

Werk

Titel: Archiv für die civilistische Praxis

Ort: Heidelberg

Jahr: 1873

PURL: https://resolver.sub.uni-goettingen.de/purl?345574613_1873_0006|log4

Kontakt/Contact

Digizeitschriften e.V.
SUB Göttingen
Platz der Göttinger Sieben 1
37073 Göttingen

✉ info@digizeitschriften.de

I.

Zur Lehre von der hypothekarischen Succession.

Von

Herrn Dr. jur. Hugo Adamkiewicz,
Appellationsgerichts-Referendar in Breslau.

Selten wohl hat ein singuläres Gebiet des Römischen Privatrechts so mannigfache Wandlungen erfahren, wie die Lehre von der hypothekarischen Succession.

Den Irrthum der älteren Theorie, die noch von einer mittelbaren und unmittelbaren hypothekarischen Succession oder von einer Succession auf Grund eines General- und Special-Titels sprach, jener Bemann, Dabelow: einer Theorie, deren Ausläufer sich noch bis auf die Schriften von Mühlbruch, Thibaut, Bucher, Linde und Sintenis erstrecken, hatte die neuere Doctrin glücklich beseitigt; da tauchte ein neues Phantom in dieser Lehre empor.

Schon Glück, Dabelow und Westphal schien es, als ob auch das richterliche Urtheil eine hypothekarische Succession hervorbringe. Und merkwürdiger Weise sahen sich auch in neuerer Zeit Männer, wie Schmidt und insbesondere Vangerow, „zu dieser Annahme genöthigt“.

Alein diese ganze Hypothese beruht nur auf einem Nützlichkeitsgrund.

Um den *circus inextricabilis* zu lösen, den schon Accursius in der Glosse zu l. 16 D. qui pot. 20. 4 herausfand, — ein *circus*, den Leibniz (in seiner Diss. de ca-

sibus perplexis n. 32) zu den casus perplexi zählt, — bekennt Vangerow, sei man zur Annahme einer solchen hypothekarischen Succession genöthigt. Aber wie leicht in dem Falle, den die Verfechter jener Meinung im Auge haben, der *circus inextricabilis* beseitigt werden kann, haben bereits Arndts, Bachofen und Windscheid gezeigt.

Und erwägt man, daß sich in den Quellen von einer solchen Succession auch nicht die entfernteste Spur findet, so muß man Sintonis Recht geben, wenn er behauptet (Pfandrecht p. 428): „Allein diese neue Entdeckung einer besondern Art der Pfandnachfolge ist ein Irrthum“.

Nur einzig und allein können hier jene bekannten vier Fälle in Betracht kommen, bei denen wir heut von einer hypothekarischen Succession *κατ' ἐξοχήν* sprechen; es sind das:

1. der Fall des von Dernburg so treffend bezeichneten Abfindungsgeschäfts,
2. der Fall des Pfandkaufs,
3. der Novation der Pfandforderung und
4. die Succession aus dem *jus offerendi*.

§. 1.

Allein schon gewissermaßen auf der Schwelle dieser Lehre begegnen wir einer eigenthümlichen Erscheinung, einem Räthsel, dessen Lösung bisher eine constante offene Frage gewesen ist.

Bekanntlich stehn sich hier gegenwärtig drei Theorien scharf gesondert gegenüber.

Jede dieser Theorien geht von einer andern Prämisse aus; eine jede erklärt die singuläre Natur der 4 Fälle logisch und consequent aus einem andern Princip, und eine jede kommt demgemäß folgerichtig zu einem andern Resultat. Wenn wir den scharfsinnigen, glanzvollen Darstellungen Dernburg's, Windscheid's folgen: wir werden jeder Meinung ihre wohlbegründete Berechtigung nicht versagen können — aber wir empfangen objectiv dabei doch den bleibenden Eindruck eines ungelösten Widerspruchs.

Allerdings haben die drei herrschenden Meinungen einen Grundgedanken gemeinsam, den der Connexität der vier Fälle.

Auf dieser Grundlage also fortbauend, daß diese Fälle der hypothekarischen Succession in einem inneren Zusammenhang zu einander stehen, reducirt sie, wie bekannt, Dernburg auf einen originären Entstehungsgrund, indem er nachzuweisen sucht, in allen vier Fällen geschehe die Succession so, daß das alte Forderungsrecht mit dem daran haftenden Pfandrecht untergeht und der Successor kraft eigenen Rechts mit seiner neu entstandenen Forderung und Hypothek nur die Stelle des abgefundenen Hypothekengläubigers einnimmt.

Dernburg hatte mit dieser seiner Lehre den Boden verlassen, den die bisher allein herrschende Meinung eingenommen hatte. Diese in ihrem neuesten Vertreter Schmidt, versicht, um mit Dernburg zu sprechen, den „derivativen“ Charakter der hypothekarischen Succession; sie sah das Wesen derselben nur in einer reinen Uebertragung des gesammten Forderungs- und Pfandrechts des älteren Pfandgläubigers auf den Successor, sie führte die Succession auf eine Cession zurück und half sich in denjenigen Fällen, deren Charakter der Annahme einer directen Cession offenbar widerstrebte, mit der Anwendung der fingirten Cession¹⁾; oder man nahm durchweg eine fingirte Cession an.²⁾

Ein zweiter Gesichtspunkt nun wieder, der Dernburg's Theorie mit der herrschenden Meinung verband, ist das strenge Festhalten an der accessorischen Natur des Pfandrechts.

Das accessorium folgt dem Schicksal seines principale: hieraus folgte für Dernburg also: mit dem Erlöschen des

1) Anders folgert Windscheid, die *actio* des Römischen Civilrechts 1856 §. 20 p. 195 ff.: „Nicht überall erkennt das Röm. Recht eine „Verpflichtung des Gläubigers zur Abtretung des Forderungsrechts an; „a) es gibt Fälle, in denen der gesetzliche Uebergang des Forderungsrechts „von einer solchen Verpflichtung des Gläubigers nicht begleitet ist. So „bei der pfandrechtlichen Succession, d. h. bei der Succession in das Forderungsrecht eines vorstehenden Gläubigers mit dem daran anlebenden „Pfandrecht“.

2) Buchta, Pandekten, Aufl. 4 ed. Rudorff Leipzig 1848 p. 310: „dasselbe Verhältniß, wie es durch eine Cession entsteht, wird aber auch, „ohne daß eine eigentliche Cession geschehen wäre, angenommen 1. bei „dem . . . es folgen die Fälle der hypothekarischen Succession.

Forderungsrechts erlischt in allen Fällen der hypothekarischen Succession auch das Pfandrecht, und mit der neuen Obligation entsteht eine neue Hypothek, die die Stelle des erloschenen Pfandrechts einnimmt; für die herrschende Meinung: in allen Fällen wird das alte Forderungsrecht auf einen neuen Gläubiger übertragen, also auch das daran klebende Pfandrecht.

Die neuere Zeit hat eine „energische Opposition“ gegen diese „Fundamentalregel“ des Römischen Rechts geschaffen.

Man hat ihre Bedeutung gänzlich in Frage gestellt; aber man kam zu dieser Erkenntniß hauptsächlich auch durch die Erscheinungen, welche die Fälle der hypothekarischen Succession den Urhebern dieser neuen Theorie boten. Diese Fälle sind neben jenen berühmten Quellenstellen — wie l. 38 §. 5 D. 46. 3. und l. 59 D. ad Ste. Trebell. 36. 1 — das Material, aus dem Brinz und Windscheid schöpfen, und die neue Regel herleiten, daß schon im R. R. das Pfandrecht seine accessorische Natur verloren habe.

Während diese beiden Schriftsteller demgemäß so argumentiren: weil in allen Fällen der hypothekarischen Succession das R. R. den Uebergang des bloßen, von seiner Hauptforderung abgelösten Pfandrechts auf einen Andern gestattet habe, so gehe daraus die Berechtigung der eben angedeuteten, von ihnen aufgestellten neuen Regel hervor; folgern Andere, wie z. B. neuerdings Regelsberger, „Zur Lehre vom Altersvorzug der Pfandrechte“ Erlangen 1859 §. 3 p. 8. folgendermaßen: „Als eine andre fundamentale Regel müssen wir „trotz der energischen Opposition, welche sich in neuerer Zeit „dagegen erhoben hat, den Satz ansehen, daß das Pfandrecht „ein accessorisches Recht ist, und nur mit der Forderung, zu „deren Sicherheit es bestellt ist, entstehen und bestehen kann. Eine „ganz consequente Ausbildung dieses Begriffs hätte aber nothwendig im Einzelnen zu offener Unbilligkeit und zu einer „lästigen Beschränkung des Pfandinstituts geführt. . . . In „allen solchen Fällen hat die Rücksicht auf materielle Gerechtigkeit „jenen Grundsatz durchbrochen.“ Zu diesen Fällen rechnet Regelsberger auch die sämmtlichen der hypothekarischen Succession.

Wenngleich nun dieser Letztere, entgegen der Brinz-Windscheid'schen Theorie, das Wesen und die Natur der hypothekarischen Succession, wie er sie erkannt hat, nur als einen Ausnahmezustand kennzeichnet, so kommt er doch schließlich zu demselben Resultat: in allen Fällen der hypothekarischen Succession erlischt die alte Forderung, und nur das alte Pfandrecht bleibt und verbindet sich mit der neuen Forderung des Successor.

Und dieses ist die Signatur — so zu sagen — der neuesten Lehre; einer Lehre, die in jüngster Zeit nicht wenig Anhänger gewonnen haben mag, welche, vielleicht geblendet von dem Glanz Brinz-Windscheid'scher Diction und Deduction, in ihrem die beiden bestehenden Theorien gleichsam vermittelnden Charakter die Lösung der offenen Frage sahen. Denn man muß es gestehen, — wenn wir namentlich der Windscheid'schen Argumentation folgen, noch hat trotz ihres scheinbaren Angriffs auf die *elegantia juris* die neueste Meinung viel Wahrscheinlichkeit für sich; sie vermeidet einfach und leicht vielfache Schwierigkeiten, welche Dernburg's und Schmidt's System entgegneten.

Allein auch die neueste Meinung muß manche Lücken, welche ihr die Bestimmung der Römischen Quellen schlägt — ebenso, wie jene beiden Theorien — durch Combinationen zu ergänzen suchen: ein Verfahren, das bei einem nur einzig und allein auf einem bestimmt abgegrenzten Quellengebiet beruhenden Institut, wie das in Rede stehende, mindestens sehr bedenklich ist.

Eine jede dieser drei Theorien stellt also als den *a priori* geltenden Grundsatz auf: wir haben es hier mit einem vollständig abgeschlossenen Rechtsinstitut zu thun; die einzelnen Fälle, die es bilden, sind die Zweige eines Stammes; sie sind so innig mit einander verwachsen, daß sie nothwendig von einem Princip beherrscht sein müssen.

Am prägnantesten ist dies in der Frage ausgedrückt, die Windscheid bei der Erörterung der Succession im Falle der Novation aufwirft: „warum der Uebergang der bloßen Hypothek ohne Forderung nicht in allen Fällen angenommen werden solle, da dies bei der Novation geschehe?“

Dernburg nennt es „daselbe Institut“, als welches es „nicht nur bei den Neueren, sondern auch in den Quellen“ erscheint, ohne jedoch tiefer auf diesen Punkt einzugehen.

Indem nun aber theilweise, d. h. für einen bestimmten Fall der hypothekarischen Succession, eine jede der drei Theorien ihr System allerdings quellenmäßig rechtfertigt, nach dem Princip der Connerität aber das für einen Fall quellenmäßig begründete System auch den übrigen Fällen zu accommodiren strebt; so muß sich uns hier der Gedanke aufdrängen, daß, da drei sich diametral gegenüberstehende Meinungen, von denen einer jeden zum Theil die Römischen Quellen zur Seite stehen, das Wesen der hypothekarischen Succession auf gänzlich verschiedene Arten zu erklären suchen, wir es hier mit einer Materie zu thun haben, deren absolut wahren Charakter zu finden unmöglich ist.

Allerdings unmöglich, so lange wir von jener Voraussetzung des nothwendigen inneren Zusammenhangs ausgehen.

Aber lassen wir einmal die Quellen a priori reden.

--- --

Der Digestentitel 20 4 und der Codextitel 8. 19 hat die generelle Bezeichnung: „qui potiores in pignore habeantur et de his, qui in priorum creditorum locum succedunt.“ Hier namentlich, wenn auch nicht ausschließlich, werden uns von den Römischen Juristen mannigfache Fälle vorgetragen, in denen sie, ausgehend von gewissen Voraussetzungen, schließlich allemal zu der Entscheidung gelangen, daß, wenn der Pfandgläubiger mit seinem Schuldner, oder dieser mit einer dritten Person gewisse Vereinbarungen mit Bezug auf das Pfandobject oder auf ihr gegenseitiges Pfandrechtsverhältniß abschließen, oder endlich ein Pfandgläubiger seinem Vordermann eine gewisse Summe offerirt, eine „successio“ erfolgt. Jedesmal muß aber diese „successio“ Zweck und Ziel jener Maßregeln sein; dann ist sie auch das Resultat derselben.

Dann sagen die Quellen von einem der Paciscenten oder Offerenten, daß er „loco succedit“, „in locum substituitur“,

„in pignus succedit“. „in jus pignoris succedit“, oder auch „in suum locum succedit.“

l. 12 §. 5; §. 8; §. 9. l. 3 pr. l. 16 D. XX. 4. l. 1 l. 3. l. 4 C. 8. 19.

Aber auch in andern Titeln werden sporadisch dergleichen Fälle erwähnt und erörtert; und auch hier wird eine *successio* als Zweck und Resultat der zwischen den genannten Parteien getroffenen Vereinbarung, oder auch, indem eine solche stillschweigend vorausgesetzt wird, als Zweck oder Folge eines bestimmten Rechtsgeschäfts hingestellt.

l. 3 D. 20. 3. l. 5 D. 20. 5. l. 12 D. 27. 9.

Wenn alle diese Fälle, welche in den erwähnten Stellen zur Erörterung gelangt sind, insofern einander ähnlich sind, als sie alle zu einer *successio* führen; so ergibt doch ein nur etwas tieferes Eindringen in das Wesen derselben, daß die Voraussetzungen, von denen die einzelnen Fälle ausgehen, die Rechtsgeschäfte, welche die Successionen bedingen, die Vereinbarungen, welche zwischen den jedesmal verschiedenen Paciscenten getroffen werden, einander ihrem Inhalt und ihrer Art nach so unähnlich sind, daß wir sagen müssen: diese Fälle, welche die Römer gleichsam nur durch die äußere Bezeichnung mit einander verbinden — nämlich als Fälle, in denen eine *successio in locum (prioris) creditoris*, oder, wie wir sagen, eine hypothekarische Succession geschieht, — sind ihrem materiellen Gehalt nach, kurz in der Sache selbst von ihnen doch scharf und bestimmt gesondert worden.

So ist in l. 12 §. 8 D. 20. 4 Folgendes erzählt:

„A Titio mutuatus pactus est cum illo, ut ei praedium suum pignori hypothecaeve esset: deinde mutuatus est pecuniam a Maevio, et pactus est cum eo, ut, si Titio desierit praedium teneri, ei teneatur; tertius deinde aliquis dat mutuam pecuniam tibi, ut Titio solveres, et paciscitur tecum, ut idem praedium ei pignori hypothecaeve sit, et locum ejus subeat; num hic medius tertio potior est, qui pactus est, ut soluta Titio pecunia impleatur condicio et tertius de sua ne-

gligentia queri debeat. Sed tamen et hic tertius creditor secundo praeferendus est.“

Ein Schuldner verpfändet dem Titius für ein von ihm entnommenes Darlehn sein praedium; sodann aber nimmt er ein Darlehen von Maevius auf, wobei er mit ihm übereinkommt, daß, wenn das Pfandrecht des Titius aufgehoben sein würde, dasselbe Object ihm, dem Maevius, für sein Capital verhaftet sein solle; endlich streckt noch ein Dritter dem Schuldner eine Geldsumme vor mit der Auflage, damit den ersten Gläubiger, den Titius, abzufinden; doch bedingt er sich gleichzeitig aus, daß an dem dem Titius verpfändeten Landgut ihm ein Pfandrecht bestellt würde und daß dieses in die Stelle des ersten, abgelösten, rücke.

Zunächst kommt hier das Verhältniß, welches der Jurist mit Bezug darauf erörtert, ob Maevius vor dem Dritten, oder dieser vor Maevius den Vorzug verdiene, nicht in Frage.

Es handelt sich hier lediglich um das Rechtsgeschäft, welches der dritte Gläubiger mit dem Schuldner abschließt. Das- selbe gestaltet sich einfach als ein Darlehnsvertrag zum Zweck der Abfindung eines Pfandgläubigers mit der Modification, daß das creditirte Capital durch eine gleichzeitige Verpfändung des vorher bereits dem Titius verpfändeten Gegenstandes sichergestellt werde. Eine zweite Bedingung, die der neu hinzutretende Capitalist dem Schuldner gegenüber geltend macht, ist die, daß das ihm bei Abschluß des Vertrages bestellte Pfandrecht dieselbe Stelle eingeräumt erhalte, welche Titius innegehabt hatte (*et locum ejus subeat*).

Contrahenten in diesem Falle sind also ein neu hinzutretender Capitalist, der bisher in keiner Beziehung zum Schuldner stand, und ein Pfandschuldner.

Dagegen wird in l. 3 C. 8. 19 Folgendes entschieden:

„Alexander A. Valent.: „*Si potiores creditores pecunia tua dimissi sunt, quibus obligata fuit possessio, quam emisse te dicis, ita, ut pretium perveniat ad eosdem creditores, in jus eorum successisti, et contra*

eos, qui infirmiores illis fuerunt, justa defensione te tueri potes.“

Wenn Jemand einen Gegenstand kauft, auf welchem Pfandrechte lasten, sich jedoch bei Abschluß des Kaufvertrages ausbedingt, daß der Kaufpreis an diejenigen gelange, welchen das Object verpfändet ist, d. h. daß der Verkäufer mit dem Kaufpreise seine Pfandgläubiger abfinde, so succedirt er — wie es etwas allgemein heißt — in ihr Recht.

Die etwas knappe, gedrungene Fassung dieser Stelle setzt offenbar Folgendes voraus:

Zunächst einen Kaufvertrag. Object desselben ist ein verpfändeter Gegenstand. Sodann auch bei Abschluß des Kaufvertrages die Nebenabrede, daß mit dem Kaufpreise gewisse Gläubiger, denen jener Gegenstand verpfändet ist, mit ihrer Forderung abgefunden werden. Und endlich die Thatsache, daß dieses Letztere erfolgt ist.

Sind diese Voraussetzungen vorhanden, so, heißt es dann weiter, succedirt der Käufer in das Recht der abgefundenen Pfandgläubiger.

Dieser Fall ist dem vorher dargestellten insofern ähnlich, als auch hier, wie dort, zunächst eine Vereinbarung supponirt wird, deren erster wesentlicher Zweck und Erfolg der ist, daß mit einer Summe Geldes gewisse Pfandgläubiger abgefunden werden. Ja, hier wie dort sind dieselben Personen die contrahirenden Theile. Auf der einen Seite ein Pfandschuldner, auf der andern ein Capitalist, der bisher mit ihm in keiner Beziehung stand. Denn daß der Käufer des Pfandobjects, wie es nach der letzten Stelle fast den Anschein hat, ebenfalls Pfandgläubiger sei, ist absolut irrelevant, wie dies sich ergeben wird.

Aber weiter geht jene Aehnlichkeit nicht!

Wenn schon an und für sich die beiden Principalverträge ihrem Wesen und Inhalt nach von einander abweichen, indem es sich im ersteren Falle doch nur um einen Darlehensvertrag, im letzteren aber um einen Kaufvertrag handelt, wodurch dort der Darleiher erst in dauernde Beziehung zum Pfandschuldner tritt, während hier eine solche schon mit der Perfection des gegenseitigen Vertrages wieder gelöst wird; so sind auch die Re-

benbestimmungen und Bedingungen nicht außer Acht zu lassen, die nach der ersteren Stelle erfordert werden, um das hervorzubringen, was auch im letzteren Falle als Resultat des dort geschilderten Geschäfts — jedoch ohne die Voraussetzung solcher besonderer Bedingungen — hingestellt wird.

Im ersteren Falle heißt es nämlich ausdrücklich, daß sich der Darleiher ausbedingen müsse, nicht allein, daß mit seinem Gelde ein Pfandgläubiger abgefunden werde, sondern auch, daß ihm selbst ein Pfandrecht an der dem Abzufindenden bisher verpfändeten Sache bestellt werde, und daß dieses in die Stelle „desselben“ rücke; während im letzteren Falle nur allein vorausgesetzt wird, daß der Käufer die Abfindung des Vorpfandgläubigers durch sein Kaufgeld vorausbedingungen haben müsse.

Und dennoch kommen Beide der Darleiher und der Käufer — schließlich zu demselben Resultat, — zu einer successio. Im letzteren Falle wird sie übrigens ausdrücklich ausgesprochen, im ersteren indirect durch die am Schluß der Stelle von dem Juristen gefällte Entscheidung.

Auch in l. 12 §. 5 D. 20. 4:

„Papinianus lib. XI. respondit: Si prior creditor „postea novatione facta eadem pignora cum aliis acceperit, in suum locum eum succedere.“

spricht der Jurist von einem „in locum succedere“, einer „successio in suum locum“, welche eintreten soll, wenn ein Pfandgläubiger bei Eingehung einer Novation dieselben Pfänder wieder aufnimmt, sein altes Pfandrecht wiedererlangt.

In den beiden vorhergehenden Fällen war doch zunächst ein Principalvertrag vorausgesetzt, sei es Darlehnsvertrag, sei es ein Kaufvertrag; dort trat Jemand, der bisher in keinem Conner mit dem Schuldner stand, durch Eingehung des Vertrages erst in Beziehung zu ihm, in eine dauernde oder eine vorübergehende. Hier jedoch wird ein bestehendes Verhältniß bereits vorausgesetzt, die handelnden Personen sind ein Pfandschuldner und sein Gläubiger, und die dauernden Beziehungen zwischen diesen beiden Personen erleiden durch das Factum der Novation keine Aenderung.

Während in dem ersten Falle der Darlehensgeber sich die

Bestellung eines eigenen Pfandrechts ausbedingen mußte, genügt hier nur die Wiederaufnahme der alten Pfänder, um die *successio* hervorzubringen.

Was also dieser Fall mit den beiden geschilderten gemein hat, ist am Ende doch nur dieselbe Bezeichnung „*successio*“, „*subire*“, „*succedere*“ für eine Erscheinung, die nicht einmal durchweg die gleichen Merkmale darbietet.

Denn dort erfolgte eine Nachfolge in den Pfandlocus eines Andern, eines abgefundenen Pfandgläubigers, hier dagegen in denselben locus, den der successor eben erst selbst innegehabt hat.

Alles Uebrige, der thatsächliche den einzelnen Fällen zu Grunde liegende Inhalt, ist überall gänzlich verschieden.

Wenn aber in den bisher angeführten Fällen stets die Person des Schuldners wesentlich in den Vordergrund trat; so wird uns dagegen z. B. in

l. 5 D. de distr. pig. 20. 5: *Quum creditor secundus oblata priori pecunia in locum eius successerit, venditionem ob pecuniam solutam et creditam recte facit*. ein Fall dargestellt, in dem es sich nur um 2 Pfandgläubiger handelt, von denen der in der Reihenfolge zweite, nachdem er direct dem ersten eine bestimmte Geldsumme offerirt hatte, in die Stelle desselben succedirt ist.

Hier kann selbstverständlich von jenen Nebenstipulationen, welche die bisherigen Fälle charakterisirten, nicht die Rede sein; nur einfach die Thatsache der oblata pecunia genügt, um ein „*succedere*“ des zweiten Pfandgläubigers in die Stelle des prior zu bewirken.

Hier tritt ein Pfandgläubiger direct mit dem andern in Beziehung, des Schuldners geschieht gar keine Erwähnung.

Dort also beruhte gewissermaßen die ganze *successio* auf einem Vertrage mit dem Schuldner; hier erfolgt sie aus einer dem bloßen Belieben eines Pfandgläubigers anheimgestellten selbständigen Abfindung eines andern Gläubigers.

§. 2.

Die vier angeführten Stellen, die aus dem uns überlieferten Quellenmaterial herausgegriffen sind, weil darin gleichsam am klarsten und einfachsten die Grundzüge eines jeden Falles, der hier in Betracht kommt, wiedergegeben sind, haben die Ungleichartigkeit, die Verschiedenheit des Inhalts der einzelnen Fälle deutlich genug dargethan. Andere werden zunächst diese Thatsache der Ungleichartigkeit noch näher beleuchten.

Von selbst fast drängt sich uns dann die Frage auf, aus welchen Gründen man zu der Annahme des innern Zusammenhangs dieser vier ihrem Grundwesen nach so gänzlich von einander abweichenden Fälle genöthigt sein solle?

Nichts ist ihnen gemeinsam, gehe man vom Standpunkt des Pfandschuldners aus, oder von dem des Pfandgläubigers, oder von welchem man wolle. Nur das eine Moment blickt hervor, daß überall von einer Succession in eine Pfandstelle die Rede ist; man kann nicht einmal sagen: von der Succession in die Stelle eines andern.

Weshalb soll nun dieses rein äußerliche Factum des bloßen Hinaufrückens in eine Pfandstelle nothwendigerweise in allen vier Fällen von denselben Principien geregelt sein?

Deutet nicht schon die materielle Verschiedenheit der Fälle der hypothekarischen Succession darauf hin, daß diese letztere an und für sich in den einzelnen Fällen auch formell verschieden erfolgen muß? denn jeder andere Inhalt eines Rechtsge schäfts muß auch eine andere Form der Entwicklung hervorbringen.

Nur um jenes Nivelirungssystem durchzuführen, muß die Interpretation der Quellen zum Theil eine gewaltsame sein. Und diese letzteren sprechen deutlich genug.

I. Die Succession auf Grund des Abfindungsgeschäfts.

Wir haben gesehen, daß nach der l. 12 §. 8 D. 20. 4. zur Succession des *extraneus*, wie der betreffende Fall gewöhnlich genannt wird, erfordert wird — *ut (der Schuldner) Titio (dem Pfandgläubiger) solveres, et paciscitur tecum, ut idem praedium ei pignori hypothecaeve sit, et locum ejus suheat.*

Es ist dies der bei weitem gewöhnlichste Fall des Abfindungsgeschäfts, obgleich es auch, wie wir sehen werden, andere Formen annehmen kann.

Zunächst wird also erfordert, daß der vordere Pfandgläubiger durch die Darlehenssumme vollständig mit seiner Forderung abgefunden werde.

Dies ergibt die Entscheidung, die der Jurist an die Vorführung des in der Stelle mitgetheilten Falles knüpft. Nach Abzahlung des Geldes an den *Titius* entsteht zwischen *Mae vius* und dem dritten Darleiher ein Streit um die Priorität im Pfandrecht, der zu Gunsten des dritten entschieden wird. Die Bedingung nämlich, unter der dem *Mae vius* an dem betreffenden Grundstück ein Pfandrecht eingeräumt wird, ist durch das Dazwischentreten des Dritten und dessen Succession noch hinausgeschoben. *Mae vius* succedirt nicht, weil er nicht bei Hingabe des Darlehens stipulirt hatte, daß damit der Erste abgefunden werde; ein Abkommen, das der Dritte mit dem Schuldner zu treffen nicht verabräumt hat.

Was liegt nun aber in dem „*solvere*“ durch den debitor?

Zwei der herrschenden Theorien sind zunächst darin einig, daß, indem der Schuldner dadurch nur einfach seiner Verpflichtung gegen den ersten Pfandgläubiger nachkommt, er dessen Obligation gegen sich aufhebt; es ist das die *Dernburg'sche* und die *Windscheid'sche*.

Unzweifelhaft wird die Obligation des ersten Pfandgläubigers durch seine Befriedigung aufgehoben.

Dies ergibt sich auch, abgesehen von der selbstverständ-

lichen Wirkung einer solchen solutio, überdies aus dem Wortlaut anderer Stellen.

Der Wirkung nach ist es nämlich gleichgültig, ob diese solutio durch den Schuldner, oder für den Schuldner durch den neu hinzutretenden Gläubiger geschieht, natürlich in vollständiger Uebereinstimmung mit dem ersteren.

Nun heißt es in l. 12 D. de reb. eor. qui sub tut. 27. 9: „Non fit contra Senatusconsultum, si ejus tutor creditori patris pupilli exsolvat, ut ejus loco succedat.“

Was kann hier das exsolvit anders bedeuten, als die vollständige Aufhebung der Obligation des betreffenden Gläubigers?

Noch deutlicher ergibt sich diese an und für sich natürliche Wirkung aus l. 12 §. 9 D. 20. 4; denn auch der dort behandelte Fall ist hierher zu zählen:

Marcianus libr. sing. ad form. hyp.: „Si tertius creditor pignora sua ad hoc distrahi permittit, ut priori pecunia soluta in aliud pignus succedat, successurum Papinianus lib. undecimo scripsit; et omnino secundus creditor nihil aliud juris habet, nisi ut solvat priori et in locum ejus succedat.“

Ganz augenscheinlich übt hier nur der Schuldner das Recht, oder, wenn man will, seine Pflicht aus, einen seiner Pfandgläubiger zu befriedigen; und hier thut er es nicht einmal mit einem fremden, erborgten Kapital, sondern mit seinem eigenen, mit dem Erlös, den er durch Verkauf des ihm gehörigen, wenn auch verpfändeten Gegenstandes erzielt.

Die Forderung also des ersten Gläubigers geht unter in dem Augenblick, in dem er durch seinen Schuldner oder durch den neuen Gläubiger, der doch gewissermaßen als Mandatar des Schuldners handelt, befriedigt wird.

Indem aber durch die Befriedigung des abgefundenen Pfandgläubigers die Obligation desselben beseitigt wird, so muß auch — so dürften wir in Anbetracht der accessorischen Natur des Pfandrechts folgern — die ihm zur Sicherheit seiner Forderung bestellte Hypothek dem Schicksal seines princi-

pale folgen, und mit dem Untergang der Obligation von selbst sich, da sie gegenstandslos geworden, auflösen.

Allein man kann selbst eine so selbstverständliche Argumentation bei einer Lehre, wie die vorliegende, nicht aussprechen, ohne auch für sie eine ausdrückliche Bestätigung durch die Quellen anführen zu müssen.

Eine solche liegt indessen evident in l. 2 D. de pign. act. 13. 7.:

„Si debitor rem pignori datam vendidit ac tradidit. tuque ei nummos credidisti, quos illi solveret creditori, cui pignus dederat, tibi que cum eo convenit. ut ea res, quam jam vendiderat, pignori tibi esset, nihil te egisse constat, quia rem alienam pignori acceperis; ea enim ratione emtorem pignus liberatum habere coepisse, neque ad rem pertinuisse, quod tua pecunia pignus sit liberatum.“

Der uns hier vorgetragene Fall weist zunächst besondere Merkmale auf, die zur Succession des extraneus vorausgesetzt werden.

Aus der Regel *res transit cum suo onere* folgt hier, daß an dem vom Schuldner verkauften Pfandobject das alte Pfandrecht haften bleibt. Nun leiht Jemand dem Schuldner eine Geldsumme, um damit den Gläubiger, dem jenes alte Pfandrecht bestellt war, abzufinden, und bedingt sich dabei aus, daß ihm hierfür der betreffende Gegenstand zum Pfande bestellt werde. Allein zu spät! der Darleiher hat nichts erzielt, denn der Schuldner kann die ihm bereits fremde Sache nicht mehr verpfänden. Nur allein dem Käufer kommt sein Darlehn zu Statten, denn dieser beginnt die erkaufte Sache von der Pfandlast abgelöst zu besitzen, und es kommt nicht für die gegebene Entscheidung darauf an, daß dieses Pfandrecht durch das Geld des Darleihers abgelöst ist.

Daß dieses Gesetz übrigens als Quelle für den Fall der *successio* auf Grund des Abfindungsgeschäfts anzusehen ist, ist unzweifelhaft. Besonders Dernburg bezieht sich darauf und es ist um so richtiger, je präciser es namentlich durch seinen Wortlaut die Erfordernisse hinstellt, welche eine solche suc-

cessio vorausbedingen. Gerade in seiner negativen Fassung liegt eine besondere Deutlichkeit. Die Frage, wie die successio des extraneus erfolgen müsse, wird von dem Römischen Juristen einmal von einem entgegengesetzten Standpunkt erörtert, und die getroffene Entscheidung stellt in dem vorgetragenen Falle eine successio des Darleihers in Abrede, wenn auch zunächst eine Vorbedingung eingetreten ist; nämlich, daß durch die Zahlung der Darlehenssumme das Pfandrecht des abgefundenen Gläubigers aufgelöst, oder, wie es hier wörtlich heißt, das Pfandobject freigemacht worden ist, — *pignus liberatum*.

Der Schwerpunkt der Stelle liegt aber in dem angegebenen Mangel einer gültigen Verpfändung des in Rede stehenden Gegenstandes für den Darleiher, obgleich er sich eine solche Vorbedingung hatte.

Hieraus folgt also *ex contrario*, daß ein Haupterforderniß für die successio des extraneus die Vorausbedingung und wirkliche Bestellung einer Hypothek an demjenigen Gegenstande ist, welcher dem abgefundenen Gläubiger verpfändet worden war.

Positiv hingestellt finden wir dies in:

l. 3 D. quae res pig. 20. 3: „*Aristo Neratio scripsit, etiamsi ita contractum sit, ut antecedens dimitteretur, non aliter succedit in jus pignoris, nisi convenerit, ut sibi eadem res esset obligata, neque enim in jus primi succedere debet, qui ipse nihil convenit de pignore, quo casu emtoris causa melior efficietur.*“

Hier sagt Paulus deutlich genug, daß von einer successio des Abfindenden nicht die Rede sein kann, wenn er nicht selbst erfordert habe, daß ihm dieselbe Sache verpfändet würde.

Noch deutlicher sprechen folgende Stellen: In der bereits mehrfach angeführten l. 12 §. 8 D. 20. 4 heißt es:

„*tertius deinde aliquis dat mutuam pecuniam tibi, ut Titio solveres, et paciscitur tecum, ut idem praedium ei pignori hypothecaeve sit.*“

Nach diesem einfachen und über alles Bedenken klaren Wortlaut steht das Hingeben der Darlehenssumme und das

Uebereinkommen bezüglich der Bestellung des Pfandrechts temporär auf einer Stufe.

Der dritte Gläubiger erwirbt die Hypothek in dem Augenblick der Hingabe; er erwirbt ein Pfandrecht an der auch dem Titius verpfändeten Sache, bevor diesem noch in der That die ihm bestimmte Zahlung durch den Schuldner geschehen ist; denn er creditirt dem Schuldner nur unter der Bedingung der Verpfändung und diese hat zunächst nur den Zweck, das hergeliehene Capital auch gleichzeitig sicher zu stellen.

Während also das „*dat mutuum*“ und das „*paciscitur tecum, ut idem praedium ei pignori hypothecae sit*“ — mit welcher Wendung augenscheinlich der sofort eintretende Zustand markirt wird — correspondirend einander gegenüber stehen, wird dem „*ut Titio solveres*“ das „*et locum ejus subeat*“ als erst in zweiter Reihe zur Geltung kommende Thatfache entgegengesetzt.

Diese Bemerkung, daß die wirkliche Bestellung eines neuen Pfandrechts schon die bei Hingabe des Darlehns von dem neuen Gläubiger aufzustellende Bedingung sein müsse, erhält eine directe Bestätigung durch l. 1 C. 8. 19:

„Non omnino succedunt in locum hypothecarium hi, quorum pecunia ad creditorem transit. Hoc enim tunc observatur, cum is, qui pecuniam postea dat, sub hoc pacto credat, ut idem pignus ei obligetur, et in locum ejus succedat. Quod quum in tua persona factum non sit, — judicatum est enim. te pignora non accepisse — frustra putas, tibi auxilio opus esse constitutionis nostrae ad eam rem pertinentis.“

Derjenige, welcher das Geld zur Abfindung gegeben hat, kann nur succediren, wenn er unter der Vereinbarung, daß auch ihm das Pfandobject verpfändet werde, creditirt hat.

Handgreiflich stellt uns das Requisit dieser neuen Verpfändung Papinian in libr. III. resp. l. 3 §. 1 D. de distr. pig. 20. 5 vor Augen:

„Si tamen debitor non interveniente creditore pignus vendiderit, ejusque pretium poterit offerri, quod ad alium de nummis ejus pervenit et usurae meriti rem-

poris; nil enim interest, debitor pignus datum vendidit an denuo obliget.“

In den letzten Worten dieser Stelle wird der Successor auf Grund des Kaufgeschäfts dem Darlehnsgeber gegenübergestellt und die Entscheidung Papinians basirt mittelbar auf folgenden Gesichtspunkten: Wenn der Käufer eines Pfandobjects in die Stelle eines mit dem Kaufpreis abgefundenen Gläubigers succedirt, so kann ihm von seinen Hintermännern die Summe, welche der abgefundene Gläubiger bekommen hatte, und die in der Zwischenzeit aufgelaufenen Zinsen, ebenso, wie dem extraneus, welcher succedirt, offerirt werden.

Als einzig charakteristisches Merkmal für die successio des extraneus hebt aber Papinian das „denuo“ obligare hervor, also, genau wiedergegeben: es kommt für den geschilderten Zweck nichts darauf an, ob der Schuldner das Pfandobject verkauft oder (dem extraneus, welcher zur Abfindung eines Pfandgläubigers creditirt) „von Neuem“ (denuode novo) verpfändet.

Endlich könnten hierher noch l. 38 pr. D. III. de legatis:

„Pater filium heredem praedia alienare seu pignori ponere prohibuerat, sed conservari liberis ex justis nuptiis et ceteris cognatis fideicommisserat; filius praedia, quae pater obligata reliquerat, dimisso hereditario creditore nummis novi creditoris a priore in sequentem pignoris hypothecaeve nomine transtulit. Quaesitum est, an pignus recte contractum esset? Respondet, secundum ea, quae proponerentur, recte contractum“

und l. 12 D. de reb. eor. qui sub. tut. 27. 9

„Non fit contra senatusconsultum, si cujus tutor creditori patris pupilli exsolvit, ut ejus loco succedat“ gezählt werden.

In der ersten Stelle erörtert Scaevola die Frage, ob demjenigen, welcher durch eine Darlehnssumme einen Erbschaftsgläubiger abgefunden hatte, rechtsgiltig ein Pfandrecht an den Nachlaßgrundstücken bestellt sei, da doch der Vater seinem Sohne die Verpfändung derselben untersagt hatte. Der Pfandcontract

ist rechtsgültig, entscheidet der Jurist, nach dem, was vorausgeschickt worden ist.

Jedenfalls handelt es sich hier um die Bestellung eines neuen Pfandrechts für den Abfindenden. Die Frage hätte absolut keinen Sinn, wenn nur etwa von einer bloßen Uebertragung des Pfandrechts des Abgefundenen an den neuen Gläubiger im Sinne Schmidt's oder Windscheid's die Rede wäre.

Der Vater hatte die Belastung des Nachlaßgrundstücks mit neuen Hypotheken verboten. Wenn also der Jurist etwas dem Verbot scheinbar widerstrebendes hervorhebt, so kann es eben nur eine neue Verpfändung sein; und zum Ueberfluß deuten auch die Worte „an pignus recte contractum esset“, das Bestehen eines neuen Pfandcontracts so bestimmt an, daß es unbegreiflich erscheint, wie man hierunter etwas anderes suchen und finden will.

Derselbe Gedankengang liegt der zweiten Stelle ³⁾ zu Grunde, wie dies schon Dernburg nachgewiesen hat.

Von der ganzen confusen Schaar der älteren Theoretiker

3) Hier ist auch Schmidt übrigens genöthigt, eine neue Verpfändung anzunehmen. Um so unbegreiflicher erscheint dann aber auch noch überdies die Annahme einer fingirten Cession. Erwägt man, daß in Wahrheit nur eine Obligation in derselben Höhe, wie vorher gegen den Pupillen, bestehen bleibt, für dieselbe Höhe auch das Pfandrecht bestellt wird, so ist jene Entscheidung des Marcian leicht zu begreifen, der die neue Belastung des Mündelguts mit einer neuen Hypothek in diesem Falle als dem Senatusconsult nicht entgegenstehend hinstellt. Schmidt schließt auch daraus, daß hier eine Cession vorliegen müsse, weil, da die Nov. 72 cap. V bestimmt habe, daß die Uebertragung von Forderungen gegen die Mündel auf die Vormünder durch Cession keine Wirkung haben sollten, unsere lex auch nicht in die Basiliken aufgenommen worden ist. Allein Authent. coll VI. Tit. 2, wo der Sinn jener Novelle etwas vollständiger dargelegt wird . . . „et mox efficiuntur eorum domini facultatum et non existentia forsitan debita subeunt, aut parvo pretio cessiones accipientes eorum etc.“ deutet darauf hin, daß nicht bloß der Erwerb von Forderungen gegen den Mündel vermittle Cession, sondern auch auf andere Weise, wie im vorliegenden Falle, verboten worden ist. Und auch deshalb kann die Stelle in den Basiliken nicht zur Aufnahme gelangt sein. Basil. XXXVIII. 9.

scheint noch am klarsten Bachovius in seinem *Tractatus de pign. et. hypoth.* Francf. 1627. lib. IV. Cap. XVIII p. 353 die Sachlage aufgefaßt zu haben: „At vero, bemerkt er, ubi conventum est de pignore et, ut pecunia ad priorem creditorem perveniat, et pecunia ipsi debitori soluta fuit, non dubitarim, quin ea sit nova hypotheca, quae per pactum de novo constituta est“.

Wunderbar legen sich jedoch die Glossatoren und Postglossatoren die Sache zurecht; so Bartolus bei l. 3 D. 20. 3, Salicetus bei l. 1 C. 8. 19, daselbst auch Peter und Jacob de Aret., endlich auch Neguzantius in seinem *Tract. de pignorib. et hypothecis* (Colon. Agripp. 1607.). Sie lassen den abfindenden extraneus zwei Pfandrechte erwerben, das alte des Abgefundenen und das neue durch den neuen Vertrag mit dem Schuldner erworbene.

So sagt Neguzantius l. c. pars V. membr. III num. 16.: ille, cujus pecunia solvitur primo creditori, acquirit duplicem hypothecam: unam ex persona propria vigore illius pacti, quod res sit sibi obligata: aliam ex persona prioris creditoris succedendo in ejus locum vigore pacti initi de succedendo.“

Schon Bachovius l. c. p. 340 (Cap. XV) hat jene Meinung mit folgenden Worten zurecht gewiesen:

„quin nec puto recte dici, quod iste ex persona primi creditoris habeat pignus, sed habet pignus jure proprio, cum praerogativa temporis et forte aliis jurebus, quae competierunt priori.“

Es gestaltet sich also das Sachverhältniß nach den bisherigen den Quellen entlehnten Grundzügen folgendermaßen:

Durch die Zahlung der Darlehnssumme an den ersten Pfandgläubiger ist dessen Forderung und Pfandrecht aufgehoben.

Gleichzeitig hat der neue Gläubiger gegen den bisherigen Pfandschuldner eine Obligation und kraft des bezüglichen Abkommens auch zur Sicherung derselben eine Hypothek erworben.

So würde nun das gegenseitige Verhältniß zwischen dem neuen Pfandgläubiger und dem Schuldner ohne irgend welche

Merkmale einer außergewöhnlichen Erscheinung darzubieten, bleiben und das neu begründete Pfandrecht des hinzutretenden Gläubigers mit Rücksicht auf die Zeit seiner Entstehung allen übrigen Hypotheken nachstehen. — Will der neue Gläubiger einer solchen Gefahr entgehen, will er insbesondere die bevorzugte Stellung des durch ihn abgefundenen Gläubigers einnehmen, so kann er dies nur durch eine hierauf bezügliche Stipulation mit dem Schuldner bewirken.

Schon Dernburg hat darauf hingewiesen, daß namentlich dieser Theil der hier behandelten Materie, wie diese überhaupt, ein von den Römischen Juristen ausgebildetes Institut ist. Ausgebildet im Interesse des Handelsverkehrs, insbesondere zu Gunsten des Schuldners, dem dieses Abfindungsgeschäft die Möglichkeit bietet, für ein Capital mit drückendem Zinsfuß ein anderes, ihm unter leichteren Bedingungen zur Disposition gestelltes, sich zu verschaffen.

Dem gegenüber erscheint es auch natürlich und folgerichtig, daß dem Schuldner — um jene Vortheile zu erreichen — gleichsam Mittel an die Hand gegeben werden, um dem ihm beistehenden neuen Gläubiger auch für die gebotenen Vortheile entsprechende größere Garantien zu bieten.

Man griff mit diesem Institut in die practischen Creditverhältnisse hinein, indem man die Lage bedrängter Schuldner gewissenlosen Gläubigern gegenüber zu heben suchte. Aber man konnte die Person desselben nicht umgehen, und, indem man zunächst nur sein Interesse im Auge hatte, schuf man ihm nur den Weg, den er zur Verbesserung seiner Lage selbständig einzuschlagen hatte.

Indem ihm also gleichsam in diesem singulären Falle in der Dispositionsbefugniß über eine Pfandstelle — lediglich zu seinen Gunsten — nur ein Hülfsmittel eingeräumt wurde; so sehen wir in dieser humanen Concession in ihren ursprünglichen und einfachsten Zügen eine Erscheinung, die entwickeltere Rechtsgrundsätze erweitert haben.

Wenn aber Dernburg die Nothwendigkeit jener auf die *successio* gerichteten Abrede zwischen dem neuen Gläubiger und dem Pfandschuldner bestreitet, und zur Begründung seiner Mei-

nung, daß hier das neu beſtellte Pfandrecht von ſelbſt in die Stelle des untergegangenen rückt, die Analogie der in *rem versio* auf dieſen Fall anwendet, und ſich auf l. 3 D. 20. 3. beruft, wo von einer ſolchen Convention keine Rede ſei; ſo möchte dem doch zu erwidern ſein, daß die hier behandelte Erſcheinung mit einer in *rem versio* auch nicht die entferntefte Aehnlichkeit darbietet. Dabei kommt doch hauptſächlich und in erſter Reihe der Begriff des privilegirten Pfandrechts in Frage. Von Anfang an nimmt das Pfandrecht Desjenigen, welcher zur Erhaltung oder Aufbefferung eines verpfändeten Gegenſtandes dem Schuldner Summen vorſtreckt, jenen Charakter an, und der kraft Privilegs erworbene Vorzug der neuen Hypothek vor älteren ſteht auch in dem Verhältniß zu dem vom neuen Gläubiger gebrachten Opfer: *hujus enim pecunia salvam fecit totius pignoris causam*. Sein Darlehn bringt einen Zuſtand der Melioration hervor, der dem Pfandobject für die Dauer bleibt. Dieſer dauernde beſſere Zuſtand des Pfandgegenſtandes wiegt aber ſchließlich die Belaſtung mit einer neuen Hypothek bei weitem auf.

Hier aber wird ein Pfandrecht zur Sicherung einer gewöhnlichen Forderung conſtituirt

Eine alte Hypothek erliſcht, es entſteht eine neue; die Lage des Pfandgegenſtandes wird an ſich nicht geändert; nur dem Schuldner werden vielleicht einige perſönliche Vortheile geboten, und das ſoll, wie bei einem privilegirten Pfandrecht, das Ueberſpringen der ganzen Reihe wohlbegründeter Hypotheken zur Folge haben?

Was aber das im Moment der Begründung des Pfandrechts bereits validirende Privileg dort bewirkt, das ſoll eben hier erſt die darauf bezügliche Vereinbarung anbahnen; daher diejenigen, welche kraft Privilegs *potiores in jure* ſind, von denjenigen, *qui in priorum creditorum locum succedunt*, ausdrücklich geſondert werden.

Und beſtimmt und deutlich wird jene Abrede in zwei Stellen verlangt, nämlich in l. 12 §. 8 D. 20. 4 und in l. 1 C. 8. 19. Beidemale wird verlangt, daß der *extraneus* es ſich

auch ausbedinge ut . . . et locum ejus subeat, bezw. et in locum ejus succedat.

Dernburg scheinen die letzten Worte der beiden, bereits oben reproducirten Stellen, wie einst dem Madaeus (de contractib. Francof. 1536 p. 365 n. 78.: „... vel non pertinet ad formam pacti nec intelligitur a paciscentibus dictum, sed in lege adscriptum velut consecutive“) ein Pleonasmus zu sein, nur um die Wirkung und den Erfolg zu markiren, er vermißt dies Requisit in l. 3 D. 20. 3 und zieht daraus den Schluß, daß Paulus als Zeitgenosse des Alex. Severus (l. 1 C. 8. 19) keine von der des Kaisers abweichende Bestimmung gegeben und also, wenn er sie für nöthig gehalten hätte, auch das Erforderniß jener Stipulation gewiß aufgestellt haben würde.

Allein abgesehen davon, daß das Verhältniß von 2 zu 1 der Stellen, die jene Abrede ausdrücklich fordern, zu derjenigen, welche dies Erforderniß nur einfach übergeht, ein der Dernburg'schen Annahme schon ungünstiges ist; so dürfte doch auch der erstere, negative Schluß, den Dernburg zieht, gerade zu den entgegengesetzten Consequenzen führen.

Es soll nicht geleugnet werden, daß Paulus nicht etwas von der Meinung des Kaisers Abweichendes wird bestimmt haben; aber wenn er ausdrücklich jene Convention nicht anführt, muß er sie dann auch schon für überflüssig gehalten haben?

Er greift nur ein Requisit des ganzen Abfindungsgeschäfts heraus; er sagt, es könne Niemand succediren, der sich nicht selbst eine Hypothek habe bestellen lassen — also vor allen Dingen ist die neue Verpfändung nothwendig. Daher kann die Stelle nur als ein Beleg dafür angeführt werden, daß eben unter allen Umständen für die successio des extraneus die Neuverpfändung nothwendig ist, aber für kein anderes Moment nach keiner Richtung hin.

Gerade dieser Punkt war bisher von der Glosse an wenig bestritten.

Der neu hinzutretende Gläubiger succedirt in den locus des Abgefundenen in der Weise, daß sein neu bestelltes Pfand-

recht die Stelle des eben aufgelösten einnimmt. Der locus bezeichnet demnach äußerlich nur den Rang.

Dem steht scheinbar l. 3 D. 20. 3 entgegen, in der es doch heißt: *neque enim in jus primi succedere debet etc.* Die Stelle bietet namentlich den Anhängern der Brinz-Windscheid'schen Theorie durch ihren Wortlaut einigen Anhalt. Indessen, wie wäre, wenn unter dem *succedere in jus* die derivative Succession in das erste Pfandrecht auf Grund einer Uebertragung desselben zu verstehen wäre, dann die Bemerkung des Paulus — *qui ipse nihil convenit de pignore* — welche, analog den übrigen Quellen, das Erforderniß der neuen Verpfändung bedeutet, zu erklären?

Der neue Gläubiger kann doch nicht auf einmal für seine Forderung, deren materieller Gehalt demjenigen der Forderung des abgefundenen Gläubigers gleichkommt, sich mit zwei Pfandrechten bedacht sehen: mit dem alten des abgefundenen Gläubigers und dem neuen, selbst erworbenen?

Wozu wäre dann die Bestellung des neuen Pfandrechts, wenn es sich bloß um die Uebertragung des alten handelte? vielmehr müßte gerade eine auf Uebertragung gerichtete Stipulation des neuen Gläubigers mit dem Pfandschuldner — wie dies die Quellen an anderer Stelle ausdrücklich hervorheben, — eine solche Wirkung haben.

Dieses „*succedere in jus pignoris*“ des Paulus kann demnach nur ganz äußerlich als ein Hinaufrücken in das Recht d. h. in das Prioritätsrecht der alten Hypothek aufgefaßt werden, eine Annahme, die übrigens durch die Fassung der betreffenden Basilikenstelle ihre Bestätigung erhält. Die Basiliken lib. XXV tit. 4. III reproduciren die Paulusstelle folgendermaßen: *ὁ δανειζὼν ἐπὶ τῷ προτέρῳ δανειστῇ οὐχ ὑπεισέρχεται τὸν τόπον αὐτοῦ, etc.* sie spricht also nur von einem *ὑπεισέρχεται τὸν τόπον!*

In ein ähnliches Dilemma käme man, wenn man in folgender Entscheidung Ulpian's l. 7 §. 5 und §. 6 D. de reb. eor. qui sub tut. 27. 9. „*Si obligavit rem tutor sine decreto. quamvis obligatio non valeat, est tamen exceptioni doli locus: sed tunc, quum tutor acceptam mutuum*

pecuniam ei solverit, qui sub pignore creditor erat. Idem videndum est, an et obligare ei rem possit? et dicendum est, si eandem sortem acceperit nec gravioribus usuris, valere obligationem, ut jus prioris ad sequentem transeat“ — unter diesen letzten Worten eine Uebertragung des ganzen Pfandrechts verstände. Dem Vormunde wird hier gestattet, das Mündelgut demjenigen, von welchem er ein Darlehn zur Abfindung eines Hypothefengläubigers erhalten hatte, zu verpfänden, jedoch so, daß das neue Pfandrechtsverhältniß den gleichen Umfang, wie vordem, behält. Die Verpfändung ist gültig, insoweit nur allein der äußere Umfang des Rechts des Abgefundenen und das Prioritätsrecht auf den Folgenden übergeht.

Die Bestellung des neuen Pfandrechts für den extraneus ist also das Fundament, auf dem sich die Succession des extraneus gründet, es ist hierfür die *conditio sine qua non*.

Hiernach construirt sich die Succession des extraneus unserer Meinung gemäß folgendermaßen:

Forderung und Pfandrecht des abgefundenen Pfandgläubigers werden aufgehoben, und das neu constituirte Forderungs- und Pfandrecht des abfindenden extraneus rückt in die Stelle jenes abgelösten Rechts des Abgefundenen kraft der hierauf gerichteten Vereinbarungen.

Wenn Papinian in der oben bereits reproducirten l. 3 §. 1 D. 20. 5. den Act der Neuverpfändung — als charakteristisches Merkmal eines ganzen Successionsfalles — dem Falle des Pfandverkaufs durch den Schuldner vergleichsweise gegenüberstellt (*nihil enim interest, debitor pignus datum vendidit, an denuo obliget*), so geht daraus hervor, daß eben bei der

II. Succession des Pfandkäufer

das Requisit des Verkaufs des verpfändeten Gegenstandes durch den Pfandschuldner jener neuen Verpfändung desselben bei dem bloßen Abfindungsgeschäft entsprechend ist; daß der Pfand-

verkauf hier das ist, was dort eben die Belastung mit der neuen Hypothek.

Vom Standpunkt des Schuldners aus erscheint die Parallele Papinians als eine keineswegs gesuchte, insofern, als ja gerade diese beiden Dispositionen des Schuldners über seinen Gegenstand häufig genug — als unter den gemeinsamen generellen Begriff der alienatio fallend nebeneinandergestellt werden. cfr. l. 38. D. de leg. III. (32).

Vom Standpunkt des Succedirenden aus gestaltet sich das Verhältniß jedoch ganz anders. Der äußere Act der Succession muß sich demnach auch ganz anders vollziehen. Dort war es die neue Verpfändung, welche dem extraneus die successio in locum prioris creditoris anbahnte. Hier aber geschieht einer solchen Neuverpfändung keine Erwähnung, und sie kann auch mit Rücksicht auf die Lage der Sache nicht stattfinden.

1) Sie wird nirgends erwähnt. L. 3 C. 8. 19 verlangt nur, daß der Kauf des Pfandobjects unter der Bedingung erfolge, daß der Kaufpreis zur Abfindung der potiores creditores an diese gelange.⁴⁾

2) Aber sie wäre auch im vorliegenden Falle mit Rücksicht auf die Construction der formula hypothecaria, welche verlangt, daß der zu verpfändende Gegenstand zur Zeit der Verpfändung in bonis debitoris sei (l. 15 §. 1 D. 20. 1; l. 3 pr. D. eod.; l. 23 D. 22. 3; l. 5. l. 6 C. 8. 16) undenkbar.

Sie wäre endlich hier, als eine vom Schuldner ausgehende Maßregel zur Sicherung von Rechten Anderer dem Käufer des ganzen Pfandobjects gegenüber gegenstandslos — während sie in dem Falle des Abfindungsgeschäfts eine natürliche Folge der dort gepflogenen Verhandlungen ist. — Das Recht, das der

4) Es geht übrigens aus dieser Stelle hervor, daß die Verabredung mit dem Schuldner, daß der Kaufpreis zur Abfindung angewandt werden soll, nothwendig ist; das „ut“ drückt hier den modus aus cfr. v. Buchholz Commentatio qui potiores in pignore sunt. Königsberg 1829 cap. VII p. 60: „verbum enim „ut“ modum exprimere satis notum est.“

Käufer an der Sache erwirbt! — das Eigenthum — geht jedoch über das des extraneus successurus hinaus.

Allein sein Eigenthumsrecht kann unter den Umständen, in welchen er es erworben, doch in mancher Beziehung gefährdet, die totale Herrschaft an dem erkauften Gegenstande doch vielfach verkümmert werden.

Schon der Umstand, daß, da er den Pfandgegenstand vom Schuldner erwirbt, er ihn auch mit der ganzen Last der darauf haftenden Hypotheken übernehmen muß, macht sein Recht ein wenig prekär. Der erste Pfandgläubiger könnte, so lange er mit seiner Forderung vom Schuldner d. i. vom Verkäufer, — falls nicht etwa der Käufer die Bezahlung der Pfandgläubiger in Anrechnung auf das Kaufgeld übernommen hat — die Pfandsache unabhängig vom jetzigen Eigenthümer zum Verkauf bringen, und diese Ausübung der Befugniß jenes Pfandgläubigers könnte der Käufer ohne erhebliche materielle Opfer nicht hindern.

Hier galt es nun, die offene Lücke, welche die starren Formen des Rechts schlugen, auszufüllen, der Verlegenheit, in die der Käufer gerathen kann, vorzubeugen; und die Kunst der Römischen Juristen hat diese Aufgabe mit bewundernswerther Gewandtheit gelöst.

Papinian führt in libr. II. resp. l. 2 D. 20. 5. ein Beispiel an, das, eine interessante Illustration Römischer Creditverhältnisse, nicht allein die häufige Nothwendigkeit eines solchen Pfandkaufs, sondern auch die Wirkungen eines solchen veranschaulicht:

„Fidejussor conventus officio judicis assecutus est, ut emtionis titulo praedium creditori pignori datum susciperet; nihilominus alteri creditori, qui postea sub eodem pignore contraxit, offerendae pecuniae cum usuris medii temporis facultas erit; nam hujusmodi venditio transferendi pignoris causa necessitate juris fieri solet.“

Wenn unter mehreren Bürgen einer dem Gläubiger seine Forderung bezahlt, so erwirbt er aus dem beneficium cendarum actionum die Obligation gegen die andern Bürgen

Wenn aber die Forderung eines Gläubigers zwiefach gesichert worden ist, durch Bürgen und Pfand, so kann der Bürge, wenn er den Pfandgläubiger befriedigt hat, fordern, daß er ihm seine Rechte mit Einschluß des Pfandrechts cedirt. (l. 2. C. de fidejuss. et mand. 8. 41. l. 11 C. eod. Accursius hierbei: *habet enim creditor necesse transferre pignora in fidejussorem, si ab eo pecuniam exigat*“.)

Hier hat offenbar der Bürge es verabsäumt, dieses Recht geltend zu machen; er hat aber mit seinem Gelde die Pfandforderung getilgt, diese ist demnach bei dem Mangel eines berechtigten Subjects untergegangen, und so, ohne reale Garantie, erscheint — zumal einem unsicheren Schuldner gegenüber — das vom Bürgen gebrachte Geldopfer gefährdet, insbesondere, da nun auch der nächste Pfandgläubiger die Pfandsache zum Verkauf bringen könnte.

In dieser bedrängten Lage kommen ihm das nobile officium des Römischen iudex zu Hilfe. Durch des Richters Vermittelung erwirbt er die Pfandsache vom Schuldner unter dem Titel des Kaufes, wobei als Kaufpreis dafür, oder wenigstens als Theil desselben die vom Bürgen für den Schuldner gemachten Auslagen in Anrechnung kommen.

Dann aber liegen alle die Requisite vor, welche die Quellen als zur Succession des Käufers nothwendig hinstellen. Der Bürge hat die Pfandsache gekauft, mit dem Kaufpreise ist ein Pfandgläubiger abgefunden worden — diese wirklich stattgehabte Thatsache läßt übrigens eine darauf bezügliche Stipulation schon eutbehrlich erscheinen.

Und auch Papinians Entscheidung liegt eine solche Succession zu Grunde.

Sie wird durch die Bemerkung, daß nichts destoweniger spätern Pfandgläubigern die Möglichkeit geboten wird, das jus offerendi gegen den fidejussor auszuüben, markirt.

Ein solcher Kauf war für den Bürgen nothwendig, damit ihm nicht summum jus summa injuria werde; Papinian stellt ihn als durch die necessitas juris geboten dar.

Alein, wie ist nun die Lage des Bürgen wesentlich gebessert? noch könnten ja, wie bereits hervorgehoben, die Pfand-

gläubiger, um sich bezahlt zu machen, ihrerseits zu einer anderweitigen Veräußerung der Pfandsache schreiten!

In den zwei Bemerkungen Papinians, daß nichtsdestoweniger der spätere Pfandgläubiger das *jus offerendi* gegen jenen ausüben kann und daß eine solche *venditio* des Pfandgegenstandes *transferendi pignoris causa* geschehe — liegt die Antwort.

Der Bürge ist in die Stelle des von ihm bezahlten ersten Pfandgläubigers gerückt.

Er hat nach der vorliegenden Entscheidung dem späteren Pfandgläubiger gegenüber die Rechte des abgefundenen erlangt, und muß offenbar dem ersteren nun auch als Pfandgläubiger entgentreten können, der mit Berufung auf seine Prioritätsstellung in der Reihe der Pfandgläubiger jeder Veräußerung wirksam begegnen kann, der auch das Recht erlangt hat, zu fordern, daß ihm der spätere Pfandgläubiger erst die Summe offeriren muß, welche er dem abgefundenen bezahlt hatte, nebst den Zinsen der Zwischenzeit: wenn dieser seinerseits die bevorzugte Stelle und damit das *Distraktionsrecht* erlangen will.

Andererseits, der Bürge, also der Käufer der Pfandsache, muß auch Pfandgläubiger geworden sein; denn sonst könnte wiederum gegen ihn das *jus offerendi* nicht ausgeübt werden, von dem hier die Rede ist.

Und in der That bestätigt dies die letzte Wendung der Stelle, in der es von einer *venditio transferendi pignoris causa* heißt.

Daß mit diesem *pignus*, von dem hier die Rede ist, nicht etwa die Pfandsache selbst gemeint sein kann, liegt klar auf der Hand; denn dann wären die Worte *transferendi pignoris causa* ganz überflüssig: ja, die besondere Hervorhebung derselben hätte absolut keinen Sinn, da in der *perfect* gewordenen *venditio* schon die Uebertragung der Pfandsache liegt und zu Eingang der Stelle bereits angedeutet ist, daß der Käufer sie übernommen hat; das Ende stände gewissermaßen im Widerspruch mit dem Anfang.

Dieses „*pignoris*“ am Ende der Stelle correspondirt vielmehr genau mit dem „*pignori*“ an der Spitze derselben, dort

bedeutete es weiter nichts, als das Pfandrecht, welches der nunmehr abgefundenen Gläubiger an dem Grundstück eingeräumt erhalten hatte, und dieselbe Bedeutung hat es auch hier. Und nun erhält die letzte Wendung der Stelle insofern eine ihres Autors würdige Prägnanz, als sie besagt, daß ein solcher Pfandkauf, wie er da geschildert worden ist, zum Zweck der Uebertragung eines Pfandrechts aus einer Rechtsnothwendigkeit zu geschehen pflege: denn — ist zu ergänzen — sie schützt den Käufer vor den unverdient harten Consequenzen mancher gesetzlich sanctionirten Rechtsgeschäfte.

Es ist selbstverständlich, daß das Pfandrecht, welches auf den Käufer übertragen wird, nur das des abgefundenen Pfandgläubigers sein kann, und, indem mit diesem Pfandrecht der Käufer nothwendig auch dessen Pfandstelle erlangt, construirt sich demnach hier seine successio in den locus des Abgegebenen als eine „derivative“, als eine durch den Erwerb des Pfandrechts vermittelte. Aber auch nur durch den Erwerb des Pfandrechts vermittelte, denn daß der Käufer auch irgend eine Obligation erwerbe, ist der Natur der Sache zuwider. Die des abgegebenen kann es nicht sein, denn sie erlischt mit dem Augenblick seiner Befriedigung; eine naturale aber, wie sie Schmidt hier annimmt, wird nirgends erwähnt, und wir sind zur Annahme einer solchen auch durch nichts genöthigt.

Die Qualität des Käufers als Pfandgläubiger hat demnach auch keine — so zu sagen — materielle Bedeutung; es ist eine rechtliche Fiction zu Gunsten des Käufers; die Fortdauer und Uebertragung der von ihrer Obligation abgelösten Hypothek eine — übrigens nicht ganz vereinzelt stehende ⁵⁾ — von den römischen Juristen selbst für nothwendig erachtete Ausnahme einer Fundamentalregel; eine Ausnahme, deren Motiv das Princip der aequitas gewesen ist.

Daher die Quellen besonders „den Schutz“ hervorheben, den der Käufer durch diese Succellion erlangt und zwar den Schutz gegen die folgenden Pfandgläubiger:

l. 3 C. 8. 19. „in jus eorum successisti et contra

5) cfr. l. 30 §. 1 D. de exc. rei jud. 44. 2.

eos, qui infirmiores illis fuerunt, justa defensione te tueri potes.“

l. 17 D. 20. 4. „eatenus tuendum etc.“

Der enge Zusammenhang der Sätze in der ersteren Stelle, ihre besonders nahe Verknüpfung — „successisti et tueri potes“ — ergibt, daß diese „justa defensio“ des Käufers gegen die späteren Pfandgläubiger ein Ausfluß des Rechts sein muß, in das er succedirt, mittelbar also ein Ausfluß des Rechts jener abgefundenen Gläubiger, und das ist: die Berufung auf die größere Stärke des an bevorzugter Stelle belegenen Pfandrechts.

Schon diese eine l. 3 C. 8. 19 müßte genügen, um die Annahme Dernburgs, daß die Succession des Käufers dadurch hervorgebracht werde, daß sein Eigenthum in die Stelle des Pfandrechts des Abgefundenen trete, zu widerlegen; allein ihr stehen auch innere Gründe entgegen.

Die hypothekarische Succession umfaßt nicht den Begriff des Eigenthums und die Nachfolge desselben, ihre äußere Bezeichnung deutet schon darauf hin, daß es sich lediglich um Pfandrechte und deren Wandelungen handeln muß. — Dann aber widerstrebt die vollständig ungleichartige Natur dieser beiden Rechte, daß das eine unter dem Begriff der Succession dem andern coordinirt wird. Es ließe sich ferner die mehrfach angedeutete Bestimmung der Quellen, daß die nachfolgenden Pfandgläubiger das jus offerendi gegen den Käufer ausüben können, nicht erklären, wenn man erwägt, daß dieses Recht ihnen nur einem Pfandgläubiger gegenüber gegeben ist.

Endlich könnte auch Paulus in der mehrerwähnten l. 17 D. 20. 4. nicht sagen:

„eum, qui a debitore suo praedium comparavit, eatenus tuendum, quatenus ad priorem creditorem ex pretio ejus pervenit.“

Der Schutz des Käufers gegen die nachfolgenden Pfandgläubiger erstreckt sich nur auf und für denjenigen Theil des Kaufpreises, welcher zur Befriedigung des Abgefundenen angewandt worden ist.

Er kann daher nicht ein Ausfluß des Eigenthums sein, denn dieses ist mit dem ganzen pretium erworben.

Die Succession des Käufers vollzieht sich demnach nur dadurch, daß er mit dem Pfandrechte des abgefundenen Pfandgläubigers auch den locus desselben — jedoch weder eine civile noch eine naturale Obligation — erlangt, und also thatsächlich in die Stelle des abgefundenen Gläubigers tritt.

Was schließlich das Verhältniß des diesem Letzteren nachstehenden Pfandgläubigers betrifft, so wird es sehr deutlich in l. 1 C. 8. 20 dargelegt:

„Si vendidisset, qui ante pignus accepit, persecutio tibi hypothecaria superesse non posset. Cum autem debitor ipsi priori creditori eadem pignora in solutum dederit, vel vendiderit, non magis tibi persecutio adempta est, quam si aliis easdem res debitor vendidisset. Sed ita persequens res obligatas audieris, si, quod eidem possessori propter praecedentis contractus auctoritatem debitum est, obtuleris.“

Der Anfang der Stelle behandelt den Satz, daß dem nachfolgenden Pfandgläubiger gegen denjenigen Käufer der Pfandsache, welchem sie von dem ersten Pfandgläubiger kraft des demselben zustehenden Distraktionsrechts veräußert ist, eine Klage nicht gegeben ist.

Aber in der zweiten Hälfte wird erklärt, daß dem Nachpfandgläubiger, wenn auch keine Pfandklage, so doch das jus offerendi gegen den Pfandgläubiger zusteht, welchem der Pfandschuldner den Pfandgegenstand an Zahlungsstatt gegeben oder verkauft hat.

Geht daraus also, wie mehrfach hervorgehoben, die Fortdauer des Pfandrechts bei dem Käufer hervor, so leuchtet doch auch andererseits ein, daß von einer gleichen Fortdauer einer Obligation in beiden Fällen nicht die Rede sein könne.

Die Forderung ist durch den Verkauf der Sache sowohl, als durch ihre Hingabe an Zahlungsstatt von Seiten des Schuldners compensirt worden. Von dem Verbleib einer civi-

len oder naturalen Obligation, wie sie Schmidt hier annimmt, wird daher auch nichts erwähnt.

Noch weniger verträgt sich die Annahme einer solchen Fortdauer der alten Obligation mit der

III. Novation der Pfandforderung; Succession auf Grund derselben.

Begriffsmäßig muß hier in erster Reihe die alte Forderung untergehn und eine neue entstehen. Diese an und für sich so selbstverständliche Grundregel, welche nothwendig der in allen Fällen der hypothekarischen Succession die unumschränkte Herrschaft beanspruchenden Cessionstheorie entgegensteht, hat auch den größten Theil ihrer Anhänger veranlaßt, ihre Lehre im Falle der Novation ausdrücklich auszuschließen.

Außer Buchta und etwa Zaun sucht jedoch am energischsten nur noch Schmidt auch hier die Haltbarkeit seiner Doctrin zu begründen.

Ausgehend von l. 3 D. 20. 4, in der Marcian vom novirenden Gläubiger bemerkt: *superioris temporis ordinem manere priori creditori*, „tanquam“ in suum locum eum succedere, behauptet Schmidt, daß eine successio in suum locum in Wahrheit nicht existire. „Das römische Recht“ sagt er „gestattet nämlich in der That dem Pfandgläubiger, welcher die Pfandschuld, sei es durch denselben Schuldner, sei es durch einen andern Schuldner noviren läßt, und dadurch in der Regel die frühern Pfandrechte verliert, ausnahmsweise insofern, als er für die neu entstandene Schuld gültig die alten Pfänder wieder aufnimmt, für das neu erhaltene Pfandrecht bis zum Betrage der alten Schuld die alte Priorität anzusprechen, „als ob er in seine eigne Stelle succedirt wäre“.

Dem steht nun aber der Wortlaut der l. 12 §. 5 D. 20. 4. entgegen, in der es doch ausdrücklich heißt:

Si prior creditor postea novatione facta eadem pignora cum aliis acceperit, „in suum locum eum succedere“. Sed, si secundus non offerat pecuniam, posse priorem vendere, ut primam tantum pecuniam expensam ferat, non etiam, quam postea credidit, et

quod superfluum ex anteriore credito accepit, hoc secundo restituat.

Allein hier, meint Schmidt, gehe, da bei der Novation sich der Gläubiger die alten Pfänder vorbehalten habe, die frühere Obligation nicht gänzlich zu Grunde, sondern es bleibe eine Naturalobligation mit dem alten Pfandrecht bestehen. Und dann fährt er fort: „Es bestehen thatsächlich zwei Pfandrechte, welche dem Pfandgläubiger zur Seite stehen, das neuere schwächere Pfandrecht, und für den Fall der Unzulänglichkeit desselben das alte stärkere Pfandrecht.“

Nirgends, meinen wir, erscheint die Aufstellung eigener Combinationen und Hypothesen so gewagt und bedenklich, als gerade in diesem Theil des Römischen Pfandrechts.

Wenn irgendwo die Fortdauer einer Naturalobligation „propter pignus“ nach dem Erlöschen der civilen als unumgänglich nothwendig in der Natur eines bestimmten Falles begründet erschien, so ist sie noch stets von den Römischen Juristen selbst herausgefunden und erwähnt worden.

Wenn in l. 59 D. ad Stc. Trebell. 36. 1 Paulus selbst sagt „Remanet ergo propter pignus naturalis obligatio“, so acceptiren wir dies im Hinblick auf die eigenartige Natur des uns dort vorgetragenen Falles, der die Fortdauer der Naturalobligation als eine ganz natürliche, der Natur der Sache angemessene, erklärlich macht.

Aber hier ist man nicht, wie dort zur Annahme einer Naturalobligation genöthigt und es wird daher auch einer solchen mit keiner Sylbe gedacht.

Damit behebt sich aber auch der letzte Passus der Schmidt'schen Argumentation. Es bleibt eine Obligation des novirenden Gläubigers übrig, die civile neue; und die ist nicht gleichzeitig mit zwei Pfandrechten, einem stärkeren und einem schwächeren versehen.

Ein Pfandrecht genügt dem Gläubiger für eine ihrem Gehalt nach gleiche Forderung, wie die novirte es gewesen; aber die Frage entsteht, welches Pfandrecht nun der neuen Obligation zur Seite stehe, da doch nach l. 18 D. 46. 2 die Novation der Hauptforderung auch den Untergang der damit

verbundenen Hypothek nach sich zieht und von einer Neuverpfändung hier Nichts erwähnt wird.

Allein l. 11 §. 1 D. de pign. act. 13. 7: „Novatio autem debiti obligatum pignus perimit, nisi convenit, ut pignus repetatur“ und l. un. Cod. etiam ob chirogr. §. 27. „pignus intercedit, si novatione facta in alium jus obligationis transtulisti, nec, ut ea res pignoris nomine teneretur, cautum est“ bestätigen indirect, daß auch bei der Novation der Forderung das Pfandrecht fortbauern kann, wenn dies vorbehalten war.

Aus der ersten Stelle dürfte ebenso, wie aus der zweiten die Schlußfolgerung e contrario zu ziehen sein, novatio debiti pignus non perimit, si convenit.

Wenn also auf Grund der zwischen dem novirenden Gläubiger und seinem Schuldner getroffenen Uebereinkunft das alte Pfandrecht der neuen Forderung vorbehalten wird, dann erfolgt jene successio in suum locum.

Nichts anderes nämlich besagt jene von Schmidt so künstlich interpretirte l. 12 §. 5 D. 20. 4.

Aber sie erklärt doch nur ganz einfach, wenn auch die etwas concrete Fassung im ersten Augenblick eine andere Bedeutung zu haben scheint: wenn der erste Pfandgläubiger bei Eingehung der Novation die alten Pfänder mit anderen wieder aufnimmt, so succedirt er in seine frühere Stelle. — Die alten Pfänder bezeichnen offenbar nichts anderes, als das alte Pfandrecht, welches ihm vor der Novation an gewissen Objecten zustand; und, indem ihm nunmehr allerdings hierzu noch andere Gegenstände zu seiner Sicherheit verpfändet werden, so stehen ihm thatsächlich nach dem Wortlaut der Stelle zwar zwei Pfandrechte zu, aber diese Thatsache dürfte in folgendem Umstande ihre Erklärung finden.

• Wenn die novirenden Theile bei diesem Rechtsgeschäft der Schuldverneuerung über den Betrag der alten Obligation hinausgehen, so erscheint es natürlich, daß der Gläubiger zur mehreren Sicherheit außer dem Pfandrecht an den alten Objecten, welche für die vergrößerte Forderung nicht mehr genügen können, auch ein solches an andern eingeräumt erhält.

In unserem Falle ist ein solches zwiefaches Pfandrecht offenbar angenommen. Es ist das alte an den bisher bereits verpfändeten Gegenständen und ein neues an anderen Objecten. Aber diese beiden Pfandrechte bestehen nebeneinander für den ganzen Betrag der neu entstandenen Schuld; nur gestaltet sich das Verhältniß so, daß das alte Pfandrecht genau demjenigen Betrage der neuen Forderung, welcher in seiner Höhe der novirten Obligation entspricht, zur Sicherung dient, während das neue Pfandrecht an den „anderen“ Objecten lediglich zum Schutz des über den Bestand der alten Schuld hinausgehenden Betrages der neuen dient.

Dasjenige Pfandrecht, welches den bisherigen Theil der neu entstandenen Forderung sichert, behält nun aber denselben bevorzugten Platz, der dem novirenden Gläubiger zuvor zustand. Deutlich ergiebt sich dies aus dem Schlußsatz unserer Stelle, in der es heißt, daß, wenn der zweite Pfandgläubiger ihm nicht offerirt, er den Pfandgegenstand verkaufen könne, um durch den Erlös sich bis zum Betrage der ersten Schuld bezahlt zu machen, nicht aber auch bis zu dem hierüber hinausgehenden Betrag der neuen Forderung.

Das Neubegründete Pfandrecht, das diesen Mehrbetrag sichert, nimmt vielmehr ganz natürlich den der Zeit seiner Entstehung nach ihm zukommenden Rang ein.

Hieraus geht andererseits wieder *e contrario* hervor, daß jenes den Betrag der alten Forderung schützende Pfandrecht dasselbe alte sein muß, das der *novans creditor* bis dahin gehabt hatte; es wäre sonst nothwendig, daß sich der novirende Pfandgläubiger bei Eingehung der Novation den alten Vorrang vorbehalten müßte; es müßte hierbei eine Stipulation erfordert werden, gleichwie sie bei dem *extraneus successurus* als wesentlich verlangt wird: „*ut in priorem locum succedat.*“ Wir sehen, daß das neue Pfandrecht, welches nach der Novation entsteht, der Entscheidung Papinian's nach an das Ende der ganzen Reihe bisher begründeter Hypothekenrechte gelangt, und diesem Schicksal könnte auch das dem alten Schuldbetrag entsprechende Pfandrecht nicht entgehen, wenn es eben, wie es Dernburg verlangt, ein Neubegründetes wäre,

oder vielmehr: der ganzen neuen Obligation ſtünde nach dieſer Theorie ein neues Pfandrecht zur Seite, das dann die letzte Stelle einnehmen würde.

Wenn aber Papinian dem Pfandrecht, das dem alten Forderungsbetrage entspricht, die alte Prærogative zuerkennt, ſo kann es eben nur das alte ſein, welches kraft der zwischen den novirenden Theilen erfolgten Stipulation den Untergang der Hauptobligation überdauert, und zur Sicherung eines Theilbetrages der neuen Schuld vorbehalten worden iſt.

Dann erübrigt ſich auch der ausdrückliche Vorbehalt des alten Pfandlocus, den der extraneus für ſeine neue Hypothek dem Schuldner gegenüber geltend machen mußte. Denn mit demſelben Pfandrecht erwirbt der novans auch ipso jure den locus deſſelben; und inſofern kann von einer successio in suum locum die Rede ſein, als der Pfandgläubiger trotz der geſchehenen Novation, trotz des Untergangs der alten Schuld für eine neue die vollſtändige Sicherheit, wie ſie früher beſtand, wiedererlangt.⁶⁾ Da dieſe aber und der ganze praktiſche Werth der zwischen Gläubiger und Schuldner abgeſchloſſenen Verhandlungen in dem Feſthalten der alten bevorzugten Stellung des novirenden Pfandgläubigers gipfelt, ſo ſehen wir in l. 3 D. 20. 4 gerade dieſes Moment beſonders hervorgehoben: „superioris temporis ordinem manere priori creditori“, und ſo, fährt der Jurist fort, ſuccedit er gleichſam in ſeine eigene Stelle! Die Neuheit dieſer Erſcheinung mag dieſes „tanquam“ veranlaßt haben! und gegen die Schmidt'sche Argumentation ſpricht hier auch ſchon die grammatikale Conſtruction.

6) cf. Gaill observationes lib. 2 obs. 30 n. 10: „An autem pignora in novatione repetita censeantur cum privilegio prioritatis repetita? habemus elegantem textum, quod sic in l. 3 D. 20. 4.“

Eine vollſtändige Verſenkung des Sachverhalts liegt aber den Argumentationen von Rudaeus und Geſterding zu Grunde, von denen der Erſtere wörtlich ſagt (de contractibus p. 365 n. 76): „sed certa talis translatio non potest intelligi locum habere, quando creditor succedit in suum ipsius locum: nihil enim ipse in se transfert. Adde, quod, quum prior obligatio personalis, tunc jure novationis manifeste extinguatur, ex consequenti hypothecam, quae illi annexa fuit, tolli necesse est; nova hypotheca contrahitur nova conventionione“ Ebenſo Geſterding.

Die Construction dieses Successionsfalles ist demnach, wie die des vorigen, die von der Brinz-Windscheid'schen Theorie verfochtene:

Die alte Obligation geht gänzlich unter; nur das alte Pfandrecht bleibt; mit diesem erwirbt der novirende Gläubiger den alten Pfandlocus.

IV. Die successio ex jure offerendi.⁷⁾

Auf die eigenartige Natur dieser successio ex jure offerendi ist schon oben hingedeutet worden. Jene wesentlichen Voraussetzungen aller bisherigen Successionsarten, die Vereinbarungen zwischen dem succedirenden Gläubiger und dem Pfandschuldner fallen hier weg. Ueberhaupt ist die Person des Schuldners hierbei völlig gleichgiltig; an seine Zustimmung sind die Gläubiger nicht gebunden; ja l. 12 §. 6 D. 20. 4 spricht es aus, daß sich der spätere Pfandgläubiger des jus offerendi sogar wider den Willen des Schuldners bedienen könne.

In der Regel hat die Zahlung der Schuldsomme durch einen Dritten für den Schuldner, auch ohne den Willen desselben alle Wirkung einer von ihm selbst geleisteten Zahlung: l. 23 l. 53 l. 72 §. 2 D. 46. 3.

Allein der zahlende Dritte wird deshalb noch nicht in die Stelle des abgefundenen Pfandgläubigers rücken; er erlangt höchstens dem Schuldner gegenüber nur das Recht, sich etwa mit der actio negotiorum gestorum an diesen zu halten.

Im vorliegenden Falle zahlt der offerirende Pfandgläubiger gleichfalls invito debitore und nichts destoweniger succedirt er in die Stelle des abgefundenen Pfandgläubigers.

Dieser Erscheinung muß demnach eine ganz besondere ratio zu Grunde liegen.

Jener Dritte, welcher für den Schuldner zahlt, muß gewissermaßen als der Vertreter desselben angesehen werden.

Demgemäß verfolgt er bei der Zahlung für den Schuldner auch die Intentionen desselben; Zweck und Wirkung seiner Zahlung sind dieselben, als wenn sie von dem Schuldner selbst

7) cfr. Zimmermann, Archiv Bd. 53 S. 388 ff.

geleistet worden wäre: Aufhebung der Obligation und Lösung des Pfandrechts des befriedigten Gläubigers. Thatsächlich besorgt er nur das Geschäft eines Andern, des Schuldners.

Von dem offerirenden Pfandgläubiger gilt dies nicht, denn er führt nicht die Angelegenheit eines Andern aus, sondern seine eigene, wie es in l. 12 §. 6 D. 20. 4 heißt.

Es wird sich empfehlen, hier etwas näher auf diese das Wesen des jus offerendi näher darlegende Stelle einzugehen; sie lautet:

„Sciendum est, secundo creditori rem teneri etiam invito debitore, tam in suum debitum, quam in primi creditoris, et in usuras suas, quas primo creditori solvit. Sed tamen usurarum usuras non consequetur. Non enim negotium alterius gessit, sed magis suum. Et ita Papinianus lib. III. respons. scripsit et verum est.“

Was zunächst hier ins Auge fällt, ist das Hervorheben des Gedankens: „non enim negotium alterius gessit, sed magis suum.“ Die Worte haben zu mancherlei Zweifel Anlaß gegeben.

An einen negotiorum gestor im technischen Sinne ist hier aber sicherlich nicht zu denken; Marcian müßte sonst seiner Ausdrucksweise nach — „sed magis“ — den offerirenden Pfandgläubiger mit einem jener negotiorum gestores identificiren, qui non domini contemplatione, sed sui lucri causa negotia gesserint. Dann müßte aber auch dem Pfandschuldner gegen den offerirenden Pfandgläubiger die actio negotiorum gestorum directa zustehn, da ja (l. 6 §. 3 D. 3. 5) et is tenetur neg. gest. actione, qui se immiscens negotiis alienis, suo lucro, non domini commodo studet, ideoque suum potius, quam domini negotium gessisse dicitur und anderseits hätte der offerens die actio neg. gest. contraria gegen den Schuldner, quatenus hic locupletior factus fuisset.

Aber sowenig, wie die materielle Lage des Schuldners durch die Ausübung des jus offerendi irgendwie alterirt wird, ebensovwenig ist die Anwendung der actio neg. gest. nach

irgend einer Richtung hin hier quellenmäßig festgestellt, oder auch nur denkbar.

Zu welchen Consequenzen führte überdies eine solche! Wäre der Begriff der neg. gestio hier maßgebend, so müßte endlich von dem das jus offerendi ausübenden Pfandgläubiger gelten, was Julian von dieser soeben besprochenen Art von neg. gestores überhaupt sagt: *improbè ad negotia mea accessit!*

Indessen auch eine grammaticale Auslegung der Stelle rechtfertigt jene Annahme nicht. Der von Marcian gebrauchte Ausdruck „sed magis“ kann nicht so aufgefaßt werden, als ob dadurch angedeutet werden sollte, der offerirende Pfandgläubiger führe theils des Schuldners, theils — und zwar vorwiegend — sein eignes Geschäft aus. An und für sich wird das „magis“ vielfach und gerade in solcher Verbindung mit der Partikel „sed“ von den Römischen Juristen synonym mit „rationabilius“ gebraucht (cfr. Dirksen Manuale s. v. §. 3). Dann heißt es also in der Stelle von dem offerens: denn er führt nicht das Geschäft eines andern aus, sondern vielmehr, natürlicher, sein eigenes.

Daß dies allein die wahre Anschauung der Alten gewesen ist, darauf deutet auch der Text der Basiliken zu dieser Stelle hin; dort ist das Wort „magis“ gänzlich unberücksichtigt geblieben und die Verbindung des Gedankens nur durch das Wort „sed, ἀλλ’“ hergestellt; Basil lib. XXV. Tit. V. Heimb. III. p. 81: „οὐκ ἀπαυτεῖται δὲ τόκους τῶν δοθέντων τῷ πρώτῳ τόκων οὐ γὰρ τοῦ χρεώστου, ἀλλ’ ἰδίου ἐπραξε πραγματείας τρόπον.“

Wenn nun aber der offerirende Pfandgläubiger sein „eignes“ Geschäft ausführt, so wird er zunächst gewiß nicht das beabsichtigen, was allein dem Schuldner Vortheil bringt und keineswegs in seinem Interesse liegt; er wird nicht daran denken, den Schuldner von seiner Verbindlichkeit zu befreien, durch die offerirte Summe die Forderung des Vorpfandgläubigers zu tilgen und sein Pfandrecht zu lösen. Das hätte für ihn, der zu dieser Maßregel nicht die Veranlassung vom Schuldner empfing, keine praktischen Folgen.

Wie aber würde man sich dann theoretisch die Succession des offerirenden Gläubigers zu denken haben? Von einer neuen Bestellung des Pfandrechts kann hier, für den posterior creditor, der aus eigenem Antriebe handelte und zu Vereinbarungen mit dem Schuldner nach dieser Richtung hin keine Gelegenheit hatte, keine Rede sein. Demgemäß müßte die Zahlung an den Vorpfandgläubiger nur die Wirkung haben, daß die erste Stelle leer wird, ausfällt, und die späteren Hypotheken der Reihe nach vorrücken.

Dernburg füllt diese Kluft, während sie Gesterding und Becmann einfach mit unverständlichem Stillschweigen übergangen, wiederum mit seiner Theorie von der in rem versio aus.

Aber die Analogie der in rem versio hat noch weniger Berechtigung hier als bei der successio des extraneus. Jenes Moment, daß bei der in rem versio immer das Interesse des Schuldners und die dauernde Emendation des Pfandgegenstandes maßgebend sein muß, fällt hier eben gänzlich fort.

Bei der in rem versio liegt der Schwerpunkt im Interesse des Schuldners, beim jus offerendi im eignen Vortheil des offerirenden Gläubigers: l. 5 D. 20. 5: „servandi sui pignoris causa videtur pecuniam dedisse.“

Das jus offerendi ist den späteren Pfandgläubigern zur Verbesserung ihrer eignen persönlichen Lage gegeben, es ist ihr beneficium haud ignobile, wie Haubold sagt.

Daher, wenn sie dieses jus offerendi ausüben, denken sie lediglich nur an sich; sie führen ihr eigenes Geschäft aus: sie zielen auf den Erwerb der gesammten vorderen Pfandforderung mit allen ihren Prärogativen der Zeit und des Ortes ab.

Der Gedanke „non enim negotium alterius gessit, sed magis suum“ dient in l. 12 §. 6 D. 20. 4 folgender Entscheidung zum Motiv:

„Man muß wissen, daß dem zweiten Gläubiger auch gegen den Willen des Schuldners der Pfandgegenstand sowohl für seine Forderung, als auch für die des ersten Gläubigers und für die Zinsen haftet, welche er diesem gezahlt hat; aber Zinseszinsen wird er nicht erlangen.“

Klar genug legt Marcian hier dar, daß auch die Forderung des erſten Gläubigers ſo auf den zweiten übertragen wird, daß nunmehr zwei in einer Perſon vereinigt werden, welche beide durch denſelben Gegenſtand geſichert ſind. Die Sache haftet ihm auch für die dem erſten bezahlten Zinſen.

Indem der Gläubiger in ſeinem Namen und Intereſſe den Vormann befriedigt, bewirkt er, daß die geſammte Pfandforderung auf ihn übergeht; ihm haftet nun das Pfand auch für das *debitum primi creditoris*; ſachlicher läßt es ſich nicht ausdrücken, daß auch dieſelbe Forderung des erſten Gläubigers dem zweiten zuſteht, als es hier Marcian thut.

Mit der Pfandforderung des erſten Gläubigers erwirbt aber der zweite nothwendig das mit der erſten Hypothek verbundene, allein wirſame *jus distrahendi* (l. 5 pr. D. 20. 5), und hierdurch ſtärkt er auch ſein urſprüngliches Pfandrecht:

l. 22 C. 8. 14: „*secundus creditor offerendo priori debitum, confirmat sibi pignus, et a debitore sortem ejusque tantum usuras, quae fuissent praestandae, non etiam usurarum usuras accipere potest*“,

und kann nun von dem Schuldner dasjenige Kapital und die Zinſen, die an den erſten zu leiſten geweſen wären, empfangen; und da er thatſächlich in dasſelbe Forderungsrecht des erſten eintritt, ſo kann er Zinſes-Zinſen nicht erlangen.

In das geſammte Rechtsverhältniß tritt der offerirende Pfandgläubiger ein; mithin erlangt er auch die beſonderen Vergünstigungen, welche Attribut des erſten Pfandrechts ſind.

Der Schlußtheil der l. 3 D. quae res pig. 20. 3 heißt:

Paulus libr. III. quaest. „... Denique si antiquior creditor de pignore vendendo cum debitore pactum omisit, non per oblivionem, sed quum hoc ageretur, ne posset vendere, videamus, an dici possit, hucusque transire ad eum jus prioris, ut distrahere pignus huic liceat? Quod admittendum puto: saepe enim, quod quis ex sua persona non habet, hoc per extraneum petere potest“.

Dieſen Theil haben die meiſten Schriftſteller bis auf Schmidt nicht auf den offerirenden ſpäteren Pfandgläubiger,

ſondern auf den darleihenden extraneus bezogen. So ſprach dies ſchon ausdrücklicb Pachovius in ſeinem Tractat. lib. IV. cap. XVI. p. 344 aus, der hierin dem Cujacius gefolgt zu ſein ſcheint.

Indeſſen erſcheint es unzweifelhaft, daß Paulus, der zu Anfang der Stelle von dem Verhältniß des extraneus und des Käufers ſpricht, am Schluß, im Gegenſatz hierzu, das Weſen der Oblation und die Succellion auf Grund derſelben beleuchten will.

Er ſtellt hier in dieſem Schlußſatz 2 Pfandgläubiger einander gegenüber: den erſten, welcher das Pfandveräußerungsrecht hat, und den nachfolgenden, welcher es nicht hat, und es auch dann nicht erlangen könnte, wenn, falls die erſte Hypothek auf irgend eine Weiſe beſeitigt würde, die ſeinige naturgemäß in die Stelle derſelben rücken würde. Dann würde übrigens erſt die Wirkung jener hier bezeichneten Vereinbarung zwiſchen dem Schuldner und dem ſpäteren Pfandgläubiger — daß dieſer das Veräußerungsrecht nicht ausüben dürfe — beſonders hervortreten (denn der ſpättere Pfandgläubiger kann ein ſolches Veräußerungsrecht auch ohne jene Vereinbarung nicht wirksam ausüben!). Dann würde er ſich des furtum ſchuldig machen, wenn er gegen die Vereinbarung ohne vorangegangene dreimalige Ankündigung veräußerte (l. 1. l. 5. D. de pign. act. 13. 7).

Gehen wir aber einmal vom Gegentheil aus. Vorausgeſetzt, es handle ſich um die ſuccessio des extraneus; Paulus habe ſagen wollen, daß durch die ſuccessio des extraneus dergleichen Vereinbarungen, wie, daß der Succedirende das Pfandveräußerungsrecht nicht haben ſolle, joſort wieder annullirt werden; welche Bedeutung hätten dann überhaupt ſolche Abreden? Wird der Schuldner, dem es nicht unbekannt ſein wird, daß das ſuccedirende Pfandrecht die ſämmtlichen Vortheile der erſten Stelle von ſelbſt erlangt, auf dieſe, ſo bald gegenſtandsloſe Bedingung überhaupt beſtehen? Welchen Zweck hätte ſie dann für ihn?

Nichts anderes kann der Sinn der Stelle ſein, als:

- Das geſammte Rechtsverhältniß des vorderen Pfandgläu-

bigers geht so auf den successor ex jure offerendi über, daß auch die besonderen damit zusammenhängenden Einzelrechte, selbst unter solchen Umständen, wie die vorliegenden sind, auch wenn der successor vorher persönlich ein pactum de non vendendo abgeschlossen hatte, dennoch dann bei ihm ihre ganze Bedeutung behalten; eben weil sie lediglich ein Ausfluß dieses selben Rechtsverhältnisses sind. Hierauf deuten namentlich die Worte hin: „quod quis ex sua persona non habet, hoc per extraneum petere potest.“

Der zweite Gläubiger, von seinem persönlichen Standpunkt aus, hat das jus distrahendi nicht, er erwirbt es erst durch die Person eines Andern, des ersten Pfandgläubigers.

Die Anhänger der Brinz-Windschheid'schen Theorie könnten hier den Einwurf machen, diese Paulusstelle müsse, da das jus vendendi doch nur ein accessorium der Hypothek und nicht der Obligation sei, sich doch höchstens nur auf die Uebertragung des Pfandrechts, nicht jedoch des Forderungsrechts beziehen, also insbesondere mit dem „hucusque transire ad eum jus prioris“ nur das Pfandrecht gemeint sein.

Allein wie sollte dies ermöglicht werden? Bei der Novation und im Falle der emtio sprechen die Quellen selbst von einem Vorbehalt des Pfandrechts seitens des Succedirenden gegenüber dem Schuldner. Allein hier, wo sich nur Gläubiger und Gläubiger gegenüberstehen, wie kann der eine dem andern die bloße Hypothek übertragen, oder wie soll man die fingirte Cession einer solchen annehmen. Dem Römischen Recht zum Mindesten ist dies gänzlich fremd, die Quellen schweigen.

Was aber will Brinz mit dem Argument beweisen, daß der offerirende Gläubiger, wenn er die gesamte Forderung des vorderen Gläubigers erwürbe, folgerrecht auch die hieraus fließenden persönlichen Klagen erlangen müßte?

Wenn die Quellen dies nicht ausdrücklich hervorheben, so liegt es daran, weil die Römischen Juristen hier, wo überhaupt der Schwerpunkt in der successio in locum hypothecarium liegt, nur auf das näher einzugehen für nöthig fanden, was aus dem Erwerb der vorderen Pfandstelle für den successor bezüglich des Pfandrechts folgt. Die Uebertragung des

geſamnten Rechts iſt beim *jus offerendi* nur das die hypothekariſche Succeſſion vermittelnde medium; aber die Hauptſache bleibt der Satz *confirmat sibi pignus*! Der Erwerb der perſönlichen Klagen und ſonſtiger mit der Obligation verbundener Annere liegt ja nicht direct im Weſen der hier behandelten Materie; die Wandelungen, das Schickſal der Hypothekenrechte iſt das Maßgebende; und das muß in erſter Reihe hervorgehoben werden.

Einen zweiten Grund für ſeine Theorie, daß auch beim *jus offerendi* nur die Hypothek, nicht jedoch die perſönliche Forderung übertragen wird, entnimmt Brinz aus der Faſſung der l. 16 D. 20. 4, deren Worte: „*plane quum tertius creditor primum de sua pecunia dimisit, in locum ejus substituitur in ea quantitate, quam superiori exsolvit*“ -- ihn zu folgender Argumentation veranlaſſen:

Vor der *lex Anastasiana* hätte der ſpättere Pfandgläubiger die ganze Forderung erwerben müſſen; nach unſerer Stelle wird er aber nur inſoweit dem erſten Pfandgläubiger ſubſtituirt, als er dieſem bezahlt hat.

Hält man jedoch daran feſt, daß die *lex Anastasiana* nur vorgeschrieben hat, daß derjenige, welcher eine Forderung um einen geringeren Werth erworben hat, als ſie beträgt, doch nur ſoviel gegen den Schuldner einſetzen könne, wie er ſeinem Cedenten gegeben hat, und daß der über dieſen Betrag hinausgehende Forderungsreſt zu Gunſten des Schuldners erlöſchen ſolle; ſo iſt nicht erſichtlich, wie die Vorſchriften der *lex Anastasiana* auf das *jus offerendi* im Allgemeinen, und auf die vorliegende Entſcheidung im Beſondern irgendwie Anwendung finden ſollen.

Daß der ſich des *jus offerendi* bedienende Gläubiger um einen geringeren Preis die Forderung des vorderen Gläubigers erwerben wolle, kann man nicht ſagen. Es iſt im Gegentheil eine weſentliche Vorausſetzung, daß der nachfolgende Gläubiger, wenn er ſuccediren will, die geſamnte Valuta der vorſtehenden Forderung anbieten muß, ebenſo, wie wenn der Schuldner ſelbſt gezahlt haben würde.

Die Brinz'ſche Argumentation paßt gar nicht auf das

vorliegende Verhältniß. Paulus nimmt in unserer Stelle einmal den dritten Pfandgläubiger als Differenten an, und demonstriert nur, daß, wenn einmal der dritte Pfandgläubiger dem ersten offerirt, er doch nur in Höhe der demselben ausbezahlten Forderung — (exsolvere schon bedeutet das vollständige Bezahlen) — hinaufrückt.

Dahinter liegen folgende Gedanken: der successor ex jure offerendi kann gegen den Schuldner keine größeren Rechte geltend machen, als der Abgefundene, nur in Höhe derselben Quantität haftet ihm zur ersten Stelle das Pfand, wie jenem; kurz, das gesammte Pfandrechtsverhältniß muß insbesondere auch quantitativ so bleiben, wie es an der ersten Stelle gewesen ist. Nicht etwa auch mit seiner Pfandrechtsforderung soll der offerens hinaufrücken: — in ea quantitate, quam superiori exsolvit bedeutet nur, daß das Pfandrecht an erster Stelle keiner höheren Summe zur Sicherung dienen solle, als die des Abgefundenen betrug.

Indessen könnte der Brinz'schen Argumentation auch eine Stelle entgegengesetzt werden, in welcher der Jurist auch mehrfach den Uebergang der persönlichen Forderung auf den Differenten direct hervorhebt. Es ist das die bekannte l. 12 § 12 D. 49. 15.

Tryphoninus libr. 4 disput.: Si pignori servus datus fuerat ante captivitatem, post dimissum redemptorem in veterem obligationem revertitur; et si creditor obtulerit ei, qui redemit, quanto redemptus est, habet obligationem et in propriam debiti causam, et in eam summam, qua eum liberavit, quasi ea obligatione quadam constitutione inducta, ut, cum posterior creditor priori satisfacit confirmandi sui pignoris causa, nisi quod in hoc conversa res est, et posterior, qui apud nos esset prior, ab eo qui tempore prior fuit, ut infirmiore dimittendus est.“

Der Inhalt ist demnach folgender:

Ein zum Pfande bestellter Sklave kommt in Gefangenschaft, wird aber aus derselben losgekauft. Der Loskäufer (redemptor), wird dagegen wiederum hinsichtlich seines Lösegel-

des abgefunden, worauf der Sklave in das alte Pfandrechtsverhältniß zurückkehrt.

Die Abfindung des redemptor geschieht so, daß der bisherige Pfandgläubiger, dem eben der Sklave zum Pfande bestellt war, gegen den redemptor, der ein privilegiertes, mithin stärkeres Pfandrecht daran erwirbt, das *jus offerendi* ausübt, indem er ihm diejenige Summe, mit welcher der Sklave aus der Gefangenschaft losgelöst ist, anbietet.

Hiernach aber, fährt Tryphoninus fort, stehn dem offerirenden Pfandgläubiger zwei Forderungen zu; die erste, welche auf sein eignes Darlehnsverhältniß zurückzuführen ist, und dieselbe, welche der redemptor erworben hatte; wörtlich bezeichnet dies der Jurist so, daß er sagt, ihm stehe nun auch die Forderung auf diejenige Summe zu, mit welcher er, — nämlich der redemptor — ihn, (den Sklaven) befreit hat.

Den directen Erwerb dieser Forderung des redemptor motivirt Tryphoninus damit, daß er sagt, diese Forderung werde durch eine gewisse Constitution⁸⁾ hinübergeführt, gleich, wie in jenem Falle, wenn der spätere Pfandgläubiger den früheren der Sicherung seines eigenen Pfandrechts wegen befriedigt hat; nur, daß hier das Sachverhältniß ein umgekehrtes ist, in dem der der Zeit nach spätere Pfandgläubiger, der aber in unserem Falle der vordere sein würde, von dem der Zeit nach früheren, jedoch nachstehenden abgefunden wird.

Das Wort *quasi* bezeichnet also nur die Analogie dieses vorgetragenen Falles mit dem Falle der *successio ex jure offerendi*; und es ist deßhalb nicht erfindlich, was Schmidt mit der „*quasi obligatio*“, die er durch Verbindung dieser beiden einzelnen Bestandtheile heraus bekommt, und die vom redemptor auf den offerens übergehn soll, meint.

Dieser eigenthümlichen Combination bedarf es nicht, um die Berechtigung der Schmidtschen Theorie beim *jus offerendi* zu begründen! und diese von uns hier adoptirte Theorie con-

8) Tryphoninus, der zu Alexander Sever in so naher Beziehung gestanden hat, hatte ohne Zweifel dessen *constitutio l. Cod. qui pot. 8. 18* im Auge und nicht, wie Bachofen will, eine Institution des *jus civile*.

struirt also die Succession des offerirenden Pfandgläubigers folgendermaßen:

Kraft des *jus offerendi* überträgt der spätere Pfandgläubiger das gesammte Forderungs- und Hypothekenrecht des vorderen Pfandgläubigers auf sich; und somit tritt er auch thatsächlich in diejenige Pfandstelle ein, welche der abgefundene Gläubiger eben inne gehabt hatte.

§. 3.

Ergebnisse.

Der Zweck dieser Darstellung ist der, den Nachweis zu führen, daß auch der formelle Act der Succession nicht in allen vier Fällen, die hier zur Erörterung und in Betracht kommen, von denselben Principien geregelt wird; sondern, daß die äußere Construction der hypothekarischen Succession in den einzelnen Fällen sich verschieden gestaltet.

A. In zwei Fällen haben unseres Erachtens die Römer an der accessorischen Natur des Pfandrechts festgehalten, und zwar:

1. bei der Succession auf Grund des „Abfindungsgeschäfts“, in welchem Falle sowohl Obligation, als auch Hypothek des abgefundenen Pfandgläubigers aufgelöst wird, und das neu constituirte Forderungs- und Pfandrecht des Succedirenden in die Stelle des Rechtes des Abgefundenen — kraft der hierauf bezüglichen Stipulationen — tritt. (Modificirte Theorie Dernburg's).

2. beim *jus offerendi*, kraft dessen der offerirende Pfandgläubiger das gesammte Forderungs- und Hypothekenrecht desjenigen Hypothekengläubigers, dem er offerirt hat, auf sich überträgt. (Theorie Schmidt's).

B. Zu einer Ausnahme von jener Regel dagegen sahen sich die Römer genöthigt:

3. im Falle der Novation, und

4. im Falle des Pfandkaufs,

in welchen Fällen nur die alte Hypothek, nicht aber die alte Obligation auf den successor übergeht. (Brinz-Windscheid'sche Theorie.)

II.

Ueber die von dem künftigen Reichsgeetze zu wählende Grundgestaltung des ehelichen Güterrechts.

Von

Herrn Dr. G. Binding,
Appellationsgerichtsrath zu Frankfurt a. M.

Bekanntlich zählt der Art. 4 der deutschen Reichsverfassung, welcher die Zuständigkeiten der Reichsgesetzgebung feststellt hat, unter Nr. 13 zu denselben auch „die gemeinsame Gesetzgebung über das Obligationenrecht, Strafrecht, Handels- und Wechselrecht und das gerichtliche Verfahren“. Während schon jetzt Strafrecht, Handels- und Wechselrecht durch Reichsgesetz feststehen, und auch das gerichtliche Verfahren in Bälde feststehen wird, da die Erledigung der vorliegenden Entwürfe dazu keinem Zweifel unterliegen kann, so erübrigt nur noch das Obligationenrecht der Feststellung, um die Nr. 13 völlig zu erfüllen. Der unvermeidliche Zug der Dinge verbürgt die Erreichung auch dieses Zieles; nur führt derselbe noch viel weiter; denn augenscheinlich verlangt er nicht bloß ein gemeinsames Obligationenrecht, sondern Civilrecht. Daß erst dann der Drang der Nation nach der Gemeinsamkeit ihrer Gesetzgebung seine Stillung finden kann, bedarf keiner Erörterung. Obwohl daher vorerst noch eine Erweiterung der Zuständigkeiten des Reichs auf das Civilrecht nöthig ist, und der Antrag hierauf bis jetzt noch an dem Widerspruche der 14 Stimmen Bayerns, Sachsens und Württembergs gescheitert ist, so liegt hier doch nicht mehr die Frage: ob? vor, sondern nur noch die Frage: wann? Käme für die Frage: ob? nur der natürliche Drang des Volkes in Betracht, so könnte man sie vielleicht doch noch für zulässig erachten, obwohl jene drei Regierungen, wenn sie noch mehr als bis jetzt von der Nachhaltigkeit jenes Volkswunsches sich überzeugt hätten, auf die Dauer schon aus eigener Volksfreundlichkeit ihren Widerspruch sicher aufgeben

würden. Allein zu dem Drange des Volkes kommt auch noch der unwiderstehliche Drang der Sache selbst, der unzerreißbare Zusammenhang des Obligationenrechts mit dem ganzen Civilrecht hinzu. Dieser macht die Beschränkung auf das Obligationenrecht für die Ausführung geradezu unmöglich, sobald man sich nicht von vornherein mit reinem Stückwerke begnügen zu wollen entschlossen ist, was ja doch niemals die Sache des Reichs sein könnte. Für denjenigen, dem das Recht eines Volkes als ein gegliedertes Ganzes vor Augen steht, kann in jener Behauptung unmöglich etwas Neues liegen; denn ihm ist es ja sofort klar, daß auch diejenigen Rechte, welche man für gewöhnlich dem Obligationenrechte mehr oder minder entgegensetzt, gleichwohl selbst wieder reichströmende Quellen von Obligationen sind; daß die Zahl der aus Vertrag oder Delict entspringenden Obligationen diejenige der aus dem Familien- und Erbrechte, dem Sachenrechte, den Corporations-, Staats- und Gemeindeverhältnissen entspringenden nicht gar so weit übersteigen wird; daß demnach der Gesetzgeber, der ein gemeinsames Obligationenrecht unternimmt, seine Aufgabe nur durch Erstreckung auf das ganze Civilrecht zu erreichen vermag. Wem aber etwa dieser Beweis seiner Allgemeinheit wegen nicht genügt, den darf man getrost auf die ganz überzeugende Ausführung desselben auch im Einzelnen durch Goldschmidt in seinem über die Nothwendigkeit eines deutschen Civilgesetzbuchs am 11. März 1872 in der gemeinnützigen Gesellschaft zu Leipzig gehaltenen Vortrag verweisen, abgedruckt in Nr. 13 der überall zugänglichen Wochenschrift „Im neuen Reich“, einen Vortrag, für welchen ihm, wie wir glauben, das gesammte Vaterland Dank schuldet.

Ob der von dem Reichstagsabgeordneten Lasker jetzt wieder erneuerte Antrag auf Erstreckung der Zuständigkeiten des Reichs von dem Obligationen- auf das Civilrecht, dessen Annahme durch den Reichstag selbst wohl als sicher erscheinen darf, schon diesmal auch im Bundesrathe zur Annahme gelangen wird, steht zwar noch dahin; allein es dürfte, welcher Weg für die Ausführung auch erwählt werde, der von Fitting in diesem Archive vorgeschlagene der Allmähligkeit, oder der von

Goldschmidt a. a. O. und von Bärkel in diesem Archive vertheidigte der Gleichzeitigkeit, doch kaum für verfrüht erachtet werden, wenn schon jetzt die Betrachtung auf denjenigen Theil des Rechts hingelenkt wird, dessen Feststellung für das ganze Reich durch gemeinsames Gesetz allerdings weitaus die größten Schwierigkeiten darbietet, wie denn zweifellos gerade deren Erwägung den früheren Bundestag zur Beschränkung der schon von ihm angebahnt gewesenen gemeinsamen Gesetzgebung auf das Obligationenrecht hauptsächlich bewogen hatte; wir meinen damit den Bereich des sogenannten ehelichen Güterrechts, also gerade desjenigen Rechtstheiles, in dessen Ausgestaltung von jeher der uns Deutschen vorzugsweise vor andern Völkern eigene Trieb nach Besonderung am meisten sich ergangen hat, und dessen hieraus erwachsene besondere Bildungen von jeher bei dem Gesetzgeber die verhältnißmäßig größte Schonung, ja oft unveränderte Erhaltung genossen hatte. Warum sollte nicht auch die Reichsgesetzgebung, so weit dies irgend ohne Gefährdung ihres gegebenen Zieles gemeinsamer Rechtsgestaltung noch möglich bliebe, jener althergebrachten Schonung und Milde den vorgefundenen Rechtsbildungen dieses Gebietes gegenüber sich befehlen? warum nicht gerade in ihm, das mit den Eigenthümlichkeiten und Gewohnheiten des Volkes am meisten verwachsen ist, die zarteste Rücksicht auf das Bestehende nehmen und am wenigsten die gebietende Schärfe des Gesetzes in Anwendung bringen? Gewiß, hiezu wird weder der gute Wille fehlen noch auch dessen Verwirklichung. Nur wird man sich freilich vor allen Dingen klar zu machen haben: wie weit läßt denn die Erreichung des Zieles der Gemeinsamkeit jene Verwirklichung zu?

Hier muß nun zunächst darauf hingewiesen werden, daß ja gerade die so große Verschiedenheit des Bestehenden in diesem Bereiche der deutschen Rechtsbildungen hauptsächlich den unlängbar vorhandenen Drang nach einer gemeinen Gesetzgebung hervorgerufen hat, daß demnach allerdings die erforderliche Erreichung des Zieles umgekehrt die Belassung der bestehenden Verschiedenheit neben dem neuen gemeinsamen Gesetz unmöglich zu machen scheint. Je mehr die unvermeidliche Einwirkung jeder besonderen Gestaltung des ehelichen Güterrechtes auf alle

übrigen Rechtsverhältnisse einleuchten muß, da von derselben nicht nur die gegenseitige Stellung der Ehegatten zu einander und zu ihren Kindern, sondern auch zu deren aller Gläubigern und allen Dritten überhaupt abhängt, um so gefährlicher für die Gemeinsamkeit des Rechts muß gerade die Verschiedenheit des ehelichen Güterrechts erscheinen, um so bedenklicher muß gerade bei ihm die Gestattung einer Belassung der vorhandenen Verschiedenheiten werden, um so mehr also scheint sich gerade hier strenge Durchführung der Einheit zu empfehlen.

Gewiß, von dem Allem könnte nicht um ein Haar breit abgewichen werden, wäre das eheliche Güterrecht von ähnlicher Art, wie z. B. das Wechselrecht, das Servitutenrecht, das Versicherungsrecht u. a. Diese Rechte machen, soll ihr Zweck nicht entschieden verfehlt werden, von vornherein unabänderlich feststehende Vorschriften nöthig, die gleichmäßig für Alle gelten. Anderer Art aber erweist sich das eheliche Güterrecht; denn hier bringt es der Begriff der Ehe, seiner Quelle, schon mit sich, daß eine gleiche starre Gebundenheit nicht herrschen kann. Da die Ehe nämlich nach unserer deutschen Auffassung die in sie Eintretenden ihrer freien Verfügungsrechte nur insoweit beraubt, als sie die geschehene persönliche Vereinigung nicht willkürlich wieder lösen und nichts die Zwecke der Ehe selbst Gefährdendes vereinbaren dürfen, so bleibt für alles Uebrige der freien Bestimmung der Eheleute noch ein großer Spielraum offen, namentlich daher auch für ihre Bestimmungen über ihr gegenseitiges Verhältniß zu ihrem beiderseitigen Vermögen. Die Zwecke der Ehe können an sich gleichmäßig erreicht und gewahrt werden, ob die Eheleute das römische Dotalrecht oder die allgemeine Gütergemeinschaft oder die bloße Errungenschaftsgemeinschaft für sich erwählen.

Läßt aber hiernach das Wesen des ehelichen Güterrechts eine jedes freie Ermessen der Eheleute für die Bestimmung ihres gegenseitigen Verhältnisses zu ihrem Vermögen ausschließende Sagung überhaupt nicht zu, so kann das Ziel einer gemeinsamen Reichsgesetzgebung darüber nicht wohl ein anderes sein, als einerseits diejenigen Punkte festzusetzen, welche jeder Verfügung der Eheleute selbst hierüber entzogen bleiben sollen, und

andrerseits dasjenige zu bestimmen, was gelten soll, wenn, wie dies ja meist zu geschehen pflegt, die Eheleute keine besonderen Verabredungen unter sich getroffen haben.

Was als durchaus unabänderlich erklärt werden soll, darüber kann natürlich wieder nur das Wesen der Ehe selbst entscheiden. Es wird nur wenig mehr sein, als was sich auf die persönliche Vereinigung der Eheleute bezieht und insofern dem Eherechte, nicht dem ehelichen Güterrechte zugehört. In dieses letztere gehören nur solche Bestimmungen, welche die Ungültigkeit gewisser Vereinbarungen der Eheleute in den Eheverträgen über eine den Zwecken der Ehe selbst widersprechende Gestaltung ihrer Vermögensverhältnisse während der Ehe oder auch gewisser Handlungen und Verfügungen der Eheleute festsetzen. Eine weitere Darlegung des Einzelnen hierüber kann hier erspart werden.

Weitaus als das Wichtigste erscheint für die kommende gemeinsame Gesetzgebung die Festsetzung desjenigen, was gelten soll, wenn Eheleute nichts vereinbart haben.

Bevor jedoch hierauf näher eingegangen werden kann, bedarf noch die Frage kurzer Erörterung, ob denn nicht vielleicht das eheliche Güterrecht darum jeder einheitlichen Feststellung geradezu widerstrebe, weil die Verschiedenheiten in der Gestaltung desselben zu genau mit den unabänderlichen Verschiedenheiten des Bodens und Klima's oder der Standes-, Lebens- und Erwerbsverhältnisse der Bewohner zusammenhängen, ferner mit den verschiedenen Rechten und Formen des Grundbesitzes, je nachdem er in Eigenthum oder Erbleihe, Lehen oder Pachtung besteht, mit den wesentlichen Unterschieden zwischen Stadt und Land. Müßte diese Frage bejaht werden, so könnte freilich von einem einheitlichen ehelichen Güterrecht überhaupt keine Sprache sein. Nun ist zwar zuzugeben, daß der Gesetzgeber alle diese Verschiedenheiten sorgfältig wird beachten müssen, wie auch selbstverständlich Lehen- und Fideicommissgut ihre besondere Vererbungsart nach wie vor behalten werden; daß ferner gar viele von jenen Unterschieden das Ergebnis einer keineswegs willkürlich nach irgend einer gleichartigen Form abzuändernden geschichtlichen Entwicklung sind, wie z. B. bei

den Meier- und Hofrechten; allein hieraus folgt noch keineswegs die Nothwendigkeit einer Bejahung jener Frage; denn auch abgesehen von der doch stets vorhandenen Befugniß der Ehegatten, durch Ehevertrag oder letztwillige Verfügungen das ihnen nothwendig oder doch wünschenswerth Erscheinende zu sichern, hat die neuere Gesetzgebung schon jetzt viele von jenen Unterschieden ausgeglichen und wird die Reichsgesetzgebung sehr wohl im Stande sein, diejenigen von ihnen, welche sich nach sorgfältiger Prüfung als zu erhaltende zeigen werden, auch wirklich zu erhalten; ja, sie hat gar nicht einmal nöthig, von vornherein gebieterisch alle die bestehenden Gewohnheiten außer Kraft zu setzen, sondern, erforderlichen Falls, immer noch den Ausweg, entweder eine geräumige Frist zur Vorbereitung auf den Eintritt ihrer Wirksamkeit zu belassen oder, wo dies durch unabänderliche sonstige Gründe, wie die natürliche Beschaffenheit des Bodens einzelner Landschaften, geboten zu sein scheinen sollte, solchen Landschaften die Erhaltung solcher unentbehrlichen Rechtsbestimmungen zu verstatten. Sicher darf auch jetzt bei den Einzelstaaten nicht nur überhaupt in unendlich viel höherem Grad als sonst bereitwilliges Entgegenkommen zu einheitlicher Feststellung eines allgemeinen deutschen Rechtes erwartet werden, sondern es wird auch die neue Reichsgesetzgebung, für welche der ganze Gewinn unserer jetzigen Wissenschaft und gesetzgeberischen Erfahrung benutzt werden wird, an innerem Werthe so sehr alle bis jetzt vorhandenen deutschen Gesetzgebungen und gewohnheitsrechtlichen Bildungen überragen, daß die Einzelstaaten das von ihnen für die Rechtseinheit geforderte nicht versagen würden. Von den 14 widersprechenden Stimmen des Bundesraths fallen 6 auf Bayern; wer aber, der auch nur ganz oberflächlich den dermaligen Zustand Bayerns in Bezug auf die ehelichen Güterrechtsverhältnisse kennt, in welchem nach Reisse Civilgesetzstatistik Bayerns (1868) S. IX noch volle 100, nach Roth Bayr. Civilr. S. 16 doch immer noch 50 Particularrechte gelten, möchte daran zweifeln, daß ihn die gesetzgebenden Gewalten Bayerns im entscheidenden Augenblick gern gegen eine ganz Deutschland umfassende und den heutigen Forderungen entsprechende Gesetzgebung vertauschen würden? Etwas

besser als die Lage Bayerns ist insofern die Lage Württembergs, als ausweislich der dem Württemberger Entwurfe von 1840 S. 64 beigelegten amtlichen Ermittlungen damals von 1,587,303 Einwohnern doch 1,153,050, folglich von 11 Einwohnern 8 der Errungenschaftsgemeinschaft angehörten; bekanntlich hat aber gleichwohl Württemberg, in dem hiernach auch noch viele Particularrechte gelten, schon 1840 einen erfolglos gebliebenen Versuch eines neuen Gesetzes über die eheliche Gütergemeinschaft gemacht und zwar, ausweislich der Motive, darum, weil „das Bedürfnis einer Prüfung und Feststellung oder theilweisen Umgestaltung der ehelichen Güterverhältnisse in Württemberg vielfach anerkannt sei und am einfachsten aus der Ansicht des vorliegenden Gesetzentwurfs und seiner Motive sich ergebe“. Den Beweis dieser großen Hilfsbedürftigkeit liefern denn auch in der That jener Entwurf und seine Motive vollständig, und wenn man nur einfach erwägt, daß die Grundlage des heutigen ehelichen Güterrechtes von Württemberg noch immer das Württembergische Landrecht von 1610 ist, welches selbst, nach Wächter Handb. I, 345 ff., bezüglich der Rechtsätze bloß eine Revision und Ergänzung des 2. Landrechtes von 1567 bildet, so wird schon der Abstand der Zeit seines Ursprungs zu der heutigen wissenschaftlichen und praktischen Rechtsentwicklung sowie dem veränderten Gesamtzustande Deutschlands zu zeigen genügen, wie wenig auch von Württemberg ein Festhalten an seinem bisherigen Widerspruche zu besorgen steht.

Anders freilich ist hier bekanntlich die Lage Sachsens, das sich seit dem 1. Januar 1863 eines neuen vollständigen bürgerlichen Gesetzbuches erfreut und sich in der That durch dasselbe ein sehr hoch anzuschlagendes Verdienst um das ganze Vaterland erworben hat. Aber auch ganz abgesehen davon, daß, wenn auch nur einer der drei heute noch widersprechenden Staaten seinen Widerspruch fallen läßt, ohnehin schon die nöthigen 14 Stimmen nicht mehr vorhanden sind, so versteht es sich doch von selbst, daß das künftige Reichsgesetz gerade dies letzte sorgfältige und vorzügliche Werk deutscher Gesetzgebung auf das Genaueste berücksichtigen und nur dann davon

abweichen wird, wenn die triftigsten Gründe dies fordern. Um so mehr darf darauf vertraut werden, daß dann auch Sachsen mit großherzigem, völlig freiem Entschlusse der deutschen Gesammtheit beitreten wird. Kommt doch noch hinzu, daß allen drei Staaten ohnehin im Bundesrathe sowohl als im Reichstage sowie zweifellos jetzt auch in dem zur ursprünglichen Vorbereitung des ganzen Gesetzentwurfes vom Bundesrathe zu wählenden Ausschüsse die Gelegenheit gegeben sein wird, bei der Feststellung des neuen Reichsgesetzes in vollem Maaße mitzuwirken, — eine doppelt erfreuliche Mitwirkung, insofern gerade Württemberg und Bayern zugleich Hauptvertreter einer derjenigen zwei mächtigsten Formen des deutschen ehelichen Güterrechtes sind, zwischen denen auch wohl das neue Reichsgesetz sich zu entscheiden haben wird, nämlich der Errungenschaftsgemeinschaft und der allgemeinen Gütergemeinschaft.

Rehren wir jetzt zu der oben vorläufig noch ausgesetzten Frage zurück: was soll gelten, wenn Eheleute nichts festgesetzt haben?

Für die jetzigen Zustände ergiebt sich hierauf die sehr einfache Antwort: das Gesetz oder die Gewohnheit der betreffenden Gegend. Wie soll nun künftig die Antwort hierauf lauten?

Wäre von vornherein fest entschieden, daß irgend eine der schon vorhandenen deutschen Gesetzgebungen dem Bedürfnisse des Gesamtvaterlandes völlig entspräche, so verstünde sich deren Annahme für das ganze Reich von selbst. Ja, wäre selbst eine nicht deutsche Gesetzgebung dies zu leisten im Stande, so wäre es gewiß eine Verfehrtheit, sie sich nicht anzueignen, nur um doch ein eignes Gesetz zu haben. Der deutsche Gesetzgeber wird daher nothwendig für seine Wahl auch die Gesetze derjenigen Völker mit zu prüfen haben, deren Rechtsentwicklung im Allgemeinen mit der deutschen als verwandt sich erzeigt. Gilt doch in einem sehr beträchtlichen Theile des Vaterlandes selbst französisches Recht! Goldschmidt in dem schon erwähnten Vortrage schlägt die Zahl von dessen Bewohnern auf nicht weniger als etwa sieben Millionen an. Und bekanntlich

haben die Rheinprovinzen und Baden für dieses französische Gesetz im Allgemeinen Anhänglichkeit gewonnen.

Nun trifft es sich, daß dieses Gesetz auch in der That als Regel für sein eheliches Güterrecht eine derjenigen drei Hauptformen desselben aufgestellt hat, welche sich auch in Deutschland vorfinden und bei der Auswahl für das neue Gesetz in Betracht zu ziehen sind; indem es nämlich das römische Dotalrecht nur im Falle besondrer Vereinbarung hierüber eintreten läßt, erhebt es zum allgemeinen Landesgesetz die gleichfalls dem deutschen nämlich fränkischen Rechte sehr wohl bekannte und geradezu von ihm herstammende Mobiliengemeinschaft und noch dazu mit einer solchen Gestaltung, daß sie sich sehr der Errungenschaftsgemeinschaft nähert, also derjenigen Form, welche bereits früher neben der allgemeinen Gütergemeinschaft als für die Feststellung des neuen Gesetzes ganz besonders in Betracht zu ziehen erwähnt worden ist.

Zwar mangelt es in unserem Vaterlande selbst auch an solchen Gegenden nicht, für welche noch heute das römische Dotalrecht gilt; enthalten doch sogar die §§. 1237—1241 des hier daher auch nur wenig zu benutzenden Oesterreichischen Gesetzbuchs, welches in diesen dürftigen 5 §§. sein ganzes gesetzliches eheliches Güterrecht abthut, im Wesentlichen nichts Anderes als römisches Dotalrecht; allein auch abgesehen davon, daß letzteres doch fast nirgends unverändert zur Annahme gelangt ist, so kann von ihm selbstverständlich da nicht die Rede sein, wo es sich um eine für das neue Gesetz zu erwählende Grundlage fragt; denn daß hierzu das römische Dotalrecht mit seiner dos und dem ihr entgegengesetzten Paraphernalgute der Frau, mit seinen absoluten Dotalprivilegien und mit seiner Art von Erbrecht der Eheleute sich nicht zu eignen vermag, braucht nicht erst gezeigt zu werden. Nur der allgemeine Gegensatz desselben, der als Gütergemeinschaft kurz bezeichnet werden mag, kann hier in Betracht kommen.

Ob aber überhaupt eine und welche der drei Hauptformen derselben, der allgemeinen Gütergemeinschaft oder der besonderen der Mobilien oder der Errungenschaft, zur Grundlage geeignet sei, darüber die Entscheidung treffen zu können, ist nunmehr

eine vorherige kurze Erörterung des sittlichen und rechtlichen Wesens der deutschen Ehe sowie ihrer nothwendigen Einwirkungen auf das Vermögen der Ehegatten ihren Grundzügen nach nicht zu umgehen; und zwar um so weniger, als sich darnach auch ermessen lassen wird, ob vielleicht eine der schon vorhandenen deutschen Gesetzgebungen dem beabsichtigten Zweck entsprechen möchte. Diese Aufgabe ist wesentlich dadurch erleichtert, daß sie bereits von einem unserer ersten Germanisten, nämlich Gerber, in seinem so gedankenreichen und trefflichen, wenn auch mit Recht nicht unangefochten gebliebenen Aufsatz über Gütereinheit in Gerber's und Jhering's Jahrbüchern Bd. I, S. 243 ff., gleichfalls in Betracht gezogen und zu lösen versucht worden ist, diese, wenn auch wohl nicht vollständig gelungene, Lösung auch, wie nicht anders zu erwarten stand, zur Aufklärung über die ganze Frage einen höchst werthvollen und wahrhaft dankenswerthen Beitrag geliefert hat.

Zunächst ist hier noch eine allgemeine Bemerkung voranzuschicken.

Will man sowohl das natürlich-sittliche als auch das rechtliche Wesen der Ehe richtig erkennen, so müssen als nothwendig dazu gehörig gleich von vornherein auch die Kinder mit in's Auge gefaßt werden. Die Römer vergaßen dies auch in ihrer bekannten Definition der Ehe keineswegs, wohl aber nicht selten unsere Germanisten, indem sie sich allzusehr von den in dem deutschen Recht ihnen häufig begegnenden Verschiedenheiten der Behandlung der beerbten und der unbeerbten Ehe beeinflussen ließen. Sie glaubten sich hierdurch für die Fassung des Ehebegriffs berechtigt, beerbte und unbeerbte Ehe völlig gleichzustellen, und konnten dann natürlich nur zu einer mangelhaften, weil unzulässig verengerten Fassung gelangen. Der Rechtsbegriff muß sich aber stets nach der Regel des Lebensverhältnisses bilden, und diese Regel bietet offenbar nur die beerbte Ehe dar, während die unbeerbte stets nur als die das Wesen der Ehe nicht voll entfaltende Ausnahme in Betracht kommen kann.

Dies der Grund, warum die folgende Entwicklung der Ehe von der beerbten Ehe ausgeht und die durch dieselbe

begründete Personen- und Vermögensgemeinschaft für die Kinder auch über den Tod eines der Gatten hinaus fort dauert.

Die Quelle der Ehe, dieser fortan jeder vertragsmäßigen Auflösung entzogenen Lebensgemeinschaft, sind gegenseitige begeisterte Liebe sowie rückhaltlose Hingabe von Mann und Frau. Für ihre Liebe als Bedürftigkeit sind sie sich gegenseitig die unentbehrliche Ergänzung ihres Wesens; aber diese, zugleich noch über ihre beiden Personen hinausragend, tritt, für die Empfindung sowohl als das Wesen der Ehe, vollständig doch erst mit dem erzeugten Kinde ein. Der wahre, volle Begriff der Ehe fordert mit Nothwendigkeit auch das Kind. In ihm gewinnt für beide Gatten die bisher noch innerlich verbliebene Unauflöslichkeit ihrer Vereinigung nunmehr auch ein selbstständiges äußeres Dasein, ihr gemeinsames Wollen und Handeln einen Mittelpunkt für das ganze Leben, zugleich eine lautsprechende sittliche Schranke für ihr persönliches Wollen und Handeln und die Richtung für ihre gesammte Stellung zur Außenwelt; mit ihm wird auch der zum Wesen der Ehe durchaus mitgehörende Gattungszweck vollkommen erreicht. Die beerbte Ehe muß daher die Grundlage zu den Regeln für das eheliche Güterrecht bilden.

Faßt man die Gesamtheit der hiernach mit der Ehe geknüpften Verhältnisse in's Auge, so liegt damit etwa Folgendes vor.

Die sich rückhaltlos hingebenden Gatten treten vollbewußt in ihre Gemeinschaft für das ganze Leben ein und erblicken fortan in der Erreichung ihrer ehelichen Zwecke, der Erhaltung ihres neuen Familienstandes ihr höchstes Lebensglück, ihr unausgesetzt verfolgtes Ziel. Für sie kommt es gar nicht in Frage, daß der Erreichung dieses Zieles jeder von ihnen auch sein ganzes Vermögen widmet, daß somit, wie für ihre Personen, so auch für ihr Vermögen eine lebenslängliche und unauflöslche Gemeinschaft eingegangen ist. Eben darum aber kann dasselbe auch für das Recht nicht in Frage kommen; Annahme dieser Vermögensgemeinschaft, der Grundlage der Erhaltung des Familienstandes, ist somit auch für das Recht,

das ja nur das Wesen der Lebensverhältnisse feststellt, geradezu Nothwendigkeit.

Trotz ihrer innigsten persönlichen Gemeinschaft bleiben nun aber die Gatten nach wie vor zugleich noch ganz selbständige Persönlichkeiten, geistig wie körperlich auch noch gesondert. Es liegt daher auch für das Recht keine Nothwendigkeit vor, zwangsweise das gleichfalls zur äußeren Seite der Persönlichkeit gehörende Vermögen derselben dieser Besonderung zu entziehen und in unterschiedsloses Gesamteigenthum zu verwandeln, zumal die Gatten freiwillig stets dies thun können. Ganz gewiß aber darf andererseits diese Besonderung nicht im Geringsten der Befriedigung der ehelichen Zwecke im Wege stehen, das Eigenthum des einen Gatten mithin auch weder dem andern Gatten noch viel weniger dem gemeinschaftlichen Kinde gegenüber unantastbares Sondervermögen verbleiben. Somit steht die Ehe von vornherein auf das Vermögen der Gatten auch in unmittelbarer Beziehung; dasselbe wird von ihr allerdings nicht weniger als ihre Persönlichkeit selbst in unauflöslche Gemeinschaft gezogen, und eben so sehr, wie das Recht die Unauflösllichkeit dieser persönlichen Gemeinschaft anzuerkennen hat und wirklich anerkennt, muß es dies auch für die Vermögensgemeinschaft thun. Gethan aber im wahren Sinn hat dies erst das deutsche Recht, und wenn, im allgemeinen Gegensatz zum römischen Rechte, von jeher hiefür der Name Gütergemeinschaft gebraucht worden ist, so entspricht diese Bezeichnung in der That dem Wesen der Sache. Nur als solche spiegelt auch das zur äußeren Seite der Persönlichkeit noch gehörige Vermögen der Gatten deren vorhandene unauflöslche innere Gemeinschaft ab. Nicht also darin, daß das Recht diesen gerade von dem Standpunkte freier Sittlichkeit aus gegebenen unzerreißbaren Zusammenhang der persönlichen mit der Vermögensgemeinschaft der Gatten zum Ausdruck bringt, liegt ein Ueberschreiten der Schranken des Rechts, ein Eingriff desselben in den Bereich der freien, nur sich selbst bestimmenden Liebe der Gatten, vielmehr beginnt ein solcher erst dann, wenn das Recht Bestimmungen in Betreff ihres Vermögens festsetzt, welche mit demjenigen Grade freier Selbstbestimmung,

den sie sich trotz eingegangener innigster Lebensgemeinschaft gegenseitig noch belassen wollten, nicht zu vereinigen sind.

Und hiermit treten uns die Wirkungen der auch in jener Gemeinschaft nothwendig noch erhalten bleibenden Personenverschiedenheit der Gatten entgegen. Je inniger ihre gegenseitige Hingabe ist, um so mehr Werth gewinnt ihnen auch die unverkürzte Erhaltung ihrer gegenseitigen Selbständigkeit und Freiheit. Nur kraft ihrer vermag die erforderliche gegenseitige Ergänzung eine dauernde zu werden, vermögen sie in wahren Sinne sich Genossen zu sein, wie sie es von jeher nach deutschem Rechte sein sollten. Für das Vermögen aber findet diese wesentliche Seite der Ehe, wie schon erwähnt, seinen Ausdruck darin, daß sich die Gatten, im vollen Vertrauen auf einander, selbst auch in dieser äußeren Seite ihrer Persönlichkeit erhalten wissen, die Eigenthumszuständigkeiten des Vermögens daher an und für sich, wenn auch nur so weit es die Erreichung der ehelichen Zwecke nicht gefährdet, unangetastet lassen wollen.

Mit der Erhaltung der Selbständigkeit der Persönlichkeit im vollen Umfange trotz der unauflösbaren ehelichen Gemeinschaft ist aber auch noch die Erhaltung desjenigen natürlichen Unterschiedes der Gatten verknüpft, der sich aus der Geschlechtsverschiedenheit ergibt und der eingegangenen Genossenschaft ihre besondere Gestaltung verleiht. Körperlich wie geistig ist der Mann anders geartet als die Frau, sie naturgemäß auf den Kreis des Hauses und die ganz besondere Fürsorge für die Kinder, er eben so auf das Leben in der Außenwelt und somit auf das beständig in ihr erforderliche Handeln hingewiesen, schon für sich allein, jetzt noch mehr aber, wo er dabei stets zugleich noch Frau und Kind, Erhaltung und Mehrung des die Grundlage der Familie bildenden Vermögens im Auge behalten muß. Die Verwaltung dieses Vermögens überläßt daher die Frau naturgemäß ihrem Manne, dieser aber übt dieselbe, die volle Gleichberechtigung der Genossin an sich anerkennend, in wichtigen Fällen doch nicht ohne deren Zustimmung, wie er sie auch in Verhinderungsfällen der Frau ganz

überläßt und für ihren eigenen Wirkungskreis ohnehin niemals abzunehmen sich veranlaßt sah.

Daß hiebei der Mann sowohl als die Frau niemals die begründete Gemeinschaft vergessen, in allem ihrem Thun und Lassen vielmehr stets zugleich sich bewußt bleiben, daß es nur der Erhaltung und immer höheren Kräftigung dieser Gemeinschaft zu dienen hat, ist Selbstfolge des Vorhandenseins der ächten Gefinnung der Gatten. Unvereinbar mit dieser wäre es daher auch, den aus ihrer naturgemäß unter sie vertheilten Thätigkeit entspringenden Erwerb, der keineswegs, wie das zugebrachte Vermögen, ursprüngliche Besonderheit an sich trägt, nun dennoch zu besondern und als demjenigen allein gehörig zu behandeln, der ihn gerade veranlaßt hat. Vielmehr muß dieser ganze Vermögenszuwachs, dieser Segen der inneren Gemeinschaft im äußeren Bereiche der Personen, auch für diesen verbleiben, was er an sich ist, lebendiges Erzeugniß und eben darum auch, wie die eingethane natürliche Frucht, Eigenthum der Gemeinschaft. Es müßten ganz unwiderstehliche Gründe sein, die zum Verlassen dieser so durchaus natürlichen und nothwendigen Folge der Ehe für das Vermögen führen sollten. Solche Gründe wird aber gewiß Niemand aufzufinden vermögen, und so lange das Recht im Gesetz als Regel nur das unverfälschte Wesen der Rechtsbildungen zum Ausdruck zu bringen hat, so lange wird auch das eheliche Güterrecht von dem Sage nicht ablassen dürfen, daß der von dem einzelnen Gatten innerhalb des Kreises seiner naturgemäßen Thätigkeit gemachte Erwerb der Gemeinschaft zufallen muß.

Aus dem Gesagten folgt von selbst, daß, was dem einzelnen Gatten im Wege des Erbanges oder sonstiger Zuwendungen von Dritten anfällt, zu demjenigen gehört, was als äußere Seite der besondern Persönlichkeit die Gatten sich nach dessen Eigenthumszuständigkeit einander belassen. Wie jedoch ein gewisser Ueberdrang des deutschen Rechts zur Abbildung der persönlichen Gemeinschaft im Vermögen im Ganzen bemerkbar ist, so ist gleichwohl häufig auch jener Erwerb als selbst dem Eigenthum nach in die Gemeinschaft fallend behandelt worden.

Etwas Selbstverständliches ist es dagegen, daß Gebrauch und Genuß des ganzen Vermögens gemeinschaftlich ist.

Es begreift aber die Gemeinschaft außer den Personen der Gatten auch die der Kinder. Bei Lebzeiten der Eltern finden in ihren Herzen die Rechte der Kinder ihre lebendige Vertretung, bedarf es mithin besonderer Berechtigungen der Kinder zu ihrem Schutze nicht.

Noch birgt aber die Unauflöslichkeit der ehelichen Gemeinschaft, das Gefühl der Ewigkeit ihrer Dauer in den Gatten, eine wichtige weitere Folge in ihrem Schoße. Wie soll es werden, wenn der Tod einen der Gatten hinwegraubt? Soll ihm die Gewalt eingeräumt werden, das äußere Spiegelbild der persönlichen Gemeinschaft im Vermögen, obwohl sie im Gemüthe des Ueberlebenden unerschüttert fortlebt, für diesen unbarmherzig zu zerreißen, das Vermögen nunmehr der bisherigen Gemeinschaft zu entziehen? Freilich, sind Kinder da, wirft die Frage kaum sich auf; denn alsdann versteht sich die Fortdauer der Gemeinschaft ohnehin von selbst. Aber auch im andern Falle, der meist auch noch mit einem längeren ehelichen Zusammenleben verbunden ist, entspräche es der von der Liebe der Gatten geknüpften lebenslänglichen Gemeinschaft doch gewiß nicht, die Vermögensgemeinschaft noch vor dem Tode des Ueberlebenden aufgehoben zu sehen. Ihre Fortdauer bis dahin ist somit auch hier das Natürliche, dem vorhandenen Rechtsverhältnisse sowohl als auch der ächten Empfindung der Gatten am meisten Entsprechende.

Dies Alles findet darin noch seine Ergänzung, daß bei der ächten ehelichen Gesinnung die Gatten sich auch keineswegs das Recht werden verkümmert wissen wollen, je nach den Bedürfnissen des Lebens und namentlich sonstigen Pflichten der Verwandten- und Nächstenliebe für ihren Todesfall so gut wie während ihres Lebens die geeigneten Verfügungen zu treffen. Das richtige Maß hierin werden sie schon von selbst halten, ja der Ueberlebende sogar eher geneigt sein, auch darüber vielleicht Hinausgehendes anzuerkennen als den letzten Willen des Gatten zu verlängnen. Andererseits zieht das Gesetz gegen

·Berechnungslose Uebertreibung oder gar unzulässigen Mangel der ehelichen Gesinnung die erforderlichen Schranken.

An wen dagegen nach beider Gatten Tode das Vermögen zu gelangen hat, darüber bestimmen naturgemäß die gewöhnlichen Regeln des Erbrechts. Für die beerbte Ehe treten nun die Kinder in das gesammte Vermögen ein; für die unbeerbte verfügte das ältere deutsche Recht, indem es den Ueberlebenden zum Alleinerben des Vorverstorbenen erhob, zwar vielfach den Ausschluß von dessen Verwandten von seinem Nachlasse; doch fällt wohl auch dies jenem schon bemerkten Ueberdrange desselben nach Gemeinschaftsbildung zu. Da den Gatten jederzeit freisteht, letztwillig auch dies zu verfügen, so darf eine gesetzliche Bestimmung derjenigen Erbvortheile genügen, welche dem Ueberlebenden an des Vorverstorbenen Nachlasse zu Theil werden und auch eigenthümlich verbleiben sollen.

Nicht unbemerkt darf bleiben, wie die Gleichberechtigung der Ehegenossen auch darin ihren Ausdruck zu finden hat und findet, daß die überlebende Frau den Kindern und dem Vermögen gegenüber dieselben Rechte, wie der verstorbene Mann ausübt.

Wenn aber für die beerbte Ehe die Fortdauer der Gemeinschaft als selbstverständlich bezeichnet ward (wie dies auch in der gar nicht seltenen *communio prorogata* noch ausdrücklich bezeugt vorliegt), so geschah dies mit Rücksicht darauf, daß mit dem Tode des Gatten die Personengemeinschaft, welche die Ehe bewirkt, keineswegs, wie gewöhnlich gemeint und gelehrt wird, schon als aufgehoben und zerstört, vielmehr durch die Kinder erhalten erscheint, in welchen sogar auch der Verstorbene geradezu fortlebt und als fortlebend von dem Verbliebenen anerkannt wird. Die fortdauernde Vermögensgemeinschaft ist dann auch hier nur wieder das Spiegelbild der fortdauernden persönlichen Gemeinschaft. Schon die Folgerichtigkeit der Gedanken zwingt somit diese Fortdauer auch im Gesetz anzuerkennen; nur wird dieses zugleich für den häufigen Fall der Minderjährigkeit der Kinder sowie den ihrer einstigen Selbstständigkeit vorzusorgen haben und auch den volljährigen Kindern gegenüber den natürlichen Unterschied zwischen der

Stellung des Ueberlebenden seinem verstorbenen Gatten gegenüber und derjenigen seinen Kindern gegenüber nicht außer Acht lassen können.

Dagegen ist in einem wahrhaft sittlichen Güterrechte der Ehe kein Raum für die dem römischen Recht entflammende Willkür der Eltern, letztwillig die Kinder ohne Weiteres auf den Pflichttheil zu setzen. Wie die volle, so muß auch diese theilweise Enterbung nur dann zugelassen sein, wenn dafür triftige Gründe sprechen; denn ohne solche verletzt sie zweifellos die schulbige Treue gegen die Gemeinschaft; ohne solche muß der ganze gesetzliche Erbtheil der Kinder gerade so gut wie Pflichttheil sein. Nur in der Schwere der Gründe wird sich daher die theilweise Enterbung von der vollen zu unterscheiden haben.

Hierfür muß entscheidend bleiben, daß gerade die Kinder erst die Ehe zu ihrer vollständigen Entfaltung führen, alle Verpflichtungen der Eltern gegen sie daher vorzugsweise zu beachten sind. Im Kinde findet das gesammte Vermögen der Gatten den von ihnen von vornherein gewollten Erben und Herrn. Die Entwicklungen der verschiedensten Systeme des deutschen ehelichen Güterrechts gelangen gleichmäßig zu demselben Ziele der Unabänderlichkeit dieses Erbganges. Im fränkischen Rechte bewirkte sie die bekannte Verfangenschaft, im sächsischen Rechte das noch viel weiter greifende Einspruchsrecht des nächsten Erben gegen Veräußerung des Erbe; nach dem noch heute geltenden brennischen Rechte bildet des Kindes Kopftheil am Vermögen der Eltern einen unentziehbaren Pflichttheil und ist deren Verfügungsrecht auf ihren eigenen Kopftheil beschränkt.

Sind nun aber in Vorstehendem die nothwendigen Grundzüge der Ehe sammt ihren Folgen für das Vermögen richtig aufgefaßt, so fehlt auch jeder Grund, dieselben nicht auch für eine zweite Ehe gelten zu lassen. Für die zweite Ehe gelten ganz dieselben sittlichen Anforderungen an die persönliche Gesinnung der Gatten, wie für die erste. Deren persönliche Gemeinschaft muß daher auch im Vermögen der zweiten Ehe sich wiederum ganz eben so wie in demjenigen der ersten abspiegeln. Aus dem römischrechtlichen Gesichtspunkte von Strafen der

zweiten Ehe daran etwas abzuändern, liegt kein Grund vor, wie er denn auch für unser deutsches Recht ein fremder ist.

Blieb die erste Ehe kinderlos, so gestaltet sich Alles einfach. War sie dagegen beerbt, so treffen den Ueberlebenden alsdann auch die doppelten Pflichten der doppelten persönlichen Gemeinschaft. Er wahrt die volle Treue sowohl gegen die erste wie die zweite Ehe; das Vermögen aber spiegelt auch diese Verdoppelung der persönlichen Gemeinschaft ab. Dasjenige des verstorbenen ersten Gatten, das nun die Kinder ererbt haben, verbleibt nichtsdestoweniger gemeinschaftlich mit ihnen auch für den Ueberlebenden, sein eignes aber tritt zwar in die Vermögensgemeinschaft mit dem zweiten Gatten, entzieht sich aber hiermit keineswegs seiner Gemeinschaft auch mit den Kindern erster Ehe. Nicht nur fließen auch zu ihren Gunsten dessen Einkünfte noch mit fort, sondern es vererbt auch auf sie durch den Tod ganz gleichmäßig, mithin selbst seine Errungenschaftshälfte der zweiten Ehe nicht ausgeschlossen, wie auf die Kinder der anderen Ehe, während andrerseits auch dem überlebenden zweiten Gatten die Rechte des Ueberlebenden an ihm gewahrt bleiben.

Letzteres muß freilich eine unumgängliche Beschränkung erleiden dadurch, daß dem Verstorbenen gegenüber nun von zwei Seiten Ueberlebende sich darstellen, nämlich außer dem überlebenden zweiten Gatten auch die überlebenden Kinder erster Ehe. Dauert in dieser die Personengemeinschaft mit dem ersten Gatten fort, so muß sich dies auch in der Behandlung des Vermögens des Verstorbenen ausdrücken. Dieser Ausdruck aber würde fehlen, wenn dasselbe dem zweiten Gatten gegenüber ganz ebenso behandelt würde, wie wenn er der erste Gatte gewesen wäre. Zum Ausdruck gelangt dies erst dann, wenn demselben der sonst zu des Ueberlebenden Rechten gehörige lebenslängliche Besitz und Genuß am Vermögen des Verstorbenen für denjenigen Theil desselben nicht eingeräumt wird, der auf die Kinder erster Ehe vererbt und in die zweite Ehe von vornherein schon nur als Bestandtheil der mit den ersten ehelichen Kindern zugleich noch fortdauernden Vermögensgemeinschaft und somit durch dies unentziehbare Erbrecht beschränkt eingebracht wurde. Dieser Antheil an des Verstorbenen Ver-

mögen ist mit dem Tode beider Eltern den erstehelichen Kindern nothwendig nunmehr als deren volles freies Eigenthum zu Theil geworden. Nur also, was auf den zweiten Gatten selbst und die Kinder zweiter Ehe davon vererbt, kann für den zweiten Gatten noch Gegenstand der Rechte des Ueberlebenden werden.

Dem schon öfter bemerkten Ueberdrange des deutschen Rechts nach Gemeinschaftsbildung entsproß die bekannte Verfangenschaft des fränkischen Rechts, die sehr lange große Gebiete des Reiches beherrschte. Sie trennte mit voller Schärfe die Vermögenskreise beider Ehen ein für alle Male, so daß das aus der früheren Ehe der Ueberlebenden herstammende Vermögen beider Gatten der neuen Gemeinschaft der zweiten Ehe durchaus fremd blieb und ausschließlich den erstehelichen Kindern verfiel.

Für jene verwickeltere Rechtsgestaltung doppelter Gemeinschaft liegt die Gefahr nahe, daß die Macht der Gegenwart ungebührlichen Druck auf die Rechte der erstehelichen Kinder ausübe, sofern das beiden Gemeinschaften zugehörige Vermögen des Ueberlebenden zugleich noch dessen Verfügungsrechten unterliegt. Diesen die geeigneten Schranken zu ziehen, wird kein Gesetz unterlassen können, die Festsetzung des Umfanges derselben aber als Grundlage wohl stets den durch die Zahl der Kinder sich ergebenden Theil des Vermögens des Ueberlebenden festzuhalten haben; denn Bevorzugung der zweiten Gemeinschaft ist Untreue gegen die erste. Weder den zweitehlichen Kindern also noch auch dem zweiten Gatten selbst darf von seinem Ehegatten mehr als der jedem einzelnen Mitgliede der Gemeinschaft gebührende Theil von seinem Vermögen zugewandt werden, folglich ein Kindestheil.

Hieraus folgt, daß in Bezug auf dieses Vermögen keine weiteren Unterscheidungen Raum finden. Die unzulässige Bevorzugung mangelt auch alsdann nicht, wenn die Kinder erster Ehe zwar nicht für den Kindestheil am Vermögen des Ueberlebenden, wie er zur Zeit des Todes des Erstverstorbenen gewesen wäre, Kürzung erleiden, dennoch aber weniger erhalten würden, als der Kindestheil der zweitehlichen Kinder betrüge. Weder der Erwerb des Wittwenstandes noch derjenige der

zweiten Ehe dürfen daher für die Berechnung des Kindes- theiles der erstehelichen Kinder außer Ansatz bleiben. Ges- schahen beide doch, während auch sie noch Glieder der Gemein- schaft waren! Sie dürfen es aber umsoweniger, als mit der Fortdauer der Gemeinschaft die Kinder erster Ehe auch deren möglichen Nachtheilen durch Verringerung der Größe ihres Kindes- theiles zur Zeit des Todes des Vorverstorbenen unter- worfen sind.

Soll der Zweck der hier fraglichen Beschränkung der Ver- fügungsrechte des Zweitverhehlchten gesichert sein, so darf sie nicht auf lehtwillige Verfügungen beschränkt werden; auch die unter Lebenden müssen ihr bei der Theilung unterzogen werden dürfen. Selbstverständlich aber darf für beide Arten von Ver- fügungen der Zweitverhehlchte den Kindern gegenüber nicht zum Slaven ängstlicher Berechnung erniedrigt werden.

Zu den römischrechtlichen Nachtheilen der zweiten Ehe gehört bekanntlich auch der, daß ein Elternteil, der ein Kind mit dessen Geschwistern beerbt hat und zur zweiten Ehe schreitet, das Eigenthum dieses Erbtheiles, so weit es aus dem Vermögen des verstorbenen Ehegatten herrührt, an die Miterben verliert und nur den Nießbrauch behält, auch diesen allein ererbt, wenn sich der Erbfall zu der Zeit ergibt, wo er schon die zweite Ehe geschlossen hat.

Nach deutschem Recht erben bekanntlich in solchem Fall überhaupt nur die Geschwister allein. Man hat dies theils daraus erklären wollen, daß die Geschwister für das ihnen von einem Elternteil auferstorbene Gut Gesamthänder seien, theils daraus, daß das Gut, welches innerhalb der Were verstirbt, auch wieder an die Were vererbe, theils selbst aus dem bloßen Vorzuge der Vollgeburt vor der nur einseitigen Verwandtschaft, theils endlich auch daraus, daß bei'm Tode des Vorverstorbenen das gemeinschaftliche Vermögen (Sammtgut) sofort in zwei ideelle Hälften zerfalle, deren eine dem Ueberlebenden, die andere dagegen den Kindern gebühre, von letzterer mithin, solange noch überhaupt Kinder da seien, diesen nichts wieder entzogen werden könne.

Erschöpfend dürfte sich der Satz erst aus dem natürlichen

Einflüsse der Personen auf die Vermögensgemeinschaft erklären. Begründet für die Gatten selbst, setzt sie sich durch die Kinder einfach fort nach des Einen Tode. Seine Stelle nehmen die Kinder ein und eben damit auch sein Vermögen. Solange daher auch nur ein einziges Kind noch da ist, erscheint auch persönlich des Verstorbenen Vermögen dem Ueberlebenden gegenüber als dem anderen Gliede der Gemeinschaft noch vollständig vertreten und muß daher der Tod eines von mehreren Kindern für die Vermögensgemeinschaft und Eigenthumszuständigkeit wirkungslos verbleiben.

Noch muß aber auch diejenige Wirkung der zwischen Eltern und Kindern bestehenden Vermögensgemeinschaft beachtet werden, welche der Tod beider Eltern für die Kinder selbst herbeiführt; denn, ist nunmehr auch die Gemeinschaft zwischen Eltern und Kindern gelöst, und damit selbstverständlich das gesammte Vermögen diesen allein zugehörig, so macht sich doch eine unvermeidliche Nachwirkung dieser gelösten Gemeinschaft darin bemerklich, daß an sich jedes einzelne Kind zu dem ganzen Vermögen berechtigt ist, mehrere daher nothwendig einen ganz gleichen Antheil an demselben haben. Soweit also bestehende particularrechtliche Gestaltungen des ehelichen Güterrechts diese gleichheitliche Berechtigung der Kinder verletzen, werden dieselben auf künftige Beibehaltung keinen Anspruch haben. Dies gilt jedoch freilich nur da, wo die Rücksicht auf die Familienbande das Entscheidende ist. Wenn daher höhere, dem Staatsorganismus entfließende Rücksichten Anderes erheischen, so gehen diese vor, wie z. B. im Fideicommißrechte, dem Meierrechte, dem bäuerlichen Güterrechte, dem Lehenrechte. Das künftige Reichsgesetz wird den Umfang der durch diese Rechtsgestalten gebotenen Abweichungen von dem Grundsatz des gleichheitlichen Erbrechts der Kinder fest in's Auge zu fassen und nur das möglich geringste Maß derselben zu gestatten haben. Außerdem ermöglicht hier auch schon sehr viel das den Eltern zustehende Verfügungsrecht, Kraft dessen sie, wo dies die Verhältnisse fordern, den Eintritt der starren Gleichheit zwischen den Kindern von vornherein abzuhalten vermögen, sei's nun durch Ueberlassung des Grundeigenthums an eines der Kinder gegen Anschlag

schon bei Lebzeiten, sei's durch ähnliche letztwillige Bestimmungen. Wo daher particularrechtlich vorhandene dergleichen Abweichungen vom gleichheitlichen Erbrechte der Kinder der Beschaffenheit des Bodens und der durch sie vorgeschriebenen Bebauungsarten nach nothwendig sind, hindert gar nichts deren Fortbestand, und zwar um so weniger, als die Hauptwirkungen des ehelichen Güterrechts naturgemäß doch immer diejenigen bleiben, die bei'm Leben der Eltern stattfinden, diese aber von den Verschiedenheiten der Beerbung zwischen den Kindern unter sich nicht berührt werden. Der hiernach erwachsende ziemlich umfangreiche freie Spielraum für die Behandlung des Erbrechts Kinder erleichtert aber augenscheinlich um so mehr eine gleiche allgemeine Gesetzgebung für das eheliche Güterrecht überhaupt.

Hält man nun vorstehende Zeichnung der Grundlinien des ehelichen Güterrechts für richtig, so ist damit für die von dem künftigen Reichsgesetz als Hauptgrundlage des Güterrechts zu wählende Form zweierlei schon entschieden, nämlich:

1) als Grundlage zu dienen vermag nur die Gütergemeinschaft und

2) von den zwei Hauptgestaltungen der Gütergemeinschaft, die wir in der dermaligen Gesetzgebung vorfinden, nur diejenige der Errungenschaftsgemeinschaft im Gegensatz zu der allgemeinen Gütergemeinschaft, da diese mit Fortdauer des Sondereigenthums der Gatten an ihrem Beibringen durchaus unvereinbar ist.

Zunächst ist nun kurz aufzuzeigen, daß die Errungenschaftsgemeinschaft den obigen Grundsätzen durchaus entspricht.

1) Alle auf derselben beruhenden dermaligen Gesetzgebungen legen ihrem Güterrechte die der persönlichen Gemeinschaft der Gatten entsprechende Vermögensgemeinschaft zu Grunde, welche, wie die Möglichkeit der Errungenschaft zeigt, das gesammte Vermögen umfaßt;

2) halten die Eigenthumszuständigkeiten der Ehegatten an ihrem beiderseitigen Vermögen, soweit dies eingebracht oder ererbt ist, an sich und unbeschadet auch einer Errungenschaft daran für die Zwecke der Ehe aufrecht;

3) setzen dagegen für das gemeinschaftlich erworbene Ver-

mögen auch gemeinschaftliches Eigenthum fest, und zwar, indem sie nicht nur selbstverständlich die Früchte des beiderseitigen Vermögens sofort gemeinschaftlich werden lassen, sondern auch zu dem gemeinschaftlichen Erwerb selbst dasjenige zählen, was ein Ehegatte besonders erwirbt, sofern die naturgemäße Theilung der Thätigkeit der Ehegatten in der Ehe für die Erwerbshandlung die Thätigkeit nur Eines der Ehegatten nach sich gezogen hat.

4) Sie gewähren der Mehrzahl nach jedem der Gatten an demjenigen Vermögen, welches als Zuwachs über das beiderseits Beigebrachte sich darstellt, Eigenthumsanspruch für die Hälfte.

5) Sie behandeln die Ehegatten als an und für sich gleichberechtigte Genossen, welche sich eben darum auch in Verhinderungsfällen ersetzen, und gestalten die dem Einzelnen zustehenden Befugnisse durchaus gemäß den vorhandenen sittlich-natürlichen Unterschieden zwischen Mann und Frau.

6) Sie theilen demgemäß dem Manne das Recht der Verwaltung des Vermögens und der Vertretung der gesamten Familie nach außen, der Frau das Walten im Innern des Hauses und eine diesem angemessene Verfügung zu.

7) Indem sie solcher Gestalt die Handlungen des Mannes in der Regel als nicht bloß für ihn selbst, sondern auch für die Gemeinschaft verbindlich erkennen, bieten sie zugleich den Gläubigern in dem gemeinen Gute sofort bereite, von den besonderen Eigenthumszuständigkeiten der Gatten unabhängige Mittel zu ihrer Befriedigung dar, während jene besonderen Zuständigkeiten für ausdrücklich von beiden Ehegatten übernommene Verbindlichkeiten ohnehin außer Betracht zu bleiben haben.

8) Sie lassen dem naturgemäßen Begriffe der ehelichen Gemeinschaft als einer lebenslänglichen nach, der auch zugleich die Kinder miteinschließt, den überlebenden Gatten im lebenslänglichen Besitz und Genuße des gesamten Vermögens und gewähren den Kindern dabei zugleich den erforderlichen Schutz.

9) Sie ertheilen dem Ueberlebenden außerdem ein beson-

deres, die Innigkeit der ehelichen Gemeinschaft anerkennendes gegenseitiges Erbrecht, mehr oder minder umfassend, je nachdem Kinder da sind oder nicht.

10) Sie erhalten auch nach dem Tode des einen Ehegatten die bestandene Gemeinschaft in derjenigen des Ueberlebenden mit den Kindern in ungetrübter Weise fort, indem der Ueberlebende nunmehr, ob Mann ob Frau, die Gesamtheit der beiden Gatten zusammen zustehenden Rechte besitzt und unter den für die Kinder erforderlichen Beschränkungen ausübt.

11) Sie lassen ferner auch im Fall einer zweiten Ehe den Fortbestand der zwischen dem Ueberlebenden und den Kindern vorhandenen Gemeinschaft unter den für diese durch solche besondere Lage nöthig gewordenen Sicherungsmaßregeln zu und erkennen gleichwohl die neue Gemeinschaft des Ueberlebenden mit dem zweiten Gatten völlig an, indem sie demselben das Anrecht auf die Hälfte der Errungenschaft zweiter Ehe gewähren.

12) Sie gehen endlich, von besonderen Verhältnissen abgesehen, von der gleichheitlichen Erbberechtigung der Kinder aus und lassen in der ganzen Gestaltung des ehelichen Güterrechts erkennen, daß ihrer Anschauung und Behandlung der Ehe die beerbte Ehe zu Grunde liegt, weshalb sie die Kinder stets gleichmäßig bedenken im Unterschiede zur Mannigfaltigkeit der Behandlung des Ueberlebenden bei kinderloser Ehe.

Entspricht somit die Errungenschaftsgemeinschaft den obigen aus dem Wesen der Ehe selbst abgeleiteten Erfordernissen, so darf jetzt doch das geradezu verwerfende Urtheil eines unserer ersten lebenden Germanisten über dieselbe nicht ohne eine noch ganz besondere sorgfältige Erörterung bleiben, wie wenig man auch sonst den Streit lieben mag. Gerber nämlich hat in dem oben schon erwähnten, so gedankenreichen und fruchtbringenden Aufsatz „Betrachtungen über das Güterrecht der Ehegatten“ die Errungenschaftsgemeinschaft geradezu einer Verbildung richtiger Grundgedanken zur Caricatur bezichtigt und in seiner Begründung dieses völlig verwerfenden Urtheils auf S. 249—252 ihr die härtesten Vorwürfe machen zu müssen geglaubt. Sofern nun hierbei derselbe sogar jede Gütergemein-

schaft überhaupt, die sich nicht innerhalb der Schranken einer bloß äußerlichen Gütereinheit, nämlich bloßer Güterverwaltung, verhält, verwerfen zu müssen glaubt, darf hiegegen wie auch gegen den bekannten, gleichfalls auf völliger Vermögensgetrenntheit beruhenden Entwurf Runder's (s. Art. 1 u. 2) wohl lediglich auf die früheren Ausführungen verwiesen werden, woraus wahre Gütergemeinschaft als nothwendige Folge der deutschen Auffassung der Ehe sich ergeben hat. Scheint es doch auch sonst, als ob den verehrten Mann hiebei nur sein lebhafter Eifer in Bekämpfung der Form der allgemeinen Gütergemeinschaft etwas zu weit geführt haben mag. Tritt man nun aber den von ihm der Errungenschaftsgemeinschaft insbesondere gemachten Vorwürfen näher, so wird der Unbefangene deren Richtigkeit in keiner Art anzuerkennen vermögen. Wenn es dort heißt: „Welch ein schiefer, um nicht zu sagen unwürdiger Gedanke ist es, die eheliche Lebensgemeinschaft als eine Erwerbsgesellschaft darzustellen!“, so wird gewiß Niemand in Versuchung kommen, in einer solchen Darstellung in der That etwas Anderes als Caricatur zu erkennen. Nur ist es eben so klar, daß jener nackte Begriff einer Erwerbsgesellschaft auch nicht im Entferntesten der Art und Weise entspricht, wie die Errungenschaftsgemeinschaft die eheliche Lebens- und Vermögensgemeinschaft auffaßt. In dem Suchen nach römischrechtlichen Analogieen haben eben die Juristen des Mittelalters und des *usus modernus* für ihre Erklärung der nur den deutschen Rechtsauffassungen der Ehe gemäßen einheimischen Gesetze über das eheliche Güterrecht sowie für die Entscheidung mancher dabei vorkommenden vermögensrechtlichen Fragen mit mehr oder minderem Geschmac und Geschick auch die dem reinen Vertragsrecht angehörige und schon darum unpassende römische *societas quaestuaria* zu benutzen sich nicht entblödet und es hierbei nach ihrer bekannten Art nicht eben sehr genau genommen. Insbesondere begegnet man allerdings dieser Behandlungsart auch bei den Erklärern des für Würtemberg geltenden ehelichen Güterrechts, auf welches Gerber nach S. 248 Not. 3 als das „am consequentesten ausgebildete“ vorzugsweise Rücksicht nahm, obwohl jenes Lob nur den Grundgedanken, durchaus

nicht ihrer Ausführung gebührt. Diese württembergischen so wenig aber als die Erklärer der auch in den andern deutschen Landen so verbreiteten Errungenschaftsgemeinschaft haben deren Wesen mit ihrer Benützung der Formel *societas quaestuarialis* für Vermögensfragen erschöpft zu haben geglaubt; vielmehr erfordert es die Gerechtigkeit gegen dieselben, hier ausdrücklich hervorzuheben, daß sie, wo dies die deutschrechtliche Auffassung der Ehe nöthig machte, sich nicht im Mindesten gescheut haben, den Regeln der römischen *societas quaestuarialis* ganz entgegen zu entscheiden, z. B. bei den Kosten der Krankheit der Ehegatten oder den sonstigen Fällen der uralten ehelichen Noth. Sie selbst haben, ganz abgesehen auch von ihren häufigen allgemeinen Bemerkungen, daß in dieser Lehre das deutsche Recht mit dem römischen nicht übereinstimme, schon hierdurch allein zur Genüge sich gegen den ihnen von Gerber gemachten Vorwurf gewahrt, als ob sie wirklich in der Ehe selbst nur eine *societas quaestuarialis* gesehen hätten, wie es denn selbstverständlich auch keinem von ihnen jemals einfiel, die eheliche Vermögensgemeinschaft für kündbar zu halten. Dagegen wird wohl auch Gerber ihnen nicht das Recht bestreiten wollen, die römischrechtlichen Regeln über gemeinschaftliches Eigenthum und über die *societas* auch für Behandlung und Beurtheilung entsprechender einzelner Vermögensfragen des deutschen Güterrechts, wie des Gemeineigenthums der Errungenschaft mit Maß und Ziel zu verwerthen.

Auf die Frage: „Ist es denn überhaupt zulässig, für die sittliche Einheit der Ehegatten eine privatrechtliche Formel zu verlangen?“ muß geantwortet werden: nicht nur zulässig, sondern sogar nothwendig ist dies, schon aus dem ganz nüchternen Grunde, weil doch jedenfalls die Ehe, wo nicht wirklich das hauptsächlichste, so doch mindestens eins der hauptsächlichsten Glieder des Privatrechts überhaupt ist; sodann weiter aber auch noch darum, weil eines Theils jene zunächst nur innere sittliche Einheit nur im Gebiete des Privatrechts auch äußeres Dasein erlangen kann und andernteils auch der Gesetzgeber diese ihre äußere Verwirklichung selbst gegen den Willen sittlich etwa mangelhafter Gatten als Hüter und Schirmer der Sitt-

lichkeit im Rechte aufrechterhalten und sichern muß. Wie sehr daher auch die innere sittliche Einheit der Gatten zugleich alle Schranken des Privatrechts überragt, für das Recht muß sie dennoch stets auch in eine privatrechtliche Formel gefaßt werden, und in der That hat sich auch bis heute kein Gesetzgeber dieser Aufgabe zu entziehen versucht, mit wie viel oder wenig Glück er sie auch gelöst haben mag. Ja, wenn Gerber später S. 259 die rechtliche Stellung des Mannes zum Frauengute als die eines stellvertretenden Verwalters eines fremden Vermögens zu einem allgemein bestimmten Zwecke bezeichnet, so möchte doch wohl auch hierin nichts Anderes als ein Versuch zur Aufstellung einer privatrechtlichen Formel für die sittliche Einheit der Ehegatten zu erblicken sein, wenn auch diese darin den angemessenen Ausdruck gewiß nicht gefunden hat.

Wenn Gerber S. 248 ff. nicht umhin kann, die Grundgedanken, von denen die Errungenschaftsgemeinschaft ausgeht, selbst für richtig zu finden, so fällt dieses sein Lob um so mehr in's Gewicht, wenn seine dortige Schilderung dieser Grundgedanken gewisse Besonderheiten der in Württemberg geltenden Form der Errungenschaftsgemeinschaft, auf welche er später schweren Tadel stützt, als nothwendigen Ausfluß der Sache selbst darstellt, während diese doch solche durchaus nicht nöthig hat und sogar alle anderen die Errungenschaftsgemeinschaft enthaltenden Gesetze diese Besonderheiten nicht haben. Gerber sagt in seiner Schilderung S. 248: „so ist doch durch ein Beibringensinventar genügend vorgesehen, daß man bei Auflösung einer auch noch so langen Ehe des ursprünglichen Bestandes gewiß sei und danach den Antheil derselben wenigstens in der Form von Ersatzansprüchen festzustellen vermöge“; ferner auf S. 251: „Das Beibringensinventar muß eine von der Obrigkeit geforderte, vielleicht auch von ihr angefertigte, jedenfalls öffentlich aufbewahrte Urkunde sein. Nur auf diese Weise läßt sich die Idee des Instituts verwirklichen“. Hieran wird nun folgender schwere Tadel geknüpft: „Wie störend ist aber diese Einmischung, wie wenig wird das feinere Gefühl geschont, wenn gleich bei der Eingehung der Ehe der Notar in das kaum ge-

gründete Haus einbringen und Stück für Stück des beiderseitigen Beibringens in seine Acten registriren darf!“ Gewiß, wenn irgend etwas, so ist dieser Tadel vollständig begründet. Allein er trifft ja keineswegs die Sache selbst, sondern durchaus nur diese allerdings geradezu widerwärtige Besonderheit des württembergischen Gesetzes (s. Wächter, würtemb. Priv. R. I, S. 442, 3; 446). Die sehr zahlreichen andern Gesetze, denen die Errungenschaftsgemeinschaft zu Grunde liegt, enthalten durchaus diese Vorschrift eines obrigkeitlichen Beibringensinventars nicht. Vergebens sucht man sie im Codex Maximilianus, in dem so verbreiteten Solmsen Landrechte, das für ganz Nassau und, mit geringen Ausnahmen, auch für Hessen-Darmstadt Maß gibt, in der Frankfurter Reformation, der bekannten Quelle so vieler anderer Statuten, in der Nassau-Nagelsteden'schen Landesordnung, im Pfälzischen Landrecht, im Trierischen Landrecht, und noch sehr vielen andern, deren besondere Aufzählung sich jetzt wohl als überflüssig erweist. Gleichwenig, wie diese älteren Gesetze, schreibt ein gerichtliches oder auch nur notarielles Inventar bei Eingehung der Ehe der Code civil vor. Gerber's Behauptung, nur durch obrigkeitliche Verzeichnung bei oder vor Eingehung der Ehe lasse sich die Idee des Instituts verwirklichen, ist hierdurch augenscheinlich widerlegt; denn in allen diesen Landschaften wurde von je und wird noch heute diese Idee vollständig auch ohne gerichtliche Inventur verwirklicht. Namentlich mag hier noch hervorgehoben werden, daß dies selbst in einer so verkehrsreichen Handelsstadt gelungen ist, wie Frankfurt a. M., wo sich die vermeintliche Unmöglichkeit oder doch zu große Schwierigkeit der Durchführung der Idee ohne gerichtliche Inventur in den vielen Jahrhunderten, die es bereits mit der Errungenschaftsgemeinschaft durchlebt hat, längst fühlbar hätte machen müssen, trotz einer höchst sorgfältigen Ausbildung seines ehelichen Güterrechts aber durch seine Behörden eine Neuerung nach dieser Richtung niemals beantragt, geschweige denn beschlossen worden ist.

Ein weiterer Vorwurf Gerber's auf S. 251 ist gerade eben so wenig begründet, wie der vorige. Derselbe lautet:

„Das System legt ferner die Nöthigung einer Art von Statwirthschaft oder einer genauen dreifachen Buchführung in der Ehe auf; welch einen Grad von engherziger Entäußerung freien Vertrauens setzt es voraus, wenn es verlangt, daß sich die Gatten bei jeder Ausgabe und jeder Einnahme bewußt sein sollen, ob dies dem Sondergute des Mannes, dem der Frau oder dem Socialgute zugerechnet werden müsse. Wie wenig entspricht es der vollen Hingebung, welche das sittliche Princip der Ehe fordert, wenn das Güterrecht in jedem Augenblicke eine Erinnerung des Vermögensgegensatzes anregt, wie dies bei diesem steten Abrechnungsverfahren der Fall ist. Man wird vielleicht sagen, daß diese Mängel im Leben selbst weniger empfunden werden, indem die vom sittlichen Geiste wahrhaft beseelten Gatten sich gegenseitig vertrauen und in freiem Schalten und Walten die Formen überspringen, die ihnen das Gesetz vorzeichnet. Aber dies beweist nur, daß ein gesundes Volksleben sich selbst von der engherzigsten Gesetzgebung nicht unterdrücken läßt, es beweist Nichts für die Brauchbarkeit eines Principis, das dem mechanischen Schreiberthum selbst auf das innerlichste Verhältniß des Lebens einen zerlegenden Einfluß gönnen will.“

Eine solche Schilderung müßte aber dem, der z. B. die Frankfurter Errungenschaftsgemeinschaft theoretisch und practisch kennt und nun damit vergleicht, geradezu als Ausfluß einer vollen Unbekanntheit mit der Sache selbst erscheinen, rührte sie nicht von einem so geistvollen und ausgezeichneten Kenner unseres deutschen Rechtes her, und läge nicht klar vor, daß ihn zu diesem Urtheile nur die ihm vorzugsweise bekannt gewordene Form der allerdings in der Ausführung sehr mißlungenen, weil von polizeilicher Einmischung der Behörden in Alles durch beständige Inventuren, Beibringensverzeichnisse, ganz unbedingte Nachlaßversiegelung und gerichtliche wie außergerichtliche Real- und sogenannte Eventualtheilungen wahrhaft strotzenden, (s. Wächter, *Württemberg. Privatrecht* Thl. I, §. 63, S. 439—450), württembergischen, noch außerdem mit einem verwicklungsreichen Voraus und dem bekannten Schreibereiwesen beglückten Errungenschaftsgemeinschaft und namentlich noch der

auch ausdrücklich von ihm erwähnte (f. S. 256), den heutigen Ansprüchen an die Gesetzgebung durchaus nicht entsprechende, freilich denn auch niemals zur Annahme gelangte württembergische Entwurf eines Gesetzes über die eheliche Gütergemeinschaft von 1840 veranlaßt haben. Nichts ist erklärlicher, als daß Jemand, der in Ländern der allgemeinen Gütergemeinschaft und deren mannigfaltigen Formen gelebt hat und nun in die geschilderte, zu einem starken Theile geradezu musterwidrige württembergische Errungenschaftsgemeinschaft, ja gar noch in das krause Gewirr und zum Theil engherzige Gewimmel jenes Entwurfs geräth, sich wohl auch zu einem vorschnellen Urtheil über die Sache selbst fortreißen lassen kann. Letztere nun aber ist jedenfalls in dieser Schilderung durchaus nicht zu finden. Eine genaue dreifache Buchführung, ein stetes Abrechnungsverfahren für jede einzelne Einnahme und Ausgabe während des ganzen Laufes einer Ehe, schon ein solcher Gedanke freilich ist sofort auch Verdammungsurtheil. Nur bliebe freilich alsdann auch völlig unbegreiflich, wie nicht ein jedes von den vielen Ländern, die nun schon seit Jahrhunderten unter der Errungenschaftsgemeinschaft gedeithlich und zufrieden leben, selbst Württemberg nicht ausgeschlossen, eine solche unerträgliche Bürde längst schon abgeschüttelt hätte. Diese sonst unerklärliche Erscheinung erklärt sich aber höchst einfach dadurch, daß in der That jene Schilderung eben doch nicht richtig ist; denn die vermeintliche fortwährende dreifache Buchführung mit stetem Abrechnungsverfahren während der ganzen Ehe wäre ja doch eine Selbstquälerei ohne Gleichen und gleichwohl durchaus unnötig und zwecklos; der Zweck nämlich wird einfach und genügend schon dadurch erreicht, daß einzig und allein das beiderseitige Einbringen mit dem bei der Auflösung der Ehe vorhandenen Vermögen verglichen und der Ueberschuß als Errungenschaft, der Abgang als Verrungenschaft erkannt wird. Dies nämlich kann als fast allgemeines Ergebniß der Ausbildung des Errungenschaftsbegriffes für den heutigen Rechtsstand bezeichnet werden, daß als Errungenschaft nicht mehr unbedingt jedes einzelne während der Ehe erworbene Vermögensstück als solches, wie früher, sondern vielmehr der bei der Auflösung

der Ehe vorhandene Vermögensüberschuß über das Beibringen im Allgemeinen anzusehen ist. Gesetzliche Formen brauchen hierbei durchaus nicht übersprungen zu werden, da kein Gesetz, selbst nicht das württembergische, die getabelte Statwirthschaft oder eine genaue dreifache Buchführung während der Ehe vorschreibt, geschweige denn vorschreibt, während, wenn unter Statwirthschaft nur das Dasein verschiedener Ehen verstanden ist, dieses in allen Gesetzen besondere Berücksichtigung finden muß. Wenn nun auch bei jener vergleichenden Ausmittlung der Errungenschaft natürlich so wenig als bei jeder Theilung überhaupt in verwickelteren Fällen Einzelerörterungen über frühere Vorgänge während der Ehe oder die Natur einzelner Schulden ganz zu vermeiden sind, so treten solche doch stets nur dann ein, wenn Sachen von Bedeutung in Frage stehen; den Regeln selbst aber, die dann zu entscheiden haben, läßt sich in keiner Art der Vorwurf kleinlicher Engherzigkeit machen, einfach schon darum nicht, weil sie von der Sache selbst geboten sind, und natürlich würde jedenfalls das künftige Reichsgesetz nur solche beibehalten oder festsetzen. Alles hängt daher auch hier nur von dem Werth oder Unwerth der Sache selbst ab, und deshalb kann und soll es nicht vermieden werden, jetzt scharf und genau die wahre Grundlage der Gerber'schen Verurtheilung der Errungenschaftsgemeinschaft sammt den dafür von ihm geltend gemachten Gründen auf ihre Richtigkeit hin in's Auge zu fassen. Diese Grundlage nun bildet aber nichts Anderes als die Behauptungen auf S. 252: „Wenn aber das System nur gerecht wäre! Ist es aber wohl gerecht, wenn das Gesetz ohne Unterscheidung der Verhältnisse allen während der Ehe gemachten Erwerb zu gleichen Theilen unter die Gatten vertheilt? Dies mag in den niedern Arbeitsständen angehen, bei denen die Frau nicht minder als der Mann auf Erwerb ausgeht, aber gewiß nicht in jenen Kreisen, in denen der Mann der durch seine Geschäftsthätigkeit und sein geistiges Capital allein erwerbende Theil ist“; ferner auf S. 262: „In den meisten Ehen, in denen etwas erworben wird, wird dies das Ergebniß der Thätigkeit des Mannes sein. Hier ist auch nicht der entfernteste Grund vorhanden, das Eigenthum des Erwor-

benen der Frau zur Hälfte zuzutheilen; ihr Antheil daran liegt in der Theilnahme an dem erhöhten Lebensgenuß, in der Veruhigung, welche ihr das Bewußtsein der Sicherung der äußern Stellung ihrer Familie gewährt, die der Mann mit Hilfe reicher Erwerbsquellen zu bereiten im Stande ist. Auch wird man die Wirthschaftlichkeit und Sparsamkeit der Frau gewiß nicht als ein der Erwerbsthätigkeit des Mannes paralleles Moment zu Gunsten einer Errungenschaftstheilung anführen können.“

Ganz genau so, wie Gerber hier, haben auch die Römer schon gedacht; denn bekanntlich wird jeder eheliche Erwerb nach dem römischen Recht Alleineigenthum des Mannes. Auch muß nach ihm diese Rechtsanschauung als ganz folgerichtig erscheinen; denn, sobald, was Gerber S. 255 selbst hervorhebt, dem Manne allein die Tragung der ehelichen Lasten aufgebürdet erscheint, und, von dem Beitrage der Frau dazu mit ihrer dos abgesehen, deren ganzes sonstiges Vermögen frei von diesen Lasten bleibt, muß auch der Mann Alleineigenthümer des ehelichen Erwerbs sein und ist kein Raum für ein Miteigenthum der Frau daran. Nimmt nun aber, wie Gerber dies dort ebenfalls selbst hervorhebt, nach deutschem Recht in vollem Gegensatz hiezu das ganze Vermögen der Frau an Tragung der ehelichen Lasten Theil, so muß es für deutsches Recht doch wohl eben so folgerichtig sein, die Frau nun auch an dem Erwerbe der Ehe nach der Hälfte zu betheiligen. Schon dieser bloße Verstandes-schluß zeigt die Unhaltbarkeit der fraglichen Behauptung Gerber's.

Ganz gewiß folgt aber diese noch viel sicherer aus der von Gerber selbst so oft hervorgehobenen sittlichen Auffassung der Ehe im deutschen Recht überhaupt. Darnach ist die Frau in Wahrheit nach allen Richtungen des Mannes „Genossin“ (S. 255); „die Verbindung, welche die Gatten eint, umfaßt sie ganz, nach allen Beziehungen“ (S. 257). Sollen hier nicht bloß Worte tönen, dann wird auch nicht geläugnet werden können, daß, was diese Genossen während der Dauer ihrer Genossenschaft als Frucht ihrer genossenschaftlichen, nach ihren natürlich-sittlichen Verschiedenheiten getheilten Thä-

tigkeit für die Zwecke der Genossenschaft miteinander erworben haben, auch beiden Genossen gleichmäßig zugehören, auch ihr neues genossenschaftliches Eigenthum werden muß, unmöglich daher dem Mann allein zustehen kann. Oben ist gerade aus dem sittlichen Begriffe selbst, als der innigsten Vereinigung der Gatten zu der beiden Geschlechtern unentbehrlichen gegenseitigen leiblichen und geistigen Ergänzung, abgeleitet worden, daß in ihr, was auch Gerber mit Recht fordert, wie nothwendig die Personen selbst, so auch die zu der äußern Seite der Persönlichkeit mitgehörenden verschiedenen Eigenthumszuständigkeiten an dem beigebrachten Vermögen erhalten bleiben; dagegen muß Gerber's Begründung der vermeintlichen Nothwendigkeit des Alleineigenthums des Mannes am ehelichen Erwerbe geradezu als ein Mangel des Verständnisses der wahren Bedeutung der deutschrechtlichen, namentlich auch von Schüler in seinen juristischen Abhandlungen und Rechtsfällen S. 485 ff. sehr gut entwickelten Genossenschaft der Gatten in der Ehe und als ein förmlicher Rückfall in den eigensüchtigen Standpunkt des römischen Rechts bezeichnet werden, ein Rückfall, der um so mehr hätte vermieden werden müssen, als dieser Behauptung nicht bloß die Länder der Errungenschafts- sondern in ganz gleichem, ja noch viel höherem Grade auch diejenigen der allgemeinen Gütergemeinschaft, folglich, mit nur sehr geringen, ihre Härte durch anderweite Bestimmungen noch wieder wesentlich mildern den Ausnahmen, wie z. B. Hamburg, fast alle deutschen Lande durch Gesetz und Leben entschieden widersprechen.

Alle diese Länder fühlten von jeher lebendig und erkannten vollbewußt und unumwunden an, daß in der Ehe beide Gatten, wenn sie nur sonst die ihnen nach der natürlich-sittlichen Verschiedenheit der Geschlechter zufallenden Pflichten redlich erfüllen, ganz gleichberechtigt und wahre Genossen sind, daß somit allerdings auch die pflichttreue „Wirthschaftlichkeit und Sparsamkeit der Frau das der Erwerbsthätigkeit des Mannes durchaus parallele Moment“ ist und eben darum ganz gleiches Recht genießen muß, daß die in der Zuerkennung des Alleineigenthums des ehelichen Erwerbs an den Mann liegende wahre *societas leonina* dem Wesen der Ehe gänzlich widerstrebt

und gerade darum, weil allerdings der Mann der Natur der Sache nach schon an sich im Ganzen seiner ehelichen Stellung überwiegt, es seiner um so unwürdiger wäre, dies Uebergewicht zur Erlangung von Vermögensvorthelen seiner Genossin gegenüber auszubenten. Gerade dadurch würde der Mann in der That die eheliche Gemeinschaft zu derjenigen *societas quaestuarie* herabwürdigen, gegen welche mit allem Rechte der Mann sonst die Ehe verwahrt wissen will.

Zeigt denn nicht auch schon die volle Vertretung des Mannes bei dessen Verhinderung oder Krankheit durch die Frau deren an sich vorhandene Gleichberechtigung mit ihrem Manne? Ist sie alsdann nicht selbst auch der Mann, der Erwerber sogar? Und wenn man dies, als nicht dauernd, nicht beachten wollte, ist die Frau nicht in sehr vielen Ehen auch dauernd Erwerber oder doch selbständiger Miterwerber? Und wer denn anders als die Frau zunächst tritt in die Stelle des Mannes sowohl für das Geschäft wie für die Leitung und Bevormundung der Kinder und des ganzen Hauswesens, wenn der Mann stirbt? Erblicken doch viele unserer Statuten gerade in der besonderen Natur der Errungenschaft, in ihrer Eigenschaft, die Frucht der gemeinsamen ehelichen Thätigkeit und Ersparniß zu sein, einen zwingenden Grund dafür, dieselbe bei kinderloser Ehe dem Ueberlebenden als dessen ausschließliches Eigenthum zuzuthellen. Alles Dinge, die für das deutsche Recht eine ganz andre Stellung der Frau zeigen, als für das römische Recht, und somit entschieden für die Beurtheilung des Eigenthums des ehelichen Erwerbs nur die Grundsätze des deutschen Rechts geeignet machen, die Zulassung des römisch-rechtlichen Alleineigenthums des Mannes daran mithin zu einem ganz unzulässigen Rückfalle stempeln. Daß auch die S. 252 angezogene Verschiedenheit der Stände — abgesehen natürlich von den bei'm Adel mehr oder minder wirkenden Staatsrückfichten — an dem Allem nichts zu ändern vermag, folgt wohl von selbst; denn die sittlichen Grundlagen der Ehe bleiben sich überall gleich, und wenn auch in den höheren Ständen, wiewohl keineswegs ausnahmslos, die Frau nicht „zugleich wie der Mann auf den Erwerb ausgeht“, die ihr zufallenden, vielfach sogar

erschwerten Pflichten erfüllt sie doch als treue Genossin auch hier. Außerdem zeigt der so häufige Fall ursprünglicher Vermögenslosigkeit der Gatten ganz schlagend, was das lautere Wesen der Ehe selbst fordert; denn in ganz Deutschland wird der Erwerb solcher Gatten nach den allverbreiteten Rechtsprüchwörtern: „Leib an Leib, Gut an Gut“ und „Gut bei Schleier, Schleier bei Gut“ u. a. m. gemeinschaftlich und durchaus nicht Alleineigenthum des Mannes, was doch auch in der That geradezu widernatürlich erscheinen müßte.

Freilich, wenn, wie Gerber S. 245, „das Institut der Gütergemeinschaft immer den Eindruck einer juristischen Petulanz, eines frivolen und zerstörenden Eingriffs in ein Verhältniß sittlicher Freiheit gemacht hat“, der war auch schon von vornherein der Gefahr des bezeichneten Rückfalles preisgegeben; Aeußerungen übrigens, welche man einer Verkennung nicht nur dieses deutschen Instituts, sondern auch des ganzen deutschen Volksgeistes zuzuschreiben nicht umhin könnte, wenn sie nicht bei Gerber offenbar nur seinem wirklich berechtigten reformatorischen Eifer gegen die der allgemeinen Gütergemeinschaft in der That zur Last fallende völlige Aufhebung der besonderen Eigenthumszuständigkeiten der Ehegatten an ihrem Beibringen entfloßen wären.

Auch daraus läßt sich keine Rechtfertigung der fraglichen Ansicht von Gerber entnehmen, daß allerdings, wie S. 258 bemerkt ist, allein „die Vereinigung des beiderseitigen Vermögens in Einer Hand der deutschen Auffassung der Ehe entspricht“; denn so wenig nach Gerber's eigener Anschauung diese Vereinigung die Eigenthumszuständigkeiten der Gatten an ihrem Einbringen aufzuheben vermag, so wenig vermag sie dies auch in Bezug auf das gemeinschaftliche Eigenthum an der Errungenschaft. Insoferne freilich diese nach ihrer Natur erst am Ende der Ehe sich feststellen läßt, und zwar nicht nur ihrem Umfange, sondern auch ihrem Dasein selbst nach, ist sie während der Ehe nothwendig der hier im Unterschiede vom Beibringen der Frau mit der bloßen Verwaltung des Mannes zusammenfallenden vollen Verfügungsfreiheit desselben unterworfen, und dieser Forderung des deutschen Rechtes

entspricht auch in vollem Maße die Errungenschaftsgemeinschaft, nach welcher bekanntlich während der Ehe zu deren Zwecke dem Manne die freie Verfügung über die Errungenschaft zusteht, sofern nicht ausnahmsweise dazu gehöriges unbewegliches Gut als solches die Zustimmung der Frau fordert.

Daraus, daß die Errungenschaftsgemeinschaft den Gatten an dem Errungenen gemeinschaftliches Eigenthum zuschreibt, folgt bei ihr ohnedies auch schon deren in den Gesetzen allgemein anerkanntes Recht, letztwillig über ihre eigenthümliche Hälfte daran zu verfügen.

Wenn endlich in not. 4 S. 250 die Errungenschaftsgemeinschaft als ein „dem altfränkischen Rechte“ gar nicht Angehöriges, vielmehr als „eine neue Entdeckung der rationalistischen Jurisprudenz, welche das angeblich in der Ehe enthaltene Societätsprincip nur auf sein natürliches Maaß zurückführen sollte“, bezeichnet wird, so muß auch diese Behauptung noch ihre Widerlegung finden, und zwar um so mehr, als sie keineswegs bloß eine geschichtliche, sondern auch sachliche Bedeutung hat.

Es ist hier nicht am Ort, den von Kraut und Walter angenommenen unmittelbaren Zusammenhang der Errungenschaftsgemeinschaft mit L. Ripuar. 87, 2; L. Saxon. 9 u. Capit. L., 4, c. 9 zu erörtern, hierüber vielmehr, unter sonstiger Verweisung auf

Schröder, Gesch. des ehel. Güterrechts in Deutschland I., S. 89ff.,

nur zu bemerken, daß, im Gegensatz zu Gerber, auf S. 93 Schröder doch auch ein sofort und nicht erst mit des Mannes Tode wirksames Drittheilsrecht der Frau anerkennt.

Eingeräumt muß auch werden, daß das „altfränkische Recht“, welches, wie dies Euler gezeigt, auf dem Rechte der gesamten Hand mit Verfangenschaft beruht, die heutige Errungenschaftsgemeinschaft nicht kannte. Dennoch ist diese nichts weniger als eine bloß „neue Entdeckung der rationalistischen Jurisprudenz“, sondern Wort für Wort die Vorschrift und der Inhalt der Statuten und Gesetze selbst, welche durchgängig mit voller Bestimmtheit den Ehegatten für ihr Beibringen Sonder-eigenthum und für die Errungenschaft gemeinschaftliches Eigen-

thum zutheilen. Und zwar geschieht diese Zutheilung mit vollbewußter und auch ausgedrückter Aufhebung der früher geltenden gesammten Hand und Verfangenschaft, d. h. der früher üblichen allgemeinen und durchgängigen Eigenthumsgemeinschaft. Kein Recht steht still; diese Neuerung war die Frucht der lebendigen Entwicklung des fränkischen Rechts selbst, welches mit der Bildung des Theilrechtes aus der Verfangenschaft

vgl. Schröder a. a. D. II, Abth 2, S. 198 ff.

schon vor dem Eindringen des römischen Rechts sich in dieser Aenderung befand. Das römische Recht aber leistete für diese Frucht allerdings treffliche Geburtshülfe, wie es denn auch dafür in vielen Statuten dankbarlichst belobt erscheint. Da nun aber jede organische Bildung niemals rein Neues bringt, vielmehr stets den Stamm, aus dem es erwachsen, noch fortbestehen läßt, so begnügte sich auch diese neue Errungenschaftsgemeinschaft mit der bloßen Einführung des Sondereigenthums der Gatten an ihrem Beibringen in die früher übliche volle und unbedingte Gemeinschaft und ließ in allem Uebrigen diese ruhig fortbestehen. Wie konnte es daher anders als so kommen, daß Alles, was nicht unter das neue Sondereigenthum fiel, nach wie vor Gemeineigenthum blieb? Alles mithin, was nicht beigebracht war, wurde von selbst Gemeineigenthum, wie es denn in den Statuten auch stets gemein Gut heißt; und gerade dies gemeine Gut ist die Errungenschaft. Dieser Gang der Entwicklung des früheren fränkischen Rechts zur Errungenschaftsgemeinschaft ist mit vollster Klarheit in der ursprünglichen Frankfurter Reformation von 1509 ausgesprochen, braucht darin also von einer rationalistischen Jurisprudenz nicht erst entdeckt zu werden; und gerade darum kann und muß von dieser Frankfurter Errungenschaftsgemeinschaft gesagt werden, sie ist „altfränkisches Recht“, indem in der That diese Gemeinschaft das Alte daran ist und nur das Sondereigenthum der Ehegatten das Neue davon bildet.

Aber auch dies ist nicht bloß geschichtlich, sondern eben so sehr sachlich; denn sobald man, wie ganz mit Recht Gerbert thut, die Eigenthumszuständigkeiten der Ehegatten durch die Ehe nicht aufheben läßt, so muß man nothwendig auch noch

ein von dem beiderseitigen Einbringen verschiedenes drittes, erst in der Ehe selbst erwachsendes Gut anerkennen, und wie man für dieses Gut dazu gelangen könnte, dessen ausschließliches Eigenthum dem Manne zuzuthellen, (ganz davon noch abgesehen, daß in vielen Fällen der Erwerb selbst durch die Frau allein oder doch in Gemeinschaft mit dem Manne geschehen sein kann und geschieht), dies zu zeigen hat Gerber nirgends auch nur versucht, geschweige denn wirklich gezeigt. Seiner, insoweit auch geradezu lückenhaften Darstellung nach wüßte man eigentlich annehmen, es könne gar kein gemeinschaftliches Eigenthum während der Ehe für die Gatten entstehen, was aber natürlich seine Meinung weder ist noch sein kann.

Sobald man nicht allgemeine Gütergemeinschaft annimmt, alsdann sind, mag man sich sträuben, wie man will, drei Massen unvermeidlich und eben so unvermeidlich nach oben das Gemeineigenthum für diese dritte Masse, mithin auch ein Socialgut. Wie man überhaupt in der Ehe das Societätsprincip nur angeblich und nicht wirklich enthalten nennen kann, noch dazu, wenn man ausdrücklich die Gatten als Genossen erklärt, dies wird schwer, wo, nicht unmöglich zu rechtfertigen sein.

Wenn nun aber ferner am allerwenigsten das Recht der Folgerichtigkeit zu entbehren vermag, so muß man sich auch ein gegenseitiges Rechtsverhältniß des Sondereigenthums der Gatten zu dem Gemeingute mit allen seinen nothwendigen Wirkungen gefallen lassen, und das Gesetz hat hierbei nur dafür zu sorgen, daß seine Bestimmungen hierüber stets den sittlichen Erfordernissen der Ehe gemäß bleiben. Kleinlichkeit und Engherzigkeit entfallen dann hierbei schon von selbst, und sind hiervon die einzelnen dermaligen Gesetze zum Theil auch keineswegs freizusprechen, so wird das künftige Reichsgesetz auch hierin schon das Richtige zu treffen wissen. Gewiß ist dies nicht überall leicht; aber eben so gewiß doch überhaupt möglich und erreichbar. Hat doch ohnehin die Neuzeit den Boden hiezu schon wesentlich geebnet, wofür nur an die vielfach eingetretene Aufhebung der weiblichen Rechtswohlthaten erinnert werden mag, die früher in dieser Lehre bekanntlich eine sehr störende,

selbst verderbliche Rolle spielten, doppelt traurig, weil sie dem Wesen der deutschrechtlichen Ehe ganz widersprechen. Sind doch ferner die Grundgedanken der Lehre wirklich an sich einfach; einerseits Gemeinschaft so wie der Errungenschaft so auch der Verrungenschaft, welche somit erforderlichen Falls auch das beiderseitige Beibringen entsprechend zu mindern vermag; andererseits die Verwaltung des ganzen Vermögens sowie gleichzeitig die Verfügung über die Errungenschaft geeinigt in der Hand des Mannes, und zwar unbeschadet voller Gleichberechtigung der Ehegenossen im Uebrigen.

Daß aber hierbei diese dritte Gütermasse des Gemeingutes, wie sie einerseits die Grundlage der Errungenschaft abgibt, so auch andererseits zunächst und vorzugsweise zur Bestreitung der ehelichen Lasten und der daraus entspringenden ehelichen Schulden zu verwenden ist, dies gehört zu der obenerwähnten erforderlichen einfachen Folgerichtigkeit des Rechts. Wenn Gerber aber darum S. 256 sagen zu können glaubt: die Errungenschaftsgemeinschaft lasse das ganze Vermögen der Frau nur zu dem Zweck in die Ehe hinübertreten, damit die Ehegatten die Früchte zu gleichen Theilen gewinnen“, und: „erst von diesem Gewinne werden die ehelichen Lasten berechnet, und hier wird undeutlich und doctrinär ein Gebiet der ehelichen Gemeinschaft im Gegensatz zu den Sondergebieten der einzelnen Gatten herausgefünstelt“, so steht und fällt Alles dies und Aehnliches — auch abgesehen von der Einseitigkeit dieser ganzen Darstellung — mit seiner bereits früher als unrichtig aufgezeigten Annahme, daß nach deutschem Recht eben überhaupt gar kein Gemeingut entstehe, sondern aller eheliche Erwerb ausschließliches Eigenthum des Mannes werde. Zudem ist doch klar genug, daß die Errungenschaftsgemeinschaft, indem sie doch auch zu Verrungenschaft zu führen vermag, unmöglich nur bezwecken kann, daß „die Ehegatten die Früchte zu gleichen Theilen gewinnen, welche aus ihrem beiderseitigen Vermögen gezogen werden.“

Alles dies Vorausgegangene dient auch zugleich zur Widerlegung des §. 142 des sonst nach vielen Seiten so ausgezeich-

neten Züricher'schen Gesetzbuchs, der den ehelichen Erwerb gleichfalls ausschließlich dem Manne zutheilt.

Es ist jetzt aber nothwendig, noch eine andere Wirkung der ehelichen Gemeinschaft hervorzuheben, die zwar aus dem Bisherigen schon folgt, aber trotz ihrer Wichtigkeit für die Bedeutung der ehelichen Vermögensgemeinschaft doch meistens übersehen wird, obwohl sie für das sächsische Recht unter dem Namen „gleiche Gewere“ sogar ausdrücklich anerkannt ist (s. Heimbach, Lehrb. des Particularrechts für die Sächsischen u. s. w. Länder S. 197); wie nämlich die Gemeinschaft das ganze beiderseitige Vermögen gleichmäßig umfaßt, so steht auch dessen Gebrauch und Nutzung beiden Gatten gleichmäßig zu, was auch schon die gleichmäßige Betheiligung an der Errungenschaft zeigt. Nicht nur also steht, wie man es gewöhnlich auffaßt, dem Mann die Nutzung an dem Vermögen der Frau, sondern eben so der Frau die Nutzung am Vermögen des Mannes zu. Für die Gemeinschaftlichkeit des bloßen Gebrauches wird dies als selbstverständlich angesehen, für diejenige der Nutzung aber über dem Verwaltungsrechte des Mannes ganz übersehen und nunmehr ihm allein in der einseitigen und unpassenden Form des römischen *ususfructus* der Nießbrauch am Vermögen der Frau zugeschrieben, womit nicht nur der richtige Gesichtspunkt sofort verrückt, sondern auch das Gemeineigenthum an der Errungenschaft seiner wahrhaften Erklärung beraubt wird.

Noch viel mehr verdunkelt aber die Aufstellung des einseitigen römischen *ususfructus* für das Recht des Mannes am Frauenvermögen den wahren Sachverhalt alsdann, wenn die Frau starb und der Ueberlebende nun den Besitz daran erhält. Für die unbeerbte Ehe zwar ist dies nicht wichtig; für die beerbte dagegen hat diese Auffassungsform, nach welcher des Mannes Recht als ein rein dingliches Nutzungsrecht an einer fremden Sache erschien, wesentlich mit zur Verkenennung der das ganze Verhältniß zwischen ihm und den Kindern allein richtig erklärenden Vermögensgemeinschaft beigetragen, nach welcher ganz eben so, wie dem Mann am Vermögen der Kinder, diesen auch am Vermögen des Vaters oder vielmehr beiden am

beiderseitigen Vermögen die Nutzung gebührt. Daß deren Ertrag und Umfang für beide nicht ganz gleichmäßig erscheint, da die Kinder zunächst nur Ernährung und Erziehung vom Vater erhalten, der ganze Ueberschuß der Vermögensnutzungen aber jenem zu verbleiben scheint, ändert hieran nichts; denn eines Theils ist es nur die Folge der im Wesen der Sache liegenden tatsächlichen Umstände, mithin keines Rechtsunterschiedes, andern Theils sogar nur bloßer Schein; denn in Wahrheit zeigt sich die Gleichberechtigung des Nutzungsrechts der Kinder in des Vaters Pflicht zu ihrer Ausstattung bei ihrer Selbstständigwerdung unverkennbar. Hier nämlich muß der Vater zur Beschaffung der Ausstattungsbeträge nunmehr den bisherigen ersparten Ueberschuß der Früchte des Gesamtvermögens den Kindern zu Theil werden lassen oder, falls solcher fehlt oder nicht zureicht, entsprechende Theile des Gesamtvermögens dazu verwenden, die Vermögensgemeinschaft mithin unter allen Umständen bethätigen.

Man hat nun zwar gegen die Fortdauer der Vermögensgemeinschaft auch über den Tod eines der Gatten hinaus von jeher geltend gemacht, daß die Errungenschaft des Wittwenstandes nicht gemeinschaftlich wird; und es muß zugestanden werden, daß dieser Einwand leicht bestehen kann. Richtig aber ist er darum doch nicht; abgesehen nämlich auch davon, daß in den Ländern der sogenannten *communio prorogata* dies bekanntlich wirklich nicht stattfindet, und abgesehen auch von dem bereits hervorgehobenen, in der Ausstattungspflicht liegenden Gegenbeweise, verliert der Einwand dadurch sein ganzes Gewicht, weil der rechtliche Begriff der Errungenschaft wesentlich das gleichmäßige Mitarbeiten der Gatten hiezu, deren beiderseitigen Fleiß und Anstrengung hiefür voraussetzt, gerade diese Voraussetzung aber da nicht mehr zutrifft, wo die persönliche Gemeinschaft der Gatten selbst nicht mehr vorliegt, an des mitarbeitenden und erwerbenden Gatten Stelle vielmehr nun die dazu noch unfähigen, durch ihre Ernährung und Erziehung nur Kosten veranlassenden Kinder in die Gemeinschaft eingetreten sind.

Auch der letzte Zweifel an der Fortdauer der Vermögens-

gemeinschaft zwischen dem Ueberlebenden und den Kindern muß aber schwinden, wenn jetzt noch ein sehr wichtiger Ausfluß derselben in Betracht gezogen wird, der freilich häufig aus den römischrechtlichen Privilegien der Frau und der Kinder am Vermögen des Mannes zu erklären versucht wird, nämlich das Einspruchsrecht der Kinder gegen Veräußerungen alles und jedes zum Gemeinschaftsvermögen gehörenden unbeweglichen Gutes durch den Ueberlebenden. Daß dieses für die Länder der gesammten Hand ausweislich Schröder, Gesch. des ehel. Güterrechts II, 2. Abth. S. 19—30 durchaus die Regel bildende, für die particuläre Gütergemeinschaft Bayerns jedoch von Roth, Bayr. Civilrecht, S. 352 meist wegen des §. 45 des Hypoth. Gesetzes als nicht mehr gültig erklärte Einspruchsrecht des noch lebenden Gatten selbst, welches durch die §. 378 u. 411 des Allg. Preuß. L. R. Thl. II, tit. 1 ausdrücklich auch für die Erwerbsgemeinschaft seine Anerkennung gefunden hat, Ausfluß der bestehenden Vermögensgemeinschaft ist, keineswegs mithin aus dem römischen Pfandrechte der Frau an ihres Mannes Vermögen erklärt werden kann, liegt schon dadurch klar vor, daß es überhaupt viel älter als die Aufnahme des römischen Rechts ist; dasselbe beruht nämlich offenbar auf der dem älteren deutschen Rechte, wenn auch nicht allgemein, so bekanntlich doch in außerordentlich weitem Umfange zu Grunde liegenden Regel der gesammten Hand, die für Veräußerungen unbeweglichen Guts, (obwohl auch hier, nach Art des deutschen Rechts, nicht ohne einige Ausnahmen), die Zustimmung beider Gatten verlangt, weil sie eben selbst nichts Anderes ist als der Ausdruck der bestehenden ehelichen Vermögensgemeinschaft. Der Gegensatz des Sachsenspiegelrechtes, dem solches Einspruchsrecht der Frau gegen Veräußerungen des Mannes für zu seinem Vermögen gehöriges Eigenthum durchaus fremd ist, ja dem sogar Hasse und neuerdings wieder v. Martitz solches Einspruchsrecht der Frau gegen Veräußerungen ihrer eigenen Liegenschaften durch den Mann aberkennen, setzt die Bedeutung jenes Einspruchsrechtes als reinen Ausflusses der bestehenden wahren Vermögensgemeinschaft in noch volleres Licht. — Ganz dasselbe Einspruchsrecht steht nun aber auch den Kindern zu

und stand ihnen ebenfalls schon zu, noch ehe ihre römischrechtlichen Privilegien für ihr Muttergut irgend bekannt waren. Hatte die Mutter das Recht wegen der Vermögensgemeinschaft und treten mit ihrem Tode die Kinder, deren persönliche Gemeinschaft mit dem Vater doch am Tage liegt, nunmehr als völlig selbständige Glieder an ihrer Stelle in die Gemeinschaft ein, während zugleich der Mutter und ihr Gut im lebenslänglichen Besitze des Ueberlebenden verbleibt, so bildet auch bei den Kindern dies Einspruchsrecht eben so wie bei der Mutter selbst nur einen nothwendigen Ausfluß der fortdauernden Vermögensgemeinschaft. Hiefür muß es zwar ganz gleichgültig bleiben, ob man sich dies Recht als ein selbständiges von der Mutter auf die Kinder vererbt oder nur als mit dem Gute selbst ererbt vorstellt; da es in beiden Fällen stets nur als Ausfluß der durch die Ehe begründeten und einfach fortvererbten Vermögensgemeinschaft erscheint; es ist aber kein Grund abzu-
sehen, die erstere Vorstellungsart mit Schröder, Zeitschr. für Rechtsgesch. X, S. 441 darum für unrichtig zu erklären, „weil es nur darauf ankomme, ob das materielle Recht, aus welchem jenes entspringt, auf die Erben übergeht oder nicht“; denn dies materielle Recht ist eben kein anderes als die trotz der in der Person der Eigenthümer des in der Gemeinschaft befindlichen Gutes eingetretenen Veränderung dennoch kraft der Ehe und der durch sie begründeten persönlichen Gemeinschaft der Kinder mit den Eltern fortdauernde Vermögensgemeinschaft, deren Bestand während der Ehe Schröder völlig anerkennt. Für die ganze Lebensdauer hat die Ehe die Vermögensgemeinschaft am ganzen Vermögen begründet. Will der Ueberlebende deren, soweit er dies beim Dasein von Kindern überhaupt dürfte, sich nicht freiwillig begeben, so bleibt ihm nach seines Gatten Tode gar nichts Anderes übrig, als nunmehr an dessen Stelle die Kinder, bisher nur erst noch seine persönlichen Genossen, nunmehr auch als seine Vermögensgenossen zu erkennen. So stehen ihnen dann aber auch die dem Verstorbenen aus der Gemeinschaft erwachsenen Rechte, folglich auch jenes Einspruchsrecht gleichmäßig zu; und doch wohl nur darum, weil sie Erben ihrer Mutter sind.

Dadurch, daß für den Freiburg-Colmarer Rechtskreis der Frau selbst dies Einspruchsrecht nicht, sondern erst ihren Kindern zusteht, ist keineswegs, wie Schröder a. a. O. meint, bewiesen, daß solches da, wo es der Frau wirklich zusteht (und dies bildet bekanntlich die Regel und jener Rechtskreis nur eine Ausnahme), nicht auch von der Frau mit der Vermögensgemeinschaft selbst auf die Kinder vererbt, und die mit ihrem stets natürlich zugleich auch eine materielle Rechtsänderung überhaupt herbeiführenden Tod erst eintretende Verfangenschaft nicht wirklich nur ein Ausfluß der bestandenenen und mitvererbten Vermögensgemeinschaft war. Bewiesen ist damit nur, was aber für den mit dem mittelalterlichen Rechtsstand Vertrauten gar keines Beweises bedarf, daß eine gleichmäßige Durchführung seiner Grundgedanken — und zu ihnen ist doch wohl (s. Schwarz, Gütergemeinschaft der Ehe nach fränkischem Rechte S. 12, 13 und Schröder a. a. O.) für den Rechtskreis der gesamten Hand dies Einspruchsrecht der Gatten unbedingt zu zählen — in allen seinen einzelnen Entwicklungen niemals zu finden ist, was aber an den aufgezeigten Grundgedanken selbst niemals irre machen darf. Mag man in der größern Schutzbedürftigkeit der Kinder in Verbindung mit der nun eingetretenen Unmöglichkeit einer Ausübung des Einspruchsrechts durch die verstorbene Mutter immerhin keine genügende Erklärung jener im Freiburg-Colmarer Rechtskreis allerdings vorhandenen Ungleichheit zwischen Mutter und Kindern bezüglich jenes Einspruchsrechtes finden, so wird man doch insolange dabei stehen bleiben dürfen, als noch keine bessere geboten ist, zumal jene dafür geltend gemachten Umstände doch wohl keineswegs nur als „rein äußerliche Zweckmäßigkeitsgründe“, sondern in der That als durch die regelmäßig vorhandenen Thatumstände selbst geboten und somit auch dem einfachsten gesetzgeberischen Verstande nahe gelegt erscheinen, wie denn ja selbst noch heute, wo jene Verfangenschaft längst schon nur der Vergangenheit angehört, der darin liegende Gedanke von allen Gesetzgebungen in dieser oder jener Form seine Berücksichtigung findet.

Wird diesem Allem nach auch das künftige Reichsgesetz

das Verhältniß zwischen dem Ueberlebenden und den Kindern ganz eben so wie das zwischen beiden Gatten selbst als Vermögensgemeinschaft aufzufassen und zu behandeln haben, so wirkt sich jetzt die Frage noch auf: muß es dann nicht auch jenes Einspruchsrecht in beiden Fällen aufrecht erhalten? Folgerichtig nun wird diese Frage nicht anders als bejaht werden können.

Vorausgesetzt ist bei dieser Bejahung freilich, daß auch künftig das Grundeigenthum dem Gesetzgeber derjenigen besonderen Bevorzugung würdig erscheint, deren er es bisher genießen ließ. Soll aber das Reichsgesetz mit der ganzen bisherigen deutschen Rechtsanschauung über das Grundeigenthum nicht geradezu brechen, was doch wohl undenkbar erscheint, so wird es auch diese besondere Berücksichtigung desselben aufrecht erhalten, wie dies auch Gerber S. 266, wenn auch in viel beschränkterer Beziehung, für nöthig erkennt.

Nun muß zwar zugegeben werden, daß die Einführung dieses Einspruchsrechtes für viele deutsche Länder ihr bisheriges Recht, das eine Beschränkung des Mannes in der Veräußerung seiner eigenen Liegenschaften nicht kannte, stark ändern würde; bei der außerordentlichen Verschiedenheit der bestehenden Gesetzgebungen überhaupt aber vermag dies allein natürlich niemals zu entscheiden, da sonst gar kein allgemeines Recht möglich bliebe, und sachlich ist jenes Einspruchsrecht die unabwendbare Folge der zwischen den Gatten rechtlich bestehenden und von ihnen auf die Kinder übergehenden Vermögensgemeinschaft.

Die Neuerung ist auch viel unbedenklicher, als sie dem ersten Blick erscheint. Eines Theils nämlich ist einem etwa zu besorgenden Mißbrauche dieses Einspruchsrechtes nach dem Vorgange der es enthaltenden Gesetzgebungen durch Gestattung der Erwirkung richterlicher (nach Allg. Preuß. L. R. Thl. II, tit. 1, Abschn. 5, S. 239 obervormundschaftlicher) Ergänzung der mangelnden Zustimmung nach gepflogener Untersuchung vorzubeugen; andern Theils räumen viele Gesetze, die jenes Einspruchsrecht der Frau nicht kennen, derselben ein Recht ein, das in der Wirkung demselben fast gleich kommt, oft sogar durch

seine Allgemeinheit noch strenger wirkt, das Recht nämlich, auf des Mannes Grundeigenthum sich als Sicherheit für ihr Einbringen im Hypothekenbuch ein Pfandrecht eintragen zu lassen. So weit geht z. B. auch das preussische Landrecht Theil II, Tit. 1, §. 254 und selbst das neueste sächsische bürgerl. Gesetzb. von 1863 Thl. II, Abth. 3, §. 390. Prüft man aber zugleich derartige Bestimmungen mit Rücksicht darauf, was am besten dem wahren Wesen der Ehe entspricht, so dürfte ganz gewiß jenes Einspruchsrecht vorzuziehen sein, da der Eintrag in das Hypothekenbuch, der ohne alle besondere Veranlassung verlangt werden darf, und in Preußen nach a. t. 12 des Einführungsgesetzes zur Concursordnung von 1855 spätestens binnen eines Jahres vom Beginne der gesetzlichen Verwaltung des Mannes an bei Strafe des Verlusts des Rechtes beantragt werden muß, ein Mißtrauen der Frau gegen ihren Mann bezeugt, das mit dem gegenseitigen Vertrauen der Gatten zu einander in starkem Widerspruche steht und darum leicht der Ehe selbst zum Nachtheile gereichen kann. Dazu kommt noch, daß nach §. 255 des preuß. Landrechts Thl. II, Tit. 1 die Frau sogar schon alsdann: „wenn sich Umstände ereignen, welche die wahrscheinliche Besorgniß eines bevorstehenden Verlustes begründen, von dem Manne besondere Sicherstellung wegen ihres Eingebrauchten fordern kann.“

Vgl. Koch, Comment. Thl. II, S. 92 ff.

Da der Zustand während der Ehe bezüglich dieser Rechte der Frau demjenigen nach ihrem Tode zwischen Kindern und Vater nothwendig entsprechen muß, so behalten auch nach Thl. II, tit. 2, §. 176 des preuß. L.-R. die Kinder für das Muttergut in ihres Vaters Vermögen eben das Vorrecht, welches ihrer Mutter zustand. Nicht ganz so gleichmäßig, aber doch im Allgemeinen wahr auch das sächsische bürgerl. Gesetzb. durch seine §. 391, 1814 u. 1815 dies erforderliche Entsprechen beider Zustände.

Wenn die Vertheidiger des weitesten Umfanges des Verwaltungs- und Verfügungsrechtes des Mannes über das Frauengut doch sämmtlich einräumen, daß derselbe wenigstens für Veräußerung ihres Grundeigens ihrer Zustimmung bedarf, so

sollte sie schon der doch auch von ihnen nicht bestrittene Grundsatz der genossenschaftlichen Rechtsgleichheit der Gattin zur Einräumung des gleichen Rechtes an die Frau veranlassen, und zwar um so eher, als ohnehin auch sie selbst unbedenklich nach der Mutter Tode den Kindern, die doch damit nicht mehr Recht erwerben können, als ihre Mutter besitzt, mithin ebenfalls nur Vermögensgenossen werden, dies Einspruchsrecht in der That verstaten, indem alsdann der Vater nur noch mit gerichtlicher Vergünstigung sein Grundeigenthum veräußern darf, diese aber verlagert wird, sobald der Richter die Kinder dadurch benachtheiligt erkennt. Schon die nothwendige Rücksicht darauf, daß die nur fortgesetzte Vermögensgemeinschaft nach der Mutter Tode keine andern Rechtswirkungen haben kann, als diejenige bei ihren Lebzeiten, führt dahin, auch während der Ehe der Frau dies Einspruchsrecht zu verstaten.

Auch schließt sich dasselbe ganz naturgemäß an eine von fast allen deutschen Gesetzen der Frau verstattete, wirklich auch durchaus unentbehrliche Befugniß an, ihr Gut aus der Verwaltung des Mannes zurück zu verlangen, wenn dieser sich als Verschwender oder sonst zur Verwaltung unfähig erweist. Wie wenig dies heutigen Tags auch daraus allein zu folgern ist, daß er zur Veräußerung von Grundeigenthum schreiten will, so kann doch stets ein solcher Schritt im einzelnen Falle für die der gesammten Verhältnisse kundige Frau den triftigsten Grund zur Ausübung zunächst ihres Einspruchsrechtes und schließlich ihres Absonderungsrechtes darbieten.

Darüber, daß letzteres nicht willkürlich, sondern nur, wenn dazu dem Gerichte genügende Gründe dafür nachgewiesen werden können, ausgeübt werden darf, stimmen die Gesetze so ziemlich überein, und hievon abzuweichen, würde dem Wesen der Ehe sehr wenig entsprechen.

Wenn nun aber rechtlich solche Absonderung durchaus nichts Anderes ist und sein kann, als Aufhebung der bisherigen Vermögensgemeinschaft, so folgt hieraus nothwendig, daß Alles, was bis zur Zeit dieser Absonderung geschehen ist, sofern es nur den für die Gemeinschaft bestehenden Regeln entspricht, unangetastet bleiben muß. Mit vollem Rechte läßt daher der

§. 94 der preuß. Concursordnung für die Fälle: „wenn die Ehefrau mit dem Gemeinschuldner in ehelicher Gütergemeinschaft lebt“, so wie, „wenn die Kinder in prorogirter provincieller oder statutarischer Gütergemeinschaft leben“, nur insoweit einen Anspruch auf Rückgewähr ihres Vermögens zu, als jenes Verhältniß ... eine Verhaftung ihres oder des gemeinschaftlichen Vermögens nicht begründet“. Auch gilt dies nach dem ganzen Inhalte des Abschnitts 9 der Concursordnung „Ansprüche der Ehefrau des Gemeinschuldners“ und dessen genauer Berechnung auf sämtliche dasselbe Verhältniß behandelnden Vorschriften des Allg. Landrechts, namentlich Thl. II, tit. 1, Abschn. 5, §. 254, 255, 258, 259; Abschn. 6, §. 345, 356, 377—80, 394, 396, 413, 422, 431; Abschn. 7, §. 661, 662, 664 zweifellos eben so wie für die allgemeine, auch für die particuläre Gütergemeinschaft. Daß auch von den bayrischen, eine der zwei Arten der Gütergemeinschaft enthaltenden Statuten im Wesentlichen derselbe Grundsatz festgehalten wird, bezeugt Roth, bayr. Civilr. S. 359—64 u. S. 382. Für die bereits erwachsenen Rechte Dritter ist dies auch ohne deren unterschiedene Verletzung gar nicht anders denkbar.

Auch das künftige Reichsgesetz würde somit, falls es die Errungenschaftsgemeinschaft zu Grunde legte, keinen Raum finden für die bekannten römischen Dotalprivilegien der Ehefrau und ihrer Kinder, wiewohl dieselben in Folge der blinden Vorliebe der Verfasser oder Revisoren vieler unserer die Errungenschaftsgemeinschaft enthaltenden Statuten trotz ihrer begrifflichen Unvereinbarkeit hiemit in dieselben hineingerathen sind. Unvereinbar mit einer nothwendig auch die Möglichkeit von Errungenschaft enthaltenden Errungenschaftsgemeinschaft ist ja doch augenscheinlich ein Vorzugsrecht der Frau für ihr gesamtes Einbringen vor den sonstigen Gläubigern, sofern deren Forderungen nur nach den einschlagenden Gesetzen gegen die Ehe selbst begründet erscheinen müssen. Insoweit als hiernach das Einbringen der Frau zur Befriedigung solcher Gläubiger Einbuße zu erleiden hat, gebührt ihr auch in keiner Art ein Anspruch auf Rückgewähr, nicht einmal ein einfacher, geschweige denn gar ein bevorzugter. Was in solcher Art

ordnungsmäßig verrungen war, muß es auch bleiben. So mit Recht auch Runde, Deutsch. ehel. Güterrecht §. 81, S. 190; §. 84, S. 193. Da jedoch allerdings die Eigenthumszuständigkeiten der Gatten durch die Errungenschaftsgemeinschaft nicht geändert werden, so kann es auch der Frau und ihren Kindern nicht benommen sein, aus der Gantmasse des Mannes ihr noch vorhandenes Eigenthum zurückzuverlangen, sobald alle diejenigen Gläubiger befriedigt sind, welche nach den einschlägigen Gesetzesvorschriften nicht bloß gegen den Mann, sondern auch gegen die Frau Gläubiger geworden sind. Nur darf hierbei nicht außer Acht bleiben, daß dieser Rückgewähranspruch der Frau nicht auch auf ihre Eigenthumshälfte an der Errungenschaft erstreckt werden darf, da diese gerade vorzugsweise zur Befriedigung der Gläubiger dienen muß. Zwar wird in der Regel bei Gantfällen keine Errungenschaft vorhanden sein; allein es können doch stets solche Vermögensstücke da sein, die erst im Laufe der Ehe erworben und darum gemeinschaftliches Eigenthum wurden.

Von dem bloßen Standpunkte des Eigenthums aus gelangt man für dieses Rückforderungsrecht der Frau zu keiner Unterscheidung zwischen dem unbeweglichen und beweglichen Vermögen. Dennoch lassen bekanntlich viele der die Errungenschaftsgemeinschaft enthaltenden Statuten für das bewegliche Gut der Ehe gar kein Rückforderungsrecht der Frau zu, indem sie dasselbe theils, wie auch der Code civil, unbedingt von vornherein gleich dem gemeinen Gute zurechnen, theils wegen des von ihnen dem Manne darüber während der Ehe zuerkannten wirklichen Verfügungsrechtes vollständig den Gläubigern zu ihrer Befriedigung überlassen. Diesen Schluß von dem Verfügungsrechte des Mannes während der Ehe auf die Unstatthaftigkeit der Rückforderung der in der Gantmasse des Mannes noch vorfindlichen zum Einbringen der Frau gehörigen beweglichen Vermögensstücke zog das Preuß. Allg. L. R. ausweislich der §§. 377, 378, 411, 559, 560 sowie des Abschn. 9 der Concursordnung folgerichtig nicht, wie auch die R. Verordnung v. 7. April 1838 ausdrücklich das dem Manne zustehende per-

sönliche Verfügungsrecht über das bewegliche Frauenvermögen seinen Gläubigern absprach,

f. Koch, Comment. III, Abth. 1, S. 91.

Ueber dies, auch durch §. 247 Thl. II, tit. 1, Abschn. 5 des Allg. Pr. L. R. anerkanntes Verfügungsrecht des Mannes selbst aber bemerkt Gerber a. a. O. S. 265, dasselbe sei einer strengen Beschränkung bedürftig und sollte nur vom Gesichtspunkte der Verwaltung aus zuerkannt werden. Bei der großen Bedeutung, welche seit der Entwicklung des städtischen Geschäftsverkehrs das bewegliche Vermögen dem unbeweglichen gegenüber allmählig erlangt und welche schon in mittelalterlichen Statuten (z. B. Frankfurter Reformation Thl. II, tit. 3, §§. 1—5 u. V, 5, §. 5) zu einer wesentlichen Beschränkung des zum beweglichen Vermögen Gehörigen durch Ausnahme des Handelsguts davon für die Vererbung geführt hatte, hat diese Bemerkung Gerber's etwas Verführerisches, zumal jene Bedeutung heutigen Tags noch unendlich gestiegen ist. Das künftige Reichsgesetz würde wohl auch jedenfalls nicht die schon erwähnte vom Code civil gewählte Behandlung des beweglichen Vermögens sich aneignen können, nach dessen art. 517—26 Alles zu diesem gehört, was nicht entweder wirkliches Grundstück mit Zubehör oder doch ein Recht an einem solchen oder auf ein solches ist.

Behält man aber einerseits den Standpunkt der vorhandenen Vermögensgemeinschaft und die darin dem Manne gebührende Stellung in Bezug auf deren Leitung und Verwaltung und andererseits die auch nach den heutigen Zuständen der Regel nach verhältnißmäßig noch geringere Bedeutung des beweglichen Vermögens im Auge, so wird man doch nicht umhin können, das eigentliche Verfügungsrecht des Mannes über die Fahrniß im Unterschiede zu seinem bloßen Verwaltungsrechte als Regel mit weit der Mehrzahl der Geseze zu belassen. Zu dieser Regel aber wird man freilich auch die erforderlichen Ausnahmen beifügen und außerdem auch dasjenige noch vorkehren, was die veränderten heutigen Verhältnisse nöthig machen. Nicht nur also wird man, wie schon das Allg. Preuß. L. R. Thl. II, tit. 1, Abschn. 5 in den §§. 206,

233—44 gethan, dasjenige, was nach seiner Beschaffenheit zum Gebrauche der Frau gewidmet ist, und auf ihren eigenen oder ihres Erblassers so wie Schenkers Namen geschriebene Capitalien der ausschließlichen Verfügung des Mannes zu entziehen, sondern wohl auch ganz allgemein auszusprechen haben, daß auch solche der Frau eigenthümliche Kapitalien und Werthpapiere, die, wie z. B. Actien, Prioritäten und Inhaberpapiere, nicht auf ihren Namen lauten, gleichwohl zu ihrem unbeweglichen Vermögen zu zählen sind. Jene Zuzählung ist deshalb erforderlich, weil bei der Errungenschaftsgemeinschaft die Vererbung des Vermögens sich nach der Beweglichkeit oder Unbeweglichkeit des Gutes zu richten hat, weshalb wohl auch die obenerwähnte Zuzählung des Handelsguts zum unbeweglichen Vermögen durch die Frankfurter Reformation für die Vererbung eben so sehr Berücksichtigung verdiente, als die in §. 1961 des Züricher'schen Gesetzbuches enthaltene Vorschrift daß „zu der fahrenden Habe (für die Bestimmungen über das Erbrecht des Mannes gegen die Frau) weder Schuldforderungen, noch Werthpapiere oder Geld gerechnet werden.“ Auch die Zustimmung der Frau zur Veräußerung selbst könnte zwar ein unvermeidliches Erforderniß der Sache selbst und der überhaupt bei der ganzen Unterscheidung zu Grunde gelegten Rechtsanschauung scheinen, insofern die Frau, deren Haupteinbringen gerade nur in solchen Inhaberwerthen besteht, wie dies heute so oft der Fall ist, bei deren Veräußerung gleich stark betheiligt erscheint, als wenn sie Grundstücke zugebracht hat, für deren Veräußerung doch ihre Zustimmung nöthig ist. Gleichwohl wird man nicht so weit gehen können, der Frau Zustimmung zur Veräußerung auch für solche Fälle zu fordern; denn dies macht das ganze Wesen solcher Inhaberpapiere unmöglich, da der gutgläubige Erwerber deren Eigenthümer ist und bleiben muß. Bringt die Frau dem Manne solche Inhaberpapiere bei, so können ihr die von deren Wesen gebotenen Rechtsfolgen nicht erspart werden. Auch ist sie nicht außer Stande, sich gegen dieselben zu schützen, sogar gänzlich, wenn dies ihr Vermögen von vornherein als vorbehaltenes festgestellt wird, oder doch, soweit solche Veräußerungen ihr genügenden Grund dazu wirk-

lich geben, durch Nachsuchung der Zulassung zur Güterabsonderung bei'm Richter.

Ist nun aber dem so, dann ist auch der Satz Gerber's a. a. D. S. 267 nicht festzuhalten: „Eine Verfügungsgewalt, ein Recht der materiellen Verwendung, hat der Mann nur in Bezug auf die Früchte des Frauenguts;“ denn dieser Satz ist nun eben einmal nicht ausführbar. Hat der Mann das Inhaberpapier der Frau, nicht etwa bloß dessen Coupons begeben, ohne daß der Abnehmer dabei bösen Glaubens war, so erkennt das Recht seine Verfügung als gültig an, der Frau mithin eine Befugniß zur Anfechtung der Verfügung keineswegs zu.

Und hier tritt nun auch schließlich derjenige Punkt zu Tage, woran das von Gerber S. 253 ff. geschilderte, von ihm allen Arten der Gütergemeinschaft gegenüber als das allein richtige bezeichnete Princip der sogenannten (bloß äußeren) Gütereinheit scheitert. Mag immerhin dessen Ausgangspunkt an sich für richtig gelten, „daß die Ehe an der Zuständigkeit des Vermögens der Gatten Nichts ändert,“ so kann man doch unmöglich eine Gütereinheit, Kraft deren der Mann zugleich über das bewegliche Gut der Frau selbst und keineswegs nur über die Früchte ihres Gutes verfügen muß können und darf, eine bloß äußere nennen. Vielmehr erweist sich hierdurch die eheliche Vermögensgemeinschaft als eine stets zugleich innerliche, durch die an sich erhaltenen Eigenthumszuständigkeiten keineswegs ausgeschlossene. Dies ist hier aber um so schärfer zu betonen, als darnach eine solche bloß äußere Einheit des Gutes der Gatten offenbar selbst demjenigen Rechte gemangelt hat, mit dem sie wohl noch am ehesten verträglich hätte scheinen können, nämlich dem auf der Gewere zu rechter Vormundschaft beruhenden ehelichen Güterrechte des Sachsenspiegels; denn auch dieses kannte von jeher gegensätzlich zum bloßen Verwaltungsrecht auch das wahre Verfügungsrecht des Mannes über die Fahrniß an, wie dies sowohl aus den Ausführungen Agricola's Gewere S. 222—33, als auch von Martitz, Güterrecht S. 136 ff. ganz gleichmäßig erhellt, während die andern deutschen Rechtsquellen ohnehin hierüber nie-

maß Zweifel gestatteten. Berücksichtigt man nun außerdem noch die bekannten Bestimmungen des Sachsenspiegels über die Gerade und das Muthheil, so zeigt sich der Gesichtspunkt bloßer (äußerer) Vermögenseinheit für sein Recht nur noch viel mehr als ein durchaus nicht entsprechender und ausreichender, wie denn auch von Martitz a. a. O. S. 91 bei der Erbtheilung für die Fahrniß statt bloß „äußerer Vereinigung“ vielmehr geradezu „volle Verschmelzung des beiderseitigen Gutes“ mit Recht annimmt. Gleichviel, ob man mit Kraut, Vormundschaft II, S. 355 ff. 388, 429 und Falck, Schlesw.-Holst. Priv.-R. IV, S. 416, die Frau schon während der Ehe Eigenthümerin der Gerade sein läßt, wofür immerhin der Eintritt der Nistel in sie, wenn der Mann überlebt, ein bis jetzt nicht widerlegter Grund bleibt, oder ob man mit Martitz S. 122 und not. 6 und Agricola S. 453—56 der Frau das Eigenthum an der Gerade während der Ehe nur für den von ihr eingebrachten Theil derselben zuschreibt, so bewirkt doch der Umstand, daß die Gerade der beiderseitigen gesammten Fahrniß entnommen wird, stets zugleich eine innerliche Gemeinschaft dieser auch schon während der Ehe, und wenn hiefür Kraut II, S. 388 und von Sydow, Erbr. des Sachssp. S. 257, 266 den Gesichtspunkt der Betheiligung der Frau an der Errungenschaft aufstellen, welchen von Martitz S. 122 not. 6 und Agricola S. 452 ff. nicht gelten lassen wollen, weil er allerdings für den Sachssp. in der üblichen Art nicht paßt, so entspricht er doch der Sache selbst in beschränkterer Art unläugbar, da die Gerade nothwendig bei'm Wachsen des Vermögens mitwächst und bekanntlich selbst da Platz greift, wo die Frau gar nichts eingebracht hat. Außerdem tritt diese innere Gemeinschaft auch noch durch denjenigen Grundsatz des Sachsenspiegels an den Tag, den Agricola S. 320 folgendermaßen ausdrückt: „Das Frauengut fällt auf Grund des Eigenthums der Frau schlechthin in dem Zustande zurück, in welchem es sich im Augenblicke des Rückfalls befindet — nicht mehr und nicht weniger, nicht besser und nicht schlechter.“ Gewiß bezeugt alles dies doch viel mehr als eine bloße Gütereinheit, oder, wie Schröder, Zeitschr. X,

§. 448, not. 18 (wiewohl durch das von ihm als darunter nicht passend bezeichnete Verfügungsrecht des Mannes sofort sich selbst widerlegend), dies richtiger bezeichnen zu müssen glaubt, eine bloße Verwaltungsgemeinschaft.

Wenn aber beide Bezeichnungen schon für das Recht des Sachsenspiegels unrichtig sind, so passen sie entschieden noch viel weniger auf das vom Allg. Pr. L. R. Thl. II, tit. 1, Abschn. 5 im Gegensatz zu den in Abschn. 6 unter dem Titel: „Von der Gemeinschaft der Güter unter Eheleuten“ behandelten zwei Formen der Gütergemeinschaft, nämlich der allgemeinen und der Erwerbsgemeinschaft, wiewohl außer Schröder a. a. D. auch Roth, Bayr. Civilrecht S. 400 den gesetzlichen Güterstand des preussischen Landrechts so bezeichnen zu können geglaubt hat. Es ist wichtig, den durch das Landrecht selbst mit jener Gegenfälligkeit noch verstärkten Schein jener Bezeichnung als in der That bloßen Schein, als Kern der Sache vielmehr aber nur eine neue Form wahrer innerer Gütergemeinschaft aufzudecken. Dieser Nachweis wird aber wohl durch Folgendes genügend erbracht. Auch das Landrecht ertheilt vor Allem dem Manne neben der bloßen Verwaltung (§. 205) zugleich alle Rechte eines Nießbrauchers am gesamten Eingebachten der Frau (§. 231), so wie namentlich auch die freie Verfügung über die eingebrachten Mobilien der Frau (§. 247); in Ansehung des eingebrachten Vermögens sind alle von der Frau während der Ehe, ohne Bewilligung des Mannes gemachten Schulden nichtig (§. 320); hat jedoch die Frau zu gewöhnlichen Haushaltungsgeschäften oder Nothdurften Waaren oder Sachen auf Borg genommen, so muß der Mann dergleichen Schuld als die seinige anerkennen (§. 321); waren die eingebrachten Mobilien beim Einbringen nicht zu einem gewissen Werthe angeschlagen, so gehören nur die zur Zeit der getrennten Ehe noch vorhandenen Stücke zu ihrem Vermögen (§. 559 Abschn. 7); zu einer Schadloshaltung wegen der nicht mehr vorhandenen oder am Werthe verringerten Stücke ist der Mann oder dessen Erben nur insofern verbunden, als die Vernichtung, Veräußerung oder Verringerung durch Vorsatz oder grobes Versehen des Mannes erfolgt ist (§. 561);

zum gesetzlich vorbehaltenen Vermögen (der Frau) gehört, was nach seiner Beschaffenheit zum Gebrauche der Frau gewidmet ist (§. 206); — gleichgültig also woher es stammt, offenbar eine Nachbildung der sächsischen Gerade; hat die Frau dem Manne Grundstücke oder Gerechtigkeiten eingebracht, so hat, wenn sie zuerst stirbt, der Mann die Wahl, ob er das Grundstück zur Verlassenschaft zurückgeben oder dafür den Werth bezahlen wolle (§. 570); stirbt der Mann zuerst und ist das Grundstück nach einem Anschlage eingebracht worden, so steht es in der Wahl der Frau, ob sie das Grundstück zurücknehmen oder den angeschlagenen Werth aus dem Nachlasse des Mannes fordern wolle (§. 581); der Ueberlebende beerbt den Verstorbenen bei'm Dasein von nur 3 Kindern zu einem Viertheil, von mehr Kindern zu einem Kopftheil, von nur Verwandten in aufsteigender Linie, Geschwistern oder Geschwisterkindern ersten Grades zu einem Drittheil; von nur Verwandten im entfernteren Grade zur Hälfte, von über den sechsten Grad hinausgehenden Verwandten zum Ganzen (§§. 622–27); hat der Ueberlebende nur mit Verwandten in der aufsteigenden oder Seitenlinie zu theilen, so behält er alles Bett- und Tischzeug, welches die Eheleute im gewöhnlichen Gebrauche gehabt haben, zum Voraus, so wie auch die Möbel und Hausrath (§§. 628, 629); die Hälfte der durch das Gesetz dem Ueberlebenden bestimmten Erbportion ist als ein Pflichttheil anzusehen und kann ihm nur wegen solcher Verschuldungen geschmälert oder gar entzogen werden, die den Verstorbenen berechtigt haben würden auf Scheidung anzutragen (§§. 631, 633).

Wenn solche tiefeingreifende Gesetzesbestimmungen vorliegen, ist augenscheinlich die durch sie begründete Vermögensgemeinschaft der Gatten schlechterdings keine bloße (nur äußere) Gütereinheit, worin die beiderseitigen Vermögen der Gatten nur auf Zeit unter der Hand eines einzigen Verwalters stünden, und bei Trennung der Ehe daraus wieder einfach gesondert hervorgingen, sondern vielmehr eine wahre, innere, beide Vermögen für immer erfassende, beide der Regel nach, für die eingebrachten Grundstücke wenigstens nach der Gatten Wahl

verändernde, beide endlich stets um den Erbtheil des Ueberlebenden vermindernde Gütergemeinschaft.

Wie sehr auch der Vater dieser ganzen Schöpfung, Suarez selbst, eine solche Auffassung derselben als einer bloßen (äußeren) Gütereinheit zurückgewiesen hätte, zeigen seine schönen Worte zu dem §. 570 bei der Schlußrevision:

„Das Verhältniß der Eheleute bei uns ist ganz anders als es bei den Römern war... Die Frau ist jetzt mehr als jemals Theilnehmerin an allen Schicksalen des Mannes, Mitgenossin aller Vorrechte und Lasten seines Standes und Berufs... Es ist also ganz widersinnig und gegen die Natur der Sache, wenn unsere Gesetzgebung den überlebenden Ehegatten bei der Materie von der Succession noch immer als einen Fremden behandelt, der, wenn er sich nicht durch Verträge prospicirt hat, den ganzen Nachlaß des zuerst Gestorbenen seinen oft sehr entfernten Verwandten und lachenden Erben überlassen muß und nur kaum, wenn er zu verhungern Gefahr läuft, durch ein nothdürftiges Almosen aus dem Nachlasse dagegen geschützt wird. Die Natur der Sache und selbst das Interesse des Staats fordern die Gesetzgebung auf, über die Succession der Eheleute andere, der Beschaffenheit dieser genauesten aller Verbindungen angemessenere Grundsätze einzuführen... Aus diesem... Gesichtspunkte ist die ganze Lehre de successione conjugum im Gesetzbuche bearbeitet worden, und auch die in dem vorliegenden §§. (370) dem Manne gelassene Wahl... fließt aus eben derselben Quelle.“

f. Koch, Comment. III., S. 152.

Die Gründe, weshalb gleichwohl das künftige Reichsgesetz nicht die so edler und tüchtiger Gesinnung entsprossene Schöpfung von Suarez zur Grundlage nehmen könnte, sind natürlich keine anderen, als die oben aus dem Wesen der Ehe selbst abgeleiteten für die Wahl der Errungenschaftsgemeinschaft. Im Einzelnen ergeben sich aber außerdem noch folgende Bemerkungen:

1) Wenn nach §. 211 (5. Abschn.) die Frau, was sie in stehender Ehe erwirbt, (ganz wie bei den Römern) der Regel

nach dem Mann erwirbt, nach §. 219 dagegen (die Ausnahme) Grundstücke und Capitalien, die von den Einkünften eines besonderen Gewerbes der Frau angeschafft und zur Zeit der Vermögensabsonderung auf ihren Namen geschrieben sind, zum Vermögen der Frau gehören, so stehen sich hier nicht nur Mann und Frau für die Zeit der Ehe selbst in einer Schroffheit gegenüber, welche mit der Innigkeit sowohl ihrer persönlichen, als Vermögensgemeinschaft nicht in Einklang zu bringen ist, sondern es enthält dann auch der §. 219, insofern er nicht alle von den Einkünften eines besonderen Gewerbes der Frau angeschafften Grundstücke und Capitalien, vielmehr nur die auf ihren Namen geschriebenen zu ihrem Vermögen rechnet, einen offenbaren Mangel an Folgerichtigkeit, den auch schon

Roch, Comment. III, S. 85, not. 14^a

richtig hervorgehoben und als einen eingeschlagenen Mittelweg bezeichnet hat.

Nach der Schilderung des Ursprungs dieser §§. 211, 219, 220 bei

Roch, Comment. III, S. 82 not. 6

waren dieselben im Ganzen eine Schweregeburt, bei welcher Suarez für den §. 211 die mildere Fassung der bloßen Vermuthung des Erwerbs für den Mann vorgeschlagen hatte, was schließlich zu der Ausnahme des §. 219 führte. Daß unter diese nicht auch das von den Gatten durch lästige Verträge, wie Kauf und Tausch, gemeinschaftlich Erworbene entfällt, ist natürlich; gewiß aber höchst auffällig, daß, wie not. 7 a. a. O. uns belehrt, das R. Obertribunal selbst über die Deutung des §. 211 noch bis 1854 entschieden geschwankt hat, indem es durch vielfache Erkenntnisse bis zum 20 Januar 1854 ihn auf den Fall beschränkt hatte, „wenn eine Ehefrau während der Ehe durch ein besonderes Gewerbe etwas erwirbt“, (wo es dann also für den Mann erworben zu gelten hatte) und nun plötzlich unter dem 10. Okt. 1854 im geraden Gegensatz hiezu erkannte: „Daß dasjenige, was die Ehefrau durch ein von ihr selbständig und auf eigene Rechnung betriebenes Gewerbe erwirbt, sie für sich selbst und nicht dem Ehemanne erwerbe“. Man wird dem R.

Obertribunal darin nur beipflichten können, daß es seine frühere Deutung des §. 211 später in ihr Gegentheil verkehrte, gleichwohl aber nicht verkennen dürfen, daß solche Sprünge nur bei einer in sich selbst nicht klaren, von dem einfach Richtigen abgewichenen Gesetzgebung vorkommen können. Was dieses aber wirklich ist, zeigen uns sofort die Statuten und Gesetze sowohl über die allgemeine Gütergemeinschaft als die Errungenschaftsgemeinschaft, welche in ihrer weitaus überwiegenden Mehrzahl gleichmäßig den ehelichen Erwerb gemeinsam werden lassen.

2) Wenn §. 231 die Rechte des Mannes am Einbringen seiner Frau, unter Verweisung auf Thl. I, tit. 21, Abschn. 1: „Vom Nießbrauche“, als die eines Nießbrauchers bestimmt, der Nießbrauch aber nach §. 22 dieses tit. 21 „die Befugniß ist, eine fremde Sache nach der Art eines guten Hauswirths, ohne weitere Einschränkung zu nutzen oder zu gebrauchen“, so steht doch wohl die bekannte Ausschließlichkeit dieses dinglichen Nutzungsrechts an einer fremden Sache mit der hier in der That vorliegenden innigsten Personen- und Vermögensgemeinschaft, mit der hieraus fließenden Gemeinschaft des Gebrauchs und auch der Nutzungen selbst für beide Gatten zusammen (wenn auch unbeschadet des Verwaltungsrechts des Mannes), in schneidendem Widerspruche, den deshalb auch das in §. 142 gleichfalls diese Bezeichnung mit Nießbrauch enthaltende Züricher'sche Gesetzbuch durch §. 143 dadurch, wenn auch noch ungenügend, mildert, daß es „das Recht des Mannes auf den Erwerb der Frau und den Ertrag ihres Vermögens an die Voraussetzung knüpft, daß derselbe für den Unterhalt der Frau und Kinder und ihre laufenden Verpflichtungen sorgt“; Runde's Entwurf aber in art. 8 dadurch, daß er dieses Nießbrauchsrecht des Mannes dessen Gläubigern als Vollzugsgegenstand abspricht, während §. 257 des Landrechts das gerade Gegentheil verfügt. Man braucht nun vielleicht noch nicht so weit zu gehen, mit Gerber a. a. O. S. 260 dem Rechte des Mannes am Frauengut jede Dinglichkeit abzusprechen und es als reines Forderungsrecht zu bezeichnen, da dem deutschen Recht der römische strenge Gegensatz dieser beiden Arten von Ansprüchen, wie dies Laband in seinem Werk

„Vermögensrechtliche Klagen“ wohl genügend dargethan hat, überhaupt nicht eignet; man wird aber darum doch mit Gerber a. a. O. diesen Gesichtspunkt des Nießbrauchs nur unpassend nennen müssen, dies auch bei Lesung des angezogenen Titels 21 bestätigt finden, was einzeln nachzuweisen hier zu weit führen würde.

3) So weit dem das Verfügungsrecht des Mannes über die ihm eingebrachten Mobilien nicht Abbruch thut, legt das Gesetz die Erhaltung der verschiedenen Eigenthumszuständigkeiten der Gatten zu Grunde, was auch gewiß die richtige Grundlage bildet. Doch enthalten hievon die oben erwähnten §§. 570 u. 581 eine sehr wesentliche Abweichung für die eingebrachten Grundstücke, sofern darnach der Mann beim Tode der Frau sie gegen Zahlung des Werthes behalten und die Frau statt ihrer selbst den Anschlagswerth fordern darf. Die schönen so warmherzigen Gründe dieser Neuerung von Suarez, die bereits angeführt sind, beseitigen gleichwohl die Bedenken gegen eine solche starke Abweichung von der richtigen und darum auch gewählten Grundlage des Gesetzes nicht; denn es mangelt doch nun jedenfalls die innere Folgerichtigkeit. Auch hat Suarez mit der Neuerung dasjenige nicht einmal ganz erreicht, was er beabsichtigte, wie dies aus dem von

Roch, Comment III, S. 155, not. 73

zu den §§. 586, 587 Bemerkten erhellt, indem der Mann nach diesen ihn wiederum als Nießbraucher behandelnden §§, falls er das Gut zu dem von den Erben angesetztten Preis behält, den Ersatz der von ihm am Gute gemachten Verbesserungen verliert, woran sein hievon ganz unabhängiger Erbtheil nichts ändern kann. Was Suarez mit seiner Neuerung beabsichtigte, sagt er uns selber in Folgendem:

„Der Mann ist legitimus administrator et usufructuarius von den Gütern und Grundstücken der Frau. Er hat das Gut 20, 30 Jahre bewirthschaftet, er hat es durch seine Industrie und Kosten ansehnlich verbessert, er hat es sich ganz nach seinem Geschmac und Vermögen eingerichtet und sich daran gewöhnt, das Alles als sein Eigenthum, auf dem er den Rest seiner Tage zu be-

schließen hofft, anzusehen. Nun stirbt unglücklicher Weise die Frau vor ihm... Sogleich muß er das Gut, seinen gewöhnlichen geliebten Aufenthalt mit dem Rücken ansehen, er bekommt für alle die Mühen und Kosten, womit er vielleicht die besten Jahre seines Lebens hindurch an der Verbesserung und Verschönerung gearbeitet, wenig oder gar nichts vergütet und wird über jede angebliche Verschlimmerung chicanirt“.

Dies Alles wird mit vollster Sicherheit durch die Errungenschaftsgemeinschaft vermieden, die dem Ueberlebenden eben so den lebenslänglichen Besitz als seinen Erben den Ersatz des für die Verbesserungen gemachten Aufwandes sichert. Was demnach in Suarez' Neuerungen in der That Berechtigtes liegt, bleibe durch die Errungenschaftsgemeinschaft erhalten.

4) Freilich kennt diese nicht das dem Ueberlebenden in den §§. 622—27 ertheilte Erbrecht am Gesamtnachlasse des Verstorbenen; allein, selbst abgesehen von der auch hierin liegenden Abweichung von der Regel der Erhaltung der Eigenthumszuständigkeiten der Gatten, so bietet die Errungenschaftsgemeinschaft hinreichenden Ersatz hiefür in dem, durch das Wesen der Ehe schon ohnehin für die beerbte Ehe auch in Runde's Entwurf art. 25 (und darum wohl auch von Gerber f. S. 272, not. 19) geforderten lebenslänglichen Besitz des Ueberlebenden am ganzen Vermögen und seinem Erbrecht an der Errungenschaft sowohl als dem beweglichen Vermögen. Bei kinderloser Ehe erbt er beide zusammen, so daß nach seinem Tode des Verstorbenen Erben nur dessen unbewegliches Gut erhalten; bei beerbter Ehe fällt zwar des Verstorbenen Errungenschaftshälfte dem Eigenthume nach den Kindern zu; doch behält der Ueberlebende auch hieran lebenslänglichen Besitz und erbt noch den beweglichen Nachlaß, sei's allein oder mit den Kindern, eigenthümlich. Der Fall des §. 627, worin der Ueberlebende bei kinderloser Ehe ausschließlich erbt, ist ein außerordentlich seltener, weil er nur eintritt, wenn der Verstorbene nicht einmal Verwandte des sechsten Grades hinterläßt. Viel häufiger ist dagegen bei der Errungenschaftsgemeinschaft dies Alleinerbrecht, wenn nämlich der Verstorbene gar

kein unbewegliches, sondern nur bewegliches und errungenschaftliches Vermögen hinterläßt.

Dürfte dem Allem nach das gesetzliche eheliche Güterrecht des preuß. L. R. schwerlich zur Grundlage des künftigen deutschen zu wählen sein, so werden die Vorschriften des sächsischen Gesetzbuchs von 1863 hiezu noch weniger geeignet erscheinen; denn dasselbe bietet ein eheliches Güterrecht dar, welches statt des vom Wesen der Ehe gebotenen Standpunktes der Vermögensgemeinschaft der Gatten geradezu denjenigen völliger Getrenntheit beider Vermögen gewählt hat. Trotz seiner scheinbaren Aehnlichkeit mit dem preussischen Landrechte zeigt sich eine grundsätzliche Verschiedenheit beider. Das sächsische Recht kennt kein freies Verfügungsrecht des Mannes über das bewegliche Einbringen der Frau; nach §. 1675 darf die Frau sogar noch während der Ehe von ihm ohne ihre Zustimmung veräußerte nicht vertretbare Gegenstände ihres Vermögens mit Klage auf Wiedererlangung verfolgen. Nach §. 1682 sind die Kosten eines von der Frau oder mit ihrer Einwilligung vom Manne geführten Rechtsstreites wegen des Stammes ihres Vermögens aus dem Stamme dieses Vermögens zu bezahlen. Nach §. 1668 steht von Allem, was die Frau durch Dienste erwirbt, welche weder auf das Hauswesen noch auf das Gewerbe des Ehemannes Bezug haben, der Frau das Eigenthum, dem Manne das Recht des Nießbrauches und der Verwaltung zu. Nach §. 1676 gehört, was der Ehemann während der Ehe mit den Mitteln der Ehefrau erwirbt, der letztern nur, wenn die Erwerbung mit ihrer Einwilligung und in ihrem Namen geschehen ist. Kurz, überall erscheint der Standpunkt der Getrenntheit des Vermögens durchgeführt. Von dem Suarez'schen Wahlrechte der Ueberlebenden zwischen dem eingebrachten Grundstücke der Frau selbst oder dessen Werth ist natürlich keine Rede.

Den großen sonstigen Vorzügen dieses Gesetzes, das übrigens an den vorgefundenen Rechtszustand bekanntlich möglichst anzuknüpfen suchte, soll hiedurch nicht im Geringsten zu nahe getreten werden; vielmehr ist dasselbe zweifellos im Allgemeinen eine der tüchtigsten Vorarbeiten des allgemeinen bürgerlichen

Gesetzbuches. Von dem für das eheliche Güterrecht natürlichsten und wohl auch allein richtigen Standpunkte der Vermögensgemeinschaft scheint es sich aber leider am entferntesten gehalten zu haben.

Und merkwürdiger Weise springt doch gerade aus diesem Gesetzbuche die völlige Gleichheit der Rechtsverhältnisse bezüglich des Vermögens der Gatten während der Ehe zwischen ihnen selbst und derjenigen zwischen dem Ueberlebenden und den Kindern so recht in die Augen; denn es hat sich beflissen, in den §§. 1811, 1814, 1815, 1817—1820, 1827, 1828 (Abschn.: Väterliche Gewalt) für das Rechtsverhältniß zwischen Vater und Kindern nach der Mutter Tode fast wörtlich genau dieselben Bestimmungen zu treffen, die es für Rechtsverhältnisse bezüglich des Vermögens zwischen den Gatten selbst in den §§. 1655, 1669, 1670, 1674, 1676, 1680, 1681, 1683 getroffen hat!

Gesetzt nun, die vorausgegangenen Ausführungen könnten wirklich als Grundlage des künftigen deutschen Güterrechtes die Errungenschaftsgemeinschaft empfehlen, so würde zweifellos die ganze Aufgabe sehr erleichtert sein, wenn dies durch Herübernahme oder doch möglichst vollständige Annahme des auf dem ganzen linken Rheinufer und im Großherzogthum Baden mit einer Gesamtbevölkerung von gegen 7,000,000 Einwohnern schon geltenden und bei demselben längst eingelebten, auch im Ganzen keineswegs unbeliebten Code civil geschehen könnte. Dieser allerdings großen Erleichterung würde man aber doch wohl entsagen müssen; denn abgesehen auch von dem engen Zusammenhange des ehelichen Güterrechtes des Code mit seinem ganzen übrigen Civilrechte, das doch jedenfalls nicht mit in den Kauf genommen werden könnte, so entspricht doch auch gerade die darin beliebte Gestaltung des ehelichen Güterrechtes, wiewohl deren Grundlage selbst dem deutschen Recht entstammt ist, nicht den an das künftige Reichsgesetz zu machenden Forderungen. Es ist schon oft gesagt worden, daß dieselbe von vornherein möglichst dem von den Gesetzgebern vorgefundenen sehr scharfen Gegensatz der Länder des régime dotal und régime en communauté, der in Deutschland durchaus nicht in solcher Schärfe

sich vorfindet, angepasst war, was allein schon engen Anschluß hindern müßte. Noch mehr aber wird ein solcher durch die ganze, trotz der deutschen Grundlage doch so ächt französisch gewordene wirkliche Ausgestaltung der Gütergemeinschaft des Code verhindert. Legt man, wie jede gründliche Beurtheilung der Sache doch muß, den Maßstab der wahrhaften persönlichen und Vermögensgemeinschaft der Gatten an die Gemeinschaft des Code an, so wird man nicht umhin können, in derselben den Mangel höchst wesentlicher Erfordernisse zu finden. Bei der Unmöglichkeit, dies durch alle Einzelheiten zu erhärten, begnügt man sich mit Hervorhebung einiger dieser hauptsächlichsten Mängel.

1) Zuörderst ist die bekanntlich nur der *coutume de Paris* entnommene ganze Grundlage der Vermögensgemeinschaft des Code durchaus verfehlt insofern, als sie von vornherein, mit voller Hintansetzung der Eigenthumszuständigkeiten, das ganze beiderseitige bewegliche Vermögen, selbst ererbtes, in die Gemeinschaft fallen läßt, so daß der allein richtige Begriff der Errungenschaft, sofern dieser nothwendig stets zugleich die vorhandene Verschiedenheit des beiderseitigen beweglichen Einbringens zum Ausgangspuncte nehmen muß, gleich Anfangs entstellt wird. Wie wenig dies der heutigen großen Bedeutung des beweglichen Vermögens entspricht, ist schon hervorgehoben, tritt aber im Code, der Alles, was nicht geradezu Grundstück, oder dingliches Recht an einem solchen und Klage auf Erlangung eines solchen ist, dem beweglichen Vermögen zuzählt, in seiner Fehlerhaftigkeit nur um so greller hervor, indem so selbst alle Capitalforderungen, nicht einmal die durch Grundstücke versicherten ausgenommen, bewegliches Gut sind, ganz gleichgültig, wie hoch ihr Werth ist, und in allen Fällen, wo nicht das bewegliche Einbringen geradezu gleich ist, für die Errungenschaft ein richtiges Ergebniß unmöglich bleibt.

2) Möchte das ganze bewegliche Vermögen aber auch immerhin gleich von vornherein Gemeingut werden, bildete nur nicht die durch den verhängnißvollen art. 1421 dem Manne für die Dauer der Ehe verstattete ganz unbeschränkte Gewalt über das Gemeingut das gerade Gegentheil wahrer Gemeinschaft. Nicht nur ausschließliche Verwaltung, sondern auch

Verfügung darüber ist ihm erlaubt. Ohne jede Mitwirkung der Frau darf er es verkaufen, veräußern und verpfänden, auch nicht etwa nur das bewegliche, sondern eben so gut auch das unbewegliche Gemeingut, „gleich als wäre es ein Bestandtheil seines eigenen Vermögens“, wie

Zachariä, Handb. III, §. 509

dies an verschiedenen Stellen gleichmäßig ausdrückt; „wobei das Object (sc. der Gemeinschaft) in der Ehe ganz unter der Willkür des Mannes steht“. „Der Mann ist Herr der Communionsachen“, sagt

Thibaut, Lehrb. §. 103, S. 144; §. 106, S. 147.

„Dagegen ist das Miteigenthum ... der Frau an dem Gemeingute, so lange die Gemeinschaft dauert, in der Regel unwirksam, ausgenommen, wenn die Frau mit Autorisation des Mannes eine Verfügung über das Gemeingut trifft oder wenn sie, von dem Manne autorisirt, eine Verbindlichkeit eingeht, welche nicht bloß das eigne Vermögen der Frau zum Gegenstand hat“. Zachariä a. a. O. S. 180. Diese Sklaverei der Frau dem Manne gegenüber reicht selbst so weit, daß die Frau, wenn der Mann die nachgesuchte Autorisation zur Eingehung einer Verbindlichkeit oder Führung eines Rechtsstreites ihr versagt, das Gericht aber erteilt, was es doch nur beim Befund triftiger Gründe kann, alsdann dennoch nicht die Gemeinschaft, sondern nur sich selbst verpflichten kann. Zachariä a. a. O. S. 181. Bei Abwesenheit des Mannes kann die Frau nicht einmal sich und die Gemeinschaft verpflichten, um den Mann aus der Gefangenschaft zu lösen oder ein Kind auszustatten; dazu bedarf es erst gerichtlicher Ermächtigung art. 1427. Mit der deutschen Auffassung der ehelichen Gemeinschaft steht dies augenscheinlich entschieden im Widerspruche. Wenn zwar auch unsere deutschen Rechte dem Manne das Verfügungsrecht über die Fahrniß verstaten, weil dies in der That seine Stellung in der Ehe fordert, so verfügt er doch niemals als unbeschränkter Herr wie über eignes Gut darüber, sondern nur als zugleich dafür der Frau verantwortlicher Vertreter derselben, der zugleich an Errungenschaft um so viel weniger erhält und beim Dasein von Errungenschaft eine um

so stärkere Hälfte derselben zu tragen hat. Außerdem ist für Veräußerung unbeweglichen errungenen Gutes der Frau Zustimmung nöthig.

3) Der Code glaubte diese selbstfüchtig herrische Stellung, die er für den französischen Ehemann als unentbehrlich ansah, dadurch wieder unbedenklich und ungefährlich machen zu können, daß er in art. 1453 der Frau und ihren Erben das durchaus unveräußerliche Recht erteilte, bei der Auflösung der Gemeinschaft dieselbe anzunehmen oder darauf zu verzichten, und laut art. 1483 im Falle solchen Verzichtes sie für die Gemeinschaftsschulden nur bis zum Belauf ihrer Hälfte der gemeinen Guts haften läßt. Ja, läßt sie den Nachlaß ordnungsmäßig feststellen und enthält sich eigentlicher Einmischung in denselben, so kann sie nach art. 1459 diese Verzichtsfreiheit auch noch weit über die ihr für die Abgabe ihrer Erklärung gesetzte Frist von 3 Monaten und 40 Tagen sich erhalten, so lange, bis sie die Gemeinschaft angenommen hat oder als Miteigenthümerin derselben verurtheilt worden ist.

C. Zachariä a. a. O. §. 517, S. 221.

Auch hier bestätigt sich wieder vollkommen, daß der eine Schritt auf der Bahn des Uebels gleich noch andere nach sich zieht; während nämlich die Frau, wenn sie noch in der Ehe Güterabsonderung nachsucht, nach art. 1443, ganz wie dies dem Wesen der ehelichen Vermögensgemeinschaft entspricht, keineswegs bloß nach Willkür absondern darf, sondern erst, wenn die Gründe dafür, welche sie in ihrer Klage gegen den Mann geltend macht und nach art. 871 des C. de procéd. den Gläubigern des Mannes, die zur Sicherung ihrer Rechte sogar auch interveniren dürfen, auf deren Verlangen mittheilen muß, im Urtheile vom Gericht als triftig anerkannt werden, kann sie bei'm Tode des Mannes durch einfaches vor Gericht erklärtes Preisgeben ihrer Gemeingutshälfte sich von jeder Gemeinschaftsschuld befreien. Also: nach dem Gesetze lebte die Frau bis zum Tode des Mannes in Gütergemeinschaft; nach dem Belieben der Frau wird nun aber plötzlich dieser ganze bisherige gesetzliche Zustand vielmehr als ein gar nicht vorhanden gewesener, als ein bloßes Schattenbild, ein bloßer Traum

erklärt, und wir haben eine ächt französische Comödie vor uns. Wenn irgend etwas, muß dies unseren deutschen Begriffen von dem Ansehen und der Würde des Gesetzes durchaus zuwider erscheinen; dieses betrachtet, wie es sachlich muß, sowohl die persönliche wie die Vermögensgemeinschaft der Gatten als Ausfluß ihrer der Privatwillkür entrückten Unauflöslichkeit; hier entscheidet plötzlich lediglich die Willkür, sogar mit Rückwirkung auf die ganze Dauer der Ehe.

Dies Alles wird auch keineswegs durch art. 1464 beseitigt, der den Gläubigern der Frau, falls diese nur, um sie zu benachtheiligen, verzichtet, Annahme der Gemeinschaft für sich selbst gestattet; denn dies schützt weder die Gläubiger des doch gesetzlichen Vertreters der Gemeinschaft, des Mannes, wie sie's durch art. 1447 gegen Güterabsonderung während der Ehe sind, noch auch den Mann, d. h. seine Erben, selbst. Jene sowohl, obgleich sie dem Manne borgten, gerade weil er ihnen ganz zum Nutzen der Gemeinschaft zu handeln schien, als auch des Mannes Erben sind nun geprellt, weil die Frau nunmehr Alles das zurückfordern darf, was sie im voraus aus der Gemeinschaft hätte wegnehmen dürfen, wenn sie diese angenommen hätte;

i. Zachariä a. a. O. §. 521, S. 233;

die Deckung der sie nach art. 1481 treffenden Verrungenschaftshälfte ist somit nun durch ihren Verzicht geradezu unmöglich gemacht, was ebenfalls wieder deutschen Rechtsbegriffen völlig widerstrebt, da nach diesen Alles, was bis zur Auflösung der Gemeinschaft gültig entstanden ist, auch nach allen Seiten hin gültig bleiben und seine Wirksamkeit behalten muß.

4) Endlich ist dem Code ein gegenseitiges Erbrecht der Gatten gemäß der art. 755, 767 nur für den Fall bekannt, wenn der Verstorbene nur Verwandte über den zwölften Grad hinaus hinterläßt, und auch dieses nur mit Inventur und Sicherheitsleistung (art. 769, 771), während ihm ein Beisitz des Ueberlebenden ganz fremd ist. Auch dies entspricht unserm deutschen Begriffe gewiß nicht. Wenn zwar Jedem die Hälfte des Gemeinguts zu Theil wird, so ist diese ja sein Eigen-

thum und kein Theil des Nachlasses des Verstorbenen, und nur bei beerbter Ehe wird der Ueberlebende zufolge der älterlichen Gewalt Nutznießer des Erbtheils der Kinder bis zu deren Volljährigkeit.

5) Diese Mängel sind auch der Grund dafür, daß in der preussischen Rheinprovinz, in Rheinhessen und der Pfalz, nach zuverlässiger Auskunft, durch die Vermögenden fast immer von dem ihnen im Code verstatteten Rechte der Eheverträge Gebrauch gemacht, dann aber stets die in den art. 1498, 1499 des Code bezeichnete einfache Errungenschaftsgemeinschaft erwählt wird, ein Zeugniß, das augenscheinlich in doppelter Beziehung von Wichtigkeit ist.

Nun hat zwar der Code die Wirkung dieser großen Mängel seines gesetzlichen ehelichen Güterrechts bekanntlich durch Zulassung von dasselbe wesentlich ändernden vielerlei älteren Vertragsclauseln gemildert; allein selbstverständlich kann dies in der Hauptsache nichts ändern, und wenn er nichts desto weniger in vielen Ländern, worin er zufolge der französischen Herrschaft angenommen worden war, auch nach deren Wiederaufhebung beibehalten worden ist, so verdankt er dies neben den obigen Clauseln hauptsächlich seinen mannigfachen sonstigen Vorzügen, die ihm hier nicht im Geringsten geschmälert werden sollen.

In Kürze muß jetzt hier aber auch noch des Güterrechtsentwurfs für den Justiz-Senat Ehrenbreitstein von 1866 gedacht werden, da derselbe nach §. 1 ausdrücklich auf Gemeinschaft der Mobilien und Immobilien-Errungenschaft beruht. Derselbe theilt hiernach mit dem Code civil dieselbe falsche Grundlage; sein §. 30 wiederholt einfach den verhängnißvollen art. 1421 und sein §. 82 die art. 1453 und 1483 des Cod. civ. Gegen ihn spricht daher Alles, was oben gegen den letzteren unter 1—3 bemerkt worden ist, weßwegen denn auch die Bewohner des Kreises Weklar, der die reine Errungenschaftsgemeinschaft besitzt, nur mit größtem Widerstreben schließlich der Annahme zugestimmt hatten. Wenn aber die Motive S. 80 für den §. 82 sich zugleich auf art. 12 des westphälischen Güterrechtsgesetzes berufen, so steht dem durchaus entgegen,

- daß nach letzterem die verzichtende Frau, weil dort allgemeine Gütergemeinschaft herrscht, keineswegs noch, wie doch nach dem Code ihr Einbringen zurücknehmen darf, durch den Verzicht sich daher nur ihren künftigen neuen Erwerb sichert. Der Entwurf ist denn auch in der darüber vom Justizministerium dem App.-Gerichte Frankfurt a./M. abverlangten Aeußerung darüber sowie in einem an dasselbe gelangten Gutachten der dortigen juristischen Gesellschaft als durchaus unannehmbar und einfache Errungenschaftsgemeinschaft, wie sie dort besteht, als das allein Entsprechende bezeichnet worden.

Schließlich muß jetzt noch Folgendes über den Vorschlag der Errungenschaftsgemeinschaft für das Reichsgesetz hervorgehoben werden.

Daß dieselbe nur als Fortentwicklung der früher fast in ganz Deutschland gültig gewesenen allgemeinen Gütergemeinschaft zu betrachten ist, ist oben nachzuweisen versucht worden. Fände man aber auch diesen Nachweis nicht erbracht, so leuchtet doch ein, daß in der bei uns noch so häufigen allgemeinen Gütergemeinschaft als dem das Gesamtvermögen ergreifenden Größeren die Errungenschaftsgemeinschaft als das Kleinere stets mitenthalten ist. Alle Theile Deutschlands mithin, welche noch die allgemeine Gütergemeinschaft haben, würden im Grunde nichts eigentlich Neues oder gar Fremdartiges empfangen, wenn in ihnen die Errungenschaftsgemeinschaft zur Geltung käme, und zwar muß es hiefür auch unerheblich erscheinen, wenn Pauli Abhdlg. II, S. 138 ff.; 152 ff.; 215 ff.; für das Lübfche, so wie Kropf in Jurist. Abhdlgn. II, S. 485 ff.; 510 ff.; für das Hamburgische Recht das Vorhandensein allgemeiner Gütergemeinschaft in Abrede stellen, da sie doch unumwunden einräumen, daß gegenüber der Erhaltung des Eigenthums am Einbringen sowohl bei beerbter als unbeerbter Ehe die überlebende Frau, auf die es für unsere Frage doch allein ankommt, von dem nach Tilgung der Schulden noch verbleibenden Gesamtvermögen zufolge des gesetzlichen, hier wiederum allein entscheidenden Erbrechts nach Lübfchem Rechte bei beerbter

Ehe die Hälfte, bei unbeerbter Ehe außer ihrem Einbringen von dem übrigen Vermögen die Hälfte, nach Hamburger Recht bei unbeerbter Ehe gleichfalls die Hälfte, bei beerbter je nach den Umständen bald die Hälfte, bald nur ein Dritteltheil des Gesamtvermögens erhält.

S. Pauli a. a. O. S. 66; 122 ff.;

Kropp a. a. O. S. 571 ff; 575 ff.

Da nun aber bekanntlich das Lübishe Recht von einer außerordentlich großen Anzahl deutscher Städte angenommen und noch bis heute beibehalten erscheint, was, obwohl in geringerem Umfang, auch vom Hamburger Rechte gilt, so erhellt hieraus, für eine wie große Anzahl Deutscher die Wirkung der Errungenschaftsgemeinschaft noch heute zufolge des Gesetzes mittelbar Statt findet, zumal, wenn man hiezu noch, wie man doch muß, auch diejenigen rechnet, für welche die §§. 371, 637 Thl. II, tit. 1 Abschn. 6 (von der Gemeinschaft der Güter) des Preuß. L. R., die ganz dasselbe enthalten, zu gelten haben.

Sehr zu wünschen wäre es nun allerdings, daß in festen Zahlen auf Grund statistischer Ausmittelungen mindestens die Anzahl derjenigen Deutschen angegeben werden könnte, für die dormalen die Errungenschaftsgemeinschaft noch das Gesetz bildet. Noch aber fehlt uns eine deutsche Civilgesetzstatistik, wie wir eine solche für Baiern von Reißl haben. So weit es kurzer Hand erreichbar war, soll es in Folgendem angegeben werden.

I. In Baiern gehören dahin:

1) das Rechtsgebiet des Codex Maximilianeus (s. Roth Bair. Civilr. S. 342 unter 1 und not. 1, sowie S. 21) mit
1,924,000

2) die Rechtsgebiete der Stadt Regensburg, Rothenburg an der Tauber, des Deutschordens dafelbst, des Markgrafenthums Ansbach, des Mainzer Landrechts, der Solmscher Land.-Ordnung, des Ulmer Stadtrechts, der Kettenberg'schen Landesordnung (s. Roth S. 342, S. 65 not. 61, S. 66, not. 67, S. 77, not. 104, S. 79, not. 14, S. 83,

1,924,000

	Uebertrag	1,924,000
not. 25, S. 53, not. 79, jedoch ohne Rheinbai- ern rund		409,000
II. In Württemberg nach dem im Entwurfe von 1840 S. 64 aufgestellten Maßstabe 8 zu 3 für seine jetzige Bevölkerung von 1,818,484		1,322,528
III. In Nassau gemäß des durch Ministerial- rescript vom 5. Juni 1816 für das ganze Land zum Gesetz erklärten tit. 28 des Solmscher Landrechts (s. van der Nahmer, Präjud. Samml. I, 42)		457,000
IV. In Kurhessen, wo nach Roth Kurhes- sisches Privatrecht S. 388 Dotalrecht nur noch im Sinngrund und bei den Schriftfässigen in Mt- hessen und dem Adel in Schaumburg gilt, allge- weine Gütergemeinschaft aber in Fulda, nach gewiß genügendem Abzug hiefür von seinen ca. 739000 Einwohnern mit ca. 100000		639000
V. Im Großherzogthum Hessen mit Hom- burg, ausgenommen die Grafschaft Erbach u. Rhein- hessen (884000—235,700 und 33000)		614,300
VI. In Frankfurt a./M. sammt seinem gan- zen früheren Gebiete nach der Zählung v. 1. Decbr. 1871, bez. 3. Decbr. 1864		106,762
VII. In sämmtlichen deutschen Ländern, wo der Code civil gilt, Großherzogthum Baden und das neue Reichsland miteingeschlossen, nach Goldschmidt a. a. D. S. 482 rund		7,000,000
VIII. Der Bezirk des Justizsenats Ehren- breitstein (nach S. 34, 35 der Motive zum Ent- wurfe von 1866) mit		167,800
IX. Die Fürstenthümer Hohenzollern (tit. 76 der Hohenz. Land.-Ordn. v. 1698) mit		65,000
X. Das Fränkische Herzogthum Koburg (s. Weiske, Rechtslex. XI, S. 210) rund		48,000
		12,753,390

Uebertrag 12,753,390

XI. Das Meininger Oberland (Weiske Rechtslex. XI, S. 122), die Aemter Schalkau, Sonnenberg, Neuhaus, zu 33,000

XII. Die Städte Rudolstadt (6500 Einw.), Blankenburg, (ca. 2000 Einw.) u. Frankenhäusen (4700 Einw.) nach Weiske Rechtslex. XI, S. 337 mit 13,200

XIII. Nach Falck Schleswig-Holst. Privatr. IV, S. 434 für Dithmarschen (72,452 Einw.), und Fehmarn (9600 Einw.) bei allen Ehen und für das Nordstrander Landrecht bei unbeerbten Ehen, die zwei ersteren zu 82,052

Ergiebt sich schon hierdurch ein Betrag von vollen 12,881,642

so gilt die Errungenschaft doch außerdem noch

XIV. nach Runde Güterrecht S. 194 ff. für das Stadt- und Budjader Land und in den früher Münster'schen Theilen von Oldenburg;

XV. nach Grefe, Leitfaden des Hannov. Privatr. §. 49 S. 140 auch in den früher Münster'schen Theilen Hannover's;

XVI. nach Buch I, Cap. 6, §. 1—5; Cap. 13, 17, 20, 35 des Jütischen Low und Falck's Zeugniß a. a. D. I, 121 und IV, 414 für dessen Gültigkeit in allen Landdistricten des Herzogthums Schleswig, die keine besonderen Landrechte haben, wobei nur noch zu bemerken, daß zwar Falck selbst S. 434 ff., wo er die Errungenschaftsgemeinschaft besonders aufführt, nicht auch das Jütische Low mitaufzählt, sondern es erst S. 444 ff. als besondere „particuläre Gütergemeinschaft“ behandelt, diese Trennung aber keinen Grund hat, da nach dem Gesetze die Kennzeichen der Errungenschaft, als Sondereigenthum und getrennte Vererbung des Einbringens sowie Gemeinschaft nicht nur der Fahrniß, sondern selbst der Immobilienerrungenschaft, entschieden vorliegen, die Behandlung der Schulden auch, worüber allerdings nichts ausgesprochen ist, durch Praxis und Theorie nach dem S. 449 darüber Bemerkten ganz eben dieselbe ist, wie bei der Errungenschaftsgemeinschaft überhaupt, auf deren

Regeln alle die verschiedenen Ansichten hierüber sich stützen, während hiegegen einzelnes Eigenthümliche nicht in Betracht kommt. Bedenkt man nun, daß das Herzogthum rund 412,000 Einw. zählt, so bleibt auch nach Abzug der in allgemeiner Gütergemeinschaft lebenden Städte sowie der Eximirten immer noch eine beträchtliche Zahl übrig.

XVII. Endlich noch nach der Schwarzburg-Rudolstädter Success.-Ordn. von 1769, art. 23 bei kinderloser Ehe (Heimbach Particul.-R. S. 530) auf etwa noch 59000 (vgl. Nr. XII.).

Diese Angaben sind übrigens nicht erschöpfend; denn manche der noch gültigen deutschen Stadtrechte werden auch sonst noch Errungenschaftsgemeinschaft enthalten, wie denn, meist zwar nur für kinderlose Ehen, noch die vielen Gegenden zu rechnen sind, wo das Sprüchwort „längst Leib, längst Gut“ dem Ueberlebenden Alleinerbrecht gewährt. Endlich aber tritt selbstverständlich hiezu auch noch die ganz Deutschland umfassende Regel, nach der, wenn die Gatten überhaupt nichts einbringen, sondern erst in der Ehe selbst Vermögen erwerben, nach den bekannten weiteren Sprüchwörtern: „Leib an Leib, Gut an Gut“ und „Gut bei Schleier, Schleier bei Gut“ dies erworbene Vermögen ganz zweifellos gemeinschaftlich und durchaus nicht Alleineigenthum des Mannes wird.

Ueberblickt man den aufgezeigten Geltungsbereich der Errungenschaftsgemeinschaft, so wird man die Zahl der in Deutschland ihr Angehörigen mit ca 13½ Millionen schwerlich zu hoch ansetzen und braucht somit kaum noch die in der deutschen Schweiz ihr noch Zugehörigen (s. Schröder, ehel. Güterrecht Thl. II, Abth. 1, S. 170—196) zu erwähnen. Wohl aber drängt sich die Bemerkung von selbst auf, daß diese sowohl im höchsten Norden als in der Mitte und dem Süden von Deutschland als gebotene Fortentwicklung der allgemeinen Gütergemeinschaft so verbreitete Güterrechtsform dem deutschen Volksgeiste sehr entsprechend sein muß, wie dieselbe denn auch (s. Grefe, Zeitsch. 1, S. 167) erst durch die gewaltsamen napoleonischen Umgestaltungen sowie die darauf erfolgte, dann auch von Hannover belassene Einführung des preussischen Land-

rechts für einen weiteren Theil des deutschen Nordens, nämlich das hannöversche Fürstenthum Ostfriesland (ca. 193,800 Einw.), zur Abschaffung gelangte, da sie vorher nach den Cap. 177, 182, 184 des ostfriesischen Landrechts im Wesentlichen auch dort gegolten hatte. (Vgl. Hofmann, Handb. des Eherechts S. 590, 591 und auch Kraut, Grundriß S. 204, unter h.)

Ist aber diese Güterrechtsform im Vergleiche mit der allgemeinen Gütergemeinschaft ein wirklicher Fortschritt, wie dies von Gerber a. a. O. genügend dargethan und auch oben bereits noch weiter begründet worden ist. so müßte es doch sehr bedenklich erscheinen, wenn das künftige Reichsgesetz durch Erwählung der allgemeinen Gütergemeinschaft zur Grundlage dienen gar nicht leicht errungenen Fortschritt wiederum aufgeben sollte.

Doch nun genug hierüber. Möchte die Höhe der Aufgabe, deren Lösung hier versucht worden, dazu beigetragen haben, die Kräfte des Verfassers, deren Ungenügen er sich niemals verhehlen konnte, wenigstens bis dahin zu steigern, daß sein Versuch nicht ganz ohne Nutzen für das Vaterland bleibe!

III.

Zur Lehre vom sog. terminus circumductus.

Von

Herrn Dr. C. Bolgiano,
Professor in München.

Der Satz „contumax contumaciam accusare nequit“ und das daraus fließende Circumduktionsprincip ist, wenn ich nicht irre, erst von den neueren Schriftstellern, zunächst von Sintenis (der Ungehorsam der Parteien im bürgerlichen Proceß Seite 120–122), dann von v. Bayer, Osterloh

und Wegeß auf das Verfahren in Terminen beschränkt worden. Während die übrigen Rechtslehrer jenen Satz ganz allgemein und ohne Unterscheidung zwischen Fristen und Tagesfahrten aufstellen (vgl. besonders Schmid im Handbuch I 303) und höchstens beispielsweise vom terminus circumductus sprechen (vgl. z. B. v. Gönner, Handbuch I, 458, Martin, Vorlesungen I, 583), während Schmid (a. a. O.) unsern Satz auf die generelle Ungehorsamsfolge beziehen will (s. Note 2), — handelt v. Bayer nach dem Vorgange von Sinentis, in einem eignen Abschnitt vom terminus circumductus, entwickelt daselbst das Circumduktionsprincip, und gibt schließlich die Gründe an, aus welchen dasselbe auf den Fall versäumter Fristen nicht auszudehnen ist. Auf v. Bayer's Standpunkt stehen denn auch die neuesten Schriftsteller und die Praxis.

Das Circumduktionsprincip besteht nun darin, daß der Richter die Vorladung der Parteien auf einen Termin wegen ihres Nichterscheins ohne rechtliches Präjudiz für erloschen, den Termin für vereitelt erklärt, und ist die Folge hievon die, daß kein Theil den andern des Ungehorsams mehr anklagen, daß dagegen jeder Theil die Reassumption des Termins beantragen kann, die Sache somit bis auf weiteres Anrufen liegen bleibt. Bei genauer Prüfung des Wesens und der Motive des Circumduktionsprincips bin ich nun, entgegen der herrschenden Ansicht, zu dem Resultat gelangt, daß 1) die Vereitelung des Termins nicht ohne Weiteres eintrete, wenn die Parteien in termino ausbleiben, sondern daß sie durch besondere Voraussetzungen hinsichtlich der Ladung bedingt ist (wovon die communis opinio keine Erwähnung macht). Dann aber 2) daß die Erlöschung der Ladung inopportun, und daher der Eintritt der Circumduktion nicht veranlaßt, sondern gerade umgekehrt verhindert werden soll.

Zur näheren Ausführung und Begründung dieser Aufstellung soll hier zunächst:

I. Vom Eintritt, von den Motiven und Voraussetzungen sowie von der Inopportunität des Circumduktionsprincips gehandelt. Außerdem aber:

II. Die Frage beantwortet werden, wer im Fall des circumduzirten Termins die Kosten zu tragen habe. Sodann:

III. Die Gründe besprochen werden, weshalb das Circumduktionsprincip nur von Terminen, nicht auch von Fristen gilt. Und soll endlich:

IV. Gezeigt werden, daß der Satz „contumax contumaciam accusare nequit“ gleichwohl auch bei Fristen vorkommen kann.

Abchnitt I.

v. Bayer lehrt in seinen Vorträgen 8. u. 9. Aufl. S. 517 folgendes:

„Zwischen versäumten Fristen und versäumten Terminen zeigt sich ein doppelter Unterschied: a) Wer seinen Gegner wegen eines versäumten Termins anklagen will, muß selbst in diesem Termin erschienen sein. Denn ist auch er ausgeblieben, so hat der Richter die Ladung zu circumduzieren, d. h. für erloschen zu erklären, und liegt der innere Grund dieses Satzes darin, weil es schon dem natürlichen Gefühl widerstreitet, einen Andern einer Rechtsverletzung zu beschuldigen, deren man sich selbst schuldig gemacht hat (dolus cum dolo, culpa cum culpa compensatur). Dagegen ist die Versäumung der Frist kein rechtliches Hinderniß der Ungehorsamsanfrage wider den Gegner, wenn auch dieser die Frist versäumt hatte. Auf den Fall versäumter Fristen ist die Circumduktionslehre nicht anwendbar. Sodann: b) Wer seinen Gegner wegen des Ausbleibens in einem Termin anklagen will, muß die Anklage noch im Termin selbst stellen.¹⁾ Außerdem hält man in der Praxis den Termin für circumduzirt (vgl. Sintenis, der Ungehorsam der Parteien S. 122 u. 123). Wer aber seinen Gegner wegen Versäumung einer Frist des Ungehorsams beschuldigen will, muß dieses

1) v. Bayer spricht überall bloß von der Beantragung des Contumacialurtheils, also der speziellen Ungehorsamsfolge. Ebenso Weßell und die übrigen Schriftsteller. Von der poena contumaciae generalis im Fall des terminus circumductus wird im folgenden 2. Abchnitt gehandelt werden.

nicht gerade sogleich nach dem Ablauf der Frist thun, sondern kann die Anklage auch beliebig später stellen“.²)

Auch Wegell im System (S. 925, 549 u. 563), Osterloh im Lehrbuch (I, 173) und Renard daselbst (S. 452) sprechen sich in diesem Sinn aus.

So richtig nun auch der Satz: „contumax contumaciam accusare nequit“ und das daraus fließende Circumduktionsprincip ist,³) und so gewiß es scheint, daß dasselbe nicht so fast

2) Darnach soll also die Circumduktion des Termins und der Ladung in zwei von einander verschiedenen Fällen eintreten.

1. Nach der Natur der Sache, wenn beide Parteien ausgeblieben waren.

2. Nach der Praxis, wenn zwar eine Partei erschienen war, aber keine Contumazialbeschuldigung gestellt hatte.

Allein der zweite Fall ist vom ersten nicht verschieden, wenn die betr. Partei zwar erscheint, aber unthätig bleibt, d. h. weder die ihr aufgetragene Handlung (z. B. die Beweisantretung) vornimmt, noch eine Contumazialanklage wider die ausgebliebene Gegenpartei erhebt.

Wirklich verschieden ist der zweite Fall vom ersten bloß dann, wenn die betr. Partei, z. B. der Kläger, nicht bloß erschienen war, sondern auch die ihr aufgetragene Handlung (z. B. die Beweisantretung) vorgenommen hatte, ohne jedoch den Gegner des Ungehorsams anzuklagen (ohne also gegen den nicht erschienenen zur Antretung des Einredebeweises geladenen Beklagten das Desertionserkenntniß zu beantragen. Allein in diesem Fall kann meines Erachtens höchstens die Ladung des Beklagten als erloschen gelten (wenn sie nämlich gehörig eingerichtet ist); der Termin kann aber selbst dann nicht unter allen Verhältnissen als vereitelt gelten, weil ihn der Kläger zur Beweisantretung benützte, und der Beklagte die Reassumtion desselben nur dann beantragen wird, wenn er Beweismittel hat; die Sache beruht also nicht, wie im Fall des Ausbleibens beider Theile bis auf weiteres Anrufen, sondern der Proceß geht seinen Gang fort, solange kein solches Anrufen des Beklagten erfolgt (S. Abschnitt I, nr. 3 b, nr. 4 b u. nr. 5 b).

3) Schmid ist anderer Meinung. Er sagt a. a. D.:

„Der Satz, daß dadurch, daß auch der Gegner ungehorsam ist, nach dem Grundsatz „dolus cum dolo, culpa cum culpa compensatur“ der Ungehorsam auf beiden Seiten unwirksam werde, wird schon von Gönner für den Fall der Versäumung der Nothfristen für unanwendbar erklärt; richtiger aber ist es, denselben auf die generelle

durch positive Bestimmungen, als vielmehr durch die Natur der Sache und die Gerichtspraxis zu rechtfertigen ist⁴⁾),

Ungehorsamsfolge zu beschränken, die speziellen Folgen der Contumaz aber für beide Parteien, abgesehen von diesem Umstande, eintreten zu lassen, wobei sich von selbst versteht, daß, wenn die Parteien gegenseitig den Ungehorsam nicht urgiren wollen, derselbe unwirksam wird, und daß, wenn die Handlung der einen Partei von der der andern so abhängt, daß, wenn diese nicht geschieht, die andere überflüssig ist (wie z. B. der Beweis der Einrede von dem Beweis der Klage), und wenn nun beide Parteien den gleichzeitig anzutretenden Beweis versäumen, dann natürlich die Contumaz nur für den Kläger von besonderer Wirkung sein kann.“

Schmid fehlt hier darin, daß er von dem Satz „contumax contumaciam accusare nequit“ handelt, ohne zwischen mündlichem und schriftlichem Verfahren zu unterscheiden. Im letztern, dem Verfahren mit Fristen, ist jener Satz (mit Ausnahme des Falls, wenn beide Theile die Reassumtion des Termins verlangen) freilich unanwendbar (s. hierüber Abschnitt III ad 2). Dagegen gilt er im mündlichen Verfahren, oder Verfahren mit Tagesfahrten, und ist nicht etwa, wie Schmid meint, auf die generelle Ungehorsamsfolge (s. Abschn. II) zu beschränken, sondern gilt ebenso von der speziellen, nach der communis opinio unbedingt, nach meiner Ansicht aber nur unter der Voraussetzung wirklichen Ungehorsams (s. Abschnitt I, besonders am Ende). Die speziellen Ungehorsamsfolgen treten daher nicht, wie Schmid meint, für beide Theile ein (bei Handlungen, die nicht in Bedingungsverhältniß stehen), sondern für keinen von beiden. Bleiben z. B. im Beweisterrmine Kläger und Konvenient aus, so kann bei gehöriger Vorladung kein Theil den andern des Ungehorsams beschuldigen, der Termin gilt vielmehr als vereitelt, und jeder Theil kann dann die Reassumtion der Tagesfahrt verlangen (s. Abschnitt I nr. 5).

4) Das röm. Recht spricht bloß von dem Fall, wenn der Implorant allein ausgeblieben, der geladene Gegner aber erschienen war.

1. 35 D. (5. 1); 1. 27 §. 1 D. (40. 12).

1. 45 pr. D. (42. 1); c. 6. Cod. (7. 43).

Die Reichsgesetze dagegen sagen, daß der zur Verhandlung der Sache angesetzte Termin circumduzirt werde und die Ladung erlösche, wenn die Parteien am 3. Gerichtstag ausbleiben, vergl. R.G.D. v. 1555 III. 12. §. 17, ohne jedoch die Voraussetzungen der Circumduktion bezüglich der Ladung zu besprechen, ohne den Fall zu berühren, da eine Partei bloß monitorisch vorgeladen wurde, oder die im Termin von beiden Theilen vorzunehmenden Handlungen von einander unabhängig sind. Die Beantwortung der hierauf bezüglichen Fragen bleibt daher der Doktrin und Praxis vorbehalten.

— so kann doch die Erlöschung der Ladung, in Folge Ausbleibens beider Theile (abgesehen von dem Fall, wenn sie beide monitorisch geladen wurden) meines Erachtens weder als zweckmäßig erklärt, noch unbedingt angenommen werden, insbesondere kann der Antrag auf Fällung des Contumazialurtheils nicht immer vom eignen Erscheinen im Termin abhängig gemacht, sondern, wie bei versäumten Fristen, in der Regel auch nach verstrichenem Termin noch gestellt werden,⁵⁾ ohne daß hier (wie das bei Fristen der Fall ist) eine purgatio contumaciae zu befürchten ist.⁶⁾

Dies muß namentlich von dem Fall gelten, wenn zwar die eine Partei arktatorisch und peremptorisch, die andere dagegen bloß monitorisch geladen wurde, in welchem Fall nach meinem Dafürhalten überhaupt nicht von einer Circumduktion der Ladung gesprochen werden kann. Unter Umständen gilt es aber auch von jenen Fällen, wo beide Theile arktatorisch

5) Auch Sintenis sagt a. a. O.:

„Ob ein im Erscheinen auf Terminen begangener Ungehorsam in diesen selbst angeklagt werden müsse, oder auch nachher schriftlich dieß geschehen könne, ist eine Frage, die zuweilen vorkommt. Der Natur der Sache nach ist freilich kein Grund vorhanden, weshalb man annehmen sollte, daß die Ungehorsamsbeschuldigung schlechterdings im Termin selbst geschehen müsse. In einigen Ländern läßt denn auch der *usus fori* eine schriftliche Contumazialbeschuldigung zu. Gleichwohl scheint die Praxis den Satz, daß verabsäumte Terminalhandlungen in terminis selbst contumazirt werden müssen, so fest begründet und angenommen zu haben, daß die obige Meinung nicht mehr daneben Platz findet. Die Praxis betrachtet vielmehr den Termin in solchem Fall für circumduzirt.“

6) Es findet demnach zwischen versäumten Terminen und versäumten Fristen kein Unterschied statt, außer bloß der, daß eine purgatio contumaciae im Verfahren mit Terminen unmöglich ist, wenn die Ladung auf keine bestimmte Stunde beschränkt ist, und keine Partei bis zum Schluß der herkömmlichen Gerichtszeit erschienen war. Denn durch Wegbleiben in der Tagesfahrt und nachträgliche Einsendung eines Schriftsatzes, ehe noch der Gegner contumaciam accusirte, würde die Partei das vom Richter eingeleitete mündliche Verfahren eigenmächtig und einseitig in ein schriftliches verwandeln, was natürlich nicht angeht, und wozu, wenn es anginge, jedenfalls die Genehmigung des Gegners nothwendig wäre.

torisch und peremptorisch geladen wurden (z. B. zur Verhandlung der Sache, oder zur Beweisantretung).

Ich behaupte nämlich, daß die Erlöschung der Ladung — abgesehen von dem Fall, da beide Theile die Reassumption des Termins verlangen, oder beide monitorisch vorgeladen wurden — nur dann eintreten könne, und daher die accusatio contumaciae im Termin selbst geschehen müsse, wenn eine Partei wenigstens zu diesem Zweck speciell und peremptorisch vorgeladen wurde, bin übrigens der Meinung, daß diese specielle Ladung zu unterlassen sei, um die Circumduktion des Termins zu vermeiden, die nur zu Proceßverzögerungen und andern Mißständen führt. (Vgl. S. 122 nr. 1u. 2.)

Beginnen wir mit der näheren Betrachtung der verschiedenen Fälle. Nehmen wir an:

1) Es sei Tagesfahrt anzuberaumen zur Verkündigung des Urtheils. Hier werden beide Parteien monitorisch vorgeladen, und wird das Urtheil publicirt, wenn auch nur ein Theil erscheint. Bleiben aber beide Theile aus, dann ist der Termin circumduzirt, es gilt daher die Ladung als erloschen, und beruht die Sache bis auf weiteres Anrufen des interessirten und betreibenden Theils.

Nehmen wir aber an:

2) Es sei Tagesfahrt anzuberaumen zur Ableistung des vom Delaten acceptirten Eides. Hier wird der schwurpflichtige Delat zur Eidesleistung arktatorisch und peremptorisch (sub poena recusati), der Deferent dagegen bloß monitorisch geladen, d. h. um nach Belieben der Eidesleistung beizuwohnen. Erscheint hier der Schwurpflichtige ohne den Gegner, so ist letzterer doch gewiß nicht ungehorsam. Denn zum Begriff des Ungehorsams gehört vor Allem das Vorhandensein eines richterlichen oder gesetzlichen Befehls, also eine arktatorische Ladung. Wenn aber der Richter eine Partei nicht aufgefordert, sondern ihr nur freigestellt hat, eine Handlung vorzunehmen, oder (wie eben hier) einem gerichtlichen Akt beizuwohnen, so kann das Unterlassen, oder Wegbleiben offenbar nicht ein Ungehorsam genannt werden.

Vgl. v. Beyer, Vorträge S. 495, I.

Der Deferent wird auch nicht als ungehorsam behandelt, wenn er ausbleibt, und der Delat erscheint. Waren aber beide ausgeblieben, so ist der Deferent außer Stande, den Vollzug der dem Delaten angedrohten poena recusati im Termin selbst noch zu beantragen. Der Richter hatte also auf den Deferenten nicht minder, als auf den Delaten bis zum Ablauf der festgesetzten Stunde, oder der herkömmlichen Gerichtszeit (12 Uhr Mittags, 6 Uhr Abends) vergeblich gewartet, die Tagesfahrt scheint folglich circumduzirt, die Ladung erloschen zu sein, weil weder der Eid abgenommen, noch ein Contumazialurtheil beantragt werden konnte. Obgleich aber hieran der Deferent nicht weniger Schuld trägt, als der Delat, so gilt er dennoch nicht als ungehorsam, weil er ja bloß monitorisch geladen war. Ebendeshalb kann man ihm auch nicht verbieten, die poena recusati gegen den Delaten nach verstrichenem Termin zu beantragen, sei es mündlich zu Protokoll, oder mittelst schriftlicher Eingabe. Und folglich gilt der Termin doch nicht als vereitelt, die Ladung der Parteien doch nicht als erloschen. Wollte man nämlich dem Deferenten die nachträgliche Contumazialbeschuldigung nicht gestatten, so würde man ihn mit einer speciellen Ungehorsamsfolge bestrafen, obgleich man ihm diese nicht angedroht, ja ihm nicht einmal das Erscheinen überhaupt befohlen hatte.⁷⁾ Es würde dann die ungeheuerere

7) Das meint wohl auch Osterloh, im Lehrbuch I S. 273, wenn er sagt:

„War die Ladung eine monitorische, so hat der Ungehorsam, gleichviel, ob er ein einseitiger oder zweiseitiger ist, gar keine nachtheiligen Folgen.“

Auch die diesseitige Gerichtspraxis bei uns in Bayern hat es stets so gehalten. Sie hat ein Contumazialanrufen des im Termin ausgebliebenen Deferenten auch nach verstrichener Tagesfahrt noch zugelassen, und meiner Ansicht nach mit vollem Recht, denn der bloß monitorisch geladene Deferent ist ja nicht ungehorsam, wenn er ausbleibt. Ungehorsam ist allein der schwurpflichtige Delat, wenn er im Termin nicht erscheint. Ich muß daher Sinnen bestimmen, wenn er a. a. D. sagt, der Natur der Sache nach sei kein Grund vorhanden, weshalb man annehmen sollte, daß die Ungehorsamsbeschuldigung schlechterdings im

Abnormität eintreten, daß den ausgebliebenen Schwurpflichtigen, obwohl er peremptorisch geladen war, kein specieller Rechtsnachtheil träfe, während sein ausgebliebener Gegner, obgleich er bloß monitorisch geladen wurde, mit dem Verlust des Rechts bestraft würde, die poena recusati zu beantragen und hierdurch den Gewinn des Processes herbeizuführen.

Will man daher den Deferenten mit der Ungehorsamsbeschuldigung bloß in termino zulassen und also später damit ausschließen, so muß er auf den Schwurtermin nicht bloß monitorisch, um der Eidesabnahme beizuwohnen, sondern eventuell (für den Fall nämlich, daß der Delat ausbleibt), artatorisch und peremptorisch geladen werden, um nämlich weitere Anträge zu stellen bei Vermeidung des Ausschlusses hiemit, d. h. um den Delaten des Ungehorsams zu beschuldigen und den Vollzug der poena recusati zu verlangen. Bleiben bei so eingerichteter Ladung beide Theile im Termin aus, so kann man in Wahrheit sagen, daß beide ungehorsam sind, und es gilt dann die Tagesfahrt als vereitelt, die Ladung als erloschen, und beruht die Sache, bis ein Theil die Reassumtion verlangt. Daß aber eine solche Ausdehnung der Ladung, wodurch im Fall Nichterscheinens der Parteien die Circumduktion herbeigeführt wird, nicht zu empfehlen sein dürfte, liegt ganz nahe, da hiedurch einerseits der Proceß verzögert wird, andererseits aber der Mißstand eintritt, daß von den beiden Ungehorsamen Einer der Bestrafung entgeht, und gerade derjenige, welcher als der zunächst und in erster Reihe Ungehorsame diese am Meisten verdient; den primo loco ungehorsamen Schwurpflichtigen trifft in der Sache selbst gar kein Nachtheil, denn er kann ja, wenn er schwören, will die Reassumtion des Schwurtermins verlangen, wogegen seinem erst secundo loco ungehorsamen Gegner der Vortheil entgeht, die poena recusati zu beantragen, und sofort ein obsiegliches Urtheil zu erlangen! —

Termin selbst geschehen müsse, kann ihm aber mit Rücksicht auf unsere eben berührte frühere Praxis darin nicht beipflichten, wenn er meint, die Praxis scheine diesen Satz so fest begründet und angenommen zu haben, daß eine andere Meinung nicht mehr daneben Platz finde.

Gehen wir dann auf jene Fälle über, wo beide Theile arktatorisch und peremptorisch geladen wurden. Nehmen wir an:

3) Es sei Tagesfahrt anzuberaumen zur Antretung des Klags- und Einredebeweises, oder zur Originalproduktion der Urkunden.

Hier werden im ersten Fall beide Theile zur Beweisantretung sub poena desertae probationis citirt; im zweiten Fall wird der Probat zur Vorlage der Originalien sub poena deserti, der Probat zur Erklärung über ihre Echtheit sub poena recogniti vel inspecti geladen.

Vgl. v. Bayer S. 951.

Kann man hier in Wahrheit sagen:

A. Wenn beide Theile ausbleiben, die Ladung sei circumduzirt, und: „contumax contumaciam accusare nequit, quia dolus cum dolo, culpa cum culpa compensatur“? War die Ladung im obigen Sinn gefaßt, so glaube ich, die gestellte Frage verneinen zu müssen. Was zunächst:

a) Den Beweispflichtigen anbelangt, so kann dieser freilich den ausgebliebenen Gegner nicht des Ungehorsams anklagen, wenn er selbst nicht erschienen war. Denn von ihm, als dem betreibenden Theil wurde ja die Ladung veranlaßt, und er mußte ja im Termin mit seiner Handlung (d. h. mit dem Klagsbeweis, mit der Urkundenproduktion) den Anfang machen. Die Handlung des Gegners (d. h. die Gegenbeweisantretung, die Erklärung auf die Urkunden) war sohin durch die seinige bedingt, indem von einem Probaten und Produzenten erst dann die Rede sein kann, wenn ein Probat und Produzent da ist! — Eine Ungehorsamsbeschuldigung von Seite des Beweispflichtigen nach verstrichenem Termin hätte demnach absolut keinen Sinn, weil eine solche ohne eigenes Erscheinen und Handeln gar nicht denkbar und völlig gegenstandslos ist. Hierin liegt der wahre Grund, weshalb der Beweispflichtige wider den Gegner kein Contumazialurtheil beantragen kann, nicht aber, wie die communis opinio annimmt, darin, weil es dem natürlichen Gefühl widerstrebt, einen Andern einer Rechtsverletzung zu beschuldigen,

deren man sich selbst schuldig gemacht hat, „quia dolus cum dolo, culpa cum culpa compensatur“. Dolus, resp. culpa sind auf beiden Seiten keinesfalls gleich, und können folglich auch nicht compensirt werden. Ein Ungehorsam und also eine Rechtsverletzung ist die unterlassene Gegenbeweisantretung, resp. die unterlassene Erklärung auf die Urkunde nur dann, wenn Klagsbeweis angetreten, wenn die Urkunde im Original vorgelegt wurde. Einer Rechtsverletzung in dieser Richtung hat sich daher, wenn beide Theile ausbleiben, bloß der Beweispflichtige, nicht auch sein Gegner schuldig gemacht. Aber ebendeshalb ist:

b) Die Situation dieses Gegners, des Probaten, eine völlig verschiedene, und kann derselbe den nicht erscheinenden Beweispflichtigen auch nach verstrichenem Termin des Ungehorsams beschuldigen. Er wurde ja bloß eventuell, d. h. für den Fall geladen, daß der Beweispflichtige erscheinen, und Klagsbeweis antreten, resp. die Urkunde vorlegen werde. Da nun letzterer ausgeblieben war, so konnte der Zweck, wegen dessen der Probat citirt wurde, um nämlich seinen Gegenbeweis anzutreten, resp. sich über die Echtheit der Urkunde zu erklären, im Fall seines Ausbleibens ebensowenig erreicht werden, als im Fall seines Erscheinens. Zu einem andern Zweck wurde er aber nicht vorgeladen. Der von v. Bayer angeführte „innere Grund“ für die Annahme der Circumduktion im Fall beiderseitigen Ausbleibens, „daß es nämlich schon dem natürlichen Gefühl widerstrebt, einen Andern einer Rechtsverletzung zu beschuldigen, die man selbst begangen“, schlägt also beim Probaten noch weniger an, als beim Probanten. Denn der Probat ist gar nicht in culpa, sein Ausbleiben kann ihm daher auch keinen Nachtheil bringen, d. h. es kann kein Hinderniß sein, den ausgebliebenen Beweispflichtigen des Ungehorsams nachträglich zu beschuldigen.

In dieser Weise dürfte sich meine Ansicht rechtfertigen und motiviren lassen.

Andererseits darf jedoch nicht außer Acht gelassen werden, welche Gründe für die communis opinio sprechen. Wenn beide Theile ausbleiben, so wurde der Zweck der Tagesfahrt

durch das Nichterscheinen des Probaten nicht minder vereitelt, als durch das Ausbleiben des Probanden. Wäre letzterer gekommen, wenn auch allein, so hätte Beweis angetreten, der Produktionsakt vorgenommen werden können. Wäre aber der Probat erschienen, so hätte er noch am Schluß des Termins den Antrag auf Contumazirung des ausgebliebenen Gegners stellen können. Da aber Beide ausblieben, so war weder das Eine, noch das Andere möglich, es konnte überhaupt in der Sache kein Schritt vorwärts geschehen, und weder das Urtheil gefällt, noch dessen Fällung vorbereitet werden. Es steht demnach bei arktatorischer Vorladung der Partei ganz so, wie bei monitorischer Ladung derselben (im Fall 2). Der Probat hatte den Termin gleichfalls vereiteln helfen, er ist folglich in diesem Punkt ebenso ungehorsam, wie der Proband, und von diesem Standpunkt aus kann man allerdings sagen, es widerstreite dem natürlichen Rechtsgefühl, einen Andern einer Rechtsverletzung zu beschuldigen, die man selbst begangen („*contumax contumaciam accusare nequit*“). Ja dieser beiderseitige Ungehorsam ist um so stärker und unverzeihlicher, als auch der Richter hierdurch belästigt wurde; indem er auf die Parteien bis zum Mittag, resp. bis zum Abend vergeblich gewartet hatte, und hiedurch an der Vornahme anderer Geschäfte möglicherweise verhindert wurde. — Allein nun kommt der Punkt, bezüglich dessen ich von der *communis opinio* abgehen zu müssen glaube. Wenn wir auch den Probaten für ungehorsam halten, weil er, obwohl arktatorisch geladen, in termino ausgeblieben war, und hiedurch zur Vereitlung des Termins beigetragen hatte, so können wir ihn doch nicht auf Grund der obenangeführten Ladung in eine Ungehorsamsstrafe verfallen. Während nämlich der ausgebliebene Proband bezüglich jener Handlung als ungehorsam erscheint, zu welcher er geladen war, ist dieß bei seinem Gegner durchaus nicht der Fall. Der ausgebliebene Probat ist nämlich nicht ungehorsam bezüglich der Gegenbeweisantretung, oder Erklärung auf die Urkunden, zu welcher er geladen war, weil jene ohne Antretung des Klagsbeweises überflüssig, diese ohne die Vorlage der Originalien durch den

Produkten gar nicht denkbar ist, — sondern der Probat ist ungehorsam bezüglich des Contumazialanrufens gegen den gleichfalls ausgebliebenen Beweispflichtigen, also bezüglich einer Handlung, zu welcher er gar nicht geladen wurde, ja bezüglich einer Handlung, die ihrer Natur nach gar nicht im Termin, sondern erst nach völlig abgelaufenem Termin vorgenommen werden kann.⁸⁾ Soll ihn nun zur Strafe seines Ungehorsams der Ausschluß mit dieser Handlung treffen, mit andern Worten soll er das Recht verlieren, die poena deserti wider den Probatanten zu beantragen, so mußte er doch, um eine solche — zweifelsohne spezielle — Ungehorsamsstrafe zu erleiden, zur Stellung des betr. Antrags überhaupt und peremptorisch geladen worden sein, also nicht bloß zur Gegenbeweisantretung sub poena deserti, resp. zur Erklärung über die Echtheit der Urkunden sub poena recogniti, sondern eventuell, d. h. für den Fall, daß der Beweispflichtige ausbleibt, zu weiterer Antragstellung bei Vermeidung des Ausschlusses hiemit.

Im schriftlichen Verfahren kommt eine solche Ladung freilich nicht vor, weil dort die accusatio contumaciae an keinen Zeitpunkt geknüpft sein kann, und erst dann hinwegfällt, wenn der Gegner das Prävenire gespielt (s. u. Abschn. III.). Aber im mündlichen Verfahren ist jene Ladung nothwendig, wenn die Ungehorsamsbeschuldigung noch im Termin, d. h. noch vor, oder sogleich nach seiner Verstreichung gestellt werden soll.

8) Aus dem angeführten Grunde ist der Probat selbst in dieser Richtung — genau betrachtet — nicht ungehorsam. Denn bleibt der Probatant aus, so braucht der Probat in termino, d. h. vor dem Ablauf der Gerichtszeit, nicht zu erscheinen, weil er erst um 12 Uhr (resp. um 6 Uhr) contumaciam accusiren kann, der Richter aber dann wegen Ablaufs der Gerichtszeit nicht mehr anwesend, oder doch nicht mehr schuldig ist, eine gerichtliche Handlung vorzunehmen. Der Termin wird also ungeachtet seines rechtzeitigen Erscheinens doch vereitelt, aber die Ladung kann nicht als erloschen betrachtet werden, sondern der im letzten Moment noch Erschienene wird auf Nachmittag vorzuladen, oder zu schriftlicher accusatio contumaciae zuzulassen sein.

Ob aber eine solche Ladung zweckmäßig sei, ist eine andere Frage, die ich, da hiedurch die Circumduktion des Termins herbeigeführt werden kann, aus den nämlichen Gründen verneinen möchte, wie im Fall 1 (s. o. S. 129).

Die Schattenseite des Circumduktionsprincips liegt nämlich einerseits in der durch die Reassumption des Termins entstehenden Proceßverzögerung, andererseits darin, daß den in erster Reihe und zunächst ungehorsamen Beweispflichtigen gar kein Nachtheil trifft, da er die Wiederaufnahme des Verfahrens verlangen kann, wenn er Beweismittel hat, während dem erst secundo loco ungehorsamen Probaten der Vortheil entgeht, gegen den ausgebliebenen Probatanten ein Contumazialurtheil zu beantragen.

Osterloh hat daher nur theilweise Recht, wenn er im Lehrbuch I S. 273 sagt:

„Bleiben beide Parteien in einem Termin aus, in welchem sie gemeinschaftlich thätig werden sollten, so verfällt keine Partei in diejenigen Nachtheile, welche dem Gegner nützen.“

Nimmt man die Ladung als circumduzirt an, so verfällt der ausgebliebene Probat zwar nicht in die poena recogniti, aber doch in einen Rechtsnachtheil, der dem gleichfalls ausgebliebenen Gegner nützt, er kann nämlich letztern nicht des Ungehorsams anklagen, kann den Vollzug der poena deserti nicht gegen denselben beantragen. Nimmt man aber die Ladung nicht als circumduzirt an, so trifft zwar den Probaten kein Nachtheil, dagegen verfällt der Probatant auf Anrufen des Gegners in die poena deserti! —

Soviel über den ersten Fall des terminus circumductus, wenn beide Theile in der Tagesfahrt ausbleiben. Gehen wir dann auf den zweiten über, in welchem nach der Praxis der Termin als vereitelt, die Ladung als erloschen gilt, wenn nämlich:

B. Eine Partei erscheint und die ihr aufgetragene Handlung vornimmt, ohne jedoch die ausgebliebene Gegenpartei des Ungehorsams zu beschuldigen. Natürlich kann das nur der Probatant, resp. Produzent sein, nicht aber der Probat, resp. Produkt;

denn der Probat hat nicht nöthig, ohne den Probatanten zu handeln, der Probat kann es gar nicht.

Wenn also z. B. der Kläger im Produktionstermin erscheint und seine Urkunden im Original vorlegt, oder im Beweistermin seinen Klagsbeweis (durch Augenschein oder Zeugen) antritt, ohne jedoch gegen den ausgebliebenen, zur Echtheitserklärung, resp. zur Antretung des Einredebeweises vorgeladenen Beklagten die ihm angedrohte poena recogniti, resp. deserti zu beantragen, — so kann er das nach meinem Dafürhalten immer noch nachträglich thun, und gilt daher der Termin doch nicht als vereitelt, die Ladung des Beklagten keineswegs als erloschen. Zum Eintritt dieser Wirkung ist nach dem Obengesagten einmal nothwendig, daß Kläger eventuell, d. h. für den Fall Nichterscheins des Beklagten, zu weiterer Antragstellung bei Vermeidung des Ausschlusses hiermit vorgeladen worden war. Und selbst dann ist der Termin nicht immer als vereitelt, sondern bloß die Ladung des Beklagten als erloschen zu betrachten, derselbe kann daher immer noch die Reassumtion der Tagesfahrt begehren. Sind jedoch die gegnerischen Urkunden ächt, resp. fehlen dem Beklagten die Beweismittel, so wird er ohnedem die Wiederanberaumung des Termins nicht verlangen, derselbe gilt also dann nicht als vereitelt, und das Ausbleiben des Beklagten hat bloß die Wirkung, daß über die Einrede nicht entschieden, diese vielmehr außer Proceß gesetzt, und also die derselben etwa zu Grunde liegende Gegenforderung später agendo sowohl, als excipiendo modo gebraucht werden kann.

Betrachten wir dann einen andern, dem vorigen analogen und vorausgehenden Fall. Nehmen wir an :

4) Es sei Tagesfahrt anzuberaumen zur mündlichen (protokollarischen) Verhandlung der Sache, und es sei schon die erste Vorladung der Parteien, auf Klägerischen Antrag oder von Amtswegen, peremptorisch zu stellen.⁹⁾

⁹⁾ Vergleichen wir diesen Fall mit dem vorigen, so entspricht die Rolle des Klägers jener des Produzenten, die Rolle des Beklagten jener des Produzenten. Zwar ist der Kläger, wie der Produzent, der betreibende Theil. Allein im Verhandlungstermin hat

Der Beklagte wird hier zur Verhandlung der Sache unter dem Präjudiz geladen, daß im Fall seines Ausbleibens die Klage als widersprochen angenommen, und er, Beklagter, mit allen Einreden ausgeschlossen werden würde. Dem Kläger kann aber (wenn keine dilatorische Ladung vorausging) kein bestimmtes Präjudiz angedroht werden, da letzteres von der Wahl des noch nicht gehörten Beklagten abhängt. Der Kläger wird daher zu laden sein: „Zur Verhandlung der Sache, und zwar unter dem Rechtsnachtheil, daß, falls er ausbleiben sollte, je nach des Beklagten Antrag, entweder auf dessen Entbindung von der Instanz, oder auf die Präklusion des Klägers mit der Replik erkannt werden würde“. ¹⁰⁾

Wenn nun:

a) Beide Theile im Termin ausbleiben, so tritt nach der *communis opinio* die Circumduktion der Ladung ein, und kann also jede Partei die Reassumption der Tagesfahrt verlangen, keine die andere des Ungehorsams anklagen.

Ich glaube jedoch, daß, wie im vorhergehenden dritten Fall, zwischen dem Kläger und Beklagten zu unterscheiden sei.

α) Der Beklagte kann allerdings nach verstrichenem Termin weder auf Präklusion des Klägers mit der Replik, noch auf Entbindung von der Instanz, Ersatz der Proceßkosten und *cautio de lite prosequenda* antragen. Denn die Betretung des ersten Contumazialwegs ist nur möglich, wenn der Beklagte im Termin erschienen war, auf die ihm zugestellte Klage zu Protokoll excipirt, und in der Exception

nicht der Kläger, wie im Produktionstermin der Produzent, mit seiner Handlung, d. h. dem Vortrag der Klage, den Anfang zu machen (da diese bereits schriftlich eingereicht und in den Händen des Gerichts und Beklagten ist), sondern der Beklagte hat mit dem Vortrag seiner Verteidigung zu beginnen, nachdem sich der Kläger auf seine Klage bezogen hatte.

10) Wenn man freilich mit Weßell (*System* S. 423) die Aufforderung *ad replicandum* im Verfahren mit Fristen für *ipso jure peremptorisch* hält, so muß das selbstverständlich und um so mehr von der Vorladung des Klägers auf den Verhandlungstermin im mündlichen Verfahren gelten. Und es wird dann der Richter gut thun, auch den Beklagten schon das erstmal peremptorisch vorzuladen.

durch Vorbringung wahrer Einreden Veranlassung zur Replik gegeben hätte. Aber auch die Entbindung von der Instanz kann nach der Natur der Sache, wie nach ausdrücklicher Vorschrift des kanonischen Rechts (c. 1 in 6. 2. 6) nur dann beantragt werden, wenn der Beklagte in termino erscheint. Denn ist er nicht erschienen, so kann er vom gleichfalls ausgebliebenen Kläger weder Kostenersatz (weil für ihn keine Kosten erlaufen sind), noch auch cautio de lite sequenda verlangen, nachdem er bei seinem eigenen Ausbleiben durch die Abwesenheit des Klägers in keiner Weise belästigt wurde. Hierin liegt demnach der wahre Grund, weshalb der Beklagte wider den Kläger (wie im vorigen Fall der Proband wider den Gegner) kein Contumazialurtheil beantragen kann, nicht aber darin, „quia dolus cum dolo, culpa cum culpa compensatur“ (s. o. nr 3 lit. a. a. G.).

Was dagegen β) den Kläger betrifft, so kann dieser meines Erachtens auch nach verstrichenem Termin den Beklagten des Ungehorsams anklagen, und gilt die Ladung nur dann als erloschen, wenn der Kläger eventuell, d. h. für den Fall Nichterscheinens des Beklagten, „zu weiterer Antragstellung bei Vermeidung des Ausschlusses hie mit“ vorgeladen wurde. Die Gründe hiefür sind bereits bei Besprechung des vorigen Falls sub nr. 3 S. 130 fg. ausführlich angegeben worden, wo auch gesagt wurde, daß die Vorladung zu weiterer Antragstellung unterlassen werden solle, um nämlich der Circumduction des Termins und der Ladung im Interesse der Proceßabführung vorzubeugen.

Wenn nun aber:

b) ein Theil erscheint und die ihm aufgetragene Handlung vornimmt, ohne jedoch den ausgebliebenen Gegner des Ungehorsams zu beschuldigen, so kann das nur der Beklagte, nicht aber der Kläger sein. Denn der Letztere kann ohne den Beklagten keine andere Handlung vornehmen, als die Beantragung des Contumazialurtheils gegen diesen.

Der Beklagte dagegen kann auf die ihm zugestellte Klage auch ohne den Kläger sich vertheidigen. Erציipirt er nun zum Protokoll, ohne jedoch die Präklusion des ausgebliebenen Klä-

gers mit der Replik zu verlangen, so gilt nach der communis opinio der Termin für circumduzirt. Meines Dafürhaltens kann aber nach dem früher Gesagten das Contumazialurtheil auch nach verstrichenem Termin noch verlangt werden. War jedoch der Beklagte nicht bloß zur Verhandlung, sondern zu weiterer Antragstellung bei Vermeidung des Ausschlusses hie mit vorgeladen, dann ist weiter zu unterscheiden:

α) Enthält seine Vertheidigung keine Einreden, worauf der Kläger mit der Replik zu hören ist, so gilt der Termin nicht als vereitelt und kann sofort zum Aktenschluß und zur Urtheilsfällung geschritten werden.

β) Enthält dagegen die Exception eine wahre Einrede, so kann der Beklagte die Präklusion des Klägers mit der Replik nach verstrichenem Termin nicht mehr verlangen, die Ladung des Klägers gilt daher als erloschen, und kann derselbe die Reassumtion des Termins behufs Erneuerung der Verhandlung beantragen.

Der Kläger kann aber auch, wenn er keine Replik hat, statt der Wiederaufnahme des Verfahrens das Urtheil, also seine eigne Contumazirung verlangen, die dann freilich nur in der ihm günstigen Fiktion der Verneinung der Einreden besteht. Der Termin gilt dann natürlich nicht als vereitelt, die Ladung nicht als erloschen. —

Gehen wir dann auf einen jener Fälle über, wo die in terminis vorzunehmenden Handlungen nicht, wie bisher, im Eventualverhältniß stehen, sondern von einander unabhängig sind, wie z. B. die Klage und Widerklage. Sehen wir daher:

5) Es sei Tagesfahrt anberaumt worden zur Antretung des Klage- und Widerklagebeweises. Hier werden die Parteien zur Beweisantretung bei Vermeidung der Desertion des Beweises vorgeladen.

Wenn hier

A. beide Theile ausbleiben, so gilt nach der communis opinio die Ladung als erloschen, und kann also keine Partei die andere nachträglich des Ungehorsams beschuldigen.

Nach meinem Dafürhalten ist aber das, abgesehen von dem selten vorkommenden Fall, daß beide Theile wirklich ungehorsam sind (s. hierüber lit. 7. S. 141) nur dann zu billigen, wenn beide nicht bloß zur Beweisantretung sub poena deserti, sondern außerdem noch eventualiter, nämlich für den Fall gegnerischen Ausbleibens, zu weiterer Antragstellung peremptorisch vorgeladen wurden.¹¹⁾

Zwar ist die Sachlage hier eine andere, als in den bisher behandelten Fällen; denn dort ist der ausgebliebene Proband (Probat, Kläger) entschieden nicht ungehorsam, wenn der Gegner gleichfalls ausgeblieben war, weil er ohne den Gegner nicht handeln konnte, wenigstens nicht zu handeln brauchte. Aber hier erscheinen beide Theile als ungehorsam und gleich ungehorsam, wenn sie im Beweistermin ausbleiben, da Klags- und Reconventionsbeweis nicht im Bedingungsverhältniß stehen, sondern völlig unabhängig von einander sind. Es scheint daher der Satz zur Anwendung zu kommen: „contumacia contumaciam accusare nequit“, und folglich die Ladung als erloschen zu gelten, ohne daß die Parteien eventuell zu weiterer Antragstellung geladen wurden. Allein ich halte das nicht für richtig, und behaupte, daß, wenn die Parteien bloß zur Beweisantretung nicht auch zu weiterer Antragstellung geladen wurden, auch nach abgelaufenem Termin jeder Theil den Gegner des Ungehorsams beschuldigen könne, sofern er nicht behufs Nachbringung des eigenen Beweises um Reassumtion der Tagesfahrt bittet.

11) Ist nur ein Theil, z. B. der Kläger, eventuell zu weiterer Antragstellung geladen, so kann er natürlich den ausgebliebenen Gegner nicht des Ungehorsams anklagen, wenn er selbst ausgeblieben war. Die Ladung des Beklagten und Reconvenienten gilt daher als erloschen und kann derselbe die Reassumtion des Termins verlangen. Er kann aber auch statt dessen die Contumazirung des Klägers beantragen (wenn er keine Beweismittel hat), da er bloß zur Beweisantretung (nicht auch zu weiterer Antragstellung) geladen wurde, und muß dann von der Klage entbunden werden, während über seine Widerklage nicht entschieden werden darf, der Stoff derselben also anderweitig, *agendo* sowohl, als *excipiendo modo* benützt werden kann.

Man kann nämlich nicht immer, ja nicht einmal in der Regel sagen, daß beide Theile wirklich ungehorsam sind, wenn sie in termino keinen Beweis antreten. Denn der wahrscheinlichste Fall ist:

a) Daß sie keine Beweismittel aufzutreiben konnten, und dann sind sie doch gewiß nicht ungehorsam, obgleich auf das Contumazialanrufen hin das Endurtheil in contumaciam gefällt werden muß.¹²⁾

Nun ist es aber doch möglich:

ß) Daß wenigstens ein Theil, z. B. der Kläger, ungehorsam ist, d. h. um Reassumption des Termins bittet, um nachträglich Beweis anzutreten,^{12a)} während sein Gegner, der Rekonvenient, keine Beweismittel hat, und daher nicht daran denken kann, denselben Schritt zu thun.

Offenbar sind hier die Parteien nicht in pari culpa, denn bloß der Kläger, nicht auch der Rekonvenient ist ungehorsam. Der Beklagte kann daher, auch nach verstrichenem Termin, auf Contumazirung des Klägers antragen, und hiedurch einem Gesuche desselben um Wiederaufnahme des Termins vorbeugen, resp. den Zweck des bereits gestellten Gesuchs vereiteln, welches ihm daher, behufs seiner Erklärung hierauf, sofort mitzutheilen war. Beim Beklagten und Rekonvenienten kann demnach der

12) Wenn kein Theil als ungehorsam erscheint, weil keiner Beweismittel hat, so ist der praktische Erfolg ganz derselbe, ob wir die Circumduction der Ladung mit der communis opinio annehmen, oder nicht. Denn offenbar ist es gleichgiltig, ob die Sache liegen bleibt, oder ob in contumaciam erkannt, und der Beklagte von der Klage, der Kläger von der Widerklage entbunden wird. Die Sache wird aber liegen bleiben, wenn wir die Circumduction der Ladung annehmen, weil die Wiederaufnahme des Verfahrens zwecklos ist, solange kein Theil neue Beweismittel entdeckt hat. Hat er das aber, dann kann zur Wiederaufnahme geschritten werden, und zwar mittelst restitutio in integrum contra sententiam, wenn die Circumduction der Ladung nicht angenommen, sondern nach gegenseitigem Contumazialanrufen auf Entbindung von der Klage und Widerklage erkannt worden war!

12a) Der Kläger kann dann freilich den Gegner nicht zugleich des Ungehorsams beschuldigen („contumax contumaciam accusare nequit“). Aber eventuell kann er das, d. h. für den Fall, daß sein Terminsvergungsgesuch verworfen werden sollte.

Satz „*contumax contumaciam accusare nequit*“ nicht zur Anwendung kommen; denn er ist gar nicht ungehorsam; und folglich ist auch die Ladung nicht als erloschen zu betrachten, vielmehr kann der Beklagte auf Contumazirung des Klägers antragen. Endlich entspricht es auch der Billigkeit, daß der wirklich und allein Ungehorsame gestraft werde, während nach der *communis opinio* nicht der *contumax*, sondern sein thatsächlich gar nicht ungehorsamer Gegner gestraft wird.

Der Einwurf, daß das Ausbleiben der arktatorisch geladenen Parteien schon deshalb ein strafbarer Ungehorsam sei, weil dann die Tagesfahrt durch die Schuld beider vergeblich anberaumt worden war und daher doch der Satz zur Anwendung komme: „*contumax contumaciam accusare nequit*“, — dieser Einwurf wurde bereits früher erhoben und widerlegt. Ungehorsam, wenigstens aus dem angeführten Grunde, sind die Parteien freilich, aber keine von ihnen kann deshalb bestraft werden, d. h. des Rechts verlustig gehen, die Contumazirung des Gegners wegen unterlassener Beweisantretung zu verlangen, soferne sie nicht speciell und peremptorisch zu diesem Zweck, nämlich zu weiterer Antragstellung für den Fall gegnerischen Ausbleibens vorgeladen worden war. Wurde sie daher bloß zur Beweisantretung citirt, dann kann sie auch nach abgelaufenem Termin *contumaciam adversarii accusare*, wenn sie nicht selbst, um Beweis nachzuschleppen, um Reassumption der Tagesfahrt bittet, oder das hierauf gerichtete Gesuch des Gegners willkommen heißt. Dieß führt uns auf den dritten möglichen Fall, wenn nämlich:

γ) Beide Theile als ungehorsam erscheinen, weil sie beide die Reassumption des Termins beantragen, um ihre Beweise nachtragen zu können. Hier gilt die Ladung freilich als erloschen, und kommt nach beiden Seiten der Satz zur Anwendung „*contumax contumaciam accusare nequit*.“ Denn durch Uebereinkunft beider Theile können nicht bloß Fristen, sondern auch Termine abgeändert, d. h. verlängert, resp. verlegt werden.

Aber auch dann gilt die Ladung als erloschen, und muß der Richter den Termin reassumiren, wenn nur ein Theil

darum bittet, der Gegner aber, zur Erklärung hierüber aufgefordert, anstatt zu protestiren und *contumaciam* zu accusiren, keine Erklärung abgibt (stillschweigende Uebereinkunft).

Soviel über den ersten Fall des *terminus circumductus*, wenn beide Theile in termino ausbleibt.

Was sodann: B. den zweiten Fall anbelangt, in welchem nach der Praxis die Ladung als erloschen gilt, wenn nämlich ein Theil erscheint und Beweis antritt, ohne jedoch den Gegner des Ungehorsams zu beschuldigen, — so ist dazu nach dem früher Gesagten nothwendig, daß derselbe (gleichviel, ob Kläger oder Rekonvenient) zu weiterer Antragstellung eventuell und peremptorisch vorgeladen worden war, und daß der Gegner die Reassumption des Termins verlangt. Ich verweise auf das in nr. 3 lit. B. S. 134 Gesagte, was ebenso von unserem Fall gilt.¹³⁾

13) Modifiziren wir endlich den 4. u. 5. Fall, und nehmen wir an:

6) Es sei Termin zur Verhandlung der Sache anberaumt worden, beide Theile seien ausgeblieben, der Beklagte habe aber vor der Tagesfahrt eine schriftliche Exception in den Gerichtseinlauf geschickt*). Kann dieselbe Anspruch auf Berücksichtigung machen? — Gewiß nicht! — Zwar hat es den Anschein, daß der Termin, und folglich das Erscheinen der Parteien dann überflüssig sei, wenn in der Exception des Beklagten keine wahre Einrede vorkommt. Die Sache scheint ja dann spruchreif zu sein, und der Fällung des Beweisinterlokuts, oder Endurtheils kein Hinderniß im Weg zu stehen, besonders, wenn der Beklagte in seiner schriftlichen Vernehmung ausdrücklich zum Spruch submittirt, d. h. erklärt hatte, daß er auf weiteres Vorbringen verzichte und dem Urtheil entgegenstehe.

Gleichwohl kann aber die Exception in keinem Fall Berücksichtigung finden. Denn durch die Einsendung eines schriftlichen Recesses ist die Verbindlichkeit zu persönlichem Erscheinen in der Tagesfahrt durchaus nicht aufgehoben. Die Parteien

*) Vorausgesetzt, daßes bei dem betreffenden Gericht erlaubt ist, (wie das z. B. bei uns in Bayern seit der Proceßnovelle vom 17. Nov. 1837 bis zum Gesetz v. 1. Juli 1856 der Fall war), bei der Verhandlung statt des mündlichen Recesses einen schriftlichen mit der Bitte zum Protokoll einzulegen, das Gericht möge denselben gerade so betrachten, als wenn er wörtlich in's Protokoll hineindiktirt worden wäre.

Fassen wir nun das Resultat der bisherigen Untersuchung (abgesehen von den modificirten Fällen in Note 13 nr. 6 u. 7) zusammen, so ist dasselbe in Kürze Folgendes:

müssen ja in termino ihre zu Hause geschriebene Reccess (mit alleiniger Ausnahme der Klageschrift) zu Protokoll einlegen und das Gericht bitten, dieselben ebenso zu betrachten, als wären sie mündlich gehalten und in's Protokoll hineindiktirt worden. Brauchte der Beklagte das nicht zu thun, oder wäre nach verstrichenem Termin noch Zeit hiezu, könnte er also von der Tagesfahrt wegbleiben, so würde er das vom Richter eingeleitete mündliche Verfahren durch Einsichtung schriftlicher Exception und Ausbleiben im Verhandlungstermin einseitig und stillschweigend in ein schriftliches verwandeln, wozu gewiß, wenn es überhaupt anginge, ein beiderseits vereinbartes und ausdrücklich auf Abstellung des Termins gerichtetes Gesuch nothwendig wäre. Hieraus ergibt sich nun, daß es in rechtlicher Hinsicht keinen Unterschied macht, wenn der Beklagte in termino ausbleibt, ob er eine Exception eingeschickt hatte, oder nicht, und daß also der schriftliche Exceptionsrecess keinen Anspruch auf irgend welche Beachtung machen könne, wenn er nicht im Verhandlungstermin zum Protokoll eingelegt wurde.

Wäre daher 1) der Kläger erschienen, so hätte er auf Ausschluß jenes Reccesses, somit auf Fällung des Contumazialerkenntnisses antragen können; er hätte ihn aber auch als zum Protokoll eingelegt betrachten, d. h. für den ausgebliebenen Beklagten das betr. Gesuch stellen können. Da aber der Kläger ausgeblieben war, so haben wir zu unterscheiden: a) War er nicht bloß zur Verhandlung der Sache, sondern eventuell, für den Fall des gegnerischen Ausbleibens, zu weiterer Antragstellung peremptorisch vorgeladen, so gilt die Ladung als erloschen, und er muß daher um Reassumption des Termins einkommen. b) Außerdem, d. i. ohne solche eventuelle Vorladung, kann er aber zufolge des früher Gesagten die Verwerfung der Exceptionsschrift also das Contumazialurtheil auch nachträglich noch beantragen. Dagegen ist es unzulässig, daß er von den darin vorkommenden Geständnissen profitirt, um eine Erleichterung der Beweislast zu erlangen, weil eben die ganze Exceptionsschrift als nicht vorhanden zu betrachten ist. M. a. W. der Kläger kann nur ein Contumazialurtheil verlangen, kein contradictorisches, wenn gleich in der Exception keine Einreden vorkommen.

Was aber 2) den Beklagten betrifft, so darf er zwar die Präklusion des Klägers mit der Replik nicht beantragen, wenn er auch bloß zur Verhandlung der Sache, und nicht eventuell zu weiterer Antragstellung geladen worden war, — weil seine schriftliche Exception wegen seines Ausbleibens in termino nicht beachtet werden kann. Dagegen kann er, wie der Kläger, verlangen, daß gegen ihn selbst in contumaciam gespro-

Das Circumduktionsprincip ist die rechtliche Folge des Satzes „contumax contumaciam accusare nequit“, und findet daher bloß unter der Voraussetzung statt, daß beide Theile wirklich ungehorsam sind, und also Keiner den Andern des Ungehorsams anklagen kann. Dieß ist aber nicht schon mit dem Ausbleiben der Parteien, oder mit der Unterlassung der Contumazialbeschuldigung der Fall, sondern es gehört dazu (abgesehen von dem Fall einer beiderseits beabsichtigten Resumption des Termins behufs nachträglicher Vornahme der betr. Handlungen (s. nr. 5 v. S. 141) — entweder:

a) Wenn diese von einander unabhängig sind (wie z. B. Klags- und Reconventionsbeweis nr. 5 oben), daß beide Theile (und wenn eine Partei erschienen war, wenigstens diese) nicht bloß zur Beweisantretung, sondern eventuell, für den Fall gegnerischen Ausbleibens, zu weiterer Antragstellung bei Vermeidung des Ausschlusses hiemit vorgeladen wurden (s. nr. 5 oben). Oder:

b) Wenn die beiderseitigen Handlungen im Abhängigkeitsverhältniß stehen, daß jener Theil eventuell zu weiterer Antragstellung geladen wurde, der mit seiner Handlung entweder voranzugehen hat (s. nr. 3 u. 4 oben), oder zunächst nur monitorisch geladen wurde (s. nr. 2).

chen, d. h. dem Kläger der Beweis der Klage aufgelegt werde, vorausgesetzt, daß er nicht eventuell zu weiterer Antragstellung geladen worden war.

Modificiren wir endlich den 5. Fall, und nehmen wir an:

7. Es sei zur Antretung des Klags- und Widerklagesbeweises Termin anberaumt worden, an welchem beide Theile nach vorheriger Einsendung schriftlicher Beweisantretungen ausgeblieben waren.

Zufolge des früher Gesagten ist hier jeder Theil befugt, auf Contumazirung des Gegners anzutragen, wenn er nicht eventuell zu weiterer Antragstellung geladen wurde. Sind beide Theile in dieser Weise citirt worden, so ist der Termin circumduzirt und gilt die Ladung als erloschen. Beschränkte sich endlich die Ladung zu weiterer Antragstellung nur auf einen Theil, z. B. den Kläger, so kann er den Gegner nicht contumaziren lassen, die Ladung des Letztern gilt daher als erloschen; dagegen liegt es in der Macht des Gegners, ihn selbst zu contumaziren (s. oben nr. 5. S. 140 u. Note 11).

Abchnitt II.

Bisher war bloß von den Folgen des terminus circumductus bezüglich des Contumazialurtheils, der sog. poena contumaciae specialis, die Rede. Was sodann die Verbindlichkeit zur Kostentragung, resp. zum Kostenersatz, oder die sog. poena contumaciae generalis anbelangt, so gilt auch hier der Satz: „contumax contumaciam accusare nequit, quia dolus cum dolo, culpa cum culpa compensatur“.

Die Kosten, welche durch den Ungehorsam der Parteien erwachsen, sind bloß dem betreibenden Theil erlaufen, es sind die Ladungskosten, welche jener nach dem Grundsatz „omnia fiunt sumtibus petentis“ vorzuschießen hatte. Wer hat sie nun aber definitiv zu tragen? Der betreibende Theil oder der unterliegende, oder beide Theile gleichheitlich?

Für jede dieser 3 Entscheidungen läßt sich Etwas sagen. Die allein richtige ist aber gewiß nur die erste.

1) Waren beide Theile in der Tagesfahrt ausgeblieben, und ist in Folge hievon der Termin als verzeilt, die Ladung als erloschen zu betrachten, so ist dieses durch die Schuld beider geschehen. Beide sind also in dieser Beziehung in pari culpa, und kommt also der Satz zur Anwendung: „contumax contumaciam accusare nequit, quia culpa cum culpa, dolus cum dolo compensatur“ Weil der betreibende Theil selbst ungehorsam ausblieb, so kann er den nicht erschienenen Gegner nicht des Ungehorsams anklagen und den Ersatz der Ladungskosten verlangen, also sind diese von ihm definitiv zu tragen.

Man könnte nun glauben, daß er gleichwohl die Hälfte derselben beanspruchen dürfe, daß also die Ladungskosten von beiden Theilen gleichheitlich getragen werden müssen, weil eben beide in gleicher culpa versinken. Allein abgesehen davon, daß der betreibende Theil als solcher zunächst und besonders verpflichtet war, im Termin zu erscheinen, den er ja allein veranlaßt hatte, so versinkt er, wenn nicht in größerer, doch jedenfalls in geringerer Schuld wie der Gegner. Die Contumazial-

kosten müssen demnach compensirt werden. Die Compensation der Kosten besteht aber bekanntlich nicht darin, daß letztere halbiert werden, sondern vielmehr darin, daß jeder Theil die von ihm aufgewendeten Kosten definitiv zu tragen hat, ohne einen Ersatz vom Gegner beanspruchen zu können.

In unserer Praxis wurden zwar letztere (soviel ich in Erfahrung gebracht) nicht als Ungehorsamskosten ausgeschrieben, sondern zu den Hauptkosten geschlagen, und am Schluß des wiederaufgenommenen Processes dem Unterliegenden zur Last geschrieben. Allein ich halte das nicht für gerechtfertigt. Die Kosten der Ladung erscheinen im Fall des terminus circumductus als reine Contumazialkosten, da sie im engsten Causalnexus mit dem Ausbleiben der Parteien, also mit ihrem Ungehorsam stehen.¹⁴⁾ Sie dürfen daher gewiß

14) Ja die Ladungskosten erscheinen bei peremptorischer Vorladung bloß im Fall des circumduzirten Termins als Contumazialkosten. Von einer poena contumaciae generalis, wenn die Ladung peremptorisch war, kann überhaupt bloß in diesem Fall die Rede sein. Wenn daher nur ein Theil ausgeblieben war, so gehören sowohl die Ladungs- als Tagesfahrtsgebühren (Protokolltagen) nicht zu den Contumazial-, sondern zu den Hauptkosten, welche nach Beendigung des Processes vom unterliegenden Theil getragen werden müssen.

Wurde z. B. 1) Termin zur Urkundenproduktion anberaumt, und erscheint a) bloß eine Partei, der Probat oder Probat, so kann er zwar die dem Gegner angedrohte poena recogniti resp. deserti, also eine poena contumaciae specialis beantragen, nicht aber den Ersatz der Ladungs- und Tagesfahrtsgebühren (die sog. poena contumaciae generalis) verlangen; vielmehr hat der Probat diese Kosten einstweilen zu übernehmen d. h. vorbehaltlich der Rückvergütung durch den Gegner, wenn dieser den Proceß verlieren sollte. Denn in beiden Fällen, durch den Ungehorsam des Probat, wie des Probanten, sind weder Kosten vergeblich aufgewendet, noch Kosten verursacht worden, die außerdem nicht erlaufen wären. Die Tagesfahrt ist ja nicht umsonst anberaumt, wenn ein Theil erscheint und die Contumazirung des Gegners verlangt; die Ladungskosten und Tagesfahrtsgebühren stehen daher mit dem Ungehorsam des Probat, resp. Probanten in gar keinem Causalnexus, sie würden ja auch dann erlaufen sein, wenn beide Theile erschienen wären.

Fast ebenso verhält es sich, wenn:

2) Tagesfahrt zur mündlichen Verhandlung der Sache mit peremto-

nicht zu den vom Besiegten zu tragenden Hauptkosten geschlagen werden.

rischer Vorladung der Parteien anberaumt wurde, und nur ein Theil erscheint, der andere ausbleibt. Erscheint nämlich: a) der Kläger, so kann er gegen den ausgebliebenen Beklagten zwar auf Präklusion mit der Exception, nicht aber auf Kostenvergütung antragen (die Kosten der Vorladung und der Tagesfahrt würden ja ebenso erlaufen sein, wenn beide Theile erschienen wären).*)

Erscheint sodann der Beklagte, bleibt aber der Kläger aus, und trägt jener auf Fortsetzung des Verfahrens *absente actore* an, indem er zum Protokoll excipirt, so kann er zwar, wenn er wahre Einreden vorbringt, auf Präklusion des Klägers mit der Replik antragen, nicht aber die Vergütung der Tagesfahrtskosten (Protokollstage) verlangen, da diese ebensowenig, als im vorigen Fall, in Causalnexu mit dem klägerischen Ungehorsam stehen.

Verlangt dagegen der Beklagte die Entbindung von der Instanz, so kann er auch den Ersatz der von ihm aufgewendeten Kosten, nämlich der Tagesfahrtsgebühren (Protokollstage und Anwaltsdiäten) verlangen, und also darauf antragen, daß Kläger mit einem erneuerten Ladungsersuch nicht eher gehört werden solle, als bis er diese Kosten ersetzt und *cautio de lite prosequenda* geleistet haben würde. Es ist das der einzige Fall, wo bei peremptorischer Ladung Ungehorsamskosten vorkommen, obgleich nur ein Theil ausgeblieben war. Aber freilich coïncidirt dieser Fall mit jenem des *terminus circumductus*! Die Sache liegt ebenso, als wenn beide Theile ausgeblieben wären, denn der Beklagte vereitelt ja den Termin, wenn er die *absolutio ab instantia* verlangt, anstatt das Verfahren einseitig fortzusetzen.

Man könnte nun glauben, der Beklagte dürfe, weil er den Termin hatte vereiteln helfen, den Ersatz der bezahlten Tagesfahrtsgebühren ebensowenig vom Kläger begehren, als dieser die Ladungskosten vom Beklagten, oder er könne sie wenigstens nicht als *poena contumaciae generalis*, sondern nur als integrierenden Bestandtheil der speciellen Ungehorsamsfolge neben der *cautio de lite prosequenda* verlangen. Wenn man aber erwägt, daß der Beklagte an Fortsetzung der Sache offenbar kein Interesse und hiezu auch keine Verpflichtung hat, weil Kläger ausgeblieben

*) Anders bei dilator. Vorladung! Wenn hier im Verhandlungstermin der Kläger erschienen, und der Beklagte ausgeblieben war, so kann er nicht bloß die Kosten der vereitelten Tagesfahrt ersetzt verlangen, sondern auch jene der erneuerten peremptorischen Vorladung des Klägers; die ersteren, weil sie wegen Ungehorsams des Beklagten vergeblich angewendet wurden, die letzteren, weil sie durch dessen Ungehorsam verursacht wurden.

Wenn aber: 2) ein Theil in termino erschien und handelte, ohne jedoch den Ungehorsam des ausgebliebenen Gegners zu accusiren, und es kommt in Folge davon zur Circumduktion der Ladung und Reassumption der Tagesfahrt (s. Abschnitt I nr. 3 lit. b nr. 4 lit. b u. nr. 5 lit. b), so fallen die Kosten hievon dem Contumax zur Last, d. h. die Kosten der ersten Tagesfahrt trägt der damals Erschienene, jene der zweiten der damals Ausgebliebene und nun auf Reassumption Klagende, also immer der betreibende Theil.

Abschnitt III.

Mit Recht lehrt v. Bayer, daß das Circumduktionsprincip auf den Fall versäumter Fristen nicht auszudehnen sei.

Vgl. Vorträge S. 517 a. G.

Mein einmal: 1) Scheinen mir die Gründe, welche v. Bayer und die communis opinio hiefür angeben, nicht stichhaltig zu sein. Und dann findet:

2) Der Satz „contumax contumaciam accusare nequit“ doch auch im Verfahren mit Fristen bisweilen Anwendung, wenn gleich das Circumduktionsprincip nur vom Verfahren in Terminen gilt.

ad 1.

v. Bayer lehrt a. a. D.:

„Auf den Fall versäumter Fristen ist die Circumduktionslehre nicht anwendbar, weil Fristen in der Regel nicht zu gleichzeitiger beiderseitiger Thätigkeit anberaumt werden, also in diesem Fall auch nur eine Partei ungehorsam ist.“

Gewiß kann hierin der Grund des oben aufgestellten Satzes nicht gesucht werden, da es eine Reihe von Fällen gibt, in

war; wenn man weiter erwägt, daß die Gesetze selbst dem Beklagten gestatten, den Termin durch die Wahl der absolutio ab instantia zu vereiteln, so kann, wenn auch das Gesetz von der Kostenvergütung nicht sprechen würde, der Antrag hierauf, als einer poena contumaciae generalis, dem Beklagten nicht entzogen werden.

welchen eine Frist zu beiderseitigem Handeln anberaumt wird, wie v. Bayer selbst in Folgendem einräumt. Er bemerkt nämlich gleich darauf:

„Bei dem Fatale zur Einwendung eines ordentlichen Rechtsmittels gegen ein richterliches Urtheil findet zwar in dieser Hinsicht eine Ausnahme statt, weil diese Frist gleichzeitig beiden Parteien läuft, wenn etwa jede derselben mit dem Urtheil unzufrieden sein sollte. Allein in diesem Fall findet das Princip der Circumduktion überhaupt keine Anwendung, sondern, wenn beide die Frist versäumen, so ist auch für beide das Rechtsmittel desert. Vgl. v. Gönner, Handbuch I, 21. S. 18.“

Freilich findet beim Appellationsfatale der Satz „*contumax contumaciam accusare nequit*“ und das daraus fließende Circumduktionsprincip keine Anwendung; aber der Grund hievon, über welchen beide Rechtslehrer schweigen, ist darin zu suchen, daß absolute Nothfristen *ipso jure* peremptorisch und präclusiv sind, und daher zum Eintritt des Rechtsnachtheils weder eine Androhung durch den Richter, noch ein Contumazialanrufen der Partei erfordern, so daß also im Fall wirklichen Ungehorsams, d. h. bei verspätet eingelegter Appellation, das Desertionserkenntniß von Amts wegen gefällt werden muß. Bedarf es nun keines Contumazialanrufens, und tritt im Moment des Fristenablaufs die Ungehorsamsfolge, d. h. die Desertion des Rechtsmittels, von selbst ein (und zwar für beide Theile, wenn das Urtheil für beide gravirlich ist und keiner appellirt hatte), so kann selbstverständlich von dem Satz: „*contumax contumaciam accusare nequit*“, und also auch von einer Circumduktion keine Rede sein! —

v. Bayer bemerkt dann weiter:

„Außerdem können zwar auch noch in Folge der *Eventualmaxime* beide Parteien zu gleichzeitigem Handeln binnen derselben Frist aufgefordert werden, z. B. der Kläger zur Antretung des Beweises seiner Klage, der Beklagte zur Antretung eines Einredebeweises. Allein in diesem Fall ist die Versäumung der Frist kein rechtliches Hinderniß der Ungehorsamsanklage gegen den Kläger, wenn auch dieser die Frist versäumt hatte,

weil für den Beklagten die Nothwendigkeit, den Einredebeweis anzutreten, ungeachtet der Gleichzeitigkeit beider Fristen doch nur eine eventuelle bleibt. Vgl. Schmid, Handbuch I, S. 300 Brackenhöft, Abhdl. S. 113 n. 1.“

Allein ganz dasselbe Motiv schlägt ja auch beim Verfahren mit Terminen an, ohne daß z. B. die Versäumung des Beweistermins von Seite des Beklagten ein rechtliches Hinderniß der Ungehorsamsbeschuldigung gegen den gleichfalls ausgebliebenen Kläger ist. Es kann daher hierin der wahre Grund der Unanwendbarkeit der Circumduktionslehre auf versäumte Fristen nicht liegen. — Ferner übersieht v. Bayer, daß es Fristen gibt, die zu gleichzeitigem von einander unabhängigem Handeln bestimmt sind, wobei also die Eventualmaxime nicht wirksam wird, wie z. B. die Beweisfrist für den Kläger und Konventionen im Fall einer Widerklage. Hier schlägt der von v. Bayer angeführte Grund augenscheinlich nicht an, denn der Konventionsbeweis steht ja nicht im Eventualverhältniß zum Klagsbeweis, und doch ist auch hier das Circumduktionsprincip im schriftlichen Verfahren nicht anwendbar, vielmehr kann jeder Theil den andern des Ungehorsams anklagen, wenn sie beide die Frist versäumen, — während im mündlichen Verfahren, wenn Kläger und Konvention im Beweistermin ausbleiben, die Ladung nach der communis opinio immer (nach meiner Ansicht freilich nur bei gehöriger Einrichtung derselben: s. Abschn. I) als vereitelt gilt.

Worin liegt nun der Grund dieses Unterschieds zunächst auf dem Standpunkt der communis opinio und der Praxis? — Ich meine, in Folgendem.

Im schriftlichen Verfahren braucht keine Partei unmittelbar nach verstrichener Frist den Ungehorsam ihres Gegners zu accusiren, denn die Schriftsätze werden ja in den Gerichtseinlauf gegeben; der Richter wartet daher auf die Contumazialbeschuldigung nach verstrichener Frist ebensowenig, als auf die Beweisantretung während des Laufs der Frist. Von einer Präklusion des Contumazialanrufens wegen Verspätung kann bloß dann die Rede sein, wenn der Contumax mit der Nachschleppung seiner Handlung das Prävenire gespielt, und hiedurch

seinen Ungehorsam purgirt hatte. So im Verfahren mit Fristen.

Im Verfahren mit Terminen dagegen wartet der Richter auf die Parteien bis zum Ablauf der festgesetzten Stunde, oder doch der herkömmlichen Gerichtszeit. Bleiben nun beide Theile aus, so ist der Termin vergeblich anberaumt worden, es hat daher der Richter umsonst gewartet, und hiedurch eine Zeit verloren, die er zur Vornahme anderer Geschäfte hätte verwenden können. Man kann daher in Wahrheit sagen, die in termino ausgebliebenen Parteien haben nicht bloß den Befehl des Richters mißachtet, sondern den Richter selbst hintergangen. Ein Theil wenigstens hätte erscheinen sollen, um entweder die betreffende Handlung vorzunehmen, oder contumaciam zu accusiren, oder das Urtheil zu verlangen (wie in den Fällen Nr. 6 u. 7 der Note 13). Da nun aber kein Theil erschienen war, so sind beide Theile in pari culpa, und es kommt daher der Satz zur Anwendung „contumacia contumaciam accusare nequit, quia dolus cum dolo, culpa cum culpa compensatur“. — In dieser Weise ist auf dem Standpunkt der communis opinio und der Praxis, welche keine Verladung zu weiterer Antragstellung (d. h. zur Ungehorsamsbeschuldigung) kennt, die obige Frage zu beantworten, und das Circumduktionsprincip zu motiviren. In dem Unterschied zwischen Frist und Termin liegt der eigentliche Grund, weshalb die Circumduktionslehre bloß im mündlichen Verfahren anwendbar ist, und auf das schriftliche nicht ausgedehnt werden kann.

Auf meinem Standpunkt (nach dem im Abschnitt I Ausgeführten) steht aber die Sache noch einfacher. Im mündlichen Verfahren kann der im Beweistermin ausgebliebene Beklagte gegen den gleichfalls ausgebliebenen Kläger die poena deserti bloß dann nicht beantragen, wenn er eventuell zur Stellung eines solchen Antrags peremptorisch vorgeladen wurde; und also deshalb nicht beantragen, weil er in dieser Weise vorgeladen wurde. Im schriftlichen Verfahren kann dagegen der Beklagte bloß zur Antretung des Beweises seiner Widerklage oder Einrede, nicht aber zur Stellung eines Con-

tumazialantrags eine Frist bekommen, und darf daher nach Verstreichung derselben, wenn kein Theil Beweis angetreten hatte, zu jeder Zeit den Kläger des Ungehorsams beschuldigen, soferne dieser nicht mit der Nachbringung des Klagsbeweises ihm zuvorgekommen war.

ad 2.

Der Satz „contumax contumaciam accusare nequit“ und das daraus folgende Circumduktionsprincip findet nach dem ad 1 Gesagten bei Fristen, also im schriftlichen Verfahren, keine Anwendung. Wenigstens ist die Versäumung der Beweisfrist von Seite des Beklagten (resp. Rekonvenienten) kein rechtliches Hinderniß der Ungehorsamsanklage gegen den Kläger (resp. Rekonventen), wenn dieser die Frist gleichfalls versäumt hatte. Aber der wirkliche Ungehorsam¹⁵⁾ des Klägers oder Beklagten (Rekonvenienten) ist unter Umständen ein rechtliches Hinderniß der Contumazialanklage wider den ungehorsamen Gegner. Der Satz: „contumax contumaciam accusare nequit“ tritt daher doch auch bei Fristen bisweilen in Wirksamkeit. Hierin scheint ein Widerspruch zu liegen, der vor Allem aufgelöst werden muß.

15) Von einem Ungehorsam im engeren und eigentlichen Sinn, d. h. von einer Täuschung und Belästigung des Richters, von einer Widerseßlichkeit gegen seine Autorität kann nach den Gesetzen, wie nach der Natur der Sache bloß dann die Rede sein, wenn der Richter den Parteien befohlen hat, vor ihm zu erscheinen, also bloß im Verfahren mit Terminen.

Wenn die älteren Schriftsteller im Ungehorsam der Parteien eine Widerseßlichkeit gegen die richterliche Autorität, und also ein wahres Vergehen erblickten, eine Ansicht, die, wie gesagt, auch das Zeugniß der Quellen für sich hat,

c. 12 §. 2 Cod. de jud.; c. 5 X. (2. 29); c. 5 X. (2. 14); R.G.D. v. 1555 III. 41. §. 1.; S.R.N. §. 36 u. 37, so darf nicht übersehen werden, daß zur Zeit der Entstehung jener Quellen das Verfahren in Tagefahrten gepflogen wurde, und daher der Begriff des Ungehorsams auf das Nichterscheinen im Termin beschränkt war.

Vgl. Brackenhöft, Erörter. S. 511 fg.

Wenn beide Theile, Kläger und Konvenient, die Beweisfrist versäumen, so kann jede Partei die andere des Ungehorsams beschuldigen, ja diese Contumazialanfrage ist sogar nothwendig, um einer purgatio contumaciae von Seite des Gegners zuvorzukommen und das Desertionserkenntniß fällen zu können. Indessen wird hiedurch nicht der schon existente, sondern nur der in Aussicht stehende Ungehorsam angeklagt. Es wird, wie in so vielen andern Fällen, die Möglichkeit gleich der Wirklichkeit genommen

Vgl. meine gesammelten Abhbl. S. 48.

Gehen wir nämlich näher auf die Sache ein, so ist die beweispflichtige Partei noch nicht ungehorsam, wenn sie innerhalb der Beweisfrist keinen Beweis angetreten hatte, denn es ist nicht bloß möglich, sondern sogar sehr wahrscheinlich, daß sie die Frist deshalb versäumte, weil sie keine Beweismittel hat, oder auf dieselben verzichtete, und in beiden Fällen ist sie doch gewiß nicht ungehorsam! (Die Beweisantretung gehört ja zu jenen Handlungen, welche bloß für die Partei, nicht aber auch für den Richter nothwendig sind.) Ungehorsam ist der beweispflichtige erst dann, wenn er nach verstrichener Frist Beweismittel nachschleppen will, und selbst in diesem Fall kann er damit nicht präkludirt werden, wenn der Gegner das Contumazialanrufen erst nach seiner Beweisantretung eingereicht hatte. Ebendeshalb darf er aber auch den Gegner, welcher gleichfalls einen verspäteten Beweis antreten will, oder schon angetreten hatte, nicht des Ungehorsams beschuldigen. Es kommt also der Satz zur Anwendung: „contumax contumaciam accusare nequit, quia dolus cum dolo, culpa cum culpa compensatur“. Wenn daher der Kläger nach verstrichener Frist, aber noch vor der Contumazialbeschuldigung des Gegners einen Klagsbeweis antritt, so kann er diesen nicht hindern, seinerseits einen Konventions- oder Einredebeweis nachzuschleppen; er kann also dann durch die accusatio contumaciae ebensowenig einer drohenden Beweisantretung desselben vorbeugen, als die Präklusion der bereits geschehenen beantragen. Streng genommen sollte man freilich die Nachschleppung des Einredebeweises verwerfen, wenn Kläger

mit der Ungehorsamsbeschuldigung das Prävenire gespielt. Da er aber selbst den Klagsbeweis nachgeschleppt hatte (wenn gleich vor der Contumazialbeschuldigung des Beklagten), so wäre es frivol, wenn er dem Beklagten verbieten wollte, dasselbe zu thun! — Weil beide Theile in pari culpa versinken, so sind beide Beweisantretungen, ungeachtet ihrer Nachschleppung, zuzulassen, und es gilt folglich der Satz: „contumax contumaciam accusare nequit“ nicht nur im mündlichen, sondern unter Umständen auch im schriftlichen Verfahren¹⁶⁾; nur ist die formale Wirkung hier die entgegengesetzte, wie dort, nämlich nicht die Erlöschung der Ladung, die Circumduktion der Frist, sondern gerade umgekehrt die Fixirung der ersteren, die Restitution der letztern!

16) Aber auch nur unter den angeführten Umständen! Wenn daher der Kläger mit der nachgeschleppten Beweisantretung contumazirt werden muß, weil der Gegner ihm mit der Ungehorsamsbeschuldigung zuvorgekommen war, dann kann er auch die Präklusion des von diesem nachgeschleppten Einredebeweises verlangen, obgleich ihm nicht mit der Contumazialanfrage zuvorgekommen war, und es hat dann der Satz: „contumax contumaciam accusare nequit“ wiederum keine Geltung!

Wilhelm Franz Gottfried Francke †.

Das Archiv hat von neuem einen schmerzlichen Verlust durch den Tod eines seiner ältesten Herausgeber, des Geh. Justizrathes Prof. Dr. Francke in Göttingen, erlitten, der am 12. April d. J. einem schweren Leiden erlag. Ueber den Lebensgang des Verstorbenen gehen uns von zuverlässiger Seite folgende Mittheilungen zu.

Wilhelm Franz Gottfried Francke stammte aus einer Familie, deren Mitglieder seit Generationen zumeist Pastoren im Fürstenthum Lüneburg gewesen waren. Sein Vater war Buchhalter an der Saline in Lüneburg, und Fr. wurde als das zweite von 7 Kindern zu Lüneburg am 26. Juli 1803 geboren. Er besuchte die Gymnasien zu Lüneburg und Braunschweig, sodann das Collegium Carolinum zu Braunschweig und von 1821—1824 die Universität zu Göttingen. In Göttingen begann er auch seine akademische Laufbahn, indem er dort am 4. August 1824 promovirte, sodann Ostern 1825 Privatdocent u. am 1. Juli 1828 außerordentlicher Professor und Beisitzer des Spruchcollegiums wurde. Seine Vorlesungen über Institutionen und Pandekten erfreuten sich damals eines ganz außerordentlichen Beifalls. Ostern 1831 ging Fr. als ordentlicher Professor und Oberappellationsgerichtsrath nach Jena. Nachdem er zweimal eine Berufung nach Leipzig ausgeschlagen, folgte er Ostern 1844 einem Rufe nach Göttingen an Mühlenbruch's Stelle und blieb dort trotz wiederholten Rufes an das Lübecker Oberappellationsgericht bis zu seinem Tode.

In Göttingen fing Fr. bald zu kränkeln an, so daß er seine frühere rege schriftstellerische Thätigkeit sehr beschränken mußte. In den sechziger Jahren seines Lebens besserte sich zwar seine Gesundheit wieder, dagegen wurde Fr. in diesen Jahren

von einer Reihe der traurigsten Familienereignisse betroffen und schwer gebeugt. Seine Vorlesungen über Institutionen und Pandekten (nur von 1844 bis 1847 las Fr. auch Civilproceß) hielt Fr. bis zum Schlusse des Sommersemesters 1872 rüstig und mit Erfolg. Im Herbst 1872 alsbald nach der Heimkehr von einer Harzreise wurde er von Schmerzen an der Zunge befallen, die sich später als Folge eines Zungenkrebses herausstellten, der in Verbindung mit einer hinzutretenden Lungenentzündung am 12. April d. J. den Tod herbeiführte. Von zehn Kindern, deren sieben zu reiferem Alter gelangten, überleben ihn sechs. Seine Frau war schon im Jahr 1853 verstorben.

Unter seinen selbständig veröffentlichten Schriften sind besonders hervorzuheben:

Das Recht der Notherben und Pflichttheilsberechtigten. Gött. 1831.

Exegetisch-dogmatischer Commentar über den Pandectentitel de Hereditatis Petitione. Gött. 1864 u. 1865.

An der Herausgabe des Archives war Fr. schon seit dem 16. Bande (1833) theilhaftig. Beiträge von ihm finden sich im 16., 17., 18., 19., 21., 22., 23., 26., 30. und 47. Bande.
