf die Ersitzung (beziehungsweise die zu Folge der Ersitzung eintretende Erlöschung dinglicher Rechte) bezieht, und die massgebenden Gesetzesstellen im Allgemeinen nur von Nichtgebrauch, Stillschweigen, Nichtausübung sprechen (§ 1451, 1478, 1479, 1486).

übergehen, so muss vor Allem auf den einen Umstand hingewiesen werden, dass das a. b. G. hinsichtlich der dinglichen Rechte nirgend einen Unterschied zwischen Rechtsverjährung und Anspruchsverjährung, beziehungsweise Klagenverjährung hervorhebt, u. z., wie ich behaupte, darum, weil es überhaupt gar keine Verjährung hinsichtlich dinglicher Rechte kennt,[20]) und wenn es von einer solchen zu sprechen scheint, hiemit gemäss seiner Vermengung von Ersitzung und Verjährung, nur die Ersitzung des dinglichen Rechtes durch einen Dritten im Auge hat, welche allerdings die Erlöschung des ersessenen Rechtes für den früheren dinglich Berechtigten zur nothwendigen Folge hat. Und das Gesetz kann eine Verjährung der dinglichen Rechte mit Hinblick auf diese vernichtende Wirkung der Ersitzung einerseits und die Bestimmungen der §§ 367 und 456 anderseits auch thatsächlich vollkommen entbehren.

Allgemein anerkannt ist, und könnte bei dem Wortlaute des § 1459 auch kaum bestritten werden, dass (um nach der Auffassung der herrschenden Lehre zu sprechen) das Eigenthumsrecht als solches nicht verjährt, d. h. dass die Unterlassung des Genusses des Inhaltes des Eigenthumsrechtes dieses nicht aufhebt. Dadurch, dass ich meinen Wein noch so lange Zeit hindurch nicht austrinke, in meinem Bette nicht schlafe, aus meinem Becher nicht trinke, verjährt mein Eigenthumsrecht an ihnen nicht. Nicht so allgemein aber wird anerkannt, dass die Eigenthumsklage nicht verjähre,[21]) u. z. wird die Verjährung der Eigenthumsklage in der Weise behauptet, dass nur der Anspruch als Klage verjähre, jedoch die Möglichkeit offen bleibe, das Eigenthum im Wege der Einrede geltend zu machen,[22]) während die andere mögliche Auffassung, dass mit der Klageverjährung jede Möglichkeit, das Eigenthumsrecht geltend zu machen, entfalle, das Eigenthum selbst vernichtet werde, für das österreichische Recht mit Hinblick auf die Bestimmung des § 1459 a. b. G. keinen Vertreter gefunden hat. Allein wenn das Gesetz ausdrücklich erklärt, das Recht des Menschen „über sein Eigenthum", d. i. sein Eigenthumsrecht, verjähre nicht, und nirgend

---

[20]) Diese Ansicht wird, wenn auch aus keineswegs durchaus zutreffenden Gründen, von Zrodłowski, Die Verjährung nach österr. Recht, vertreten (vgl. S. 21). Vgl. auch Perthaler (unten N. 26).

[21]) Gegen die Verjährung der Eigenthumsklage Nippel, Erläuterungen IX, S. 76; Pachmann, Die Verjährung § 9, S. 22; Winiwarter V, S. 160 ff., 207 ff. und in den Materialien VIII, S. 1 ff.; Zrodłowski, Die Verjährung S. 21.

[22]) Diese Ansicht wird insbesondere von Unger II, § 122, N. 13 vertreten.

hinzufügt, es verjähre aber die Eigenthumsklage, so fehlt für uns absolut jede Berechtigung, eine solche Klageverjährung in das österreichische Recht darum hineinzutragen, weil sie nach gemeinem Rechte besteht.[23]) Der Gesetzgeber ist sich eines Unterschiedes zwischen der (angeblichen) Rechts- und der Klagenverjährung gar nicht bewusst, er kennt nur Erstere, in ihr umfasst er ungeschieden beides, und wenn er sie ablehnt, hat er in dem vermeintlichen Begriffe der Rechtsverjährung thatsächlich die Klagenverjährung abgelehnt. Wir können uns mit dieser Ablehnung auch vollkommen bescheiden, da keinerlei Bedürfnis nach einer Verjährung der Eigenthumsklage vorliegt. Für den rechtmässigen oder doch nur redlichen (§ 1477 a. b. G.) Besitzer genügt die Ersitzung; mit ihr erlischt eo ipso das Eigenthum des früheren Eigenthümers in seiner Totalität; wer redlicherweise eine Sache „in einer öffentlichen Versteigerung, oder von einem zu diesem Verkehre befugten Gewerbsmanne, oder gegen Entgelt von Jemandem an sich gebracht hat, dem sie der Kläger selbst anvertraut hatte", erwirbt eo ipso das Eigenthum (§ 367) und hiemit erlischt ebenfalls das

[23]) Diejenigen, welche bei dem Eigenthume und überhaupt den dinglichen Rechten Klageverjährung behaupten, bedienen sich einer ganz eigenthümlichen Argumentation: zuerst stützen sie sich auf § 1479 und behaupten, unter dem Ausdrucke Rechte seien auch die Klagen inbegriffen (z. B. Unger II, § 104, N. 77 a); dann aber, wenn das Gesetz von dieser allgemeinen Regel Ausnahmen macht, sagt, ein Recht verjähre nicht (z. B. §§ 1459, 1483), ist hier Recht im Gegensatze zur Klage zu verstehen, oder diese doch in jenem begrifflich nicht einbezogen. Nicht ohne Interesse ist es, mit §§ 1478, 1479 die Bestimmungen des WGGB (III, §§ 616, 617) zusammenzustellen: „Insofern jede Ersitzung eine Verjährung in sich begreift, werden beide in einem Zeitpuncte vollbracht. Zur eigentlichen Verjährung aber, nämlich zum Verluste eines Rechtes auf die Sache, oder zur Sache eines Dritten wegen Nichtgebrauches werden in der Regel dreissig Jahre erfordert." „Alle Rechte also gegen einen Dritten, die den öffentlichen Büchern nicht einverleibt sind, doch aber in Handel und Wandel bestehen, sie mögen sich auf einen Vertrag, oder auf ein Verschulden gründen, erlöschen durch den dreissigjährigen Nichtgebrauch, oder durch ein so lange Zeit beobachtetes Stillschweigen." Aus § 617 geht hervor, dass die Worte „eines Dritten" in § 616 sich auch auf den Ausdruck „Rechtes auf die Sache" beziehen; vgl. II, § 2: „Hat Jemand einen besondern Anspruch auf die (Sache) . . so heisst sie eine angefallen oder ansprechige Sache. Von dieser Art sind, eine noch nicht angetretene Erbschaft . ." Vgl. auch das pr. LR I, 9, § 504: „Rechte des Eigenthums erlöschen nicht durch die Unterlassung des Gebrauchs, so lange die Sache oder das Recht, welche den Gegenstand des Eigenthums ausmachen, in dem Besitze des Eigenthümers sich befindet"; und hiezu § 665: „Durch die vollendete Verjährung erwirbt der Besitzer das Eigenthum der Sache oder des Rechts."

Eigenthum in toto[24]), bedarf es da noch einer besonderen Verjährung des Eigenthumes, und wenn, welchen Sinn hätte es, nur die Eigenthumsklage und nicht auch den Eigenthumsanspruch als Einrede verjähren zu lassen, wie diess wegen § 1459 a. b. G. Diejenigen anerkennen müssen, die die Verjährbarkeit behaupten? Wenn noch niemand Anderer das Eigenthum erworben hat, soll ich trotzdem meine Sache, obwol sie noch immer meine Sache ist, nicht zurückfordern können? Die Sache soll mir aber trotzdem nicht entrissen werden können, wenn ich sie auf irgend eine Weise wieder erhalten habe? Das wäre geradezu die Aufforderung zum Diebstahle, der noch dazu, auch wenn er erwiesen werden kann, straflos bleiben müsste, da ja der Eigenthümer an seiner Sache gar keinen Diebstahl im strafrechtlichen Sinne begehen kann.

Gegen die Verjährbarkeit der Eigenthumsklage spricht übrigens auch § 1481[25]): „Die .. Verbindlichkeiten .. welche dem .. (§ 1459) angeführten Rechte, mit seinem Eigenthum frei zu schalten, zusagen, ... können nicht verjährt werden." Meinem Rechte, mit meinem Eigenthume (hier offenbar gleich eigenthümliche Sache genommen) frei zu schalten, entspricht aber auf dritter Seite doch gewiss die Verbindlichkeit, die mir gehörige Sache herauszugeben.

Ganz dasselbe, was vom Eigenthumsrechte beziehungsweise dem Eigenthumsanspruche ausgeführt wurde, gilt auch von den Servituten. Fast allgemein wird zwar das Gegentheil behauptet,[26]) ja als selbst-

[24]) § 367 spricht zu Anfang nur von dem Entfallen der Eigenthumsklage, am Schlusse aber davon, dass der Erwerber „das Eigenthum erworben" habe, somit vom Erlöschen des Eigenthumes; ebenfalls ein Beweis, dass es Erlöschen des Eigenthumsrechtes und Erlöschen der Eigenthumsklage in keiner Weise differenziert (vgl. oben).

[25]) Vollkommen unverständlich ist mir aber, wie ich offen gestehen muss, das aus §§. 1462 und 1483 von Zrodłowski (S. 23) abgeleitete Argument gegen die Verjährbarkeit der Eigenthumsklage. Daraus, dass der Pfandgläubiger das Pfand nicht ersitzen kann, folgt doch noch nicht, dass die Eigenthumsklage nicht verjähren könne. Und wenn § 1483 sagt „das Recht des Schuldners, sein Pfand einzulösen, bleibt unverjährt", so folgt doch hieraus noch nicht, dass die Eigenthumsklage gar nie verjähre! Thatsächlich scheinen die Ausführungen Zrodłowski's nicht so sehr den Zweck zu haben, aus § 1483 ein Argument gegen die Verjährung der Eigenthumsklage zu holen, sondern vielmehr den, das scheinbar in ihm liegende Argument für die Verjährung der Eigenthumsklage zu entkräften. Verfehlt wäre es nemlich, daraus, dass das Gesetz zu betonen für nöthig findet, die Eigenthumsklage des Pfandschuldners verjähre nicht, a contrario zu schliessen, dass im Allgemeinen die Eigenthumsklage verjähre.

[26]) Gegen die Verjährung der Servituten Zrodłowski a. a. O., S. 23 ff., Perthaler, Z. f. ö. R. 1842, II, S. 60, der überhaupt der richtigen Ansicht

verständlich hingestellt,[27]) u. z. soll die Erlöschung der Servitut und „das Erlöschen des Klagerechts zum Schutz der Servitut (der actio confessoria § 523 a. b. G. B.) durch eine längere Nichtanstellung derselben wol zu unterscheiden“ sein (Unger II, § 104, S. 273). Allein ausdrücklich besagt § 1482, nachdem in § 1481 die Unverjährbarkeit der Personen- und Familienrechte und des Eigenthumsrechtes hervorgehoben ist: „Auf gleiche Weise wird Derjenige, welcher ein Recht auf einem fremden Grunde in Ansehung des Ganzen oder auf verschiedene beliebige Arten ausüben konnte, bloss dadurch, dass er es durch noch so lange Zeit nur auf einem Theile des Grundes oder nur auf eine bestimmte Weise ausübte, in seinem Rechte nicht eingeschränkt, sondern die Beschränkung muss durch Erwerbung oder Ersitzung des Untersagungs- oder Hinderungsrechts bewirkt werden,“ ja nach dem an dieser Stelle allegierten § 351 geht „durch den blossen Nichtgebrauch“ des Servitutsrechtes nicht einmal der Servitutsbesitz verloren. Erst dann wird „das Recht der Dienstbarkeit . . durch den Nichtgebrauch verjährt, wenn sich der verpflichtete Theil der Ausübung der Servitut widersetzt und der Berechtigte durch drei aufeinanderfolgende Jahre sein Recht nicht geltend gemacht hat“ (§ 1488 a. b. G.). Nicht die Servitut beziehungsweise die Servitutsklage verjährt somit in Wahrheit, sondern die usucapio libertatis,[28]) welche durch die Negation der Servitut auf der einen und das thatsächliche Unterlassen ihrer Geltendmachung auf der anderen Seite für den Eigenthümer erfolgt, ist die Ursache, dass die Servitut erlischt.[29])

ist, „dass dem Gesetze ganz zweifellos der Grundsatz, vermöge dessen nur persönliche Sachenrechte der Verjährung fähig sind, innewohnt“ (S. 60).

[27]) Z. B. Unger: „Dienstbarkeit gehen »unzweifelhaft« durch Nichtgebrauch (non utendo) unter.“ (II, § 104, S. 273.)

[28]) Vgl. L. 6, D. 8, 2: „Haec autem iura (sc. servitutes praediorum urbanorum) ut rusticorum quoque praediorum, certo tempore non utendo pereunt; nisi quod haec dissimilitudo est, quod non omnimodo pereunt non utendo, sed ita, si vicinus simul libertatem usucapiat.“ Eine durch das Verhältnis der Servitut als Partialrecht zum Eigenthume als Totalrecht bedingte Specialität ist es, dass hier nicht ein Recht ersessen wird, indem das, was ersessen wird, in dem Augenblicke, wo das specielle Untersagungsrecht perfect geworden ist, in den Rahmen des Eigenthumes als des allgemeinen Untersagungsrechtes hineinfällt und von diesem nicht weiter geschieden werden kann. Vgl. auch § 1459 a. b. G. und hiezu § 600 WGGB III. Im WGGB fehlte eine den cit. Gesetzesstellen (§§ 1482, 1488 a. b. G.) analoge Bestimmung; über die Bedeutung des § 616, III, vgl. o. N. 23.

[29]) „Hiebei bedarf es einer näheren Erklärung der Thatsache, weshalb das österreichische Gesetzbuch in den citierten Gesetzesstellen von einer

Während man es für selbstverständlich findet, dass ich das Eigenthumsrecht an meinem Kleiderstocke nicht verliere, wenn ich ihn auch dreissig Jahre am Boden stehen habe und während dieser Zeit niemals meinen Rock an ihm aufhing, findet man es umgekehrt in der Ordnung, dass meine Servitut, mein Partialrecht an einer fremden Sache darum erlischt, weil ich es nicht ausübe; ganz unfassbar wäre es aber hiebei, wesshalb dann erforderlich ist, dass sich der Eigenthümer der Ausübung der Servitut widersetzt; meine Servitut verjährt also nur, wenn ich wenigstens die „Ausübung“ versuchte; wenn ich aber noch weniger Gebrauch machte, die „Ausübung“ nicht einmal versuchte, wenn also die Verjährung (falls sie überhaupt eine solche wäre) erst recht Platz greifen müsste, — dann soll die Servitut nicht verjähren.

Was die angebliche Verjährung der Servitutsklage betrifft, so gilt von ihr dasselbe, was von der Eigenthumsklage gesagt wurde. Eine Servitut ohne actio confessoria ist übrigens ein Unding, das in das Juristische übersetzte Lichtenbergische Messer ohne Heft und ohne Klinge.

Ebenso wie die Servituten geht auch das Pfandrecht durch Verjährung nicht verloren.[30]) Mit Recht bezeichnet es Zrodtowski (a. a. O. S. 29) als unlösbaren (beziehungsweise nur durch die verfehlte Auffassung des Inhaltes und der Ausübung der Rechte erklärbaren) Widerspruch, wenn Unger II, § 104, S. 274 sagt: „Was das Pfandrecht anbelangt, so geht dasselbe durch noch so lange Nichtausübung nicht verloren . . dagegen geht die Pfandklage (actio hypothecaria) durch Versäumung ihrer Anstellung während einer gewissen Zeit verloren, und dieser Untergang der Pfandklage hat auch den Untergang des Pfandrechts zur Folge.“ Mit diesem Satze will wol gesagt werden, dass die Unterlassung des Pfandverkaufes (als vermeintliche Ausübung des Pfandrechtes) das Pfandrecht nicht verjähren mache, sondern dass das Pfandrecht nur erlösche, wenn das Pfandobject dem

Verjährung der Dienstbarkeit spricht, bei weitem nicht, indem dasselbe eben nach dem irrigen Standpunct der älteren Doctrin die Ersitzung als eine Species der Verjährung (im weiteren Sinne) auffasst . . und deshalb in der Wahl der Ausdrücke: Ersitzung und Verjährung nicht vorsichtig genug ist“ (Zrodłowski a. a. O. S. 25, 26).

[30]) Ganz unhaltbar sind die von Zrodłowski a. a. O. S. 29 aufgestellten Gründe gegen die Verjährung des Pfandrechtes. Wenn er sagt, beim Faustpfand „ist keine Pfandklage nothwendig, ja nicht einmal möglich“, so kann dieser geradezu ungeheuerliche Satz nur dadurch erklärt werden, dass dem Autor, dessen Schrift im Übrigen sehr viel Treffliches enthält, die Möglichkeit, es könne Jemand ausser Besitz des Faustpfandes gerathen, ganz aus dem Bereiche der Combination gerieth.

Pfandgläubiger entzogen und von ihm durch dreissig Jahre nicht zurückgefordert noch zurückerlangt wird. Die Hervorhebung beziehungsweise Anerkennung des ersteren Umstandes ist bedingt durch den ersten Satz des § 1483 a. b. G.: „Solange der Gläubiger das Pfand in Händen hat, kann ihm die unterlassene Ausübung des Pfandrechts nicht eingewendet und das Pfandrecht nicht verjährt werden." Hieraus wird nun aber die Verjährung der Pfandklage a contrario argumentiert: folglich kann dem Pfandgläubiger, der das Pfand nicht mehr in Händen hat, „die unterlassene Ausübung des Pfandrechts eingewendet und das Pfandrecht (sc. die Pfandklage) verjährt werden". Dieses argumentum a contrario ist aber ganz und gar unzulässig, der § 1483 zieht vielmehr sein argumentum a contrario selbst: „Insofern aber die Forderung den Werth des Pfandes übersteigt, kann sie inzwischen durch Verjährung erlöschen."[31]) Dieser Satz schliesst sich logisch unmittelbar an den ersten an, und nicht an den kurzen, gleichsam in Parenthese stehenden Zwischensatz: „Auch das Recht des Schuldners, sein Pfand einzulösen, bleibt unverjährt." Diess beweist unwiderleglich die Anknüpfung mit „aber". Der zweite Satz constatiert ein dem Schuldner Günstiges, der dritte ebenfalls; wieso kann man da den einen dem anderen beschränkend gegenüber stellen? Wollte der dritte Satz an den zweiten anknüpfen, so müsste er lauten: „Ja, insoferne die Forderung den Werth des Pfandes übersteigt, kann sie inzwischen sogar durch Verjährung erlöschen. Steht aber fest, dass der dritte Satz den Gegensatz oder doch eine Einschränkung des ersten bildet, so wird erkennbar, dass aus dem ersten Satze keineswegs der oben angedeutete Schluss a contrario sich ergibt. Der erste Satz hat vielmehr einen doppelten Inhalt; erstens sagt er, die Nichtveräusserung (vermeintliche Nichtausübung) lässt das Pfandrecht nicht verjähren; zweitens sagt er, „so lange der Gläubiger das Pfand in Händen hat", kann die Forderung (und implicite dann das Pfandrecht) durch Verjährung nicht erlöschen. „Insofern aber die Forderung den Werth des Pfandes übersteigt, kann sie inzwischen durch Verjährung erlöschen", und ebenso wenn der Gläubiger aufhört das Pfand in Händen zu haben. Also nicht das Pfandrecht verjährt, sondern im Falle des Verlustes des Pfandbesitzes die Pfandforderung und mit ihr erlischt dann allerdings eo ipso das Pfandrecht, aber nicht durch Verjährung, sondern nicht anders als wenn die Forderung bezahlt worden wäre. Dasselbe gilt aber auch vom Pfandrechte an Immobilien.[32])

[31]) Im WGGB III, § 620 fehlte dieser Schlusssatz allerdings noch.

[32]) Die Bestimmung des § 1483 bezieht sich mutatis mutandis (nemlich Setzung der Intabulation an Stelle des Inhändenhabens) auch auf Immobilien.

Auf dem Gebiete der dinglichen Rechte gibt es somit ebensowenig eine Verjährung als auf dem des Personen- und Familienrechtes (§ 1481 a. b. G.). Es ist nur eine Ersitzung denkbar und diese hat allerdings das Erlöschen des dinglichen Rechtes zur Folge.

Eine durch gar nichts begründete und lediglich aus der (an Stelle der mit Recht verworfenen Generalisierung der Verjährung gesetzten) Generalisierung der Verjährung einzelner Klagen erklärliche Behauptung Unger's ist es auch, dass die Statusklagen verjähren, dass z. B. „die Klage auf Anerkennung der unehelichen Vaterschaft verjährt".[33]) Dass die Bestimmung des § 1481 a. b. G. „dieser Annahme . . nicht entgegen" steht, lässt sich wieder nur bei künstlicher Loslösung der Klagsverjährung aus der vom Gesetze collectiv aufgestellten Rechtsverjährung behaupten.

Es erübrigen somit nur noch das Erbrecht und das Obligationenrecht. Das Erbrecht belangend, so ist es auch hier selbstverständlich, dass das Recht Erbe zu sein, die Person des Erblassers zu repräsentieren, dadurch nicht verjährt, dass der in den Nachlass eingewiesene Erbe nicht stets, so oft er einen Verlassenschaftsgegenstand zur Hand nimmt oder benützt, bemerkt, dass das ein Erbstück seines Onkels sei, dass er als Erbe ausfahre, als Erbe das Haus bewohne, als Erbe sich in das Bett lege. Nur diese Bedeutung kann im Sinne der herrschenden Auffassung über den Inhalt und die Ausübung des Erbrechts der Satz haben: „es findet eine Verjährung desselben durch Nichtgebrauch nicht statt: was verjähren kann, ist nur die Erbschaftsklage."[34]) Gewiss ist, dass nach § 1487 Klagen auf gänzliche oder theilweise Entkräftung des Testamentes verjähren.[35]) Das Nähere in dieser Richtung,

---

Darüber, dass aus dem Ausdrucke „Verjährung" in § 1499, der sich auf Servituten und Pfandrecht bezieht, kein Gegenargument genommen werden kann, vgl. N. 29. Die nähere Ausführung hinsichtlich des Immobiliarpfandrechtes kann aber erst naturgemäss bei Darlegung des Wesens der öffentlichen Bücher erfolgen. Die Entscheidung des OGH 15. Mai 1878, GUW 6975 geht davon aus, dass das Pfandrecht unverjährbar sei, nicht aber die Hypothekarklage, während die E. 4. Februar 1857, GUW 1013, in der Bestimmung des § 1483 nur eine Ausnahme zu Gunsten des Faustpfandes findet, welche „die Regel des § 1479 bestätigt, dass das Pfandrecht an einer unbeweglichen Sache, wie jedes andere Recht, durch den Nichtgebrauch während 30 Jahren verjährt".

[33]) Unger II, § 122, S. 443, N. 17. Richtig Schuster in Haimerl's Magazin IX, 1854, S. 346.

[34]) Unger II, § 104, S. 275.

[35]) Unbegreiflicherweise übergeht diess Zrodłowski a. a. O. vollkommen mit Stillschweigen.

sowie überhaupt das Verhältnis zwischen Erbschafts- und Erbrechtsklage und die Beantwortung der Frage nach ihrer Verjährbarkeit hängt aber so innig mit der ganzen Lehre vom Erbrechte und speciell nach österr. Rechte auch mit dem Institute der Verlassenschaftsabhandlung zusammen, dass nur im Erbrechte eine gedeihliche Lösung der diessbezüglichen verwickelten Fragen erfolgen kann.

Es verbleiben somit lediglich noch die Obligationen und im Obligationenrechte wird daher auch der Lehre von der Verjährung der Obligationen beziehungsweise der obligatorischen Ansprüche ihr Platz anzuweisen sein.[36])

β. Der Besitz.[1])

§ 113.

Es wurde in den vorstehenden Paragraphen der Begriff des subjectiven Rechtes entwickelt und diese Ausführung an die Spitze der

[36]) Berger in der Z. f. ö. R. 1846, I, S. 15; Zrodłowski, Die Verjährung S. 20.]

[1]) Thibaut, Über Besitz und Verjährung, Jena 1802; Savigny, Das Recht des Besitzes, 1. Aufl., Giessen 1803, 7. Aufl., hsg. v. Rudorff, Wien 1865; Plank, Die Lehre vom Besitze nach den Grundsätzen des franz. Civilrechts, Göttingen 1811; Gräwell, Die Lehre vom Besitz und von der Verjährung nach pr. Rechte, Halle 1820; Rosshirt, Zu der Lehre vom Besitz und insbesondere von der quasi possessio, Archiv f. civ. Pr. VIII, 1825, N. I, S. 1—74; Koch, Die Lehre vom Besitz nach preuss. Rechte mit Rücksicht auf das gem. R., Breslau 1826, 2. Aufl. 1839; Albrecht, Die Gewere als Grundlage des älteren deutschen Sachenrechts, Königsberg 1828; Albert, Über den Besitz unkörperlicher Sachen oder sog. Gerechtigkeiten, Leipzig 1826; Höpfner, Die Besitzrechtsmittel und Besitzprocesse des heutigen gemeinen und kg. sächs. Rechts, Leipzig 1841; Pfeifer, Was ist und gilt im r. R. der Besitz? Tübingen 1840; Kori, Über den natürlichen Besitz und einige dabei eintretende Rechtsfragen, Archiv f. civ. Pr. XXIX, 1846, N. XIII, S. 407—427; Bruns, Das Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart, Tübingen 1848; Dworžak, Versuch einer vergleichenden Darstellung der wichtigsten Doctrinen über den Besitz seit Savigny in ihren Hauptpuncten, Z. f. ö. R. 1849 II, N. XXIII, S. 132—152; Unger, Sächsischer Entwurf, 1853, S. 74—93; Michel, Über den Schutz des Besitzes, Haim. Magazin X, 1854, N. IV, S. 81—111; Zielonacki, Der Besitz nach dem röm. Recht, Berlin 1854; Delbrück, Die dingliche Klage des deutschen Rechts, Leipzig 1857; Zielonacki, Über den Begriff des Besitzes, Ö. VJS IV, 1859, N. III, S. 97—108; Bruns, Der ältere Besitz und das possessorium ordinarium, Bekker's Jahrb. IV, 1860, N. I, S. 1—109 (Kl. Schriften I, S. 136—220; gegen Delbrück); Lenz, Das Recht des Besitzes und seine Grundlagen, Berlin 1860 (hiezu Esmarch, Kr. VJS IV, 1862, N. VII, S. 190—199);

Lehre vom Inhalte des Rechtsverhältnisses gestellt. Und doch würde diese Stelle vom Standpuncte logischer Entwicklung nicht dem abstracten

Rüttimann, Die Lehre von dem Besitz nach den privatrechtlichen Gesetzbüchern der Schweiz, Ztschr. f. Schweizer-Recht VIII, 1860 (Abhandlungen S. 3—84); Schmidt, Über den Begriff des Besitzes nach röm. Recht, Dorpat 1860; Baron, Zum Begriffe des sog. Rechtsbesitzes, Gruchot's Beitr. V, 1861, S. 79—100; Korte, Über den Besitz und den Schutz des Besitzes von Rechten, ibid. S. 101—150; Randa, Der Besitz als alleiniger Gegenstand des gerichtlichen Schutzes, GZ 1863, N. 64, 65; Randa, Über das Object des Rechtsbesitzes, Ö. VJS XI, 1863 N. I, S. 1—27; Randa, Über die Rechtswirkungen des Besitzes, Ö. VJS XIII, 1864, N. IV, S. 81—93; Helm, Zur Theorie des Besitzes, Ö. VJS XIII, 1864, N. VII, S. 265—309, XIV, 1864, N. VI, S. 155—199; Baron, Zur Lehre vom Erwerb und Verlust des Besitzes, Jahrb. f. Dogm. VII, 1865, N. III, S. 38—165; Randa, Der Besitz mit Einschluss der Besitzklagen nach ö. R., Leipzig 1865, 3. Aufl. 1879, (hiezu Arndts, Kr. VJS VIII, 1866, N. XIII, S. 378—393 = GZ 1866, N. 80, 81; GZ 1865, N. 73, 74; Gruchot's Beitr. N. F. V, S. 864; Cohn in Zt. f. Handelsr. N. F. VIII, S. 343); Ihering, Beiträge zur Lehre vom Besitz, Jahrb. f. Dogm. IX, 1868, N. I, S. 1—196 (auch Jena 1868, Über den Grund des Besitzschutzes, 2. Aufl. 1869; hiezu Schmied, Kr. VJS XII, 1870, S. 70—85; vgl. auch Geist d. r. R. III, § 61, S. 350—353); Büchel, Über die Natur des Besitzes, Marburg 1868 (hiezu Schmied, Kr. VJS XII, 1870, S. 63—70; Goudsmit, übers. Sutro, Utrecht 1868, 24 S.); Wetter, Traité de la possession en droit romain, Genf 1868, 305 S.; Hauser, Stellvertretung im Besitze, Leipzig 1870; David, Über das Willensmoment bei dem Besitzerwerbe von Rechten, GZ 1870, N. 76—78; Ailbrandi, Teoria del possesso secondo il diritto romano, Roma 1871, 185 S.; Delbrück, Nachträge zur dinglichen Klage des d. R., Jahrb. f. Dogm. X, 1871, N. II, S. 110—176; Heusler, Die Gewehre, Weimar 1872 (hiezu Laband, Kr. VJS. XV, S. 378—421 und Le Fort, Nouvelle revue historique de droit français et etranger I, 1877, S. 345—359; Riedmüller, De la nature de la possession en droit romain et en droit français, Thèse, Paris 1873, 291 S.; Philippoteaux, De la possession en droit romain et en droit français, Thèse, Paris 1873, 409 S.; Hauser, Der Rechtscharacter des Besitzes und die rechtsgeschäftlichen Besitzmomente, Hauser's Zt. f. Reichs- und Landesrecht I, 1873, S. 28—97; Bruns, Die Besitzklagen des röm. und heutigen Rechts, Weimar 1874, 303 S. (hiezu Arndts, Grünhut's Zt. I, S. 769—777; Bekker, Über Besitz und Besitzklagen, Kr. VJS XVIII, 1876, N. I, S. 1—31; Pernice, Zt. f. HR XX, S. 634—643); Bernhöft, Der Besitztitel im röm. Recht, Halle 1875, 108 S.; De Folleville, Traité de la possession des meubles, 2. Aufl. Paris 1875; Meischeider, Besitz und Besitzschutz, Studien über alte Probleme, Berlin 1876, 484 S. (hiezu Randa in Grünhut's Zt. III, 1876, S. 701—709 und Kr. VJS XVIII, 1876, S. 321—334, Gruchot's Beitr. N. F. V, S. 840; Pernice, Zt. f. HR. N. F. VII, S. 415—433; Scheurl, Jena'sche Literaturztg. 1876, N. 20; Hopf in Gruchot's Beiträgen XX, 1876, S. 840—845; gegen Randa wieder) Meischeider, Über den Grund des Besitzschutzes und den Rechtsbesitz, Kr. VJS XIX, 1877 S. 210—223; Aujay, De la possession en droit romain et des actions possessoires en droit français,

künstlichen Begriffe des Rechtes, sondern dem thatsächlichen wirklichen Zustande als Basis rechtlicher Wirkungen, dem Besitze in diesem Sinne, gebühren. Der Begriff des Besitzes und die ganze Lehre vom Besitze ist aber durch den Rechtsbegriff derart beeinflusst, ja durch ihn derart verändert worden, dass es absolut unthunlich wäre, den modernen oder auch nur den nachweisbar uns überlieferten Begriff des Besitzes zu erörtern und darzulegen, ehe der des subjectiven Rechtes fixiert war.

Nun aber dieses geschehen, wird es dem eben Angedeuteten gemäss unsere Aufgabe sein, den Besitzbegriff und seine rechtliche Bedeutung — nicht etwa aus dem des subjectiven Rechtes abzuleiten, — sondern vielmehr aus den Verhältnissen und Bedürfnissen des Lebens zu entwickeln, dann sein Verhältnis zum subjectiven Rechte in das Auge zu fassen und seine Umgestaltung, Influenzierung durch dieses darzulegen.

Paris 1876, 348 S.; Liebe, Der Besitz als Recht in thesi, Braunschweig 1876, 172 S. (hiezu Randa Grünhut's Zt. IV, 1877, S. 368—371 und Kr. VJS XIX, 1877, S. 251—259); Kindel, Kritische Bemerkungen zu den Besitztheorien von Randa und Ihering in ihrem Verhältnis und Gegensatz zum Pandectenrecht, Gruchot's Beiträge XXI, 1877, S. 411—470, 712—762; XXII, 1878, S. 50—83, 199—240, 536—583, XXIII, 1879, S. 55—98, 378—429, 511—595, 785—812; Scotti, La protezzione del possesso, 1877, Il possessio e la prescripzione, 1878; Mendthal, Über den Begriff des Besitzes, Leipzig 1878, 41 S.; Wodon, Traité theorique et pratique de la possession et des actions possessoires, 2. Aufl. Brüssel, 1878, 3 Bände; Monti, Del possesso e delle azioni etc., Triest 1878; Canstein, Der Besitzschutz nach ö. R., Grünhut's Zt. V, 1878, N. XIII, S. 718—757 (zu Randa); Seitz, Antike und gegenwärtige Bedeutung der röm. Possessio, Grünhut's Zt. VI, 1879, N. X, XII, XIV, S. 397—411, 559—592, 694—741; Randa, Zur Besitzliteratur nach ö. Rechte, Grünhut's Zt. VI, 1879 S. 465—475 (zu Canstein); Seitz, Das heutige positive und nationale Besitzrecht in seiner Unabhängigkeit von der röm. possessio, Berlin 1880, 148 S.; Bekker, Das Recht des Besitzes bei den Römern, Leipzig 1880, 417 S. (hiezu Brinz Kr. VJS XXIII, 1881, S. 388—391 und 416—440); Kindel, Gruchot's Beitr. XXV, 1881, S. 497—506, 783—797, 907—916); Ruggieri, Il possessio e gl'istituti di diritto prossimi ad esso, Florenz 1880, 2 Bände; Kris, Zum Besitzesschutze nach öst. Recht, GZ 1880, N. 101—103 (gibt den status controversiae über die Bedeutung des poss. summ.); Seitz, Die Wiederaufdekung der antiken Possessio und die freie Entfaltung des von ihr unabhängigen nationalen und internationalen Besitzrechtes, Rechtsgeleerd Magazijn I, 1882, S. 168 ff., 279 ff.); Wendt, Das Faustrecht oder Besitzvertheidigung und Besitzverfolgung, Jahrb. f. Dogm. XXI, 1883, N. VI, S. 56—342; Bossert, Das Wesen des Servitutenbesitzes nach r. R., Diss., Freiburg 1883, 79 S.; Dernburg, Entwicklung und Begriff des jur. Besitzes im r. R., Halle 1883, 70 S.; Kindel, Die Grundlagen des röm. Besitzrechts, Berlin 1883, 464 S.; Duncker, Die Besitzklage und der Besitz, Berlin und Leipzig 1884, 264 S. Brinz I, § 135, 136; Vangerow I, §§ 198, 199; Windscheid I, §§ 148—164; Stobbe, II, §§ 72—77.

Für Denjenigen, der von einer natürlichen Entwicklung des Rechtes aus den Bedürfnissen der Individuen und den äusseren Verhältnissen des Lebens, d. i. ihrer Stellung zu einander und der unpersönlichen Aussenwelt ausgeht, erscheint es als ein unabweisbares Postulat, dass in der Möglichkeit thatsächlichen Besitzes und seinem Vortheile, ja seiner Nothwendigkeit für die Existenz des Individuums, geradezu der Ausgangspunct für die Entstehung der ganzen Rechtsordnung oder doch des Vermögensrechtes erblickt werden muss.

Unumgänglich bedarf das Individuum der Nahrung, und selbst schon in den frühesten Urzuständen menschenähnlicher Existenz tritt zu diesem mit dem Thiere ihm gemeinsamen Bedürfnisse das ebenfalls schon bei vielen der Thiere vorhandene Bedürfnis nach Wohnung und das Bedürfnis nach Kleidung hinzu. Aber nicht stets wäre das Individuum im Augenblicke des Bedürfnisses in der Lage, seine Nahrung sich zu verschaffen, und so führen Trieb und Erwägung es dazu, den Vorrath zu sammeln; Kleidung und Werkzeug, letzteres als Mittel der Erwerbung, sind an sich Mittel andauernder Befriedigung andauernder Bedürfnisse, ja nur durch andauernde Innehabung vermögen sie ihren Zweck zu erfüllen, und so ergeben sich für den Einzelnen eine Reihe von Gegenständen der Aussenwelt, die er nicht nur zu erlangen und zu geniessen streben muss, sondern welche innezuhaben und andauernd zu behalten eine Existenzbedingung für ihn bildet. Zum Streben nach Erwerb und Genuss muss das Streben nach dauernder Innehabung, nach Besitz hinzukommen, soll das Individuum die Fortdauer seiner Existenz nicht ausschliesslich schwankendem Zufalle verdanken. Ja selbst wo der physischen Ergreifung sofortiger, die ergriffene Sache vernichtender Genuss folgen soll, ist stets ein Streben nach Erhalten, im Falle drohender Entziehung die Geneigtheit, eine Thätigkeit zur Bewahrung aufzuwenden, erforderlich.

Wenn daher das menschliche Individuum in Beziehungen tritt zu seinen menschlichen Gattungsgenossen, mit ihnen zur Gesellschaft vereint lebt, muss ihm das erste Postulat, das es nächst der Sicherheit seiner körperlichen Integrität an sie stellt, die Sicherheit der Bewahrung der von ihm angesammelten Genussmitteln sein. Ich möchte fast behaupten, mit der Entwicklung des Geselligkeitstriebes zugleich muss sich schon entwickeln ein gewisser Grad von Geneigtheit der Gesellschaftsmitglieder, ihre Körperintegrität und ihre angesammelten Genussmittel wechselweise zu schonen; nicht zum Vortheile würde sonst das Beisammensein jedem Einzelnen gereichen, sondern die grösste Gefahr müsste es für ihn bilden und ihn zwingen, weit weg zu fliehen vor seinen räuberischen Genossen.

Nur langsam, nur stufenweise vermögen die menschlichen Bedürfnisse aus eigener Kraft ihre Befriedigung zu erreichen; ihre Expansionskraft, ihre Intensität muss eine gewisse Höhe erreicht haben, um äussere Widerstände überwinden zu können, und mit der thatsächlichen Ausdehnung lässt sofort wieder die Expansionskraft nach. Und so gelangen zunächst nur die dringendsten Bedürfnisse aus sich selbst zur Befriedigung, nur sie vermögen sich die ihnen erforderlichen Veränderungen und Verhältnisse zu erzwingen. Für die ersten Zustände gesellschaftlicher Entwicklung musste aber der Schutz des blossen Innehabens vollkommen genügen. Ein unendlicher Vortheil für das Individuum, eine ausserordentliche Sicherung seiner Existenzaussichten musste es sein, wenn es die Sachen, die es erlangt und innehatte, nicht nur durch die Kraft seines Armes, sondern auch vermöge der Mithilfe der Gesellschaftsgenossen gegen jede Störung durch Menschenhand zu bewahren vermochte. Und eines Mehreren bedurfte es kaum, so lange unmittelbare Erwerbung aus Handen der Natur die Regel war, so lange der Tauschverkehr neben ihm fast gänzlich in dem Hindergrunde stand. Da genügte vollkommen das durch thatsächliche Übung aufgestellte Verbot „Du sollst die Innehabung nicht stören"; da genügte der Schutz zur Abwehr einer Störung oder zur Wiederherstellung des früheren gestörten Zustandes, da genügte es, dem früheren Innehaber den Schutz gegen alle späteren zu verschaffen.[2])

[2]) Dass diess wirklich die ursprüngliche Auffassung des Besitzesschutzes nach deutschem Rechte gewesen sei, ja dass diese Auffassung sich selbst bis über die Reception des röm. Rechtes hinaus erhalten und in der Entwicklung der Spolienklage ihren nachhaltigen Ausdruck gefunden habe, wird (— freilich mit der Modification, dass der ältere Besitz nicht nur mit bona fides, sondern auch mit animus domini verbunden gewesen sein müsse, Dingl. Kl. S. 284 ff., Nachtr. S. 113 —) thatsächlich von Delbrück, Die dingliche Klage des deutschen Rechts, 1857, auszuführen versucht (vgl. auch den ein Excerpt dieser Schrift enthaltenden Art. Vindication von Heimbach in Weiske's Rechtslex. XIII; Delbrück, Nachträge zur dingl. Klage des d. R., Jahrb. f. Dogm. X, 1871, N. II, S. 110—176; Friedlieb, Abhandlg. haupts. a. d. Schleswig'schen Privatrecht, 1864, N. 1, Ziebarth, Die Realexecution und die Obligation, 1866, S. 257—304, Delbrück, Zu Cap. 26 im Richtsteig Landrechts, Ztschr. f. Deutsches Recht XIX, 1850, S. 98 ff.; ferner Meischeider, Besitz und Besitzesschutz, 1875, 1876 S. 127 ff., 144 ff., 154 ff., 166 ff., 247 ff., 356 ff.). Die Ausführungen Delbrück's sind jedoch allerdings im Allgemeinen auf heftigen (und wenigstens hinsichtlich der für das moderne Recht gezogenen Schlussfolgerungen auch gegründeten) Widerspruch gestossen. Für die Zeit der ersten Anfänge rechtlicher Entwicklung, um welche es sich in der im Text aufgestellten Frage handelt, kann natürlich ein positiver Nachweis nie erbracht werden.

Mit dem Auftreten und Zunehmen des Tauschverkehres jedoch, der sachlichen Übertragung, begann der blosse für den ersten Inhaber statuierte Schutz nicht mehr auszureichen, er musste für gewisse Fälle eingeschränkt werden, es musste für andere Fälle ein weiterer Schutz geschaffen werden. Mag in Fällen freiwilliger Übertragung der Sachinnehabung schon von den ersten Regungen des Verkehres an dem früheren Besitzer kein Mittel zu Gebote gestanden haben, die Sache zurückzuerlangen als die eigene Gewalt, und mag der auf diese Art Besitzer Gewordene schon selbst gegen diese Gewalt geschützt worden sein — in einer Reihe von Fällen musste diese Schutzverweigerung für den früheren Inhaber, ja auch der Schutz für den späteren Inhaber, als ungenügend sich erweisen.

Nicht sprungweise, sondern allmählich entwickelte sich das Recht. Nur soweit der gewährte Schutz nicht ausreichte, entwickelte sich aus den Bedürfnissen des Lebens ein weiterer Schutz, nicht den früheren umstürzend, sondern an ihn sich anschliessend, ihn ausdehnend. Müssige Speculation wäre es, Vermutungen aufstellen zu wollen, in welchen Fällen zuerst der blosse Schutz der Innehabung sich als ungenügend erwiesen haben mag, es genügt darauf hinzuweisen, dass er sich als ungenügend schliesslich herausstellen musste. Wie gesagt, schon in der Möglichkeit der Sachübertragung erstand ein Moment, das nicht bloss die Thatsache der Innehabung, sondern auch schon eine gewisse Art, wie die Innhabung erworben wurde, wirksam werden lassen musste. Gewiss lässt es sich heute nicht entscheiden, ob ein Schutz von Anbeginn an nur gegen feindselige Störung, und nur wider den Störer gewährt wurde, oder ob derselbe auch gegen jeden dritten Erwerber gewährt wurde; ja es dürfte kaum überall die Entwicklung in gleicher Weise erfolgt sein, wenngleich ich gestehen muss, dass mir die letztere Modalität als die annehmbarste erscheint, als am nächsten liegend der Kraft roher, fast thierischer Instincte, die sich mit dem blossen Gedanken, die früher innegehabte, abhandengekommene und nun bei einem Anderen vorgefundene Sache, sei durch dritte Vermittlung in dessen Hände gekommen, kaum beruhigen dürfte. Aber welcher immer der entscheidende Ausgangspunct war, keiner der angedeuteten konnte auf die Dauer den Interessen der Individuen genügen, von jedem aus musste eine stätige, aber langsame Weiterbildung erfolgen, die endlich dahinführen musste, nicht ausschliesslich auf den bestehenden oder bestanden habenden Zustand sei Rücksicht zu nehmen, sondern in vielen Fällen darauf, wie selber entstanden sei, also nicht au einen Zustand, sondern auf Ereignisse, so dass, wenn der ihnen entsprechende Zustand aus ihnen sich nicht entwickelte, er herbeigeführt werden müsse.

So entwickelte sich aus dem Begriffe des Besitzes der des Eigenthumes, aber nicht plötzlich, sondern unmerklich, nicht zerstörend, sondern bewahrend, nicht ihn verdrängend, sondern ihm zur Seite tretend.

Zunächst blieb geschützt der thatsächliche Zustand, nur in gewissen Fällen ward nicht dieser Zustand geschützt, sondern vielmehr angegriffen, um einen anderen bestimmter eingetretener Ereignisse wegen an seine Stelle zu setzen.

Beide Momente entwickelten sich in gleicher Weise weiter, da jedes ganz vorzüglich den relativen Interessen der Einzelnen diente. Einerseits ward der Zustand an sich geschützt, anderseits ward die Consequenz der Thatsachen gezogen, jedes für sich, jedes dann und dort, wo es den Individualinteressen entsprach. Gegen jede gewaltsame Störung ward der Zustand als solcher, als Besitz, geschützt, resp. restituiert, aber die Herbeiführung jener Zustände, die die Folgen von vorhergegangenen Thatsachen sein sollten, konnte unter Wahrung gewisser Formen, beziehungsweise durch Vermittlung der Gemeingewalt zwangsweise erfolgen. Nebeneinander bildeten sich Besitz und Eigenthum aus, in ihrer Gestaltung sich wechselseitig bedingend. Nach den Grundsätzen der Arbeitstheilung und organischen Öconomie accomodierten sie sich je verschiedenen Richtungen der Interessen, passten sich verschiedenen Bedürfnissen an, aus gemeinsamer Wurzel entsprossen, entwickelten sie sich in zwei gesonderten Stämmen, nur an einzelnen Puncten sich berührend oder durchschlingend.

Von der Thatsache der Innehabung[3]) aus behaupte ich demnach, gieng der Schutz der Rechtsordnung aus, und zwar, da er nur sie schützte, ungeschieden in ihr das umschliessend, was wir Besitz und was wir Eigenthum nennen. Der Zustand, den wir als Besitz bezeichnen, hatte die Wirkungen, die wir dem Eigenthume beilegen. Differenzierend entwickelten sich aus dem einen Keime für den blossen Zustand andere Wirkungen, während die ursprünglichen Wirkungen an andere Voraussetzungen geknüpft wurden, so

[3]) Vgl. Peschel, Völkerkunde S. 250, Dargun, Ursprung und Entwicklungsgeschichte des Eigenthums, Zt. f. vgl. Rechtsw. V, 1884, S. 79, 97 ff.; Arndts, Grünhut's Zt. I, S. 277: „Im Rechte der Völker hat wol der Rechtsschutz in Ansehung der Herrschaft über einzelne Sachen lange Zeit mehr den Character des Besitzschutzes gehabt, ehe sich das Wesen des Eigenthumes von dem absoluten Character, mit dem es im röm. Recht ausgeprägt ist, ausgebildet hatte."

dass auf der einen Seite der Besitz, auf der anderen Seite das Eigenthum als rechtliche Institute erwuchsen.[4])

So und nur so, glaube ich, lässt sich erklären,[5]) wie der Besitzschutz entstand und warum er bestehen blieb neben dem aus ihm er-

[4]) Noch heute hat der von Rosshirt im Archiv f. civ. Pr. VIII, 1825, S. 1 an die Adresse der Naturrechtslehrer gerichtete Vorwurf, man spreche „von dem Verhältnisse des Besitzes zum Eigenthume dermassen im Geiste der ausgebildeten röm. Jurisprudenz, als wäre dieses in Rom von jeher so gewesen, ja als wäre dieses von jeher allerorten so gewesen", auf die Meisten seine Anwendung.

[5]) Der Grund des Besitzschutzes ist eine der meistbehandelten rechtsphilosophischen Streitfragen. Vgl. über die einzelnen Theorien Ihering, Über den Grund des Besitzschutzes, Jahrb. f. Dogm. IX, 1868, N. I, S. 3 bis 196 (auch Jena, 2. Aufl. 1869), Bruns, Die Besitzklagen §§ 26 und 27; ferner Windscheid I, § 148, N. 6; Randa, Besitz § 6 und die daselbst Angeführten; neuestens Duncker, Die Besitzklage und der Besitz, 1884, S. 145—160. Nach dem Vorgange Ihering's lassen sich die einzelnen Theorien unterscheiden in absolute, d. i. solche, welche den Besitz „um seiner selbst willen geschützt" wissen wollen, und relative, d. i. solche, welche „den Grund des Schutzes ausserhalb des Besitzes, nemlich in Einrichtungen, Rechtsprincipien, Rücksichten allgemeiner Art, die ihm nur zu gute kommen, ihm aber nicht eigenthümlich sind", suchen. Nach den absoluten Theorien soll der Besitz nur des in ihm zum Ausdrucke kommenden Willens wegen geschützt werden (insbes. Gans, Puchta, Windscheid, Randa) oder aber um seines öconomischen Interesses willen (Stahl, Duncker). Nach den relativen Theorien ist es bald die behauptete Natur der Besitzstörung als Delict (Savigny, Rudorff, Brinz), bald die polizeiliche Rücksicht auf Erhaltung der öffentlichen Ordnung (von dieser Auffassung giengen die Redactoren unseres Gesetzes aus, vgl. Pfaff, Grünhut's Zt. II, S. 291, N. 66), bald aber das Verhältnis des Besitzes zum Eigenthume, um dessentwillen der Besitz als solcher geschützt wird. Die letztere Ansicht, u. z. in der Weise, dass . . der Schutz des Besitzes als der Thatsächlichkeit des Eigenthums . . . eine nothwendige Vervollständigung und Ergänzung des Eigenthumsschutzes, eine dem Eigenthümer zugedachte (?!) Beweiserleichterung, die aber nothwendigerweise auch dem Nichteigenthümer zu Gute kommt" (S. 44) sei, ist es, welche insbesondere Ihering in der angegebenen Schrift vertritt. Nach dem im Texte Ausgeführten obwaltet kein Hindernis, anzunehmen, dass verschiedene der hier angedeuteten Momente es sind, welche den Schutz des Besitzes als solchen dem Individualinteresse entsprechend erscheinen lassen und daher seine Gewährung erklären können; aber darauf muss aller Nachdruck gelegt werden, dass es in letzter Linie immer nur die Interessen der Individuen sind, denen er Entstehung und Fortbestand dankt. Gewiss stehen Besitzschutz und Eigenthum in ergänzendem Verhältnisse zu einander vom Standpuncte der Individualinteressen aus betrachtet, aber mindestens mit eben demselben Rechte als man sagen kann, der Besitzschutz sei eine Ergänzung des Eigenthumes, kann man auch sagen, das Eigenthum sei eine Ergänzung des Besitzschutzes. Treffend sagt Arndts in Grünhut's Zt. I, S. 277: „Es ist

wachsenen Schutze der Sachgenussmöglichkeit durch das Eigenthum, d. i. dem Eigenthumsschutze.

Ihre specifische Entwicklung aber erlangte die Lehre vom Besitzschutze erst dadurch, dass man sich einerseits mählich des Unterschiedes zwischen dem Schutze eines thatsächlichen Zustandes und dem vom thatsächlichen Innehaben unabhängigen Rechtsanspruche auf Besitzgewährung bewusst wurde, den Begriff des Rechtes erfasste und ihn dem Besitze gegenüberstellte, dass anderseits neben dem Eigenthumsrechte andere dingliche Rechte, die Partialrechte erstanden, beziehungsweise in das Bewusstsein traten, und man nun auch diese mit dem Begriffe des Besitzes in logische Verbindung brachte, auch einen diesen entsprechenden Besitzbegriff construierte.

An jenen Fällen musste der Eigenthumsbegriff sich entwickeln, in denen die Unzulässigkeit des blossen Schutzes thatsächlicher Verhältnisse sich entwickelte, in denen Derjenige, der geschützt werden sollte, nicht Besitzer war, ja vielleicht nie Besitzer gewesen war.[6]) Der Genuss war dem Individuum das Entscheidende, den Genuss machte es zum Ausgangspuncte seiner Unterscheidung. Der Besitzer konnte geniessen, der Nichtbesitzer nicht; aber diesem sollte die Genussmöglichkeit verschafft werden, es sollte bewirkt werden, dass der Besitzer in diesen Fällen nicht geniessen könne, er durfte nicht geniessen, obwol er geniessen konnte, und naheliegend war es nun, zu sagen, der Andere dürfe geniessen. Im Geniessendürfen ward hienach das Wesen des Eigenthumes erblickt, im Geniessenkönnen das Wesen des Besitzes.

War man aber einmal bei dieser Auffassung angelangt, so musste sich gar bald die Erkenntnis an sie reihen, dass nicht nur dem Eigenthumsrechte, dem Totalrechte an der Sache, sondern auch anderen Rechten, u. z. zunächst den zu ihm hinzugetretenen dinglichen Partialrechten, als vermeintlichem Geniessendürfen ein bloss thatsächliches Geniessenkönnen, beziehungsweise wirkliches Geniessen entsprechen könne.

Auch hier musste auf Seite des Rechtes mehr das Geniessendürfen, dem die Genussmöglichkeit fehlte, hervortreten, ganz besonders aber

in der That verwunderlich, dass über den Grund des Besitzschutzes so viel gestritten ist, und wird sich doch kaum Einer finden, der es nicht für einen grossen Mangel in der Rechtsordnung hielte, wenn sie den Schutz des Besitzes ohne Frage nach dem Eigenthum ganz entbehren liesse."

[6]) Wo der Besitzer zugleich Eigenthümer ist, da ist factisch der Besitzschutz nur eine Seite des Eigenthumsschutzes. Nur dort tritt er als Besonderes hervor, wo Besitz und Eigenthum nicht in derselben Person zusammenfallen.

auf der Seite des thatsächlichen Zustandes das Geniessen und der Genuss, dem kein Geniessendürfen entsprach, in den Vordergrund sich drängen. Wo es sich um Besitz und Eigenthum handelte, da standen sich im practischen Falle gegenüber auf der einen Seite Jener, der das thun konnte, was nur der Andere thun durfte, auf der anderen Seite der, welcher das thun durfte, was nur der Andere thun konnte. Das Können oder Geniessen des Einen war dem Dürfen des Anderen congruent. Nicht so aber bei Beschränkung auf jenen Genuss, den ein Servitutsrecht gestattete. Hier konnte es zunächst nicht allein mehr auf ein bloss thatsächliches Innehabungsverhältnis ankommen, dasselbe hätte ja, insoferne es ein totales gewesen wäre, dem Eigenthume und nicht der Servitut correspondiert. Ein auf bloss partielle Beherrschung gerichtetes äusseres Verhältnis war jedoch keineswegs bei allen Servituten erforderlich oder auch nur denkbar. Dem partiell Geniessenden stand der Eigenthümer gegenüber, dieser war normalerweise Totalbesitzer, hatte die Totalherrschaft inne; die Genussmöglichkeit des partiell Geniessenden ergab sich entweder aus angebrachten thatsächlichen Vorkehrungen, die ihm den Genuss ermöglichen sollten, oder aus dem thatsächlichen Zugeständnisse, der thatsächlichen Gewährung des Totalbesitzers. Aber wo er wirklich genoss, da konnte äusserlich sein Genuss von dem des Eigenthümers oder Totalbesitzers sich in nichts unterscheiden, denn auch dieser geniesst nicht immer zugleich in allen Richtungen, und hiemit eröffnete sich die weitere Frage: will der in einer speciellen Richtung Geniessende geniessen als wäre er Eigenthümer, oder will er geniessen als wäre er ein Partialberechtigter?

Der Sachbesitzer stand dem Eigenthümer gegenüber, dessen Genussrecht mit der Genussmöglichkeit des Sachbesitzers sich deckte. Der mit Absicht partiell Geniessende aber stand keinem zu entsprechend begrenztem Partialgenusse Berechtigten gegenüber, keinem, der nur das thun durfte, worauf der Andere seinen Genuss absichtlich beschränkte; nur in der Vorstellung wurde er ihm gegenübergestellt, durch den Gedanken an das Partialrecht ward erst die Beschränkung des Willens auf einem Partialrecht entsprechenden Partialgenuss, ward erst Partialbesitz möglich. Wo nicht die thatsächliche Verhinderung des Totalbesitzers an einem bestimmten Partialgenusse vorlag, oder erkennbar in Aussicht stand, war es nur die Willensbeschränkung des Anderen, des in dieser Richtung factisch Geniessenden, auf einen dem gedachten Partialrecht entsprechenden Partialgenuss[7]) (oder, wie es nahelag, zu

[7]) Wendt, Jahrb. f. Dogm. XXI, S. 67: „Rechtsbesitz ist Sachnutzung, und nur der animus utendi fruendi resp. eundi agendi etc. ist zu verlangen"; vgl. auch S. 185, 186.

sagen, auf thatsächliche Ausübung des Inhaltes des Partialrechtes), welche den Partialbesitz ermöglichte.

War nun aber einmal das Moment des Umfanges des Willens, die Willensrichtung hinzugetreten zu den thatsächlichen Verhältnissen, um mit ihnen den Partialbesitz zu bestimmen, so war es nur ein weiterer Schritt, auch bei dem Totalbesitze auf den Willen zu sehen. Zur Entscheidung ob in zweifelhaften Fällen Totalbesitz oder Partialbesitz vorliege, musste die Willensrichtung herangezogen werden; gieng sie auf dem Partialrechte entsprechenden Besitz, so war Partialbesitz gegeben, gieng sie auf dem Eigenthumsrechte entsprechenden Besitz, so war Totalbesitz gegeben. War es aber nun da nicht äusserst naheliegend, den letzten Satz umzukehren und zu sagen, beim Totalbesitze ist der Wille auf dem Eigenthumsrechte entsprechenden Besitz gerichtet, nur jener Besitz ist Totalbesitz, in welchem der Wille auf dem Eigenthumsrechte entsprechenden Besitz gerichtet ist?[8]) Hiemit wird aber der Besitz, der blosse thatsächliche Zustand überhaupt zum Rechtsbesitz, nur jene Innehabung stellte als Besitz im Sinne rechtlich zu schützenden Zustandes sich dar, der ein nicht bloss auf Genuss gerichteter öconomischer, sondern ein rechtlicher Wille entsprach, ein Wille des Geniessenden, als ein Berechtigter oder wie ein Berechtigter zu geniessen.

Auf diese Weise, glaube ich, lässt es sich erklären, wie im Laufe der Zeit an die Stelle der natürlichen Auffassung des Detentionsbesitzes die Idee des Rechtsbesitzes trat, wie es kam, dass die blosse Detention den rechtlichen Schutz mehr oder weniger verlor, und nur jene Detention, welche Recht sein oder doch als Recht sich gerieren

[8]) Seitz, Antike und gegenwärtige Bedeutung der röm. Possessio, Grünhut's Zt. VI, 1879 kommt, indem er den deutschen „Besitz" der röm. „possessio" entgegenstellt, zu dem Resultate: „Was bei dem Erwerbe der possessio oder des Eigenthums nach jus gentium zum Besitze . . hinzutreten muss, ist: der animus domini. Dadurch, dass zu ersterem der animus, Eigenthum zu erwerben, hinzukommt, dadurch entsteht die röm. possessio" (S. 729). Er sucht auszuführen, „dass nur das Vorhandensein eines animus domini zwischen dem Vorliegen eines blossen deutschrechtlichen Besitzes und einer röm. possessio das entscheidende Merkmal bietet, und dass ohne solchen eine röm. possessio undenkbar ist" (S. 730). Vgl. auch desselben Autors Schriften: Das heutige positive und nationale Besitzrecht in seiner Unabhängkeit von der röm. possessio, Berlin 1880, 148 S., und: Die Wiederentdeckung der antiken Possessio und die freie Entfaltung des von ihr unabhängigen nationalen und internationalen Besitzrechtes, Rechtsgeleerd Magazijn I, S. 168 ff., 279 ff. Ganz werden wir uns aber de lege lata des Einflusses, welchen die röm. possessio auf unseren Besitzbegriff übte, wol kaum entledigen können.

wollte, geschützt ward. Die theoretische Speculation ist es, welche den Rechtsbesitz geschaffen hat und auch hier, wie in so vielen Fällen, einer auf blosse Zweckmässigkeit ausgehenden Entwicklung hemmend in den Weg trat. Gewiss ist die Natur der vorstehenden Ausführungen zum Theile nur eine hypothetische, so weit nemlich der innere Entwicklungsgang der Idee des Rechtsbesitzes erklärlich zu machen versucht ward; aber ich glaube, sie erklären eine sonst schwer zu erfassende Thatsache aus der Natur der Lebensverhältnisse und der Wechselwirkung zwischen ihnen und den menschlichen Gedanken und Ideen, somit auf einfache und ungekünstelte Weise.[9])

War aber einmal der Rechtsbesitz (sei er nun Eigenthums- oder Servitutsbesitz) an Stelle des Detentionsbesitzes getreten, so war es nur eine weitere Consequenz, bei jedem Rechte einen ihm entsprechenden Rechtsbesitz anzunehmen, wobei sich dann nach der Natur der einzelnen Rechte, denen Besitz parallel laufen sollte, verschiedene Modificationen für die Fixierung des thatsächlichen Substrates ergaben. Zunächst die Forderungsrechte betreffend, konnte man bei Rechten auf

[9]) Ich weiss gar wol, dass es eine nicht unbedeutende Zahl von Rechtsforschern gibt, denen jede philosophische Betrachtung der Lebens- und Rechtsverhältnisse ein Greuel ist, und die mit stolzer Verachtung auf Jene herabblicken, denen der Geist des Rechtes höher steht als eine neue Conjectur oder scholastisch-scharfsinnige Vereinigung widerstreitender Aussprüche römischer Juristen, Rechtsforscher, welchen nur Eines Jurisprudenz ist, nemlich den literarischen Düngerhaufen zu durchwühlen, welcher das Corpus juris bedeckt, und die von Hunderten und Hunderten schon beschnüffelten, durchgekauten und wieder ausgespieenen Brocken der einzelnen „Quellenstellen" neuerlich culinarisch zu durchkosten. Das vernichtende Urtheil dieser Herren muss ich über mich ergehen lassen, es wird ihnen aber kaum gelingen, geringschätziger über den „wissenschaftlichen" Werth speculativer Ausführungen zu denken, als ich über den allgemein menschlichen Werth ihrer exegetischen Trapezkünste denke. Das Eine aber möchte ich nachdrücklich betonen, dass für die Frage, wie wir, die heute Lebenden, uns das Verhältnis von Besitz und Eigenthum, die Bedeutung und Stellung des Ersteren zu denken haben, die Aussprüche des röm. Rechtes über possessio absolut irrelevant sind, nur eine historische Erklärung für die Entstehung und Umbildung dogmatischer Ansichten zu bieten vermögen; denn wie Bekker (Das Recht des Besitzes, 1880, S. 352) trefflich sagt: „Recht und Lehre von der possessio, wie die erhaltenen Quellen diese auf uns gebracht, werden wir begreifen und darum verzeihen, aber nicht billigen und noch weniger festhalten dürfen." Vgl. auch Seitz, Grünhut's Zt. VI, welcher ausführt, dass „das heutige heimische Besitzrecht ein deutsches Recht ist: ein Ergebnis unseres eigenen nationalen Gewohnheitsrechtes, eine Rechtsschöpfung, welche jetzt . . . unter der falschen Hülle des röm. Rechts gross gewachsen und erstarkt ist" (S. 402). Vgl. N. 8.

spontane Leistung dort, wo diese wirklich erfolgte, nicht gut von Besitz sprechen, da ja mit der Leistung auch das Recht selbst erloschen wäre; aber die nicht zurückgewiesene Mahnung vermochte hier allerdings als Besitzhandlung zu gelten; dasselbe konnte bei dauernden Ansprüchen auf Unterlassung gelten. Wo aber dauernde Leistungen in Frage standen, da bildeten naturgemäss Gewährung und Entgegennahme der einzelnen Leistungen den Besitz. Selbst bei den in den Familienverhältnissen begründeten Rechten und beim Erbrechte statuierte man einen Rechtsbesitz. Besitzer war, wer die väterliche Gewalt, die ehelichen Rechte etc., als Vater, Gatte sich gerierend, wirklich ausübte, wer die Erbschaft, als Erbe sich gerierend, innehatte.

Diese masslose Ausdehnung des Rechtsbegriffes ist nur eine Consequenz der Aufstellung des Begriffes des Rechtsbesitzes überhaupt. Ist der Totalbesitz thatsächliche Ausübung dessen, was der Eigenthümer thun darf, warum soll Derjenige, welcher thatsächlich ausübt, was der Gatte ausüben darf, nicht auch Besitzer sein? Würde der Totalbesitz nicht als Rechtsbesitz aufgefasst, so müsste sich sofort die Antwort ergeben: weil dann Jeder, der einen Knaben prügelt, schon Besitzer der Vaterschaft, der einer Frau beiwohnt, schon Besitzer des ehelichen Verhältnisses wäre. Aber durch die Hineinnahme des auf ein Rechtsverhältnis bezogenen Willensmomentes erhält diese letztangedeutete, in's Unbegrenzte führende und daher a priori unmögliche Auffassung des Besitzes ihre Begrenzung und gewinnt scheinbar practisch verwerthbare Gestalt. Wie nur Derjenige Sachbesitzer ist, der die Sache zugleich auch wie ein Eigenthümer haben, als Eigenthümer sich gerieren will, so ist auch nur Derjenige Besitzer hinsichtlich der Vaterschaft, Ehe, der als Vater, Gatte sich auch äusserlich gerieren will.

Der naturrechtlichen Schule gebührt das zweifelhafte Verdienst die logischen Consequenzen aus der Aufstellung des Rechtsbesitzes am schärfsten gezogen zu haben. Auch unser a. b. G. huldigt der Theorie des Rechtsbesitzes und statuiert demnach ein weites Feld für den Besitz.[10]) Allein es schliesst wenigstens mit seinem eminent practischen Sinne die ganz werthlose Annahme eines Besitzes an Familienrechten

[10]) § 309: „Wer eine Sache in seiner Macht oder Gewahrsam hat, heisst ihr Inhaber. Hat der Inhaber einer Sache den Willen, sie als die seinige zu behalten, so ist er ihr Besitzer", ferners der im Folgenden angeführte § 311. § 30 WGG III (unser § 309) enthielt noch den Schlusssatz: „Ohne Macht, einer Sache habhaft zu werden, und ohne Willen, sich dieselbe eigen zu machen, besteht keine Besitznehmung."

aus: „Alle körperlichen und unkörperlichen Sachen, welche ein Gegenstand des rechtlichen Verkehres sind, können in Besitz genommen werden (§ 311).

Zweifellos ist hienach, dass das a. b. G. vom Rechtsbesitze ausgeht, wieweit es den Sachbesitz als solchen etwa anerkennt und schützt, wird Gegenstand der Erörterung im besonderen Theile sein.[11]) Zweifellos ist ferner, dass Eigenthum und dingliche Partialrechte Objecte des Besitzes sind, sowie dass theoretisch das a. b. G. auch an Forderungsrechten Besitz annimmt. Inwieweit der Statuierung eines Besitzes an Forderungsrechten practische Consequenzen beizumessen sein werden, diess wird ebenfalls im besonderen Theile seine Darstellung finden. Schon hier sei betont, dass sich die Frage auf die Möglichkeit der Ersitzung von Forderungsrechten, bei denen es sich um dauernde Unterlassungen oder wiederholte Leistungen handelt, zuspitzt.

Es erübrigt nun noch, im Kurzen die Frage nach der Bedeutung des Besitzes für die Rechtsordnung zu berühren und seine Stellung zum subjectiven Rechte zu erörtern.

In doppelter Richtung ist ein Zustand, den wir als Besitz bezeichnen, Gegenstand rechtlicher Normierung.[12]) Er wird gegen fremde Angriffe geschützt, er kann durch seine längere Dauer zum Rechte werden. Die an den Besitz geknüpfte Möglichkeit der Ersitzung ist gewiss eine Wirkung von grösster Bedeutung für das Rechtsleben, aber in ihr liegt an sich kein Sollen, kein Rechtsgebot, kein rechtliches Dürfen. Der andauernde Besitz ist einfach zu einer rechtserzeugenden Thatsache erhoben, gleich der Occupation. Tradition, Wechselausstellung, Specification, nur dass hier nicht ein concretes Ereignis,

[11]) Für den Besitzschutz des Detentors Wendt, Jahrb. f. Dogm. XXI, S. 231—263, Bruns, Besitzklagen S. 21. David, GZ 1870, N. 76 fasst den animus domini auch für das österr. R. als ein rein negatives Erfordernis auf, dass nemlich der Detentor nicht ein fremdes Recht anerkenne.

[12]) Als eine der Hauptursachen des unbefriedigenden Zustandes der Lehre vom Besitze möchte ich die Vermengung des Interdictenbesitzes und des Usucapionsbesitzes, die Generalisierung derselben zu einem einheitlichen Institute bezeichnen. Wer vom allgemeinen Besitzbegriffe als einem Gegebenen ausgeht, wird stets bei der einen Materie durch den Hinblick auf die andere gehemmt sein. Wer aber von den einzelnen Thatbeständen und ihren rechtlichen Wirkungen ausgeht, ohne durch die Annahme eines einheitlichen Besitzbegriffes sich präoccupieren zu lassen, wird wol zu der Erkenntnis kommen müssen, dass es keineswegs identische Thatbestände sind, an denen im einen und im anderen Falle Wirkungen geknüpft sind, dass diese Wirkungen auch unter sich, weder ihrem Zwecke noch ihrem Inhalte nach Gemeinsames haben.

sondern die Fortdauer der thatsächlichen Wirkungen früherer Ereignisse, beziehungsweise der Nichteintritt störender oder verändernder Ereignisse, die Bedingung des Enstehens eines subjectiven Rechtes ist. Wol aber involviert der Besitzschutz durch die Rechtsordnung ein Sollen, das gegen Jedermann gerichtete absolute Verbot, den Besitz mit Umgehung der Rechtsordnung zu stören. Selbst Derjenige, dem gegenüber der Besitz des Dritten als eine Störung seines eigenen Rechtes sich darstellt, darf den bestehenden Zustand nicht eigenmächtig verletzen, er darf diess nur mittelst der anzurufenden staatlichen Gewalt. Dem Rechte gegenüber ist der Besitzschutz nichts Anderes als das Verbot der Selbsthilfe. In diesem Puncte nun, dass an die Thatsache des Besitzes ein Sollen, ein allgemeines Verbot geknüpft ist, stellt sich der Besitz dem Rechte und zwar dem absoluten Rechte, und insoferne er die unmittelbare Möglichkeit des Genusses einer Sache bietet, dem dinglichen Rechte zur Seite. Wie beim subjectiven Rechte gewisse Ereignisse die Basis sind, aus welcher ein Sollen entspringt, aus welcher die eventuelle Anwartschaft auf staatlichen Schutz sich ergibt, so ist beim Besitz ein Zustand die Basis, aus der ein Sollen erwächst, auf Grund derer die Aussicht auf staatlichen Schutz sich eröffnet.

Wenn nun aber auch beim Besitze ein rechtliches Erzwingen- resp. Abwehrendürfen statthat, und auch beim subjectiven Rechte nur in diesem Abwehren- und Erzwingendürfen der rechtliche Inhalt besteht, ist dann nicht auch der Besitz ein Recht?

In der That hat diess die Doctrin durch lange Zeit behauptet, und in der modernen Jurisprudenz beginnt diese eine Zeit lang schon ziemlich verdrängt gewesene Auffassung des Besitzes als subjectiven Rechtes wieder an Boden zu gewinnen.[13]) Und allerdings kann es,

[13]) Insbesondere hiefür Ihering, Geist des r. R. III, S. 350—352 und Besitzschutz; ferner Lenz, Das Recht des Besitzes und seine Grundlagen, 1860, der sogar den Besitz als das einzige Recht an der Sache hinzustellen versucht (ähnlich Kindel, dem der Besitz „das einzige unmittelbare Recht körperlicher Herrschaft, welches sich denken lässt", ist; Gruchot's Beitr. XXI, S. 457); Liebe, Der Besitz als Recht in Thesi, Canstein, Grünhut's Zt. V, N. XIII. Auch Savigny hat sich in der 6. Aufl. (1837) wieder der früher von ihm bekämpften Auffassung des Besitzes als Recht zugewandt: „Der Besitz ist Factum, insofern ihm ein bloss factisches Verhältnis (die Detention) zum Grunde liegt; . . . Recht, insofern mit dem blossen Dasein jenes factischen Verhältnisses Rechte verbunden sind: . . . er ist Recht und Factum zugleich" (§ 5, S. 47, 7. Aufl.). Über die verschiedenen Ansichten vgl. Randa § 3, N. 7 (neuestens auch Duncker, Die Besitzklage und der Besitz, S. 226 ff.). Als „Recht" fasst auch das a. b. G. den Besitz auf

insoferne wir unter dem Rechte die durch die Rechtsordnung hervorgerufene staatlich garantierte Erwartung auf Rechtsschutz verstehen, nicht verwehrt werden, auch die einzelnen Schutzansprüche des Besitzers auf die Thatsache des Besitzes zu beziehen, und die durch diese Thatsache gebotene Möglichkeit ihrer Anwendung mit dem Ausdrucke Recht zu bezeichnen.[14])

Aber — müssen wir fragen — liegt zu dieser Bezeichnung, zu dieser Versinnbildlichung ein Bedürfnis, ein practischer Anlass vor? Es wurde schon darauf hingewiesen, dass das subjective Recht nichts Materielles, nur eine Ausdrucksformel für einen gedachten Causalzusammenhang ist. Einzelne Ereignisse, welche bereits bedeckt sind durch Schichten folgender Ereignisse, sind die der nochmaligen Wahrnehmung entzogenen Wurzeln, aus denen durch Einwirkung der Rechtsordnung die einzelnen staatlichen Schutz- und Hilfsgewährungen entspringen. Nicht ein an der Oberfläche liegendes, wahrnehmbares, thatsächliches Verhältnis bringt sie hervor, nicht als gleichzeitig oder doch in unmittelbarer Folge Wahrnehmbares liegen Ursache und Wirkung vor uns — und darum bedarf unser Denken einer ideellen Verbindung zwischen ihnen, und diese ist der Begriff des subjectiven Rechtes.

Vollkommen überflüssig aber ist uns diese begriffliche Materialisierung des Verhältnisses zwischen Ursache und Wirkung beim Besitz. Klar vor unseren Augen liegt das thatsächliche Machtverhältnis; nicht auf seine verlaufenden Wurzeln kommt es uns an, sondern auf seine sichtbare Oberfläche, und unmittelbar aus dieser entstehen die rechtlichen Wirkungen. Wozu soll es hier eines Hilfsmittels zur Versinnbildlichung des Causalverhältnisses bedürfen, wo dieses nackt vor uns liegt?

(§ 308: „Dingliche Sachenrechte sind: das Recht des Besitzes . . ."') und demgemäss auch die Mehrzahl der österr. Schriftsteller oder doch der älteren Commentatoren. Gegen die Auffassung des Besitzes als Recht insbesondere Unger I, § 61, S. 524, Schiffner I, § 26, S. 89, Pachmann, Verjährung S. 70, Randa § 3.

[14]) Vgl. Duncker, Die Besitzklage und der Besitz S. 262, der, indem er den Thatbestand des Besitzschutzes mit dem des Eigenthumsschutzes vergleicht und den Unterschied nur darin findet, dass der Eigenthumsschutz „ein weit intensiverer ist", und weiters annimmt, der Besitz sei kein Recht, zu dem Resultate gelangt, es sei auch das Eigenthum kein Recht, es sei der Begriff der subjectiven Rechte überhaupt zu verwerfen: „Es gibt nur Pflichten und keine Rechte." Nach dem in § 107 und in § 1, N. 1 Ausgeführten dürfte es überflüssig sein, meine Ansicht über diesen Punct zu wiederholen. Vgl. auch das im Texte Folgende.

Freilich entspringt auch alles „Sein" aus einem „Geschehensein", aber hier interessiert uns das „Wie" des Geschehenseins nicht näher, uns genügt das Sein als solches. Warum nun das, was vor unseren Augen liegt, nochmal in einem Spiegelbilde auffangen und so zur Auffassung verleiten, als wäre dieses Spiegelbild etwas von dem unmittelbar Wahrnehmbaren Verschiedenes?

Nur in der Zweckmässigkeit, der Verwendbarkeit für unser Denken und unsere Ausdrucksweise liegt die Berechtigung zur Aufstellung des Begriffes des subjectiven Rechtes, nur um dieser Zweckmässigkeit und Verwendbarkeit willen kann man sagen, es gebe subjective Rechte; und da diese Momente beim Besitz nicht vorliegen, darum ist der Besitz kein subjectives Recht, wenngleich wir immerhin um der an das Besitzverhältnis geknüpften rechtlichen Wirkungen ihm die Bezeichnung als Rechtsverhältnis werden zuerkennen können und müssen.

Entschieden müsste diese Beschränkung des Rechtsbegriffes gegen den des Besitzes gelten, wenn der blosse Detentionsbesitz die Basis rechtlichen Schutzes wäre. Es kann aber nicht geleugnet werden, dass beim Rechtsbesitze, u. z. insbesondere dem den Partialrechten correspondierenden Begriffe, der Causalzusammenhang zwischen Zustand und Rechtsschutz schon kein so unmittelbarer, offenliegender mehr ist, als beim Detentionsbesitz. Aber auch hier wäre es unzweckmässig, von subjectivem Rechte zu sprechen, denn gerade dadurch gewinnt der Begriff des subjectiven Rechtes uns erst seine richtige Verwendbarkeit für Vorstellung und Ausdruck, dass wir ihn der Thatsache des Besitzes entgegensetzen, anstatt diese künstlich in jenen einzuschachteln.[15])

γ. Die Rechtsverwirklichung.

§ 114.

Die Rechtsordnung hat zum Schutze der Interessen der einzelnen Individuen allen oder gewissen anderen Individuen ein Sollen auferlegt. Dieses Sollen ist es, welches dem subjectiven Rechte seinen Inhalt verleiht, den thatsächlichen Zustand, den Besitz, zu einem Rechtsinstitute macht.

---

[15]) „Der Besitz ist sowenig ein Recht, dass er gar nicht definiert werden kann, ohne dass er als Thatsache dem Rechte entgegengesetzt wird." (Windscheid I, § 150, S. 455.)

Die blosse Aufstellung des Sollens, der blosse Gedanke an den Nachdruck, den die Rechtsordnung diesem Sollen verleiht, wird schon in vielen, ja gewiss den meisten Fällen Denjenigen, welcher etwas thun oder unterlassen soll, bewegen, aus freien Stücken, d. i. ohne es zu wirklicher Zwangsanwendung kommen zu lassen, dem Rechtsgebote Folge zu leisten, die Forderung der Rechtsordnung zu erfüllen. Dann hat das Recht seinen Zweck erreicht, es ist verwirklicht.

Aber nur die Androhung der Erzwingung des Seinsollenden, beziehungsweise die Androhung zwangsweiser Zufügung gewisser Nachtheile als Folgen der Nichtbefolgung, vermag diesen bestimmenden Einfluss auf den Willen der Einzelnen mit annähernder Sicherheit zu üben. Erfolgt nun die freiwillige Erfüllung nicht, so muss dieser Zwang, müssen diese Nachtheile auch thatsächlich vollzogen werden.

Es wurde bereits (oben § 1) ausgeführt, dass ein dreifacher Gesichtspunct hiebei massgebend erscheinen kann. Zunächst wird, wo diess thunlich ist, die Erfüllung dessen, was sein sollte, zwangsweise durchgeführt werden, oder es werden die Folgen eines Handelns, welches hätte nicht erfolgen sollen, zwangsweise wieder behoben werden. Wo diess nicht oder nicht zur Gänze durchführbar ist, wird zu Gunsten des durch Verletzung der Rechtsordnung Geschädigten ein anderes Sollen, gerichtet auf Entschädigung, an Stelle des ersten Sollens oder zu ihm hinzutreten. In gewissen Fällen schliesslich wird geradezu eine Strafe, ein um des Nachtheiles willen zuzufügender Nachtheil dem Verletzer der Rechtsordnung angedroht und gegen ihn zu verwirklichen sein. Hier legt die Rechtsordnung dem Rechtsverletzer kein neues Sollen mehr auf, als das die Strafe zu dulden.

Die zwangsweise Verwirklichung des Sollens oder seiner Surrogate oder Supplemente fällt nicht mehr in das Gebiet des Privatrechtes, sie gehört schon dem öffentlichen Rechte an (§ 20). Aber es ist ein Characteristisches der Privatrechte, dass der Zwang der Rechtsordnung, welcher auf zwangsweise Herstellung des Seinsollenden oder zwangsweise Vernichtigung des Nichtseinsollenden, auf Erzwingung von Ersatz, ja selbst auf Erduldenmachung einer zunächst bloss im Interesse des speciell Verletzten statuierten Strafe gerichtet ist, nur erfolgt, wenn und insoferne der Verletzte wirklich die Durchführung verlangt. Es ist jedoch nicht nur das zwangsweise Eingreifen, die Frage, ob ein Sollen zu verwirklichen ist, von dem Einschreiten des Verletzten abhängig gemacht, dieses sein Einschreiten beziehungsweise die Art desselben ist selbst wieder von eminentem Einflusse auf die weitere Gestaltung des Sollens, ja für den Eintritt neuer Rechtsgebote. Und darum wird denn auch im Privatrechte insoweit von dem Anstosse, den

der Einzelne zur Rechtsverwirklichung gibt, beziehungsweise den hierüber erfolgenden weiteren Entwicklungsphasen zu handeln sein, als hiedurch der thatsächliche Inhalt des Sollens verändert wird, als das subjective Recht und der einzelne Rechtsanspruch durch den behufs Rechtsverwirklichung eingeschlagenen Weg umgestaltet werden.[1])

Die Nichterfüllung dessen, was sein soll, ist die Voraussetzung zwangsweiser Rechtsverwirklichung. So lange kein Sollen verletzt ist, so lange existiert auch kein concretes rechtliches Dürfen: die Rechtsverletzung bildet die Basis des Rechtsanspruches. Erst der Rechtsanspruch hat zur weiteren Folge den Rechtszwang.

α_1. Die Rechtsverletzung.[1])

§ 115.

Die Rechtsverletzung ist die Nichterfüllung eines von der Rechtsordnung statuierten Sollens, ein Handeln, wo Unterlassen oder Andershandeln geboten war, ein Unterlassen, wo Handeln geboten war.[2])

---

[1]) „Die . . processualischen Handlungen . . . lassen sich von einer doppelten Seite betrachten, von der Seite der Form und von der Seite des Inhalts. In der ersteren Beziehung gehören sie dem Civilprocessrecht an . . in der letzteren Beziehung . . dem Civilrecht. . . . Lehrt jene Wissenschaft die Formen des Processes (sog. formelles Recht), das Wie (die Art der Verwirklichung der Privatrechte, so beschäftigt sich diese mit dem materiellen Rechtsstoff des Processes, mit dem Was (dem Gegenstand) der processualen Geltendmachung und Realisierung." Unger II, § 112, S. 347, 348.

[1]) Heyssler, Das Civilunrecht und seine Formen, Wien 1870, 60 S.; Windscheid I, § 122; Unger II, § 109.

[2]) Wol zu unterscheiden von der Rechtsvereitlung, welche vorliegt „überall . . wo A durch eine an sich völlig berechtigte Handlung den B um sein zukünftiges Recht bringt, ganz oder theilweise" (Ihering, Die Reflexwirkung oder die Rückwirkung rechtlicher Thatsachen, Jahrb. f. Dogm. X, 1871, N. V, S. 318). Wo aber die Rechtsvereitlung rechtlich untersagt ist, wird sie selbst zur Rechtsverletzung, ein Moment, das Ihering (S. 319 cit.) nur in beschränktem Umfange anerkennt. Wenn man im Falle der Nothwehr von einer „erlaubten Rechtsverletzung" sprechen will, dann mag man allerdings immerhin von einer verbotenen Rechtsvereitlung, die nicht Rechtsverletzung ist, sprechen. Die Nothwehr aber ist, so wenig sie eine Rechtsausübung ist, eben so wenig eine Rechtsverletzung, sie ist eine Personenverletzung, für welche rechtlich Raum wird, indem die Rechtsordnung ihre Gebote und Verbote nicht bedingungslos hinstellt, sondern sie unter gewissen Voraussetzungen cessieren lässt. Vgl. oben I, § 1, N. 8.

Die blosse Nichtbefolgung des Sollens verletzt schon den objectiven Rechtssatz, nicht darauf kommt es im Resultate an, ob der Rechtssatz verletzt werden wollte, sondern darauf, ob er verletzt ist. Nicht um den bewussten Gehorsam ist es der Rechtsordnung zu thun, sondern um das thatsächliche Befolgtwerden. Auch die unabsichtlich erfolgte Rechtsverletzung ist eine Verletzung des Rechtsgebotes, hat einen Zustand herbeigeführt oder andauern lassen, den die Rechtsordnung missbilligt, zu dessen Behebung sie ihre Mithilfe zugesagt hat. Hieraus ergibt sich, dass das unmittelbare Erzwingen- und Verhinderndürfen schon dort Platz greift, wo eine objective Rechtsverletzung erfolgt ist, beziehungsweise aus einer Handlung erfolgen würde. Aber auch der Anspruch auf Ersatz aus der Rechtsverletzung ist an sich keineswegs mit innerer Nothwendigkeit gebunden an irgend ein subjectives Moment, eine auf Rechtsverletzung gerichtete Absicht Desjenigen, der das Recht verletzte. Die Rechtsordnung sucht jedoch unter Umständen Rechtsverletzungen durch Androhungen von Strafen hintanzuhalten, durch diese einen Zwang auf den Willen zu üben; hier wird allerdings der Eintritt dieses Strafendürfens (das bei öffentlichen Delicten zugleich auch ein Strafensollen ist) abhängig gemacht sein davon, dass der Wille Desjenigen, der die rechtswidrige Handlung oder Unterlassung setzte, in einer ursächlichen positiven oder negativen Beziehung zu der verpönten Handlung stand, indem er entweder geradezu auf die Handlung gerichtet war, welche als Ursache eines rechtswidrigen Erfolges erkannt werden konnte, oder indem er nicht hinreichende Energie aufwandte, sie zu vermeiden.[3]) Wo es also um den Strafzwang sich handelt, wird nicht objective thatsächliche Verletzung des Rechtssatzes genügen, es wird auch ein subjectives Moment Seitens des Verletzers der Rechtsordnung hinzutreten müssen. In unserem Rechte hat die Strafe keinerlei privatrechtlichen Character mehr, sie wird zwar in gewissen Fällen nur über Verlangen des Verletzten verhängt, allein, wenn sie verhängt wird, nicht bloss um des Verletzten willen, sondern um des Allgemeinen willen verhängt, und daraus erklärt sich auch, dass nach erfolgtem Strafverdicte der Vollzug oder Nichtvollzug gemeiniglich[4]) nicht mehr dem Verletzten anheimgegeben, vielmehr seiner Einflussnahme völlig entrückt ist. Unser Privatrecht hat es

---

[3]) Hierin liegt das Moment der Imputabilität bei den culposen Delicten, den aus Fahrlässigkeit erfolgten Übertretungen von Rechtsvorschriften.

[4]) Eine Ausnahme besteht nach österreichischem Rechte nur bei der wegen Ehebruches verhängten Strafe (§ 503 StGB).

somit nur mit dem Abwehrendürfen der versuchten Rechtsverletzung, dem Erzwingendürfen der Beseitigung der Rechtsverletzung, beziehungsweise dem Erzwingendürfen des Ersatzes zu thun.

β_1. Der Rechtsanspruch.[1]

§ 116.

Die Rechtsverletzung gebiert aus sich den Rechtsanspruch. So lange dem Rechte nicht entgegengehandelt wurde, noch nichts geschehen ist, was hätte unterlassen werden sollen, nichts unterlassen wurde, was schon hätte geschehen sollen, so lange ist die Bedeutung des Rechtssatzes nur eine ideelle, er wirkt nur anregend oder abhaltend auf den Willen Desjenigen, gegen den er gerichtet ist,[2] beruhigend auf das Gemüth, Hoffnungen bietend auf die Interessenberechnung und Gedankencombination Desjenigen, zu dessen Gunsten er gesetzt ist. So lange keine Rechtsverletzung erfolgt ist, so lange der Rechtssatz freiwillig befolgt wird, wirkt das staatliche Recht ähnlich dem sittlichen Rechte durch die blosse Macht der Idee. Ähnlich dem sittlichen Rechte, aber nicht gleich dem sittlichen Rechte. Hinter den ideellen Rechtssätzen verborgen ruht die materielle Gewalt; schon jetzt wissen der Verpflichtete und der Berechtigte, dass, wenn das Recht verletzt wird, dieser gegen jenen die staatliche Macht zu Felde führen kann. Und dieses Bewusstsein ist es, das selbst dann, wenn das Sollen und die Möglichkeit seiner Befolgung oder Verletzung erst in der Zukunft ruhen, schon heute die Aussicht auf seine seinerzeitige Erfüllung in uns erweckt; dieses Bewusstsein ist es, welches selbst dann, wenn das Sollen aus freien Stücken, ohne wirklichem Zwange erfüllt wird, uns diese Erfüllung als eine Erfüllung, welche erfolgen musste, welche wir hätten erzwingen können, gar wol unterscheiden lässt, selbst von der an sich vollkommen gleichen Handlung oder Unterlassung, hinsichtlich derer uns ein solcher materiell oder doch psychisch zwingender Einfluss nicht zusteht. Dieses Bewusstsein (beziehungsweise seine logische Berechtigung) allein ist es, welches, so lange das

[1]) Vgl. die Literaturangaben bei Unger II, § 116, N. 1 über die sog. „Nativität der Klage"; Schiffner I, § 142; Brinz I, § 79.

[2]) Er übt einen Einfluss darauf, welche Handlung dem Verpflichteten mit Rücksicht auf die äusseren Umstände und seine ethische Veranlagung als die vortheilhafteste erscheint, welche Vorstellung sich somit in Willen umsetzt.

Sollen noch nicht acut geworden ist, oder so lange es freiwillig befolgt wird, den rechtlichen Inhalt des subjectiven Rechtes bildet.

Erst mit dem Augenblicke der Rechtsverletzung, mit dem Augenblicke, da ein Sollendes nicht erfolgt, ein Nichtsollendes eintritt, eröffnet sich dem, zu dessen Gunsten das Sollen gesetzt war, ein wirkliches rechtliches Dürfen, erlangt er die Möglichkeit zu erzwingen, gewinnt er einen Anspruch. Früher durfte er gar nichts, d. h. die Rechtsordnung gewährte ihm in dem, was er etwa hinsichtlich des Sollens unternehmen oder vorkehren wollte, keine Unterstützung, sie verwehrte ihm im günstigsten Falle derartige Handlungen nicht. Jetzt aber tritt sie helfend an seine Seite, wo seine Macht nicht ausreicht, tritt die staatliche Macht zu ihr oder an ihre Stelle.

Diese Auffassung, nach welcher die Rechtsverletzung die Bedingung des Anspruches ist, erfreut sich keineswegs allgemeiner Zustimmung. Ich glaube, dass zunächst einen nicht geringen Theil hieran der Umstand hat, dass die Begriffe des Anspruches und des subjectiven Rechtes nicht mit wünschenswerther Genauigkeit geschieden werden. Nur dann gewinnen sie uns practischen Werth, wenn wir sie einander gegenüberstellen, nicht dann, wenn wir sie ineinander verfliessen lassen. Aber auch die Verwechslung der Begriffe des Anspruches und der Klage hat m. E. Theil an dieser Opposition.

Als der nächstliegende Einwand dürfte sich der darstellen, dass bei den Forderungsrechten ein Fordern schon vor der Rechtsverletzung erfolgen könne, ja in vielen Fällen erst die Forderung fällig, eine Rechtsverletzung somit möglich mache. Hieraus aber wird gefolgert, es bestehe schon vor der Rechtsverletzung ein rechtliches Dürfen, das Forderndürfen nemlich, die Geltendmachung des Anspruches ermögliche erst die Rechtsverletzung, ja indem es rechtlich zulässig sei, mit der Fälligmachung durch Einmahnung die Klage zu verbinden, in der Klage einzumahnen, könne überhaupt hier vor der Klage von keiner Rechtsverletzung die Rede sein, gerade die Klage sei aber Geltendmachung eines Anspruches, folglich könne hier unmöglich die Rechtsverletzung das Prius, der Rechtsanspruch das Sequens sein. Ich glaube, diese Argumentation muss aber bei näherer Betrachtung als vollkommen unstichhaltig zerfallen. Unrichtig ist es zunächst, dass der Forderungsberechtigte, so lange die Forderung nicht fällig ist, in rechtlichem Sinne fordern „darf". Eines ist gewiss, dass er fordern kann; fordern kann Jedermann, auch der, der nichts oder doch dermalen nichts zu fordern hat; aber an sich darf auch Jedermann fordern in dem Sinne, dass ihm die Rechtsordnung das Fordern nicht verbietet; selbst in dem Falle als Derjenige, von dem eine Leistung

gefordert wird, den Weg der Aufforderungsklage betritt, wird dem sachfälligen Aufgeforderten nicht verboten weiter zu fordern, es wird ihm nur die Möglichkeit entzogen, die angebliche Forderung je zwangsweise zur Geltung zu bringen.[3]) In gewissen Fällen räumt allerdings die Rechtsordnung dem wirklich erfolgten Fordern eine rechtliche Wirkung bei: sie lässt durch das Fordern die Forderung fällig werden. Das Fordern wird zu einer rechtlichen Thatsache gemacht, aber es wird zu keinem Rechte gemacht; der Gläubiger kann rechtswirksam fordern, aber dieses Können ist kein Anspruch, es ist nur eine factische Möglichkeit, eine rechtliche Thatsache zu setzen; nicht das Fordernkönnen ist rechtlich garantiert, sondern das Erzwingenkönnen des Geforderten. Vor der Forderung als Bedingung der Fälligkeit besteht noch kein Anspruch, derselbe entsteht erst, wenn das Geforderte und durch die Forderung fällig Gewordene nicht geleistet wird.

Allein unsere Rechtsordnung gestattet allerdings, dass mit der Fälligmachung sofort die Klage verbunden, d. h. dass durch die Klage und das in ihr enthaltene Fordern die Forderung fällig gemacht werden könne. Hier liegt allerdings zur Zeit der Klageanbringung noch keine Rechtsverletzung vor, dieselbe liegt erst vor, wenn der Beklagte nicht sofort nach Empfang der Klage die fällig gewordene Forderung erfüllt. Aber es liegt zur Zeit der Klage auch noch kein Rechtsanspruch vor, so wenig als im Momente der aussergerichtlichen Fälligmachung durch Mahnung. Die Rechtsordnung gestattet nur aus Zweckmässigkeitsgründen zur Vereinfachung, dass mit der fälligmachenden Mahnung für den Fall, als diese erfolglos bliebe, die Klage cumuliert werde. Zahlt der Beklagte sofort über die Klage, so hat er keinerlei Rechtsverletzung begangen, er wird auch nicht verurtheilt, sondern liberiert in Haupt- und Nebensache, d. h. es wird ex post erkennbar, dass die Klage nur für den bei ihrer Einbringung noch ungewissen Fall zulässig war, dass nicht sofort geleistet würde, dass sie somit, da sofort geleistet ward, materiell unzulässig war. Der Kläger präsumiert, der Geklagte werde nicht zahlen, darum mahnt er mit Klage, trifft seine Vermutung zu, so entstehen Rechtsverletzung und Rechtsanspruch, allerdings erst nach der Klage, aber sie rechtfertigen ex post die Klagsanbringung; trifft aber seine Vermutung nicht zu, erfüllt der

[3]) Nur diese Bedeutung hat die „Auferlegung des ewigen Stillschweigen", das weitere aussergerichtliche Fordern ist hiedurch dem vermeintlich Berechtigten nicht mehr oder weniger verwehrt als vorher, nemlich nur insoweit es in polizeilich ahndbare persönliche Behelligung ausartet.

Beklagte vielmehr, so entsteht keine Rechtsverletzung, entsteht kein Rechtsanspruch, und die Klage müsste überhaupt ungeeignet werden zu einem weiteren gerichtlichen Verfahren, falls nicht auch das Factum der nachträglichen Zahlung nach unserer Processordnung nur im gerichtlichen Verfahren erwiesen werden könnte.[4])

Nicht die Klage hat in der Rechtsverletzung ihre nothwendige Voraussetzung, sondern der Rechtsanspruch; es kann kein Rechtsanspruch entstehen, so lange keine Rechtsverletzung erfolgt ist, aber es kann eine Klage zulässig sein, ohne dass eine Rechtsverletzung erfolgt wäre, ohne dass ein Rechtsanspruch vorläge. Den besten Beleg hiefür bieten die sog. Anerkennungs- oder Feststellungsklagen. Einer Partei liegt daran, Gewissheit darüber zu erlangen, ob ein Sollen in einer gewissen Richtung bestehe, beziehungsweise ob gewisse Thatsachen eingetreten seien, an die ein künftiges Sollen geknüpft ist. Noch „soll" vielleicht gar Niemand, nur der Gedanke an die Zukunft lässt uns schon jetzt von einem Rechte reden: wo wäre da dermalen Raum für eine Rechtsverletzung, für einen Rechtsanspruch? Oder sollte etwa schon jetzt für den zukünftig Verpflichteten ein Anerkennensollen bestehen, seine Rechtsverletzung in einem Verweigern der Anerkennung, der Rechtsanspruch im Begehren auf Anerkennung liegen? Diese gekünstelte Construction, deren Werth wol nur darin erblickt werden könnte, dass sie das Dogma, laut welchem die Klage eine Rechtsverletzung zur Voraussetzung haben soll, retten würde, muss schon an dem Einwande zerschellen, dass die Verweigerung der Anerkennung eines Rechtsverhältnisses nicht die Bedingung der Zulässigkeit der Präjudicialklage ist. Aber habe ich denn wirklich ein Recht, von Jemandem mündliche Anerkennung meiner Rechte zu verlangen? Ich habe nur ein Recht, thatsächliche Befolgung zu verlangen, d. i. even-

[4]) Wenn der Kläger darauf besteht, so wird ungeachtet der nach der Klagezustellung erfolgten Zahlung ein Urtheil zu schöpfen sein. War der Beklagte in mora, so wird im Urtheile auszusprechen sein, dass er zur Zeit der Klageanstellung schuldig war, dem Kläger den Klagebetrag zu bezahlen, und ihm der eventuelle Kostenbetrag aufzuerlegen sein. Anders aber, wenn die Forderung erst durch die Einklagung fällig wurde, und der Schuldner sofort nach Klagezustellung den Klagebetrag bezahlte und, falls der Kläger diess nicht zugesteht, hiefür den gerichtsordnungsmässigen Beweis erbringt: hier wird nach unseren Processgesetzen zwar auch durch Urtheil zu entscheiden sein, allein das Urtheil wird ein gänzlich freisprechendes sein: der Beklagte war zur Zeit der Klageanbringung nicht zur Zahlung verpflichtet und ist es auch zur Zeit der Urtheilschöpfung nicht, er hat stets alles erfüllt, was er erfüllen sollte; daher wird er auch vom Ersatze der Gerichtskosten loszuzählen, dieser vielmehr dem Kläger aufzuerlegen sein.

tuell zu erzwingen, ich kann auch thatsächlich zur Anerkennung Niemanden zwingen, nicht einmal zur mündlichen, geschweige denn zur gedankenmässigen. Das Anerkennen seitens des mit Präjudicialklage belangten ist auch gar nicht der Zweck derselben; nicht darum ist dem Kläger zu thun, dass der Beklagte wirklich anerkenne, nur darum ist ihm zu thun, dass dem Beklagten ein eventuelles Nichtanerkennen nichts nütze; nicht darum, dass der Beklagte anerkenne,[5]) sondern darum, dass das Rechtsverwirklichungsorgan anerkenne, und sich für den Fall einer eventuellen späteren Rechtsverletzung in seinem Votum über den Bestand des Rechtes binde. Durch die Anerkennungsklage soll nicht ein Sollen gegen den Beklagten verwirklicht, zur practischen Geltung gebracht werden, sondern es soll nur die Frage nach dem Bestande dieses Sollens entschieden werden. Und darum hat die Anerkennungsklage weder eine Rechtsverletzung noch einen Rechtsanspruch wider den Beklagten zu ihrer nothwendigen Voraussetzung.[6])

Eine scheinbare Einwendung wider den Satz, dass die Rechtsverletzung die Quelle des Rechtsanspruches sei, könnte schliesslich auch daraus abgeleitet werden, dass in vielen Fällen zu einer Zeit, wo das Sollen, um welches es sich in letzter Linie handelt, noch nicht acut ist, oder doch noch nicht verletzt wurde, schon Sicherstellung für die Erfüllung des Sollens gefordert werden kann. Hier existiert also

[5]) So z. B. Unger II, § 115, N. 6.

[6]) Vgl. die Entscheidung des OGH 3. April 1873, GUW 4928, Sp. Rep. 46: „Das Recht zur Klageerhebung wird durch keine gesetzliche Vorschrift an das Vorhandensein einer bereits thatsächlich gewordenen Rechtsverletzung geknüpft. Soferne der Kläger nur überhaupt ein rechtliches Interesse daran hat, dass schon jetzt ein concretes, möglichem Streite ausgesetztes Rechtsverhältnis durch Urtheil festgestellt werde, kann er die Entscheidung herbeiführen." Vgl. § 231 RCPO: „Auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses, auf Anerkennung einer Urkunde, oder auf Feststellung der Unechtheit derselben kann Klage erhoben werden, wenn der Kläger ein rechtliches Interesse daran hat, dass das Rechtsverhältnis oder die Echtheit oder Unechtheit der Urkunde durch richterliche Entscheidung alsbald festgestellt werde." § 277 CPOE: In der Klage kann das Begehren auch bloss auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses, auf Anerkennung der Echtheit einer Urkunde oder auf die Feststellung der Unechtheit derselben gerichtet werden, wenn der Kläger Umstände darthut, welche sein rechtliches Interesse daran wahrscheinlich machen, dass das Rechtsverhältnis oder die Echtheit oder Unechtheit der Urkunde durch eine gerichtliche Entscheidung alsbald festgestellt werde." Vgl. auch Entsch. des OGH 2. Oct. 1877, GUW 6564, 26. Febr. 1878, GUW 6850, 30. Juni 1880, GUW 8035.

ein Anspruch, um einer zukünftigen Rechtsverletzung vorzubauen, somit müsse doch hier — könnte man argumentieren — unbedingt die Rechtsverletzung das Spätere sein. Dieser Einwand würde aber nichts Anderes als eine Escamotage des Sollens, gerichtet auf Sicherstellung, mit dem Sollen, gerichtet auf Leistung, sein. Um des späteren Sollens willen, um dieses zu sichern, ist in gewissen Fällen schon ein früheres Sollen als Avantgarde aufgestellt. Der Wechselschuldner soll in den Fällen des Art. 29 WO (z. B. wenn über das Vermögen des Acceptanten der Concurs eröffnet worden ist) Sicherstellung leisten, auch wenn der Wechsel noch nicht fällig ist, nicht darum, weil er eine Rechtsverletzung begangen hat, sondern weil ihm das Gesetz dieses Sollen auferlegt hat, und erst wenn er dieses Sollen verletzt, wenn er die schuldige Sicherstellung nicht leistet, erwächst dem Remittenten der Anspruch auf Sicherstellung.[7])

Dass diess das wahre Verhältnis ist, wird sofort erkennbar, wenn die Verpflichtung zur Sicherstellung auf vertragsmässiger Übereinkunft beruht. Der in einer gewissen Richtung Berechtigte, z. B. der Gläubiger, hat ausser seinem Hauptrechte, im angenommenen Falle also dem Forderungsrechte, noch ein weiteres Recht, das Recht auf Sicherstellung, und dieses Recht kann verletzt werden, ehe jenes auch nur verletzbar geworden ist; die Verletzung dieses Rechtes erzeugt den Rechtsanspruch auf Sicherstellung, deren Zweck ist, der Verletzung jenes Rechtes vorzubauen.

Die Rechtsverletzung ist also die Voraussetzung, ja geradezu die Ursache des Rechtsanspruches. Und diess tritt auch im Inhalte desselben deutlich hervor: denn der Rechtsanspruch geht auf Aufhebung der Rechtsverletzung oder doch neben, beziehungsweise statt dieser auf Verwirklichung jenes Sollens, das aus der Rechtsverletzung erstanden ist, auf Ersatz und Strafe. Hat auch, speciell den Ersatz belangend, dieser seine Voraussetzung darin, dass die Rechtsverletzung nicht zur Gänze behoben werden kann, so erwächst er doch nicht etwa erst aus der Nichtbehebung der Rechtsverletzung, so dass diese gleichsam als zweite Rechtsverletzung anzusehen wäre, der der Ersatzanspruch entspränge. Schon aus der ursprünglichen Rechtsverletzung erwachsen im Allgemeinen der Anspruch auf Behebung der Rechtsverletzung und der Anspruch auf Ersatz des eventuellen Schadens X,

[7]) Auf ähnliche Weise erwächst nach Art. 314 HG dem Kaufmanne wider den insolventen Kaufmann ein Sicherstellungsanspruch, der aber nicht in der Form des Angriffes, sondern in der der Abwehr auftritt, er erhält ein Retentionsrecht.

sowie auch schliesslich der Anspruch auf Strafe soweit die Rechtsordnung einen solchen anerkennt.

Aus der dargelegten Natur des Rechtsanspruches ergibt sich aber auch, dass er erlischt in dem Augenblicke, wo die Rechtsverletzung zur Gänze behoben ist, beziehungsweise alle rechtlichen Consequenzen verwirklicht sind,[8]) sowie auch dann, wenn die Aufhebung der Rechtsverletzung und Verwirklichung ihrer Consequenzen begrifflich unmöglich geworden ist. Da es aber im Wesen des Rechtsanspruches liegt, dass seine Durchführung dem Willen des Verletzten anheimgegeben ist, erlischt er auch dann, wenn der Verletzte auf die Rechtsverwirklichung, d. i. auf seinen Anspruch, verzichtet.

γ_1. Der Rechtszwang.

§ 117.

Der aus der Rechtsverletzung entstandene Rechtsanspruch geht auf Beseitigung der Rechtsverletzung und Durchführung ihrer Consequenzen, u. z. wenn sie nicht mit dem Willen des Verletzers erfolgen kann, auch wider seinen Willen, zwangsweise.

Zunächst könnte der Verletzte versuchen, selbst sein Recht zu verwirklichen, die Rechtsverletzung zu beheben, ihre Consequenzen zu erzwingen, sich selbst zu helfen. Allein diese Selbsthilfe würde nicht nur in vielen Fällen ungenügend sein, sie würde ohne einer sie eventuell deckenden Staatshilfe überhaupt nicht Rechtshilfe sein, denn nur die Aussicht auf staatlichen Schutz macht das Recht zum Rechte. Allein die blosse Anrufung der Staatshilfe kann nicht genügen, diese sofort herbeizuführen; der Staat kann sich nicht mit der blossen Behauptung des Anrufers, er habe ein Recht, es sei eine Rechtsverletzung erfolgt, ein Rechtsanspruch entstanden, begnügen, er muss den Rechtsanspruch vorerst prüfen, das Recht liquidieren. Die Rechtsliquidierung bildet die nothwendige Voraussetzung der Staatshilfe.

Es wird daher zu handeln sein von der Selbsthilfe, der Rechtsliquidierung und der Staatshilfe.

---

[8]) Hiemit erledigt sich nach österreichischem Rechte die Frage nach der Concurrenz der Klagen. Da es eine Klagsconsumtion im Sinne des classischen römischen Rechtes bei uns nicht gibt, kann jeder Anspruch so lange mit Klage verfolgt werden, bis er zur Gränze zuerkannt oder aberkannt wurde. Vgl. übrigens hiezu § 40 a. G. O. und § 40 CJN. Die Möglichkeit einen Anspruch geltend zu machen wird also einerseits beschränkt durch die res judicata, anderseits durch die Regel: „Das, was Jemand durch eine Klage bereits (zuerkannt) erhalten hat, kann er nicht noch einmal mit einer andern Klage fordern“ (Savigny V, § 231, S. 209.)

α_2. Die Selbsthilfe.[1])

§ 118.

Zweck der Rechtsordnung ist es, gewisse Handlungen hintanzuhalten, gewisse Handlungen herbeizuführen. Schon durch ihre blosse Existenz wirkt sie in vielen Fällen auf den menschlichen Willen, wird zum Motive von Unterlassungen und Handlungen. Wo aber ihre blosse Existenz nicht ausreicht, den bezweckten Erfolg herbeizuführen, da gestattet sie, denselben mit Gewalt zu verwirklichen.

Der Einzelne ist es, dessen Interesse das Privatrecht schützt, der Einzelne ist es, dessen Privatrechte verletzt werden können; der Einzelne ist es auch, bei dem es steht, ob er die Verletzung seines Privatrechtes hintanhalten, aufheben, sich vergüten lassen will. Er ist berechtigt und hierin liegt schon, dass er des staatlichen Schutzes zur Verwirklichung seines Rechtes gewärtigen darf. Aber darf er nicht vorerst versuchen, sein Recht durch eigene Kraft zur Geltung zu

---

[1]) Linde, Beiträge zur Lehre von der Selbsthilfe, Zt. f. Civilr. u. Proc. I, 1828, N. XXI, S. 392 ff.; Benfey, Beiträge zur Lehre von der Selbsthilfe, Rhein. Museum VII, 1835, N. I, S. 1 ff.; Sartorius, Nachforschungen über das decretum D. Marci, Zt. f. Civ. u. Pr. XX, 1845, N. I, S. 1 ff.; Ihering, Geist des r. R. I, §§ 11—11 c, S. 118—164; Wessely, Die Befugnisse des Nothstandes und der Nothwehr nach ö. R., Prag 1862, 96 S. (betrifft ebenso wie die unten zu nennende Abhandlung Wahlberg's mehr die strafrechtliche Seite; hiezu Glaser, Ö. VJS X, 1863, S. 15—18); Schmitt, Die Selbsthilfe im r. Privatrecht, Erlangen 1868, 76 S.; Nägeli, Das germanische Selbstpfändungsrecht in seiner hist. Entwicklung mit bes. Rücksicht auf die Schweiz, Zürich 1876, 114 S.; Samuelsohn, Die Wirkungen der Privatpfändung nach deutschem Recht, Breslau 1878, 50 S.; Wahlberg, Der Rechtscharacter der Selbsthilfe und der Nothwehr, GZ 1879, N. 21—26; Wendt, Das Faustrecht oder Besitzvertheidigung und Besitzverfolgung, Jahrb. f. Dogm. XXI, 1883, N. II, S. 56—342 (auch Jena 1883, 287 S.; hiezu Exner, Kr. VJS XXVI, 1884, S. 56—70); Arndts § 94; Brinz I, § 82; Windscheid I, § 123; Vangerow I, § 132—134; Wächter II, § 61, Unger II, § 111; Schiffner, I, § 138. Vgl. auch Wilda, Das Pfändungsrecht, Zt. f. Deutsches Recht I, S. 167—320; Stobbe I, § 70. Über den Nothstand vgl.: „Lehmann, Über die civilrechtlichen Wirkungen des Nothstandes, Jahrb. f. Dogm. XIII, 1874, N. I, S. 215—250 (S. 242: entsteht ein „Conflict zwischen einem blossen Vermögensrecht und einem in der Schätzung der Rechtsordnung höher stehenden Gute“ z. B. schwere Erkrankung eines ausziehpflichtigen Miethers, — so wird „zum Schutz des gefährdeten höheren Gutes ein Enteignungsrecht gegen Entschädigung begründet“); Janka, Der strafrechtliche Nothstand, Erlangen 1878, 264 S.; Stammler, Darstellung der strafrechtlichen Bedeutung des Nothstandes, Erlangen 1878, 82 S. (hiezu Lammasch, Grünhut's Zt. VI, S. 631—637).

bringen, so dass er erst dann die Hilfe des Staates anzurufen bemüssigt wäre, wenn er durch eigene Macht sein Recht nicht zu verwirklichen, sich selbst nicht zu helfen vermöchte? Gewiss hat es in der Entwicklungsgeschichte des Rechtes eine Periode gegeben, für welche dieser Satz zu bejahen wäre. Aber die Erfahrung musste schliesslich zeigen, dass in den meisten Fällen die Selbsthilfe nicht das geeignete Mittel war, Rechtsverletzungen zu beheben, dass sie vielmehr allzuleicht die Quelle neuer Rechtsverletzungen ward. Nicht nur dass sie den willkommensten Vorwand für Jeden bot, der einen Zwang unter Vorschützung eines Rechtes zu unternehmen Macht und Lust hatte, nicht nur dass sie dort, wo das Recht streitig war, wo Jeder glaubte im Rechte zu sein, zu einer endlosen Kette wechselseitiger Gewaltacte, zur Fehde bis zur Vernichtung des einen Theiles führen musste, — selbst dort, wo böser Wille fehlte, wo das rechtliche Princip nicht streitig war, konnten doch nur ausnahmsweise die Masse, mit denen Verletzer und Verletzter die Rechtsverletzung massen, übereinstimmen; stets ist der Verletzte geneigt, die Verletzung ebenso zu überschätzen als der Verletzer sie gewöhnlich unterschätzt. Sollte die Rechtsordnung den Interessen Aller in möglichst gleicher Weise gerecht werden, so musste sie die Selbsthilfe in der Mehrzahl der Fälle geradezu ausschliessen und nur auf jene Fälle beschränken, wo die Gefahren aus ihrer Zulassung in den Hintergrund traten, vor jenen, welche ihr Verbot zur Folge gehabt hätte.

Ein eminenter Unterschied in dieser Richtung besteht nun zwischen jenen Fällen, in denen eine Rechtsverletzung bereits erfolgt ist, und jenen, in denen sie erst erfolgt. Dem Berechtigten auferlegen, dass er jede Verletzung seiner Rechtssphäre ruhig über sich ergehen lassen müsse und erst dann, wenn ihm ein Unrecht zugefügt ist, dessen Beseitigung durch die Staatsgewalt verlangen dürfe, würde nicht nur seiner Selbstbeherrschung fast Unmögliches zumuten, es würde auch in vielen Fällen unersetzlichen Nachtheil ihm zufügen. Unverwehrt ist es ihm daher, eine drohende, d. i. eine in der Verwirklichung begriffene, versuchte Rechtsverletzung nöthigenfalls selbst mit Gewalt abzuwehren, nur dass er auch hier die Schranken der Nothwendigkeit nicht überschreiten darf. Aber nur jene Rechtsverletzung, die einen positiven Eingriff in die Rechtssphäre des zu Verletzenden involvieren würde, kann durch blosse „Abwehr“ hintangehalten werden; wo die Verletzung des Rechtes durch ein Unterlassen erfolgt, da könnte sie nur durch directen Zwang hintangehalten werden; hier stehen sich Hintanhaltung der drohenden und Aufhebung der erfolgten Rechtsverletzung vollkommen gleich; zudem ist gemeiniglich die Rechtsverletzung durch positives Handeln eine unvorhergesehene, gegen die wir daher momentan nur unsere eigene Gewalt aufzubieten vermögen, während dort, wo unser Recht auf ein fremdes Handeln zielt, ein ganz concretes Rechtsverhältnis zwischen bestimmten Personen bestehen muss, ja gemeiniglich auch der Zeitpunct schon vorher bekannt ist, in dem das Handeln erfolgen sollte, in dem also durch Unterlassung die Rechtsverletzung entstehen könnte, so dass wir hier in der Lage sind uns vorzusehen, dass im Falle der Rechtsverletzung die staatliche Hilfe noch zur rechten Zeit eingreifen könne.

Und so ergibt sich der Satz: nur einem positiven widerrechtlichen Eingriffe in seine Rechtssphäre darf das Individuum mit der zur Abwehr erforderlichen Gewalt selbst entgegen treten; ein fremdes Handeln darf es nicht mit Umgehung der Rechtsschutzorgane eigenmächtig erzwingen, eine schon vollzogene Rechtsverletzung nicht mit Umgehung der Rechtsschutzorgane eigenmächtig wieder aufheben.

Indem aber die Rechtsordnung die Selbsthilfe verbietet, erklärt sie zugleich dieselbe selbst als Verletzung der Rechtsordnung und muss an sie wieder weitere Rechtsfolgen knüpfen. Auch hier können diese Rechtsfolgen wieder bestehen in einer blossen Beseitigung der durch die Selbsthilfe entstandenen Veränderungen, im Ersatze des durch die Selbsthilfe dem vermeintlichen oder wirklichen Rechtsverletzer, gegen den sie geübt wurde, zugegangenen Nachtheiles, schliesslich im Vollzuge einer Strafsanction wider Jenen, der sein Recht selbst verwirklichte.

Es wird nun darzulegen sein, welche Stellung zur Selbsthilfe das österreichische Recht einnimmt.

Der § 19 a. b. G. ist es, welcher unter der Marginalrubrik „Verfolgung der Rechte“ die Frage nach der rechtlichen Zulässigkeit der Selbsthilfe und ihren Rechtsfolgen ex professo behandelt: „Jedem, der sich in seinem Rechte gekränkt zu sein erachtet, steht es frei, seine Beschwerde vor der durch die Gesetze bestimmten Behörde anzubringen. Wer sich aber mit Hintansetzung derselben der eigenmächtigen Hilfe bedienet, oder, wer die Grenzen der Nothwehre überschreitet, ist dafür verantwortlich.“ § 19 handelt zunächst von dem Falle der bereits erfolgten Rechtsverletzung und erklärt Denjenigen, „der sich der eigenmächtigen Hilfe bedienet“ mit einem sehr vieldeutigen Ausdrucke „dafür verantwortlich“. Nur in Parenthesi erwähnt er den Fall einer erst drohenden, noch abwendbaren Rechtsverletzung, aber in einer Weise, dass (auch ganz abgesehen von der hiemit offenbar angezogenen Bestimmung des Strafgesetzes) kein Zweifel darüber obwalten könnte, dass es nicht untersagt sei, „einen rechtswidrigen Angriff auf Leben,

Freiheit oder Vermögen von sich . . abzuwehren". Ja aus § 127 des alten [2]) beziehungsweise § 2g des neuen StG ergibt sich, dass das Individuum nicht nur von sich, sondern auch „von Anderen" einen solchen Angriff abzuwehren befugt ist. Aber mit dieser Abwehr wider ein positives fremdes rechtswidriges Handeln ist auch der Inhalt der erlaubten Selbsthilfe erschöpft. Für jede Überschreitung der zur blossen Abwehr, zur „nöthigen Vertheidigung" erforderlichen Gewalt, für jede eigenmächtige Erzwingung eines fremden Handelns, jede eigenmächtige Aufhebung einer erfolgten Rechtsverletzung ist das Individuum „verantwortlich".

Worin besteht nun aber diese Verantwortlichkeit? Nicht von der Verantwortlichkeit nach öffentlichem Strafrechte kann hier die Rede sein. Dadurch, dass § 19 die Selbsthilfe und die Überschreitung der Nothwehr gleichsam in einem Athemzuge nennt, und beide mit dem einen Worte „verantwortlich" erledigt, ist er wiederholt Gegenstand einer gänzlich verkehrten Auffassung geworden, dass nemlich in ihm der Thatbestand einer selbstständigen strafbaren Handlung, der „unerlaubten Selbsthilfe" gegeben sei. Durch eine Reihe conformer Entscheidungen der obersten Justizstelle [3]) dürfte einer solchen bedauerlichen Verkennung der Bedeutung eines Civilgesetzbuches wol für immer der Boden entzogen worden sein. [4]) Das österreichische Recht

[2]) Das Strafgesetz vom 3. September 1803 erörterte den Begriff der Nothwehr in dem Hauptstücke von dem Morde und Todtschlage in § 127: „Derjenige, der Jemanden in Anwendung einer gerechten Nothwehr tödtet, begeht kein Verbrechen. Es muss jedoch bewiesen werden, oder aus den Umständen der Personen, der Zeit, des Ortes, mit Grund zu schliessen seyn, dass der Thäter sich der nöthigen Vertheidigung gebraucht habe, um sein, oder seiner Nebenmenschen Leben, Vermögen oder Freyheit zu schützen." Mit Recht hat das Strafgesetzbuch vom Jahre 1852 den Begriff der Nothwehr im allgemeinen Theile erörtert. Nach § 2 wird „die Handlung oder Unterlassung nicht als Verbrechen zugerechnet: . . . wenn die That . . in Ausübung gerechter Nothwehr erfolgte. Gerechte Nothwehr ist aber nur dann anzunehmen, wenn sich aus der Beschaffenheit der Personen, der Zeit, des Ortes, der Art des Angriffes oder aus anderen Umständen mit Grund schliessen lässt, dass sich der Thäter nur der nöthigen Vertheidigung bedient habe, um einen rechtswidrigen Angriff auf Leben, Freiheit oder Vermögen von sich oder Anderen abzuwehren; — oder dass er nur aus Bestürzung, Furcht oder Schrecken die Grenzen einer solchen Vertheidigung überschritten habe".

[3]) Vgl. Riehl I, ad § 19, S. 38.

[4]) Ganz etwas Anderes natürlich ist es, dass die Selbsthilfe unter Umständen den Thatbestand eines Delictes nach dem Strafgesetze bilden kann. Aber dann ist sie nicht darum strafbar, weil sie Selbsthilfe ist, sondern darum, weil sie Erpressung, Hausfriedensbruch, öffentliche Gewaltthätigkeit durch Freiheitseinschränkung (§ 93 StG), Mord, schwere Körperverletzung etc. ist. Bei gewissen Delicten wird jedoch die Delictsqualität dadurch, dass der Handelnde (wenn auch in unbefugter Weise) sein Recht zur Geltung zu bringen suchte oder doch in diesem Glauben sich befand, geradezu ausgeschlossen. So beim Diebstahle, der (§ 171 StGB) nur an einer „fremden" und auch für fremd gehaltenen (§ 1 StGB) Sache möglich ist.

hat aber auch nirgend eine Privatstrafe auf die widerrechtliche Selbsthilfe gesetzt, wie diess nach römischem Rechte der Fall war, welches den Verlust des eigenmächtig geltend gemachten Forderungsrechtes, [5]) des eigenmächtig geltend gemachten Eigenthumsrechtes [6]) als Rechtsfolge der Selbsthilfe statuierte. [7]) Es bleiben somit nur die Eventualitäten einer Ersatzpflicht und einer Wiederaufhebung des durch eigenmächtige Selbsthilfe erzielten Resultates ungeachtet eines etwa entgegenstehenden anderweitigen Rechtsanspruches über.

Wo es sich nicht um eine sachliche Leistung, sondern eine persönliche Leistung, welche eigenmächtig erzwungen wurde, handelt, kann von einer Wiederaufhebung der erzwungenen Rechtserfüllung natürlich keine Rede sein. Soll nun aber in diesen Fällen die Verantwortlichkeit

[5]) Das sog. decretum D. Marci. Optimum est, ut, si quas putes te habere petitiones, actionibus experiaris; interim ille possessione debet morari, tu petitor es; et quum Marcianus diceret: vim nullam feci: Caesar dixit: tu vim putas esse solum, si homines vulnerentur? Vis est et tunc, quoties quis id, quod deberi sibi putat, non per judicem reposcit; non puto autem nec verecundiae, nec dignitati (Fl: pietati) tuae convenire, quidquam non jure facere. Quisquis igitur probatus mihi fuerit, rem ullam debitoris (vel pecuniam debitam, L. 13, D. 4, 2) non ab ipso sibi traditam sine ullo judice temere possidere, eumque sibi jus in eam rem dixisse, jus crediti non habebit. L. 7, D. 48, 7. Vgl. auch L. 13 u. L. 12, § 2, D. 4, 2. Vgl. hiezu J. Schmitt, Die Selbsthilfe im röm. Privatrechte, 1868.

[6]) Vgl. L. 7, C. 8, 4. Si quis in tantam furoris pervenerit audaciam, ut possessionem rerum apud fiscum vel apud homines quoslibet constitutarum ante eventum judicialis arbitrii violenter invaserit, dominus quidem constitutus possessionem, quam abstulit, restituat possessori et dominium ejusdem rei amittat. Sin vero alienarum rerum possessionem invasit, non solum eam possidentibus reddat, verum etiam aestimationem earundem rerum restituere compellatur.

[7]) Ich vermag mich nicht der Ansicht jener Schriftsteller anzuschliessen, welche diese Privatstrafen der Selbsthilfe durch das Reichsstrafgesetzbuch im Gebiete des gemeinen Rechtes für beseitigt erachten. Das Reichsstrafgesetzbuch regelt die öffentlichen Strafen und lässt den Kreis der Privatstrafen vollkommen unberührt. Vgl. Thon, Rechtsnorm und subj. Recht S. 33, Brinz, 2. Aufl., I, S. 268, A. M. Windscheid I, § 123, N. 4a, Bruns in Holtzendorf's Enc. I, 370, Heinze, Das Verhältnis des Reichsstrafrechts zum Landesstrafrecht (1871), S. 36.

nur darin bestehen, dass Derjenige, der sich „in seinem Rechte gekränkt zu sein“ lediglich „erachtete“, aber nicht gekränkt war, dem also, wo er einen Anspruch zu verwirklichen glaubte, gar kein Anspruch zugestanden hatte, oder der mehr erzwang, als er hätte fordern dürfen, das Äquivalent der erzwungenen Leistung bieten müsse? Man wird mit Recht sagen, dazu bedürfte es fürwahr keiner Gesetzesbestimmung. Aber anderseits muss auch zugegeben werden, dass eine andere Auffassung zu einer etwas weitgehenden Interpretation der „Verantwortlichkeit“, ja zu geradezu widersinnigen Resultaten führen müsste.

A nimmt zur Nachtszeit bei strömendem Regen einen Fiaker und schliesst mit ihm ab auf Fahrt nach Pötzleinsdorf. Im Weinhaus erklärt der Kutscher seinem Fahrgast, er sei hier zuhause und fahre bei dem Regen nicht mehr weiter, der Fahrgast möge aussteigen. Wenn nun der Fahrgast den Kutscher durch Drohungen, z. B. durch Anhaltung eines Revolvers zwingt, ihn weiterzuführen, so mag er zunächst hiedurch eine strafbare Handlung begangen haben. Aber, welchen denkbaren Sinn könnte es haben, nun dem Kutscher eine Klage zu geben wider seinen Passagier auf Zahlung der Fahrt vom Weinhaus nach Pötzleinsdorf, eine Klage, gegen welche der Geklagte nicht einwenden dürfte, dass er ja schon die ganze Fahrt bis Pötzleinsdorf gezahlt habe, sondern die er erwidern müsste mit einer selbstständigen Klage auf Herausgabe der entsprechenden bezahlten Fahrtquote, so dass der Kutscher klagen dürfte um das, was er schon erhalten hat, der Andere zahlen müsste, was er schon gezahlt hat, der Kutscher herausgeben müsste, wofür, wenn auch gegen seinen Willen, schon die Leistung erfolgt ist, der Fahrgast das Geld zurückfordern könnte für die Strecke, die er factisch zurückgelegt hatte. Ich glaube, dieses schreiende Missverhältnis löst sich einfach damit, dass § 19 a. b. G. gar nicht jene Fälle, in denen es sich um eine rein persönliche, nicht sachliche Leistung handelt, im Auge hat. Hier kann eine eigenmächtige Selbsthilfe gemeiniglich ohnedem nur auf eine im Strafrechtswege ahndbare Weise mittelst directer Gewalt erfolgen, irgend welche besondere privatrechtliche Bestimmungen sind hier überflüssig, ja geradezu undurchführbar, die allgemeine privatrechtliche Ersatzpflicht für den Fall, dass eine Leistung erzwungen wurde, auf welche ein Recht im Allgemeinen oder kraft besonderer Umstände nicht bestand, oder dass mehr erzwungen wurde, als hätte geleistet werden sollen, erweist sich als vollkommen genügend.

Wenn sich aber die in § 19 a. b. G. statuierte Verantwortlichkeit als auf die Fälle rein persönlicher Leistung unanwendbar erweist, so

erübrigt nur, sie auf jene Gruppe von Fällen zu beziehen, in denen es sich um Störung einer sachlichen Innehabung zur Verwirklichung eines vermeintlichen Rechtes handelt, in denen die Selbsthilfe in Angriffsform erfolgt und zugleich in Störung eines Detentionsverhältnisses besteht, und hiemit hängen zusammen jene Fälle, in denen die Selbsthilfe als Abwehr einer Störung eines Detentionsverhältnisses auftritt. Nun aber wird sofort klar die eigenthümliche Zusammenstellung der „eigenmächtigen Hilfe“ und der Überschreitung der „Grenzen der Nothwehr“ im Schlussatze des § 19 a. b. G. Auch die blosse Detention darf Niemand, selbst der Berechtigte nicht, eigenmächtig stören, auch der blosse Detentor darf sich in seiner Detention mit Gewalt gegen gewaltsame Depossedierung, selbst durch den Berechtigten, vertheidigen. Für jede Störung des Detentionsverhältnisses ist der Störer verantwortlich, d. h. er muss das frühere Detentionsverhältnis wieder herstellen, unbeschadet seiner eigenen etwaigen Rechte. Diess steht zwar nicht ausdrücklich in § 19, aber es ergibt sich aus seinem Zusammenhange mit der Lehre vom Besitzschutze. Es wird bei Entwicklung der Besitzlehren gezeigt werden, dass nach österr. Rechte auch der Detentor bis zu einem gewissen Grade Besitzschutz geniesse,[8]) und gerade auf diesen Schutz hat § 19 Bezug, mit Hinblick auf ihn begnügt sich § 19 mit dem vagen Worte „verantwortlich“.

Von der Unzulässigkeit aggressiver Selbsthilfe pflegt man gemeiniglich zwei Ausnahmen zu machen, nämlich „der Natur der Sache nach“,

[8]) Fast alle unsere Schriftsteller geben zu, dass „wer Selbsthilfe übt ... das Abgenommene . . sofort restituieren“ muss (Unger II, § 111, S. 342) „jedoch unbeschadet des Rechtes, seinerzeit den Rechtsweg zu betreten“ (Kirchstetter, S. 39); vgl. auch Stubenrauch I, S. 65 (4. Aufl.); Schiffner I, § 138, S. 161. Allein dessen ungeachtet wird hiemit gemeiniglich die Behauptung vereint, der Besitzschutz beziehe sich nicht auf den Detentionsbesitz. Hienach würde sich consequenterweise das Resultat ergeben, dass der Detentor wol gegen den ihn behufs Durchsetzung seines Rechtes eigenmächtig depossedierenden Eigenthümer, nicht aber wider den Dieb possessorischen Schutz geniessen würde. Vgl. Wendt, Jahrb. f. Dogm. 1883, S. 63, welcher treffend bemerkt, „dass es wenig mit einander harmoniert, dem Pächter und anderen Detentoren den Besitzschutz zu versagen und dennoch jene Selbsthilfeexecution zu ihren Gunsten eintreten zu lassen. Denn diese letztere, mag man ihr einen Namen geben, wie man wolle, heisst sachlich doch nichts Anderes, als dass jedem Detentor zum Schutz seiner Persönlichkeit und zur Abwehr aller Eigenmacht rein possessorisch, d. h. nur aus dem Grunde der geübten Detention ein Rechtsmittel gewährt sein solle, dem man die Bezeichnung Spolienklage gewiss mit Unrecht vorenthält.“

„wenn die Selbsthilfe wegen Unzulänglichkeit der richterlichen Hilfe ausgeübt wurde, um einen sonst bevorstehenden unwiederbringlichen Verlust abzuwenden“ (Unger II § 111 S. 343), und im Falle des § 1321 a. b. G.

Der erste der beiden Fälle kann nur im Zusammenhange mit der Lehre vom unechten Besitze seine richtige Lösung finden;[9]) es wird sich dort zeigen, dass in den Fällen unechten Besitzes überhaupt abweichende Grundsätze hinsichtlich des Besitzschutzes und implicite hinsichtlich der Zulässigkeit der Selbsthilfe gelten.[10])

Der zweite der erwähnten Ausnahmsfälle betrifft einen jener im älteren deutschen Rechte anerkannten Fälle eigenmächtiger Pfandergreifung.[11]) „Wer auf seinem Grund und Boden fremdes Vieh antrifft, . . kann es durch anpassende Gewalt verjagen; oder wenn er dadurch Schaden gelitten hat, das Recht der Privat-Pfändung über so viele Stücke Viehes ausüben, als zu seiner Entschädigung hinreichet“ (§ 1321 a. b. G.). Ich glaube jedoch, dass es sich, was die Privatpfändung[12]) betrifft, hier nicht so sehr um einen Fall technischer Selbsthilfe handle, sondern vielmehr lediglich um einen besonders gearteten Pfandrechtstitel.

Die Ausübung dieses Selbstpfändungsrechtes hat keineswegs zu ihrer nothwendigen Voraussetzung eine Rechtsverletzung, ja nicht einmal eine Ersatzpflicht des Eigenthümers. Nur dort kann von einer Rechtsverletzung die Rede sein, wo ein menschliches Handeln oder Unterlassen in Frage steht. Wenn ein Ereignis als solches (im vorliegenden Falle die Sachbeschädigung durch Thiere) abgesehen von seinem Causalzusammenhange mit einem etwa erfolgten Handeln oder

[9]) Nicht hieher kann bezogen werden § 40 WGGB I: „In jenen seltnen Fällen, in welchen die richterliche Hilfe anzusuchen unmöglich wird, und in welchen die Rechtsverletzung auf keine Art vergütet werden könnte, ist die Selbsthilfe, d. i. die im Naturrechte begründete Nothwehr erlaubt.“ Vgl. hiezu § 344 a. b. G.

[10]) Widersprechend ist es, wenn Schiffner I § 138 [S. 163 einerseits sagt, es sei in dem erwähnten Falle die Selbsthilfe „nicht etwa . . für erlaubt zu halten“, jedoch hinzufügt: „freilich aber wird da die eigenmächtige Rechtsdurchsetzung an sich nicht nur, wie überhaupt, straflos sein . . . sondern auch keine Ersatzpflicht begründen, insoferne nur dasjenige durchgesetzt wurde, wozu der Gezwungene ohnehin wirklich verpflichtet war.“ Dann ist aber die Selbsthilfe auch rechtlich erlaubt.

[11]) Über das Geschichtliche vgl. Meibom, Deutsches Pfandrecht, Marburg 1857; Stobbe I § 70.

[12]) Das Verjagen des Viehes fällt unter den Begriff erlaubter Abwehr (vgl. § 344 a. b. G.).

Unterlassen zum Ersatze des durch das Ereignis entstandenen Schadens verpflichten würde,[13]) so wäre dadurch, dass der Schade geschah, nicht ein Sollen verletzt,[14]) sondern erst ein Sollen geschaffen worden. Der § 1321 statuiert jedoch überhaupt gar keine Ersatzpflicht, schon aus seiner Stellung zu § 1320 geht hervor, dass er nicht die allgemeinen Regeln über Schadenersatz modificiert, er schafft nur den Pfandrechtstitel für den etwaigen[15]) Schadenersatzanspruch.

Während die Thatsachen, welche die rechtliche Bedingung der Entstehung eines Pfandrechtes bilden, nach späterem römischen und nach heutigem Rechte vorwiegend freiwillige Pfandbestellung oder Pfandzuweisung durch den Richter sind, hat doch anderseits die Rechtsordnung auch noch an das Eintreten anderer Ereignisse die Entstehung eines (sog. gesetzlichen) Pfandrechtes geknüpft. In dem Falle des § 1321 a. b. G. ist die Schadenzufügung durch ein fremdes Thier die Bedingung eventueller Ersatzpflicht für den Eigenthümer,[16]) die Beschlagnahme durch den Verletzten die Bedingung der Entstehung eines Pfandrechtes. Die Selbstpfändung an sich ist so wenig eine Selbsthilfe als die Occupation einer herrenlosen Sache, als der Eigenthumserwerb des Usufructuars an den Früchten durch Separation (§§ 511, 519 a. b. G.) beziehungsweise nach römischem Rechte durch Perception.[17]) Von einer Selbsthilfe könnte erst dann die Rede sein, wenn etwa der die Thiere begleitende Eigenthümer oder dessen Hirte sich der Pfändung gewaltsam widersetzt, sie nicht zulässt. Ich glaube aber nicht, dass hier gewaltsame Durchführung der Pfändung gerechtfertigt wäre. Der-

[13]) Diess ist z. B. nach franz. Rechte der Fall. Auch dann ist der Eigenthümer des Viehes für den durch selbes angerichteten Schaden haftbar, wenn ein Fremder sein Vieh tückisch aus den Hürden liess, oder wenn das Vieh bei ausbrechender Feuersbrunst sich selbst einen Ausgang aus dem Pferche erbrach und auf fremde Gründe flüchtete. Vgl. Art. 1385 Code civ.: „Le propriétaire d'un animal, ou celui qui s'en sert, est responsable du dommage que l'animal a causé, soit que l'animal fut sous sa garde, soit qu'il fut égaré ou échappé.“ Vgl. aber auch Hofkzd. 11. Januar 1816 Pol. G. S. 44, 16. März 1837 ibid. 62. Bd., 17. Mai 1821, Goutta 20. Bd. S. 313.

[14]) Das Sollen richtet sich ja nur gegen Menschen!

[15]) Darum hatte auch das WGGB in § 458 III die Deckung bis zur Höhe der „vollständigen Genugthuung“ gestattet, weil es sich eben darum handelte, den Beschädigten für alle Fälle zu decken. Erkennt der Richter über die innerhalb acht Tagen zu erhebende Schadenersatzklage, der belangte Eigenthümer sei nicht ersatzpflichtig, so erlischt das Pfandrecht.

[16]) Nach römischen Recht konnte sich der Eigenthümer durch Hingabe des Thieres (noxae datio) von dieser Ersatzpflicht liberieren.

[17]) L 13, D 7. 4.

jenige, welcher bereits die Pfändung vorgenommen, die gepfändeten Thiere in ein physisches Detentionsverhältnis gebracht hat, wird einen erfolgenden Angriff allerdings abwehren dürfen, allein er wird nicht Gewalt gegen Personen anwenden dürfen, um die Pfändung zu ermöglichen. Wenn bei den Thieren, welche den Schaden zufügten, ein Begleitungspersonale sich befindet, entfällt übrigens auch der Hauptgrund, aus welchem die Zulassung des Selbstpfändungsrechtes zu einem Rechtspostulate ward. Bei allein weidenden Thieren wird es in den meisten Fällen nicht einmal möglich sein, den Eigenthümer zu erkennen oder doch unendlich schwer sein, gegen ihn den Beweis der Identität der Thiere, die den Schaden zufügten, mit seinen Thieren zu erbringen. Das Pfändungsrecht ist seinem Zwecke nach, mehr ein Mittel, den Ersatzpflichtigen zu eruieren, als sich Sicherstellung für die Beschädigung zu verschaffen. Wo aber der Eigenthümer oder sein Mandatar das Vieh selbst begleitet, wird diese Schwierigkeit zumeist entfallen.

β_2. Die Rechtsliquidierung.

§ 119.

Nur über Anrufen des in seinen Privatrechten Verletzten oder Bedrohten erfolgt das Eingreifen staatlicher Hilfe. Aber insoferne ein Recht oder eine Rechtsverletzung die Bedingung des Einschreitens der Staatshilfe bildet, muss das Vorhandensein dieser Bedingung dem Staate auch dargethan worden sein, wenn er ihre Consequenzen verwirklichen soll: das Recht, der Rechtsanspruch muss erst liquidiert werden, ehe die Vollziehbarkeit eintritt.[1])

Zwischen Personen besteht das Recht; stets werden, wo es sich um seine Feststellung oder Verwirklichung handelt, mindestens zwei Personen oder zwei Interessentengruppen sich gegenüberstehen. Soll der Richter mit annähernder Sicherheit sein Liquidierungserkenntnis fällen können, so wird er mit dem blossen Vorbringen Desjenigen, der seine Entscheidung anruft, sich nicht begnügen dürfen: audiatur et altera pars muss der oberste Grundsatz einer entwickelten Gerechtigkeitspflege sein. Erst über rechtlichen Angriff und rechtlicher Vertheidigung kann das richterliche Urtheil erfolgen.

Hier kann es sich nicht darum handeln, die einzelnen Processelemente darzulegen, es soll lediglich in Kürze gehandelt werden von

[1]) Treffend nennt Bülow, Archiv f. c. Pr. LXII, S. 85 den Civilprocess „eine Rechtsvergewisserungsoperation".

der Klage als dem Rechtsangriffe, dem Rechtsanspruche als Angriff, der Exceptio, dem Rechtsanspruche als Vertheidigung, und dem Urtheile als dem Erkenntnisse über den Rechtsanspruch.[2]) Und zwar wird von jedem der drei genannten Institute Begriff, Inhalt und schliesslich materiellrechtliche Wirkung erörtert werden.

α_3. Die Klage.[1])

α_4. Begriff.

§ 120.

Mit der Klage[2]) wendet sich Derjenige, der in seinen Rechten verletzt oder bedroht ist, oder dem um die Constatierung eines Rechts-

[2]) Es wurde schon darauf hingewiesen, dass die Klage nicht bloss Mittel zur Geltendmachung eines concreten Rechtsanspruches, sondern auch Mittel zur Constatierung eines Rechtsverhältnisses, eines subjectiven Rechtes ist, dementsprechend entscheidet auch das Urtheil nicht lediglich über Rechtsansprüche. Aber der Anspruch bildet doch den logischen Ausgang der Entwicklung, nur mit Rücksicht auf etwaige Ansprüche, d. i. auf mögliche Rechtsverletzungen, beziehungsweise behufs ihrer Hintanhaltung, erfolgen Klage und Urtheil in Fällen, in denen noch keine Rechtsverletzung statt hatte, kein Rechtsanspruch vorliegt.

[1]) Duroi, Bemerkungen über actio in rem und actio in personam, Archiv f. civ. Pr. VI, 1823, S. 252—310, 386—440; Puchta, Über die gerichtlichen Klagen, besonders in Streitigkeiten der Landeigenthümer, 2. Aufl. 1840; Hasse, Über das Wesen der Actio, Rhein. Mus. V, 1833, S. 1—86, 154—205; Savigny V, §§ 205—224; Wächter, Erörterungen II; Jocotton, Des actions civils, 1847; Keller, Der röm. Civilprocess und die Actionen (6. Aufl. 1883, bearb. v. Wach); Windscheid, Die Actio des röm. Civilrechts vom Standpuncte des heutigen Rechts, 1856; gegen diesen Muther, Zur Lehre von der röm. Actio, 1857, und wieder Windscheid, Die Actio, Abwehr, 1857 (hiezu Dworżak, Krit. Überschau V, S. 1 ff; Bekker Kr. VJS V, S. 399—412 [speciell zu Windscheid's Pand.]; Kuntze in Schletter's Jahrb. V, S. 1 ff., Zimmermann, Heidelberger Kr. Zt. V, S. 461 ff.); Förster, Klage und Einrede nach pr. Recht, Ihre Natur im Allg. und die Bedingungen ihres Gebrauches mit Rücksicht auf die einzelnen Rechtsverhältnisse, Breslau 1857 (hiezu Burchardi, Kr. VJS I, 1859, S. 597—617); Eck, Die sog. doppelseitigen Klagen des röm. und gem. deutschen Rechts, Berlin 1870, 152 S. (hiezu Göppert, Kr. VJS XIV, 1872 S. 532—561); Prinz, Das allgemeine Actionenrecht, oder die Lehre vom Anspruche, auf der geschichtlichen Grundlage des gem. u. pr. R. dogmatisch entwickelt, und als leitendes Princip für jede Processgesetzgebung begründet, Breslau 1870, 300 S. (hiezu Bekker, Kr. VJS XII, 1870, S. 587—596, Lemayer, GZ 1870, N. 79; Hopf, Gruchot's Beiträge XVI,

verhältnisses zu thun ist, an den Richter, um von ihm ein Liquidierungserkenntnis, ein Urtheil zu erwirken. Sie ist die in der vorgeschriebenen

1872, S. 297—300); Bekker, Die Actionen d. röm. Privatrechts, Berlin 1871, 1873, 2 Bde (hiezu Muther, Kr. VJS XV, S. 433—442); Merkel, Über den Concurs der Actionen nach r. Privatrecht, Halle 1877 (hiezu Brinz, Kr. VJS. XX, 1878, S. 161—167; ältere Literatur über Klagenconcurrenz bei Unger II, § 117 N. 1); Weismann, Die Feststellungsklage, Bonn 1879 (hiezu Westerburg in Gruchot's Beitr. XXIV, 1880, S. 603—607); Degenkolb, Einlassungszwang und Urtheilsnorm, Beiträge zur materiellen Theorie der Klagen, insbes. der Anerkennungsklagen, Leipzig 1878, 286 S. (hiezu Heyssler, Grünhut's Zt. V, 1878, S. 600—615, Bekker, Kr. VJS XX, 1878, N. XII, S. 321—344; die Schrift Degenkolb's hat den Anstoss gegeben zu den nunmehr zu nennenden Schriften); Bülow, Civilprocessualische Fictionen und Wahrheiten, Archiv f. civ. Pr. LXII, 1879, N. 1, S. 1—96 (gegen Degenkolb); Wach, Defensionspflicht und Klagerecht, Grünhut's Zt. VI, 1879, N. XI, S. 515—558 und 592—596 (im Wesentlichen Degenkolb zustimmend); Wach, Präclusion und Contumaz, Grünhut's Zt. VII, 1880, S. 130—172 (gegen Bülow; zu den drei genannten Schriften Kohler, Kr. VJS XXII, S. 355—369); Plósz, Beiträge zur Theorie des Klagerechtes, Leipzig 1880 (hiezu Baron, Kr. VJS XXIV, 1882, S. 317—330); Vangerow I, § 135—144; Brinz I, § 83—92a; Unger II, § 113—123, Schiffner I, § 140—145.

[2]) Die Erörterung der Frage, ob der Begriff der römischen Actio dem unseres Anspruches oder dem unserer Klage oder keinem von beiden entspreche, kann als für die vorliegende Darstellung völlig belanglos übergangen werden. Vgl. hierüber Windscheid, Die Actio, 1856; Muther, Zur Lehre von der r. Actio, 1856; Windscheid, Die Actio, 1857 und die zu diesen Schriften o. in N. 1, Genannten. Vgl. auch Unger II, § 113, N. 19 gegen Windscheid: „Der Unterschied (zwischen römischem und modernem Rechte) ist nur der, dass während die römischen Juristen, indem sie sich an das Edict anschlossen, das Recht an den Klagen entwickelten, wir umgekehrt von den Rechten auszugehen und an ihnen die Klagen darzustellen haben." — Ferner Ihering III, § 47c, S. 657: „Der römische Ausgangspunct ist der des unmittelbar practischen, der heutige der des theoretischen, wissenschaftlichen Interesses." Vgl. auch ibid S. 659: „In gewissem Sinn kann . . man sagen, die Römer kennen nicht die Klage, sondern nur die Klagen, wir umgekehrt keine Klagen, sondern nur die Klage." Über die verschiedenen quellenmässigen Bedeutungen von actio vgl. insbesondere Demelius, Untersuchungen I, S. 116 ff. Für uns hat das Wort Klage eine doppelte Bedeutung, es bezeichnet uns das processmässige Mittel, ein Recht zu verwirklichen, und die durch das materielle Recht gegebene Möglichkeit, den Rechtsweg zu beschreiten. In letzterem Sinne sprechen wir von einem Klagerechte. Vgl. Unger II, § 113 S. 350, Savigny V, § 205, S. 6. Diese Möglichkeit ist nicht etwa ein Anhängsel des Rechtes, ein zu ihm Hinzugefügtes, es ist im Gegentheile geradezu sein Inhalt, nur dass die Klage nicht die einzige Möglichkeit ist, die den Rechtsinhalt ausmacht, das Klagerecht ihn nicht erschöpft.

Form erfolgende Anrufung der Staatsgewalt[3]) Seitens des Privatberechtigten, das Recht zum Behufe der Verwirklichung zu weisen.

[3]) Aber hierüber darf nicht übersehen werden, dass die Staatsgewalt wider den Beklagten angerufen wird u. z. zum Zwecke der Durchführung des Privatrechtes. Bloss die öffentlich-rechtliche Seite der Klage betonen Muther, Zur Lehre von der röm. Actio, 1857, S. 35 ff.; Hasse, Rhein. Museum VI, S. 6 ff. In jüngster Zeit hat Degenkolb, Einlassungszwang und Urtheilsnorm, 1878, versucht, das „Recht zu klagen" völlig aus dem Privatrechtsgebiete auszuweisen (vgl. bes. S. 9 ff., 26 ff., 74 ff.), und so entschieden auch seine Auffassung von vielen Seiten bekämpft wurde (die Literaturangaben in N. 1), so hat sie doch auch Anhänger gefunden (vgl. z. B. Sohm in Grünhut's Zt. IV, S. 459). Degenkolb betrachtet das Klagerecht als ein rein öffentliches Recht und findet ihm correspondierend die Einlassungspflicht des Beklagten, welche ebenfalls öffentlich-rechtlicher Natur sein und in der Verpflichtung zur Einlassung und weiteren Mitwirkung zum Processe bestehen soll, während Wach (Defensionspflicht und Klagerecht) zwar eine Einlassungspflicht im Sinne Degenkolb's, aber keine Pflicht zur weiteren Mitwirkung bei der Entwicklung des Processes anerkennt. Mit Entschiedenheit hat Bülow (Civilpr. Fictionen und Wahrheiten) dem gegenüber betont, dass es sich im Processstadium nur um Rechte, die durch Nichtausübung präcludiert werden („Rechtsverwirkung", S. 60), nicht um Pflichten handle, dass es keine Defensionspflicht, sondern nur eine Abwehrberechtigung (richtiger Abwehrmöglichkeit) gebe. Vgl. auch Canstein, Grundlagen des Civilpr. und Grünhut's Zt. VIII, S. 391—393. Baron, Kr. VJS. XXIV, 1882, S. 319—321 vergleicht die „Einlassungspflicht", beziehungsweise die durch das Recht gegebene Möglichkeit zu klagen (selbst beim Mangel eines Rechtes) mit dem Besitzschutze, und dieser Vergleich ist (vom Standpuncte der Ihering'schen Besitztheorie aus) so treffend, als es ein Vergleich nur sein kann. Der practische Grund des „Einlassungszwanges" ist einfach der, dass die Klage und der Process das nothwendige Mittel sind, damit das angerufene Rechtsverwirklichungsorgan erkennen kann, ob ein Recht vorhanden ist. In welcher Weise das Rechtsverwirklichungsorgan sich diese Überzeugung gewinnen soll, darüber entscheiden die Processformvorschriften, welche beiden Theilen, dem Fordernden und Jenem, von dem gefordert wird, die Möglichkeit geben, das Materiale pro und contra anzuführen, zu erörtern, zu bekämpfen, zu beweisen. Dass dann, wenn ein Theil von dieser Möglichkeit keinen Gebrauch macht, das Rechtsverwirklichungsorgan in die Zwangslage kommen kann, etwas als Recht anzuerkennen, was nicht Recht ist, und so in diesem Sinne Recht zu schaffen, ist eine Folge dieser processualen Vorschriften, welche dem allgemeinen Interesse an der Sicherheit der Rechtsverfolgung das etwa widerstrebende Einzelinteresse unterordnen. Mit Recht sagt Bülow (Archiv LXII, S. 77): „Jene vermeintliche Ungerechtigkeit ist die wahre und höchste Gerechtigkeit, die einzige, die sich auf Erden, im Gebiete der äusserlichen menschlichen Interessenabgrenzung erreichen . . . sogar auch nur anstreben lässt." Wer mit Degenkolb und Wach von einer Einlassungspflicht spricht, muss dann freilich die Contumaz als Delict betrachten, als ein — unter Umständen wenigstens, dann nemlich, wenn nur

Je nachdem nun die Constatierung, Anerkennung eines Rechtsverhältnisses, oder aber die Behebung einer Rechtsverletzung der Zweck der Klage ist, theilen sich die Klagen in Anerkennungs- oder Präjudicialklagen[4]) und Anspruchsklagen ein; zwischen ihnen einzuschalten wäre der Begriff der prohibitorischen Klagen, durch welche drohende Rechtsverletzungen hintangehalten werden sollen.[5])

Wie aber das dem Sollen correspondierende Privatrecht auf Erfüllung, Ersatz oder Strafe gehen kann, so theilen sich hienach die Anspruchsklagen wieder in Erfüllungsklagen (reipersecutorische Klagen), Ersatzklagen und Strafklagen.[6])

Wir denken uns das Recht als die Quelle der Klagen, und unterscheiden demnach die einzelnen Klagen nach der Natur des Rechtes, dem sie Geltung verschaffen sollen. Es wurde schon erörtert, dass das Recht selbst nur ein Gedachtes, ja ein zum Grosstheile um der Klagemöglichkeit willen Gedachtes ist; aber demungeachtet ist die der Unterscheidung der Rechte parallellaufende Unterscheidung der Klagen nach ihrem Gegenstande dennoch vollkommen sachentsprechend, da dieselben

---

gefordert wurde, was wirklich geschuldet wird — strafloses Delict, eine Consequenz, welche Wach vergeblich abzulehnen sucht. So wenig ich aber den von Degenkolb vertretenen Resultaten seiner Arbeit beizutreten vermag, so wenig möchte ich mich jener Sorte von Kritikastern beizählen lassen, welche nur die grössere oder geringere Übereinstimmung mit ihren eigenen Theorien oder concreten Ansichten zum Massstabe für den Werth eines Buches machen. Ein Buch, das mit Geist Irrthümer vertritt, wirkt anregender und, gerade indem es zur Opposition herausfordert, erspriesslicher, als so manches, welches mit wenig Witz und viel Behagen die alten platten „Wahrheiten" dociert.

[4]) Über den Unterschied von Anerkennungs-, Feststellungs- und Präjudicialklagen vgl. Canstein, Grünhut's Zt. VIII, S. 393—395 und die dort Angeführten. Über die Zulässigkeit von Anerkennungsklagen vgl. § 116, N. 6. Die Gefahr einer zu weitgehenden Zulassung derselben dürfte dadurch beseitigt sein, dass, wo der Nichtbestand eines Rechtes mit Präjudicialklage festgestellt werden will, der Kläger den Nichtbestand beweisen muss, wenn nicht die Voraussetzungen einer Aufforderungsklage (Berühmung) vorliegen.

[5]) Hieher gehören in einem gewissen Sinne auch jene Klagen, durch welche erst die Fälligkeit einer Schuld bewirkt wird; dadurch, dass mit der Mahnung die Klage gleich verbunden wird, soll den Folgen einer Rechtsverletzung durch Nichtzahlung vorgebaut, der Zwang zur etwa nicht freiwillig erfolgenden Erfüllung geschaffen werden.

[6]) „Der Grund für die . . Eintheilung der Actionen (sc. in erhaltende, Ersatz- und Strafklagen) beruht . . auf dem Zwecke, welchen die Rechtsordnung bei Aufstellung der Verpflichtung verfolgt, zu deren Verwirklichung die actio bestimmt ist." Thon, Rechtsnorm u. subj. Recht S. 62.

Momente, welche für die Differenzierung des Rechtsinhaltes massgebend sind, auch entscheidend sind für die des Klageinhaltes. Und so stellen sich uns die Klagen entweder als vermögens- oder familienrechtliche[7]) beziehungsweise erbrechtliche dar, und in weiterer Unterabtheilung wieder als Besitzklagen, als dingliche, persönliche Klagen, etc. Auch die Eintheilung der Klagen in absolute und relative Klagen pflegt man mit Hinblick auf die tiefgreifende Unterscheidung der Rechte in absolute und relative aufzustellen, allein, wie ich glaube, ohne innere Berechtigung.[8]) Das Recht ist ein absolutes oder relatives, je nachdem es sich gegen Jedermann oder nur gegen Einzelne kehrt, die Klage aber ist immer nur gegen bestimmte Personen gerichtet, und kann nur gegen bestimmte Personen gerichtet werden, insoferne sie in ein ganz concretes Verhältnis zu uns treten. Auch beim absoluten Rechte ist eine concrete Personenrelation (gemeiniglich entstanden durch Verletzung des absoluten Rechtes durch ein concretes Individuum) die Be-

---

[7]) Dass und warum dem modernen Rechte der Begriff der personenrechtlichen Klagen fremd ist, wurde bereits angeführt. Vgl. auch Unger II, § 114, N. 2.

[8]) Vgl. Windscheid, Die Actio, S. 15, N. 11 und hiegegen Unger II, § 114, N. 3. Nur der bestimmten beklagten Person gegenüber wird ein Recht zur Anerkennung gebracht, eine Leistung gefordert. Über die römische Eintheilung der Klagen in actiones in rem und actiones in personam vgl. § 1, J. 4, 6; Gajus IV, §§ 1—3; L. 25, pr. D. 44, 7 (Ulpian) und hiezu Savigny V, §§ 206—209. Die actio in personam hatte ihre Intentio auf ein opportere gestellt, die actio in rem aber direct auf das Dasein (esse) eines Rechtsverhältnisses; dieser Unterschied aber ist nur ein scheinbarer, indem das Dasein des obligatorischen Rechtsverhältnisses erschöpfend durch den Hinweis auf das opportere einer bestimmten Person ausgedückt werden konnte, eine Zusammenfassung der rechtlichen Wirkungen hier weiter nicht nöthig war, während beim absoluten Recht eine solche Zusammenfassung geradezu geboten schien, da die Summe der einzelnen, das Rechtsverhältnis ausmachenden Verpflichtungen sich nicht specificieren liess. Wenn wir einmal die Begriffe des subjectiven Rechtes und des Rechtsverhältnisses der Rechtswissenschaft zu Grunde legen, so dürfen wir nicht nur von der actio in rem sagen, „dass das richterliche Urtheil . . zunächst auf das Daseyn oder Nichtdaseyn eines Rechtsverhältnisses gehe und nur mittelbar und folgerungsweise auf die Verurtheilung des Beklagten zu bestimmten Leistungen" (Savigny V, § 216, S. 90), sondern ebenso auch von der actio in personam; nur springt hier der doppelte Inhalt nicht plastisch getrennt in die Augen. Aber auch nach römischem Rechte trat der Unterschied bei den formulae in factum conceptae in der Intentio nicht hervor, da bei diesen das jus durch die rechtserzeugenden Facta (somit durch die rechtlichen Ursachen im Gegensatze zum opportere als der rechtlichen Wirkung) substantiiert wurde.

dingung der Klagbarkeit. Als absolute Klagen könnten in beschränktem Sinne höchstens gewisse Präjudicialklagen[9]) genannt werden.

Von um nichts grösserer Bedeutung für die Differenzierung der Klagen ist — wenigstens nach unserem Rechte — der Begriff der Rechte mit variierender Richtung.

β_4. Inhalt.

§. 121.

Der Klagende will vom Richter einen Ausspruch über sein Recht erhalten, erwirken, dass die Anwendbarkeit einer allgemeinen Rechtsregel auf einen concreten Fall ausgesprochen, beziehungsweise die Consequenz dieser Anwendbarkeit gezogen werde.

Der logische Inhalt der Klage muss somit in einem Schlusssatze bestehen. Den Obersatz desselben bildet die Rechtsregel: so oft A . . B . . C . . D . . . ist, soll Z sein. Den Untersatz bildet die Klagebehauptung: A . . B . . C . . D . . ist. Die Conclusion bildet zugleich das was der Kläger vom Richter ausgesprochen wissen will, sein Begehren, das Klagepetit: daher soll Z sein.

Die Rechtsregel muss der Richter als Rechtsorgan selbst kennen: jura novit curia;[1]) sie braucht daher der Kläger nicht nothwendigerweise anzuführen, wenngleich allerdings in manchen Fällen die Angabe des objectiven Rechtsgrundes zur Individualisierung des Klagepetites erforderlich sein wird. Auch das Petit würde nicht an sich einen nothwendig ausdrücklichen Bestandtheil der Klage bilden müssen, wenn es nicht im Wesen des Privatrechtes läge, dass es nur insoweit verwirklicht beziehungsweise liquidiert wird, als der Privatberechtigte diess verlangt. Der Kläger darf sich daher nicht damit begnügen, den Richter aufzufordern, zu erkennen was Rechtens ist, er muss genau angeben, welches Erkenntnis er vom Richter verlangt. Diess verfügt auch ausdrücklich § 8 der a. G. O.: „Der Kläger hat in der Klage (und der Beklagte in der Einrede) sein Begehren so genau als möglich zu bestimmen", wenngleich diese Bestimmung nur indirect das Princip aufstellt und in erster Linie feststellen will, dass schon in der Klage (resp. Einrede) und nicht etwa erst in der Replik (Duplik) das Klage- (oder Einrede-)Begehren formuliert werden müsse.

[9]) S. u. § 128, N. 31.

[1]) C. 44, X. 2, 28. Vgl. Hofd. 15. Januar 1787 lit. ii, JGS 621. Ausländisches Recht ist aber für den Richter, der ja nur das inländische Recht zu kennen braucht, eine Thatsache wie jede andere. Hofd. 23. October 1801, JGS 542.

Den Hauptbestandtheil der Klage aber bildet die Angabe des thatsächlichen Klagegrundes,[2]) die Entwicklung der Facta, welche den Untersatz bilden. Was den Klagegrund bildet, welche Facta die Anwendbarkeit der Rechtsregel zu begründen vermögen, was somit vom Kläger zur Begründung seines Anspruches auszuführen ist, das kann so wenig Gegenstand einer allgemeinen Darstellung sein, dass es vielmehr geradezu den Inhalt des Systemes der Rechtsverhältnisse bildet. Nur aus der Entwicklung der einzelnen thatsächlichen Bedingungen, an welche der concrete Rechtssatz rechtliche Wirkungen knüpft, kann sich ergeben, was der Kläger zur Substanziierung seiner Behauptung anführen muss, wobei nur wieder das Eine festgehalten werden muss, dass dem Wesen der Privatrechtsverfolgung gemäss, der Richter nur jenes seinem Urtheile unterlegen darf, worauf der Kläger sich wirklich berief, und nicht etwa seine eigene Privatkenntnis zur Ergänzung des Klagefactums verwenden darf. Was der Kläger selbst nicht behauptet, kann auch nicht als Urtheilssubstrat verwendet werden.[3])

Diess kann aber nicht dahin ausgedehnt werden, dass der Einzelne in jeder Klage alle positiven und negativen Bedingungen der Entstehung und des Bestandes seines Rechtes anführen muss. Er müsste dann mit der Behauptung seiner eigenen Existenz und der seines Gegners beginnen, hinzufügen, dass er rechtsfähig, eigenberechtigt sei, dass alle Facta eingetreten seien, an deren Vorhandensein die Rechtsentstehung geknüpft ist, keines der Facten eingetreten sei, welche die Rechtsentstehung hätten hindern oder das Recht wieder aufheben können.

Zunächst wird festzuhalten sein, dass, wie der Richter den Angaben des Klägers zu dessen Vortheile nichts hinzufügen darf, er eine solche Ergänzung der Klagsangaben auch nicht zu seinem Nachtheile vornehmen darf. Sobald jene Facta dargelegt sind, an deren Vorhandensein die Rechtsordnung gewisse Wirkungen knüpft, hat der Kläger sein Petit begründet und der Richter darf sich durch die blosse

[2]) Zu diesen gehören auch jene Thatsachen, vermöge derer gerade zwischen diesem Kläger und diesem Beklagten ein Rechtsverhältnis erstand, die sog. „legitimatio ad causam", der „Legitimationspunct". Aber nicht nur, dass sich diese Thatsachen gar nicht stricte aussondern lassen, indem es gemeiniglich nur eine bestimmte Beschaffenheit der rechtserzeugenden Thatsachen ist, welche den Legitimationspunct bildet, hätte die besondere Hervorhebung oder gar Ausscheidung derselben (wie sie früher gemeiniglich geschah), auch insoweit sie möglich ist, keinerlei practische Bedeutung. Vgl. Bethmann-Hollweg, Versuche, N. III, S. 78—137, Haimerl, Die Parteien, § 9, N. 1, Unger II, § 123, N. 34, Canstein I, § 34, S. 443.

[3]) Hofd. 15. Januar 1787, lit. ii, JGS 621, Resol. 11. Sept. 1784, lit. f, JGS 336, Hofd. 6. October 1783, lit. b, JGS 197.

Erwägung, es könnten auch noch andere Ereignisse eingetreten sein, welche diese Wirkung wieder aufheben, oder vermöge derer sie im einzelnen Falle überhaupt ausgeschlossen sind, nicht abhalten lassen, dem Petite gemäss zu entscheiden; die Geltendmachung dieser Umstände wird dem Beklagten vorzubehalten sein.

Die Auffassung des subjectiven Rechtes als des Ausgangspunctes der Klage hat viel dazu beigetragen, diese im Princip einfache Frage, deren Schwierigkeiten erst bei der Durchführung im einzelnen Falle entstehen, zu verwirren. Wenn wir vergessen, dass das subjective Recht nur ein begriffliches Mittelglied zwischen Ursachen und Wirkungen ist, und auf das subjective Recht selbst unser ganzes Augenmerk richten, wird der unmittelbare Zusammenhang zwischen den einzelnen Ursachen und den einzelnen Wirkungen leicht verwischt, die Frage, was die Ursache einer concreten Wirkung sei, leicht verwechselt mit der, was die Gegenursache sei, dass eine im allgemeinen an eine Ursache geknüpfte Wirkung im concreten Falle nicht eintrete. Es genügt vollkommen, und muss für die Aufstellung eines logischen Schlusses genügen, die Ursachen der ersten Kategorie darzulegen. Nicht also, dass ein subjectives Recht bestehe,[4]) hat der Kläger darzuthun, sondern nur, dass die Ursachen jener Wirkungen, die er für sich durchgeführt wissen will, eingetreten seien, an welche somit, in die Sprache der Theorie der subjectiven Rechte übersetzt, die Entstehung des subjectiven Rechtes und des Klageanspruches geknüpft ist, oder anders ausgedrückt, nur die rechtserzeugenden, nicht die rechtsvernichtenden Thatsachen hat der Kläger anzuführen. Aber auch hier wieder nur die wirklich rechtserzeugenden und nicht auch das Nichteingetretensein der rechtshindernden Thatsachen.

Ein Beispiel dürfte das Verhältnis am anschaulichsten machen. Gleich hier soll aber darauf hingewiesen werden, dass die Frage, was der Kläger zu behaupten hat, dadurch ihre eminente Bedeutung erhält, dass mit ihr im allgemeinen, d. i. soferne nicht besondere gesetzliche Ausnahmen bestehen, auch zusammenfällt die Frage, was er zu beweisen hat.[5])

---

[4]) A. M. Unger II, § 123, N. 26, insoweit es die Anführungspflicht betrifft; es läge aber kein Grund vor, dem Kläger, wenn er den Bestand behaupten müsste, nicht auch den Beweis desselben, d. h. die Widerlegung der entgegengesetzten rechtshindernden oder vernichtenden Thatsachen aufzulegen. Das römische Formelwesen kann für die Beantwortung der Frage nicht als massgebend scheinen.

[5]) Diess ist auch der Sinn der Aussprüche in den Quellen: „Ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat" (L. 2, D. 22, 3). „Wer ein factum angeführt hat, er sei Kläger oder Beklagter, der ist schuldig, es zu erweisen" (§ 104 a. G. O.). Correcter würde § 104 lauten: „Wer ein Factum zur Begründung seines Begehrens anführen musste, ist schuldig, es zu erweisen."

A hat die Sache m occupiert, sie ist in die Hände des B gelangt, A verlangt nunmehr deren Herausgabe als Occupant. Er stützt sich hiebei auf den Rechtssatz, dass wer „sich einer freistehenden Sache bemächtiget, in der Absicht, sie als die Seinige zu behalten" (§ 381 a. b. G.), befugt ist, „jeden Andern davon auszuschliessen". Die Elemente, auf welche er das Vorhandensein seines Anspruches stellt, sind somit:

1. eine Sache welche in einem bestimmten Momente herrenlos war,
2. die Bemächtigung in der erwähnten Absicht,
3. ein Eingriff des B in die „Substanz" oder die „Nutzungen" der Sache.

Diese Elemente muss er behaupten, eventuell erweisen, hiemit aber hat er auch das erfüllt, was zur Begründung seines Anspruches erforderlich ist. Hieraus ergibt sich aber, dass der Kläger die Qualität der Sache als freistehende behaupten und nöthigenfalls erweisen[6]) muss,

---

[6]) Diess ist aber nicht etwa in dem Sinne aufzufassen, dass der Kläger, im Falle widersprochen wird, „die Sache sei eine freistehende gewesen", nun den Beweis erbringen muss, sie habe thatsächlich Niemandem, das ist weder dem A, noch dem B, noch dem C . . . . noch dem Z gehört; ein solcher Beweis wäre nicht nur eine Unmöglichkeit, seine Auferlegung würde auch eine ganze Verzerrung des Behauptungs- resp. Beweisthemas involvieren. Indem A behauptet, es habe Niemand ein Eigenthum an der Sache vorher erworben gehabt, behauptet er ein Negativum; wird dieses Negativum widersprochen, so ist dieses Widersprechen nicht wieder ein Negativum, sondern vielmehr ein Positives. Wenn A sagt, Niemand habe erworben, so sagt er hiemit, weder A, noch B, noch C . . . noch Z hat occupiert, tradiert erhalten, ersessen etc. Wenn nun B widerspricht, so kann diess nicht lediglich darin bestehen, dass er sagt, es habe nicht Niemand erworben, sondern es kann nur darin bestehen, dass er sagt, es habe A, B, C . . . oder Z occupiert, tradiert erhalten, ersessen etc. Wer widerspricht, es sei von einer Reihe sich vielleicht zum Theile geradezu ausschliessender Eventualitäten keine geschehen, behauptet nicht, kann nicht behaupten, es seien alle Eventualitäten eingetreten, er behauptet nur, es sei eine dieser Eventualitäten eingetreten; der Gegensatz von

	non (A oder B oder C . . . oder Z)
ist nicht	A und B und C . . . und Z,
er ist	A,
er ist aber auch	B,
und auch	C,
und auch	Z.

Wer eine Negation verschiedener Eventualitäten ausspricht, widerspricht eigentlich nur alle hierüber möglichen Behauptungen, er muss abwarten,

dass sein Anspruch abzuweisen ist, wenn der Beklagte anführt, es sei die Sache keine freistehende gewesen, es habe an selber ein Eigen-

---

welche dieser möglichen Behauptungen der Gegner herausgreift, und erst dann wird klar, was er zu beweisen hat. Und insoferne nun der Beklagte behauptet, eine bestimmte Person habe auf concrete Art das Eigenthum erworben, muss allerdings der Kläger, der sich auf seine Occupation stützt, beweisen, diese Person habe in einem concreten Falle nicht rechtswirksam occupiert, tradiert erhalten, nicht ersessen etc. Die Verkennung dieses Verhältnisses, dass nemlich die Bestreitung einer allgemeinen Negation nichts Anderes sein kann, als eine positive Behauptung, ist es, welche zu der lange festgehaltenen Beweisregel führte, Negativa seien überhaupt nicht zu beweisen: negativa non sunt probanda. Diese Beweisregel wurde zuerst mit Erfolg bekämpft von Weber, Über die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilprocess, 1805 (3. Ausgabe besorgt von Heffter, 1840), Abschnitt VI, §§ 9—16 (vgl. auch Bethmann-Hollweg, Versuche N. V, 1827, S. 324—331); sie ist, von einzelnen verunglückten Versuchen, sie offen oder versteckt wieder einzuführen (so Klötzer, Versuch eines Beitrags zur Berichtigung der Beweislast 1813; Kori, Civ. Archiv VIII, N. 3, S. 90 ff.; Rizy, Über die Verbindlichkeit zur Beweisführung, 1841, § 26) abgesehen, seitdem allgemein aufgegeben worden. Allein nicht in Abrede kann gestellt werden, dass die irrige Auffassung über den Beweis von Negativen zum Theile aus den Quellen selbst entsprang. Vgl. L. 23, C. 4, 19: „Actor, quod asseverat, probare se non posse profitendo, reum necessitate monstrandi contrarium non adstringit, quum per rerum naturam factum negantis probatio nulla sit." Ähnlich L. 10, C. 4, 30, wo es vom Ableugnen der erhaltenen Zahlung heisst: „Cuius naturali ratione probatio nulla est." An sich wäre es ganz gut möglich, die erfolgte Nichtzahlung zu beweisen; freilich nicht in der Weise, dass der Kläger B beweisen müsste, es habe A weder am 1., 2., 3. . ., noch habe am 1., 2., 3., etc. für ihn B, C, D . . Z gezahlt; aber indem A die allgemeine Negation des B mit einer positiven Behauptung widerspricht, z. B. es habe für ihn C am 17. August 1883 Mittags im Geschäftslocale des Klägers zu Handen dessen Procuristen gezahlt, wäre dem Kläger der Beweis, dass diess nicht geschehen sei, an sich um nichts schwerer, als dem Beklagten der, dass es geschehen sei. In diesem Sinne hat z. B. ein Negativum Derjenige zu beweisen, welcher wegen Nichterfüllung des Contractes die Conventionalstrafe einklagt (A. M. Unger II, § 129, N. 31; Gerber § 25—27); vgl. Bethmann-Hollweg, Versuche N. V, Über die Beweislast S. 342. Dass der Schuldner die Conventionalstrafe zahlen soll, ist bedingt durch seine Nichterfüllung der Hauptverpflichtung; so lange die Nichterfüllung noch nicht constatierbar war, war ihm noch kein Sollen auferlegt, die Conventionalstrafe zu bezahlen; dieses Sollen trat erst ein mit der Nichterfüllung, und darum muss diese der Kläger behaupten, und die Unrichtigkeit der etwa vom Gegner geltend gemachten concreten Erfüllung beweisen. Nicht zu beweisen braucht er die Nichterfüllung, wo er nur Erfüllung verlangt, denn nicht die Nichterfüllung ist die Bedingung des Erfüllensollens, sondern das Erfüllensollen Voraussetzung der Möglichkeit eines Nichterfüllens. Wenn es auch richtig ist, dass im Falle der Con-

thumsrecht bereits bestanden (d. h. dieselbe sei früher von einem Anderen occupiert, durch Separation, Tradition etc. erworben worden), und Kläger diese Ausführungen nicht zu widerlegen, die Freiheit vom Eigenthume gegenüber dem behaupteten Eigenthume nicht darzuthun vermag.

Allein es ist immerhin möglich, dass, ungeachtet die Elemente 1, 2 und 3 zutreffen, dennoch beim Vorhandensein ganz bestimmter weiterer Elemente das Klagebegehren als hinfällig sich darstellt. A hat z. B. eine Insel occupiert, selbe war zur Occupationszeit noch herrenlos, sie ist jetzt im Besitze des B, des Besitzers der Ufergründe. § 407 a. b. G. besagt: „Wenn in der Mitte eines Gewässers eine Insel entsteht, so sind die Eigenthümer der . . Ufer . . Grundstücke ausschliessend befugt, die entstandene Insel . . . sich zuzueignen". A braucht nicht zu behaupten, die Insel sei nicht erst entstanden (sie sei somit keine insula in flumine nata), oder es seien die Ufergrundstücke res nullius, damit sein Anspruch logisch begründet erscheine, so lange die Qualität der Insel als insula in flumine nata vom Beklagten nicht behauptet wurde, darf sie der Richter auch nicht supponieren; und auch wenn sie behauptet wird, braucht nicht der Kläger sie als nichtzutreffend darzulegen, Sache des Beklagten ist es, die erwähnte Entstehungsart der Insel geltend zu machen und auch zu erweisen.

Und ganz dasselbe muss auch gelten, soferne die für A durch die Occupation in hypothesi erstandenen rechtlichen Wirkungen durch spätere Ereignisse (z. B. Tradition an B) wieder erloschen sind; auch hier braucht A nicht auszuführen, dass er die Sache m nicht verkauft oder tradiert habe, dass sie von B nicht ersessen worden sei, etc., sondern diess alles müsste von B angeführt und dargethan werden.

---

ventionalstrafe die „Nichterfüllung . . . die Voraussetzung der Modification der alten Obligatio . . ist", so ist es doch doppeldeutig, zu sagen, „der Gläubiger, der diese Modification geltend macht, hat . . nur das Entstehen der modificierten Obligatio zu beweisen" (Unger cit.), er hat vielmehr die Entstehung der Obligatio, welche modificiert wurde, und die Entstehung der Obligationsmodification zu erweisen. Wenn Unger's Behauptung in dem Sinne, in dem er sie als Argument verwendet, richtig wäre, müsste aus ihr folgen, dass, wenn A behauptet, B habe ihm bei Contrahierung eines 5% Darlehens versprochen, dann 6% zu zahlen, wenn der Zinsfuss der Wiener-sparcasse auf 5½ % steige, oder, um eine schwieriger erweisbare Bedingung anzunehmen, wenn der Werth von Grund und Boden in der Provinz X um mehr als 1/20 sinke, nun nicht A das Steigen des Zinsfusses, das Fallen des Bodenwerthes, überhaupt den Eintritt der Bedingung seines Mehranspruches zu beweisen brauche, sondern B den Nichteintritt beweisen müsse. A braucht ja nur das „Entstehen der modificierten Obligation" und nicht das der Modification durch Eintritt der Bedingung zu beweisen!

Welches nun, um von dem durchgeführten Beispiele wieder auf die Darstellung selbst zurückzukehren, im concreten Falle die rechtserzeugenden, welches die rechtshindernden und rechtsvernichtenden Thatsachen sind, diess darzulegen, wird, wie erwähnt, Sache der besonderen Darstellung der einzelnen Rechtsverhältnisse sein.[7]) Nur auf Eines wird schon an dieser Sselle hinzuweisen sein. Das Gesetz hebt nemlich aus zwingenden Gründen der Zweckmässigkeit einzelne Elemente, welche fast bei jedem Rechtsverhältnisse als bedingende Ursachen in Frage kommen, heraus und stellt für sie eine allgemeine Regel auf, des Inhaltes, dass dieselben als selbstversfändlich zu supplieren seien, auch dort, wo sie nicht ausdrücklich geltend gemacht werden. Und zwar ist diess der Fall hinsichtlich der Rechts- und Handlungsfähigkeit der Personen (§§ 17, 18 a. b. G.)[8]) und der Verkehrsfähigkeit der Sachen (§§ 355, 356 a. b. G.).

Rechts- und Handlungsfähigkeit, Verkehrsfähigkeit sind überhaupt nicht so sehr als Elemente rechtlicher Wirkungen anzusehen, sie sind die nothwendigen Voraussetzungen privatrechtlicher Zustände und Veränderungen überhaupt, der Boden, in dem die einzelnen Elemente allein Wurzel schlagen und Wirkungen erzeugen können. Gewisse Verhältnisse gelten als allgemeine, dem gesunden Menschenverstande und dem practischen Sinne der Rechtsordnung als selbstverständlich. Dass Jemand vernünftig und nicht wahnsinnig, nüchtern und nicht trunken ist, dass er im Wachen und nicht im Schlafe handelt, dass an einer Sache Privatrechtsverhältnisse möglich sind, das gilt logisch so sehr als die Regel, dass die Ausnahme hievon geradezu bewiesen werden muss.[9])

---

[7]) Eine Entwicklung der allgemeinen Lehre von der Klagebegründung sowol, als auch eine sehr verdienstvolle eingehende Darlegung des Klagegrundes bei den einzelnen Rechtsverhältnissen und Klagen in systematischer Darstellung enthält das Buch von Brinkmann, Die Begründung der Klagen des Reichsrechts und des gemeinen Rechts nach dem Reichscivilprocess, Leipzig 1883, 2 Bände. Über den Klagegrund auch Gerber, Beiträge zur Lehre vom Klagsgrunde und der Beweislast, Jena 1858, 168 S. (rec. Ö. VJS IV, 1859, L. Bl., S. 7—10 und Kr. VJS I, S. 130—133); weitere Literaturangaben bei Unger II, § 123, N. 2. Neuestens Canstein II, § 55.

[8]) Vgl. L. 5, C. 6, 36; vgl. § 566 a. b. G.

[9]) Savigny V, § 225, S. 154 drückt diess so aus: „Zu den wesentlichen Elementen jeder Klage gehört nur das allgemeine Daseyn der factischen Bedingungen des bestrittenen Rechts. Die gehörige regelmässige Beschaffenheit dieser Bedingungen versteht sich dann von selbst, und wenn diese von dem Beklagten verneint wird, so tritt er damit in dasselbe (?) Verhältnis, wie wenn er (bey der relativen Verneinung) die spätere Aufhebung des früher vorhandenen Rechts behauptet: er trägt nämlich auch hier die Last des Beweises.“ In dieser Fassung ist aber der Savigny'sche Satz jedenfalls zu weit, wie diess auch die von ihm angeführten Anwendungen desselben darthun. Den durchgreifenden Gesichtspunct hat Unger aufgestellt (II, § 123, N. 23): „Es hat . . der Kläger den Mangel aller möglichen Hindernisse der allgemeinen Rechts- und Handlungsfähigkeit nicht im Detail zu behaupten und zu beweisen . . diese Regulierung der Anführungs- (und Beweis-) Verbindlichkeit lässt sich auf das Princip von Regel und Ausnahme zurückführen: Derjenige, der sich auf die Regel beruft, hat nicht den Mangel aller möglichen Ausnahmen zu behaupten und zu beweisen, sondern Derjenige, der sich auf das Vorhandensein einer Ausnahme stützt, hat dieses zu behaupten und zu beweisen.“ Auch auf die Kategorien der rechtserzeugenden und rechtshindernden Thatsachen hat Unger (N. 25 ibid.) das Princip von Regel und Ausnahme anzuwenden versucht. Aber hier ist mit diesem Principe practisch gar nichts gewonnen, denn wie Unger selbst ganz richtig bemerkt, ist „unter Regel und Ausnahme . . nicht die statistische Mehrzahl (resp. Minderzahl) der Fälle zu verstehen, sondern die Regel ist der allgemeinere Rechtssatz, die Ausnahme der speciellere Rechtssatz, welcher die Anwendung des allgemeineren (der Regel) ausschliesst“; die Frage, welcher Rechtssatz der allgemeinere, welcher der besondere ist, ist aber um nichts leichter, ja überhaupt keine andere als die, welche Thatsache rechtserzeugend, welche rechtshindernd sei.

Rechts- und Handlungsfähigkeit sind aber überhaupt nur Bezeichnungen dafür, dass durch Eintritt gewisser Ereignisse die Möglichkeit gegeben ist, gewisse Wirkungen herbeizuführen. Diese Ereignisse sind somit allerdings erforderlichenfalls, d. h. wenn ein Widerspruch vorliegt, darzuthun (z. B. die Geburt,[10]) die Grossjährigkeit, wenn sie bestritten wird, bei einer klägerischen Firma die Firmaqualität). Aber nicht zu beweisen braucht der Kläger das Nichtvorhandensein jener Thatsachen, welche das Entstehen dieser rechtlichen Fähigkeit hätten verhindern oder sie wieder aufheben können, also z. B. dass er nicht unter Curatel gesetzt worden sei, dass die Vormundschaft nicht verlängert worden sei, dass er nicht schon als wahnsinnig geboren und auch nachmals nicht wahnsinnig geworden sei.

Speciell die Verkehrsfähigkeit der Sachen betreffend ist es positive Gesetzesvorschrift (§ 356), es liege dem, der „behauptet, dass . . in Rücksicht auf die Sache, die erworben werden soll, ein gesetzliches Hindernis entgegenstehe . . der Beweis ob“. Denn nach unserer modernen Auffassung werden nicht die einzelnen Sachen kraft positiver Gesetzesvorschrift für verkehrsfähig erklärt, sie sind an sich alle verkehrsfähig, soferne nicht die Verkehrsfähigkeit durch eine concrete Rechtsregel aufgehoben oder beschränkt worden ist.

---

[10]) Z. B. für ein angeblich geborenes Kind der A wird zur Abhandlung ein Curator bestellt; oder es wird dem Kläger die Identität mit einer bestimmten Person, oder einem Vertreter die Existenz seines angeblichen Clienten widersprochen.

γ_4. Wirkung.[1]

§ 122.

Bevor auf die materiellen Wirkungen der Klagsanbringung nach österreichischem Privatrechte eingegangen werden kann, ist vorerst hinzuweisen auf eine grundsätzliche Veränderung in den Processphasen gegenüber dem römischen Rechte. Während nach römischem Rechte[2] die Litiscontestatio, d. i. die Klagseinlassung des Beklagten,[3] ein formell hervortretender Processact war, durch welchen erst die Streitanhängigkeit begründet wurde, an den daher auch die wichtigsten Wirkungen geknüpft waren, ist dieselbe als formeller Act schon im gemeinen Processe verblasst,[4] nach österreichischem Rechte aber gänzlich entfallen.[5] An die Litiscontestatio, welche nunmehr mit der Einredeerstattung zusammenfällt, knüpfen sich demnach auch im österreichischen Processe[6] nur unbedeutende materiellrechtliche[7] Folgen als Folgen der Streiteinlassung.[8] Allein zwei andere Momente in der Einleitung des Klageverfahrens sind es, welche heute sich scharf von einander abtrennen. Die Klageanbringung ist nemlich nach unserem Processrechte[9] ein wesentlich einseitiger Act, sie erfolgt vom Kläger ohne Zuziehung des Beklagten.[10] Es muss daher zu ihr hinzutreten die Mittheilung, Insinuation der Klage an den Gegner. Erst

---

[1]) Keller, Über Litiscontestation und Urtheil nach class. r. Recht, 1827; Wächter, Zur Lehre von den Wirkungen des Processes auf das materielle Recht (Erörterungen III, 1846, N. XII, XIII); Savigny VI, §§ 260—279; Buchka, Die Lehre vom Einfluss des Processes auf das materielle Rechtsverhältnis, 1846, 1847, 2 Bände; Rosshirt, Zur Lehre von den Wirkungen des Processes auf das materielle Recht, Heidelberg 1848; Bethmann-Hollweg II, § 102 ff., III, § 153; Brinz I, § 100; Unger II, § 128; Schiffner I, § 150; Canstein II, § 50. Vgl. auch die unten N. 2 und 17 Genannten.

[2]) Vgl. Keller, Über Litiscontestation und Urtheil, 1827 (rec. Bethmann-Hollweg in Mohl u. Schrader's Ztschr. f. Rechtsw. V, 1829, S. 65—97); Sintenis, Erläuterungen I, 4; Wächter, Erörterungen, 1846, Heft 2 u. 3; Savigny VI, § 256—279. Aus der neueren Literatur über Litiscontestation: Heynitz, De litiscontestationis in condemnatione effectu, Diss., Berlin 1866, 61 S.; Teichmann, De litiscontestationis juris canonici indole, Diss., Berlin 1867, 94 S.; Müchel, Über die L. C. im can. Civ. Pr., Diss, Greifswald 1868, 106 S.; Hupertz, Quaestiones historicae de litiscontestationis juris canonici indole ac jure, Diss., Berlin 1870, 63 S.; Katz, Die materielle Wirkung der Litescontestation bei dinglichen Rechten und bei Forderungen, Diss., Berlin 1878, 90 S.; Onfroy, Droit romain: De la litiscontestatio et de ses effets dans le système de la procédure formulaire, Château-Gontier 1879, 196 S.; Jolly, Droit romain: De la litis contestatio et de ses effets dans les systèmes de la procédure formulaire, Paris 1879; Bülow, Civilprocessualische Fictionen und Wahrheiten, Archiv f. civ. Pr. LXII, 1879, N. I, Unterabth. III: Die Fiction der L. C. und der Einlassung, S. 11—27; Tardif, Etude sur la litis contestatio, en droit romain, et les effets de la demande en justice, en droit français, Paris 1881, 448 S.; Gross, La Litis Contestatio, en droit romain, Paris 1881.

[3]) Über die Verfehltheit der Unterscheidung in affirmative, negative und gemischte Litiscontestation vgl. Bülow, Archiv f. civ. Pr. LXII, N. I, N. 17; Canstein II, S. 33.

[4]) Vgl. Savigny VI, § 259, 278.

[5]) Vgl. Unger II, § 127, S. 523—527; Canstein II, § 33.

[6]) Für das gemeine Recht behaupten einige, es sei nun mehr an Stelle der Litiscontestation (deren Bedeutung nur von wenigen, so z. B. Glück VI, S. 205 aufrecht erhalten wird) die Klagsinsinuation getreten (Savigny VI, § 278, S. 243), während die herrschende Lehre dahin geht, „dass für jede einzelne materielle Wirkung der Anfangspunct besonders untersucht und festgestellt werden müsse". Vgl. aber jetzt § 230 der RCPO: „Die Erhebung der Klage erfolgt durch Zustellung eines Schriftsatzes." § 235: „Durch die Erhebung der Klage wird die Rechtshängigkeit der Streitsache begründet". § 239: „. . . alle Wirkungen, welche durch die Vorschriften des bürgerl. Rechtes an die Anstellung, Mittheilung oder gerichtliche Anmeldung der Klage, an die Ladung oder Einlassung geknüpft werden, treten . . . . mit der Erhebung der Klage ein." Hiezu aber § 190. Für die öst. Legislation § 280 CPOE: „Die Klage wird durch die Zustellung der Klageschrift an den Beklagten erhoben."

[7]) In processualer Richtung macht es bei der Executionsklage (Hofd. 7. Mai 1839, JGG 358 einen Unterschied, ob der Beklagte in jure confitetur oder durch Erstattung der Einrede sich in den Streit einlässt, indem im ersteren Falle die Klage mit Bescheid, im letzteren Falle mit Urtheil zu erledigen ist.

[8]) Allerdings kann die in der Einrede erfolgte Anbringung einer Exceptio materiellrechtliche Folgen nach sich ziehen, das sind aber dann natürlich Folgen der Exceptio und nicht der Litiscontestation.

[9]) Anders bekanntlich nach classischem, römischem Processrechte, und auch nach älterem canonischen Process (wider den Beklagten, der sich nicht einliess, war missio in bona angedroht), aber schon die Clementina Saepe (1306) sagt „ut necessario litis contestationem non postulet". Vgl. auch § 19 Kammer-Ger. O. v. 1495, JRA § 36. Für das ö. R. vgl. § 29, 36 a. G. O., § 18, J. Hfd. 24. Oct. 1815, JGS 906; § 28 Ges. 27. April 1873, RGB 66; § 11, K. Vdg. 27. Oct. 1849, RGB 12; vgl. aber § 2, 6, 14, Hfd. 23. Aug. 1819, JGS 1595 (Ehestreitigkeiten).

[10]) Nur im Bagatellverfahren „kann der Kläger mit der Gegenpartei auch ohne Vorladung vor Gericht erscheinen, um einen Rechtsstreit anhängig zu machen und darüber zu verhandeln" (§ 15. Gesetz 27. April 1873, RGB 66). Allein allerdings wird auch im sog. ordentlichen mündlichen Verfahren (lucus a non lucendo) bei mündlicher Klageanbringung und ebenso im ausserordentlichen Protocollar(Summar)-Verfahren, wenn der Beklagte anwesend ist, auf Geltendmachung eines Nichtigkeitsgrundes aus sofortiger Verhand-

hierauf erfolgt, im Falle der Geklagte nicht stillschweigend (durch Ausbleiben von der Tagfahrt oder Nichteinbringung der Einrede-

lungsvornahme ohne Zustellung des Klaglibelles und Tagsatzungsanordnung (§ 18 a. G. O., § 16 JHfd. 24. October 1845, RGB 906) verzichtet, und in die Verhandlung sich sofort einzulassen bereit erklärt, und auch der Richter sich geneigt erklärt, die Verhandlung sofort vorzunehmen, das Resultat derselben wegen dieser unmittelbaren Einleitung nicht angefochten werden können. Vgl. auch ME 8. November 1855, Z. 12976 (N. 2780 XXI. Bd., S. 222 der Sammlung der Gesetze u. Vdg. im Justizfache).

[11]) Beziehungsweise der Einwendungen in jenen Fällen, in denen für den Fall stillschweigender Submittierung schon eine bedingte richterliche Entscheidung anticipativ in Form eines Mandates, Zahlungsauftrages erflossen ist (§ 1 u. 5. K. Vdg. 21. Mai 1855, RGB 95; § 3 JMV 18. Juli 1859 RGB 130; § 19 Gesetzes 27. April 1873, RGB 67; § 6 der K. Vdg. 16. Nov. 1858, RGB 213; §§ 19, 20 Besetzes 12. Juli 1872, RGB 112; §§ 5 und 7 JMV 25. Januar 1850, RGB 52; §§ 1 und 2 JMV 18. Juli 1859 RGB 132).

[12]) Das „Geständnis" des Beklagten kann formell ein doppeltgeartetes sein: der Beklagte kann die vom Kläger geltend gemachten Thatsachen als wahr ausdrücklich anerkennen, oder er kann das vom Kläger aus diesen Thatsachen gezogene Resultat acceptieren, u. z. entweder wieder den Bestand des Rechtes oder den Bestand des Anspruches. Wenn der Beklagte die Wahrheit der Thatsachen zugibt, nicht aber die Richtigkeit der Conclusion, so liegt allerdings eine Litiscontestatio, eine Streiteinlassung vor. Wie aber, wenn er das Resultat als solches acceptiert? Von einer Streiteinlassung, einem Rechtsstreite kann hier natürlich keine Rede sein? Aber, und das ist die practisch wichtige Frage, ist der Richter durch ein solches Geständnis gebunden? Nach römischem Rechte konnte gegen den in jure confessus sofort ohne Urtheil Execution geführt werden: „Confessus pro judicato est, qui quodammodo sua sententia damnatur" (L. 1, D. 42, 2; vgl. auch L. 56, D. 42, 1; L. 3, D. 42, 2; L. 1, C. 7, 59), nach modernem Processrechte und insbesondere auch unserer Gerichtsordnung muss auch in diesem Falle ein Urtheil erfolgen (Hfd. 21. September 1792, lit. b JGS 48). Unsere Processordnung erwähnt zunächst nur des Geständnisses von Facten: „Wenn die Partei selbst einen Umstand des von dem Gegentheile angeführten Factums gerichtlich eingesteht, ist dieser Umstand in eben diesem Processe für vollkommen erwiesen zu halten" (§ 107 a. G. O.). Aber trotz des Ausdruckes „Factum" wird man diese Gesetzesstelle und überhaupt das zwölfte Capitel der a. G. O. nicht lediglich auf Facten beziehen dürfen. Denn welche Bedeutung hätte dann § 107 a. G. O. überhaupt neben § 11: „Würde ein Theil einige Umstände des Factums, welche der Gegner für sich angeführt hat, in der darauf folgenden Rede nicht ausdrücklich, u. z. insbesondere widersprechen, so wären solche bei Erledigung des Processes für wahr zu halten." Wenn schon das Nichtwidersprechen genügt, die Thatsache als wahr erscheinen zu lassen, bedürfte es da noch einer Hervorhebung, dass das ausdrückliche Geständnis dieselbe Wirkung hat. Der § 107 bezieht sich somit auch auf das Rechtsgeständnis. Mit Recht bezeichnet es Exner (Grünhut's Zt. I, 1874, S. 234, gegen Hasse, Jurist. Probleme, I. Über das Geständnis und die Beweislast, Jena 1872) als einen Irrthum, wenn

schrift[11]) oder ausdrücklich[12]) in das Klagebegehren submittiert, die Streitanhängigmachung, das Gegenübertreten der Gegner; erst mit der

angenommen wird, dass „über ein Schuldigsein in demselben Sinn und mit gleicher Wirkung ein Geständnis (als Beweismittel) möglich wäre, wie über ein jedes beliebige Factum". Aber „wer eine Schuld . . . »gesteht«, der erklärt seinen Willen, sich zur Zahlung hiemit zu verpflichten . . . denn das . . »Schuldbekenntnis« ist kein müssiger Act der Zerknirschung, sondern muss vernünftigerweise als Leistungsversprechen aufgefasst werden. Es „muss . . der Richter den Geständigen verurtheilen, nicht weil die Schuld bewiesen ist, sondern weil sie . . . nicht mehr bewiesen zu werden braucht" (S. 235). Vgl. auch Wach, Das Geständnis, Archiv f. civ. Pr. LXIV, S. 202: „Im Civilprocess ist das Geständnis Dispositionsact, einseitiges Rechtsgeschäft. Als Thatsachen-Geständnis ist es Thatsachenfeststellung. Als Anspruchs-Geständnis, Anerkenntnis, ist es Feststellung des Anspruchs. Es ist nicht »Beweissurrogat«, das Zugestandene bedarf keines Beweises, also auch keines Surrogates des Beweises. Daher wird das Geständnis nicht durch den Beweis des Gegentheils des Gestandenen beseitigt und durch den Widerruf in seiner Wirkung nicht geschwächt. Der Nachweis des mangelnden Feststellungswillens ist das alleinige Mittel der Entkräftung". Wenn also aus dem „Geständnisse" selbst hervorgeht, dass es nur auf der irrigen Annahme der Concludenz der zugestandenen Thatsachen beruht, dann wird der Richter, welcher erkennt, aus den zugestandenen Thatsachen ergebe sich der vom Kläger und Beklagten gezogene Schluss nicht, trotz des Geständnisses dennoch bemüssigt sein, den richtigen Schluss aus denselben zu ziehen. Gegen die Unwiderruflichkeit des Geständnisses als Dispositionsactes Demelius, Die Confessio im röm. Civilpr., Graz 1880, S. 237: „Nur dem Richter gegenüber ist disponiert, und der Richter erwirbt kein Recht." Vgl. auch Unger II, § 127 N. 7, 8; Canstein II, § 53, S. 91 ff., 258, 259. Was den Streit darüber, ob das Geständnis ein „Beweis" sei, betrifft, so halte ich ihn für einen Wortstreit. In einer Hinsicht stehen sich Zeugenbeweis, Urkundenbeweis, Geständnis ganz gleich: was durch Zeugen, Urkunden glaubhaft gemacht, was zugestanden wird, gilt als wahr, auch wenn es nicht wahr wäre. In diesem Sinne ist es bewiesen. Nehme ich aber das Wort i. S. als darthuende Parteithätigkeit, dann muss ich sagen, was zugestanden ist, was nicht widersprochen wird, das braucht der Anführende nicht erst noch darzuthuen, das braucht er nicht zu beweisen, weil es als bewiesen gilt, d. h. geglaubt wird ohne Beweis. In diesem Sinne ist es ganz richtig zu sagen, das Geständnis, das Stillschweigen sei kein Beweis, es mache den Beweis (als Parteihandlung) überflüssig. Vgl. Bülow, Archiv f. civ. Pr. LXII, Civilproc. Fictionen und Wahrheiten, Unterabth. IV. Über die Fiction des gerichtlichen Geständnisses, S. 27—34. Aus der Literatur vgl. ausser den Genannten über das Geständnis noch Haimerl, Magazin VIII, S. 6 ff. (eine Zusammenstellung von Definitionen), Bolgiano, Die Lehre vom gerichtlichen Geständnis, Verm. Schr. 1869, S. 172—191; Canstein, Anerkennung und Geständnis im Allgem. und nach der d. CPO, Berlin 1879 (a. d. Zt. f. deutschen Civilpr.); Schlesinger, Formalcontracte § 11, bes. S. 136 ff.; Bruns, Das Verhältnis des Constitus zur Anerkennung, Zt. f. Rechtsgesch. I,

Litiscontestation beginnt der wirkliche Rechtsstreit, werden Kläger und Beklagter zu Processparteien.[13])

Je nachdem nun die Wirkungen der Klageanbringung in erster Linie mehr die Rechtssphäre des Klägers oder mehr die des Beklagten treffen, auf ein Handeln des Klägers oder ein Handeln des Beklagten Bezug haben, sind sie an die Klageanbringung oder an die Klagezustellung gebunden, nur in einem Falle, wo ein wechselweise sich bedingendes Handeln in Frage steht, an die Litiscontestation.

Im Allgemeinen aber muss zur Fixierung der Klagewirkungen als solcher festgehalten werden, dass mit der Klage der Kläger die richterliche Entscheidung erbittet; mit ihr unterbreitet er das Substrat seines Petites dem Richter; mit ihr spricht er aus, was er erkannt wissen will. Und so ist zunächst der Zeitpunct der Klage entscheidend für die Frage nach der Existenz[14]) der Voraussetzungen der

---

S. 118—130, bes. 126 ff.; zu Demelius (s. o.) vgl. auch Krüger, Kr. VJS XXII, 1880, S. 414—422. — Eine Singularbestimmung besteht hinsichtlich der Rechtsstreite über die Ungiltigkeit oder Trennung einer Ehe; nach §§ 99, 115 a. b. G., § 13 Hfd. 23. Aug. 1819, JGS 1595 muss „das angeführte Ehehindernis (resp. der Trennungsgrund) vollständig bewiesen werden, und weder das übereinstimmende Geständnis beider Ehegatten hat hier die Kraft eines Geständnisses, noch kann darüber einem Eide der Ehegatten stattgegeben werden". — Über das sog. qualificierte Geständnis Voigt, Das qualificierte Zugeständnis im Civilprocesse nach gem. u. nach Pr. Rechte, Gruchot's Beitr. III, 1859, S. 386—402; Pöschmann, Über die Natur des sog. qualificierten Geständnisses, 1863; Bolgiano, Ges. Abh., München 1869, VII. Die Lehre vom qu. Gest. S. 138—171; Brackenhöft, Zt. f. Civ. u. Pr. XIX, S. 310 ff.; Römer, Das sog. qual. Gest., Archiv f. civ. Pr. LXII, 1879, III, S. 149—182.

[13]) Über die Entwicklung der Litiscontestation für das gemeine und österreichische Processrecht vgl. Unger II, § 127, I, 3.

[14]) Es tritt hier eine doppelte Frage auf: Wie ist es zu halten, wenn der Klageanspruch, beziehungsweise das mit Klage geltend gemachte Rechtsverhältnis zur Zeit der Klage bestand, aber noch vor dem Urtheile erlosch; und wie, wenn umgekehrt Anspruch oder Rechtsverhältnis zur Zeit der Klage noch nicht bestanden, aber noch vor dem Urtheile erstehen? Im ersten Falle wird zu unterscheiden sein zwischen Erfüllung (Zahlung) beziehungsweise den ihr gleichstehenden Erlöschungsarten, in denen das Erlöschen auf den Willen des Klägers sich zurückführen lässt (Verzicht etc.) und anderen Erlöschungsgründen. Bei ersteren wird gesagt werden müssen, dass der Kläger, welcher ja erhalten hat, was er erhalten sollte, verzichtete, beziehungsweise ein Anderes an dessen Stelle freiwillig treten liess, jedenfalls hinsichtlich des Klagepetites klaglos gestellt ist, und mit seinem Willen klaglos gestellt ist, da er ja nicht verzichten musste, da es auch, wenn er durchaus ein Urtheil haben wollte, in der Regel bei ihm stand, die verspätete Erfüllung nicht anzunehmen (wo durch die Klage erst die

beanspruchten Wirkungen und für den Inhalt und Umfang dieser Wirkungen; nach der Sachlage zur Zeit der Klage ist zu beurtheilen, ob der Kläger fordern darf, und was er fordern darf, auf den Zeitpunct der Klage ist aber auch das Urteil zu beziehen, es muss nach Möglichkeit den Erfolg herbeizuführen suchen, als wäre es schon damals

---

Schuld fällig gemacht wurde, ist die angebotene Erfüllung allerdings keine verspätete, und kann sich der Beklagte, wenn der Kläger die Zahlung nicht annimmt, durch Erlag zu Gerichtshanden liberieren; vgl. OGH 12. März 1879, GUW 7371). Hier wird also in merito (vgl. § 116, N. 4) der Beklagte zu liberieren sein, wenngleich hervorzuheben sein wird, dass der Anspruch zur Zeit der Klageanbringung zu Recht bestand. In den Fällen einer anders gearteten Erlöschung jedoch hat das Urtheil dem Klagebegehren statt zu geben. Was den zweiten Fall anbelangt, so glaube ich, dass es hinsichtlich der Begründung des Anspruches oder Rechtsverhältnisses an sich, d. h. beim Mangel anderweitiger Bestimmungen, nur auf die Zeit der Klagerhebung durch den Kläger ankommen kann. Wer ein Petit stellt, welches (zur Anbringungszeit) unzulässig ist, muss sich die Abweisung gefallen lassen, wobei ihm unbenommen bleibt, den Anspruch auf Grund des späteren geänderten Thatbestandes neuerlich zu erheben. Die Frage, ob eine Änderung des Klagegrundes nach dem Processrechte erlaubt ist, ist hiefür nur insoferne von Bedeutung, als, wenn eine solche absolut unzulässig ist, natürlich auch die Hereinziehung späterer Thatsachen unzulässig ist; umgekehrt aber folgt daraus, dass eine Ergänzung, Umänderung, Correctur der Klageangaben gestattet ist, noch nicht, dass in die Klage ein Inhalt nachträglich gelegt werden darf, welcher dem Sachverhalt zur Zeit der Klageanbringung gar nicht entspricht. Auch die Klageänderung darf beim Mangel einer positiven Bestimmung (vgl. z. B. § 240, Z. 3, RCPO; § 283 CPOE i. f.) nur auf die Sachlage zur Zeit der Klagsanbringung sich stützen (A. M. Unger II, § 131, N. 1, Dernburg, Pfandr. I, S. 158, Pr. Privatr. I, S. 260, Mages, GZ 1870, S. 246). Wol aber wird man sagen müssen, dass, wenn der Beklagte sich der Geltendmachung späterer Thatsachen nicht widersetzt, der Richter nicht katholischer sein dürfe, als der Papst (vgl. auch § 241 RCPO und § 283, Al. 1 CPOE). Nicht begründet erscheint mir die Entscheidung des OGH 1. April 1880, GUW 7915, wonach eine gegen den bestellten Curator einer nur irrthümlich für verstorben gehaltenen Person gerichtete Klage Basis der Entscheidung sein kann, wenn diese Person noch vor der Zustellung der Klage an den Curator gestorben ist, da die Curatelsbestellung „erst durch die Zustellung des Klagebescheides perfect geworden ist". Aus der Literatur vgl. Schmid, Über den Zeitpunct, auf welchen bei der Abfassung eines Erkenntnisses zu sehen ist, Archiv f. civ. Pr. XXX, 1847, N. VII, S. 195—216; Römer, Das Erlöschen des klg. Rechtes nach der Einleitung des Processes in seinem Verhältnis zum Endurtheil, 1852 (rec. von Bekker und Dernburg, Heidelberger Kr. Zt. I, S. 253 ff., 259 ff., 397 ff.); Wächter, Erörterungen III, S. 120 ff.; Briegleb, Verm. Abh. I, N. 5; Savigny VI, § 261, S. 61 ff., § 262, S. 64 ff. und § 263; Keller, Litis Cont. und Urtheil § 22; Windscheid I, § 128, Unger II, § 131, N. 1.

erfolgt, wo die Klage angebracht, beziehungsweise dem Gegner zugestellt wurde.[15])

Es sollen nun in aller Kürze die einzelnen Wirkungen, die sich an die obgedachten drei Stadien der Processeinleitung knüpfen, angeführt werden; die genauere Ausführung muss der Lehre von den einzelnen Rechtsverhältnissen vorbehalten bleiben.

α_5. Wirkungen der Klageanbringung.

1. Nach österreichischem und auch nach heutigem gemeinen[16]) Privatrechte hat die Klagsanbringung keine klageconsumierende Wirkung, dadurch, dass die Klage angebracht ist, erlischt nicht eo ipso die Möglichkeit, sie ein zweites Mal anzubringen.[17]) Nur kann, so

[15]) Savigny VI, § 256, S. 4: „Es ist derjenige Zustand künstlich hervorzubringen, welcher natürlich vorhanden sein würde, wenn es möglich gewesen wäre, das Urtheil im Anfange des Rechtsstreites auszusprechen. Jedoch ist . . wol zu beachten, dass diese Formel bloss die durch die Natur der Aufgabe gegebene allgemeine Richtung der Lösung ausdrücken soll, und dass eine unbedingte, auf dem Wege einer bloss logischen Folgerung zu vermittelnde, Anwendung derselben keineswegs gemeint seyn kann." L. 40, pr. D. 5, 3: „Illud quoque, quod in Oratione Divi Hadriani (vgl. L. 22, D. 5, 3) est, ut post acceptum judicium id actori praestetur, quod habiturus esset, si eo tempore, quo petiit, restituta esset hereditas, interdum durum est." L. 17, § 1, D. 6, 1: „Julianus . . scribit, si moram fecerit in homine reddendo possessor, et homo mortunus sit, et fructuum rationem usque ad rei judicatae tempus spectandam esse. Idem Julianus ait, non solum fructus, sed etiam omnem causam praestandam; et ideo et partum venire in restitutionem, et partuum fructus." L. 31, D. 12, 1: „Quum fundus vel homo per condictionem petitus esset, puto, hoc nos jure uti, ut post judicium acceptum causa omnis restituenda sit, id est omne, quod habiturus esset actor, si litis contestandae tempore solutus fuisset." Über den Umfang des „restituere" vgl. auch L. 75, D. 50, 16: „Restituere is videtur, qui id restituit, quod habiturus esset actor, si controversia ei facta non esset." L. 35, D. 50, 16: „Restituere autem is intelligitur, qui et rem (Vulg.) et causam actori reddit, quam is habiturus esset, si statim judicii accepti tempore res ei reddita fuisset, id est et usucapionis causam, et fructuum." Ferner L. 20, D. 6, 1. Unrichtig ist die Behauptung Heimbach's (Die Lehre von der Frucht S. 155), es sei der Eingangs erwähnte Grundsatz erst durch die oben angeführte Oratio Hadriani eingeführt worden. (Vgl. Savigny VI, § 260, N. g.)

[16]) Nach classischem römischem Rechte hatte die Litiscontestation diese Wirkung.

[17]) Bekker, Die processualische Consumption im class. röm. Rechte, 1853, S. 116 ff. Aus der Literatur seien ausserdem noch genannt, die Recension Dernburg's zu Bekker, Heidelberger Kr. Zt. II, S. 339 ff.; Krüger, Processualische Consumption und Rechtskraft des Erkenntnisses, Leipzig 1864; Kleinschrod, Über die processualische Consumtion und die Rechtskraft des Civilurtheils, 1875; Wächter, Erörtg., Heft 3, N. 12, „Die Consumtion und Novation eines Rechtsverh. durch Litiscontestation und richterliches Urtheil". Savigny VI, § 258; Keller, Litiscont. und Urtheil § 8 ff.; Brinz I, § 94.

lange sie anhängig ist, einer zweiten identischen Klage die exceptio litis pendentis entgegengestellt werden;[18]) würde aber die Klage, ohne dass es zu einem Urtheile gekommen wäre, abgewiesen, oder einverständlich[19]) zurückgezogen, so kann sie immerhin wieder angebracht wer-

[18]) § 40 a. G. O. Über die Frage, wann eine Klagenidentität vorliegt unten § 128.

[19]) Nach gem. Rechte ist eine Abstehung des Klägers von der Klage gegen den Willen des Beklagten nach erfolgter Klagebehändigung unzulässig (Nov. 112, Cap. 3). Vgl. § 243 RCPO: „Die Klage kann ohne Einwilligung des Beklagten nur bis zum Beginne der mündlichen Verhandlung des Beklagten zur Hauptsache zurückgenommen werden. § 282 CPOE: Die Klage kann ohne Zustimmung des Beklagten nur so lange, als sich dieser in die mündliche Verhandlung zur Hauptsache nicht eingelassen hat, zurückgenommen werden. Aus § 49 a. G. O. im Zusammenhange mit Hofd. 15. Januar 1787 lit. e, JGS 620, beziehungsweise § 8 WGGO ergibt sich aber, dass nach österr. R. eine Klagsabstehung auch nach erfolgter Zustellung resp. Einlassung des Beklagten ohne dessen Zustimmung zulässig sei, ein Ausharrungszwang für den Kläger nicht bestehe. Allein die einseitige Klagerückziehung nach der Klagezustellung consumiert allerdings die Klage wenigstens in dem Sinne, dass der Kläger eine Klage mit gleichem Klagegrunde und gleichem Petite nun nicht mehr anbringen kann. Man hat § 49 a. G. O. gemeiniglich in dem Sinne gedeutet, dass er jede Wiederanbringung einer zurückgezogenen Klage statthaft erkläre (so auch Pitreich, Die Klagabstehung nach österr. R., GH 1880, N. 59), und dass hieran erst durch das cit. Hofd. 15. Januar 1787 eine Änderung erfolgt sei; jedoch mit Unrecht: § 49 a. G. O. handelt nicht von der Klageabstehung und ihrer Wirkung, sondern von der Klageänderung; nur für den Fall einer Klageänderung („allenfalls") gestattet er neuerliche Klageanbringung. Die Bestimmung des cit. Hofd. führt sich mit Recht als blosse Interpretation ein. So sagt § 8 WGGO: „Glaubt er jedoch einen anderen, oder auch den nämlichen Gegenstand, doch denselben aus einem anderen Klagerechte ansprechen zu können, so steht es ihm frei, diess zu thun." Mit Recht erklären den Rücktritt von einer Klage unter Vorbehalt der Wiederanbringung für unzulässig die Entscheidungen des OGH 11. Oct. 1876, 4. Nov. 1879, GUW 6260, 7635 (entgegengesetzt aber 30. Nov. 1880, GUW 8202). Aus der Literatur vgl. noch Emminghaus, Vom Fallenlassen der Klage und des Processes, Archiv f. pr. Rechtsw. V, S. 113—123; Unger II, § 117, N. 28; Canstein II, § 53, S. 85. Über die Klageänderung vgl. Brackenhöft, Die Änderung des Klagevortrages, Archiv f. civ. Pr. XL, 1857, N. XIII, S. 299—358; Bolgiano, Zur Lehre von der Klageänderung nach gem. Processrecht, Archiv f. civ. Pr. LX, 1877, N. IV, S. 252—272; Kleinschrod, Über die Klagänderung nach gem. Process, neuesten Processord. und dem Code de procédure civile, Erlangen 1879, 111 S. (hiezu Canstein in Grünhut's Zt. VI, 1879, S. 798—800, Kohler, Kr. VJS XXII, 1880, S. 374—379); Canstein II, S. 133 ff.

den:[20]) es gibt keine exceptio rei in judicium deductae, klagconsumierende Wirkung hat erst das meritale Urtheil.[21])

2. Eine Wirkung der Rückziehung des Urtheils auf die Sachlage zur Zeit der Klagsanbringung wäre es, dass eine der Klageanbringung nachfolgende Vollendung einer Ersitzung der Durchsetzung des Klagsanspruches nicht mehr hinderlich sein könnte, während bei der Verjährung als dem Erlöschen durch Klageunterlassung das Klagen (u. z. nach ö. R. die Klageanbringung)[22]) naturgemäss die Wirkungen des Nichtklagens hintanhält, die Verjährung unterbricht.[23]) Das ö. Recht geht aber bei der Ersitzung weiter[24]) und lässt durch jede Klageanbringung wider den Ersitzenden die Ersitzung bedingt unterbrechen, so dass dieselbe, falls die Klage bis zum Urtheile geführt und derselben stattgegeben wird, als unterbrochen, falls aber die Klage nicht „gehörig fortgesetzt“[25]) oder „durch einen rechtskräftigen Spruch für unstatthaft erklärt“ wird, „für ununterbrochen zu halten“ ist. (§ 1497 a. b. G.)

[20]) Im Falle einer einseitigen Klageabstehung steht der Wiederanbringung nicht die Consumtion, sondern die Abstehung entgegen und der in ihr enthaltene beziehungsweise von der Rechtsordnung in sie hineingelegte Verzicht. Eine Abstehung, von der klar ist, dass sie kein Verzicht sein will, ist gar keine wirksame Abstehung (vgl. vorige Note).

[21]) „Mit diesem Hinwegfall der Processconsumtion ist für das heutige Recht vollends jeder Schein einer durch den Streitbeginn (die Litiscontestatio) bewirkten Novation der ursprünglichen Obligatio beseitigt.“ Unger II, § 127, S. 530. Für das röm. Recht wird die Novation durch Litiscontestatio insbesondere vertreten von Keller, Über Litiscontestation und Urtheil nach class. röm. Recht 1827, § 9 ff. und Civilprocess § 60. Vgl. hiegegen insbesondere Bekker, Die process. Consumption §§ 22, 23. Literaturnachweise bei Windscheid I, § 124, N. 1.

[22]) Anders nach Wechselrecht. Art. 80 WO: „Die Verjährung . . wird nur durch Behändigung der Klage unterbrochen.“ „Jene Bestimmung ist zwar den Grundsätzen des gemeinen Rechtes conform . . sie widerspricht aber den Principien des österr. Rechtes . . und hätte wol für Österreich um so mehr in Übereinstimmung mit dem österr. Recht gebracht werden sollen, als die gemeinrechtlichen Ausnahmen von der Klagbehändigung, . . . wonach in gewissen Fällen schon die Anstellung der Klage zur Unterbrechung der Verjährung genügt, nicht mit aufgenommen sind.“ Unger II, § 121, N. 26a; Grawein, Verjährung und gesetzliche Befristung S. 43 ff. erblickt mit Unrecht in den Bestimmungen der §§ 77—80 WO gesetzliche Befristungen.

[23]) Vgl. auch § 13 des Gesetzes 27. April 1873, RGB 67: „Das Ansuchen um Erlassung des Zahlungsbefehles hat in Betreff . . . der Unterbrechung der Verjährung die Wirkung einer Klage. . . . Tritt der Zahlungsbefehl durch Erhebung des Widerspruches ausser Kraft, so ist die Verjährung bis zur Erhebung des Widerspruches als gehemmt anzusehen.“ Hienach kann also die Verjährung zwischen der Erhebung und der Zustellung des Widerspruches vollendet werden. Keine Anwendung findet natürlich § 13, wenn „das Begehren um Erlassung des Zahlungsbefehles . . in einer zur Eintreibung der Forderung erhobenen Klage“ gestellt wurde.

[24]) Für das gemeine Recht ist bekanntlich die Frage äusserst bestritten. Vgl. Windscheid I, § 124, S. 372.

Die allgemein herrschende Lehre geht zwar dahin, es seien Ersitzung und Verjährung in der erwähnten Richtung vollkommen gleich zu stellen, § 1497 a. b. G. oder doch mindestens der erste Satz des § 1497 beziehe sich auf die Ersitzung und die Verjährung. Zu welchen Unzukömmlichkeiten es führt, auch den Schlusssatz des § 1497 auf die Verjährung zu beziehen, hat schon Unger II, § 121, N 40 dargethan und demgemäss das Wort „Verjährung“ im Schlusssatze des cit. § geradezu auf die Ersitzung i. t. S. eingeschränkt. Aber wer fühlt nicht, wie gewagt es ist, wenn man im ersten Satze die Worte Ersitzung und Verjährung als coordiniert einander gegenüberstellt, nunmehr das Wort Verjährung im nächsten Satze ausschliesslich auf die aus der Ersitzung resultierende Exstinctivverjährung, beziehungsweise die Ersitzung selbst zu beziehen?

Schon die Art der Aneinanderreihung der beiden Sätze scheint mir dagegen zu sprechen, dass der Schlusssatz nicht auf ganz dieselben Fälle sich beziehe als der erste Satz, und ich finde es vollkommen vereinbar mit dem Sprachgebrauche des Gesetzes, ja durch das oben (§ 112) entwickelte Verhältnis zwischen Ersitzung und dem Erlöschen dinglicher Rechte wegen erfolgter Ersitzung (vom Gesetze „Verjährung“ genannt) sehr nahe gelegt, unter „Verjährung“ schon im 1. Satze nur die Erlöschung wegen Ersitzung zu verstehen, so dass also die einleitenden Worte des § 1497 gleich wären den Worten: „Die Ersitzung sowol, als die in ihr inbegriffene (§ 1478) Verjährung.“ Und diese Auffassung erscheint mir nicht nur alle Schwierigkeiten des § 1497 zu beheben, sie erscheint mir auch durch den Hinblick auf die Bestimmungen des WGGB. und des Pr. LR., beziehungsweise die gemeinschaftliche Doctrin zur Redactionszeit geradezu geboten.

Das WGGB. (III. Th. 18. Hauptst. „Wie Sachen ersessen und verjährt werden“) enthielt keinerlei ausdrückliche Bestimmungen über

[25]) Über den Begriff der „gehörigen Fortsetzung“ vgl. Pr. LR. I, 9, § 554: „Wird die gehörig angemeldete Klage nicht nach der Vorschrift der Gesetze verfolgt, so fängt »von dem Tage an, wo der Kläger die Sache hätte fortsetzen können und sollen«, eine neue Verjährung wider ihn an.“ Vgl. auch § 605 I, 9 ibid.: „Hat .. der Kläger .. den Betrieb der Sache liegen lassen, dergestalt, dass der Richter nach Vorschrift der Processordnung, mit Reposition der Acten zu verfahren berechtigt gewesen. .“

die Unterbrechung der Verjährung oder Ersitzung durch Klageanbringung.

Was die Verjährung betrifft, so ergibt sich schon aus § 589 (corresp. § 1451 a. b. G.), dass die Klageanbringung die begonnene Verjährung behebe, beziehungsweise dass, wenn „in der vom Gesetze bestimmten Zeit" geklagt, d. i. das Recht „ausgeübt worden ist", von einer Verjährung überhaupt keine Rede ist; oder wie man diess anszudrücken pflegt, die Verjährung ist unterbrochen. Hiedurch ist aber nicht ausgeschlossen, dass, wenn und sobald die Ausübung des Rechtes aufhört, die Klage, der Rechtsstreit liegen gelassen wird, neuerlich eine Verjährung beginnen kann. Dass im Falle der Nichtfortsetzung eines Processes die ursprüngliche Verjährung beendet werden könne, sagt das Gesetz nirgend, und wir dürfen es daher auch nicht in das WGGB. hineintragen, dass aber eine neue Verjährung beginne, ergibt sich nicht nur aus § 589, es geht auch aus § 592 hervor: „damit . . . Rechtsstreitigkeiten soviel möglich verhindert oder abgekürzt werden; so muss das Gesetz die bgl. Ersitzungs- und Verjährungsrechte einführen." Das Pr. LR. I, 9. § 554 sagt denn auch ausdrücklich, es fange „von dem Tage an, wo der Kläger die Sache hätte fortsetzen können und sollen, eine neue Verjährung wider ihn an."

Die Ersitzung aber wurde durch die Anbringung der Klage seitens eines Dritten (Nichtberechtigten) wider den Ersitzenden nach WGGB. überhaupt nicht unterbrochen, das Gesetz enthielt keine diessbezügliche Bestimmung. Es ist diess auch gegenwärtig die herrschende gemeinrechtliche Lehre,[26]) allein die ältere Doctrin lehrte, dass die Ersitzung durch Klageanbringung (auch seitens des Nichteigenthümers) unterbrochen werde, dass aber, im Falle die Klage abgewiesen oder nicht durchgeführt werde, diese Unterbrechung unschädlich, die Ersitzung vollendet sei.

Diese Doctrin ist hinsichtlich der sog. Protestationen (vgl. L. 2. C. 7. 40) in das Pr. LR. übergegangen (§ 603 I, 9): „Durch Anmeldung der Klage, oder durch Einlegung einer gerichtlichen Protestation wird die Verjährung durch Besitz in so fern unterbrochen, als darauf eine Bekanntmachung an den Besitzer erfolgt." § 605: „Hat aber der Kläger die Klage zurückgenommen, oder den Betrieb der Sache liegen lassen, so ist die Verjährung für nicht unterbrochen zu achten," während das Pr. LR. hinsichtlich der wirklich zugestellten Klage oder Protestation bestimmte (§ 607 cit.), es könne der

[26]) Vgl. hierüber Arndts § 163 N. 2, Windscheid I, § 180 N. 7, welcher jedoch selbst abweichender Ansicht ist, Unger II, § 121 N. 40 a.

Besitzer „die dadurch unterbrochene Verjährung niemals wieder anfangen".

Das a. b. G. hat jedoch die erwähnte ältere gemeinrechtliche Doctrin für die Klagen selbst[27]) recipiert, und diese Reception ist erfolgt durch § 1497. Nicht auf die Verjährung bezieht sich dieser Paragraph. Hinsichtlich dieser blieb es in merito bei den Bestimmungen des WGGB. (§ 1451, 1478, 1479 a. b. G.), wie sie oben entwickelt wurden. Nur für die Ersitzung und das an sie geknüpfte Erlöschen (die sog. „Verjährung") dinglicher Rechte wurden neue Bestimmungen getroffen.

Welchen Zweck sollten auch die Bestimmungen des § 1497 a. b. G. bei der Verjährung einer Forderung haben? Ganz sinnlos wäre der Schlusssatz in Anwendung auf die Verjährung; wird die persönliche Klage „für unstatthaft erklärt", dann braucht es der Verjährung nicht mehr, es hindert ja die Exceptio rei judicatae jede Neuanbringung der Klage. Auf den singulären Fall der Wiederaufnahme (§ 373 a. G. O.) haben die Redactoren hiebei ganz gewiss nicht gedacht.

Was aber den ersten Satz des § 1497 betrifft, so läge gar kein Bedürfnis vor, wider den säumigen Kläger die Verjährung vollenden zu lassen. Denn sobald einmal der Process eingeleitet ist, kann der Kläger den Process gar nicht mehr gegen den Willen des Beklagten liegen lassen. So lange der Kläger Fristen wirbt und erhält, setzt er die Klage „gehörig" fort, denn sobald sich die Fristen als überflüssig darstellen, braucht der Beklagte in sie nicht einzuwilligen, und dann darf sie der Richter auch nicht bewilligen. Versäumt aber der Kläger die Einbringung der Satzschriften, den Besuch der Tagfahrt, dann steht es bei dem Beklagten, welcher etwa besorgt, es könnten ihm mit dem Verlaufe der Zeit seine Beweismittel abhanden kommen, dass er selbst Acteninrotulierung und Urtheilsschöpfung verlange (vgl. auch Resol. 31. Oct. 1785 lit. u, JGS. 489). Unterlässt er jedoch, seinerseits die Fortsetzung des Processes in die Hand zu nehmen, dann muss er sich immerhin gefallen lassen, dass der Kläger in der neuerlich beginnenden Verjährungsfrist die Klage fortsetze. Die abweichende Bestimmung hinsichtlich der Ersitzung, wie sie in § 1497 aufgestellt wird, aber findet darin ihre Rechtfertigung, dass hier die Parteien, zwischen denen der Process geführt wird, und jene, zwischen denen die Wirkungen der Ersitzung entstehen, keineswegs nothwendig dieselben sind. Wenn man schon der Klage eines Nichtberechtigten

[27]) Protestationen sind nach der a. G. O. überhaupt unzulässig (§ 1 und Hofd. 22. Juni 1789, JGS 1026). Vgl. aber § 33 Gesetzes 16. März 1884 RGB 36.

die Wirkung beimisst, dass sie die Ersitzung der Beklagten wider den Berechtigten unterbreche, dann ist es nur selbstverständlich, hinzuzufügen, jene Klage, welche sich durch nachträgliche Abweisung als mutwillig darstellt, unterbreche die Ersitzung gegen den Berechtigten nicht, nur billig, die unterbrechende Wirkung auf den Fall einer gehörig fortgesetzten Klage einzuschränken: der Zweck der ganzen Unterbrechung ist ja doch nur der, damit der Beklagte nicht durch Vollendung der Ersitzung den Effect der berechtigten, ordentlich fortgeführten Klage vereiteln könne.

Dem Zwecke nach stellt sich somit allerdings auch nach öst. Rechte die Unterbrechung der Ersitzung durch die Klage (eines Berechtigten) als eine Rückziehung des Urtheiles auf den Zeitpunct der Klageanbringung dar.

3. Eine wahre Folge dieser Rückziehung aber ist es, dass Ansprüche, welche activ oder passiv auf die Erben nicht übertragbar sind, sobald sie vom Berechtigten mit Klage geltend gemacht worden sind, nun nach seinem Tode von den Erben fortgeführt, beziehungsweise verwirklicht werden können. Hieher gehört nach öst. Rechte der Anspruch auf Schmerzensgeld nach § 1325 a. b. G. und die Klage auf Aufhebung[28]) der Ehe im Falle eines privaten Ehehindernisses (§ 94 a. b. G.).[29])

[28]) Nicht übertragbar auf die Erben ist der Natur der Sache nach der Anspruch auf Trennung der Ehe, da dieselbe durch den Tod ohnedem gelöst wird, die Ehetrennung, wenngleich sie auch vermögensrechtliche Wirkungen haben kann, doch nicht um dieser willen eingeführt ist.

[29]) Rittner, Eherecht § 37, S. 275 und nach ihm Schiffner I, § 150, S. 209 (gegen Unger II, § 128, S. 535) suchen auszuführen, man dürfe hier nicht von einem Übergange der Klagen auf die Erben reden; durch die blosse Geltendmachung der Nullität durch den Kläger sei „die bedingte Ungiltigkeit zu einer unbedingten geworden", auch bevor noch „die richterliche Ungiltigerklärung .. erfolgt ist", „so dass nunmehr Jeder, der ein rechtliches Interesse daran hat, sich auf diese Ungiltigkeit berufen kann". Aber letzteres ist nicht richtig. So wie der Kläger von seiner Nichtigkeitsklage abstehen kann, und dann die Ehe für Jedermann giltig ist (nach geschöpftem Urtheile kann auch er die Nichtigkeit nicht mehr beheben —), so ist sie überhaupt für die Anderen erst nichtig, wenn die Nichtigkeit durch Urtheil declariert ist. Während in den anderen Fällen relativer Nullität auch die Erben die Nichtigkeit geltend machen können, können sie diess bei der relativen Nichtigkeit der Ehe nicht, sie können sich auf selbe nur dann berufen, wenn der Verstorbene schon die Klage überreicht hat; aber auch nur sie können sich auf die Nichtigkeit berufen, und sie können auch von der schon erhobenen Klage wieder abstehen. Und dann kann sich auch niemand Anderer mehr auf die Nichtigkeit berufen.

β5. Wirkungen der Klagemittheilung.

1. Von der Klagezustellung tritt für den Beklagten die Verpflichtung zu einer höheren Diligenz ein, er muss sich stets vor Augen halten, dass er im Rechtsstreite auch unterliegen könnte; wo daher eine Sache Object des Rechtsstreites ist, darf der Beklagte dieselbe, soferne er sie „im Besitz hatte . . nach zugestellter Klage" nicht mehr veräussern („fahren" lassen § 378 a. b. G.). Er haftet für jeden Schaden, den die Sache leidet,[30]) ausgenommen „den Zufall, der die

[30]) Wenn die Rückgabe der Sache nicht erfolgen kann, so tritt an die Stelle des Sachanspruches der Werthanspruch. Der Werth von Sachen ist aber ein schwankender, in verschiedenen Zeitpuncten ungleicher. Es entsteht nun die Frage, auf welchen Zeitpunct kommt es für die Werthfixierung, die Schätzung an? Für das römische Recht war hier der Unterschied zwischen actiones stricti juris und bonae fidei von durchgreifender Bedeutung, indem im Allgemeinen bei ersteren der Zeitpunct der Litiscontestation, bei letzteren der des Urtheiles massgebend war für die Schätzung. Vgl. hierüber Savigny VI, § 275—277; Ihering, Geist des r. R. III, § 50, S. 23, 24. Nach unserem Rechte muss das Klagebegehren genau präcisiert sein; wenn der Kläger mit dem Begehren auf Herausgabe einer Sache das Eventualbegehren auf Zahlung des Werthes verbinden will, so muss er zugleich den Werth angeben; er kann diesen Werthanspruch nicht mehr im Laufe des Processes erhöhen, wol aber könnte im Falle eines Schätzungseides für ihn die Frage practisch werden, welchen Zeitpunct er seiner Schätzung zu Grunde legen darf. Ich glaube, es ist für die Beantwortung der aufgeworfenen Frage grundsätzlich daran festzuhalten, dass die Ästimatio des Streitobjectes für unser Recht, welches (im Gegensatze zum älteren röm. Rechte) stets Condemnation auf wirkliche Leistung, und insofern beziehungsweise so lange diese möglich ist, nur auf diese zulässt, nur die Bedeutung der Fixierung eines acut gewordenen oder doch eventuellen Schadenersatzanspruches hat. Zunächst würde sich hieraus ergeben, dass der Kläger jedenfalls den Werth verlangen darf, den die Sache damals hatte, da sie hätte geleistet werden sollen. Ob der Kläger noch ein Mehreres verlangen darf, wird nach den in §§ 1323, 1324, 1331, 1332 a. b. G. aufgestellten Grundsätzen zu beurtheilen sein, und wird hiebei zur Beurtheilung des Grades des Verschuldens, das seitens des Beklagten, der nicht restituieren kann, vorliegt, viel auf seine bona oder mala fides hinsichtlich der Processführung ankommen. Wo nun der Kläger volle Genugthuung verlangen darf, da darf er gewiss auch schon bei der Schätzung seines Ersatzanspruches beliebig in dem seit Erstehung des Anspruches auf Sachleistung verlaufenen Zeitraume wählen. Allein wie gesagt, wenn der Kläger zugleich mit der Klage auf Sachleistung auch den eventuellen Ersatzanspruch verbindet, wird ihm aus processualen Gründen die Wahl beschränkter sein. Wo er aber nach erwirktem und nicht vollstreckbarem Urtheil auf Ersatz klagt, da werden die Grundsätze über die Lehre vom Schadenersatz zu unbeschränkter Anwendung kommen; er wird daher gegebenen Falles auch einen Werth verlangen können, welchen die Sache erst nach Anbringung der Klage auf

Sache bei dem Eigenthümer nicht getroffen hätte", ja selbst für diesen „in dem Falle, dass er die Zurückgabe durch einen mutwilligen Rechtsstreit verzögert hat" (§ 338 a. b. G.).[31])

2. Auch der Umfang der Restitutionspflicht des Beklagten richtet sich nach dem Klagezustellungstage;[32]) auch der redliche Besitzer, der nach ö. Rechte die vor der Klagszustellung lucrierten Früchte nicht herauszugeben braucht (§§ 330, 824 a. b. G.), muss nun die weiteren Früchte restituieren „gleich einem unredlichen Besitzer" (§ 338 a. b. G.), d. h. nicht nur die wirklich bezogenen Früchte, sondern jene, welche er bei normaler Diligenz hätte ziehen können, und mit Hinblick auf die eventuellen Rechte des Klägers hätte ziehen sollen.[33])

Sachleistung erreichte. Nach den Grundsätzen über den Schadenersatz wird es auch zu beurtheilen sein, ob der Kläger berechtigt ist, den Ersatz der Werthverminderung zu verlangen, welche die Sache bis zur Tradition in Folge von Preisschwankungen erlitt; jedenfalls müsste sich aber der Kläger die Geltendmachung dieses Anspruches in der Klage auf Leistung ausdrücklich vorbehalten haben. Aus der Literatur vgl. Büff, Über den Zeitpunct der Schätzung beim Werthersatz, Archiv f. civ. Pr. XXXIII 1850, N. V, S. 101—118, N. X, S. 241—267.

[31]) Canstein II, S. 34 bezeichnet die Haftung für jeden Zufall in Folge mutwilligen Rechtsstreites als eine Wirkung der Litiscontestation. Aber diese Wirkung ist auch nicht an den Zeitpunct der L. C. mit Nothwendigkeit geknüpft, es kann sein, dass der Beklagte erst im Laufe des Processes sein Unrecht erkannte, und nun beginnt erst von diesem Zeitpuncte an seine Haftung für jeden Zufall, da er erst jetzt durch einen mutwilligen Rechtsstreit die Rückgabe verzögert.

[32]) Für das gemeine Recht gehört hieher auch die Verbindlichkeit zur Zahlung von Processzinsen; vgl. Savigny VI, § 268—271. Im ö. R. gibt es keine besonderen Processzinsen, die Bestimmung der lit. m. Hofd. 15. Januar 1787 JGS 620 beziehungsweise des Pat. 17 Juni 1788, JGS 847 ist dermalen in der allgemeinen Vorschrift des § 1333 a. b. G. aufgegangen; die blosse Mora an sich verpflichtet bei Geldschulden (auf andere Schuldigkeiten bezogen sich auch die cit. älteren Normen nicht) auch ausser dem Falle eines Processes zur Zahlung der gesetzlichen Zinsen. Wo nun die Forderung erst durch die Klage fällig wird (§ 1417 a. b. G.), da laufen die gesetzlichen Zinsen (natürlich falls sie angesprochen werden) von der Klagezustellung an (erst jetzt kann eine „Verzögerung" in Frage kommen; auf die Klageanstellung führt Canstein II, § 50, S. 29 N. 9 den Beginn der Verzinsung zurück; Canstein und Unger [II, 128, N. 43] behaupten auch für das ö. R. das Vorkommen von Processzinsen). Wurden in der Klage keine Zinsen angesprochen, so können solche auch nicht zuerkannt werden; die Pflicht zur Zinsenzahlung beginnt dann erst mit dem Tage, an welchem nach dem Inhalte des Urtheiles die Zahlung erfolgen soll, muss aber neuerlich mit Klage geltend gemacht werden.

[33]) Nicht aber alle Früchte, welche der Kläger mit Rücksicht auf seine concreten Mittel und seine individuelle Befähigung hätte ziehen

Nach dem Zeitpuncte der Klagezumittlung richtet sich auch die im Vermögenszuwachse liegende Schranke der Condemnation (in quantum locupletior factus est) bei der Bereicherungsklage.

3. Auf den Zeitpunct der Klagezustellung schliesslich kommt es auch dort an, wo ein und derselben Person mehrere Eventualitäten offen stehen, oder dasselbe Recht mehreren Personen in der Weise zusteht, dass es eventuell Jeder derselben allein geltend machen kann, und nun der Kläger durch die Klageanbringung eine bestimmte Eventualität (sei es in der Wahl eines Gegenstandes, sei es in der Fixierung Desjenigen, welchem geleistet werden muss) zur Ausübung bringt, von der er nun, nachdem dem Gegner seine in der Klage enthaltene Willenserklärung bekannt gegeben worden ist, nicht mehr zurücktreten kann, durch die er aber auch seinen Gegner bindet. Hieher gehört es, dass durch die Klagemittheilung die vom wahlberechtigten Gläubiger getroffene Wahl (falls die Wahlbefugnis nicht schon etwa vorher erloschen war) unabänderlich wird (Analogie von § 906 a. b. G.); ferners, dass bei der activen Correalobligation der Schuldner durch die Klagezustellung genöthigt wird, das Ganze demjenigen Gläubiger zu entrichten, dessen Klage ihm zuerst zugestellt wurde („der ihn zuerst darum angeht", § 892 a. b. G.).

γ_2. Wirkungen der Klageeinlassung.

Die einzige materiell-rechtliche Wirkung der Litiscontestation, welche man nach öst. Rechte anführen kann, besteht darin, dass „wer, als vermeintlicher Besitzer belangt, auf die Klage sich . . . einlässt, als ob er wirklich besitze (qui liti se obtulit), zum Ersatze des Schadens verpflichtet wird, welcher dem irregeführten Kläger daraus erwächst, dass er gegen den Nichtbesitzer die Klage fortgesetzt hat" (Unger II, § 128, S. 549, 550; § 377 a. b. G.). Allein auch hier wird man nicht von einer ausschliesslichen Wirkung der Litiscontestation sprechen dürfen, denn nicht nur Jener wird für den Ersatz ver-

---

können. So weit gehen die Consequenzen der figürlichen Gleichstellung des redlichen Besitzers nach der Klageintimation mit dem unredlichen Besitzer (vgl. L. 25, 47, D. 5, 3: „post litem contestatam omnes incipiunt malae fidei possessores esse, quinimo post controversiam motam; . . . quasi praedones tenentur") nicht. Vgl. Unger I, § 13, N. 50 und II, § 128, N. 33. Auch hier kann man sagen: „Nec enim debet possessor . . propter metum hujus periculi temere indefensum jus suum relinquere." L. 40 pr. D. 5, 3. Vgl. Savigny VI, § 267, S. 113, ff. über das römische Recht, wonach diesem die Unterscheidung zwischen Früchten, welche der Kläger, und solchen, welche der Beklagte hätte ziehen können, überhaupt fremd war, und nur durch Missverständnis von L. 62, § 1, D. 6, 1 entstanden ist.

antwortlich werden, der den Besitz in jure zugibt, sondern auch Jeder, der durch das aussergerichtliche culpose oder dolose Vorgeben, er sei Besitzer, den Kläger zur Klageanbringung verleitete.[34])

Eine besondere Bedeutung hat übrigens die Litiscontestation in jenen Fällen, in denen mit der Klage erst die fällig machende Mahnung verbunden ist; hier wird erst durch die Litiscontestation dem Richter klar, ob eine Rechtsverletzung, ein Rechtsanspruch entstanden sein könne.

β_3. Die Exceptio.[1])

α_4. Begriff.

§ 123.

Die Klage ist die rechtliche Angriffsform, mit der ein Rechtsanspruch wider den Beklagten geltend gemacht oder doch ein concretes

[34]) Mit Recht bemerkt auch Windscheid I, § 125, N. 1, dass überhaupt „hier durch den Process nicht das zwischen den Parteien bestehende Rechtsverhältnis modificiert, sondern ein Rechtsverhältnis zwischen ihnen neu begründet wird".

[1]) Goldschmidt, Über Litiscontestation und Einreden, 1812; Spengel, Zur Lehre über Litiscontestation und Einreden, 1827; Bethmann-Hollweg, Versuche über einzelne Theile der Theorie des Civilprocesses, 1827, S. 369 ff. (und R. C. Pr. II, § 99); Knappe, Versuch einer Entwicklung des Begriffes der Exceptionen, mit Rücksicht auf die Beweislast, München 1835; Albrecht, Die Exceptionen des gem. d. Civilprocesses geschichtlich entwickelt, München 1835; Schmidt, die gemischten Einreden, 1839; Haimerl, Über Litiscontestation und Einwendung nach den österr. Gesetzen über das civilgerichtliche Verfahren, Z. f. ö. R. 1839, I, N. I, S. 1—38; Zlobitzky, Versuch einer Theorie der Einwendungen im Civilprocesse nach den Bestimmungen der österr. Gesetzgebung, Z. f. ö. R. 1840, I, N. XXIII, S. 359 bis 370; Helmolt, Beiträge zur Lehre des Unterschieds zwischen Klagableugnung und Einreden, 1849; Helmolt, Verhältnis der Exceptionen zur Beweislast, 1852 (hiezu Bekker, Heidelberger kr. Zt. II, S. 83 ff.); Wirth, Über das leitende Princip der Beweislast und Einreden im Civilprocess, 1852; Völderndorff, Zt. f. Civ. u. Pr., N. F. XI, 1854, N. X; Reinhold, Beiträge zur Lehre von den Einreden und zur Lehre von der Beweislast, Zt. f. Civilr. u. Pr., N. F. XIII, 1856, N. I und VI; Förster, Klage und Einrede nach pr. R., 1857; Maxen, Beweislast, Einreden und Exceptionen, 1861; Escher, Über Verjährung der Einreden, insbes. derjenigen der Nachwährschaft für thatsächliche Mängel verkaufter Sachen, Zt. f. Kunde und Fortbildung der Züricher Rechtspflege, XI, S. 161—199; Krüger, Proc. Consumtion, 1864, § 5 (auch Zt. f. Rechtsgesch. VII, S. 219 ff.); Pollack, De exceptionum praescriptione, Diss., Berlin 1866, 50 S.; Sell, De exceptionum usu, quae legis actionum tempore, Diss., Bonn 1867; Bar, Zur

Rechtsverhältnis als Basis eventueller Ansprüche zur Anerkennung gebracht werden will. Aber auch für den Beklagten vermag ein Anspruch zu bestehen, auch er kann sich auf ein Rechtsverhältnis stützen, d. h. gewisse rechtliche Ursachen als Basis rechtlicher Wirkungen für sich anrufen, u. z. gerade zu dem Behufe, um dem Klageanspruche, dem mit der Klage geltend gemachten Rechtsverhältnisse, entgegentreten, seine Wirkungen paralysieren zu können.

Wenn die Rechtsordnung ein Sollen an das Eintreten gewisser Thatsachen knüpft, so thut sie diess weder ohne jeglicher Rücksichtnahme auf die anderen Verhältnisse und Ereignisse noch für ewige Zeiten. Sie setzt zugleich fest, dass, wenn auch beim Zutreffen von A, B, C im Allgemeinen gewisse Wirkungen zutreffen, diess doch ausnahmsweise dann nicht geschehe, wenn mit A, B, C auch S oder T eintreten sollte, dass diese Wirkungen überhaupt aufhören, an A, B, C geknüpft zu sein, wenn nachträglich M oder N eintrete. Sucht nun, trotzdem dass S, T, M oder N eingetreten sind, der Kläger gegen den Beklagten die Wirkungen von A, B, C durchzusetzen, so scheint zwar zunächst sein Anspruch begründet, wenn A, B, C gegeben sind; allein der Beklagte kann S oder T, M oder N für sich geltend machen, und hiemit die Hinfälligkeit des Klageanspruches darthun, dessen Erfüllung

Lehre von den Processeinreden und Einreden überhaupt, Archiv f. civ. Pr. LII, 1869, N. XIX, S. 431—463; Eisele, Die materielle Grundlage der Exceptio, Berlin 1871, 182 S. (hiezu Brinz, Gibt es noch Exceptionen? Kr. VJS XIV, S. 206—223); Zimmermann, Krit. Bemerkungen zu Eisele's Schrift über die mat. Gr. d. Exc., Giessen 1872, 46 S.; Birkmeyer, Die Exceptionen im bonae fidei judicium, Röm. rechtl. Abh. als Beitrag zur Frage: Gibt es noch Exceptionen? Hab. Schr. (gegen diesen Eisele, Kr. VJS XVI, 1874, S. 501—520); Eisele, Zur Geschichte der processualen Behandlung der Exceptionen, Berlin 1875; Lenel, Über Ursprung und Wirkung der Exceptionen, Hab. Schr., Heidelberg 1876, 151 S. (hiezu Brinz, Kr. VJS XVIII, 1876, S. 569—572); Thon, Rechtsnorm u. s. R., 1878, S. 261—279; Schwalbach, Vom Verhältnis der Einreden z. Klagenverjährung, Jahrb. f. Dogm. XIX, 1881, N. II, Abth. A, S. 25—49; Despommiers, Droit romain: Caractères généraux des exceptions, Paris 1882; Bigelow, Treatise on the law of estapel and its application in practice, 3. Aufl., Boston 1882, 675 S.; Wildhagen, Über die Verjährung der Einreden im heutigen röm. Rechte, Jahrb. f. Dogm. XXI, 1883, N. I, S. 1—55. Über die Entstehung und Entwicklung des Vertheidigungssystems im röm. Rechte vgl. die lichtvollen Ausführungen von Ihering im Geist d. r. R. III, § 52, S. 48—132. Wächter II, §§ 69, 70; Savigny V, §§ 225—229, 253—255; Vangerow I, §§ 154—157; Brinz I, §§ 105—108; Arndt's, §§ 101, 102; Windscheid I, §§ 47, 48; Keller, Civilpr. § 34—37; Unger II, §§ 124—126; Schiffner I, § 149; Canstein II, § 51, S. 44—49.

vereiteln. Diese Gegenanführung, diese Abwehr eines für sich allein betrachtet gegründet erscheinenden Anspruches correspondiert zunächst der Anerkennungsklage; wie die Anerkennungsklage darauf geht, vom Richter einen Ausspruch darüber zu erlangen, dass ein gewisses Rechtsverhältnis bestehe, so geht diese Gegenanführung darauf, vom Richter einen Ausspruch darüber zu erlangen, dass das vom Kläger behauptete, mit Rücksicht auf die Klagsdaten prima vista als vorhanden sich darstellende Rechtsverhältnis nicht existiere, sei es nun, dass es nie existent geworden sei, oder nicht mehr existiere. Mit dieser Anerkennung Seitens des Richters entfällt die Stattgebung des Klagebegehrens, beziehungsweise die Verwirklichung des angeblichen Rechtsanspruches eo ipso.

In diesen Fällen aber handelt es sich nicht um Geltendmachung eines selbstständigen Anspruches des Beklagten, sondern nur um Vereitlung des klägerischen Anspruches, um Destruierung des vom Kläger behufs Liquidierung geltend gemachten Rechtsverhältnisses. Die Klage ist jedoch nicht die einzige Form der Geltendmachung eines Anspruches, es kann ein Anspruch auch zur blossen Abwehr eines rechtlichen Angriffes in's Feld geführt werden. Steht dem Beklagten nun ein solcher selbstständiger Rechtsanspruch zu, dann vermag er mit ihm ohne weiters, indem er ihn dem Klageanspruch gegenüberstellt, diesen zurückzuweisen. Es sind gewisse Ursachen gegeben, an welche für den Beklagten gewisse rechtliche Wirkungen geknüpft sind, er hat ein subjectives Recht. In dieses sein subjectives Recht, welches der Kläger respectieren soll, sucht dieser mit der Klage einzudringen, er sucht es mit Hilfe der richterlichen Gewalt zu verletzen, und hiemit wird das Recht des Beklagten zum Rechtsanspruche, den er als Exceptio[2]) dem Anspruche des Klägers gegenüberstellt.[3])

[2]) Im römischen Formularprocesse war die Exceptio ein Auftrag des Prätors an den Judex, beziehungsweise eine Bedingung, unter welcher sein Auftrag erfolgte, im späteren römischen Process, sowie im modernen Process ist sie nur ein Parteivorbringen, beziehungsweise ein Parteiantrag. Vgl. Savigny VI, § 226, S. 166. Eine besonders neuerlich wieder sehr lebhaft ventilierte Frage ist es, welchen Umfang der Begriff der Exceptio im röm. Rechte hatte. Während von der einen Seite (insbesondere Eisele, Die materielle Grundlage der Exceptio, 1871), die schon von Savigny (V, § 227, S. 174 ff.) lebhaft angefochtene Behauptung aufgestellt wird, die aus dem prätorischen Recht abgeleitete Vertheidigung sei Exceptio im röm. Sinne, dieser Begriff sei nur mehr ein historischer (so sagt auch Lenel, Über Ursprung und Wirkung der Exceptionen, 1876, S. 137: „Es gibt nur eine Art materiell-rechtlicher Vertheidigung: Verneinung der Existenz des erhobenen Anspruchs"; vgl. auch S. 110, 145), wird von der anderen Seite

Es kann sein, dass vorher der Beklagte dieses sein Recht noch gar nicht mit Klage (oder doch nur mit Anerkennungsklage) hätte geltend machen können, da noch keine Verletzung dieses Rechtes vorlag; ja es kann sein, dass dieses Recht nicht jenen vollkommenen Grad civiler Wirksamkeit hat, der es befähigt, selbst in Klageform aufzutreten; aber durch den geltend gemachten Klageanspruch wird es zur Abwehr herausgerufen, ihn zurückzustossen ist es stark genug. Im Allgemeinen[4]) kann jedes Recht, das in Klageform aufzutreten ver-

(Literatur bei Windscheid I, § 47, N. 1) ein innerer, fortbestehender Unterschied zwischen Exceptio und anders gearteter Bekämpfung eines Anspruches aufgestellt, jedoch in einer m. E. wenig befriedigenden Weise. Die einzige richtige Unterscheidung scheint mir die vom Begriffe des Anspruches ausgehende. Schon Savigny V, § 225, S. 153 hat die technische Exceptio als „Bestreitung durch ein entgegenstehendes Recht des Beklagten" bezeichnet, aber ohne die Consequenzen aus dieser richtigen Auffassung zu ziehen (gegen Savigny die bei Windscheid I, § 47, N. 2 Angeführten; vgl. aber Arndts § 101, N. 2 und Bethmann-Hollweg, Röm. Civilpr. II, S. 390 ff.). Zum Grosstheile befriedigend durchgeführt findet sich dieses Princip bei Thon, Rechtsnorm u. s. R. V, § 12—16, insbes. S. 266, 267; die in § 17 (S. 277) aufgestellte Behauptung jedoch: „Beruft sich der Beklagte z. B. der Vindication des Klägers gegenüber auf ein dingliches Recht ... oder nimmt er Bezug auf eine obligatorische Beredung z. B. auf einen Miethvertrag, . . so erhebt er damit keinen Gegenanspruch, vielmehr bestreitet er die Verpflichtung zur Herausgabe der Sache", ist m. E. inconsequent und verfehlt. Wenn irgendwo eine wirkliche Exceptio vorliegt, so ist es hier der Fall. Vor der Klage hat der Beklagte freilich keinen Anspruch, aber er hat ein selbstständiges Recht, und indem das Klagebegehren selbes zu verletzen sucht, erwächst ihm ein Anspruch. Bedingungslos muss Thon beigestimmt werden, wenn er sagt: „Der Umstand, dass einer Vertheidigung im römischen Rechte die Form der Exceptio gegeben war, ist allein für sich, für die Classificierung der heutigen Vertheidigungsarten nicht zu verwerthen" (S. 276).

[3]) Beispiele: B ist servituts- oder pfandberechtigt, oder es wurde ihm eine Sache von A auf bestimmte Zeit geliehen, A fordert aber nun mit der Eigenthumsklage die Herausgabe der Sache in einem Zeitpuncte, wo die Rückforderung eine Verletzung des Servituts- oder Pfandrechtes oder des Rechtes aus dem Leihvertrage involviert. Oder B hat eine Sache vom Nichteigenthümer C gekauft. A ist Eigenthümer und verlangt Herausgabe, er ist aber zugleich Universalsuccessor des C, daher kann ihm B seine Rechte aus dem Kaufvertrage entgegensetzen, ungeachtet das Eigenthumsrecht des A zur Zeit der Klaganbringung zu Recht besteht. Oder B macht gegen eine Forderung des A eine andere Forderung mit Compensation geltend. Oder A belangt als Erbe des C den B auf Herausgabe einer Sache des C, die dem B von C legiert ist.

[4]) Gewisse rechtliche Wirkungen können allerdings nur im Wege der Klage erzielt werden, so die nachträgliche Trennung oder Scheidung einer

mag, gegebenen Falles auch als Exceptio geltend gemacht werden, während allerdings nicht jedem Rechte, dem Schutzmittel zur Abwehr gegeben sind, auch die Fähigkeit zum Angriffe innewohnt.[5])

Correspondiert die Geltendmachung rechtshindernder oder rechtsvernichtender Thatsachen der Anerkennungsklage, so correspondiert die Geltendmachung des selbstständigen Rechtes der Anspruchsklage. Diess ist aber nicht etwa so zu verstehen, dass der Anerkennungsklage stets und nur Thatsachen der ersten Art, der Anspruchsklage stets nur rechtserzeugende Thatsachen gegenübergestellt werden können. Der Anspruchsklage gegenüber mag nemlich der Beklagte sowol versuchen, die Nichtgeltung des ihr angeblich zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisses zur Anerkennung zu bringen, oder aber seinen bestanden habenden oder doch durch die Klage des Gegners erwachsenen Anspruch zu verwirklichen. Der Anerkennungsklage gegenüber aber kann der Beklagte allerdings die Anerkennung im Allgemeinen nur durch Geltendmachung rechtshindernder oder rechtsvernichtender Thatsachen vereiteln, und so bewirken, dass die Nichtexistenz anerkannt werde, er kann nicht zugleich auch die Anerkennung seines selbstständigen Rechtes erwirken, denn durch die Anerkennung des Rechtes des Klägers wird ja dem selbstständigen Rechte des Beklagten gar nicht präjudiciert; will er es ebenfalls zur richterlichen Anerkennung bringen, so mag er selbst mit einer Anerkennungsklage auftreten. Nur in einem einzigen Falle besteht eine Ausnahme, dort nemlich wo dieses

giltigen Ehe. Aber auch gewisse rechtshindernde oder rechtsvernichtende Thatsachen können nur im Wege der Klage geltend gemacht werden, obgleich es sich hier nicht um Geltendmachung eines Anspruches, sondern um die Anerkennung, dass ein gewisses Rechtsverhältnis überhaupt gar nicht vorliege, handelt. Diess wurde früher allgemein hinsichtlich der sog. Nullitätsklagen behauptet, gilt aber für das österreichische Recht nur hinsichtlich der Klage auf Ungiltigkeit der Ehe. Der Ehegatte, der gegen die Alimentationsklage der Frau sich auf die Nichtigkeit der Ehe stützen will, kann diess nicht im Wege der Einrede, sondern nur mittelst Klage. Selbstverständlich aber kann sich der Beklagte in der Einrede darauf berufen, dass die Ehe schon gerichtlich geschieden, getrennt, aufgelöst sei. Ebenso selbstverständlich ist auch, dass der Beklagte in der Einrede das rechtliche Klagfundament negieren (s. nächster §) d. i. behaupten kann, es sei gar nie eine Eheschliessungshandlung erfolgt. Vgl. §§ 1 und 13 des Hfd. 23. August 1819, JGS 1595 womit nicht nur für Klagen auf Ungiltigkeit, sondern überhaupt für die Untersuchungen über die Ungiltigkeit ein ganz specielles Verfahren normiert ist. Vgl. auch § 14 a und § 48 CJN, §§ 97, 1382 a. b. G.; ferner §§ 5 und 371 StPO.

[5]) Hieher gehört insbesondere die klaglose Obligation, naturalis obligatio in diesem Sinne.

selbstständige Gegenrecht, wenn es geltend gemacht wird, kraft positiver Rechtsvorschrift gleich einer rechtsvernichtenden Thatsache wirkt, so dass es der Anerkennung des geltend gemachten Rechtes entgegensteht: bei der Compensation (§ 1438 a. b. G.).[6])

Der Anspruch nun, welcher in Form der Vertheidigung geltend gemacht wird, ist die Exceptio, und wie wir, um anzudeuten, dass Jemand, wenn sein Recht verletzt wird, wenn ihm ein Rechtsanspruch erwächst, den Verletzer angreifen, klagen könne, schon vor der wirklichen Rechtsverletzung sagen, der Betreffende habe eine Klage, ihm stehe eine Klage zu (so sagen wir z. B., der Eigenthümer habe als solcher die Eigenthumsklage), ebenso sagen wir, um anzudeuten, dass Jemand, wenn sein Recht durch eine Anspruchsklage verletzt wird, den Verletzer kraft eigenen Rechtes abwehren könne, schon vor der wirklichen Klagsanbringung, beziehungsweise Verletzung seines Rechtes, er habe eine Exceptio, ihm stehe eine Exceptio zu.

Wie wir aber mit dem Worte Klage den Begriff der Anspruchs- und der Anerkennungsklage vereinen, so bezeichnen wir auch die Mög-

[6]) Ich vermag der Ansicht Unger's nicht beizupflichten, welcher der Einwendung der Compensation, da sie ex tunc wirkt, der Einwendung der relativen Nullität gleichstellt, und in ihr keine technische Exceptio erkennen will (II, § 124, S. 491). Die Einwendung der erst im Vertheidigungswege geltend gemachten Compensation beruht auf einem ganz selbstständigen Rechte des Beklagten B, das er (soweit es sich nicht um eine naturalis obligatio handelt) auch selbstständig mit Anspruchsklage geltend machen könnte; freilich vermöchte einer solchen Anspruchsklage in der Regel nun wieder der Gegner A die Compensation entgegenzusetzen, aber so lange er sie nicht entgegensetzt, besteht der Anspruch des B, während in den Fällen, wo der Beklagte eine relative Nullität einwendet, dieser nie mit Anspruchsklage sondern stets nur mit Anerkennungsklage auftreten könnte; durch die Einwendung der relativen Nullität vernichtigt der Beklagte den Anspruch des Klägers A, ebenso durch die Einwendung der Compensation, soweit stehen sich beide gleich; aber im ersteren Falle hat B gar keinen selbstständigen Anspruch, wol aber im zweiten Falle, wenngleich diesen, falls er mit ihm aufträte, nun A vernichtigen kann; aber selbst diess nicht nothwendig, z. B. die Forderung des A ist illiquid, die des B liquid; B kann jedenfalls die liquide Forderung zur Compensation bringen, wenn A klagt, nicht aber A seine, wenn B klagt. Die Compensation, wenn sie erst mittelst der Einrede geltend gemacht wird, ist somit eine technische Exceptio, ein Anspruch. Nicht so aber, wenn sie schon früher geltend gemacht worden ist (z. B. im Wege der Verrechnung), und sich nun der Beklagte nur auf die durch die Geltendmachung bereits herbeigeführte Erlöschung des Klageanspruches beruft; in diesem Falle hat er keinen Anspruch mehr, den Anspruch, den er hatte, hat er bereits aufgezehrt, verwendet zur Aufhebung der Gegenforderung, er beruft sich nur auf eine bereits eingetretene Erlöschungsthatsache.

lichkeit, den Nichtbestand eines scheinbar fundierten Rechtes im Vertheidigungswege zur Anerkennung zu bringen, und die Möglichkeit, ein selbstständiges Recht, einen Anspruch im Vertheidigungswege zu verwirklichen mit einem gemeinsamen Ausdrucke; allein es führt allzuleicht zu Missverständnissen, den Specialausdruck Exceptio auch auf den Collectivbegriff anzuwenden; er sollte daher hiefür ganz gemieden werden und empfiehlt sich, wo beide Vertheidigungsarten umfasst werden wollen (Einwendung und Exceptio), nur von einer Einrede (im materiell-rechtlichen Sinne) zu sprechen.[7])

β_4. Inhalt.

§ 124.

Zur genaueren Darlegung des Inhaltes der technischen Exceptio, des Anspruches als Vertheidigung, wird es sich empfehlen, überhaupt das dem Beklagten zu Gebote stehende Vertheidigungsmaterial zu prüfen.

Die Klage enthält, wie ausgeführt wurde, einen logischen Schlusssatz. Der Obersatz ist der Rechtssatz, der Untersatz der Klagegrund, die Conclusion das Petit. Immer wird der sich vertheidigende Beklagte natürlich das Petit angreifen, allein er kann diess, den Elementen des Schlusssatzes entsprechend, in ganz verschiedener Weise.[1])

I. Er kann zunächst den Obersatz, die Rechtsregel, angreifen und versuchen, ihre Hinfälligkeit darzuthun. Es wird in vielen Fällen

[7]) Ich schliesse mich hier dem Sprachgebrauche an, wie er z. B. auch von Unger II, § 124, S. 474 festgestellt und durchgeführt wird, denn hinsichtlich der Nomenclatur ist das wesentlichste Erfordernis allgemeine Einhaltung einer üblichen Bezeichnungsweise, und kleinliche Wortmäkeleien vermögen nur zu schaden, nicht zu nützen. Für das österreichische Recht hat die Bezeichnung Einrede nur das eine Missliche, dass derselbe Ausdruck auch die formale Processhandlung bedeutet. Aber es „ist hier ein Missverständnis ebensowenig zu besorgen, als bei dem doppelten Gebrauch des Wortes Klage“ (N. 13 ibid).

[1]) Abgesehen wird hier natürlich von den Processeinwendungen, d. i. jenen Einwendungen, welche sich lediglich gegen die Form und Art des Angriffes beziehungsweise des Processverfahrens und processualer Massregeln richten. Selbe gehören in die Lehre vom Civilprocesse. Vgl. über selbe Bülow, Die Lehre von den Processeinreden und Processvoraussetzungen, Giessen 1868; Bar, Zur Lehre von den Processeinreden und Einreden überhaupt, Archiv f. civ. Pr. LII, 1869, N. XIX, S. 431—463; Heyssler, Die Lehre von den Processvoraussetzungen nach ö. R., Grünhut's Zt. I, 1874, N. V, S. 114—151.

vortheilhaft, jedenfalls aber stets vorsichtig sein, wenn der Beklagte den seiner Meinung nach falschen Rechtssatz bekämpft; so wenig aber der Kläger die Rechtsregel ausdrücklich anzuführen braucht, so wenig braucht sie der Beklagte im Principe in Abrede zu stellen, da der Richter das Gesetz kraft seines Amtes kennen und anwenden soll.

II. Der Beklagte kann weiters die den Untersatz bildenden vom Kläger als Klaggrund angeführten Thatsachen bestreiten, selbe „widersprechen“. Diese seine Vertheidigung darf vom Richter nicht suppliert werden, würde der Beklagte einen Umstand, den der Kläger für sich anführt, „nicht ausdrücklich, u. z. insbesondere widersprechen“, so ist er, „wie ihn der Kläger vorgebracht hat“ (§ 23 a. G. O.) „bei Erledigung des Processes für wahr zu halten“ (§ 11 a. G. O.) und ist „die Beirückung einer allgemeinen Verneinungsclausel verboten und ohne Wirkung“ (§ 5 a. b. G.). Nur ist hievon natürlich insoferne eine Ausnahme zu machen, dass, wenn die vom Kläger behaupteten Thatsachen durch die von ihm selbst etwa vorgelegten Beweismittel (sc. Urkunden) „widerlegt“,[2]) d. h. als unrichtig erkennbar werden, oder untereinander in logischem Widerspruche stehen, der Richter nicht verhalten sein kann, actenmässig Unwahres oder logisch Unmögliches seiner Entscheidung als Wahres zu Grunde zu legen.

III. Der Beklagte kann schliesslich die Conclusion angreifen, darzuthun versuchen, dass aus dem ausdrücklich oder stillschweigend angerufenen Rechtssatze und dem vom Kläger angeführten Klaggrunde der gezogene Schluss, das Petit, sich nicht ergebe. U. z. steht ihm auch hier wieder eine dreifache Möglichkeit offen.

1. Er kann die logische Schlussform bestreiten. Der Rechtssatz lautet: wenn A, B, C ist, ist Z. Der vom Kläger angegebene factische Klagegrund lautet: es ist B und C, oder, es ist A, B und D, der Kläger schliesst hieraus, ergo ist Z. Der Beklagte kann nun diesen Schlussfehler aufdecken, aber auch hier kann es ihm nicht schaden, wenn er diess unterlässt, weil der Richter die Denkgesetze kraft seiner Amtspflicht anzuwenden bemüssigt ist.

2. Der Beklagte kann aber auch die Existenz des Rechtssatzes und der als Klaggrund angeführten Facta, sowie die Richtigkeit der logischen Schlussform zugeben, aber er kann den Rechtssatz und das

[2]) § 6 k. Vdg. 27 October 1849 RGB 12 über das Verfahren in Besitzstörungs-Streitigkeiten; § 18 JHD 24 October 1845, N. 906 JGS; § 28 Gesetz 27 April 1873 RGB 66. Diess wird aber überhaupt auch bei jenen Arten des gerichtlichen Verfahrens, bei denen es nicht ausdrücklich vom Gesetze normiert ist, zu gelten haben.

Klagefactum ergänzen, d. i. einen den allgemeinen Rechtssatz einschränkenden besonderen Rechtssatz geltend machen, die diesem besonderen Rechtssatz entsprechenden Thatumstände behaupten, und nun auf Grund dieser Ergänzung des Ober- und Untersatzes eine andere Conclusion hinstellen. Es ist diess eine Einwendung in dem Sinne, wie sie im vorigen Paragraph entwickelt wurde, die Anführung von rechtshindernden oder rechtsvernichtenden Thatsachen. Diese Vertheidigung darf vom Richter nicht suppliert werden, nur ist auch hier wieder selbstverständlich, dass, wenn der Kläger so unvorsichtig war, derartige Umstände selbst in seiner Klage anzuführen, oder solche Beweisurkunden vorzulegen, aus denen solche Umstände sich ergeben, diese Umstände somit selbst der richterlichen Kenntnis zu unterbreiten, auch hier der Richter auf diese Thatsachen (soferne ihre rechtshindernde oder rechtszerstörende Wirkung nicht ausdrücklich nur an die Geltendmachung durch den Beklagten geknüpft ist)[3]), Rücksicht nehmen müsste, auch wenn der Beklagte unterlassen hätte, sich auf selbe zu berufen, oder überhaupt nichts zu seiner Vertheidigung vorgebracht hätte.[4])

3. Der Beklagte kann aber auch dem Schlusssatze des Klägers einen selbstständigen Schlusssatz gegenüberstellen, für sich einen selbstständigen Rechtssatz (Obersatz) anführen, denselben durch Anführung von Thatsachen substantiieren (Untersatz) und hieraus ein ihm zustehendes Recht, beziehungsweise einen Rechtsanspruch, ableiten, welcher stärker ist als der des Klägers,[5]) und dessen Wirkungen para-

[3]) Es sind diess die Fälle der relativen Nullität.

[4]) Vgl. Unger II, § 124, N. 21, der aber nur von dem Falle spricht, wenn der Kläger rechtshindernde oder rechtsvernichtende Thatsachen in der Klage anführt. Dasselbe wird aber auch gelten müssen, wenn sie aus den der Klage angeschlossenen Urkunden, welche einen integrierenden Bestandtheil derselben bilden, zu entnehmen sind. Ganz anders aber liegt der Fall, wenn eine solche Thatsache nur aus der Aussage eines geführten Zeugen sich ergeben würde; die Aussage des Zeugen über Thatsachen, die gar nicht behauptet wurden, ist vollkommen irrelevant. Practisch wird sich die Sache aber allerdings anders gestalten im Bagatellverfahren, wo Beweisverfahren und Vorbringungsverfahren nicht getrennt sind, denn hier können der Kläger und der Beklagte nicht nur nachträglich das vom Zeugen Vorgebrachte geltend machen, es wird das von dem geführten Zeugen Vorgebrachte auch in complexu von Jedem recipiert werder können. Die Exceptio aber (vgl. folgenden Absatz) wird der Kläger auch hier (wenn auch erst nach der Zeugenabhörung) in erkennbarer Weise geltend machen müssen. Das von der Partei als „Zeuge" Vorgebrachte gilt natürlich in jeder Richtung von ihr als Processpartei vorgebracht. Vgl. auch u. N. 7.

[5]) Vgl. Wilhelm Deurer, Über den Schutz des relativ bessern Rechtes nach r. Grundsätzen, Jahrb. f. Dogm. I, 1857, N. V, S. 221—238.

lysiert. In diesem Falle nun liegt eine Exceptio im technischen Sinne, ein zur Vertheidigung benützter Rechtsanspruch vor.[6])

Die Exceptio kann nur der Beklagte geltend machen;[7]) selbst wenn aus den Anführungen des Klägers das selbstständige Recht des Beklagten erkennbar sein würde, darf es der Richter, soferne der Beklagte sich nicht selbst auf selbes beruft, nicht berücksichtigen, denn im Wesen des Rechtes liegt es, dass es nur dann vom Richter ver-

[6]) In diesen Fällen musste denn auch im römischen Formularprocess die Exceptio in die Intentio aufgenommen werden, während im Falle III, 2 dann, wenn das Rechtsverhältnis, auf das der Kläger sich stützte, gar nicht bestand, diess überflüssig war.

[7]) Vgl. Thon, Rechtsnorm und subj. R. § 13, S. 269. Für das römische und gemeine Recht wurde bekanntlich behauptet, es dürfe der Richter vom Beklagten nicht vorgebrachte Einwendungen officio judicis supplieren. Diess gilt keinesfalls für unser ordentliches Processverfahren, für unser Summar- und Bagatellverfahren wird jedoch dasselbe gelten, was Savigny (VI, § 228, S. 188) vom mündlichen römischen Process treffend bemerkt, dass nemlich „ohne Zweifel der Prätor und der Judex den Parteien abfragen konnten, was ihnen gut dünkte." Vgl. § 19 Gesetz vom 27 April 1873 RGB 66: „Der Richter .. hat dafür Sorge zu tragen, dass die Sache erschöpfende Erörterung finde." § 20: „Er hat durch geeignete Fragen darauf hinzuwirken, dass unklare Begehren erläutert, ungenügende Angaben geltend gemachter Thatsachen ergänzt, die Beweismittel bezeichnet und überhaupt alle zur Feststellung des Sachverhaltes nöthigen Erklärungen abgegeben werden." Ferner § 25 Summ. Pat.: „Bei der mündlichen Verhandlung hat das Gericht, die streitenden Theile mögen sich eines Advocaten bedienen oder nicht, von Amtswegen für ein regelmässiges Verfahren zu sorgen und beide Theile zu genauen, der Wahrheit getreuen Angaben über die entscheidenden Thatumstände und zu Benützung der erforderlichen Beweismittel aufzufordern ... Auch hat das Gericht selbst, wenn es erst nach geschlossener Verhandlung wahrnimmt, dass dieselbe in was immer für einer Beziehung unvollständig geblieben sei, die wahrgenommenen Mängel vor der Entscheidung durch wiederholte Vorladung und Vernehmung der Parteien zu verbessern." Vgl. hiegegen die Resolution 11. September 1784 lit. f. JGS 336, wo „der Sinn des Gesetzes dahin erklärt" wird, dass es ‚keineswegs .. dem Richter gestattet sei, in das Innerliche des Geschäftes selbst einzugehen, einer Partei in der Hauptsache Behelfe an Handen zu lassen, was sie zu begehren habe, in den Mund zu legen, und also in Verfehlung seiner Bestimmung zugleich den Richter, zugleich die Partei vorzustellen." Vgl. § 127 RCPO.: „Der Vorsitzende .. hat Sorge zu tragen, dass die Sache erschöpfende Erörterung finde." § 130: „Der Vorsitzende hat durch Fragen darauf hinzuwirken, dass .. ungenügende Angaben der geltend gemachten Thatsachen ergänzt und die Beweismittel bezeichnet, überhaupt alle für die Feststellung des Sachverhältnisses erheblichen Erklärungen abgegeben werden"; ähnlich § 213, 214, CPOE.

wirklicht werden darf, wenn der Berechtigte selbst es geltend macht, die richterliche Hilfe anruft.[8])

Je nachdem die Exceptio den Klageanspruch nur zeitweilig hemmt, oder ihn dauernd überwindet, werden die Exceptionen eingetheilt in dilatorische oder temporale und peremptorische oder perpetuelle Exceptionen.[9])

Von dem Inhalte der Exceptio gilt nun im Einzelnen wieder dasselbe, was oben vom Inhalte der Klage gesagt wurde, sie ist ein selbstständiger Rechtsanspruch. Daraus folgt aber auch, dass nun auch ihr der Kläger wieder so entgegentreten kann,[10]) wie der Beklagte dem Klageanspruche entgegentreten konnte,[11]) und insbesondere kann auch

[8]) Diess gilt auch von der Compensation; auch wenn der Kläger in seiner Klage bemerkt, der Beklagte habe wider ihn ebenfalls eine Forderung, oder wenn diess aus den Beweisurkunden des Klägers hervorgeht, darf doch der Richter diese Forderung nicht aus eigener Machtvollkommenheit mit der Klageforderung compensieren. Aber natürlich kann auch der Kläger seinerseits die Compensation geltend machen und insoferne der Kläger zugibt oder durch die Beweisurkunden dem Richter erkennbar macht, er oder der Beklagte haben bereits hinsichtlich der Klageforderung einmal die Compensation wirksam zur Geltung gebracht, insoferne also dem Richter erkennbar wird, die Klageforderung sei durch Geltendmachung der Compensation bereits erloschen, wird er allerdings das Klagebegehren abweisen müssen.

[9]) Gajus IV, § 120: Dicuntur autem exceptiones aut peremtoriae aut dilatoriae. § 8, J. 4, 13: „Appellantur autem exceptiones aliae perpetuae et peremtoriae aliae temporales et dilatoriae; ferner L. 2, § 4 und L. 3, D. 44, 1. § 7 a. G. O.: „Endlich soll der Beklagte alle Einwendungen, womit er sich wider den Kläger auf eine Zeit, oder auf immer schützen zu können glaubt (exceptiones dilatorias et peremptorias) zugleich . . anführen . .". Auch auf die Einwendungen i. w. S. hat die fragliche Eintheilung Anwendung.

[10]) Von practischer Bedeutung für den Kläger sind von den Vertheidigungsschritten des Beklagten nur der Widerspruch, die Einwendung, die Exceptio. Dem Widerspruche kann er nur den Beweis entgegensetzen, der Einwendung kann er einen Widerspruch, eine weitere Ergänzung der Facten, oder aber auch eine Bestreitung der Relevanz der Factenergänzung entgegensetzen. Nur der Exceptio vermag er wieder einen selbstständigen Anspruch entgegenzustellen.

[11]) Der Gegenanspruch des Klägers wird Replik, der neuerliche Gegenanspruch des Beklagten Duplik genannt. Wie die Worte Klage und Einrede, bedeuten aber auch die Worte Replik und Duplik auch die Processschriften, denen sich dann noch ein Schliesslich und Gegenschliesslich, ja in der Praxis manchmal ein Endlich und Gegenendlich anschliesst. Für eine weitere Satzschrift bliebe wol nur mehr der Name Unendlich und Gegenunendlich.

er wieder einen Gegenanspruch gegen die Exceptio geltend machen[12]) und so fort[13]) — theoretisch wenigstens — in infinitum.

γ4. Wirkung.

§ 125.

Die Exceptio ist der Anspruch, insoferne seine Verwirklichung nicht im Wege des Angriffes, sondern in dem der Vertheidigung in Aussicht genommen oder versucht wird. Es wird daher die Frage zu erörtern sein, ob auch die thatsächliche Anbringung einer Exceptio dieselben oder doch ähnliche materiellrechtliche Wirkungen hat als die Anbringung einer Klage.

Es ist vor Allem selbstverständlich, dass, da mit der Exceptio nicht eine Leistung vom Kläger verlangt wird, überhaupt nicht alle Wirkungen der Klageanbringung in Frage kommen können. Es sollen im Nachstehenden die einzelnen practischen Fragen erörtert werden, es muss aber gleich hier bemerkt werden, dass für ihre Lösung das Gesetz nur wenige oder gar keine Anhaltspuncte bietet, und auch die Theorie sie nur in wenig befriedigender Weise behandelt hat.

I. Hat die Anbringung der Exceptio eine consumierende Wirkung?

Zur Beantwortung dieser Frage wird es sich empfehlen, mit ihr im Zusammenhange auch die Wirkung der Anbringung der Klage auf die Exceptionsmöglichkeit zu betrachten und die verschiedenen Eventualitäten gleich in concreter Form eines speciellen Falles aufzustellen.

Nur wird vorher darauf hinzuweisen sein, dass wie die blosse Anbringung der Klage nach österreichischem Recht keine klageconsumierende Wirkung hat, auch die Exception nicht consumierend in dem Sinne wirken kann, dass ein Anspruch bloss darum, weil er einmal geltend gemacht wurde, nie mehr geltend gemacht werden könne. Aber wie es eine Einrede der Litispendenz gibt, so lange eine Klage vorliegt,[1]) so, und diess wird der Fragepunct sein, könnte es auch

[12]) L. 2, § 1, D. 44, 1: „Replicationes nihil aliud sunt, quam exceptiones, et a parte actoris veniunt." L. 22, § 1, D. 44, 1: „Replicatio est contraria exceptio, quasi exceptionis exceptio."

[13]) L. 2, § 3, D. 44, 1: „Sed et contra replicationem solet dari triplicatio, et contra triplicationem rursus; et deinceps multiplicantur nomina, dum aut reus aut actor obiicit."

[1]) Wird dieselbe Klage, d. i. eine Klage, welche das mit einer schon anhängigen Klage Beanspruchte ganz oder zum Theile nochmals, u. z. wo es sich um nicht individuell bestimmte Sachen handelt, auf Grund derselben

eine Einrede der Litispendenz gegen Vorbringung eines mit Exceptio geltend gemachten Anspruches geben.

1. Einfluss der Klage auf die Exceptio.

a) A klagt den B aus dem Leihvertrage auf Herausgabe der Sache x;

später, noch vor[2]) Beendigung dieses Rechtsstreites, gelangt A auf anderweitige Weise in den Besitz von x und nun klagt B den A auf Herausgabe aus dem Titel des Eigenthumes, A aber excipiert sein Recht aus dem Leihvertrage.

Oder b) A klagt den B auf Zahlung von x;

später, vor Beendigung dieses Rechtsstreites, klagt B den A auf Zahlung von y, dieser excipiert die Compensation mit x.

Thatsachen, verlangt, bei einem anderen Richter angebracht, so hat der Beklagte nach § 40 a. G. O. eine fori-declinatorische Einrede der Litispendenz. Aber wie, wenn dieselbe Klage successive zweimal bei demselben Richter angebracht wird? § 40 a. G. O. passt seinem Wortlaute nach nicht auf diesen Fall, und aus Hofd. 15. Januar 1787, JGS 621 lit. aa könnte man vielleicht schliessen wollen, dass der Richter, da er nicht einmal die res judicata von Amtswegen berücksichtigen dürfe, auch hier die zweite Klage annehmen müsse. Aber dieser Schluss erscheint nicht als stichhaltig; aus § 49 a. G. O. und Hofd. 15. Januar 1787, JGS 620 lit. e ergibt sich, dass eine neue Klage identischen Inhaltes nur angebracht werden könne, wenn die frühere (mit Zustimmung des Gegners) zurückgezogen wurde, und gerade daraus, dass im Falle vor demselben Richter hiegegen gehandelt wurde, dem Beklagten keine processhindernde Einrede gegeben ist, muss geschlossen werden, dass eine solche hier überflüssig ist, weil der Richter, der die Klagidentität ja wahrnehmen muss, die zweite Klage gar nicht zum Gegenstande der Verhandlung machen soll. Hätte er diess aber dennoch gethan, so ist das angeordnete Verfahren über Rüge des Beklagten mit Bescheid einzustellen. Anders der OGH 7. Oct. 1857, GUW 443; 9. März 1881, Jur. Bl. 1881, No. 30; 18. Oct. 1881, Jur. Z. 1882, No. 10 mit Berufung auf den Wortlaut des § 40 a. G. O. Richtig dagegen die Entscheidung 6. Nov. 1873, GUW 5129, es könne aus § 40 a. G. O. „nicht der Schluss gezogen werden, dass es gestattet sei, dieselbe Rechtssache bei demselben Gerichte durch mehrere nach einanderfolgende Klagen anhängig zu machen und darüber gleichzeitig zu verhandeln." Vgl. auch E. 14. December 1870, GUW 3993, wo gesagt wird, dass „es wol schon in der Natur der Sache liegt, dass in der nämlichen Sache mehrere Processe nicht neben einander laufen können". Vgl. auch Heyssler, Die Processvoraussetzungen nach österr. Recht, der auch in diesem Falle die Grundsätze über Litispendenz lässig erklärt, „da § 40 a. G. O. so ausgelegt werden muss, dass der dogmengeschichtlich begründete und gemeinrechtlich anerkannte Umfang der Litispendenz nicht eingeschränkt werde, und die ratio legis in beiden Fällen gleichmässig gilt" (die gleiche Ratio legis leugnet die obcit. E. GUW 443).

[2]) Nach Beendigung des Rechtsstreites steht der Exceptio, insoferne über sie in mertio entschieden ist, stets die res judicata entgegen.

2. Einfluss der Exceptio auf die Klage.

a) B klagt den A aus dem Eigenthumsrechte auf Herausgabe von x, dieser excipiert sein Recht aus dem Leihvertrage;

später, vor Beendigung dieses Rechtsstreites, gelangt B auf andere Weise in den Sachbesitz, und nun klagt A den B auf Herausgabe aus dem Leihvertrage;

Oder b) B klagt den A auf Zahlung von y, A excipiert die Compensation mit x;

vor Entscheidung dieses Rechtsstreites aber klagt A den B auf Zahlung von x;

3. Einfluss der Exceptio auf eine Exceptio.

B klagt den A auf Zahlung von y, dieser excipiert die Compensation mit x;

gleichzeitig, oder später, aber noch vor Entscheidung dieses Rechtsstreites, klagt B den A auf Zahlung von z, auch hier excipiert A die Compensation mit x.

Bevor in diese einzelnen Fälle eingegangen wird, muss darauf hingewiesen werden, dass § 40 a. G. O., welcher von der exceptio litis pendentis handelt, allerdings nur davon spricht, dass der „Beklagte" sich darauf stützen könne, dass „die Streitsache . . . schon bei einem anderen Richter anhängig ist". Allein hieraus würde das argumentum a contrario, dass der Kläger sich im Falle einer Exceptio, deren rechtlicher Inhalt bei einem anderen Richter, oder überhaupt schon als Klage oder als Exceptio anhängig ist, auf die Streitanhängigkeit nicht berufen könne, noch keineswegs sich ergeben; indem § 40 a. G. O. für den Fall der Streitanhängigkeit gegen die Klage eine processhindernde Einrede gewährt, welche bewirkt, dass in merito gar nicht verhandelt werden darf, würde aus ihm sich nur ergeben, dass kein besonderes Verfahren zur Entscheidung über die Zulässigkeit des Vorbringens einer Exceptio, deren Inhalt bereits mit anhängiger Klage oder gegen eine solche geltend gemacht wurde, statt hat, dass dieser neuerlichen Geltendmachung keine processhindernde[3]) Einrede entgegenstehe.

Aber schon die blosse Betrachtung der gesetzten practischen Fälle muss ergeben, dass die Consequenzen einer Consumtion in den angegebenen Richtungen ganz unannehmbare wären. Ja, eine genauere Erwägung wird ergeben, dass wol die Rechtsfrage dieselbe ist, sei es nun, dass der Fall der Klage, sei es, dass der der Exceptio vorliegt,

---

[3]) D. i. die materielle Erörterung des excipierten Rechtsverhältnisses hintanhaltende.

dass aber die Ansprüche nur scheinbar identisch sind, dass vielmehr jeder derselben auf eine anders geartete Rechtsverletzung sich basiert, somit in Wahrheit stets ein anderer ist.

Im Falle 1a wäre die Situation des A eine ganz unleidliche, wenn er darum, weil er den B aus dem Leihvertrage geklagt hat, nun, wenn ein günstiger Zufall ihm den Sachbesitz verschafft (z. B. der Machthaber des B hat sie gegen den Willen, beziehungsweise ohne Wissen des B dem A ausgefolgt), der Eigenthumsklage des B sein Leihrecht nicht entgegensetzen dürfte, sondern die Sache hinausgeben müsste, und erst nach Ausgang des möglicherweise noch lange fortdauernden Rechtsstreites sie wieder erhalten könnte. Aber auch von dem über seine Klage anhängig gewordenen Rechtsstreit abzustehen, kann ihm sein Interesse verbieten, da er, wenn er auch die Sache thatsächlich hat, ihm also um die Condemnatio nicht mehr zu thun ist, doch ein lebhaftes Interesse an der materielle Rechtskraft erlangenden richterlichen Anerkennung seines Leihrechtes haben kann, während im zweiten Rechtsstreite, wo er Beklagter ist, diesen Anerkennungsausspruch der Kläger B durch die Klagerückziehung vereiteln kann, ja ein solcher überhaupt nicht erfolgt, wenn das Eigenthumsrecht des Klägers B als nicht zu Recht bestehend erklärt wird.

Ganz so liegt die Sache im Falle 2a. Auch hier wird A ein eminentes Interesse haben, sofort mit Klage gegen B vorzugehen u. z. um so mehr, da ihm ja nunmehr die Sachfälligkeit des B im ersten Processe, wo dieser Kläger ist, gar nichts nützen könnte, da ja seine Exceptio keine Condemnatio des B herbeiführen könnte. Es wäre aber trotzdem sehr unvorsichtig von ihm, im ersten Processe, den der Kläger B immerhin fortführen mag, die Exceptio fallen zu lassen.

Ähnliches gilt auch von den Fällen der Compensation 1b, 2b, 3. Der auf y belangte A bestreitet im Falle 1b die Forderung y vielleicht gänzlich, aber soll er nicht zur Vorsicht seine allerdings schon eingeklagte Forderung x compensieren können? Schon um der blossen Gerichtskostenfrage willen wird er diess thun, ganz abgesehen davon, dass, wenn der erste Process länger dauern würde als der zweite, er nun zahlen müsste und erst später von dem vielleicht inzwischen insolvent gewordenen B die andere Zahlung fordern könnte. Im Falle 2b wird A, wenn er die Forderung y ableugnet und nur zur Vorsicht in eventum mit x compensiert, schon darum auch noch selbstständig klagen, weil er ja mit dem ersten Processe, wenn y aberkannt wird, gar keinen meritalen Ausspruch erzielt und überhaupt nie eine Condemnation erlangen könnte. Im Falle 3 schliesslich wird schon die Erwägung, dass A nicht weiss, ob es ihm gelingen wird, beide Forderungen des B, y und z, oder welche derselben, an sich zurückzustossen, ihn nöthigen, beiden in eventum x gegenüberzustellen.

Es hindert also weder die anhängige Klage die Geltendmachung desselben Rechtes mit Exceptio, noch die Anhängigkeit eines Rechtsstreites überhaupt die anderweitige Vorbringung eines rechtlichen Thatbestandes, welcher schon in dem einen Rechtsstreite in Form einer Exceptio zur Geltung zu bringen versucht ward.[4])

Der Anspruch, welcher mit Exceptio geltend gemacht wird, ist überhaupt gar nicht identisch mit dem in Klageform geltend gemachten Anspruch, es liegt den verschiedenen Ansprüchen nur dasselbe Rechtsverhältnis, dasselbe subjective Recht zu Grunde.

Im Falle 1a und 2a ist der Klageanspruch des A entstanden durch die in der Vorenthaltung der Sache liegende Rechtsverletzung, er geht auf Herausgabe; der mit der Exceptio geltend gemachte Anspruch des A aber ist entstanden durch die in der mittelst Klage versuchten Entziehung liegenden Rechtsverletzung und geht auf Behaltendürfen, beziehungsweise Belassensollen. In den Fällen der Compensation liegt die Rechtsverletzung, wenn A als Kläger auftritt, in der Nichtzahlung, der Anspruch geht auf Zahlung von x; wo aber A geklagt ist, liegt die behauptete Rechtsverletzung in dem Versuche (beziehungsweise der Fortsetzung dieses Versuches), die Forderung y oder z einzutreiben, welche schon compensatione getilgt ist, beziehungsweise ex tunc getilgt wird; A verlangt mit der Exceptio nur die Anerkennung von x und durch diese die Vernichtigung des gegnerischen Anspruches auf y; der Anspruch der Exceptio geht auf Vernichtigung der gegnerischen Forderung und ist wieder selbst ein verschiedener, je nachdem diese Forderung y oder z ist.

Aber es kann nicht in Abrede gestellt werden, dass nach dem gegenwärtigen Stande der Processordnung aus der Möglichkeit, dasselbe Recht, wenn es in verschiedenen Richtungen verletzt wird, nicht nur in verschiedenen Processen, sondern vor verschiedenen Gerichten der richterlichen Judicatur zu unterbreiten, grosse Verwirrungen, ja unlösbare Widersprüche erwachsen können: der eine Richter kann dasselbe Recht (z. B. den Leihvertrag) zwischen denselben Personen als existent erklären, der andere Richter als nicht existent. Die durch § 40 CJN. erfolgte[5]) stillschweigende Aufhebung der Bestimmung des

[4]) Diese Ansicht vertritt auch Lippmann, Archiv f. civ. Pr. LXV, 1882, S. 359 (Literaturnachweise daselbst N. 1).

[5]) Nach § 40 CJN. ist der Gerichtsstand der zusammenhängenden Streitsache (forum connexitatis) kein nothwendiger mehr, sondern nur ein

§ 40 a. G. O., nach welcher dem Beklagten eine forideclinatorische Einrede gegen eine Klage zustand, wenn „eine mit dieser zusammenhängende Streitsache,[6]) das ist, welche aus dem nämlichen Factum entsprungen ist, schon bei einem anderen Richter anhängig ist", kann daher nur beklagt werden.

§ 40 der a. G. O. gewährte wenigstens beiden Theilen die Möglichkeit, die Entscheidungen vor einen Richter zu bringen. Dem später mit Klage Auftretenden steht sie nach § 40 CJN. auch heute noch zu,[7]) aber dem mit der späteren Klage Belangten nicht mehr; falls der Kläger vom forum connexitatis Gebrauch zu machen verschmäht und die Competenz eines anderen Gerichtes, z. B. als forum domicilii, überhaupt an sich gegründet ist, muss der Beklagte sich gefallen lassen, dass über ein Recht, das er bereits vor einen Richter gebracht hat, und das er im neuen Rechsstreite vor einem anderen Richter exceptiv vorzubringen durch die Umstände bemüssigt ist, von zwei verschiedenen Gerichten entschieden wird.

Das einzige Mittel zur Vermeidung von Unzukömmlichkeiten wäre de lege ferenda die Vereinigung der Judicatur über zusammenhängende Rechtsstreitigkeiten in eine Hand[8]) und die Sistierung der Entscheidung jener Rechtsstreite, in denen ein Recht exceptiv geltend gemacht ist, bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Streites, in welchem die Anerkennung des fraglichen Rechtes mit Klage begehrt ist. In dem Falle, als die mehreren Rechtsstreite vor einem Gerichte verhandelt werden, glaube ich, wird der Richter auch dermalen berechtigt sein, ja durch die Ratio des § 40 a. G. O. geradezu verpflichtet sein, in der angeführten Weise mit der Entscheidung inne zu halten.[9])

---

electiver. „Streitigkeiten, welche mit einer anhängigen und noch nicht mittelst rechtskräftigen Endurtheiles entschiedenen Streitsache aus dem Grunde zusammenhängen, weil sie aus der nämlichen Thatsache entsprungen sind, können bei dem nämlichen Gerichte angebracht werden, bei welchem der erste Process eingeleitet wurde."

[6]) Also nicht der concrete Anspruch; aus der allgemeinen Fassung des § 40 a. G. O. geht hervor, dass diess auch dann galt, wenn ein exceptiv vorgebrachtes Recht eingeklagt werden wollte: auch dann hängen die Streitsachen zusammen.

[7]) Der Umfang des Begriffes der zusammenhängenden Streitsache ist übrigens bekanntlich ein bestrittener; die Praxis ist aber (mit Recht) für die weitere Auffassung.

[8]) Vgl. § 57 CPOE.

[9]) Hiemit steht auch § 247 a. G. O.: „Jeder Richter hat die Streitsache nach Möglichkeit zu beschleunigen und durch Urtheil zu entscheiden" nicht in Widerspruch.

II. Unterbricht die Exceptio Ersitzung und Verjährung?

Zur Beantwortung dieser Frage erscheint es mir unerlässlich, zuerst eine andere Frage zu erörtern, nemlich die, ob Exceptionen verjähren, beziehungsweise welchen Einfluss die Verjährung der Ansprüche auf die Verjährung der ihnen correspondierenden Exceptionen übt.

Savigny (V, § 253, S. 418) hat „alle Exceptionen ohne Ausnahme für ganz unverjährbar" erklärt, und ebenso Thibaut (Besitz und Verjährung II, § 56), u. z. letzterer mit der Begründung, dass die Gesetze keine Bestimmung darüber enthalten, ein Argument, gegen das sich wol kaum etwas vorbringen lässt. Demungeachtet hat sich die herrschende Lehre für die Verjährbarkeit der Exceptionen ausgesprochen und wird insbesonders auf die Compensationseinrede, beziehungsweise auf die Unzukömmlichkeiten, die man aus einer Unverjährbarkeit derselben ableiten zu können glaubt, hingewiesen.[10])

Was nun aber gerade die Compensation betrifft, so glaube ich, dass die hinsichtlich ihrer sich vermeintlich ergebenden Schwierigkeiten nur der irrigen Auffassung entspringen, es sei die Einwendung der Compensation stets eine technische Exceptio.[11])

In jenen Fällen, in welchen der Beklagte sich darauf beruft, dass er compensiert habe, ist die Compensation keine Exceptio, so wenig als die Einwendung der Zahlung, sie ist nur die Geltendmachung einer rechtsvernichtenden Thatsache. Die Geltendmachung rechtsvernichtender oder rechtshindernder Thatsachen „verjährt" aber überhaupt nicht, sie kann höchstens an eine Präclusivfrist gebunden sein, und eine solche Präclusivfrist könnte nur dort angenommen werden, wo das Gesetz sie fixiert,[12]) von einer analogen Anwendung der Bestimmungen über die Verjährung kann mit Rücksicht auf die ganz heterogene Natur beider Institute überhaupt keine Rede sein. In jenen Fällen aber, in welchen der Beklagte erst compensieren will, liegt allerdings eine Exceptio vor, er sucht seinen Anspruch zur Zurückstossung, ja Vernichtigung, des Gegenanspruches zu verwerthen; diess kann er aber naturgemäss nur, so lange er seinen Anspruch noch hat, so lange das Forderungsrecht, auf das er sich berufen, das er verwerthen will, nicht in Folge Verjährung von Klageansprüchen selbst erloschen ist.

---

[10]) So auch Wildhagen, Jahrb. f. Dogm. XXI, S. 14.

[11]) Vgl. oben § 123, N. 6.

[12]) Vgl. Art. 349, 386, 408 HG. und hiezu oben § 112, N. 17 i. f. Die Präclusivfrist wird gewahrt durch Anstellung einer Feststellungsklage oder wie in den angeführten Fällen unter Umständen auch einer Notification resp. Protestation.

Diess ist dann der Fall, wenn das Recht nur aus einem Anspruche bestand (vgl. oben § 112, S. 501), gerade also bei den Rechten auf Leistung eines bestimmten Geldbetrages, oder überhaupt einer bestimmten Quantität vertretbarer Sachen, gerade in jenen Fällen also, in welchen allein eine Compensation möglich ist (§ 1438—1440 a. b. G.). In jenen Fällen somit, in denen die Compensation noch nicht von einem der Streittheile geltend gemacht ist, in denen somit der Anspruch des Beklagten an sich noch aufrecht bestand, ist die Exception der Compensation dann unmöglich geworden, wenn inzwischen die zu compensierende Forderung in Folge der Anspruchsverjährung erloschen ist.

Ich glaube, es dürfte vom Standpuncte der eben entwickelten Auffassung aus einleuchtend sein, dass nicht nur kein Bedürfnis nach einer Verjährung der Compensationseinrede, sondern überhaupt gar kein Raum für eine solche vorhanden sei.

Und diess wird überhaupt von der Exceptionenverjährung zu gelten haben. Die blossen Einwendungen verjähren nicht, so wenig als die Möglichkeit, die Klageangaben zu widersprechen; sie sind höchstens an Präclusivfristen geknüpft; technische Exceptionen, d. i. selbstständige Ansprüche aber verjähren nicht selbst, sie können nur durch den Untergang des Rechtes, auf welches sie sich stützen, in Folge der Klagenverjährung ihr Fundament verlieren.

Nur in den seltensten Fällen werden für eine Person die Möglichkeit, ein Recht mit Anspruchsklage geltend zu machen, und die Möglichkeit, es mit Exceptio geltend zu machen, nebeneinander bestehen, nie aber kann der der Verwirklichung einer concreten Rechtsregel dienende Anspruch zu gleicher Zeit für dieselbe Person in der Angriffsform und in der Form der Abwehr bestehen, nie kann zugleich ein und dasselbe thatsächliche Verhältnis zugleich bestehen und zugleich nicht bestehen, so dass man zugleich versuchen könnte, a, welches nicht vorhanden ist, herbeizuführen, und a, welches vorhanden ist, zu erhalten. Demjenigen aber, welcher das, was er haben soll, hat, der somit nicht klagen kann, kann man doch nicht sein Vertheidigungsrecht gegen eine Klage darum verjähren lassen, weil diese Klage erst nach Ablauf eines gewissen Zeitraumes angebracht wird?

Ob aber durch eine Anspruchsverjährung das ganze Recht, auf welches der Anspruch sich stützt, oder nur der eine Anspruch erlischt, das wird, wie schon oben in § 112 ausgeführt wurde, nur nach der Beschaffenheit des einzelnen Falles beurtheilt werden können. Derjenige, dem der Anspruch auf Schadenersatz wegen unterlassener Erfüllung verjährt ist, hat darum noch nicht den Anspruch auf Erfüllung verloren; der Gesellschafter, welchem die Klage auf Ausfolgung der

Quote eines concreten Erwerbes gegen den Socius verjährt ist, hat dadurch allein nicht aufgehört Gesellschafter zu sein; der Auftraggeber, welcher die Klage wider den Mandatar auf Erfüllung seiner aus einer concreten Handlung erwachsenen Verbindlichkeiten durch Verjährung verloren hat, hat darum noch nicht das Recht verloren, dem Mandatar gegenüber das Mandatsverhältnis in anderer Richtung, hinsichtlich anderer aus dem Mandate ihm erwachsenen Verbindlichkeiten zur Geltung zu bringen. Hat aber der eine Socius unterlassen, in der Verjährungszeit von dem anderen Socius auf Einzahlung des versprochenen Capitals, auf Leistung der zugesicherten Thätigkeit, auf den Ersatz des aus dem Vertragsbruche erwachsenen Schadens zu klagen, dann wird kein Grund vorhanden sein zu sagen, das Societätsverhältnis bestehe noch zu Recht, das Recht der Societät sei noch nicht erloschen.

Ist nun auch das Erlöschen der Exceptionsmöglichkeit nur eine Folge der Klagenverjährung, so gibt es doch einen Fall, in welchem die Exceptio wegen Zeitablaufes erlöschen kann, ohne dass eine Klagenverjährung inmitte liegt. Das Gesetz verwehrt nemlich gewissen Forderungen lediglich das Klagerecht, ohne im Übrigen den ihnen entsprechenden Verbindlichkeiten die Anerkennung gänzlich zu entziehen. Ungeachtet der naturaliter Berechtigte das, was er erlangen sollte, nicht erlangt, kann er doch nicht klagen, und da er keine Klage hat, kann ihm auch keine Klage verjähren. Aber da es gewiss ist, dass die Rechtsordnung den bloss naturaliter Berechtigten nicht besser zu stellen beabsichtigt als den Vollberechtigten, so werden wir sagen müssen, dass das gänzliche Erlöschen des Rechtes und somit auch der Exceptionsmöglichkeit dann eintrete, wenn die Klage, falls sie gewährt wäre, dennoch bereits verjährt sein würde.

Nach den so gewonnenen Grundlagen dürfte nunmehr die Beantwortung der diesem Abschnitte vorangestellten Frage keinen Schwierigkeiten mehr unterliegen.

Da Exceptionen überhaupt nicht verjähren, entfällt vor Allem die Möglichkeit, dass die Anbringung einer Exceptio die Verjährung dieser Exceptio unterbrechen könne. Aber auch die Verjährung einer Klage wird durch die Anbringung einer Exceptio, die auf dasselbe Recht sich stützt, nicht unterbrochen: wer eine Klage hat, mag klagen; wer sie nicht hat, dem kann sie auch nicht verjähren; der bloss naturaliter Berechtigte ist dadurch hinlänglich geschützt, dass die gegen ihn laufenden Klagen der Verjährung unterliegen, er sich eine Klagsabstehung unter Vorbehalt der Anbringung des identischen Anspruches nicht gefallen zu lassen braucht, und dass er ein Liegenlassen des

Processes durch das Begehren um Inrotulierung resp. Urtheilsschöpfung hintanhalten, resp. vereiteln kann.

Es erübrigt somit nur noch die Eventualität, ob die Anbringung einer Exceptio die Ersitzung eines Rechtes zu unterbrechen vermöge (§ 1497 a. b. G.).

Die exceptive Geltendmachung jenes Rechtes, welches der Kläger selbst zu ersitzen im Begriffe ist, durch einen Anderen als den dermal Berechtigten wird Mangels einer gesetzlichen Bestimmung keinerlei unterbrechende Wirkung haben; ist doch auch die unterbrechende Wirkung der Klage nur mit Rücksicht auf den Berechtigten statuiert, und die Bestimmung des § 1497, dass jede Klage unterbreche, durch den hinzugefügten Satz, jene Klage, welche sich als unberechtigt herausstelle, verliere ex post wieder ihre unterbrechende Wirkung, auch thatsächlich dahin restringiert, es unterbreche nur die Klage desjenigen, welcher selbst derzeit berechtigt ist, gegen welchen ersessen werden will. Sobald aber der Ersitzende einmal genöthigt ist, gegen den Berechtigten hinsichtlich einer Sache zu klagen, dann hat auch sein Ersitzen schon aufgehört, denn dann fehlt ihm jedenfalls das erste Erfordernis der Ersitzung: der Besitz; nicht die Exceptio unterbricht dann die Ersitzung, sondern der Besitzverlust; wo es sich um die Ersitzung einer Servitut oder eines Untersagungsrechtes handelt, da genügt überhaupt schon der einfache Widerspruch oder die einfache Contravention (§ 313 a. b. G.) zur Vereitelung der Ersitzung.

Die Anbringung einer Exceptio hat daher als solche keinerlei Bedeutung für die Vollendung einer Ersitzung oder Verjährung.

III. Hat die Anbringung der Exceptio einen Einfluss auf die Absorption des dem Excipierenden zustehenden Wahlrechtes in subjectiver oder objectiver Richtung?

Dieselben Gründe, welche für diese absorbierende Wirkung bei der Klage sprechen, treffen m. E. auch bei der Exceptio zu, die Frage ist also zu bejahen.[13])

Aus denselben Gründen erscheint die Geltendmachung der Exceptio auch entscheidend für die active Übertragbarkeit des compensando geltend gemachten Anspruches auf Schmerzensgeld.

---

[13]) Im schriftlichen Verfahren wird es auch hier auf den Zeitpunct der Zustellung der Einredeschrift ankommen.

γ_3. Das Urtheil.[1])

α_4. Begriff.

§ 126.

Das Urtheil entscheidet über die Richtigkeit der in der Klage aufgestellten Schlussfolgerung, beziehungsweise der vom Beklagten ihr beschränkend entgegengesetzten Schlussfolgerung, und soweit ein Anspruch geltend gemacht wurde, auch über die Zulässigkeit dieses Anspruches.

Es wurde bereits das Verhältnis dargelegt zwischen dem Rechte als dem gedachten Bindegliede zwischen rechtlichen Ursachen und rechtlichen Wirkungen und dem Rechtsanspruche als der concreten Möglichkeit, ausgebliebene rechtliche Wirkungen rechtlicher Ursachen zu erzwingen, oder an ihrer Statt oder neben ihnen noch ein Anderes zu erzwingen. Der Rechtsanspruch stellt sich in Hinblick auf die Theorie der subjectiven Rechte als eine Folge der Verletzung eines subjectiven Rechtes dar, und somit enthält zunächst jedes der Klage stattgebende Urtheil eine Anerkennung oder Nichtanerkennung eines Rechtsverhältnisses, eines subjectiven Rechtes. Allein nur die über Anerkennungsklagen erfliessenden Urtheile enthalten bloss die Constatierung eines Rechtsverhältnisses, eines Rechtes. Dort, wo die Klage über eine Rechtsverletzung erfolgt ist, wo sie einen Anspruch zur Geltung bringen will, da darf sich das Urtheil nicht darauf beschränken, ein Rechtsverhältnis zu constatieren, es muss auch dem Anspruche gerecht werden, zwingender Natur sein, eine Condemnation enthalten.

Besonders scharf treten uns beide Momente des Urtheiles entgegen bei den dinglichen Rechten und jenen Forderungsrechten, welche auf fortdauernde oder doch wiederholte Leistungen gehen, überhaupt dort,

---

[1]) Aus der Literatur ausser den in den vorhergehenden Paragraphen schon genannten einschlägigen Schriften: Koch, Über die Zulässigkeit präparatorischer Erkenntnisse nach pr. R„ Gruchot's Beitr. VIII, 1864, S 153—162, 489 bis 502, IX, 1865, S. 513—515; Mages, Skizzen zum neuen österr. Civilprocess, Das Urtheil GZ. 1870, N. 61—67; Bernon, De l'adjudication en droit romain, Paris 1878; Maréchaux, De la condemnatio en droit romain, de l'effet déclaratif du partage, en droit français, Paris 1979, 177 S.; Westerburg, Beiträge zur Lehre vom Urtheil (aus Gruchot's Betr.), Berlin 1880, 67 S.; Freudenstein, Die Rechtskaft nach der RCPO, Hannover 1881, § 2, Die Urtheile; Savigny VI, §§ 280—301; Vangerow I, § 173; Windscheid I, §§ 127—132; Brinz §§ 45, 46; Bethmann-Hollweg, Civilprocess II, §§ 110, 111; Unger, II, §§ 131—133; Schiffner I, § 152; Canstein II, §§ 88, 89.

wo das Klagebegehren, der concrete Anspruch den Inhalt des Rechtes als der Summe aller möglichen Ansprüche nicht erschöpft, während dort, wo der gesammte Rechtsinhalt zur Geltung gebracht wird, Anspruch und Recht in Eines zusammenfallen.[2])

Aber auch ohne vorhergegangene Rechtsverletzung kann, wie oben gezeigt wurde, mittelst Klage vom Richter eine Condemnation begehrt werden. Die Klage wird hier erst das Mittel, durch welches ein Sollen begründet wird, sie ist nicht nur Rechtsverwirklichungsmittel, sondern Rechtserzeugungsmittel, rechtserzeugende Thatsache. Diess ist der Fall in allen jenen Fällen, in denen für eine Person, ohne dass sie einem Sollen entgegengehandelt hatte, auf Grund gewisser Thatsachen eine Verpflichtung entsteht, und die Kenntnis von dieser Verpflichtung dem Verpflichteten erst durch die Klage verschafft wird, beziehungsweise in denen erst durch die Aufforderung zur Leistung diese Verpflichtung ersteht oder in der Zeit fixiert wird.

So kann es geschehen, dass der Bürge erst mittelst der Klage zur Zahlung herbeigezogen wird, die Fälligmachung der Forderung erst mittelst Klage erfolgt, das Begehren auf Ersatz eines ohne Wissen und Verschulden des Beklagten entstandenen Schadens, für den er trotzdem zu haften hat, erst mit Klage gestellt wird. In allen diesen Fällen verlangt der Kläger etwas, das wol er vielleicht schon früher hätte verlangen können, das aber der Andere, da es nicht früher verlangt wurde, nicht auch früher leisten musste. In diesen Fällen constatiert das Urtheil somit zwar ein Rechtsverhältnis, es spricht auch eine Condemnation aus, d. h. es legt dem Beklagten ein Sollen auf; aber es legt ihm ein Sollen auf, welches für ihn vor Anbringung der Klage noch nicht als Gegenwärtiges zu Recht bestanden hatte. Ein solches Urtheil ist somit, insoferne es auf den Zeitpunct der Klage rückbezogen wird, gleich dieser rechtsconstitutiver Natur. Diess tritt aber in noch erhöhtem Masse dort hervor, wo an Stelle des ursprünglichen Sollens eben darum, weil es nicht erfüllt wird, und soferne seine Erfüllung auch mittelst Urtheiles sich nicht erzwingen lässt, ein anderes Sollen seitens des Klägers vom Beklagten verlangt, seitens des Richters diesem auferlegt wird.[3]) Ein Ähnliches geschieht

[2]) Vgl. Unger II, § 115, S. 369 u. N. 10.

[3]) D. i. in jenen Fällen, in welchen dem Beklagten zunächst die Erfüllung (persönliche Leistung, Sachherausgabe) auferlegt, zugleich aber auch ausgesprochen wird, dass, wenn innerhalb einer bestimmten Frist (z. B. 14 Tage) nicht erfüllt werde, nunmehr eine andere Verpflichtung entstehe, nemlich die, das fixierte Äquivalent (in Geld) zu leisten.

aber auch im Falle einer sog. Theilungsklage.[4]) Insoferne hier der Richter nicht in der Lage ist, die Sache physisch in die entsprechenden aliquoten Theile zu zerlegen und diese den Einzelnen zuweisen, ja vielleicht jene Thatsachen, welche für das Verhältnis der Berechtigten zu einander, für die Bestimmung der Antheile somit, massgebend sind, nicht mehr zu erkennen vermag, ist er genöthigt. den einzelnen Theilhabern[5]) Verpflichtungen aufzuerlegen, beziehungsweise Rechte zuzuweisen, welche früher nicht bestanden, oder hinsichtlich derer er doch selbst nicht auszusprechen vermag, dass sie früher bestanden haben.

Es gibt somit 1. Urtheile, welche nur die Anerkennung oder Aberkennung eines bestehenden Rechtes enthalten, 2. Urtheile, welche ein vorhandenes gegenwärtiges Sollen declarieren, welche dem Beklagten etwas befehlen, wozu er jedoch schon früher verpflichtet war (declaratorische Condemnation), und 3. Urtheile, welche ein Sollen erst constituieren, dem Beklagten etwas befehlen, wozu er vor der Klage nicht verpflichtet war, und erst durch diese oder erst durch das Urtheil verpflichtet wird (constitutive Condemnation).

β_4. Inhalt.

§ 127.

Wie die Klage, die Exceptio, überhaupt das Vorbringen der beiden Streittheile eine Schlussfolgerung darstellt, so auch das Urtheil. Rufen die Streittheile für sich Rechtssätze an, stützen sie sich auf Thatsachen und stellen sie auf Grund derselben ein Begehren, so muss

[4]) Nach Unger II, § 131, N. 15 (ähnlich Strohal, Grünhut's Zt. III, S. 321) soll nach österreichischem Rechte „die Adjudication bloss als . . titulus acquirendi . ., zu dem sich noch der modus acquirendi gesellen müsse" aufzufassen sein, u. z. wegen der Bestimmungen der §§ 424, 480 a. b. G. Aber § 425 a. b. G. sagt ausdrücklich einschränkend, dass „alle dinglichen Rechte . ., ausser den in dem Gesetze bestimmten Fällen, nur durch die rechtliche Übergabe und Übernahme erworben werden" können. Ungenau ist allerdings der Ausdruck in § 842 a. b. G., aber § 853 a. b. G. sagt unmittelbar, es „vertheilt das Gericht den streitigen Raum". Die Tradition wird im Executionswege erzwungen, sie braucht nicht neuerlich eingeklagt zu werden, der Richter, indem er das Recht des A constituiert, verurtheilt zugleich den B zur Herausgabe. Dass bei Realitäten die bücherliche Einverleibung zur Erlangung des Tabularbesitzers verlangt wird, gehört nicht hieher. Vgl. auch Arndts, civ. Schr. III, S. 372.

[5]) Hieraus erklärt sich auch die Duplicität der Theilungsklagen, d. i. die Möglichkeit, dass mittelst des Urtheiles (der Adjudicatio) auch dem Kläger eine Verplichtung auferlegt werden kann.

der Richter die Existenz des Rechtssatzes, das Zutreffen der Thatsachen prüfen und feststellen, und auf Grund derselben über die Rechtmässigkeit oder Rechtswidrigkeit des Parteibegehrens erkennen. Der letztere Theil ist der eigentliche Kern, der Tenor des Urtheiles, aber auch die beiden ersteren Momente bilden einen wesentlichen, einen integrierenden Theil des Urtheiles, sie bilden den Inhalt der sogenannten Entscheidungsgründe.[1])

I. Keiner weiteren Erörterung bedarf die richterliche Anziehung der Rechtsregel. Der Richter weist auf jene Rechtsregeln hin, oder führt selbe ausdrücklich an, die seiner Meinung nach auf die vorliegenden Verhältnisse Anwendung finden, beziehungsweise nach der Meinung der Parteien auf selbe Anwendung finden sollen, oder hinsichtlich derer überhaupt mit Rücksicht auf die Sache Anwendbarkeit behauptet werden könnte. Insoferne die Verhältnisse, die der richterlichen Judicatur unterbreitet werden, gemeiniglich complicierter Art sind, wird es nicht eine Rechtsregel sein, sondern eine Reihe von Rechtsregeln, deren Giltigkeit der Richter constatiert, deren Inhalt, soferne derselbe zu Meinungsverschiedenheiten Anlass bieten könnte, er darlegt.

II. Weiter aber wendet sich der Richter zu den von den Streittheilen vorgebrachten Thatsachen und vergleicht sie mit jenen Thatsachen, welche die Voraussetzungen der Anwendbarkeit der Rechtsregeln bilden.[2]) Er wird hiebei ein Doppeltes zu prüfen haben; erstens, ob

[1]) Treffend bezeichnet Böhmer, Exercit. ad Pand., T. 5, S. 535, § 18 die Gründe des Urtheiles als „anima et quasi nervus" desselben. Über die Unterscheidung derselben in objective und subjective vgl. Savigny VI, § 291, S. 362 ff.

[2]) Die ältere Literatur über die Beweislehre bei Unger II, § 129, N. 1 und § 130, N. 1. Schneider, Vollständige Lehre v. rechtl. Beweise in bürgerl. Rechtssachen, 1803 (2. Aufl. 1842 von Hofmann); Weber, Über die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilprocess, 1805 (3. Aufl., 1845 von Heffter, hiezu Haimerl, Z. f. ö. R. 1846, I, S. 518—521); Feuerlein, Versuch einer neuen Theorie der Vermutungen, 1810; Borst, Über die Beweislast im Civilprocess, 1816 (2. Aufl. 1824); Pratobevera, Vom Beweise, Materialien II, 1816, S. 1—91; Gensler, Über die Begriffe: Beweis, Beweismittel, Beweisgründe, Beweislast, Beweissatz, Archiv f. civ. Pr. I, 1818, N. III, XXI, XXIV, S. 26—64, 258—280, 339—385; Kremer, Versuch über die Vermutungen überhaupt u. die gesetzlichen nach dem ö. a. b. G. insbesondere, 1818; Collmann, Grundlinien einer Theorie des Beweises im Civilprocess, 1822; Bethmann-Hollweg, Versuche, 1827, N. V, Über die Beweislast; Wagner, Vorbegriffe a. d. Theorie des Beweises im Civilpr., Z. f. ö. R. 1829, II, N. XXXIX, S. 315 ff.; Fischer, Beiträge zu der Lehre vom rechtl. Beweise, Z. f. ö. R. 1832, II, N. XIX, S. 47—81, 1833, II. N. XVIII, S. 1—20; 1834, I, N. XV, S. 339—363; Kitka, Über die

die Partei alle jene Thatsachen für sich wirklich angeführt hat, welche die Voraussetzungen des Eintrittes der rechtlichen Wirkungen, die

Beweislast im österr. Civilprocesse, Z. f. ö. R. 1833, II, N. XXXI, S. 293 bis 320; Haimerl ibid. S. 281 ff.; Leue, Theorie des Beweises im pr. Civilprocesse, 1835; Kitka, Die Beweislehre im österr. Civilprocesse, 1836; Rizy, Über die Verbindlichkeit der Beweisführung im Civilprocesse, Ein Versuch, die Lehre von der Last des Beweises auf eine feste Grundlage zu stellen, mit vorzügl. Rücksicht auf die österr. Processgesetzgebung bearbeitet, Wien 1841; Bentham, Theorie des gerichtlichen Beweises, 1843; Planck, Die Lehre vom Beweisurtheil, 1848; Helmolt, Verhältnis der Exceptionen zur Beweislast, 1852; Wirth, Über das leitende Princip der Beweislast und Einreden im Civilprocess, 1852; Fitting, Über den Begriff von Haupt- und Gegenbeweis und verwandte Fragen, 1853; Haimerl, Beiträge zur Lehre vom Beweise im Civilprocesse mit bes. Berücksichtigung der neuesten österr. Processgesetzgebung, Magazin VII, 1853, N. I, S. 1—44, N. X, S. 165—220; Osterloh, Dissertatio de praesumtionis vi ac natura, 1854; Mattei, Delle prove secondo il regolamento del processo civile, 1855; Reinhold, Beiträge zur Lehre von den Einreden u. z. Lehre von der Beweislast, Zt. f. Civilr. u. Pr., N. F. XIII, 1856, N. I und VI; Gerber, Beiträge zur Lehre vom Klagsgrunde und der Beweislast, Jena 1858, 168 S.; (rec. Ö. VJS IV, 1859, LBl. 7—10); Langenbeck, Die Beweisführung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, 2 Bände, 1858, 1861; Endemann, Die Beweislehre des Civilprocesses, Heidelberg 1860; Maxen, Über Beweislast, Einreden und Exceptionen, 1861; Helm, Beiträge zur Reform des Beweises im Civilprocesse, Ö. VJS XI, 1863, N. VI, S. 177—218 und XII, 1863, S. 153—222; Burckhard, Die civ. Präsumtionen, Weimar 1866 (hiezu Kr. VJS XI, 1869, S. 590—602); Bar, Recht und Beweis im Civilprocesse, Ein Beitrag zur Kritik und Reform des d. C. Pr., Leipzig 1867; Koch, Die „Vermutungen" des Preuss. Rechtes gegenüber der künftigen Norddeutschen Civilprocessordnung, Gruchot's Beitr. XIII, 1869, S. 321—357, 908—910; Hesse, Juristische Probleme, Jena 1872, 1. Abth., Über das Geständnis und die Beweislast (hiezu Exner, Grünhut's Zt. 1874, I, S. 233 bis 236); Leach, Digest of the Law relating to Probate Duty, London 1878, 135 S.; Heusler, Die Grundlagen des Beweisrechtes, Archiv f. civ. Pr. LXII, 1879, N. VI, S. 209—319; Leonhard, In wie weit gibt es nach den Vorschriften der deutschen Civilprocessordnung Fictionen, Berlin 1880. Vgl. auch die § 120, N. 1 genannten Schriften von Bülow etc. Wetzel, Civilpr. § 15; Windscheid I, § 133; Vangerow I, § 161; Unger II, §§ 129, 130; Schiffner I, § 151; Canstein II, §§ 55, 66 (auch Rationelle Grundlagen des Civilpr. S. 27 ff. und 52 ff. und Zt. f. d. Civilpr. II, S. 297 ff.; zu letzterer Schrift Schrutka, Grünhut's Zt. VIII S. 381 ff.). Historisches: Planck, Das Recht der Beweisführung nach dem ä. d. bes. sächs. Verfahren, Z. f. deutsches Recht X, 1846. S. 205 ff.; Hänel, Das Beweissystem des Sachsenspiegels, 1858; Gross, Die Beweistheorie im canonischen Process, mit bes. Rücksicht auf die Fortentwicklung derselben im gem. d. Civilprocess, 2 Bände, Innsbruck 1867, 1880; Sylow, Den materielle Bevisteoris Udviklingshistorie i dansk Ret, Kopenhagen 1879, 362 S.

in Frage kommen, bilden; zweitens, ob diese Thatsachen auch wirklich geschehen sind. Während ihm jedoch in ersterer Richtung vollkommen freie Prüfung zusteht, ja zur Pflicht gemacht ist, ist sein Prüfungsrecht in letzterer Richtung ein formal beschränktes. Die Processordnung ist es, welche mit mehr oder minder engen Fesseln sein Wahrnehmungsvermögen und seine, das Für und Wider abwägende, Denk- und Schlussfähigkeit hemmt.

Aus dem Wesen des Privatrechtes, d. i. aus unserer Auffassung von dem Wesen desselben und des zur Feststellung privatrechtlicher Verhältnisse und Entscheidung privatrechtlicher Verhältnisse dienenden Verfahrens ergibt sich zunächst das Eine, dass, wie der Richter nur jene Thatsachen berücksichtigen darf, die von den Parteien vorgebracht werden, er auch seine eigene Privatkenntnis[3]) darüber, ob diese Thatsachen wirklich erfolgt sind oder nicht, in keiner Weise verwerthen darf. Nach römischem und modernem Processrechte hat der Richter zunächst Alles für wahr anzunehmen,[4]) was von einer Partei zur

[3]) Von Privatkenntnis kann man dort nicht mehr sprechen, wo es sich um Thatsachen handelt, die vermöge ihrer Natur Allen oder doch den Bewohnern des Landes, der Stadt, in welcher der Rechtsstreit sich abspielt, oder überhaupt jedem Gebildeten bekannt sein müssen. Es sind diess die sog. notorischen Thatsachen (z. B. dass die Südbahn Wien und Triest verbindet, dass Triest am adriatischen Meere sich befindet, dass im Jahre 1870, 1871 der Deutsch-französische Krieg war etc.). Für die Beweisbedürftigkeit notorischer Thatsachen Nagel, GZ 1862, N. 48. Literaturangaben über Notorität bei Canstein II, § 66, N. 22. Vgl. § 264 RCPO und § 296 CPOE: „Thatsachen, welche bei dem Gerichte offenkundig sind, bedürfen keines Beweises."

[4]) Berger, Das Verneinungsprincip im österr. Civilprocess (Z. f. ö. R. 1844, I, N. XXII, S. 321—343) sucht als das theoretisch richtige Princip für den Process hinzustellen, dass, wer „ein Factum anführt, es sofort beweisen müsse, ohne dass seine Beweispflicht erst durch die Verneinung seines Gegners begründet würde" (S. 342). Vgl. hiegegen Perthaler, Zur Polemik gegen die Verneinungsmaxime im österr. Civilpr., Z. f. ö. R. 1845, I, N. XI, S. 220—244, Heyssler, Die wahre Maxime im Civilpr., Eine Stimme in der Wüste aus Anlass der Controverse über das Verneinungsprincip, ibid. 1845, II, N. XXXI, S. 262—282, 315—334 (gegen diesen Perthaler, ibid. 1846, II, N. LVI, S. 465—489) und Unger II, § 129, N. 9. Unrichtig ist jedenfalls Berger's Versuch, diese Auffassung historisch zu begründen; darüber ob das von Berger aufgestellte, oder das positiv sanctionierte Princip „philosophisch" richtig sei, lässt sich m. E. sowenig streiten, als etwa darüber, ob es philosophisch richtig sei, mit der rechten oder aber mit der linken Hand zu essen. Wenn eine Gesetzgebung das Princip aufstellen würde, der Richter habe, wie im Strafpr. stets von Amtswegen die Wahrheit des Vorgebrachten zu prüfen, so würde das von unserer Auffassung des Privatrechtes zwar abweichen, aber „philosophisch" unrichtig wäre es nicht; es müsste dann einfach der Begriff des Privatrechtes nuancirt werden.

Substantiierung ihres Begehrens behauptet wird,[5]) und für die Begründung beziehungsweise Prüfung desselben relevant erscheint. Erst wenn der Gegner die Wahrheit dieser Thatsachen in Abrede stellt, erst dann hört für den Richter seine Gebundenheit an die Angaben Desjenigen, der sie für sich vorbrachte, auf. Allein an Stelle dieser Gebundenheit tritt sofort eine andere, die entgegengesetzte Gebundenheit ein: die widersprochenen Thatsachen haben ihm nun zunächst für nicht wahr zu gelten, soferne sie nicht erwiesen werden. Allein auch dem Beweise gegenüber lässt unser Processrecht dem Richter keine freie Würdigung der vorgebrachten Beweisgründe, und diess ist der wundeste Punct unseres ganzen Processverfahrens. Die Gebundenheit an das Parteivorbringen auch hinsichtlich der Beweisfrage, dass nemlich der Richter seine etwaige Privatwissenschaft nicht verwerthen darf, rechtfertigt sich vollkommen durch die Natur des Privatrechtes, des Privatanspruches, die nur Verwirklichung finden, wenn und soweit der Interessent selbstthätig vor dem Richter auftritt. Soweit muss das Processrecht, das Beweisrecht ein formales sein. Allein sobald es sich nur mehr darum handelt, aus den von den Parteien vorgebrachten Beweismitteln die Überzeugung zu gewinnen von der Wahrheit des zu Erweisenden, da kann es nur der Ermittlung der Wahrheit, der Verwirklichung des Rechtes im höchsten Grade abträglich sein, an Stelle der unmittelbaren Lebensanschauung, starre, todte Beweisregeln zu setzen. Sie mögen in einzelnen Fällen eine Schranke bilden gegen Parteilichkeit pflichtvergessener Richter, aber dieser kann gewiss auch auf andere Weise begegnet werden, und dieser in der Hintanhaltung einer möglichen Gefahr beruhende Vortheil vermag nicht annähernd die positiven Schäden aufzuwiegen, die das dem Leben entsprossene Recht durch den starren Formenzwang erleiden muss. Die civilprocessuale Beweistheorie setzt an die Stelle des wahren, des materiellen Rechtes, in unendlich vielen Fällen ein formales Recht, ein Scheinrecht, d. i. ein Unrecht, das nur Recht wird durch den Zwang eines den Verhältnissen des Lebens nicht entsprechenden Processrechtes.[6])

[5]) Notorisch Unwahres wird aber der Richter selbst dann nicht für wahr anzunehmen bemüssigt sein, wenn der Processgegner einen Widerspruch unterlässt, wie anderseits notorisch Wahres auch für den Richter wahr bleibt, trotz des Widerspruches des Gegentheiles.

[6]) Den Anforderungen einer auf möglichste Verwirklichung des materiellen Rechtes zielenden Beweistheorie entspricht das Gesetz über das Bagatellverfahren 27. April 1873, RGB 66 (§§ 33, § 36; vgl. auch §§ 259,

Von der oben angeführten Regel, dass durch den Widerspruch des Gegners die Processwahrheit der vom anderen Theile vorgebrachten, sein Begehren substantiierenden Thatsachen erlischt, ja der processualen Unwahrheit Platz macht, hat jedoch die Rechtsordnung aus practischen Gründen zahlreiche Ausnahmen gemacht. Gewisse Thatsachen, welche eine Processpartei zur Begründung ihres Begehrens vorbringen muss, verlieren ihre Wahrheit im Processe dadurch allein, dass der Gegner sie widerspricht, nicht; es erwächst somit aus dem Widerspruche für Denjenigen, der sich auf sie stützt, nicht die Nothwendigkeit, sie zu erweisen, sondern der Gegner muss sie widerlegen. Während im Allgemeinen die widersprochenen Thatsachen, so lange für nicht wahr gelten, bis sie bewiesen werden, gelten diese so lange für wahr, als sie nicht widerlegt werden.

Allein wie die Thatsachen und Ereignisse des Lebens in wechselweisem Zusammenhange stehen und erst durch ihre Beziehung zu einander und zu den Individuen rechtliche Bedeutung erlangen, so stellt auch die Rechtsordnung kein Ereignis als ein unter allen Umständen für wahr anzunehmendes dem Richter hin, sondern sie weist ihn nur an, beim Vorhandensein gewisser Voraussetzungen [7]) selbes (bis auf Weiteres)

380 ff. RCPO; §§ 298, 351 ff. CPOE; §§ 3 und 10 Ges. 16. Febr. 1883, RGB 20; §§ 48, 49 Ges. 16. März 1884, RGB 36). Wenn trotzdem die an die Einführung des Bagatellverfahrens geknüpften Erwartungen nicht ihre volle Befriedigung fanden, und von der facultativen Anwendung desselben auf Grund von Parteiübereinkommen (§ 5) verhältnissmässig nur geringer Gebrauch gemacht wird, so kann die Schuld hieran weder dem Gesetze noch einem Mangel an Verständnis Seitens der Parteien für die ihnen durch das Bagatellverfahren gewährten Vortheile beigemessen werden; sie kann nur bei Jenen gesucht werden, welche im Banne der noch als Regel geltenden formalen Beweistheorien sich scheuen, von dem Rechte der freien Beweiswürdigung umfassenden Gebrauch zu machen, und daher stets um jeden Preis an Stelle des volles Recht gewährenden Urtheiles einen das Recht verkümmernden „Vergleich" setzen möchten.

[7]) Auch in jenen Fällen, in denen Unger II, § 130, S. 598f., von „Interimswahrheiten" spricht (z. B. §§ 23, 1232 a. b. G. etc.) sagt das Gesetz nicht: „B ist ohne weiteres für wahr zu halten, so lange nicht dessen Gegentheil bewiesen wird", sondern ebenfalls nur: „wenn A wahr ist, so ist B für wahr zu halten" (N. 50). § 23 a. b. G. sagt nicht, es sei immer anzunehmen, dass ein lebendiges Kind geboren worden sei, er sagt nur, wenn ein Kind geboren worden ist (wenn A wahr ist), ist anzunehmen, dass es lebendig geboren wurde (so ist B wahr); § 1232 sagt nicht, es sei immer anzunehmen, dass ein Mann einer Frau die Morgengabe schon übergeben habe; er sagt nur, wenn seit Abschliessung der Ehe schon drei Jahre verflossen sind, ist anzunehmen, die Morgengabe sei überreicht (oder ganz genau: wenn M die N geheiratet hat, und wenn er ihr x als Morgengabe versprochen hat, und wenn drei Jahre verflossen sind, ist anzunehmen, x sei übergeben worden); § 1237 a. b. G. sagt nicht, dass anzunehmen sei, der Ehemann habe alle denkbaren Dinge erworben, er sagt nur, wenn von einem der Ehegatten etwas erworben wurde (beziehungsweise wenn es zwar ungewiss, ob etwas von M oder N erworben ist, aber gewiss ist, dass es von einem der beiden erworben wurde, und wenn M und N ververehelicht sind), so ist anzunehmen, der Erwerb rühre vom Manne her; §§ 518, 1110 bestimmen nicht, es sei immer anzunehmen, dass Jemand irgend eine Sache oder gar alle Sachen einem Anderen oder allen Anderen in brauchbarem Zustande mittlerer Beschaffenheit übergeben hat; sie bestimmen nur, wenn ein Bestand- oder Nutzniessungsvertrag über eine Sache abgeschlossen wurde, wenn kein Inventar errichtet wurde, wenn die Sache übergeben wurde, ist anzunehmen, dass sie in brauchbarem Zustande mittlerer Beschaffenheit übergeben wurde. Allerdings aber wird ein Theil der hier angeführten Prämissen in den einzelnen concreten Fällen überhaupt schon, abgesehen von der aus ihnen abgeleiteten Vermutung, Beweisthema sein; aber auch diess gilt nicht von allen der angeführten Voraussetzungen (z. B. dem Ablaufe des Trienniums im Falle des § 1232, der Nichterrichtung des Inventars §§ 518, 1110),

für wahr zu halten. Hieraus ergibt sich aber, dass die Rechtsordnung Denjenigen, der eine Thatsache für sich anführt, nicht von jeder Beweispflicht entbindet; sie spricht vielmehr nur aus, dass, wenn er ein Anderes, M, erwiesen hat (beziehungsweise dieses Andere wegen unterlassener Bestreitung oder wegen Notorität für wahr zu halten st), nun auch eo ipso N für wahr gelte, so lange seine Unwahrheit vom Gegner nicht dargethan wird; [8]) die Rechtsordnung stellt einen Wahrscheinlichkeitsschluss auf, schliesst von M auf N und weist auch den Richter an, insolange von M auf N zu schliessen, als der Gegner nicht nachweist, dass, ungeachtet M eingetreten ist, N doch nicht vorliege. Wir sprechen mit vollkommen bezeichnendem Ausdrucke in diesen Fällen von einer Vermutung, welche die Rechtsordnung aufstellt, einer Praesumtio [9]) juris. [10])

[8]) In diesem Sinne kann man allerdings sagen: „Die Rechtsvermutungen verändern nichts an der Vertheilung der Beweislast, sie verändern nur das Beweisthema" (Unger II, § 130, S. 581, 582). Diess gilt aber nur für den Vorbringenden, nicht aber für seinen Gegner, dem allerdings aus der Rechtsvermutung eine Beweislast erwächst, die ihm ohne ihr nicht obliegen würde. Unger will hier nicht eine „Last des .. Beweises , sondern nur eine Veranlassung zur Gegenbeweisführung" annehmen (N. 14). Es soll sich hier verhalten, „wie sonst, wenn der (Haupt-)Beweis durch Zeugen, Urkunden u. s. f. hergestellt ist". Die Rechtsvermutung ist aber gar kein Beweis, sie macht vielmehr nur den Beweis (Desjenigen, zu dessen Gunsten sie bestellt ist) überflüssig.

[9]) Das römische Recht bezieht den Ausdruck praesumtiones auf den Indicienbeweis (welchem bedeutende Ausdehnung gegeben war); vgl. Gross, Die Beweistheorie im canon. Pr., S. 58; Heusler, Archiv f. civ. Pr. LXII, S. 306.

Allein die Rechtsordnung geht in einzelnen Fällen noch weiter. Sie weist den Richter nicht nur an, eine gewisse Thatsache beim Zu-

[10]) Auch in jenen Fällen handelt es sich um Beweisvermutungen, in denen an gewisse Thatsachen durch Vorschrift der Rechtsordnung die Annahme des Vorhandenseins einer bestimmten Willensrichtung oder überhaupt eines rechtlichen Willens geknüpft ist; es ist kein innerer Grund erkennbar, warum das Dispositivgesetz „keine Bestimmung über die Regulierung der Beweislast" enthalten soll (Unger II, § 130, S. 596); der Unterschied besteht hier nur darin, dass das Vorhandensein des Willens das Beweisthema ist, und speciell bei den Dispositivnormen, dass der Gegenbeweis nur aus den die als Erklärungshandlungen aufzufassenden Thatsachen begleitenden Umständen geführt werden kann. Vgl. oben § 93 i. f. Vgl. gegen diese Ansicht insbesondere Unger II, § 130, N. 44a—48. Wenn Unger N. 48 cit. sagt: „dass man es hier nicht mit technischen Präsumtionen, sondern bloss mit gesetzlichen Erklärungen des Willens zu thun habe .. ergibt sich daraus, dass bei wahren Rechtsvermutungen der Behauptende den Beweis seiner Behauptung führen muss, wenngleich ihm durch Gestattung einer künstlichen Beweisführung derselbe erleichtert wird, während hier die Behauptung, dass die fragliche Handlung diesen Sinn habe, bis auf weiteres anzunehmen ist, also der Behauptende vom Beweis seiner Behauptung frei ist", so ist hier dem Begriff der Behauptung als des Vorbringens einer Thatsache plötzlich eine ganz andere Bedeutung, nemlich die des Vorbringens einer Conclusion, unterstellt. In diesem Sinne wäre dann auch bei der angeblich echten Vermutung der Behauptende „vom Beweis seiner Behauptung", dass nemlich aus M N folgere, „frei". Aber wie er hier M beweisen muss, so muss er dort die „fragliche Handlung" beweisen; dass sie „diesen Sinn" habe, ist nicht so sehr seine „Behauptung", es ist die Rechtsvermutung, und darin besteht ja das Wesen der Rechtsvermutung, dass das aus einer Thatsache Geschlossene nicht bewiesen zu werden braucht. Auch in den N. 53 cit. angeführten Fällen (§§ 1030, 1033 a. b. G.) handelt es sich um Dispositivnormen, beziehungsweise Rechtsvermutungen. Diess ist aber nicht so aufzufassen, dass etwa der Handelsmann, der einen Diener zum Waarenverkaufe ermächtigt, hiemit erkläre, er ermächtige ihn auch zum Incasso und zur Quittierung, oder dass der Borgnehmer, der sich ein Einschreibbuch ausstellen lässt, hiemit erkläre, er ermächtige jeden Überbringer zur Waarenbehebung; nicht für das Verhältnis des Handelsherrn zum Handelsdiener, des Borgnehmers zum Inhaber des Einschreibbuches, sondern für das des Handelsherrn zum Kunden, des Borgnehmers zum Borggeber, ist die Vermutung aufgestellt; sie geht dahin, dass der Handelsherr, der Borgnehmer erklärte, er werde demjenigen Käufer, resp. jenem Lieferanten gegenüber, welcher mit Rücksicht auf die Verkehrsgepflogenheit annimmt, der Diener sei zum Incasso, der Überbringer zum Bezuge berechtigt, die erfolgte Zahlung oder Lieferung als rechtswirksam anerkennen, wenn auch im einzelnen Falle keine Bevollmächtigung, kein Auftrag erfolgt wäre, er habe denn in für den anderen Theil objectiv erkennbarer Weise ausdrücklich diese Anerkennungsverpflichtung abgelehnt. Der Handelsherr (Borgnehmer) übernimmt somit die Gefahr, die eine ihm vortheilhafte Einrichtung mit Rücksicht auf den Verkehrsgebrauch einem Anderen erbringen könnte, soferne er sie nicht ausdrücklich, d. i. in erkennbarer Weise ablehnt. Daraus

treffen gewisser Voraussetzungen solange für wahr zu halten, bis sie widerlegt wird, sie legt ihm in vielen Fällen vielmehr auf, diese Thatsache beim Zutreffen der gedachten Voraussetzungen definitiv für wahr zu halten: sie gestattet gar keinen Gegenbeweis. Der Gegner kann den Schluss auf N nur dadurch hinfällig machen, dass er M widerlegt; steht einmal M fest, so kann er den Schluss auf N gar nicht mehr anfechten, auch der Beweis, N sei nicht, kann ihm nichts mehr nützen. Auch diese Bestimmungen der Rechtsordnungen treten uns im Gewande von Vermutungen entgegen und werden auch als solche allgemein bezeichnet (qualificierte, unwiderlegbare Rechtsvermutungen, praesumtiones juris et de jure); sie haben allerdings zum Theile in einem Wahrscheinlichkeitsschlusse ihren legislativpolitischen Grund, aber thatsächlich handelt es sich hier gar nicht mehr um den Schluss von M auf N, sondern M wird selbst zur rechtserzeugenden Thatsache erhoben.[11])

Welche rechtlichen Vermutungen nun die Rechtsordnung aufstellt, diess darzulegen, kann wieder nur Sache des besonderen Theiles sein; die diessbezüglichen Ausführungen werden naturgemäss an die Entwicklung der die einzelnen Rechtsverhältnisse producierenden, modificierenden, aufhebenden thatsächlichen Momente (des Klaggrundes i. w. S.) sich anschliessen.

III. Aus den als giltig erkannten Rechtssätzen, den als wahr angenommenen Thatsachen nun zieht der Richter seinen Schluss. Entsprechen sich Rechtsregel und Thatsachen nicht, beziehungsweise liegt keine Rechtsregel vor, welche an die von den Parteien aufgestellten und erörterten Thatsachen die von ihnen verlangten Wirkungen knüpfen, sind jene Thatsachen nicht erhärtet, an welche diese Wirkungen kraft einer Rechtsregel geknüpft werden, so wird der von der Partei aufgebaute Schluss nicht acceptiert, ihr Begehren abgewiesen.

Der zunächst Begehrende ist der Kläger. Um sein Petit handelt es sich auch in letzter Linie, das des Beklagten geht nur auf gänzliche

erklärt sich aber auch, dass, wenn dem Contrahenten in irgend einer Weise bekannt wird, es sei im Allgemeinen oder im speciellen Falle der Diener oder Überbringer nicht ermächtigt, die Haftpflicht, die ja nur eine aus der irrigen Annahme der Bevollmächtigung erwachsende Gefahr beseitigen soll, nicht Platz greift: der Käufer oder Borggeber handelt dann auf sein Risico und nicht auf das des Handelsherrn resp. Borgnehmers. Über den Unterschied von Ereignispräsumtionen und Willenspräsumtionen vgl. Burckhard, Die civilist. Präsumtionen, Capitel 3, der aber die beiden Gebiete m. E. nicht ganz correct differenziert.

[11]) Hier liegt in Wahrheit nur eine Veränderung des Beweisthemas vor (vgl. N. 8).

oder theilweise Abweisung des Klagepetites.[12]) Nicht unmittelbar schreitet der Richter von den Ursachen zu den Wirkungen, er macht

[12]) Bei den judicia duplicia kann allardings eine scheinbare Exceptio zur Condemnation des Klägers führen, aber thatsächlich liegt hier gar keine Exceptio vor, denn jeder Theil erscheint als Kläger (mixtae sunt actiones, in quibus uterque actor est, utputa finium regundorum, familiae erciscundae, communi dividundo, interdictum uti possidetis, utrubi; L 37, § 1, D. 44, 7; vgl. L. 2, § 3, D. 10, 2; L. 44, § 4, D. 10. 2; L. 10 D. 10, 1), es ergibt sich somit hieraus keine Ausnahme des Satzes, dass der Kläger als solcher nicht verurtheilt werden könne (Savigny VI, § 289, S. 338). Nach österreichischem Rechte ist die Duplicität der Besitzklagen weggefallen (Randa, § 7d, N. 72); und nur mehr im Grenzscheidungsverfahren (§ 850—853 a. b. G.) und bei Theilungsklagen kann von einer solchen gesprochen werden. Im ersteren Falle handelt es sich aber nach unserem Rechte gar nicht so sehr um einen stricten Process, sondern vielmehr um ein officioses Verfahren. (Windscheid I, § 127, N. 2, II, § 449 N. 16). Der Einschreiter wird in den meisten Fällen die wahre Grenze selbst gar nicht zu bezeichnen vermögen und darum überhaupt gar kein Petit auf Zuweisung eines bestimmten Grundtheiles, sondern vielmehr auf Ermittlung des ihm gebührenden Grundtheiles stellen. Insoferne er ein local begrenzbares Recht behauptet, kann er daher immer noch, ungeachtet der Adjudicatio „die ihm in Ansehung des Besitzrechts, des Eigenthumes oder eines anderen Rechts zustehenden Behelfe der Ordnung nach anbringen“ (§ 851 a. b. G.). Aus dieser Unbestimmtheit des Petites folgert die Duplicität des Grenzscheidungsverfahrens und des Theilungsprocesses; es kann sich bei der vom Kläger verlangten Grenzregulierung ergeben, dass die Grenze enger ist, als sie von ihm eingehalten wurde: der Einschreiter hat ein für ihn effectiv nachtheiliges Begehren gestellt.

Nach der herrschenden Ansicht (vgl. auch Randa § 7b, N. 58) handelt es sich nur im Falle des § 850 a. b. G. („wenn Grenzzeichen so verletzt worden sind, dass sie unkenntlich werden könnten“) um ein officioses Verfahren, im Falle der §§ 851—853 a. b. G. aber („wenn die Grenzen wirklich unkennbar geworden sind) um ein contentioses Verfahren. Aber § 851 schliesst sich logisch enge an § 850 an, ja in § 851 findet auch noch der Fall des § 851 seine Berücksichtigung: „Wenn die Grenzen wirklich unkennnbar geworden sind oder bei (der nach § 850 versuchten) Berichtigung der Markung ein Streit entsteht, so schützt das Gericht vor allem den letzten Besitzstand.“ Indem das Gesetz für beide Fälle (850 und 851) dieselbe Norm gibt, und mit keinem Worte andeutet, dass, wenn bei Berichtigung der Marken ein Streit entsteht, das officiose Verfahren einzustellen und über neuerliches Verlangen ein contentioses Verfahren zu eröffnen sei, spricht es m. E. aus, dass überhaupt auch dann, „wenn die Grenzen wirklich unkennbar geworden sind“ und das Begehren nur auf Grenzregulierung geht, officios zu verfahren sei. Darum auch der unmittelbar angereihte Vorbehalt des Rechtsweges für Denjenigen, der ein bestimmtes Recht oder einen bestimmten Besitz darzuthun vermag. Verlangt aber ein Theil aus dem Titel des Eigenthümers oder Besitzes ein bestimmtes Grundtheilstück, dann liegt überhaupt kein Grenzscheidungsgesuch, sondern eine Eigenthumsklage, Besitzklage etc. vor. Über die Duplicität nach gem. Rechte vgl. insbesondere Eck, Doppelseitige Klagen 1870, Göppert, Krit. VJS XIV, S. 532 ff.

Gebrauch von dem juristischen Hilfsmittel, dem Rechtsverhältnisse. Und so fragt er sich: ist ein Rechtsverhältnis entstanden, besteht es noch und hat es jene Wirkungen in seinem Gefolge, die der Kläger an selbes geknüpft wissen will?

Mit der Verneinung der ersten Frage entfällt eine Untersuchung der zweiten und dritten Frage, mit der der zweiten eine Untersuchung der dritten eo ipso. Aber da auch mit der Bejahung der zweiten oder Verneinung der dritten Frage das klägerische Begehren hinfällig erscheint, mag der Richter immerhin, wenn er zur Erkenntnis gelangt, es sei das Rechtsverhältnis, selbst wenn es entstanden wäre, jedenfalls wieder erloschen, oder es folgen aus selbem, auch wenn es bestünde, dennoch nicht die in Anspruch genommenen Wirkungen, eine Untersuchung der ersten, beziehungsweise der ersten und zweiten Frage gänzlich unterlassen, soferne nicht das Begehren auch auf Anerkennung des Bestandes des Rechtsverhältnisses sich erstreckt.[13])

Erst wenn der Richter zur Erkenntnis gelangt ist, das Begehren des Klägers an sich sei zur Gänze oder theilweise begründet, erst dann kommt er in die Lage, den demselben entgegengesetzten Anspruch des Gegners, die Exceptio, zu prüfen, während dort, wo an sich schon das Klagebegehren hinfällig erscheint, kein Anlass sich bietet für eine Prüfung des Gegenanspruches.

Erst dann, wenn der Richter den eventuellen Gegenanspruch auf ähnliche Weise, wie vom Klagebegehren dargelegt wurde, geprüft hat, erst dann kann das Erkenntnis erfolgen. Ist der Gegenanspruch als zu Recht bestehend anerkannt und ergibt sich, dass er dem Klageanspruch gänzlich oder theilweise hemmend beziehungsweise vernichtend entgegenstehe, so ist das Klagebegehren, ungeachtet es an sich begründet erschiene, gänzlich oder theilweise abzuweisen, andernfalls ist ihm stattzugeben.

Nicht jedes Urtheil enthält somit einen wirklichen Ausspruch über den Bestand oder Nichtbestand des mit Klage oder mit der Exceptio geltend gemachten Rechtes, und selbst bei der Anspruchsklage nicht jedes Urtheil, welches ein Recht des Klägers als bestehend anerkennt, eine Condemnatio (beziehungsweise im Falle einer Replicatio, nicht jedes Urtheil, welches das Gegenrecht des Beklagten anerkennt, eine Absolutio).

[13]) Nach § 253 RCPO und § 284 CPOE kann bis zum Schlusse der mündlichen Verhandlung von den Parteien der Antrag gestellt werden, „dass das Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses, wovon die Entscheidung . . . abhängt, in dem . . Urtheile festgestellt werde“ (CPOE).

γ_4. Wirkung.[1])

§ 128.

I. Jedes Urtheil spricht zunächst aus, dass gewisse Thatsachen vorliegen, welche laut Inhaltes der Rechtsordnung geeignet sind,

[1]) Keller, Litiscontestation und Urtheil, 1827 und die § 122, N. 1 und § 122, N. 17 Genannten; ferner Minasiewicz, Beantwortung der Frage: Ob durch das gerichtliche Urtheil der Titel der zuerkannten Forderung verändert werde? Z. f. ö. R. 1837, I, N. XV, S. 220—222 (hiegegen Weissel ibid. II, N. XXXIII, S. 12—16 und wieder Minasiewicz 1838, I, N. XXXI, S. 122—128); Zlobitzky, Civilrechtsfall mit Bemerkungen über die Verjährung durch Urtheil zuerkannter Rechte, Z. f. ö. R. 1841, I, N. X, S. 144—159; Wessely, Auch einige Bemerkungen etc., ibid. 1841, II, N. XLVI, S. 317—322; Beck, Civilrechtsfall mit Bemerkungen ü. d. Verj. der d. U. zuerkannten Zinsen, ibid. 1842, I, N. V, S. 57—77; Winiwarter, Von der Wirkung eines rechtskräftigen Urtheiles in Beziehung auf das materielle Recht, ibid. 1842, I, N. XXV, S. 309—320; Beck, Noch ein Wort über die Frage, was ein rechtskr. Urtheil in Bez. a. d. mat. R. für eine Wirkung habe, ibid. 1842, II, N. XLII, S. 215—231; Buzzi, In wie fern findet die Execution zur Eintreibung von Zinsen statt, wenn die Frage der Verjährung eintritt? ibid. 1844, II, N. XXXVII, S. 209—216; Gegenbemerkungen von Aussez, 1845, I, N. XIII, S. 323—338; Erwiderung von Buzzi, 1845, II, N. XXX, S. 251—261; Turnes, Über die Execution gerichtlich zuerkannter Zinsen nach Ablauf der im § 1480 des a. b. G. bestimmten Verjährungszeit, ibid. 1848, II, S. 39—55 (vgl. Kitka, GZ 1857, N. 87, 88, 1858 N. 18, ferner GZ 1857, N. 112); Buchka, Die Lehre vom Einfluss des Processes auf das mat. Rechtsverhältnis I, 1846, 3. Abschnitt: Von den positiven Wirkungen des Urtheils S. 290 ff.; II, 1847, § 23: Von dem Object der richterlichen Entscheidung; Linde, Über die Rechtskraft der Entscheidungsgründe, Arch. f. civ. Pr. XXXIII, 1850, N. XIII, S. 315 bis 353; Pfeifer, Beitrag zur Lehre von der Wirkung rechtskräftiger Urtheile, Arch. f. civ. Pr. XXXVII, 1854, N. IV, S. 93—125 und X, S. 244 bis 270 (derselbe auch XXXVIII, 1855, N. XIV, S. 331—358); Schäffer, Über den Einfluss des Criminalurtheiles auf den Civilpunct, Arch. f. civ. Pr. XXXVII, 1854, N. I, S. 1—35 (daselbst N. 1 weitere Literaturangaben); Kissling, Die Einwendung des rechtskräftigen Urtheiles, Haimerl's Mag. XII, 1855, N. XV, S. 332—341; Förster, Einiges zur Lehre von der Rechtskraft, Gruchot's Beitr. II, 1858, S. 343—369 (derselbe: Klage und Einrede § 53—56; Freudentheil, Über Rechtskraft gegen Dritte, zur L. 63, D. 42, 1, Arch. f. civ. Pr. XLII, 1859, N. V, S. 84—91; Endemann, Das Princip der Rechtskraft, Heidelberg 1860, 179 S. (hiezu Dworžak, Ö.VJS IX, 1862, LBl. S. 30—36); Baur, Erörterung der Rechtskraft der Entscheidungsgründe, Gruchot's Beiträge IV, 1860, S. 187—223; Gruchot, Beiträge a. d. Praxis zur Lehre von dem Einwande der rechtskräftig entschiedenen Sache, Gruchot's Beitr. VI, 1862, S. 315—358, VII, S. 175—208 (auch GZ 1863, N. 114—122); Binding, Die gemeinrechtliche Lehre von der Rechtskraft des Urtheiles gegen Dritte aus dem Grunde der Mitwissenschaft vom Streite,

Ursachen rechtlicher Wirkung zu sein. Indem das Urtheil diese Qualität der Thatsachen in abstracto, ohne Rücksicht, ob im vorliegenden Falle solche Wirkungen in concreto schon herbeigeführt werden können oder herbeigeführt werden wollen, constatiert, spricht es den Bestand eines Rechtsverhältnisses aus. Insoferne aber das Urtheil zugleich auch[2]) reelle Consequenzen aus dem Vorhandensein dieser Thatsachen, beziehungsweise, um in der Sprache der Juristen zu sprechen, des

Arch. f. civ. Pr. XLVII, 1864, N. XIII, S. 259—275; Krüger, Processualische Consumtion und Rechtskraft des Erkenntnisses, Leipzig 1864; Hartmann, Zur Lehre von der Klagenconcurrenz und der Rechtskraft des Erkenntnisses, Arch. f. civ. Pr. L, 1867, N. VII, S. 120—136; Marcinowski, Der Tenor des Erkenntnisses in seinen Beziehungen zur res judicata, Gruchot's Beitr. XII, 1868, S. 17—42; Bachmann, Die Rechtskraft des Urtels und ihr Beginn im Civilprocess, Gruchot's Beitr. XIV, 1870, S. 204—235; Bachmann, Über den Gegenstand und Umfang der Rechtskraft, insbes. über die sog. Rechtskraft der Urtheilsgründe, Gruchot's Beiträge XV, 1871, S. 337 bis 414, 641—716; Geller, Über die Verjährung der actio judicati oder des Rechts auf Execution, GH 1874, N. 62—64; Bruck, Über die präjudicielle Wirkung des rechtskräftigen Criminalurtheiles auf die connexe Civilsache, Berlin 1875, 112 S. (hiezu Mayer in Grünhut's Zt. III, S. 367—370); Rümelin, Zur Lehre von der exceptio rei judicatae, Tübingen 1875, 64 S. (hiezu Heyssler in Grünhut's Zt. III, S. 179—185, Regelsberger, Kr.VJS XVIII, 1876, S. 198—204); Hoppen, Über die materielle Rechtskraft der Urtheile, GH 1877, N. 58—60; Pouilliaude de Carnières, De l'autorité de la chose jugée en droit romain et en droit français, Thèse, Paris 1878, 254 S.; Vel, De l'autorité de la chose jugée en matière civile, en droit romain et en droit français, Grenoble 1879, 211 S.; Gay (selber Titel), Toulouse 1879, 375 S.; Freudenstein, Die Rechtskraft nach der Reichscivilprocessordnung und ihre Wirkungen auf die subjectiven Rechte, Hannover 1881, 288 S. (hiezu Hellmann, Kr. VJS XXIV, N. F. V, 1882, S. 574—587 und Dreyer in Gruchot's Beitr. XXVI, 1882, S. 130—143); Schwalbach, Ist mit dem geltend gemachten Theil einer Forderung die ganze Forderung aberkannt? Gruchot's Beitr. XXVI, 1882, S. 514—524; Klöppel, Die Einrede der Rechtskraft nach der deutschen CPO, Berlin 1883, 155 S.; Lefeuvre, Droit romain: Des exceptions rei judicatae et rei in judicium deductae, dans leur d'eveloppement comparé, Paris 1883. Savigny VI, § 280—301; Wächter II, § 73; Vangerow § 173; Brinz I, §§ 96—99; Windscheid I, §§ 129—132; Schiffner I, § 152; Canstein II, § 89.

[2]) Ein Urtheil, welches nur Anerkennungsurtheil ist, enthält gar keine Condemnation, wenngleich es nach unserem Processgebrauche auch hier stets in der Form eines solchen auftritt, „N. N. sei schuldig, anzuerkennen". Hiemit kann nur gesagt sein, dass nur dem N. N. gegenüber das Rechtsverhältnis dauernde Anerkennung durch den Richter erlangt hat. Eine Pflicht und einen Zwang zur Anerkennung als eines psychischen Vorganges gibt es nicht. Es wird nur die eventuelle Nichtanerkennung durch N. N. rechtlich irrelevant.

Rechtsverhältnisses, zieht, statuiert es ein Sollen, das seinem Inhalte nach möglicherweise,[3]) ja gewöhnlich mit dem Inhalte des schon früher durch den Rechtssatz dem Geklagten auferlegten Sollens übereinstimmt, das aber in seiner rechtlichen Realisierbarkeit von diesem sich unterscheidet, indem es schon staatlich liquidiert, mit der Zusage unmittelbaren staatlichen Zwanges ausgestattet ist. Die Condemnatio enthält stets die Fixierung eines concreten Anspruches, sei es dass sie einen solchen als einen der schon bestanden hatte, anerkennt, sei es dass sie einen solchen erst schafft.[4])

[3]) Dann nemlich nicht, wenn das Urtheil rechtsconstitutiver Natur ist, z. B. der Condemnatio zur persönlichen Leistung oder Sachübergabe eine alternative Condemnatio zur Geldzahlung hinzufügt.

[4]) Nur verwirrend könnte es wirken, wenn man auch hier erst dann von einem Anspruche reden wollte, wenn der im Urtheile erhaltene richterliche Befehl nicht erfüllt wird, somit mit Hinblick auf § 300 a. G. O. erst nach Ablauf der vom Richter zur Erfüllung gesetzten (gemeiniglich 14tägigen) Frist. Im Wesen des Anspruches liegt die Möglichkeit der Geltendmachung durch den Richter, und darum hat der noch nicht liquidierte Anspruch allerdings die Rechtsverletzung zu seiner Voraussetzung; wo aber die richterliche Liquidierung schon erfolgt ist, wo das Sollen ein unmittelbares, ohne weiteren Rechtsstreit verwirklichbares geworden ist, der Verletzung unmittelbar der Zwang die Execution folgen kann, da liegt sofort ein Anspruch, u. z. ein richterlich schon anerkannter Anspruch, ein Anspruch im Vollzugsstadium vor. Nicht so liegt der Fall, wo das Gesetz einer unter gewissen Förmlichkeiten errichteten Urkunde sofortige Executionskraft einräumt. Nicht in diese letztere Kategorie gehören die Fälle der sog. provisorischen Execution, Execution zur Sicherstellung (§ 298 a. G. O., Hofd. 7. Mai 1839, JGS 358, §§ 4 und 12 JMV 18. Juli 1859, RGB 130, § 8 JMV 25. Jan. 1850, RGB 52, § 3 JMV 18. Juli 1859, RGB 132), dieselbe ist gar keine Execution, wol aber die Bestimmung des § 3 NO, nach welcher Notariatsacte über Schulden an vertretbaren Sachen „gleich den vor Gericht abgeschlossenen Vergleichen executionsfähig" sind, wenn der Verpflichtete in der Urkunde dem zugestimmt hat. Wenngleich über einen solchen Notariatsact sofort Execution geführt werden kann, so ist doch in selbem keine Anspruchsliquidierung enthalten; es ist nur die Klägerrolle vertauscht, der Richter nimmt die Liquidierung nicht in abgesondertem contradictorischen Verfahren vor, sondern, soferne nicht der Schuldner mit Klage ein Erkenntnis auf Nichtliquiderklärung herbeizuführen sucht, einseitig und zugleich mit der Bewilligung der Execution. Hier entsteht somit der Anspruch erst mit der Rechtsverletzung, vor einer Rechtsverletzung kann auch keine Execution erfolgen. Was den gerichtlichen executionsfähigen Vergleich betrifft (§ 298 a. G. O.), so hat derselbe stets eine Klage zu seiner Voraussetzung (Hfd. 22. Juni 1805, JGS 735) und kann sich auch über das Klagebegehren nicht ausdehnen (wol aber kann dieses einverständlich ausgedehnt werden); der Vergleich kann nun entweder lediglich eine Anerkennung enthalten, oder aber eine bestimmte Verpflichtung als gerichtlich liquid, exequierbar, fixieren, und insoferne schafft er allerdings einen Anspruch, wo ein solcher

Der Ausspruch über den Bestand eines Rechtsverhältnisses und die Condemnatio als der Anspruch über den Bestand eines Anspruches sind strenge auseinanderzuhalten, ihre Vermengung ist die Hauptquelle der zahlreichen Schwierigkeiten, welche die Lehre von den Wirkungen des Urtheils bietet.

Jede Condemnation stützt sich auf das Vorhandensein eines Rechtsverhältnisses, jedes condemnierende Urtheil enthält somit auch eine Anerkennung eines Rechtsverhältnisses. Es wird daher genügen, im Folgenden zunächst nur vom condemnierenden Urtheil zu sprechen, da dieses beide Momente, Anerkennung und Condemnatio, umfasst, und die Anwendung auf das blosse Anerkennungsurtheil sich hieraus von selbst ergibt. Und zwar soll vorläufig nur vom Urtheile, soweit es das Begehren des Klägers betrifft, gehandelt werden.

Jedes Rechtsverhältnis ist zurückzuführen auf gewisse Thatsachen, es ist eine Bezeichnung dafür, dass Thatsachen eingetreten sind, an welche die Rechtsordnung Wirkungen für Personen wider Personen knüpft. Um das Rechtsverhältnis zur Anerkennung zu bringen, muss daher der Kläger dem Richter die einzelnen thatsächlichen Momente

nicht schon vorhanden war. Der Vergleich kann hierin, weil er ja nur mit Willen des Beklagten erfolgen kann, weiter gehen als das Urtheil. Das Urtheil kann nach unserem Recht, wo eine Leistung noch nicht fällig ist, nur die Anerkennung der Leistungspflicht aussprechen, aber nicht einen liquiden exequierbaren Anspruch hinsichtlich der in Zukunft erst fällig werdenden Leistung begründen, der Vergleich kann aber auch die in einem Jahre erst eintretende Verpflichtung, 1000 zu zahlen, sofort liquidieren, und unmittelbar exequierbar machen. Dass diess hinsichtlich des Urtheiles die Auffassung des Gesetzes ist, ergibt sich zweifellos aus § 300 a. G. O. (vgl. auch Hfd. 10. Februar 1785 JGS 387; a. A. Unger II, § 132, N. 125). Ein Urtheil, N sei schuldig, am 1. Jan. 1890 bei Executionsvermeidung zu bezahlen, wäre ungesetzlich. Es kann wohl anerkennen, dass N schuldig sei, am 1. Januar 1890 x zu zahlen, aber es kann nicht condemnieren; nur zu einer fälligen Leistung kann condemniert werden, eine Condemnatio pro futuro ist gesetzwidrig; der Kläger muss nach der Fälligkeit neuerlich klagen und erst über diese Klage, die sich auf die rechtskräftige Anerkennung stützen wird, kann die Condemnatio, die Liquidierung des Anspruches erfolgen. Diess sollte auch von den später verfallenden Zinsen eines mit Urtheil liquidierten und zur Zahlung auferlegten Capitales und auch dort, wo es sich um wiederkehrende Leistungen (z. B. Alimente) handelt, gelten, wenngleich hier die Praxis aus Zweckmässigkeitsgründen auch eine befristete Condemnatio für noch nicht fällige Forderungen, zukünftige Ansprüche zulässt; und insoferne der Beklagte unterlässt, einem hierauf abzielenden Petite entgegenzutreten, wird sich ein solcher Anspruch auch durch die Processmaxime rechtfertigen lassen, nach welcher der Richter an die ausdrückliche oder stillschweigende Submission der Parteien gebunden ist, und gewisse Mängel und Überschreitungen erst über Rüge der Partei beachten darf.

unterbreiten, aus denen die Existenz des Rechtsverhältnisses sich ergibt, der Beklagte aber jene Momente ihm vorführen, aus denen die Nichtexistenz hervorgehen soll. Indem nun der Richter diese Momente prüft, ihre Relevanz beurtheilt, und aus ihnen auf den Bestand des Rechtsverhältnisses schliesst, diesen Bestand anerkennt und, soweit es die Streittheile betrifft, wider alle aus der Vergangenheit sich ergebende Argumente feit, unanfechtbar macht, löst er das ideelle Rechtsverhältnis von seinen materiellen Wurzeln los und stellt es selbst als eine Thatsache hin, als eine Thatsache, welche für die Streittheile bewiesen und unbestreitbar ist. Allein nur insoferne erfolgt diese Loslösung, als es für die Frage der Existenz des Rechtsverhältnisses eines Zurückgehens auf die Elemente seiner Entstehung, auf die Vergangenheit nicht mehr bedarf, das Rechtsverhältnis wird dadurch in keiner Weise ein anderes, und wo dem Urtheile vorhergegangene Thatsachen noch in einer anderen Richtung als in der ausgeschlossenen auf Erschütterung des Bestandes relevant sein können, bleibt es den Parteien immer unverwehrt, auf diese vorhergegangenen Thatsachen zurückzugreifen und sie zu verwerthen.[5])

Das Condemnationsurtheil beschränkt sich jedoch nicht auf die Anerkennung eines Rechtsverhältnisses, spricht nicht nur die Möglichkeit von rechtlichen Wirkungen gewisser Thatsachen in hypothesi aus, sondern es erklärt diese Wirkungen als im concreten Falle gegeben,

[5]) Es kann daher nur verwirrend wirken, von einer Novation (novatio necessaria) durch das Urtheil zu sprechen. Nicht eine Neugestaltung, eine Novierung, bezweckt das Urtheil, sondern eine Befestigung des schon Bestehenden, eine Firmierung, eine Conservierung; das Rechtsverhältnis wird als ein auf die angegebene Weise entstandenes und in einem gewissen Zeitpuncte vorhandenes aus dem Strome der Ereignisse herausgehoben und isoliert. Freilich kann es geschehen, dass das Urtheil von unrichtigen Prämissen ausgeht oder einen falschen Schluss zieht, und so kann allerdings das Urtheil die thatsächliche Entstehungsursache eines Rechtsverhältnisses werden, das ohne Urtheil nicht entstanden wäre; aber das Urtheil stellt sich (abgesehen von den nicht hieher gehörigen Urtheilen in Theilungs- oder Grenzstreitigkeiten) nie als Entstehungsursache des Rechtsverhältnisses hin, es stellt immer ausser ihm liegende Gründe der Entstehung auf, es bietet wie ein Spiegel nur das Bild der Entstehungsgründe; es kann ein falsches, ein verzerrtes Bild zurückwerfen, ein Bild, das den Thatsachen nicht entspricht, aber es weist stets auf angeblich ausser ihm liegende Ursachen hin, und verschafft den angenommenen Ursachen für das concrete Rechtsverhältnis zwangsweise den Schein der Wahrheit. Für die rechtliche Auffassung ist nie das Urtheil die Ursache des Bestandes des Rechtsverhältnisses, sondern die vom Urtheil als wahr angenommene, wenn auch thatsächlich nicht vorhandene Thatsachengruppe.

statuiert einem Sollen den unmittelbar bevorstehenden staatlichen Zwang. Die Rechtsnorm spricht aus, „wenn A ist, soll B sein, wenn B nicht geschieht, so kann B, C, D, E . . . erzwungen werden“; das Anerkennungsurtheil spricht aus „A ist und bildet nach der Rechtsordnung die Voraussetzung, unter welcher B sein soll“;[6]) das Condemnationsurtheil spricht aus „weil A ist, soll B sein, weil B nicht oder noch nicht geschehen ist, kann B, oder kann C, oder kann B und C, kann B, C, D und E etc. erzwungen werden“. Diese Zwangsverheissung tritt als Imperativ auf, der an den Beklagten ergeht; entweder wird der Imperativ „Du sollst B“ an ihn wiederholt, oder es werden die in der Rechtsordnung hypothetisch als Folgen der Nichtbefolgung von B aufgestellten Imperative an ihn erlassen, u. z. wenn eine Verwirklichung von B nicht mehr möglich oder nicht mehr genügend ist, unbedingt, sonst alternativ mit B: „Du sollst C“, „Du sollst B und C“, „Du sollst B oder C“; diesen Imperativen wird die unmittelbare Zwangsdrohung hinzugefügt: „bei Vermeidung der Execution“.

Wie der anerkennende Theil des Urtheiles die Anerkennung in dem Sinne loslöst von den sie substantiierenden Momenten, dass die Anerkennung unabhängig gemacht ist von der Wahrheit, Wirksamkeit, Relevanz, der als wahr, wirksam, relevant angenommenen Thatsachen, so löst auch die Condemnation ihren Imperativ los von dem Rechtsverhältnisse und der Rechtsverletzung, in dem Sinne nemlich, dass auch der Nachweis, es habe kein Rechtsverhältnis bestanden, es sei keine Rechtsverletzung erfolgt, oder nicht C und B, sondern nur B, oder nicht C, sondern S hätte als Folge der Rechtsverletzung liquid erklärt werden sollen, dem Beklagten nichts helfen, ja gar nicht zugelassen werden würde.

Während aber durch diese Loslösung die Bedeutung früherer Thatsachen für die Art und Gestaltung des Rechtsverhältnisses keineswegs erschöpft ist, zum Mindesten seine Natur bedingt bleibt durch die laut Urtheil seine Quelle bildenden Thatsachen, ist hinsichtlich des Imperativs auf eine concrete Leistung mit dieser seiner Loslösung von seinen Ursachen jede weitere Relevanz der früheren Thatsachen für den Inhalt und die Natur des Imperativs behoben. Während die Anerkennung den Inhalt des Rechtsverhältnisses lediglich durch Hinweis auf die Entstehungsursachen und die an diese Thatsachen durch die Rechtsordnung in hypothesi geknüpfte Reihe von eventuellen

[6]) Auch das Anerkennungsurtheil kann übrigens unter Umständen eine Rechtsverletzung constatieren; es enthält dann den weiteren Ausspruch „B ist nicht geschehen.“

Wirkungen fixiert, muss die Condemnatio den Inhalt und Umfang des concret gewordenen Sollens genau bestimmen. Die Ursache des Sollens kann auf die Art der Condemnatio von Einfluss gewesen sein, aber sie ist vollständig gegenstandslos geworden von dem Augenblicke der Condemnatio an. Ob M als Leiher oder als Eigenthümer von x anerkannt wurde, kann für die Zukunft für ihn von grösster Bedeutung sein, aber auf den Inhalt der Condemnatio, die ihm auferlegte Verpflichtung hat es keinen weiteren Einfluss; ob N x aus dem Titel des Eigenthumes oder des Leihvertrages herausgeben soll, ist für das Herausgebensollen ganz belanglos, N kann x dem Leiher nicht anders herausgeben als dem Eigenthümer. In diesem Sinne kann man sagen, es schaffe die Condemnatio eine selbstständige, d. i. von ihren Voraussetzungen unabhängige Obligatio, die Obligatio judicatum solvi, die Judicationsobligation. Aber auch hier muss festgehalten werden, dass der Imperativ, der hypothetisch schon in der Rechtsordnung ausgesprochen war und bleibt, dadurch kein anderer wird, dass ihn das Urtheil mit grösserer Energie und befreit von den Bedingungen, unter denen die Rechtsordnung ihn hingestellt hatte, wiederholt; er wird nur ein gesteigerter, ein liquidierter.[7])

[7]) Auch hier erachte ich es für unpassend, von einer Novation zu sprechen, u. z. darum, weil das Rechtsverhältnis durch die Condemnatio nicht alteriert wird, weil die Novation auf eine Veränderung des Rechtsverhältnisses und nicht auf eine Veränderung der einzelnen concreten Ansprüche sich bezieht; so wenig dadurch eine Novation entsteht, dass M seine Schuld an N nicht zahlt, so wenig entsteht dadurch eine Novation, dass M zur Zahlung der Schuld und vielleicht auch des Schadensersatzes verurtheilt wird; das Forderungsrechtsverhältnis, die Obligatio als Rechtsverhältnis, bleibt nach wie vor unverändert, beziehungsweise jenes Rechtsverhältnis, welches durch das Urtheil als vorhanden anerkannt wird, wird als durch die seinerzeitigen Thatsachen entstanden anerkannt. Aber der Anspruch auf zwangsweise Verwirklichung ist von der Existenz des Rechtsverhältnisses isoliert worden und ist ein kräftigerer, vorgerückterer geworden, das Sollen ist liquid, exequierbar gemacht worden. Ich glaube, man kann daher nur sagen, der frühere Anspruch gehe über in die Judicatsobligatio, die Obligatio tritt weder zu ihm hinzu (accessorisch, wie z. B. Unger II, § 133, S. 678 annimmt), noch an seine Stelle (wie Jene annehmen, die von einer novierenden Kraft des Urtheils sprechen; vgl. insbesondere Keller, Litis Contestatio § 25, Civilprocess § 60, 71), sie entwickelt sich vielmehr aus ihm wie der Mann aus dem Jüngling, die Frucht aus der Blüthe: „es enthält nur der von Anfang an vorhandene Anspruch durch das Urtheil seine definitive Gestaltung“ (Windscheid I, § 129, S. 386). Nicht für richtig erachte ich es daher, wenn Unger II, § 133, S. 682 sagt: „Zinsen insbesondere, welche im Urtheil zugesprochen worden sind, verlieren dadurch diese Eigenschaft nicht; die Schuld bleibt nach wie vor eine Zinsenschuld, und die rechtlichen Grundsätze für die Behandlung der Zinsen kommen auch dann zur Anwendung, wenn die Zinsen aus dem Urtheil gefordert werden können.“ Diess ist nur richtig, insoferne hinsichtlich der Zinsenzahlung nur ein Anerkennungsurtheil vorliegt, aber nicht, wo eine Condemnatio zu bereits verfallenen Zinsen erfolgt. Wenn trotz dem von den durch Urtheil zugesprochenen verfallenen Zinsen nach L. 3, pr. C. 7, 54 und ebenso nach dem (aufgehobenen) § 998 a. b. G. keine weiteren Zinsen laufen können, so beruht diess auf einer ganz speciellen Gesetzesvorschrift. „Quum enim iam constituimus, usuarum usuras penitus esse delendas, nullum casum relinquimus, ex quo huiusmodi machinatio possit induci.“ Auch im Falle einer wirklichen d. i. vertragsmässigen Novation könnten daher von den capitaliesierten Zinsen keine Zinseszinsen genommen werden; § 998 a. b. G. beschränkt letzteres Verbot nur auf weniger als zweijährige Zinsen, erkennt aber eben durch diese Beschränkung, die im zweiten Satze liegt, ausdrücklich an, dass das Verbot des Anatocismus im Principe auch im Falle einer Novation Anwendung finden soll; durch diesen zweiten Satz wird nicht etwa eine Novation unmöglich gemacht, es wird nur verboten von den „als ein neues Capital“ verschriebenen Zinsen wieder Zinsen zu nehmen. L. 3, C. 7, 54 enthält daher kein „Argument . . . gegen die novierende Kraft des Urtheils“ (wie Unger N. 16 cit., im Anschlusse an Wächter, Erörterungen III, S. 48, 49, annimmt), denn dieses Argument würde ebensogut beweisen, dass auch die vertragsmässige Novation keine Novation sei, somit zuviel beweisen.

II. Nach diesen einleitenden Bemerkungen, welche den Zweck haben, die im Urtheil liegenden Momente der Anerkennung und der Condemnation scharf von einander zu scheiden, kann nun auf die Darstellung der materiellen Wirkungen des Urtheiles für die Streittheile eingegangen werden. Eine dieser Wirkungen, die Entwicklung des Anspruches, musste bereits zur Hervorhebung der erwähnten Unterscheidungen dargelegt werden. Aber auch auf eine andere Wirkung des Urtheiles musste schon hingedeutet werden, die Wirkung aus der Rechtskraft des Urtheiles.

Wie die Umgehung der richterlichen Hilfe die Rechtssicherheit stören und gefährden müsste, so hätte anderseits der richterliche Ausspruch nur geringen, vorübergehenden Werth für Jenen, zu dessen Gunsten er erfloss, wenn sein Inhalt nur eine ephemere Dauer hätte, wenn der abgewiesene Anspruch jederzeit durch eine neue Klage wieder zur Liquidierung gebracht, der ersiegte Anspruch jederzeit durch ein neues Urtheil wieder ausgelöscht, aufgehoben werden könnte.[8])

[8]) L. 6, D. 44, 2: „Singulis controversiis singulas actiones, unumque iudicati finem sufficere, probabili ratione placuit, ne aliter modus litium multiplicatus summam atque inexplicabilem faciat difficultatem, maxime si diversa pronunciarentur; parere ergo exceptionem rei iudicatae, frequens est.“ Hiezu Savigny VI, § 280, Note d, e. Über das Princip der Rechtskraft vgl. vorzüglich Bülow, Civilprocessualische Fictionen und Wahrheiten,

Das Urtheil[9]) muss für Jene, über deren Rechtsstreit es erflossen ist, eine unanfechtbare Thatsache sein,[10]) was es ausgesprochen hat, muss dauernde Wahrheit und Giltigkeit für sie haben.[11]) Auf zweifachem Wege kann diese mit Rechtskraft bezeichnete Qualität des Urtheiles sich Geltung verschaffen. Das Urtheil kann zunächst die Wirkung haben, dass über eine bereits entschiedene Streitfrage gar kein neuer Streit mehr geführt werden, somit keine Klage mehr angebracht werden darf: das Urtheil consumiert die Klage; oder es kann lediglich bewirken, dass der Inhalt des Urtheiles auch jedem neuen dieselben Fragen behandelnden Urtheile zu Grunde gelegt werden muss: das Urtheil präjudiciert dem späteren Urtheile. Es kann aber auch beide Wirkungen combinieren, kann bewirken, dass in gewissen Fällen die Klage consumiert wird, so dass in selbe nicht mehr merital

---

Archiv f. civ. Pr. LXII, N. F. XII 1879, I. Unterabth. X, S. 75—96, dessen Polemik gegen Savigny (VI, § 280) jedoch mehr eine Polemik gegen den Ausdruck als gegen den Gedanken ist.

[9]) Es ist hier natürlich die Rede von dem rechtskräftigen Urtheile, d. i. jenem Urtheile, mit welchem ein bestimmter Process vom processualen Standpuncte aus definitiv abgeschlossen ist. Die Frage, wann ein Urtheil rechtskräftig ist, und die weitere Frage ob nicht auch ein mit rechtskräftigem Urtheile entschiedener Process unter gewissen Voraussetzungen „wieder aufgenommen" werden kann, gehört in das Processrecht. Die materielle Rechtskraft des Urtheiles besagt, dass über eine Streitsache, welche bereits mit formell rechtskräftigem Urtheil beendet ist, kein neuer Process mehr geführt werden kann.

[10]) Ein blosser Rechnungsfehler des Urtheils, z. B. $50 + 25 = 100$, kann aber immer auch nach eingetretener Rechtskraft vom Richter verbessert werden, ja er ist verpflichtet die Urtheilsausfertigungen abzufordern und die Correctur vorzunehmen, sobald er seines Verstosses inne wird. Vgl. L. 1, § 1, D. 49, 8. Savigny VI, § 292, S. 379. Vgl. auch § 1388 a. b. G. Vgl. RCPO § 290, CPOE § 443. Dasselbe muss selbstverständlich gelten, wenn nur in der Ausfertigung (im Mundum) ein Schreibfehler unterlaufen ist.

[11]) Aber selbstverständlich ist, dass die Streittheile, da es sich hier nur um eine privatrechtliche Wirkung handelt, auf diese Wirkung ausdrücklich verzichten können. Ein solcher Verzicht erfolgt stillschweigend, wenn der Beklagte die Einwendung der res judicata unterlässt, oder wenn der freigesprochene Beklagte trotzdem nachträglich die aberkannte Verbindlichkeit anerkennt oder erfüllt. Auf einer gänzlichen Verkennung des wahren Sachverhaltes beruht es, wenn man hier die Spukgestalt der naturalis obligatio hereinzieht und behauptet, es bestehe, wenn eine zu Recht bestehende Verbindlichkeit urtheilsmässig aberkannt wird, eine naturalis obligatio fort. Aber ob die Verbindlichkeit trotz des negierenden Urtheiles doch bestanden habe, diese Frage kann ja, eben wegen der res judicata (vom Verzicht auf selbe abgesehen) gar nicht mehr entschieden werden! Vgl. oben § 112, N. 16. Literaturangaben bei Windscheid I, § 129, N. 7.

eingegangen zu werden braucht, sondern selbe a limine oder über Rüge des Beklagten abzuweisen ist, in anderen Fällen, wo diess zu Unbilligkeiten führen oder nicht genügen würde, dass gewisse Fragen nicht neu überprüft werden dürfen, sondern ihre Lösung aus dem früheren Urtheil in das spätere zu übertragen ist.

Auf den nicht abzuleugnenden Unterschied in den Wirkungen der entschiedenen Streitsache hat zuerst Keller[12]) hingewiesen und demgemäss eine negative und eine positive Function der exceptio rei judicatae einander gegenübergestellt, und die herrschende Lehre ist ihm hierin gefolgt, wenngleich hinsichtlich der Fixierung des Unterschiedes und seiner Bedeutung nicht unerhebliche Differenzen bestehen. Ich glaube, es ist hier genau zu unterscheiden zwischen den einzelnen Entwicklungsstadien der Bedeutung des exceptio rei judicatae. Fast allgemein anerkannt ist, dass nach älterem römischen Rechte die sog. negative Function die alleinige Function der Einrede der entschiedenen Streitsache war. Dieselbe bestand aber nicht etwa darin, dass ein Anspruch,[13]) über welchen bereits entschieden war, mit Klage nicht mehr solle geltend gemacht werden können, sondern darin, dass schon die blosse Geltendmachung eines Rechtsverhältnisses, die wiederholte Geltendmachung gegen dieselben Personen, eine weitere Klage aus demselben consumiere, so dass sie a limine zurückgestossen werden konnte. „In fortschreitender Entwicklung aber hat das römische Recht erkannt, dass die bezeichnete Regel nicht im Stande sei, der Rechtskraft des Urtheils vollständige Geltung zu verschaffen" (Windscheid I, § 130, S. 397), indem sie einerseits nur dem Kläger verwehrte, das bereits liquidierte Rechtsverhältnis, beziehungsweise einen auf selbes gestützten Anspruch mit Klage oder Einrede[14]) geltend zu machen, nicht aber auch dem Beklagten, das als nicht bestehend erklärte Rechtsverhältnis (z. B. sein Eigenthum) seinerseits mit Klage geltend zu

---

[12]) Über Litiscontestation und Urtheil nach classischem röm. Recht, 1825, §§ 28, 29. Vgl. hiezu Bekker, Über processualische Consumption S. 13 ff., 132 ff.; Dernburg, Heid. Kr. Zeitschr. II, S. 347 ff., Westerburg, Archiv f. pract. RW, N. F. IX, S. 374 ff.; Rümelin, Zur Lehre von der Exc. rei jud. § 2; jetzt insbes. Freudenstein, Die Rechtskraft nach der RCPO, § 3.

[13]) So z. B. Windscheid I, § 130, S. 397. Vgl. aber L. 3, D. 44, 2; „Julianus . . respondit, exceptionem rei judicatae obstare, quoties eadem quaestio inter easdem personas revocatur; et ideo etsi singulis rebus petitis hereditatem petat, vel contra, exceptione summovebitur." (Auch L. 7, § 4, D. 44, 2.)

[14]) Agere etiam is videtur, qui exceptione utitur, nam reus in exceptione actor est. L. 1, D. 44, 1.

machen, anderseits aber bewirkte, dass der Kläger auch dort, wo er trotz seines erfochtenen Sieges dennoch einer nochmaligen Erhebung eines Anspruches bedurft hätte, hilflos war.[15])

Die Wirkung der res judicata bedurfte daher einer Ausdehnung und einer Einschränkung. Beide ergaben sich aber von selbst, wenn man nicht mehr lediglich auf die blosse Thatsache, dass über ein Rechtsverhältnis judiciert wurde, Rücksicht nahm, sondern auch darauf, was judiciert wurde, über welchen Anspruch, und was über selben judiciert wurde. Im römischen Rechte ist diese Unterscheidung nie zum vollen Durchbruch gekommen, wol aber muss sie als die logisch allein richtige, d. h. mit Rücksicht auf unser Rechtssystem zweckmässigste, seinem Geiste allein entsprechende, für unser Recht behauptet werden. Für das spätere römische Recht muss daher allerdings zugegeben werden, dass die exceptio rei judicatae zur Verwirklichung zweier verschiedener, sich gegenseitig ergänzender aber auch widersprechender und daher beschränkender Principien diente, indem einerseits die Consumtion der Klage des Klägers als Wirkung der erfolgten Liquidierung eines Rechtsverhältnisses (des dass eines Urtheiles) im Principe anerkannt blieb (1), aber anderseits auch auf den Inhalt des Urtheiles (das was des Urtheiles) Rücksicht genommen, und dort, wo ein anderer Anspruch zur Geltung gebracht werden wollte, die Wirkung der Exceptio rei judicatae aufgehoben (2), dafür aber auch dann die Exceptio zugelassen wurde, wenn der Beklagte aus einem ihm aberkannten Rechtsverhältnisse einen Anspruch erheben, klagbar auftreten wollte (3). Thatsächlich musste aber die Beschränkung sub 2 zur Aufhebung des Principes sub 1 führen,[16]) indem ihr Rest sich dann mit den Fällen sub 3 zu dem neuen (modernen) Grundsatze vereinte, es kommt überhaupt nur auf den Inhalt des Urtheiles an.

[15]) Vgl. z. B. L. 9 pr. und § 1, D. 44, 2, L. 16, § 5, D. 20, 1, Stellen aus denen klar hervorgeht, dass mit der Exceptio rei judicatae an sich jede Geltendmachung des gleichen Rechtsverhältnisses unter denselben Personen abgelehnt werden konnte, und nicht nur die Geltendmachung desselben Anspruches. Gegen diese Anwendung der Exceptio wurde daher ein Hilfsmittel in der replicatio rei secundum se judicatae gegeben (gegen die Existenz einer solchen Replicatio Rümelin, Zur Lehre von der Exceptio rei judicatae, Tübingen 1875).

[16]) „Wir haben keine Nachricht, dass es jemals von einem Gesetzgeber ausdrücklich aufgehoben worden wäre; es scheint vielmehr allmälig abgestorben zu sein, so wie dürres Laub abfällt, wenn das neue hervorwächst und zu vollständiger Entwicklung kommt." Savigny VI, § 282, S. 277.

Ein anerkanntes Rechtsverhältnis kann hienach nicht neuerlich zur Anerkennung gebracht werden, es kann aber auch nicht mehr bestritten werden; ein zuerkannter Anspruch kann nicht neuerlich erhoben[17]) werden, er kann auch nicht mehr an-

[17]) Hat der Kläger seinen Anspruch in der Klage zu gering fixiert, so kann er, wenn er ihn später höher taxiert, nun nicht mit neuer Klage den Rest fordern; in diesem Falle kann man auch nach österreichischem Rechte von einer negativen Function der exceptio rei judicatae im Sinne des römischen Rechtes sprechen (vgl. Unger II, § 133, S. 684). „Diese Fälle sind aber nicht mit jenen zu verwechseln, wo der Kläger seine Klage theilt, z. B. aus einem Darlehn per 200 gegenwärtig nur 100 fordert, noch mit jenen, wo sich erst später herausstellt, dass man aus demselben Rechtsverhältnis noch eine andere Forderung zu machen hat" (Unger II, § 133, N. 18 a).

[18]) Ein Rechtsverhältnis ist aber überhaupt nur insoferne dasselbe („eadem quaestio" L. 3, D. 44, 2, L. 7, § 4, D. 44, 2), als es auf dieselben Thatsachen sich stützt. Wie es nicht dasselbe Schuldverhältnis ist, wenn A aus einem am 10. October 1880 gegebenen Darlehen klagt, und wenn er aus einem am 5. Mai 1883 gegebenen Darlehen klagt, oder wenn er ein Leihrecht aus dem Titel des Vertrages oder aus dem Titel der Erbschaft beansprucht, so ist es auch nicht dasselbe Rechtsverhältnis, ob er den Ususfructus aus dem Titel des Vertrages oder des Erbrechtes verlangt, und auch nicht, ob er das Eigenthum aus dem Titel der Ersitzung oder aus dem Titel der Tradition verlangt. Der scheinbar identische Inhalt darf hieran nicht irre machen, immer sind es nur Thatsachen, an welche Wirkungen geknüpft werden; wenn nun auch an verschiedene Thatsachen gleiche Wirkungen geknüpft werden, so bleibt doch noch immer die Verschiedenheit der Ursachen von Bedeutung. Einleuchtend ist dies, wo es sich um Rechtsverhältnisse hinsichtlich als vertretbar behandelter Sachen handelt; denn indem hier mehreremale dieselben Wirkungen zugleich gegeben sein können, wird klar, dass die auf concrete Weise entstandene Forderung auf 100 nicht identisch ist mit der auf andere Weise entstandenen Forderung auf 100. Am verdecktesten ist die Verschiedenheit beim Eigenthume, da es zu gleicher Zeit nur ein Eigenthum an einer Sache geben kann, es somit den Anschein gewinnt, als wäre dieses Eigenthum immer dasselbe. So sagt denn auch Paulus: „Non ut ex pluribus causis deberi nobis idem potest, ita ex pluribus causis idem possit nostrum esse" (L. 159, D. 50, 17), und motiviert die Entscheidung „quum in rem ago non expressa causa, ex qua rem meam esse dico, omnes causae una petitione apprehenduntur" (L. 14, § 2, D. 44, 2), mit „neque enim amplius quam semel res mea esse potest, saepius autem deberi potest (dieselben 100 können jedoch auch nur einmal geschuldet werden, aber es können andere 100 und somit mehrere 100 geschuldet werden, die erst bei der Zahlung individuell auseinandertreten; für den Besitz vgl. aber Paulus L. 3, § 4, D. 41, 2). Ähnlich wie beim Eigenthume liegt die Sache bei den anderen dinglichen Rechten, da bei gewissen dinglichen Rechten wol mehrere dingliche Rechte gleichen Inhaltes für mehrere Personen, aber nicht für eine Person zugleich existieren können; aber beim Pfandrecht wird

gefochten werden. Ein aberkanntes Rechtsverhältnis kann nicht neuerlich zur Anerkennung gebracht werden,[18]) auf selbes kann

die scheinbare Identität schon sehr bedenklich; jemand kann für verschiedene Forderungen an derselben Sache Pfandrecht haben; hat er hier nur ein Pfandrecht oder mehrere? Und umgekehrt erscheint bei Forderungsrechten auf unvertretbare Sachen der Inhalt mehrerer Ansprüche Desselben auf Dasselbe nicht ebenso identisch, wie das Eigenthum aus verschiedenen Titeln (wenigstens wird da zugegeben, die Abweisung des Anspruches aus dem einen Titel präjudiciere nicht der Geltendmachung des anderen Titels)? Gemeiniglich unterscheidet sich nun allerdings das aus einem Factum entstandene Eigenthum nicht von dem aus einem anderen Factum für dieselbe Person entstanden gedachten Eigenthume. Aber doch gibt es auch hier Fälle, wo die verschiedene Entstehungsart und die durch selbe bedingte verschiedene Individualität des Eigenthumsrechtes von practischer Bedeutung werden kann, und ein solcher Fall ist eben der vorliegende. Diese Auffassung ist keineswegs die herrschende. Es wird in dieser Richtung gemeiniglich ein Unterschied hinsichtlich dinglicher und obligatorischer Rechte gemacht und für erstere behauptet, dass „trotz des geänderten Erwerbgrundes die Einrede der abgeurtheilten Sache dennoch begründet" sei. (Windscheid I, § 130, S. 389, vgl. auch Unger II, § 132, S. 658 ff.) In Hinblick auf einige kaum zu entkräftende (und auch durch das von Puchta, Rhein. Museum II, S. 251 ff., III. S. 467 ff. Vorgebrachte, nicht entkräftete) Stellen des römischen Rechtes und die practischen Unbilligkeiten dieses Satzes, wird ihm jedoch gemeiniglich eine Beschränkung beigefügt, dahingehend, es sei „diess nur unter der Voraussetzung wahr, dass nicht durch die Klage die Verhandlung auf einen bestimmten Erwerbgrund beschränkt worden ist" (Windscheid I, § 130, S. 389), eine Beschränkung, die, soferne man annimmt und wie ich glaube annehmen muss, dass nach gemeinem und österreichischem Recht nur expressa causa geklagt werden kann, überhaupt zur gänzlichen Aufgebung des behaupteten Unterschiedes hinsichtlich obligatorischer und dinglicher Rechte führen muss (Windscheid, N. 6 cit.). Nicht zu verwechseln mit der Frage, ob die rechtserzeugende Thatsache (und daher implicite, das Rechtsverhältnis) eine andere (ein anderes) ist, ist natürlich die blosse Behauptung, es sei dieselbe Thatsache an einem anderen Tage oder in Gegenwart anderer Personen geschehen. Ein und dieselbe Thatsache kann nur an einem Tage, auf eine bestimmte Art geschehen sein, aber es kann ungewiss streitig sein, wann und wie sie geschah. Wenn daher A behauptete, die Zuzählung eines Darlehens sei am 10. October geschehen und sachfällig wird, kann er nicht nochmal klagen, und ausführen die Zuzählung dieses Darlehens, der Act, den er bei der ersten Klage im Sinne hatte, sei am 9. October geschehen, aber er wird unter Umständen auf die Zahlung eines anderen am 9. October zugezählten Darlehens klagen können (er behauptet, am 9. October und am 10. October je 100 Gulden dargeliehen zu haben). Und so wird auch der Eigenthumswerber, der aus dem Titel der Tradition vindicierte, und behauptete, eine bestimmte Handlungsweise des Beklagten habe eine (z. B. schenkungsweise) Tradition enthalten, zwar nicht eine neue Klage damit fundieren können, dass er die Handlung x in einen anderen Zeitpunct verlegt, wol aber dadurch, dass er von einer anderen Handlung

auch kein Anspruch mehr basiert werden;[19]) ein aberkannter Anspruch kann nicht neuerlich erhoben werden.[20])[21])

Insoferne nun das Urtheil bewirkt, dass eine Klage nicht mehr angebracht werden kann, können wir allerdings mit Recht von einer

des Beklagten, y, behauptet, sie habe Tradition und Schenkung enthalten. Wo der Kläger aber unterlassen hat, seine Handlung zu individualisieren, nur auf die Tradition schlechtweg sich gestützt hat, da hat er sich allerdings der eventuellen späteren Geltendmachung einer anderen ähnlichen Handlung selbst beraubt. In diesem Sinne ist die expressa causa auch heute noch von Bedeutung. — Über die objective Identität des Rechtsverhältnisses vgl. die Ausführungen Savigny's VI., § 296—300, der aber von der Identität der Rechtsfrage ausgeht, und ebenfalls (s. o. S. 615) Recht und Anspruch nicht systematisch unterscheidet.

[19]) Auch dann wenn das Klagebegehren nicht ausdrücklich auf Anerkennung des Rechtsverhältnisses gerichtet war, sondern sich äusserlich nur auf Stellung eines Anspruches beschränkte (a. A. Unger II, § 132, S. 657 ff.); aber ein Anspruch ohne Rechtsverhältnis ist undenkbar, und wer einen Anspruch zur Anerkennung bringen will, muss auch das Rechtsverhältnis zur Anerkennung bringen. Allerdings aber kann der Richter, wenn ausdrücklich nur Entscheidung über den Anspruch begehrt ist, und sich zeigt, dass derselbe jedenfalls abzuweisen ist, unter Umständen (s. u. N. 29) von einer Entscheidung über das Rechtsverhältnis Umgang nehmen (vgl. aber § 127, Nr. 13).

[20]) Der Anspruch ist aber nur dann derselbe, wenn er auf dasselbe Rechtsverhältnis und dieselben (verletzenden) Thatsachen sich stützt. Nicht auf die juristische Construction des Rechtsverhältnisses aber kann es natürlich hiebei ankommen, sondern nur auf seinen identischen Inhalt, beziehungsweise auf die Identität der Thatsachen, welche es hervorbrachten.

[21]) Stehen die Objecte, um welche es sich in zwei Rechtsstreiten handelt, im Verhältnis als Ganzes und Theil zu einander, so ist festzuhalten, dass die Aberkennung eines Rechtsverhältnisses oder Anspruches hinsichtlich des Ganzen auch die Aberkennung hinsichtlich des Theiles involviert, da der Richter nach modernem Processrechte wegen einer Pluspetitio noch nicht gänzlich absolvieren durfte; die Aberkennung hinsichtlich des einen Theiles involviert aber keineswegs die Aberkennung hinsichtlich der nicht angesprochenen Theile, soferne eine theilweise Geltendmachung überhaupt möglich ist. — Vgl. Unger II, § 132, S. 655 ff.; Savigny VI, § 299; Windscheid I, § 130, S. 391, 392, der aber den unrichtigen Satz aufstellt, es sei „die Entscheidung über den einen Theil die Entscheidung über den andern"; vgl. auch S. 400 ibid., wo es heisst, es liege „in der Zuerkennung des Theils eine Zuerkennung des Ganzen". Diese Aussprüche beruhen auf einer Verwechslung der Begriffe Recht und Anspruch. Die Aberkennung eines Theilanspruches auf Grund Aberkennung des ganzen Rechtes schliesst allerdings die Geltendmachung eines anderen Theilanspruches auf Grund desselben Rechtes aus (s. o.), aber wenn A auf Herausgabe der Parcelle Nr. x als zum Reale y gehörend klagt, und wenn das Begehren abgewiesen wird, weil x nicht zu y gehöre, kann der Kläger doch immer noch die anderen Theile u, v, w des Reales y vindicieren.

negativen Wirkung der exceptio rei judicatae sprechen; insoferne es aber bewirkt, dass ein anerkanntes Rechtsverhältnis in einem neuen Processe, der einen noch nicht geltend gemachten Anspruch zum Gegenstande hat, nicht mehr bestritten werden kann, von einer positiven Wirkung der exceptio rei judicatae; freilich in einem anderen Sinne als dem, der mit diesen Ausdrücken gewöhnlich verbunden wird.

Erstrecken sich nun diese Wirkungen der res judicata nur auf jenen Theil des Erkenntnisses, der über das der Klage zu Grunde gelegte Rechtsverhältnis, den mit Klage geltend gemachten Anspruch, erfolgte, oder auch auf die Entscheidung über das excipierte Rechtsverhältnis und den excipierten Anspruch?

Meines Erachtens verhält es sich hinsichtlich der Exceptio folgendermassen.

1. Was mit Exceptio geltend gemacht und aberkannt wurde, kann, war es nun Rechtsverhältnis oder Anspruch, nicht mehr geltend gemacht werden.[22])

2. Was über Exceptio anerkannt wurde, kann, soferne ein unbefriedigter Anspruch vorliegt, stets mit Klage geltend gemacht werden.[23])

3. Das über Exceptio Anerkannte bleibt anerkannt und kann daher nicht wieder bestritten werden;[24]) nur kann, wo es sich in Klage und Exceptio um commensurable Ansprüche handelt, die Anerkennung eo ipso nicht weiter gehen, als der bekämpfte Klageanspruch gieng.[25])

Der erste Satz bezeichnet die negative Wirkung der res judicata hinsichtlich einer angebrachten Exceptio; der zweite Satz enthält die Correctur, wann diese negative Wirkung nicht Platz greift; der dritte

[22]) Wurde nur der Anspruch, nicht das Rechtsverhältnis aberkannt, so steht natürlich der Geltendmachung eines anderen Anspruches aus diesem Rechtsverhältnis nichts entgegen.

[23]) Darüber dass der mit Exceptio geltend gemachte Anspruch nicht identisch ist mit einem als Klage auftretenden Anspruche vgl. § 125, S. 593.

[24]) Diess gilt auch dann, wenn ein Recht des Beklagten nicht als Exceptio geltend gemacht wurde, sondern vielmehr der Streit darum ging, wem dieses Recht zustehe. Im Eigenthumsprocesse, im Erbschaftsprocesse kann der Richter aussprechen, der Beklagte sei Eigenthümer, sei Erbe, und auch diese Anerkennung, welche aber nur in den Entscheidungsgründen enthalten sein kann, wird unanfechtbar; vgl. Savigny VI, § 290, S. 346.

[25]) Wenn gegen den 100 einklagenden A der B, welchem 1000 zustehen, compensiert, kann er nur 100 von seinem 1000 compensieren und daher in dem Rechtsstreit auch nur 100 zur Anerkennung bringen.

Satz enthält die positive Wirkung der res judicata hinsichtlich einer angebrachten Exceptio.

Allgemein anerkannt wird der erste und der zweite Satz, nicht so der dritte Satz.[26])

Die Rechtskraft der res judicata wirkt somit im Allgemeinen hinsichtlich der Rechtsverhältnisse sowol als auch hinsichtlich der Ansprüche, insoferne über beide eine meritorische Entscheidung erfolgt ist, u. z. macht es keinen Unterschied, ob das in Frage stehende Rechtsverhältnis unmittelbare Quelle des Anspruches, unmittelbarer Gegenstand des Anerkennungsbegehrens ist, oder ob die Entscheidung über den Bestand desselben nur erfolgte und erfolgen musste, weil dieser

[26]) Unger II, § 637—640. Aber Unger (N. 38 cit) gibt selbst zu, dass es practisch wünschenswerth erscheint, dem Sieg der Beklagten die dauernde Frucht der definitiven Feststellung und positiven Anerkennung seines Rechtes zu verschaffen, so dass er in künftigen Processen dieses Urtheil seiner Klage zu Grunde legen kann". Aber noch mehr, die äusserste Unbilligkeit müsste es für den Beklagten enthalten, wenn er durch Geltendmachung einer Exceptio der Gefahr dauernder Aberkennung eines Rechtsverhältnisses sich unterzieht (wie diess auch Unger cit. S. 636 annimmt), und doch nur einen momentanen Erfolg mit ihrer Anwendung erzielen kann. Wenn Unger anführt: „Die Anerkennung des Rechtes des Beklagten bildet zwar den Grund des richterlichen Ausspruches über das Klagerecht, nicht aber dessen Inhalt", so wendet Windscheid I, § 131, N. 6, gegen die Schlüssigkeit dieses Argumentes mit Recht ein: „Auch im Falle der Verurtheilung enthält nicht das condemnatorische Urtheil eine Aberkennung des von dem Beklagten vorgebrachten Rechts, sondern es gelangt zur Condemnation auf Grund der Aberkennung dieses Rechts; es entscheidet: 1) der klägerische Anspruch sei an und für sich begründet, und 2) das ihm entgegengesetzte Recht nicht begründet. In gleicher Weise entscheidet es im Falle der Freisprechung: 1) der klägerische Ausspruch sei an und für sich begründet, 2) es sei aber auch das ihm entgegengesetzte Recht begründet". In beiden Fällen involviert das Urtheil über das Begehren des Klägers einen Ausspruch über seinen Anspruch und den des Beklagten. Vgl. jetzt § 293 RCPO: „Die Entschliessung über das Bestehen oder Nichtbestehens eines mittels Einrede geltend gemachten Gegenforderung ist der Rechtskraft fähig, jedoch nur bis zur Höhe desjenigen Betrages, mit welchem aufgerechnet werden soll". Im übrigen gilt die Regel: „Urtheile sind der Rechtskraft nur insoweit fähig, als über den durch die Klage oder durch die Wiederklage erhobenen Anspruch entschieden ist". Anders § 441 CPOE: „Ein Urtheil, welches in der Hauptsache ergeht, ist nur soweit geeignet, Rechtskraft zu erlangen, als in dem Urtheilsspruche über einen durch Klage erhobenen Anspruch, oder über einen Anspruch des Beklagten, sofern darüber nach dem Gesetze zu entscheiden war, in demselben Rechtsstreite erkannt worden ist." Vgl. hierzu Freudenstein, Die Rechtskraft nach der RCPO, § 17—19, welcher die Rechtskraft der ein Recht des Beklagten anerkennenden Einrede bekämpft.

Bestand eine Vorfrage bildete zur Entscheidung der Hauptfrage. Auch hier hat der Richter über das Rechtsverhältnis entschieden, und nicht auf den Grund, warum er entschieden hat, sondern nur darauf, dass er entschieden hat, kann es ankommen.[27])

Das Urtheil entscheidet aber überhaupt nicht nur über die Existenz von Rechtsverhältnissen, beziehungsweise von Ansprüchen, es entscheidet auch über die Existenz von einzelnen Thatsachen; es stellt die Rechtsverhältnisse, die Ansprüche nicht in die Luft, sondern basiert sie auf gewisse Thatsachen in der Weise, dass diese Thatsachen als Ursachen rechtlicher Wirkungen nicht mehr streitig gemacht werden können, somit ihre Existenz und ihre Schlüssigkeit wenigstens in Hinsicht auf gewisse Wirkungen nicht mehr negiert werden kann. Ja es würde sich hieraus überhaupt der Schluss ergeben, dass die Rechtskraft des Urtheiles sich auch auf die Existenz jener (dispositiven oder negativen) Thatsachen ausdehnen kann, welche vom Richter als Ursachen rechtlicher Wirkung erklärt wurden.

Das gemeine und auch das österreichische[28]) Processrecht, indem sie stets nur vom Begriffe des subjectiven Rechtes ausgehen und dieses als ein von den erzeugenden Thatsachen Verschiedenes, aus eigener Kraft Wirksames betrachten, ziehen jedoch diese Consequenz nicht. Die nachfolgende Ausführung hat daher nur theoretischen Character.

Es wäre zu unterscheiden zwischen den rechtsvernichtenden, den rechtserzeugenden, den rechtshindernden Thatsachen. Wo der Richter eine rechtsvernichtende Thatsache als vorhanden erklärt, hat er die Wirkung ihres Eintrittes in der Vernichtung des Rechtsverhältnisses, welches als ursprünglich entstanden anerkannt wurde, perpetuiert, wo er sie als nicht vorhanden erklärt, hat er ihre Nichtexistenz in der Anerkennung des Rechtsverhältnisses perpetuiert.[29]) Wo er eine rechtserzeugende Thatsache als vorhanden anerkennt, ist sie als Pfeiler der Existenz des Rechtsverhältnisses hingestellt, somit in der Anerkennung derselben perpetuiert. Wo aber der Richter nur erklärte, eine rechtserzeugende Thatsache sei von Jenem, der sie für sich anführte, nicht erwiesen, da läge auch nichts in Gestalt eines Rechtsverhältnisses, eines Anspruches, überhaupt einer rechtlichen Wirkung Perpetuiertes vor, da würde es an jedem Anlasse und jeder Berechtigung fehlen, der Entscheidung über die Nichtexistenz einer solchen Thatsache absolute Wirkung bei-

[27]) Diese Frage ist übrigens sehr controvers. Für die im Texte aufgestellte Ansicht u. A. Savigny VI, § 291 ff., bes. 298; Wächter II, S. 577 ff.; Windscheid, Actio S. 89 ff., S. 100 ff. und Pandecten I, § 130, S. 394 (weitere Literaturangaben daselbst N. 20), gegen dieselbe vorzüglich Bekker, proc. Consumtion § 15 ff.; Brinz I, S. 330 ff., Unger II, § 132, S. 625 ff. Gegen die Rechtskraft der Präjudicialpuncte neuerlich Freudenstein, Die Rechtskraft nach der RCPO, S. 71 ff. und S. 89 ff.; nur jene Elemente des Urtheiles sollen in Rechtskraft erwachsen, „auf welche sich unmittelbar die Entscheidung und die Formel des Ab- oder Zuerkennens gründet" (S. 72).

[28]) Vgl. § 107 a. G. O. „Wenn die Partei selbst einen Umstand der von dem Gegentheile angeführten Factums gerichtlich eingesteht, ist dieser Umstand in eben diesem Processe für vollkommen erwiesen zu halten."

[29]) Keine materielle Rechtskraft könnte aber der richterliche Ausspruch über rechtsvernichtende Thatsachen erlangen, wenn der Richter nur in eventum, für den Fall als der obere Richter seiner Entscheidung über die Nichtentstehung des Rechtsverhältnisses nicht beitreten sollte, erkennt, dass, wenn das Rechtsverhältnis auch entstanden wäre, es doch jedenfalls wieder aufgehoben worden wäre. Überhaupt ist nur der primäre Theil der Entscheidungsgründe der Rechtskraft fähig, nicht auch der etwaige eventuelle, secundäre Theil. In dem Augenblicke, wo der Richter erklärt, eine Thatsache sei nicht relevant, oder die Existenz eines Rechtsverhältnisses sei nicht relevant für die Entscheidung der Hauptfrage, kann die Entscheidung, die er etwa dennoch vorsichtsweise über die Existenz der Thatsache des Rechtsverhältnisses zur Unterstützung seines meritalen Erkenntnisses, um selbes nach allen Seiten zu decken, träfe, natürlich auch nicht Gegenstand der materiellen Rechtskraft sein. Aber es kann auch geschehen, dass der Richter aus practischen Gründen, nemlich da er hinsichtlich des vom Kläger seinem Anspruche zu Grunde gelegten Rechtsverhältnisses erst ein Beweisinterlocut fällen müsste, während ihm doch jetzt schon klar ist, dass wegen eines entgegenstehenden Rechtes des Beklagten doch der Anspruch abgewiesen werden müsste, die Existenz des vom Kläger behaupteten Rechtsverhältnisses dahingestellt sein lässt, und nur über das Recht des Beklagten und den Klagsanspruch sich ausspricht (diess kann er aber nur dort, wo die Klage nicht zugleich Anerkennungsklage ist.) „Hierin das rechte Maass zu halten, ist die Aufgabe, die sich ein verständiger Richter stellen soll, welcher auch die Wünsche der Parteien zu berücksichtigen nicht versäumen wird" (Savigny VI, § 291, S. 360). Für unser Processrecht hat der Richter allerdings in dieser Richtung nur beschränkten Spielraum, da er natürlich im Endurtheile auf einen Eid dann nicht erkennen kann, wenn er trotz des Eides absolvieren müsste. Freie Befugnis hat er hingegen hinsichtlich des Zeugenbeweises und Sachverständigenbeweises. Schon die Rücksichtnahme auf eine möglicherweise abweichende Rechtsauffassung der höheren Instanz (und die leider bisweilen vorhandene Geneigtheit, einen vorgelegten Process durch Zulassung übergangener Beweise rasch zu „erledigen"), wird ihn veranlassen, im Beweisinterlocut nicht allzu rigoros zu sein. Ist aber eine primäre Rechtsfrage einmal spruchreif, so ist es geradezu Pflicht des Richters, über sie zu entscheiden, und er hat sich unbedingt an die logische Reihe der Schlussfolgerungen zu halten, d. i. über das Recht des Klägers zu entscheiden, auch wenn er der Ansicht ist, er habe wegen eines Rechts des Beklagten trotz des Rechtes des Klägers zu liberieren. Vgl. die Sitzungsprotocolle der Hannoverschen Civilprocess-Commission S. 1621 und 5471 (theilweise abweichend Koch in Gruchot's Beitr. VIII, 1864, S. 153, 154).

zumessen, der Richter hat nur ausgesprochen, es treten keinerlei rechtliche Wirkungen ein. Dasselbe wäre aber auch der Fall, wo es sich um rechtshindernde Thatsachen handelt. Die rechtshindernde Thatsache hat keinerlei materielle Wirkung, sie hindert nur, dass eine solche eintritt, ihr Nichteintreten bedeutet nur das Nichtvorhandensein eines Hindernisses; der Ausspruch über den Bestand oder Nichtbestand einer rechtshindernden Thatsache würde daher keinerlei materielle Rechtskraft erlangen. Letzteres muss aber um so mehr auch gelten von jenen Thatsachen, die nicht als rechtliche Thatsachen, sondern nur als beweisunterstützende Thatsachen (Indicienzbeweis) angeführt, beziehungsweise als bewiesen oder nicht bewiesen, richterlich erkannt werden.[30])

Als Regel muss aufgestellt werden, dass die materielle Rechtskraft des Urtheiles zunächst nur für jene Personen vorhanden ist, welche einen Rechtsstreit geführt haben, nur sie konnten ihre Beweismittel verwerthen, nur für sie erscheint das Urtheil bindend. Da aber Rechtsverhältnisse nur so übertragen werden können, wie sie sind, so ergibt sich von selbst, dass die Wirkung der Rechtskraft auch auf die Universal- oder Singularsuccessoren sich ausdehnt. Dasselbe muss auch für jene Personen gelten, die entweder einem anderen Interessenten die Processführung als Processintervenienten überliessen, oder welche als Interessenten von der Führung des Rechsstreites zu dem Zwecke vorschriftsmässig in Kenntnis gesetzt wurden, damit sie in die Lage kommen können, ihre Beweismittel zu verwerthen, selbst zu intervenieren (denen der Streit verkündet wurde; arg. a contrario aus § 931 a. b. G.). Ob und inwieferne die materielle Rechtskraft bei einzelnen Rechtsverhältnissen (Miteigenthum, Correalobligation, familienrechtliches Verhältnis,[31]) hinsichtlich der Testamentsgiltigkeit)

[30]) Auch hinsichtlich der Rechtskraft des Ausspruches über die Existenz oder Nichtexistenz von Thatsachen besteht die oben N. 27 angedeutete Controverse. Vgl. die daselbst cit. Schriftsteller, insbesondere Unger II, § 132, S. 621 und N. 16, Savigny VI, § 291. Am weitesten unter den Verfechtern der Rechtskraft des Ausspruches über Thatsachen gieng Brinkmann, Über die richterlichen Urtheilsgründe S. 82 ff., welcher behauptete, nur dieser Ausspruch über die „Wahrheit oder Falschheit des Thatsächlichen" erwachse in Rechtskraft, nicht auch der aus diesen Thatsachen und den Rechtssätzen gezogene Schluss; sein Werth hänge nur „von der logischen Bündigkeit und seine Kraft von der inneren Wahrheit der Vordersätze" ab. Hiegegen schon Buchka II, S. 207 ff. der N. 1 cit. Schrift.

[31]) Diess ist der einzige Fall der Statusklagen, welcher heutzutage noch practische Bedeutung hat. Ich glaube, die materielle Rechtskraft der Erkenntnisse über uneheliche Geburt, Verwandtschaft etc. wider Dritte ist für das österreichische Recht keineswegs so allgemein zu behaupten, als

eine auch auf andere Personen sich erstreckende Wirksamkeit hat, kann erst bei den einzelnen Rechtsverhältnissen erörtert werden.

III. In Kürze wird noch darzulegen sein, welchen Einfluss ein Urtheil auf die Verjährung hat.

Man hat diese Frage gemeiniglich in Zusammenhang gebracht mit der, ob das Urtheil novierende Kraft habe, jedoch mit Unrecht. Was verjährt, sind die einzelnen Ansprüche. Durch das condemnierende Urtheil werden die Ansprüche liquidiert und zugleich losgelöst von ihren concreten Entstehungsursachen; die frühere Verjährung ist jedenfalls unterbrochen, bei der allgemeinen Vorschrift des § 1479 a. b. G. kann jedoch kein Zweifel unterlaufen, dass eine neue Verjährung zu laufen beginnen kann, diese Verjährung ist nun aber für die verschiedenen von ihrer Entstehungsursache abgelösten Ansprüche die gleiche 30- resp. 40jährige.[32]) Auch hier ist es der Anspruch, welcher verjährt, aber der nicht mehr klagbare, sondern nur mehr exequierbare Anspruch.

Die Bedeutung, welche vorher die Klage auf die Unterbrechung der Verjährung hatte, hat daher hier (da das österreichische Recht eine actio judicati nicht kennt) das einfache Executionsgesuch. Aber nur der concrete zuerkannte Anspruch erhält die längere Verjährungsfrist und kann diese auf andere aus demselben Rechtsverhältnisse er-

diess von Unger II, § 132, S. 670 geschieht. Nur hinsichtlich der Frage der Giltigkeit einer Ehe bildet das erflossene Urtheil, da die Frage gar nicht incidenter entschieden werden darf, von Fremden gar nicht angefochten werden kann, einen Präjudicialpunct. Wenn aber der Vater wegen Mangel seiner Einwilligung die Ehe vergeblich angefochten hat, kann sie nun natürlich noch immer die Tochter wegen Impotenz anfechten. — Über die „Wirkungen des Statusurtheils gegen Dritte" vgl. Freudenstein § 22 und überhaupt über die „Wirkungen der Rechtskraft gegen Dritte" §§ 20—26.

[32]) Vgl. Unger II, Anmerkung zu § 133. Geller, HG 1874, N. 62 ff. Reine Buchstabeninterpretation ist es (vgl. Wessely, Z. f. ö. R. 1841, II, S. 321), wenn Zlobitzky, Z. f. ö. R. 1841, I, N. X, S. 144—159 aus Hfd. 22. Juni 1836, JGS 145 argumentiert, dass „eine Klage auf Erlöchungserklärung eines durch Urtheil zugesprochenen Rechtes nur auf dem Urtheile nachgefolgte Facta gegründet werden könne; da aber die eigentliche Verjährung sich nie auf Facta, sondern nur auf Unterlassung gründet, so kann die Erlöschungserklärung eines durch Urtheil anerkannten Rechtes nicht auf die Verjährung gegründet werden" (S. 155). Vgl. aber Hfd. 25. Oct. 1811 JGS. 960: „so lange sein aus einem solchen Urtheile erlangtes Recht durch Verjährung nicht erloschen ist", JMV 21. Juli 1858, RGB 105, und zu dieser Unger II, § 133, S. 689, 690.

standene oder erstehende Ansprüche keinen Einfluss haben, wie denn auch die blosse Anerkennung eines Rechtsverhältnisses mit Urtheil für die Verjährung einzelner Ansprüche vollkommen belanglos ist.[33])

γ_2. Die Staatshilfe (Execution).[1])

§ 129.

Wird der Anspruch, welcher liquidiert und dessen Erfüllung dem Beklagten aufgetragen wurde, nicht befriedigt, so kann der Kläger die staatliche Hilfe, die Execution anrufen. Er bedarf hiezu keiner weiteren Klage, keines weiteren Streitverfahrens, er ruft mit einfachem Gesuche die Hilfe des Richters und der hinter ihm stehenden Staatsgewalt an (imploratio officii judicis).

Gelingt dem Richter die Erzwingung dessen, was sein soll (directe Execution),[2]) so ist der Anspruch befriedigt, er erlischt, und dort wo

[33]) Daher verjähren auch pro futuro anerkannte Zinsen (hinsichtlich derer keine Condemnation erfolgte; vgl. § 128, N. 4 f. in der dreijährigen Frist und nicht in der dreissigjährigen (JMV 21. Juli 1858, RGB 105).

[1]) Ziehbarth, Die Realexecution und die Obligation, Halle 1866 (hiezu Degenkolb, Arch. f. civ. Pr. IX, 1867, S. 190—232, Rindfleisch in Gruchot's Beitr. X, 1866, S. 257—265); Menger, Beiträge zur Lehre von der Execution, Arch. f. civ. Pr. LV, 1872, N. XVI, S. 371—418, N. XX, S. 433—481; Rorer, A treatise on the Law of judicial and execution sales 2. Aufl. Chicago 1878, 665 S.; Canstein II, § 101, woselbst N. 1 weitere Literaturangaben.

[2]) In eigenthümlicher Weise unterscheidet Menger, Beiträge zur Lehre von der Execution, A. f. c. Pr. LV, 1871, S. 379 ff. zwischen directer und indirecter Execution. „Ein System, welches die Erfüllung der urtheilsmässig zuerkannten Rechte ihrem vollen Umfange nach durchsetzen will, in Folge dessen aber nothwendig bis zu Zwangsmitteln von der äussersten Härte fortschreiten muss, kann man das System der Real- oder der directen Execution nennen." (Der Schuldige soll physisch oder psychisch gezwungen werden selbst zu leisten.) Hienach sind „Geld- und Freiheitsstrafen" directe Execution. „Das Wesen der indirecten Execution besteht . . darin, dass durch dieselbe die Befriedigung des Gläubigers ohne Einwirkung auf den Willen des Schuldners, folglich auf indirektem Wege bewirkt wird. Wie aber ist es möglich, dass die judicatsmässige Verpflichtung, welche nach den oben gegebenen Ausführungen immer ein Handeln oder Unterlassen des Schuldners zum Gegenstande hat, ohne seine Mitwirkung erfüllt werden kann? Diese auf den ersten Blick befremdende Erscheinung wird dadurch ermöglicht, dass es eben so vertretbare Handlungen als vertretbare Sachen gibt, und in Folge dessen das Handeln des Schuldners durch das Handeln dritter Personen ersetzt werden kann." (S. 383, 384). Hieher gehört die „missio in possessionem bonorum", die „Beschlagnahme von Vermögensstücken des Schuldners"; vgl. auch § 309 AGO: „Wenn der Beklagte dem Kläger

er allein den Inhalt eines Rechtsverhältnisses bildete, auch dieses. Gelingt sie dem Richter nicht, so bleibt dem Kläger unbenommen, soferne er nicht schon bei Erhebung des Anspruches das Eventualbegehren auf Schadenersatz aus der Nichterfüllung in Gestalt einer Geldsumme gestellt (indirecte Execution), beziehungsweise sich erklärt hat, eine Geldsumme statt der Erfüllung anzunehmen,[3]) mit neuer Klage den Ersatz aus der Nichterfüllung einzuklagen.[4])

eine Arbeit (factum) schuldig ist, und diese von einem Dritten zu Stande gebracht werden kann, so soll der Richter dem Kläger verwilligen, dass er sie durch einen Dritten . . zu Stande bringen lasse." Nach der herrschenden Auffassung ist directe Execution jene, durch welche das erstrebte Resultat selbst hergestellt wird, indirecte jene, durch welche zunächst ein anderes Resultat anstatt des erstrebten oder als Durchgangsmittel erzwungen wird (z. B. Sachpfändung zur Eintreibung einer Geldforderung). Jedenfalls liegt kein Hindernis im Wege, die dehnbaren Begriffe direct, indirect, auch im Sinne Menger's anzuwenden. Von entschiedenem Werthe ist der von Menger aufgestellte Begriff der vertretbaren Handlungen. Vgl. auch S. 385, 386, 390, 394 ff. cit.

[3]) Der Kläger kann zunächst nur Erfüllung verlangen, er kann nicht, wenn A ein Pferd schuldet, 1000 Gulden verlangen; aber er kann erklären, ich bin bereit statt des Pferdes 1000 Gulden zu nehmen. Die Folge hievon ist nicht, dass der Kläger, wenn der Beklagte in der ihm gesteckten Frist die 1000 Gulden zahlt, etwa diese zurückweisen und das Pferd fordern darf; aber wenn der Beklagte in der ihm gesetzten Frist weder Pferd noch Geld leistet, kann nun der Kläger alternativ beides fordern. Bis zum Ablauf der Urtheilsfrist bedeutet die Formel „A sei schuldig das Pferd zu übergeben oder 1000 zu zahlen", dass A schuldig sei diess nach seiner Wahl zu thun; nach dem Ablauf der Urtheilsfrist bedeutet sie, dass er schuldig sei, es nach des Klägers Wahl zu thun.

[4]) Vgl. §§ 306, 308, 309, 310 a. G. O.